

UNIVERSITÉ PARIS 2 PANTHÉON-ASSAS
Ecole Doctorale n° 7 George Vedel

Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit
de l'université Paris 2 Panthéon-Assas

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement le 25 juin 2019

Par Pauline Trouillard

LE SERVICE PUBLIC AUDIOVISUEL DANS LES ÉTATS MEMBRES DE
L'UNION EUROPÉENNE.

ETUDE COMPARÉE FRANCE, ITALIE, ROYAUME-UNI

Directeur de thèse :

M. Thomas PERROUD, Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

Membres du jury :

Rapporteurs :

Madame Lucie CLUZEL, Professeure à l'Université Paris-Nanterre

Monsieur Serge REGOURD, Professeur émérite de l'Université Toulouse-Capitole

Examineurs :

Madame Camille BROUELLE, Professeure à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas

Madame Rachael CRAUFURD-SMITH, Lecturer à l'Université d'Edimbourg

Monsieur Alberto LUCARELLI, Professeur à l'Université de Naples - Federico II

Madame Catherine TEITGEN-COLLY, Professeure à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

L'Université Paris 2 Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Mes pensées vont d'abord à Gérard Marcou, avec qui la problématique de cette recherche a été pensée et construite et qui, parti trop tôt, n'aura pas pu voir cette thèse achevée. Elle lui est dédiée.

Mes remerciements vont ensuite à Thomas Perroud, qui, dans ces circonstances si particulières, n'a pas hésité une seconde avant de reprendre la direction de ma thèse. Sa rigueur juridique, sa disponibilité et sa bienveillance humaine m'ont permis d'améliorer et de terminer cette thèse de manière sereine. Je lui dois beaucoup, et je souhaite à tout futur doctorant d'avoir connu deux directeurs de thèse aussi bienveillants que les Professeurs Perroud et Marcou.

Mes nombreux séjours de recherche en Italie, à l'université de Naples Federico II et à l'université d'Oxford, au *Center of socio-legal Studies* et à l'*Institute of European and comparative law* m'ont permis d'approfondir l'étude des systèmes anglais et italien. Je remercie ces institutions pour leur accueil.

Mes remerciements s'adressent ensuite à Alberto Lucarelli, dont l'accueil chaleureux à Naples m'a permis de me plonger dans le système juridique italien de manière fructueuse. Merci à C. Freccero de m'avoir si gentiment reçue au siège de la RAI et d'avoir partagé avec moi ses passionnantes histoires sur la télévision française et italienne. M. Freedland, P. Craig et T. Prosser m'ont aiguillée dans le système juridique anglais, qu'ils s'en voient ici également remerciés.

Je tiens enfin à saluer toutes les personnes que j'ai croisées sur ma route depuis le début de mon doctorat : les personnels administratifs de Paris 1, de Paris 2 et d'Oxford qui face à des doctorants parfois angoissés savent transmettre leur bonne humeur et rassurer ; les différents Professeurs avec lesquels j'ai eu la chance de travailler et qui m'ont formée à la recherche et à l'enseignement, notamment O. Pfersmann et M-A. Cohendet ; les doctorants de l'institut Malher et de Nanterre et surtout Thibaud Mulier, Léo Combrade, Nuria Ruiz et Jean-Philippe Fogle pour leur bienveillance, nos discussions juridiques, et leur humour.

Sur un plan plus personnel, je remercie bien évidemment mes parents pour leur soutien matériel, moral, leurs relectures et la confiance qu'ils m'ont toujours témoigné, et mon frère, pour m'avoir obligée, malgré moi, à acquérir le sens de la répartie. Mes remerciements vont également au reste de ma famille : à mon grand-père, à mes tantes et leurs maris qui m'ont accueillie et soutenue, en Italie et ailleurs, et à mes cousin(e)s qui m'ont égayé l'esprit durant cette période de travail intense. Merci à Clémentine pour son aide précieuse dans l'observation et l'analyse des programmes télévisés.

Mes pensées vont enfin à toutes ces personnes dont l'amitié et le soutien ont été cruciaux durant l'écriture de cette thèse, et ce malgré l'éloignement géographique, notamment Iris et Aino et mes amis de la bi-licence droit-géographie de Paris 1, Coline, Laura, Xavier et Ludo, et à Ludivine.

Sommaire

Introduction

Chapitre 1 : Justification de l'objet de la recherche

Chapitre 2 : Construction de la problématique de recherche

Partie 1 : La construction de la notion de service public audiovisuel en droit comparé européen

Titre 1 : La construction historique de la notion de service public audiovisuel au cours du XXe siècle

Chapitre 1 : La genèse de la notion de service public audiovisuel dans la première partie du XXe siècle

Chapitre 2 : La transformation de la notion dans la seconde partie du XXe siècle

Titre 2 : Les sources supra-législatives du service public audiovisuel

Chapitre 1 : La spécificité du secteur public de l'audiovisuel reconnue par le droit européen

Chapitre 2 : Les sources constitutionnelles du service public audiovisuel en droit interne

Titre 3 : La définition de la notion de service public audiovisuel en droit positif

Chapitre 1 : La difficile définition des missions propres au secteur public dans les trois États

Chapitre 2 : Un essai de conceptualisation des missions des chaînes publiques de l'audiovisuel

Partie 2 : La mise en oeuvre de la notion de service public audiovisuel

Titre 1 : L'effectivité relative du service public audiovisuel

Chapitre 1 : Analyse sociologique de la grille des programmes

Chapitre 2 : Analyse du contenu des programmes

Titre 2 : Les explications institutionnelles de l'ineffectivité

Chapitre 1 : L'ineffectivité de la régulation en droit(s) interne(s)

Chapitre 2 : Les éternels problèmes de gouvernance du secteur public de l'audiovisuel

Titre 3 : Les explications liées au régime de financement

Chapitre 1 : Le financement interne de la télévision publique dans les trois pays étudiés

Chapitre 2 : Les paradoxes du contrôle par la Commission européenne de la légalité des aides d'État

Glossaire

Français

Abréviations relatives aux publications

AAI : Autorités administratives indépendantes
AFDA : Association française de droit administratif
AJDA : Revue Actualité juridique du administratif
APD : Archives de philosophie du droit
CFP : Cahiers de la fonction publique et de l'administration
CMP : Contrats et marchés publics
CJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
D. : Recueil Dalloz
Dr. Adm : Droit administratif
EDCE : Études et documents du Conseil d'État
JCP G : La semaine juridique – Edition générale
JCP A : La semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA : Les petites affiches
PUF : Presse universitaire de France
Rec : Recueil Lebon
RDH : Revue historique de droit français et étranger
RDI : Revue de droit immobilier
RDP : Revue du droit public
Rev. Adm : Revue administrative
RFDC : Revue française de droit constitutionnel
RFDA : Revue française du droit administratif
RFAP : Revue française d'administration publique
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RIE : Revue internationale de l'enseignement
RTDciv : Revue trimestrielle de droit civil
RTDE : Revue trimestrielle de droit européen
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

Abréviations relatives aux institutions :

CC : Conseil constitutionnel

CE : Conseil d'Etat
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne
CNIL : Commission nationale de l'informatique et des libertés
ORTF : Organisation de la radio-télévision française
RDF : Radiodiffusion française
RTF : Radio-télévision française
TC : Tribunal des conflits
TCE : Traité instituant la Communauté Européenne
TFUE : Traité de fonctionnement de l'Union européenne
TPIUE : Tribunal de première instance de l'Union européenne
TUE : Traité de l'Union européenne

Autres :

éd : édition
(ed) : directeur de publication
EPIC : Etablissement public industriel et commercial
Ibid : Oeuvre citée dans la note précédente
Op cit : Oeuvre citée précédemment
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne
JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
JORF : Journal officiel de la République française
SIEG : Service d'intérêt économique général

Anglais

Abréviations relatives aux publications :

ARSP : Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BBC : British Broadcasting Corporation
C.L.J. : Cambridge Law Journal
ELR : European Law Review
LQR : Law Quarterly Review
OUP : Oxford university Press

Abréviations relatives aux institutions :

DCMS : Department for Culture, Media and Sport
FCC : Federal communication commission

IBA : Independent Broadcasting Authority
ILP : Independant labour party
INLA : Irish National Liberation Army
IRA : Irish Republican Army
ITA : Independent Television Authority
ITC : Independent Television Commission
ITV : Independent Television
HRA : Human Rights Act
OFCOM : Office of Communications
QUANGO : Quasi autonomous non gouvernemental organisation
J.R. : Judicial review
PBS : Public Broadcasting Service
SDF : Social Democratic Federation

Italien

AIART : Associazione Italiana Ascoltatori Radio
DI : Digesto italiano
Corr. Giur : Il corriere giuridico
RTDP : Rivista trimestrale di diritto pubblico
C. Cost : Corte costituzionale
IRI : Istituto per la ricostruzione industriale
RAI : Radiotelevisione italiana

À Gérard Marcou,
À mes grands-parents, ouvriers et paysans, férus de télévision ... et de culture.

« L'inertie seule est menaçante. Poète est celui-là qui rompt pour nous avec l'accoutumance »
Saint-John Perse, Allocution au Banquet Nobel du 10 décembre 1960

« Qu'est-ce que les Lumières ? La sortie de l'homme de sa minorité dont il est lui-même responsable. Minorité, c'est-à-dire incapacité de se servir de son entendement sans la direction d'autrui, minorité dont il est lui-même responsable puisque la cause en réside non dans un défaut de l'entendement mais dans un manque de décision et de courage de s'en servir sans la direction d'autrui. Sapere aude ! Aie le courage de te servir de ton propre entendement. Voilà la devise des Lumières ».

E. Kant, *Qu'est-ce que les lumières ?*, 1784

Introduction :

1. « Nous sommes en moyenne opulents, gras, confortables et complaisants. Nous développons une allergie innée pour les informations désagréables ou dérangeantes. Nos médias de masse reflètent cet état de fait. Mais si nous ne soulevons pas notre surplus pondéral et si nous ne nous rendons pas compte que la télévision est en train d'être utilisée essentiellement pour nous distraire, nous illusionner, nous amuser, nous désolidariser, alors, ceux qui la financent, ceux qui la regardent, et ceux qui la font, pourraient chacun y voir, mais trop tard, une image tout à fait différente. À ceux qui disent « les gens ne regarderaient pas, ça ne les intéresse pas... », « ...Ils sont trop complaisants, indifférents et insensibles », je ne peux que répondre : il y a aux yeux d'au moins un journaliste une preuve considérable à l'encontre de ces assertions. Mais même si elles se révèlent exactes, qu'est-ce qu'ils ont à perdre ? En effet, s'ils ont raison, et si cet instrument n'est bon à rien d'autre qu'à distraire, amuser et désensibiliser, alors le tube est déjà défaillant et l'on s'apercevra bien assez tôt que tout le combat est perdu. Mais cet instrument peut enseigner. Il peut illuminer, il peut même inspirer. Cependant il ne peut le faire que dans la mesure où les humains sont décidés à l'utiliser pour servir de tels buts. Dans le cas contraire, il n'est rien qu'une boîte remplie de fils électriques et de luminaires ».

Force est de constater que soixante ans après ce discours, prononcé par le journaliste américain Edward. R. Murrow dans le contexte du Maccarthysme, la dialectique entre divertissement, information et propagande du pouvoir, qui entourait la télévision américaine à cette époque, est plus vive que jamais. Cette dialectique a aujourd'hui atteint l'Europe qui en avait été préservée pendant longtemps du fait du monopole étatique sur la télévision. La télévision publique européenne se situe désormais à un carrefour : veut-on continuer à faire de celle-ci un outil d'enseignement, d'illumination ou même d'inspiration ? Ou au contraire, doit-on la laisser être utilisée essentiellement pour nous distraire, nous illusionner, ou plus grave encore, nous désolidariser ?

La télévision a été très tôt considérée par les chercheurs en sciences sociales comme plus « qu'une boîte remplie de fils électriques et de luminaires », mais elle est d'abord un

objet d'étude dont se sont emparés les sociologues, les anthropologues, les ethnologues. Elle n'est que très peu étudiée par les juristes français qui en redoutent sans doute le caractère intrinsèquement subjectif. Il est vrai que les questionnements renvoient à une multitude de connaissances d'ordre extérieur au droit : économiques, technologiques, politiques, esthétiques ou encore sociaux¹. Nombreuses sont pourtant les raisons qui nous poussent à saisir cet objet comme un objet d'étude proprement juridique, et ce en adoptant une perspective et une méthodologie comparatiste. Première pratique culturelle des Français², mais également des Italiens, des Espagnols et des Anglais, la télévision est l'un des symboles les plus extraordinaires de la culture de masse contemporaine. Son arrivée et sa démocratisation ont bouleversé la vie culturelle – mais aussi la vie de famille des citoyens, au point de devenir le premier – et parfois le seul - mode d'information de ceux-ci. Or, précisément en tant que composante de la culture de masse, elle pose des questions d'ordre philosophique et métaphysique qui ne peuvent être ignorées de celui qui s'intéresse à la vie démocratique d'une société. Dans *De la démocratie en Amérique*, Tocqueville n'ignore pas le rôle primordial des journaux pour l'avènement de la démocratie libérale, mais pointe également les limites et les dangers de la culture de masse qui pourrait mener à un despotisme démocratique³.

C'est sans doute parce que la télévision peut constituer un risque pour la formation des esprits citoyens, mais aussi parce qu'elle représente, si elle est bien utilisée, un formidable vecteur de communication, d'échanges, et un médium accessible à tous, ayant un impact considérable sur la formation des esprits, que les gouvernants ont considéré qu'une intervention de l'État dans ce secteur était nécessaire. Dans tous les États membres de l'Union européenne, on

¹ S. REGOURD, *La télévision des européens*, La documentation française, 1992, p. 8

² Quarante-quatre pour cent des Français déclarent en 2008 regarder la télévision vingt heures ou plus par semaine. Sources : A. CHRISTIN et O. DONNAT, « Pratiques culturelles en France et aux États-Unis » Éléments de comparaison 1981-2008, *Culture études*, 2014/1 n° 1, p. 1-16 ; V. également P. COULANGEON, *Sociologie des pratiques culturelles*, La découverte, Paris, 2005

³ « Je vois une foule innombrable d'hommes semblables et égaux qui tournent sans repos sur eux-mêmes pour se procurer de petits et vulgaires plaisirs dont ils emplissent leur âme. Chacun d'eux, retiré à l'écart et comme étranger à la destinée de tous les autres ; ses enfants et ses amis particuliers forment pour lui tout l'espèce humaine ; quant au demeurant de ses concitoyens, il est à côté d'eux mais il ne les voit pas ; il les touche et il ne le sent point ; il n'existe qu'en lui même et pour lui seul, et s'il lui reste encore une famille, on peut dire du moins qu'il n'a plus de patrie. » A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Tome 2, p. 324 ; V. également le commentaire qu'en fait R. ARON, *Les sociétés Modernes*, PUF, 2005, p. 223s

constate malgré les phénomènes de libéralisation et de privatisation qu'ont connus les services publics ces dernières années, le maintien d'une télévision publique. Les missions conférées à ces télévisions publiques semblent concorder : éduquer, cultiver, divertir⁴. Comme le souligne J. Holmes, « *les États européens ont fait preuve d'une grande variété, mais également d'une similitude pour répondre à leurs objectifs de politique culturelle* »⁵.

L'intervention étatique pour la mise en œuvre d'une télévision publique répondant à des objectifs de politique culturelle déterminés s'inscrit dans une certaine vision de l'État : celle de l'État-providence⁶, de l'État bienveillant, « architecte de la solidarité nationale »⁷ et plus particulièrement d'une solidarité culturelle et sociale. Le service public audiovisuel permettrait en effet de contribuer à la cohésion nationale, au sentiment d'appartenance vécue à une communauté⁸, mais devrait aussi contribuer à la réduction des inégalités sociales. Les textes législatifs encadrant les missions de service public audiovisuel dans les États membres n'ont pas fondamentalement changé depuis la création de la télévision publique. En France, l'article 1^{er} de la loi n° 64-621 du 27 juin 1964 disposait que l'ORTF devait « *satisfaire aux besoins d'information, de culture, d'éducation et de distraction du public* » alors que l'article 43-11 de la Loi Léotard, modifié par la loi du 1^{er} août 2000, donne aujourd'hui aux télévisions publiques les missions de « *présenter une offre diversifiée de programmes dans les domaines de l'information, de la culture, de la connaissance, du divertissement et du sport* ». Pourtant, la crise qui a touché la notion et le concept de service public durant les trois dernières décennies n'a pas épargné le

⁴ Ces chaînes doivent également « favoriser le débat démocratique, les échanges entre les différentes parties de la population ainsi que l'insertion sociale et la citoyenneté ». Sur le flou législatif qui a entouré la redéfinition des missions de service public dans le contexte de la libéralisation, voir K. FAVRO « Secteur public et missions de service public », RFDA, 2001, p. 341

⁵ J. HOLMES, « European Community Law and the Cultural Aspects of television », in R. CRAUFURD-SMITH, *Culture and European Union Law*, OUP, 2004, p. 169, spéc p. 202

⁶ Entendu, au sens que lui donne F-X. MERRIEN qui lui préfère l'expression de Welfare State comme « *la nouvelle fonction de l'Etat moderne qui consiste pour l'Etat à s'occuper du bien-être social des citoyens et non plus seulement de la police, de battre monnaie, de gérer ses relations internationales ou de faire la guerre.* » F-X. MERRIEN, *L'Etat providence*, PUF, 1997, p. 10

⁷ F. LEVEQUE, « Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public » in *Le droit dans l'action économique*, CNRS éditions, 2000, p. 179

⁸ Une des fonctions du service public, citée par F. MODERNE, « les Transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in G. MARCOU, F. MODERNE, *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'harmattan, 2001, p. 5s

service public audiovisuel. L'introduction, voire la consécration, de la logique économique dans la définition du régime des activités de service public⁹ a jeté un certain discrédit sur la gestion publique des activités et le service public audiovisuel n'a pas échappé à ces critiques¹⁰. L'ouverture du secteur à la concurrence des opérateurs privés a incontestablement mené, par un phénomène de mimétisme¹¹, à une redéfinition complète de l'offre à la télévision publique. Mais, si la tendance lourde semble à la banalisation de la prestation de service public, cette crise n'affecte pas les pays de manière homogène.

Au-delà des divergences de programmation liées à l'identité culturelle de chaque pays, il semble que la concrétisation juridique des missions de service public définies par les lois nationales puisse répondre à des logiques divergentes qui peuvent être résumées à travers l'opposition entre logique commerciale et logique de service public¹². L'objet de cette thèse est de saisir, au-delà des différences entre les États, ce qu'il y a de commun dans la mission de service public audiovisuel telle qu'elle est définie par le législateur, et de s'intéresser aux facteurs qui ont un impact sur la réalisation effective des missions de service public audiovisuel. Elle vise à expliquer les raisons juridiques pour lesquelles, malgré l'encadrement législatif, la télévision de service public est aujourd'hui utilisée autant, voire plus, pour nous distraire que

⁹ C. LEBERRE, « La logique économique dans la définition du service public », RFDA, 2008, p. 50

¹⁰ En Grande Bretagne, le rapport « Committee on Financing the BBC » dirigé par Alan Peacock et commandé par Margaret Thatcher est publié en 1986. Il pose la première pierre pour la remise en cause du duopole BBC/ITV. Les principes irriguant ce rapport - la liberté de choix du téléspectateur, la liberté d'expression du producteur, et l'opposition à l'intervention d'une tierce-personne entre le téléspectateur et le producteur - ne sont pas sans rappeler les propos de M. Fuller, ancien directeur de la Federal Communications Commission à l'occasion de la baisse des subventions fédérales à la chaîne publique américaine PBS : « *The public interest standard is simply the standard of what people want to see. Let the people make those choices. And they do, in a market place system.* » E. GEORGE, « Service public de la communication et marchandisation de la télévision », *Sciences de la société*, 1998, n° 43, p. 147

¹¹ P. LIZOTTE et G. TREMBLAY, *Les tendances de la radiodiffusion. Quatre études de cas : France, Grande-Bretagne, Etats-Unis, Canada. Etude du Groupe de recherches sur les industries culturelles et l'informatisation sociale*, Université du Québec, Mai 1989, p. 38

¹² Cet argument a été émis par S. REGOURD dans tous ses travaux. V. notamment *La télévision des européens*, Op cit ; « La dualité public/privé et le droit de la communication audiovisuelle » RFDA, 1987, p. 357 et *Vers la fin de la télévision publique? Traité de savoir-vivre du service public audiovisuel*, Ed de l'attribut, 2008 ; V. également A. MUNOZ-MACHADO, *Publico y privado en el mercado de la television*, Civitas, 1993 et *Servicio publico y mercado, Tomo III, La televisión*, Civitas, 1997 ; dans la littérature anglo-saxonne on citera également R. CRAUFURD-SMITH, « The paradigm challenged : regulatory options for an expanding market », in *Broadcasting law and fundamental rights*, Clarendon Press, 1997, p. 44 : « *Although the term « public-service broadcasting » has historically been linked to public ownership of domestic broadcast stations, it is increasingly used to refer to a distinct set of programming and technical standards rather than a particular system of media ownership* ».

pour nous enseigner et pour nous illusionner plutôt que pour nous illuminer.

Pourquoi les États ont-ils concrétisé juridiquement cette importance de la télévision dans la vie sociale des citoyens à travers l'établissement d'une télévision publique distincte du secteur privé ? Comment ces missions sont-elles concrétisées, et quels sont les encadrements juridiques prévus pour assurer la concrétisation de ces missions ? Ces encadrements juridiques sont-ils suffisants, et efficaces ? Avant de répondre à ces questions, il nous faudra revenir plus longuement sur les arguments qui permettent d'expliquer le choix d'une étude de droit comparée pour saisir cet objet tant lié aux particularités nationales qu'est la télévision, et donc *justifier* l'objet de la recherche (Chapitre 1). Il sera ensuite nécessaire de préciser le cadre juridique dans lequel nous nous inscrirons pour le reste de la recherche, et donc de *construire* la problématique de la recherche (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Justification de l'objet de la recherche

2. Les médias de communication sont souvent qualifiés d'intermédiaires privilégiés d'intérêt général¹³. Par cette expression, les auteurs font référence au fait que, dans les sociétés modernes, les processus de communication publique et politique se réalisent à travers des canaux qui ne sont pas caractérisés par la présence physique des intéressés¹⁴. La socialisation politique des individus, à travers l'échange, la diffusion et la réception d'informations et de points de vue, se fait souvent aujourd'hui loin des places publiques ou des points de rencontre physiques¹⁵. Habermas avait déjà mis en avant le rôle primordial joué par certaines institutions qui constituent un canal primordial d'intermédiation et de facilitation de la rencontre, de la création d'expériences communes et donc de communication entre les citoyens¹⁶. La télévision constitua, au cours du XXe siècle, le canal privilégié de socialisation non présenteielle entre les individus, en ce qu'elle permit une diffusion quasi illimitée et susceptible de toucher un public important avec des contenus et des thèmes que ceux-ci ne chercheraient pas forcément a priori¹⁷.

C'est pour cette raison que dans tous les États membres de l'Union européenne, et a fortiori dans les États étudiés, les gouvernants ont choisi d'exploiter la télévision selon des caractéristiques qui font de celle-ci un objet d'étude de droit public, et plus précisément de droit administratif. D'abord configuré sous la forme d'un monopole étatique, le secteur est caractérisé, à la libéralisation dans tous les États, par le maintien d'un service public au sens organique du terme, c'est-à-dire d'une chaîne publique dont le capital appartient presque entièrement à l'État. Cette configuration, avalisée et même prônée par le droit de l'Union européenne, fait du service public audiovisuel un secteur spécifique en droit de l'Union, une spécificité qui justifie notre étude (Section 1). Elle fait aussi la particularité du secteur de l'audiovisuel vis-à-vis des autres

¹³ C. S. SUNSTEIN, *republica.com*. *Internet, democracia y libertad*, Paidós, 2003, p. 22

¹⁴ J. BARATA i MIR, *Democracia y audiovisual. Fundamentos normativos para una reforma del régimen español*, Marcial Pons, 2006, p. 15

¹⁵ Sur l'étude du modèle de socialisation présenteielle et sa fonction dans la lutte contre l'absolutisme royal V. J. HABERMAS, *L'espace public : Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 2003

¹⁶ J. BARATA i MIR, *Democracia y audiovisual*, Op cit, p. 15

¹⁷ Ibid, p. 16

secteurs qualifiés de secteurs en réseau en droit interne (Section 2).

Section 1: La spécificité du service public audiovisuel en droit de l'Union européenne

3. L'activation de l'article 106§2 TFUE au milieu des années 1980 a bouleversé le régime juridique des services publics en droit interne, le droit européen de la concurrence s'appliquant désormais aux services d'intérêt économique général, sous réserve de certaines dérogations. C'est surtout le régime du financement des services publics qui s'en trouve bouleversé, puisque le traité prévoit une interdiction de principe des aides d'États aux entreprises, qu'elles soient publiques ou privées. Le financement du service public audiovisuel répond toutefois à une logique économique différente de celle qui prévaut pour les autres secteurs. Dans les secteurs en réseaux, le financement public répond à la nécessité que certaines activités non rentables soient tout de même assurées par les personnes privées. Dans le secteur de l'audiovisuel, la nature du financement (public ou privé) a un impact direct sur la qualité du service proposé, et il est nécessaire que le service public audiovisuel réponde à un but non lucratif. Nous expliciterons dans un premier temps l'influence des règles européennes de concurrence sur le régime des services publics (§1) et dans un deuxième temps nous expliquerons en quoi l'Union européenne reconnaît la spécificité du financement de l'audiovisuel public (§2).

§1 Droit européen de la concurrence et services publics

Il sera nécessaire d'expliquer les règles de la concurrence s'appliquant aux services publics et ses dérogations (A) pour s'intéresser ensuite plus particulièrement à l'interdiction des aides d'État et à ses dérogations (B).

A) L'application des règles de concurrence aux services d'intérêt économique général

4. Le traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté économique européenne accorde une place très faible à la notion de service public. Seul l'article 77 CEE (nouveau 73)

fait référence à la notion de service public dans le domaine des transports, en considérant que « *sont compatibles avec les traités les aides qui répondent à la coordination ou qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* ». L'article 90.2 CEE (nouveau 106.2 TFUE) introduit la notion de Services d'intérêt économique général (SIEG). Cette disposition, qui prévoit que « *les entreprises chargées de la gestion de SIEG ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence (...)* » reflète l'objectif qui guide la démarche de la construction européenne : la concurrence comme principe fondateur des communautés européennes¹⁸ et surtout, du marché commun. Dans les premières années de la construction européenne, les institutions européennes semblent pourtant avoir fait l'impasse sur les services d'intérêt économique général¹⁹, la CJCE et la Commission se focalisant traditionnellement sur la conduite des acteurs privés. En 1980, dans une directive sur la transparence des relations entre l'État et les entreprises publiques, la Commission s'appuyait sur l'article 345 TFUE pour rappeler le principe d'égalité de traitement entre les entreprises publiques et privées qui devait mener à la libéralisation du secteur public²⁰. Mais c'est dans la perspective de l'adoption de l'acte unique, en 1986 que la Commission semble redécouvrir l'article 90§2 (nouveau 106§2 TFUE). Dans son livre blanc sur le marché intérieur de 1985, elle évoque, dans son calendrier des actions à mener pour la réalisation du marché intérieur, « *l'ardente obligation, l'urgente nécessité, de libéraliser certains secteurs* »²¹, faisant ainsi

¹⁸ S. RODRIGUES, « Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne, acquis et perspectives » in J-L.VICTOR, S. RODRIGUES (ed), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 422

¹⁹ M. DONY, « Les notions de SIEG/SIG » in J-L. VICTOR, S. RODRIGUES (ed), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 6

²⁰ Directive de la Commission 80/723/CEE du 25 juin 1980 sur la transparence des relations financières entre les Etats et les entreprises publiques, JOCE n° L195 du 29.07.1980

²¹ Livre blanc de la Commission à l'intention du conseil européen, dit « Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur », COM(85) 310 final du 14.6. 1985

référence aux secteurs publics qui n'avaient pas encore fait l'objet d'une libéralisation²². Dans ce cadre, le service public doit demeurer l'exception²³.

L'acte unique de 1986 représente une véritable révolution pour le régime des services publics, puisqu'il fixe comme objectif la réalisation d'un marché sans frontière en introduisant le vote à la majorité qualifiée pour la réalisation de ce marché unique. La Commission paraît déterminée à s'appuyer sur l'article 90§2 CEE (106§2 TFUE) pour mettre en œuvre la libéralisation des secteurs en réseaux, en adoptant une interprétation très large de la notion d'entreprise²⁴. P. Bauby et J-C. Boual relèvent toutefois la « contradiction interne »²⁵ qui traverse l'article 106§2 TFUE : « *Le premier alinéa soumet les services publics aux règles générales de la concurrence. Le second prévoit des limites explicites à leur application et donne une existence juridique en droit communautaire à l'intérêt général. Le troisième attribue à la Commission le pouvoir exorbitant de faire appliquer ces dispositions, sans passer par une décision du Conseil des ministres* »²⁶.

Face aux inquiétudes des États, et notamment de la France quant à la compatibilité de leurs services publics nationaux avec les règles de concurrence de l'Union européenne, c'est précisément sur les contradictions internes de cet article que la Commission s'appuiera pour chercher un équilibre entre le marché et l'intérêt général dans le domaine des services publics marchands. Les arrêts *Corbeau*²⁷, *Commune d'Almelo*²⁸ marquent l'adoption d'une interprétation plus souple de l'article 86§2 (nouveau 106§2 TFUE), privilégiant l'accomplissement en droit ou en fait, des obligations particulières qui incombent aux entreprises mettant en œuvre des services

²² Ibid, § 152 : « *Malheureusement, sous la pression de la crise économique, les Etats membres n'ont pas toujours résisté à la tentation de prendre des mesures protectionnistes, et le nombre considérable de plaintes dont a été saisie la Commission a été un obstacle à la rapidité des suites qui leur ont été données. Il n'y a pas de raison que les Etats Membres - dont les chefs d'Etat et de gouvernement seront engagés à réaliser le marché commun - n'accueillent pas favorablement l'information que la Commission utilisera tous ses pouvoirs pour renforcer les règles rendant cette réalisation possible, même si de telles mesures de renforcement étaient susceptibles de les affecter directement et individuellement* ».

²³ S. RODRIGUES, Op cit, p. 422

²⁴ J-P. VALETTE, *Droit des services publics*, ELLIPSES,

²⁵ Ibid.

²⁶ P. BAUBY et J-C. BOUAL « *Quels défis publics demain en France, en Europe* », in P. BAUBY et J-C. JOUAL (ed), *Les services publics au défi de l'Europe*, Les éditions ouvrières, 1993, p. 24

²⁷ CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, Rec. I-2563, AJDA, 1993, p. 865, note Hamon

²⁸ CJCE, 27 avril 1994, *Gemeente Almelo e.a. c.*, Rec I 5815, AJDA, 1997, p. 991, note Hamon

d'intérêt économique général. Pour pouvoir déroger aux règles de la concurrence, il faut que l'accomplissement du service soit rendu matériellement impossible sans cette dérogation, ou que l'équilibre financier de l'entreprise mettant en oeuvre le service d'intérêt général se trouve menacé. Cette nouvelle lecture de l'article 86§2 CEE va avoir des effets sur la lecture de l'article 87 CEE relatif aux aides d'État²⁹ (B).

B) L'interdiction des aides d'État et ses dérogations

5. L'article (nouveau 107 TFUE) établit un principe fondamental du droit de l'Union, profondément lié au principe de non-discrimination : l'incompatibilité des aides d'État avec les traités. Dans la mesure où l'article 86§2 (nouveau 106§2 TFUE) permettait à un SIEG de bénéficier d'une dérogation à l'application des règles du traité, il était tentant d'y voir la possibilité de ne pas appliquer l'article 87 sur l'interdiction des aides d'État³⁰. Mais dans l'affaire *Banco de Credito Industrial*³¹, la Cour adopte une position légèrement différente : elle rappelle que l'article 92 du traité (nouveau 108 TFUE) appréhende l'ensemble des entreprises privées ou publiques et l'ensemble de leurs productions, sous la seule réserve de l'article 90 § 2³². Cependant, la Cour rappelle la compétence unique de la Commission pour déclarer l'incompatibilité d'une aide avec le traité, compétence qui s'étend également aux aides d'État accordées aux entreprises visées à l'article 90§2³³. Dans l'arrêt *FFSA* du 27 février 1997, le Tribunal précise les conditions de l'application de l'article 107 TFUE aux entreprises publiques :

²⁹ D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », RTDE, 1999, p. 21 plus spéc p 25 : « *Le recours à l'article 90, § 2, du traité est, certes, conforme à la revalorisation de la notion de « service public » depuis la jurisprudence Corbeau et Almelo qui se poursuit aussi dans le cadre du traité d'Amsterdam* ».

³⁰ Cette position aurait eu pour conséquence la possibilité pour l'Etat membre de ne pas notifier l'aide d'Etat en invoquant l'exception de l'article 86§2.

³¹ CJCE, 15 mars 1994, *Banco de credito industrial*, aff. C-387/92, Rec. I, p. 877. V. également TPI, 27 févr. 1997, *FFSA*, aff. T-106/95, Rec. II, p. 229, pt 164

³² La Cour semble vouloir dire que l'article 86§2 peut jouer comme une dérogation au principe d'incompatibilité des aides d'Etat, ce qui aurait permis de ne pas déclarer illégales des aides d'Etat lorsque celles-ci ont pour but de permettre à une entreprise de mener à bien la mission qui lui a été impartie par l'Etat lui-même. V. J-Y. CHEROT, « Financement des obligations de service public et aides d'Etat », Europe, 2000, p. 8

³³ « *le traité en organisant par l'article 93 (devenu art. 88) l'examen permanent et le contrôle des aides par la Commission entend que la reconnaissance de l'incompatibilité éventuelle d'une aide avec le marché commun résulte, sous le contrôle de la Cour, d'une procédure appropriée dont la mise en oeuvre relève de la seule responsabilité de la Commission* », et elle ajoute que « *cette compétence de la Commission s'étend également aux aides d'État accordées aux entreprises visées à l'article 90 § 2* ».

elle pose le principe selon lequel une aide d'État, pour être exonérée de la prohibition de l'article 87 par le jeu de l'exception de l'article 86.2, doit être proportionnée aux surcoûts résultant des obligations de service public³⁴. Il s'agit alors de comparer le montant de l'aide avec les charges supplémentaires qui incombent aux entreprises en raison des différentes obligations d'intérêt général qui lui sont imposées par l'État. Le problème du financement public de la télévision publique et de sa compatibilité avec le droit de l'Union présente toutefois une difficulté supplémentaire : la logique qui préside à son financement est différente de celle de la majorité des secteurs (§2).

§2 Les particularités du secteur de l'audiovisuel justifiant un régime de financement particulier

6. Dans les secteurs en réseaux, les charges supplémentaires liées aux obligations de service public sont normalement quantifiables, mais aussi définissables *a priori*³⁵ : il est donc possible de déterminer quelles sont les obligations de service public qui peuvent être financés par des fonds publics. Au contraire, en raison de leur nature immatérielle, les obligations de service public dans le secteur de l'audiovisuel ne sont pas réductibles à un résultat clairement défini et quantifié³⁶.

Par ailleurs, comme le souligne W. Rumphorst³⁷, la mission de service public de radiodiffusion est liée, contrairement aux obligations des autres secteurs, à la nature de l'organisme qui en est chargé et surtout au but non lucratif de cet organisme : la nature du financement a des incidences sur la nature et la qualité de la prestation. Le lien fondamental entre financement public et prestation de service public (A) rend indispensable le fait de trouver une

³⁴ CJCE, *FFSA*, Op cit, point 178 : « Le versement d'une aide d'État est susceptible, en vertu de l'article 90, paragraphe 2, du traité, d'échapper à l'interdiction de l'article 87 dudit traité, à condition que l'aide en question ne vise qu'à compenser les surcoûts engendrés par l'accomplissement de la mission particulière incombant à l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général et que l'octroi de l'aide s'avère nécessaire pour que ladite entreprise puisse assurer ses obligations de service public dans des conditions d'équilibre économique...»

³⁵ D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », RTDE, 1999, p. 30

³⁶ N. CHARBIT, « Le financement des missions de service public au regard du traité d'Amsterdam : l'exemple du secteur de l'audiovisuel », La Gazette du Palais, 8 juin 2000, n° 160 p. 18

³⁷ W. RUMPHORST, « Un point de vue sur la radiodiffusion de service public : des malentendus persistants », RIDE, 1999(1), p. 31

solution pour la compatibilité entre droit de la concurrence et financement public³⁸ (B).

A) Le lien entre financement public et qualité du service public

Le lien irréfragable entre la qualité de la prestation de service public et le financement public de celui-ci a été démontré par la doctrine juridique (1) qui s'appuie sur les travaux de sociologues et d'économistes qui montrent les impacts extrêmement négatifs du financement par la publicité sur le contenu des programmes (2).

1) Un lien démontré par la doctrine

7. La doctrine, puis les pouvoirs publics, ont focalisé leur attention, au moins en France, comme le prouvent les dernières réformes de la télévision publique, sur le critère organique ou sur le régime pour définir le service public audiovisuel. M. Lombard, dans un article intitulé « À propos des avatars de la télévision : ambiguïtés de la distinction du public et du privé »³⁹ soulevait déjà, en 1986, le lien entre entreprise publique de télévision, financement public et service public⁴⁰. Elle mettait en exergue l'importance du financement public des télévisions publiques pour protéger les contenus produits par celles-ci de l'influence néfaste de la publicité, et de la concurrence directe avec les chaînes privées sur le marché de la publicité⁴¹.

Dans un article publié en 1987, intitulé « La dualité public/privé et le droit de la communication audiovisuelle »⁴², S. Regourd insiste également sur l'opposition avérée de la logique de « service public » avec la logique « commerciale », opposition liée à des modes de financement divergents. La logique du secteur privé ne saurait être que commerciale, puisqu'*« elle repose par nature sur la rentabilité financière »*. L'auteur a le mérite de tisser un

³⁸ N. CHARBIT, « Le financement des missions de service public au regard du traité d'Amsterdam : l'exemple du secteur de l'audiovisuel », Op cit, p. 18

³⁹ M. LOMBARD, « A propos des avatars de la télévision : Ambiguïtés de la distinction du public et du privé », La Revue Administrative, 1986, p. 10

⁴⁰ Ibid, p. 16 : « *l'avenir du secteur public de la télévision dépend probablement d'une restauration du lien, dans sa plénitude, entre entreprise publique, financement public et service public* ».

⁴¹ Ibid, p. 14 : « *il est à craindre que les télévisions publiques et privées étant placées en position de concurrence sur le marché publicitaire, la notion ne perde en densité ce qu'elle gagnera en étendue* ».

⁴² S. REGOURD, « La dualité public/privé et le droit de la communication audiovisuelle », RFDA, 1987, p. 359

lien tout à fait clair entre mode de financement et contenu des programmes : « *L'entreprise audiovisuelle doit avoir pour activité prioritaire de vendre des téléspectateurs ou des auditeurs aux annonceurs (...) Ses modes de régulation sont donc essentiellement d'ordre quantitatif : la nécessité de disposer d'une audience ou d'un taux d'écoute maximum, assurant elle-même les ressources publicitaires. (...) Plus que la coupure publicitaire, c'est le choix même des programmes qui peut être mis en cause. Indépendamment de la qualité proprement dite des émissions, la logique commerciale conduit à un rétrécissement sensible des choix de la chaîne. Toutes les études convergent pour démontrer que les émissions de fiction sont en tête dans la course à l'audience, de telle sorte qu'une chaîne faite exclusivement de fiction serait la plus attractive pour les publicitaires, donc la plus rentable (pour la chaîne)* »⁴³. Écrivant au moment de la libéralisation du secteur, ces auteurs démontrent de manière particulièrement limpide l'impact du mode de financement, et plus particulièrement de la pression des annonceurs, sur la nature des programmes diffusés. Ils font alors du mode de financement le critère primordial du service public audiovisuel. Ce lien entre mode de financement et homogénéisation des programmes a également été mis en exergue par de nombreux illustres sociologues (2).

2) Un lien déjà mis en exergue par les sociologues

8. Dans son ouvrage « *Sur la télévision* »⁴⁴, retranscription de deux émissions télévisées, P. Bourdieu démontre que la télévision, par sa capacité à toucher un nombre très important de personnes, ainsi que par son mode de financement par la publicité, est fortement soumise à la logique de l'audimat. La logique de l'audimat, ou du marché, a pour conséquence très importante de « dépolitiser », car pour toucher le public le plus large, un programme ne doit choquer personne. Il doit parler de sujets « consensuels », car, pour faire de l'audimat, la télévision ne peut se permettre d'être polémique⁴⁵.

Ces développements n'étaient pas nouveaux. Au milieu du XXe siècle, les théoriciens de l'école de Francfort s'étaient déjà penchés sur les risques que fait peser la culture de masse sur la

⁴³ Ibid.

⁴⁴ P. BOURDIEU, *Sur la télévision*, Raisons d'agir, Paris, 1996

⁴⁵ P. BOURDIEU, *Op Cit*, p. 16s

société moderne. T. Adorno et M. Horkheimer, dans leur célèbre article « La production industrielle de biens culturels »⁴⁶, s'appuient sur le concept marxiste d'aliénation pour critiquer de manière virulente le concept d'« industries culturelles » qui selon eux n'aurait d'autre but que de pousser les classes populaires à se divertir pour leur faire oublier les conditions de vie qui sont les leurs. C'est aussi la théorie que développe Habermas, qui exprime, trente ans plus tard, sa conception de la culture de masse : « Si l'on voulait résumer ce en quoi consiste véritablement l'idéologie de la culture de masse, il faudrait la formuler comme la maxime : « Deviens ce que tu es ». Autrement dit, la reproduction et la légitimation exacerbées des rapports sociaux tels qu'ils sont, en confisquant toute transcendance et toute critique. Dans la mesure où l'idéologie dominante se borne à ne représenter aux Hommes que ce qui de toute façon constitue les conditions de leur vie, mais en faisant simultanément de cette existence la norme à laquelle ils doivent se confronter, ceux-ci seront contraints de croire sans foi à cette pure et simple existence »⁴⁷.

Cette définition habermassienne, aussi extrémiste qu'elle puisse sembler, trouve pourtant une résonance troublante dans la phrase désormais célèbre de Patrick Le Lay : « Nos émissions ont pour vocation à rendre le cerveau du téléspectateur disponible, c'est-à-dire de le divertir, de le détendre entre deux messages publicitaires. Ce que nous vendons à Coca-Cola, c'est du temps de cerveau humain disponible »⁴⁸.

La mauvaise qualité éventuelle des émissions proposées ne découlerait pas seulement d'une demande du public, mais serait due à une volonté organisée de conditionner le téléspectateur pour que celui-ci soit plus réceptif aux dispositifs publicitaires mis en place entre deux émissions. Dans ce contexte de grande dépendance des programmeurs privés aux exigences des annonceurs, le financement public apparaît en effet comme le seul apte à permettre à l'État de mener une politique publique digne de ce nom. Ces caractéristiques économiques et sociologiques inhérentes au secteur de l'audiovisuel permettent d'expliquer que dans tous les

⁴⁶ T. ADORNO et M. HORKHEIMER, « La production industrielle de biens culturels », in *La dialectique de la raison*, Gallimard, 1974, p. 140s

⁴⁷ J. HABERMAS, *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, Paris, 1988, p. 200

⁴⁸ P. LE LAY, *Les dirigeants face aux changements*, Les Editions du Huitième jour, 2004

États membres de l'Union européenne les gouvernants aient décidé de financer la télévision publique par des fonds majoritairement publics. Le lien fondamental entre financement public et prestation de service public rendait indispensable le fait de trouver une solution pour la compatibilité entre droit de la concurrence et financement public⁴⁹ (B).

B) Un lien reconnu par le droit de l'Union

9. La particularité du financement public du secteur de l'audiovisuel a été reconnue par le droit de l'Union. Dans la résolution du parlement européen sur la fonction de la télévision publique dans une société Multimédia⁵⁰, adoptée le 19 septembre 1996, le Parlement reconnaît que les États membres doivent pouvoir décider librement des modalités de financement des chaînes publiques. Il demande à la Commission européenne de continuer à considérer comme légitime le financement des chaînes publiques dans la mesure où celles-ci respectent leurs obligations de service public.

Le protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres, annexé au traité d'Amsterdam, en 1997, vient concrétiser cette importance du financement public de la télévision publique. Son unique disposition établit que « *les dispositions du traité instituant la communauté européenne sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement 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 les États membres, et dans la mesure où 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 de ce mandat de service public doit être prise en compte* ». Outre le fait qu'il légitime le financement public de la télévision publique, sous certaines conditions qui devront être précisées, le protocole qualifie le secteur public de la télévision de « service public », une expression qui est, on le sait,

⁴⁹ N. CHARBIT, « Le financement des missions de service public au regard du traité d'Amsterdam : l'exemple du secteur de l'audiovisuel », Op cit, p. 18

⁵⁰ Résolution du 19 septembre 1996 sur le rôle des télévisions de service public dans une société multimédia, JO C 320 du 28.10.1996, p. 180

étrangère au droit de l'Union⁵¹. Cette expression permet de légitimer en droit de l'Union le maintien d'une télévision publique après la libéralisation du secteur dans les États membres, mais aussi de reconnaître la spécificité du secteur de l'audiovisuel vis-à-vis des autres secteurs en réseaux (Section 2).

Section 2 : La spécificité du secteur de l'audiovisuel vis-à-vis des autres secteurs en réseaux en droit interne

10. La concurrence commerciale et le principe d'une télévision financée par la publicité n'ont jamais été questionnés aux États-Unis. Le système se compose dès sa création de plusieurs réseaux nationaux privés⁵², fédérant des stations locales dotées d'une plus ou moins grande autonomie, le tout supervisé par la Federal Communication Commission (FCC), chargée de faire respecter certains principes, très limités, d'intérêt général⁵³. Deux raisons expliquent la configuration autour du marché. D'un côté, la conception particulière de la liberté d'expression aux États-Unis, le marché étant considéré comme le mieux à même de permettre la mise en oeuvre conjointe de la liberté d'expression et des intérêts des consommateurs. De l'autre, la conception économique selon laquelle le capitalisme est lié au bien-être du consommateur ainsi qu'à la démocratie⁵⁴. Au contraire, en Europe, seul l'État est considéré comme capable, dans le secteur de l'audiovisuel, d'assurer la mise en oeuvre de l'intérêt général et la protection des libertés fondamentales des citoyens-télespectateurs⁵⁵ (§1). C'est la raison pour laquelle, contrairement aux autres secteurs en réseaux libéralisés à partir des années 1980 sur l'impulsion du droit de l'Union européenne, le critère organique du service public audiovisuel n'est pas

⁵¹ Qui lui préfère le terme de Service d'intérêt économique général.

⁵² J. BOURDON, *Du service public à la télé-réalité, Une histoire culturelle des télévisions européennes, 1950-2000*, Editions INA, Médias histoire, p. 25, Pour un aperçu du système américain, voir M. S. FOWLER and D. S. BRENNER, « A Marketplace Approach to Broadcast Regulation », *Texas Law Review*, 1981 p. 207, H. KALVEN, « Broadcasting, Public Policy and the First Amendment » *Journal of Law and Economics*, 1967(10), p. 15

⁵³ *Ibid*, p. 24

⁵⁴ J. BLUMLER, *Television and the public interest, Vulnerable values in West european broadcastings*, SAGE, 1992, p. 24

⁵⁵ V. notamment R. CRAUFURD-SMITH, *Broadcasting rights and fundamental law*, Clarendon Press, 1997 ; K. FAVRO, *Télespectateur et message audiovisuel : contribution à l'étude des droits du télespectateur*, LGDJ, 2001 ; P. MARCANGELO-LEOS, *Pluralisme et audiovisuel*, LGDJ, 2004

considéré comme indifférent à la réalisation de la mission (§2).

§1 La nécessité du secteur public pour la mise en oeuvre de libertés indispensables à la démocratie

Avant la libéralisation, l'État est considéré comme le seul apte à protéger la liberté d'expression et le pluralisme du fait de la rareté des ondes (A). La libéralisation et la multiplication des canaux de diffusion auraient pu apporter une plus grande diversité de contenus et d'opinions, mais tel n'a pas été le cas. Le secteur public trouve après la libéralisation sa justification dans l'impossibilité pour les personnes privées de mettre en oeuvre le principe de pluralisme, une condition *sine qua non* de la démocratie.

A) La protection de la liberté d'expression face à la rareté des ondes jusqu'à la libéralisation

11. Ce qu'il est convenu d'appeler la première génération de l'audiovisuel⁵⁶, ou pour reprendre les mots d'Umberto Eco, la « paléo-télévision », était basée sur un modèle de chaînes qui fonctionnaient uniquement grâce aux ondes hertziennes. La rareté technique⁵⁷ qui découlait de l'usage du seul spectre électromagnétique pour la diffusion explique la configuration première de la télévision sous la forme d'un monopole public dans les États européens. La rareté des ondes empêchant l'établissement d'une libre concurrence, elle aurait pu mener à un oligopole formé par les entreprises privées, ce qui aurait été susceptible de nuire à l'exigence de pluralisme qui découle de la norme fondamentale qu'est la liberté de communication. C'est cet argument qui a permis aux Cours constitutionnelles italiennes et allemandes de considérer le monopole comme constitutionnel et aux gouvernants de faire de la télévision publique un des outils primordiaux de la politique culturelle après la Seconde Guerre mondiale.

L'exemple allemand est caractéristique du contexte idéologique et juridique qui entoure la création, après la Seconde Guerre mondiale, d'un monopole étatique de la télévision dans la

⁵⁶ J. BARATA i MIR, *Democracia y audiovisual, Fundamentos normativos para una reforma del sistema español*, Op cit, p. 19

⁵⁷ V. notamment J-F. CALMETTE, *La rareté en droit public*, L'harmattan, 2004

majorité des pays de l'Union européenne. La Constitution allemande d'après-guerre, élaborée en réaction aux insuffisances de la République de Weimar, insuffisances qui favorisèrent l'avènement du nazisme⁵⁸, établit un catalogue particulièrement complet de droits et libertés fondamentales. Parmi ceux-ci, la liberté d'expression est protégée à l'article 5-III. La Cour constitutionnelle de Karlsruhe, qui a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur le sujet, estime que la liberté d'expression appliquée à la radio et à la télévision ne peut être assurée que par une intervention poussée du législateur⁵⁹.

La liberté d'expression, telle qu'elle est conçue par la Cour allemande, consiste également en l'expression du droit de chacun au développement de sa personnalité : c'est pourquoi cette liberté ne peut consister en un simple droit de l'individu à s'opposer à l'ingérence de l'État⁶⁰. Dans son arrêt du 28 février 1961, elle explique longuement les différences entre le secteur de la presse écrite et de la radio/télévision : *« À l'intérieur de la presse écrite, il existe un nombre relativement grand d'organes de presse autonomes, se faisant concurrence par leur orientation, leur coloration politique ou le contenu fondamental de leur idéologie, tandis que dans le domaine de la radio et de la télévision, tant pour des motifs techniques que compte tenu des investissements financiers extraordinairement importants nécessités par l'organisation des prestations publiques télédiffusées, le nombre des titulaires responsables de telles installations doit forcément rester relativement faible. Cette situation spéciale exige des dispositions elles-mêmes spéciales pour assurer la mise en œuvre de la sauvegarde de la liberté de la radio et de la télévision »*⁶¹.

Cette décision n'est pas sans rappeler la décision n° 59 du 6 juin 1960⁶² dans laquelle la Cour constitutionnelle italienne confirme la constitutionnalité du monopole étatique. La Cour

⁵⁸ W. MASTOR, « La loi fondamentale allemande », in Encyclopedia Universalis en ligne, <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/loi-fondamentale-allemande/>

⁵⁹ M. FROMONT, « Les libertés d'expression, d'information et de communication dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », Annuaire international de justice constitutionnelle, 1987, p. 224

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ BVerfGE, 28 février 1961, Tome 12 p. 205 Traduction française dans EDCE, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois*, La documentation française, cité par M. FROMONT, Op cit, p. 224. De ce fait, il n'est pas contraire à l'article 5-I de la loi fondamentale qu'un monopole des prestations télédiffusées soit accordé en l'état actuel des techniques à une institution présentant des garanties d'impartialité et de transparence dans le cadre d'un land.

⁶² C. Cost 59/1960 du 6 juillet 1960, Giur. Cost, 1960, p. 759

fonde son raisonnement sur la protection de l'article 21 de la Constitution, relatif à la liberté d'expression. En cas de libéralisation, et devant le nombre limité de bandes hertziennes, le risque est grand de voir ce secteur devenir otage d'oligopoles privés. La Cour note également « la très grande importance qu'assument, dans la phase actuelle de notre civilisation, les intérêts que la télévision tend à satisfaire ». Ce secteur a dès lors un caractère d'intérêt général supérieur et tombe sous le coup de l'article 43§1 de la Constitution qui permet de soumettre un secteur au monopole étatique⁶³.

À la naissance de la télévision, l'intervention étatique prend la forme d'un monopole dans tous les pays étudiés. Le processus de libéralisation qui a mené à la remise en cause des monopoles a paradoxalement conduit à un renforcement des justifications juridiques de l'existence d'un service public audiovisuel dans les États membres, ceux-ci trouvant désormais leur raison d'être dans l'incapacité des chaînes privées à mettre en oeuvre le pluralisme (B).

B) L'impossibilité des chaînes privées de mettre en oeuvre le pluralisme après la libéralisation

12. L'argument de la rareté des ondes est progressivement remis en cause par les progrès techniques. L'avènement du numérique a entraîné une multiplication du nombre de chaînes et d'entreprises pouvant transmettre des messages aux téléspectateurs. Face à l'entrée de chaînes privées sur le marché durant les années 80, et à leur multiplication au début des années 2000, l'idée de rareté qui légitimait l'intervention publique a progressivement disparu. La multiplication des canaux a toutefois pour conséquence primordiale une reconfiguration de l'espace public⁶⁴, face à laquelle l'intervention publique continue d'être légitime.

Comme le note J. Barata i Mir, l'explication première de la massification audiovisuelle réside dans l'énorme potentiel économique du secteur. L'investissement par de grandes entreprises de capitaux importants a converti le secteur de l'audiovisuel en un secteur régi presque exclusivement par des critères de marché⁶⁵. La présence de ces grandes entreprises dans

⁶³ Cette jurisprudence sera expliquée et développée dans la Première partie de la thèse.

⁶⁴ V. notamment J. BARATA i MIR, Op cit, p. 30s

⁶⁵ Ibid. V. aussi D. CROTEAU, W. HOYNES, *The business of media. Corporate media and the public interest*, Pine Forge Press, 2001

le processus de communication public, et les processus d'investissement et de concentration à laquelle celle-ci répond n'est pas seulement intense, elle se traduit également par un processus d'accapement de la sphère publique⁶⁶, qui a tendance à exclure les messages de nature non commerciaux de ladite sphère. Plus grave, ces grandes entreprises ont recours à leur pouvoir et à leur influence pour transmettre, de manière explicite ou implicite, et à travers les chaînes dont elles sont propriétaires, des messages de nature idéologique qui vont dans le sens de leurs intérêts politiques⁶⁷. L'accapement de la sphère publique par lesdites grandes entreprises a également des conséquences sur la qualité du message transmis, comme nous l'avons mis en exergue dans la section 1 de ce chapitre.

Une autre conséquence de la multiplication des canaux de transmission réside dans la fragmentation de l'espace public⁶⁸. Les membres de groupes dotés de discours et de pensées proches ont tendance à se côtoyer, sans entrer en contact avec des discours avec lesquels ils ne seront pas en accord⁶⁹. Les producteurs audiovisuels, dans ce contexte, sont capables d'offrir des produits qui répondent aux attentes de certains groupes clairement définis.

La multiplication des canaux de diffusion n'a donc pas pour corollaire un plus grand pluralisme et une meilleure qualité des programmes : l'espace public ainsi transformé ne semble pas offrir les caractéristiques nécessaires à la formation d'un débat public éclairé, ouvert, et démocratique, et ne permet pas la formation d'une opinion publique libre.

Dans ce contexte, l'intervention publique est indispensable pour assurer la préservation d'un espace public qui réponde aux exigences d'une société démocratique : un espace dans lequel peut être assurée la promotion de valeurs et d'opinions diverses ainsi qu'un espace de discussion global dans lequel tous les publics peuvent se rencontrer et discuter entre eux. Cette caractéristique a d'ailleurs été reconnue directement par le protocole sur le financement de la radiodiffusion de service public, qui dans son considérant introductif dispose que « *la*

⁶⁶ J. BARATA i Mir, p. 33. V. aussi le très important travail de C.E. BAKER, *Media, Markets and Democracy*, Cambridge university Press, 2002, p. 20s

⁶⁷ Ibid, p. 34 ; V. aussi M.E. PRICE, « The market for loyalties : Electronic media and the global competition for allegiances », *Yale Law Journal*, 1994, p. 667

⁶⁸ Ibid, p. 35

⁶⁹ C.E. SUNSTEIN, « Group dynamics », *Cardozo studies in Law and litterature*, 2000(1), p. 129 ; et C.E. SUNSTEIN, « Deliberative trouble : Why groups go to extrem », *Yale Law Journal*, 2000, p. 71

radiodiffusion de service public dans les États membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias ». Cette intervention prend, dans tous les États, la forme d'une entreprise publique qualifiée de service public (§2).

§2 Des entreprises publiques qualifiées de service public dans tous les États membres

13. Il existe aujourd'hui dans chaque État membre de l'Union européenne une entreprise de télévision qui est considérée comme une entreprise publique, car son capital est détenu presque entièrement par l'État. Cette chaîne est qualifiée de chaîne de service public même dans les États où la notion de service public n'est pas conceptualisée juridiquement (A). La spécificité de cette configuration vis-à-vis des autres secteurs en réseaux repose sur la reconnaissance du critère organique comme fondamentalement lié à la mise en oeuvre de la mission (B).

A) La qualification de service public pour le secteur de l'audiovisuel même dans les pays dans lesquels la notion n'est pas conceptualisée juridiquement

La notion de service public renvoie, sans conteste en droit français, à autre chose qu'un simple concept juridique. L'approche française du service public est globalisante, systématisante⁷⁰, mais surtout mythifiée⁷¹, et ce à plusieurs niveaux. La notion renvoie d'abord au mythe fondateur du droit administratif et est spécifique aux conditions de développement du droit administratif dans notre pays : l'arrêt Blanco aurait donné au juge administratif un critère lui permettant de fonder sa compétence et de matérialiser le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire formulé par les lois des 16 et 24 août 1790 et 16 fructidor an III⁷². Pourtant si en France la notion de service public revêt une signification spéciale, certains États de l'Union européenne connaissent également une notion juridique de service public, notamment les

⁷⁰ F. MODERNE, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in G. MARCOU, F. MODERNE, *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'harmattan, 2001, p. 3s

⁷¹ J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, 8ème ed, 1987, p. 3

⁷² J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public » in *L'évolution du droit public. Mélanges offerts à Achille Mestre*, Sirey, Paris, 1965, p. 461

États qui ont subi une influence du droit administratif français. On peut citer les exemples de l'Italie, de l'Espagne ou du Portugal, ainsi que de la Grèce et de la Belgique⁷³. Dans ces États, la notion de service public existe, mais ne renvoie pas forcément au concept globalisant du droit français⁷⁴ : elle n'occupe la plupart du temps qu'une place secondaire, car les droits administratifs ont fait appel à d'autres notions pour leur systématisation⁷⁵. D'autres États ne connaissent pas de notion juridique de service public : ce serait par exemple le cas de l'Allemagne, l'Autriche, le Royaume-Uni, l'Irlande, le Danemark⁷⁶, mais aussi de la Finlande ou de la Suède.

14. Le secteur de l'audiovisuel semble constituer à cet égard un secteur particulier, car même dans les pays où la notion n'est pas conceptualisée juridiquement, la chaîne publique de télévision est désignée de chaîne de service public. La formulation du protocole annexé au Traité d'Amsterdam ne laisse que peu de doute : celle-ci induit que dans tous les États membres de l'Union européenne il existe une chaîne de service public audiovisuel. Le choix des États étudiés se base sur ce qui peut constituer un paradoxe. Nous avons choisi un État dans lequel la notion de service public n'est pas conceptualisée juridiquement (le Royaume-Uni), un État dans lequel la notion de service public existe, mais ne renvoie pas à la conception globalisante du droit français (l'Italie), et enfin le pays dans lequel la notion de service public est mythifiée (la France). Malgré les différences touchant à la conceptualisation de la notion de service public dans les droits internes, on observe que le service public audiovisuel est configuré sous la forme d'une entreprise publique dans les trois États et financée principalement par une redevance audiovisuelle (B).

⁷³ G. MARCOU, « De l'idée de service public au service d'intérêt général » in F. MODERNE, G. MARCOU(ed), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, Op cit, p. 367

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ En Italie, le législateur avait établi lui-même un critère de répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire. C'est la loi n° 103 du 29 mars 1903 avait consacré la notion de « servizio pubblico » en tant qu'institution du droit positif. La notion dut cependant cohabiter avec celle de « funzione pubblica » qui correspondait aux missions de la puissance publique, inhérentes à la souveraineté de l'Etat.

⁷⁶ Ibid, p. 366

B) Une configuration commune : l'entreprise publique comme forme juridique

15. La prestation doit en retour correspondre à des missions qui sont fixées par le législateur et/ou le gouvernement. La British Broadcasting Corporation est configurée, comme son nom l'indique sous la forme d'une « public corporation », le véhicule principal de nationalisation au Royaume-Uni au XXe siècle⁷⁷. Selon P. Craig, le passage d'un capital privé à un capital public fut motivé, en Grande-Bretagne, par la volonté de réduire le but lucratif des entreprises et de permettre à celles-ci d'agir comme le « haut gardien de l'intérêt public »⁷⁸. La référence à un *public interest*⁷⁹ est ce qui a justifié, dans le domaine des médias, la création d'une télévision publique, financée par des fonds publics, et distincte du secteur privé au Royaume-Uni.

En Italie, la RAI est une « società per azioni », c'est-à-dire une société dont la structure juridique est privée, mais dont le capital est contrôlé entièrement par l'État italien⁸⁰. Il s'agit bien d'une entreprise publique au sens le plus usité du terme.

En France, l'État détient la totalité du capital des Sociétés Nationales de Programmes et est largement représenté au Conseil d'administration, ce qui fait de France Télévision une entreprise publique⁸¹, bien que son statut juridique soit celui d'une société anonyme.

Il existe donc, pour définir les télévisions publiques dans les trois États, un critère organique commun. Ce critère est renforcé par ce que nous qualifierons comme un élément du régime de ces télévisions publiques : le financement public de certaines activités de ces entreprises publiques.

Nous avons dans ce chapitre dégagé l'intérêt du sujet. Le service public audiovisuel constitue un objet d'étude important, car il a été reconnu dans les droits internes et en droit de

⁷⁷ P. CRAIG, *Administrative law*, Sweet & Maxwell, 7ème ed, 2012, p. 98 ; R. ROBSON, *Nationalised industry and Public ownership*, Allen and Unwin, 2nd ed, 1962

⁷⁸ « High custodian of public interest ».

⁷⁹ D. McQUAIL, *Media Performance, Masscommunication and the public interest*, SAGE, 1992, p. 3 identifie le « public interest » comme « *the complex of supposed informational, cultural and social benefits to the wider society which go beyond the immediate, particular and individual interests of those who communicate in public communication, whether as senders or receivers* ».

⁸⁰ Pour plus de détails sur la nature juridique de la RAI V. Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28329

⁸¹ Selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, est considérée comme une entreprise publique au titre de l'article 34 de la Constitution, toute entreprise dans laquelle l'Etat détient, directement ou indirectement la majorité du capital. CE, 24 novembre 1978, *Syndicat national de l'énergie atomique CFDT et sieur Schwartz*, AJDA 1979, p. 42, Conclusions Latournerie.

l'Union comme indispensable au fonctionnement des sociétés démocratiques. C'est pour cette raison qu'a été reconnue en droit de l'Union la liberté des États membres de financer leur service public audiovisuel national. Il constitue un secteur particulier en droit comparé, car il est le seul secteur à être qualifié expressément de service public dans tous les États membres de l'Union européenne et à connaître un régime juridique commun à tous ces États. Il nous faut désormais construire et spécifier notre problématique de recherche (Chapitre 2).

Chapitre 2 : Construction de la problématique de recherche

L'encadrement européen du financement public du service public audiovisuel orientera notre étude vers une recherche sur les normes encadrant la prestation de service public audiovisuel ainsi que les conditions de leur réalisation effective (Section 1). La méthodologie choisie dans cette étude découle de cette problématique (Section 2).

Section 1 : Une étude centrée sur la mission de service public audiovisuel et les conditions de sa réalisation effective

Le protocole annexé au traité d'Amsterdam légitime le financement par les États membres de leur télévision publique : il leur permet de déroger aux dispositions du traité, mais pas sous n'importe quelles conditions. Il est nécessaire que les États définissent précisément les missions de service public et que ce financement ne soit pas contraire à l'intérêt communautaire et à la concurrence⁸², mais également que ces normes soient réellement mises en oeuvre par le concessionnaire de service public (§1). L'étude de l'effectivité et des conditions de sa réalisation, si elle permet de s'intéresser à la légalité et à la légitimité du financement public en droit de l'Union européenne, nous permettra également d'expliquer les différences observées entre les États étudiés (§2).

§1 Pour interroger la légitimité du financement public en droit de l'Union européenne

16. En 2001, la Commission adopte une « Communication concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État »⁸³, remplacée par une

⁸² S. MEDINA-GONZALEZ, « La financiación de los medios públicos de comunicación a la luz del derecho europea de la competencia : la nueva ley 17/2006 de 5 de junio de la radio y televisión de titularidad estatal », *Revista de Administración pública*, Madrid, 171, 2006, p. 293 ; V. N. CHARBIT, « Le financement des missions de service public au regard du traité d'Amsterdam : l'exemple du secteur de l'audiovisuel », *Op cit*, p. 18

⁸³ Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, 2001/C 320/04, JOCE, C 320, p. 5

communication du même nom en 2009⁸⁴. Dans ces communications, la Commission cherche à fixer des critères pour clarifier et résoudre le problème du contrôle de la compatibilité du financement public dans le secteur de l'audiovisuel avec le droit de l'Union européenne, en tenant notamment compte du Protocole d'Amsterdam adopté en 1997.

Après avoir rappelé que le financement public que reçoivent les organismes publics de radiodiffusion constitue bien une aide d'État au sens de l'article 87⁸⁵, la Commission considère que les conditions exigées par la Cour de Justice pour les autres secteurs sont également applicables au secteur de l'audiovisuel⁸⁶ : elle adapte donc les conditions de l'article 106§2 TFUE aux dispositions du Protocole sur le système de la radiodiffusion publique⁸⁷.

Elle considère que dans le cas particulier de la radiodiffusion publique, les dispositions du protocole qui évoquent « *la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre* » correspondent aux conditions de définition et de mandat, alors que la deuxième partie du protocole, qui prévoit une dérogation aux règles du traité pour le financement du service public de radiodiffusion « *dans la mesure où ce financement est accordé*

⁸⁴ Communication concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, JOUE, 2009/C 257 du 27 octobre 2009.

⁸⁵ V. §17s L'arrêt Altmark rendu en 2003, la Cour dégage quatre conditions pour qu'une compensation publique pour un service public ne constitue pas une aide d'Etat (et donc n'ait pas à être déclaré préalablement à la Commission européenne). Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies. Deuxièmement, les paramètres sur lesquels la compensation est calculée doivent être préalablement établis de façon objective et transparente. Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir l'intégralité ou une partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont liées ainsi que d'un bénéfice raisonnable. Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas particulier, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations (Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH («Altmark»), Affaire C-280/00, Rec p. I-7747. La quatrième condition n'étant pas remplie pour les entreprises de télévision recevant des compensations publiques, la jurisprudence Altmark ne peut pas s'appliquer et ces compensations sont donc considérées comme des aides d'Etat, devant en conséquence être déclarées à la commission.

⁸⁶ Point 37 de la communication. La Commission rappelle les conditions nécessaires, établies par la Cour, pour qu'une mesure puisse bénéficier d'une dérogation : « *le service en question doit être un service d'intérêt économique général et être clairement défini en tant que tel par l'État membre (définition), l'entreprise concernée doit être explicitement chargée par l'État membre de la fourniture dudit service (mandat), l'application des règles de concurrence du traité (en l'espèce, l'interdiction des aides d'État) doit faire échec à l'accomplissement de la mission particulière impartie à l'entreprise, et la dérogation ne doit pas affecter le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté (critère de proportionnalité).* »

⁸⁷ Point 38 de la Communication : « *Dans le cas particulier de la radiodiffusion de service public, l'approche visée ci-dessus doit être adapté en fonction des dispositions interprétatives du protocole* ».

aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public [...] et [...] 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», correspond au critère de proportionnalité.

La définition précise de la mission de service public des entreprises de radiodiffusion revient aux États membres. La mission de service public devra être confiée à une ou plusieurs entreprises au moyen d'un acte officiel⁸⁸, mais, comme le rappelle la Commission, « *il ne suffit pas que l'organisme public de radiodiffusion soit officiellement chargé de fournir un service bien défini. Il convient aussi que ce service public soit effectivement fourni selon les modalités définies entre l'État et l'entreprise mandatée (...). Conformément à la Communication de la Commission sur « les principes et les lignes directrices de la politique audiovisuelle de la Communauté à l'ère numérique »⁸⁹, ce n'est pas à la Commission qu'il appartient de contrôler le respect des normes de qualité : elle doit pouvoir s'appuyer sur un contrôle adéquat par les États membres, du respect par leurs organismes publics de radiodiffusion de leur mission de service public, notamment des normes qualitatives définies dans leur mandat »⁹⁰. Une autre condition est prévue par la Commission : celle-ci indique qu'« *il serait souhaitable qu'une autorité compétente ou un organisme désigné à cet effet contrôle son application. La nécessité d'une autorité compétente ou d'un organisme qui soit chargé d'exercer un tel contrôle apparaît de façon évidente pour ce qui est des normes de qualité imposées à l'organisme mandaté »⁹¹.**

17. Si le financement public était jusqu'alors envisagé dans le droit des États membres comme une nécessité pour la télévision publique, un critère de celui-ci⁹², le droit de l'Union retourne la proposition : le financement public emporte des obligations, des missions de service public qui permettent de *légitimer* le financement public⁹³. Cette préoccupation était déjà

⁸⁸ Point 43 de la Communication de 2009.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Point 53.

⁹¹ Ibid.

⁹² Voir les articles de S. REGOURD et M. LOMBARD précités.

⁹³ R. CRAUFURD-SMITH, « State support for public service broadcasting : The position under European Community Law », *Legal Issues of European Integration*, 2001(1), p. 3

présente, avant que le droit de l'Union ne s'y intéresse, dans certains droits nationaux. Ainsi P. Craig souligne-t-il que « *le passage de la propriété privée à la propriété publique ne permet pas de résoudre la tâche de définir l'intérêt public* »⁹⁴. Ce retournement nous pousse à tenter de définir l'intérêt public qui découle des lois prévoyant les missions de service public dans les divers États membres, qui seules peuvent légitimer le financement public de la télévision publique.

La Commission introduit donc une condition d'effectivité de la norme dont dépend l'exemption de l'interdiction des aides d'État, et donc la légalité du financement public de la télévision publique : « *En l'absence d'indices suffisants et fiables établissant que le service public est effectivement fourni selon les termes du mandat, la Commission ne serait pas en mesure de remplir les missions qui lui sont assignées par l'article 86§2 du traité et ne pourrait donc accorder aucune exemption en vertu de cet article* »⁹⁵. Elle introduit, en faisant dépendre de la légalité du financement l'adéquation entre les normes juridiques et la réalité sociale que ces normes entendent régir⁹⁶, un élément extérieur à la propre construction de la norme. Pierre Lascoumes définit l'effectivité comme le « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* »⁹⁷. Il considère que la notion renvoie à « *la possibilité d'une mesure existant entre le droit en vigueur et la réalité sociale qu'elle est censée ordonner. Il s'agit d'un concept évaluatif de la réception et de la mise en œuvre des normes juridiques* »⁹⁸. Il faut donc considérer que la légalité du financement public de la télévision de service public dépend des pratiques sociales que la norme est censée ordonner, autrement dit, pour notre secteur, de la nature des programmes diffusés.

La légalité du financement public de la télévision de service public dépend de la réalisation effective des missions qui lui sont conférées par les États membres, ce qui se

⁹⁴ P. CRAIG, *Administrative law*, Op cit, p. 99 : « *The shift from private to public ownership did not however resolve the task of defining public interest* ».

⁹⁵ Point 55.

⁹⁶ J. COMMAILLE, Entrée « Effectivité » in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 583

⁹⁷ P. LASCOUMES, Entrée « Effectivité », in A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2nd ed, 1993, p. 273

⁹⁸ Ibid, p. 217

comprend, car en droit de l'Union, le financement public implique pour la personne qui reçoit ce financement la mise en oeuvre d'activités effectivement différentes de celles qu'exercent les personnes ne recevant pas ce financement. L'analyse de la norme et des conditions juridiques de sa réalisation effective⁹⁹ permet en outre de comprendre les différences de prestation audiovisuelle entre les différents États choisis dans cette étude (§2).

§2 Pour interroger les différences de concrétisation des normes entre les États et leurs conséquences juridiques

21. Un paradoxe a frappé l'auteur de cette thèse avant son écriture : alors même que le service public audiovisuel est financé par des fonds publics pour mettre en oeuvre des missions particulièrement importantes et nécessaires à la démocratie, la distinction entre le contenu des chaînes commerciales et le contenu des chaînes qualifiées de service public n'est pas toujours aisée. Ce paradoxe est encore plus frappant en droit comparé (A). L'effectivité des missions de service public audiovisuel nous semble alors profondément liée à la structure démocratique des États étudiés (B).

A) L'observation d'un paradoxe fondé sur l'écart entre faits et droit

18. En plus de se fonder sur les différences conceptuelles de la notion de service public, le choix des États étudiés a été réalisé en se fondant sur l'observation a priori d'un paradoxe, paradoxe qui prend en compte la conceptualisation de la notion de service public et la réalité que cette dernière est censée ordonner. Ce choix part d'une observation superficielle de la réalité, en l'occurrence le contenu des programmes audiovisuels, et d'une connaissance superficielle des systèmes juridiques et la notion de service public dans chaque État.

Ce paradoxe est le suivant : l'Italie connaît une notion juridique de service public alors que ce concept juridique est étranger aux juristes britanniques. Ces derniers se bornent à appréhender la notion de service public sous un angle politique et l'édification d'un système de radiodiffusion publique s'est faite par un processus empirique. Le service public audiovisuel a en

⁹⁹ Pour reprendre le titre de la thèse de J. BETAÏLLE, Ibid.

autre été fondé, dès 1960, sur les articles 21 et 43 de la Constitution en Italie, alors que l'absence d'une Constitution au sens formel du terme au Royaume-Uni a rendu ce processus impossible. Or, alors que la concrétisation du modèle italien de service public semble se rapprocher du modèle commercial des chaînes privées¹⁰⁰, le système britannique dans sa concrétisation pratique semble répondre aux aspirations des défenseurs d'une éthique de service public¹⁰¹.

Un autre paradoxe peut être dégagé : le modèle italien de service public audiovisuel est sans doute celui qui a le plus souffert de la libéralisation du secteur, bien que la légitimité du service public n'y ait jamais été remise en cause¹⁰². Au contraire, en Grande-Bretagne, où la légitimité d'une entreprise publique a souvent été contestée¹⁰³, il semble que la BBC se soit adaptée aux évolutions du secteur et ait conservé une place de choix après la libéralisation, en 1953.

La conception française du service public est, sans aucun doute, la plus aboutie juridiquement et politiquement. Le service public audiovisuel français s'appuie dans sa conception, sur ce modèle juridique. Pourtant, la concrétisation des missions de service public répond à une logique hybride : elle emprunte des éléments qui renvoient au modèle commercial, mais aussi au modèle de service public¹⁰⁴. Ainsi, dans sa réalisation, le modèle français semble répondre au même paradoxe que celui émanant des comparaisons italienne et britannique : le perfectionnement des conceptualisations normatives n'est pas un gage de réalisation concrète de

¹⁰⁰ S. REGOURD, *La télévision des Européens*, Op cit, p 234 ; R. CRAUFURD-SMITH, *Broadcasting Law and Fundamental rights*, Op cit, p. 50

¹⁰¹ S. REGOURD, *La télévision des européens*, Op cit, p. 239

¹⁰² M. FEINTUCK M. VARNEY, « The market, public service and regulation » in M. FEINTUCK M. VARNEY, *Media regulation, public interest and the law*, Edinburgh University Press, 2nd ed, 2013, p. 40 : « L'avènement de la domination de Berlusconi sur les chaînes commerciales, en l'absence de régulateur, a permis la marginalisation de la tradition de service public ». P. J. HUMPHREYS, « Power and control of the new media », ECPR, Workshop, 1997, décrit le marché italien comme un « fait accompli du marché », en l'absence de régulation formelle ou même symbolique.

¹⁰³ V. la description que fait R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 49 qui renvoie aux critiques de Rupert MURDOCH : « *much of what passes for quality on British television really is no more than a reflection of the values of the narrow elite which controls it and which has always thought that its tastes are synonymous with quality* », R. MURDOCH, 1989, p. 5 ; V. également le Peacock Report, Financing the BBC, Op.cit, ainsi que le livre blanc adopté en 1988 par le gouvernement de M. THATCHER « Broadcasting in the 90's : Competition, choice and quality », Home office, 1988 dans laquelle l'accent est mis sur la souveraineté des consommateurs : les téléspectateurs et les auditeurs doivent être placés au centre des politiques, et le choix de ceux-ci doit être pris en compte pour assurer une programmation en accord avec leur goût. voir également le livre de A. PEACOCK, intitulé de manière éclairante *Public service Broadcasting without BBC*, Institute of Economic Affairs, 2004

¹⁰⁴ S. REGOURD, *La télévision des européens*, Op cit, p. 235

l'idée de service public audiovisuel.

L'étude de la notion de service public audiovisuel et des conditions juridiques de son effectivité devra alors nous permettre d'expliquer les différences entre les systèmes, et de répondre aux nombreux paradoxes qui entourent la conceptualisation de la notion de service public audiovisuel en droit comparé, ainsi que sa mise en oeuvre. Mais l'étude de l'effectivité des normes encadrant la prestation de service public audiovisuel pourra également nous dire beaucoup sur le caractère démocratique des sociétés étudiées (B).

B) L'effectivité, un concept profondément lié à la structure démocratique des États étudiés

19. L'effectivité de la règle de droit semble être une qualité inhérente à la nature de la norme juridique¹⁰⁵, incontestablement liée à sa fonction, prescriptive, de direction des conduites humaines¹⁰⁶. Nombreux sont les auteurs qui insistent sur l'importance de la réalisation pratique des normes¹⁰⁷.

Le doyen Rivero, avec le style qu'on lui connaît, résume cette idée : « *La norme juridique est faite pour régir le réel, et pour se traduire dans les faits. Si elle demeure dans l'empyrée, elle peut intéresser le philosophe et se prêter à la méditation du juriste, mais elle ne modifie en rien le destin des hommes, qui, seul importe* »¹⁰⁸.

¹⁰⁵ J. BETAÏLLE, Op.Cit, p 23 ; voir aussi R-V. JHERING, *La lutte pour le droit*, 1980, rééd, 2006, p. 54 : « *l'essence du droit est sa réalisation pratique* ».

¹⁰⁶ P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », *Droits*, n° 10, 1989, p. 8

¹⁰⁷ J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », Op cit, p. 3 : « *L'inapplication des lois atteste qu'une fonction gouvernementale n'est pas remplie : c'est un non-sens, quelque chose d'anormal et de condamnable* » ; F. GENY, « Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit) », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 241 : « *le droit dépourvu de puissance de fait, indispensable pour le mettre en effet, n'est qu'un idéal sans vie, une entité de l'esprit, étrangère à l'ordre réel du monde* » ; G. RIPERT dans *Le déclin du droit* (LGDJ, Paris, 1949) est probablement, au sortir de la seconde guerre mondiale, le plus alarmiste à ce sujet : « *Ainsi naît le désordre. Il naît des lois qui sont violées et de celles qui ne sont pas appliquées. Il s'aggrave par l'impuissance de l'Etat à les faire appliquer et parfois même par l'exemple qu'il donne en ne les appliquant pas. (...) La répression est inefficace, car on ne lutte pas utilement contre une résistance générale à l'application de la loi. Ce déclin du droit est très remarquable à notre époque. La désobéissance s'accompagne d'un mépris pour le droit impuissant* » ; D.TRUCHET, *Le droit public*, PUF, Paris, 2003, p 73 : « *Il en va du droit public comme de tout droit , les règles qui le composent doivent être respectées par ceux à qui elles s'imposent, faute de quoi le droit dégènerait dans l'anarchie ou l'arbitraire* ».

¹⁰⁸ J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p. 675

L'effectivité de la norme doit également être considérée comme un thème juridique, car profondément liée à la réalisation de l'État de droit. La théorie de l'État de droit, telle qu'elle a été définie par Hans Kelsen, doit permettre de limiter la puissance de l'État en le soumettant au droit, et cela implique que « *la toute puissance de l'État trouve sa limite dans la règle juridique qu'il est tenu de respecter* »¹⁰⁹. En ce sens, E. Picard rappelle que « *les compétences ou les prérogatives de droit public sont, pour reprendre le mot de L. Duguit, des « pouvoirs-devoirs objectifs », et non des droits subjectifs, dont les titulaires pourraient librement régler l'exercice et moduler à leur gré, sans restriction ou sans contrainte* »¹¹⁰. Mais cette condition d'effectivité renvoie également au caractère prévisible et égalitaire du droit dans les sociétés démocratiques¹¹¹, et à la volonté du pouvoir souverain du peuple¹¹². Cette condition d'application effective de la norme posée par la Commission européenne n'est donc pas étrangère au caractère démocratique des sociétés dans lesquelles la norme s'applique, ce qui est renforcé par l'importance particulière que le secteur public de l'audiovisuel doit jouer pour les besoins démocratiques sociaux et culturels de chaque société.

Cette orientation de l'étude vers une recherche portée sur les écarts entre la pratique et le droit positif a des conséquences sur le cadre théorique retenu, que nous devons expliciter, car « *l'aveu (théorique) en tant qu'élucidation par les juristes eux-mêmes de leurs postures théoriques est une condition de l'évaluation de leurs discours savants (...) et par conséquent du débat entre juristes* »¹¹³ (Section 2).

¹⁰⁹ J. RIVERO, « Etat de droit, Etat du droit » in *L'Etat de droit – Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 609

¹¹⁰ E. PICARD, « L'impuissance publique en droit », AJDA, Numéro spécial 1999, *Puissance publique ou impuissance publique*, p. 11 et plus spéc p. 17, Cette vision remet en cause les fondements de la théorie classique de la puissance publique, importée d'Allemagne et des courants post-hégéliens, selon laquelle « *cette puissance inconditionnelle, tutélaire et mystérieuse ne doit rien à personne ni à autre chose qu'elle-même en sa souveraineté totale et parfaite* » : au contraire, « *dans l'Etat de droit tel qu'il est institué aujourd'hui, la puissance publique ne saurait prétendre à l'absolu ou à l'inconditionnalité, sinon cet Etat ne serait plus de droit* ».

¹¹¹ D. TRUCHET, *Le droit public*, PUF, 2003, p. 73 : « *Il en va du droit public comme de tout droit, les règles qui le composent doivent être respectées par ceux à qui elles s'imposent, faute de quoi le droit dégènerait dans l'anarchie ou l'arbitraire* ».

¹¹² Souligné par J. BETAÏLLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit soutenue publiquement en 2012 à l'université de Limoges, en accès libre sur internet, p. 11

¹¹³ E. MILLARD, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », *VIème congrès français de droit constitutionnel*, Montpellier, 2005, disponible sur www.droitconstitutionnel.org, p. 5

Section 2 : Méthodologie retenue pour mener à bien cette étude

Interroger l'effectivité des normes qui encadrent la prestation de service public audiovisuel nécessite d'avoir recours à une conception normativiste de la validité de la norme, mais également à des savoirs sociologiques (§2). Notre démarche est toutefois avant tout comparatiste et historique (§1).

§1 Une démarche comparatiste et historique

Il nous faudra d'abord justifier l'intérêt d'utiliser une démarche historique et plus précisément archéologique (A), et expliciter ensuite l'intérêt de notre démarche comparatiste (B).

A) la démarche historique et archéologique

20. Comme le souligne M. Tracey « *Toute compréhension de la culture et de la société doit commencer par un sens de l'histoire qui a donné naissance à ce moment particulier. Cela est particulièrement vrai dans le cas de l'audiovisuel, qui repose sur l'entrecroisement de nombreuses forces. Quelques-unes des visions les plus importantes et puissantes concernant les buts à donner à l'audiovisuel ont émergé de circonstances inhabituelles et éprouvantes* »¹¹⁴. Cette histoire n'est pas étrangère à la façon dont sont aujourd'hui traités juridiquement les normes et les programmes du service public audiovisuel. Il est possible d'aller plus loin et d'affirmer avec S. Regourd que l'histoire de la télévision publique est constituée de « *strates chronologiques, caractérisées par la prégnance des déterminants politiques* »¹¹⁵ qui ont des effets pérennes sur la façon dont est appréhendée la télévision par les acteurs du droit aujourd'hui. Cette constatation s'appuie sur la théorie de l'archéologie développée par Foucault dans *L'archéologie du savoir*¹¹⁶.

¹¹⁴ M. TRACEY, *The decline and the fall of Public service Broadcasting*, OUP, 1998

¹¹⁵ S. REGOURD, « Archéologie du service public audiovisuel : quel passé pour quel futur ? », in B. LAFON, *Les services publics de radio-télévision à l'orée du XXI^e siècle*, Les Enjeux de l'Information et de la Communication, n° 14/2, p.27

¹¹⁶ M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969

Pour Foucault, l'histoire des idées, telle qu'elle est formulée par les différents théoriciens et philosophes, s'appuie sur l'idée d'une continuité entre les différentes théories, celle d'un progrès continu vers l'objectivité. Cette idée relève de l'ordre du discours pour l'auteur, qui propose dans cet ouvrage une contribution majeure à la mise en forme d'une théorie générale de la discontinuité¹¹⁷.

L'archéologie pratiquée par Foucault, sur le discours, est une mise au jour des couches sédimentaires d'un savoir que l'on tient pour constitué sous l'égide du sujet¹¹⁸, et qui est en fait un « *champ d'historicité [...] libre de toute activité constituante, affranchi de toute référence à une origine ou à une téléologie historico-transcendantale, détaché de tout appui sur une subjectivité créatrice* »¹¹⁹. Foucault se propose de trouver l'origine historique et le processus de formation des grandes institutions, dont la réalité est toujours médiatisée par des discours, et de faire la genèse de leurs pouvoirs et de leurs savoirs sous une perspective nouvelle.

En adoptant une description minutieuse des faits historiques, il a pour ambition de dégager les conditions de possibilité de l'avènement des connaissances, c'est-à-dire les conditions qui ont présidé à la mise en place de ces théories. Cette méthodologie peut être utile à notre étude, car elle nous permettra de remettre en cause l'idée que le système actuel serait le fruit d'une évolution linéaire vers le progrès, qui résulterait d'une autonomisation progressive vis-à-vis du pouvoir politique dont la libéralisation du secteur serait le point final. Au contraire, elle nous permettra d'expliquer quelles sont les conditions, historiques, politiques ainsi que les rapports de pouvoir, qui ont présidé à l'avènement du système audiovisuel actuel dans les trois États membres, et d'en tirer les conséquences pour analyser les similitudes et les différences de formulation ainsi que de concrétisation des normes qui régissent le service public audiovisuel dans les trois États. Cette méthodologie suppose, selon M. Foucault, une description non interprétative des faits historiques, c'est-à-dire dénuée d'une interprétation qui serait construite sur des connaissances antérieures à cette description, d'où la référence au travail d'« archiviste » qui dépouille minutieusement un corpus de texte, auquel il se réfère dans la préface de l'Histoire

¹¹⁷ B. VALADE, « L'ARCHÉOLOGIE DU SAVOIR, livre de Michel Foucault ». In Encyclopædia Universalis, consulté le 24 février 2017. Disponible sur <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/l-archeologie-du-savoir/>

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Ibid.

de la folie¹²⁰. Ainsi pour Dreyfus et Rabinow, « *le but de la méthode archéologique est de montrer que l'archéologue opère, vis-à-vis de chaque type de discours et de savoir, une distanciation critique analogue à celle qui nous fait interroger la vérité et le sens des textes médicaux et autres théories de l'Âge classique. Mais l'exposé archéologique offre aussi un aspect positif. La démarche qui consiste à traiter le langage et les pratiques d'une discipline appartenant à une autre époque comme des objets dénués de sens nous ouvre l'accès à un niveau à un niveau de description qui nous montre que ce qui reste incompréhensible possède quand même son ordre systématique propre* »¹²¹. Que peuvent nous dire l'histoire et l'archéologie juridiques du service public audiovisuel sur la façon dont sont formulées et appréhendées les normes par les différents acteurs aujourd'hui ? Permettent-elles d'expliquer dans une certaine mesure l'ineffectivité de certaines normes ?

Ce projet de « déconstruction » et de « reconstruction » que propose Foucault avec sa méthode archéologique n'est pas étranger à celui du comparatiste en droit, comme le souligne clairement M-C. Ponthoreau¹²². Tout comme la démarche archéologique, la démarche comparatiste poursuit un objectif de connaissances, de meilleure compréhension du fonctionnement des ordres juridiques étrangers, mais aussi propres (B).

¹²⁰ M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1972

¹²¹ H. DREYFUS et P. RABINOW, *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Paris, Gallimard, 1992, p. 31

¹²² M-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question. Entre pragmatisme et outil épistémologique », RIDC, 2005, p. 7s

B) Le droit comparé¹²³, un outil pour une meilleure connaissance de la notion de service public audiovisuel

21. En plus du « truisme » qui consiste à reconnaître que le droit comparé apporte une meilleure connaissance du droit étranger¹²⁴, il faut reconnaître qu'en dépassant les constructions juridiques propres à chaque État, le droit comparé permet de porter un regard moins *étranger* et plus *semblable* sur l'altérité¹²⁵. Il permet, dans un second temps, de porter un regard critique sur notre propre droit, ainsi que sur les constructions doctrinales qui l'éclairent, en remettant en cause cette « accoutumance au donné »¹²⁶ qui fait tenir pour objectifs des discours doctrinaux qui relèvent pourtant d'une construction¹²⁷. La médiation du droit « étranger » permet donc de porter un oeil nouveau sur le droit français « *de manière à monter ce qui est étrange dans ce qui nous*

¹²³ La littérature est pléthore sur les finalités du droit comparé : des travaux qui nous paraissent importants, nous retiendrons notamment : M-C. PONTHEOREAU, « Le droit comparé en question », RIDC, 2005, p. 7 ; O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », RIDC, 2001 ; E. PICARD, « L'état du droit comparé en France en 1999 », RIDC, 1999(4), p. 885 ; E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », Droits, n° 32, 2000, p. 121 ; P G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », Harvard International Law Journal, vol. 26, 1985, p. 414. LEGRAND et R. MUNDAY (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 ; ; R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991 ; K. ZWEIGERT, H. KOTZ, *An introduction to comparative law*, OUP, 1977.

¹²⁴ E. PICARD, « L'état du droit comparé en France en 1999 », Op cit, p. 898

¹²⁵ « *De façon encore paradoxale - apparemment tout au moins - écrit E. Picard, on peut donc soutenir que l'utilité recherchée du droit comparé est de se sentir un peu moins dépaysé à l'étranger; pour s'y trouver un peu chez soi : plus profondément encore, une fois que l'on ne se sent plus trop dépaysé, de demeurer assez lucide pour bien comprendre en quoi et jusqu'à quel point cet ordre juridique autre reste autre et le demeure irréductiblement, mais relativement* ». V. E. PICARD, Op cit, p. 898, Contra V. les travaux de P. LEGRAND : « European Legal Systems are not Converging », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 52 ; P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, 1999

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ Ibid. Cette dimension critique du droit comparé est mise en avant par la majorité des auteurs Hein Kötz conçoit sa discipline comme « *l'antidote à une foi non critique dans le discours doctrinal* », V. H. KOTZ, « Comparative law in Germany today », RIDC, 1999, p. 753, spéc p. 766 ; pour René David lui-même, le droit comparé permet de dévoiler « *la part d'hyperbole, de préjugé et de fiction* » que comporte notre théorie classique du droit », R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 10ème ed, 1992, p. 4 ; V. aussi H. MUIR-WATT, « La fonction subversive du droit comparé », RIDC, 2000(3), p. 503 et G. P. FLETCHER, « Comparative Law as a Subversive Discipline », *American Journal of Comparative Law*, 1998, p. 683

est familier »¹²⁸. L'étude d'un droit étranger, doit pour un comparatiste, permettre de construire une perception critique, et donc nouvelle, de son propre droit¹²⁹.

M-C. Ponthoreau souligne qu'il est important que le juriste soit conscient que son appréhension d'un autre droit est susceptible d'être orientée par les connaissances acquises de son propre système juridique¹³⁰. Autrement dit, le comparatiste doit être conscient qu'il a, pour aborder le droit étranger, des préjugés qu'il a développés durant l'apprentissage de son propre système juridique. Cette idée n'est nullement une fin de non-recevoir, et n'empêche pas la comparaison¹³¹. Il est nécessaire au comparatiste de « *procéder à une mise à plat de ce qui a été appris lors de la formation juridique de sorte à reconstruire, en intégrant une autre manière de raisonner en droit ou, du moins, en prenant conscience qu'on ne raisonne pas nécessairement de la même manière* »¹³². G. Frankenberg propose ainsi de parvenir à l'« objectivité », en prenant de la distance, c'est-à-dire en tentant de se détacher des anciennes connaissances et de résister aux préjugés de sa propre culture juridique. Grâce à la mise à distance, les anciennes connaissances peuvent être revisitées et les nouvelles peuvent être distinguées¹³³. Dans un deuxième temps, G. Frankenberg propose de « faire la différence », « *c'est-à-dire à développer une attention à la diversité et aussi à avoir conscience de l'impact de la perspective et de l'expérience du comparatiste* »¹³⁴, notamment concernant la question des critères choisis pour la comparaison, et les catégories à l'intérieur desquelles est pensée la comparaison. Toutefois, M-C. Ponthoreau met

¹²⁸ V. L. ROSEN, « Beyond compare », in P. LEGRAND et R. MUNDAY(ed), *Comparative Legal Studies : Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, p. 508 ; V. aussi R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991, p. 8 : cette médiation doit permettre d'accéder à la connaissance de certains détails qui nous auraient échappé avec une seule étude de droit interne.

¹²⁹ M-C. PONTTHOREAU cite ainsi H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », RIDC, 2000(3), p. 503 : « *L'une des avancées les plus importantes de la pensée comparative contemporaine [qui] consiste précisément en l'attention donnée à cette perception critique de sa propre réalité juridique informée par un regard sur l'autre* ». C'est la thèse qui est également soutenue par E. PICARD dans l'article pré-cité.

¹³⁰ M-C. PONTTHOREAU, Op cit, p. 7

¹³¹ P. Legrand souligne au contraire la difficulté, voire l'impossibilité de cette entreprise : il n'est pas possible, pour lui de « *désapprendre l'intégralité de ce qu'on a appris de façon à ce que ses connaissances ne colorent en rien sa perception de la culture nouvelle* », ce qui reviendrait, selon lui, à une « déperdition de soi ». voir P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, 1999, p. 58

¹³² M-C. PONTTHOREAU, Op cit, p. 11

¹³³ G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », *Havard International Law Journal*, 1985, p. 414, cité par M-C. PONTTHOREAU, Op cit, p. 12

¹³⁴ G. FRANKERBERG, Ibid, p. 415

l'accent sur une idée essentielle, qui n'est pas développée par l'auteur précité : il existe une dialectique permanente entre connaissances nouvelles (celles du pays « comparé ») et connaissances anciennes (celle du pays « connu »). Si la majorité des auteurs s'accordent sur le fait que le droit comparé doit permettre d'améliorer la connaissance de son propre droit, en plus des droits étrangers, la question de la méthode à adopter fait l'objet d'un plus âpre débat. Il nous faut d'abord exclure certains buts qui sont impossibles à atteindre à travers l'outil du droit comparé.

22. Cette thèse n'aura pas pour but de présenter une définition de la notion de service public audiovisuel unique qui s'appliquerait à tous les droits et qui serait valide dans tous les ordres juridiques, ce qui est de toute façon ontologiquement impossible¹³⁵. Elle n'aura pas pour but premier l'amélioration des droits en vigueur, car cela ne relève pas d'une démarche scientifique (de connaissance), mais de la sphère de création du droit qui n'est pas le but du scientifique¹³⁶.

Elle doit nous permettre de créer un cadre d'étude analytique à l'intérieur duquel pourraient s'analyser les différences et les ressemblances entre les systèmes juridiques. À l'intérieur de ce cadre conceptuel nous pourrions en exergue les spécificités de chaque ordre juridique. L'étude du service public en droit comparé doit toutefois nous pousser à adopter une méthodologie particulière, qui repose sur l'acceptation d'une similitude de l'objet étudié, malgré les différences attenantes aux institutions et aux notions juridiques adoptées dans les différents systèmes¹³⁷. Sans adhérer pleinement à la méthodologie fonctionnaliste¹³⁸, qui repose sur une

¹³⁵ Comme le souligne très clairement O. PFERSMANN : « *Il n'existe pas de système transnational. Le droit comparé n'est pas un ordre juridique du tout, mais une discipline. Il suppose une pluralité d'ordres juridiques, entre lesquels on établit des « comparaisons » ; et s'ils sont plusieurs, ils ne peuvent pas trivialement former, en ce sens, un seul* », Ibid.

¹³⁶ J-P. DEROSIER, « Le noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne », R. DRAGO souligne toutefois à juste titre que le droit comparé peut avoir une vocation pratique, au delà de sa vocation scientifique. V. R. DRAGO, « Droit comparé », in D. ALLAND, S. RIALS (ed), *Dictionnaire de la culture juridique*, Op cit, p. 454

¹³⁷ V. O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », Op cit, p. 285 : « *En tant que théorie de la description des ordres juridiques, le droit comparé ne peut s'arrêter à l'utilisation, ou non, d'une expression similaire pour désigner un même objet. Il doit faire fi des appellations propres à chaque système juridique et doit créer des concepts, indifférent à l'appellation, qui permettent de décrire et de comparer entre eux, les structures de n'importe quel système juridique* ».

¹³⁸ Pour une description de la méthode fonctionnaliste V. notamment KOTZ et M. ZWEIGERT, *An Introduction to Comparative Law*, Op cit ; M. ZWEIGERT, « Des solutions identiques par des voies différentes », RIDC, 1966/1, p. 5

présomption de similitudes quant à la satisfaction des besoins juridiques dans les différents ordres juridiques, et qui se concentre sur la mise en exergue de ces similitudes¹³⁹, nous adopterons une conception fonctionnelle de la notion de service public en droit comparé.

23. Au-delà des « *interprétations juridiques de la réalité* »¹⁴⁰, on observe que dans tous les pays de l'Union européenne, il existe des fonctions qui, à un moment donné, sont jugées indispensables, mais ne paraissent pas pouvoir être satisfaites par la famille, les institutions religieuses, ou les opérateurs privés sur un marché¹⁴¹. L'État est donc amené à donner des réponses politiques à ces besoins, à travers des institutions juridiques, quelle que soit leur appellation. Ces réponses politiques peuvent être apportées par des opérateurs privés, mais qui sont désormais sous le contrôle de l'État¹⁴². G. Marcou a proposé, dans un article fondateur sur la notion de service public en droit comparé, le critère de la détermination de l'offre pour déterminer les activités qui peuvent être classées dans le domaine des services publics¹⁴³. Selon ce critère, on pourrait reconnaître un service public par le fait que la puissance publique, ou le pouvoir politique déterminent l'offre de ce service, c'est-à-dire les caractéristiques du service et les conditions dans lesquelles il doit être offert¹⁴⁴. L'adoption de ce critère de la détermination de l'offre par les pouvoirs publics ne suffit pas à décrire le service public audiovisuel tel qu'il est configuré en Europe. En effet, dans tous les États auxquels nous avons déjà fait allusion, le service public audiovisuel est configuré sous la forme d'une entreprise publique, et financée majoritairement par des fonds publics. Il existe en outre, dans tous les États, un lien, établi clairement par le protocole annexé au traité d'Amsterdam, entre financement public, forme publique de gouvernance et mise en oeuvre des missions de service public telles que déterminées

¹³⁹ Selon la méthode fonctionnaliste proposée par Kötz et Zweigert et résumée par J. Bell qui consiste à « *rechercher des fonctions semblables dans les systèmes qu'il [le comparatiste] étudie. Selon ces auteurs, les fonctions sociales et les solutions adoptées sont souvent les mêmes, bien que les moyens juridiques (les normes, concepts et institutions) soient différents* ». V. J. BELL, « La comparaison en droit public » in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon*, Société de législation comparée, 1999, p. 35

¹⁴⁰ G.MARCOU, Op cit, p. 367

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid, p. 387

¹⁴⁴ Ibid.

par les gouvernants, les deux premiers critères visant à rendre possible et effective la mise en oeuvre des missions de service public¹⁴⁵. C'est donc à l'intérieur de ce cadre qu'il nous faudra mettre en exergue les différences et les ressemblances entre les trois États.

§2 Méthodologie retenue pour questionner l'effectivité des normes encadrant la prestation de service public

Étudier l'effectivité des normes nécessite de se placer dans un cadre méthodologique dans lequel la norme est valide et a une signification avant même son application. C'est pourquoi il semble que notre étude doive s'inscrire dans une démarche positiviste normativiste (A). L'adoption d'une démarche normativiste ne doit pas nous empêcher d'utiliser la sociologie pour étudier l'application des normes dans la réalité sociale que ces normes entendent régir (B).

A) Adoption de la conception normativiste de la validité de la norme

L'adoption d'une démarche s'inspirant du normativisme s'inspire du rejet de la conception réaliste de la validité et de l'interprétation de la norme de la norme (1), mais aussi des conceptions objectivistes du service public (2).

1) Le rejet de la conception réaliste de la validité de la norme

24. Comme l'avance Julien Bétaille, auteur d'une thèse sur les conditions juridiques de l'effectivité de la norme¹⁴⁶, il semble qu'un cadre théorique inspiré du positivisme réaliste

¹⁴⁵Ainsi, J. Holmes décrit [ces institutions] comme « ayant une structure de gouvernance non commerciale, imaginée pour empêcher les pressions publiques comme privées d'influencer leur politique éditoriale (...). Leur rôle dans l'élaboration des politiques culturelles nationales dérive de la mission de service public dont elles sont typiquement chargées. Elles sont tenues de desservir l'entièreté d'un territoire donné, et il peut aussi leur être demandé de produire certains genres de contenu, tels que les programmes pour enfants, des informations ou des programmes religieux. Enfin, et surtout, elles sont chargées d'une mission très générale qui vise à respecter certains critères qualitatifs » J. HOLMES, « European Community Law and the Cultural Aspects of television », Op cit, p. 202 : « these institutions usually have a non commercial governance structure, designed to influence their editorial policy from public and private pressures alike. (...) Their role in advancing national cultural policies derives from the public service mission which they are typically charged. They are required to serve the whole of a given territory. They may also be expected to produce certain specified genres of content, such as children's programming, news coverage or religious material. Lastly, and most importantly, they are entrusted with a broadly phrased duty to aspire to meet certain qualitative criteria. »

¹⁴⁶J. BETAÏLLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur en droit soutenue publiquement en 2012 à l'université de Limoges, en accès libre sur internet.

rendrait une étude concernant l'effectivité des normes impossible. L'auteur explique que « *la critique fondamentale qui peut être adressée au réalisme est que celui-ci conduit in fine à abolir la distinction entre l'être et le devoir-être* »¹⁴⁷. Ceci découle du fait que pour la majorité des juristes réalistes, « *l'effectivité est le critère du droit positif* ». Le prérequis pour s'intéresser à l'effectivité d'une norme est la possibilité de mesurer un « écart » entre ce qui est et ce que la norme prévoit que la situation devrait être, mais pour la plupart des juristes appartenant au courant « réaliste »¹⁴⁸, l'effectivité est le critère du droit positif¹⁴⁹, puisque seules existent les normes qui sont réellement appliquées par le juge. A. Ross par exemple prône une approche empiriste du droit : or, pour lui « *du point de vue de la connaissance, il n'est possible de parler de droit qu'en disant ce qu'est le droit qui existe, et le seul droit dont on puisse parler dans un processus empirique est le droit effectif* »¹⁵⁰. Selon lui, un système juridique de droit interne peut être défini comme « *les normes qui sont réellement opératoires dans l'esprit du juge, parce qu'elles sont ressenties par ce dernier comme socialement obligatoires et donc obéies (...)* l'effectivité, qui conditionne la validité des normes, ne peut par conséquent être recherchée que dans l'application juridictionnelle du droit »¹⁵¹. Cette position rend une étude sur l'effectivité impossible, comme l'explique V. Champeil-Desplats : « *il est impossible de penser le passage du devoir-être à l'être lorsqu'à l'instar du courant réaliste scandinave, on dissout le premier dans le second. Il n'y a pas d'écart entre la norme et son effectivité car l'existence de la norme dépend de cette effectivité. L'expression « effectivité du droit » devient alors tautologique* »¹⁵².

¹⁴⁷ J. BETAÏLLE, Op cit, p. 59

¹⁴⁸ E. MILLARD, Entrée « réalisme », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1297

¹⁴⁹ V. par exemple A. ROSS, *On law and justice*, (1959), The lawbook Exchange Ltd., Clark, 2007, p. 70, cité par J. BETAÏLLE, Op cit, p. 59

¹⁵⁰ E. MILLARD, « Présentation », Dossier Une théorie empiriste du droit est-elle possible ?, *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 16

¹⁵¹ A. ROSS, Op cit, p. 35, cité par J. BETAÏLLE, Op cit, p. 59

¹⁵² V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », V. CHAMPEIL-DESPLATS et D. LOCHAK (ed), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 14 ; V. aussi E. MILLARD, « Présentation », in Dossier *Une théorie empiriste du droit est-elle possible ?*, *Droit et Société*, 2002, n° 50, p. 16 qui résume la position particulière de Ross : « *Du point de vue de la connaissance, il n'est possible de parler de droit qu'en disant ce qu'est le droit qui existe, et que le seul droit dont on puisse parler dans un processus empirique est le droit effectif* »

25. Au contraire, dans son oeuvre, H. Kelsen fait bien la distinction entre la validité et l'effectivité de la norme¹⁵³. De l'ensemble des travaux de Kelsen, il découle que la validité d'une norme dépend de deux conditions : elle dépend de la conformité à la norme qui lui est supérieure dans la hiérarchie des normes (validité matérielle), et elle doit être adoptée par l'autorité habilitée à cela par la norme supérieure (validité formelle)¹⁵⁴. H. Kelsen fait de la notion d'efficacité une condition de validité de la norme sur le long terme, mais la portée de ce critère, est pour reprendre les mots de J. Bétaille, « faible »¹⁵⁵. Dans *Théorie pure du droit*, il écrit qu'« une norme juridique peut perdre sa validité par le fait qu'elle demeure d'une façon permanente inappliquée et non obéie : c'est ce que l'on appelle la désuétude »¹⁵⁶ et dans *Théorie générale des normes*, il précise sa pensée en considérant que « l'efficacité est une condition de la validité dans la mesure où une norme seule et un ordre normatif dans son entier perdent leur validité s'ils perdent leur efficacité ou la possibilité d'une efficacité »¹⁵⁷. Il semble alors que la question de l'efficacité de la norme ne soit, dans la théorie de Kelsen, « qu'une question seconde, liée aux conditions non d'existence, mais de survie de la règle »¹⁵⁸. D'ailleurs, comme le rappelle l'auteur, « Les normes juridiques entrent en vigueur avant même qu'elles ne deviennent effectives, c'est à dire avant même qu'elles ne soient suivies et appliquées »¹⁵⁹. La distinction

¹⁵³ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, 1979, publié en français chez PUF, 1996, p. 4 : « Il faut clairement distinguer la validité et l'efficacité de la norme ».

¹⁵⁴ Cité texte Kelsen.

¹⁵⁵ J. BETAILLE, Op cit, p. 58

¹⁵⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2ème ed, (1960), publié en français chez PUF, p. 216

¹⁵⁷ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Op cit, p. 184 ; L'exemple pris par l'auteur pour illustrer son propos est à cet égard intéressant : « Si une norme juridique interdit de tuer des animaux d'une certaine espèce en attachant une sanction comme peine au fait de les tuer, elle perdrait sa validité si l'espèce animale disparaissait et si, par conséquent, ni son observance, ni son application n'étaient possibles ».

¹⁵⁸ P. LASCOUMES, Entrée « effectivité », Op cit, p. 218. A cet égard, dans *Théorie pure du droit*, Kelsen considère que « L'efficacité d'un ordre juridique est aussi peu le fondement de sa validité que l'est le fait de sa création. Ce fondement de la validité (...) c'est la norme fondamentale supposée ». V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Op cit, p. 215

¹⁵⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, (1960), Op cit, p. 19, cité par J. BETAILLE, Op cit, p. 55

entre *sein* et *sollen*¹⁶⁰ de la théorie normativiste kelsenienne rend notre étude possible¹⁶¹.

L'autre problème de la théorie réaliste pour étudier l'effectivité de la norme réside dans la conception que les juristes réalistes retiennent de l'interprétation de la norme¹⁶². Pour M. Troper, qui défend une « théorie réaliste de l'interprétation »¹⁶³, « avant l'interprétation, il n'y a pas de norme, mais un simple texte »¹⁶⁴. Il explique que « *préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens, mais sont seulement en attente de sens* »¹⁶⁵. D'où il résulte que « *si la norme se définit comme la signification prescriptive d'un texte, le véritable auteur de la norme n'est pas l'auteur du texte, mais l'interprète* »¹⁶⁶.

Cette position rendrait notre étude impossible. Elle signifierait que, dans notre cas, seuls les organes de régulation et le juge pourraient donner une signification aux textes législatifs et réglementaires, ce qui rendrait impossible toute analyse critique de l'activité du CSA vis-à-vis du contenu de la norme. Elle pourrait également revenir à considérer qu'en l'absence d'intervention de l'organe de régulation ou du juge, ce sont les entreprises publiques que nous étudions qui donnent leur signification aux énoncés adoptés par le Parlement ou par le pouvoir réglementaire,

¹⁶⁰ La distinction entre le *sollen* (le devoir-être) et le *sein* (l'être) peut être résumée comme suit : « *le contenu d'un ordre normatif doit être tel qu'une contradiction soit possible entre les faits particuliers qui se produisent réellement et les normes de l'ordre. (...) Une norme qui énoncerait "doit se produire ce qui se produit effectivement" (...) ne serait norme que quant à la lettre et non quant au sens profond* ». V. H. KELSEN, « L'essence de l'Etat », in GOYARD-FABRES, *La pensée politique de Hans Kelsen*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen, 1990

¹⁶¹ J. Betaille souligne que si l'on devait adopter les repères conceptuels réalistes, les conditions juridiques de l'effectivité de la norme se trouveraient dans ce que V. Champeil-Desplats et E. Millard appellent la « mise en action de l'énoncé normatif ». Pour ces auteurs, « *le concept d'effectivité du texte renvoie à la mise en action de l'énoncé normatif par les autorités d'application* » (V. CHAMPEIL-DESPLATS et E. MILLARD, « Efficacité et énoncé de la norme », in *L'efficacité de l'acte normatif*, Colloque de Cergy-Pontoise, 2012). L'auteur souligne toutefois que l'adoption d'une posture normativiste est préférable, car envisager d'étudier l'effectivité avec une posture réaliste nécessiterait « *une redéfinition des repères conceptuels traditionnels* », qui serait préjudiciable à la clarté de l'exposé. V. J. BETAILLE, Op cit, p. 62

¹⁶² V. J. BETAILLE, Op cit, p. 588s

¹⁶³ V. par exemple M. TROPER, Entrée « Interprétation », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 845 ; M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », *Revista Opinao Juridica*, 2006(2), p. 301 V. la controverse entre O. PFERSMANN et M. TROPER sur la question de l'acte d'interprétation : O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2002, p. 279 et M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, p. 335 ; O. PFERSMANN, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, 2002, p. 759

¹⁶⁴ M. TROPER, « Interprétation », Op cit, p. 845

¹⁶⁵ M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », Op cit, p. 302

¹⁶⁶ M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *CCC*, n° 22, 2007, p. 127

et qui au final, créent la norme¹⁶⁷. Elle nous semble problématique d'un point de vue épistémologique, car elle suppose que les mots qui composent l'énoncé qui devra être interprété n'ont pas de signification *per se*, ce qui peut s'apparenter à un nihilisme juridique¹⁶⁸. Enfin, théoriquement, puisqu'en niant tout ce qui viendrait avant l'application par le juge de la norme, « on nie l'essence même du droit »¹⁶⁹, sa fonction de direction des comportements humains¹⁷⁰. Au contraire, le normativisme « *place l'interprétation au cœur du processus d'application de la norme, et non au cœur de sa création (...). La création ne porte donc pas, comme chez les réalistes, sur la norme interprétée, mais sur une norme individuelle dont l'objet est d'appliquer la norme interprétée* »¹⁷¹. Ce choix méthodologique a des incidences sur la théorie du service public que nous avons retenue. Elle implique le rejet d'une théorie objectiviste du service public (2).

2) Le rejet des conceptions objectivistes du service public

26. Pour Duguit, la méthodologie du droit public devait consister à « *observer et constater des faits, essayer ensuite de déterminer des lois, c'est-à-dire les rapports fixes qui unissent ces*

¹⁶⁷ M-A. Cohendet applique dans sa thèse cette théorie à la cinquième République et est amenée à critiquer la position de M. Troper (V. M. TROPER, « La signature des ordonnances, fonction d'une controverse », Pouvoirs, 1987, n° 81, p. 76) qui suite au refus de F. Mitterrand de signer les ordonnances proposées par le gouvernement Chirac lors de la première cohabitation de 1986, considère qu'en l'absence d'intervention du juge constitutionnel, le refus du Président Mitterrand de signer les ordonnances de l'article 13 n'est pas contraire à la Constitution, quand bien même le texte de la Constitution est très clair sur le sujet, ce qui revient à admettre que c'est le Président de la République lui-même l'auteur du texte de la Constitution. Dans ce contexte, écrit-elle, « *admettre que la norme ne peut résulter que du sens donné au texte par les organes d'application conduit, lorsqu'aucun juge ne se prononce, à considérer que c'est la pratique qui détermine le sens du texte, même contre le texte. (...). Sur le fond, une telle démarche permet de légitimer n'importe quelle violation de la Constitution. On postule que le texte n'est pas normatif, donc les écarts de l'application par rapport au texte ne peuvent pas être analysés ni, à fortiori, être qualifiés de violations de la Constitution, cela n'aurait pas de sens* ».

¹⁶⁸ V. M-A. COHENDET, « Le système des variables déterminantes », Op cit, p. 119 : « *les règles de droit ont pour objet de dire ce qui doit être. Or si l'on déduit le devoir-être de l'être, la norme de la pratique, alors on supprime la raison d'être des règles de droit. C'est pourquoi le réalisme peut, sous certains de ses aspects, être considéré comme une forme de nihilisme juridique* ».

¹⁶⁹ M-A. COHENDET, « Légimité, effectivité, validité » in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 201, spéc p. 221 ; dans le même sens V. S. RIALS, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits*, n° 37, 2003, p. 56 : « *Michel Troper, à l'instar me semble-t-il des autres "réalistes", ne parvient pas à la conclusion qui saute à mes yeux peut-être hallucinés : le lieu de la norme est le lieu le plus bas, lieu infini, lieu insaisissable sauf à l'œil de Dieu* »

¹⁷⁰ V. M-A. COHENDET, « Le système des variables déterminantes », in *Constitutions et pouvoirs – Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Montchrestien, 2008, p. 119

¹⁷¹ J. BETAÏLLE, Op cit, p. 591

*faits dans leur ordre de succession et dans leur ordre de coexistence ; tenter enfin de les prévoir, à l'aide de ces lois »*¹⁷². « *Pas plus que les faits physiques, écrit Duguit, pas plus que les faits biologiques, ces phénomènes sociaux ne peuvent être le produit du hasard ou de l'arbitraire humain. Eux aussi doivent être soumis à des lois immuables ; eux aussi doivent se succéder et coexister suivant des rapports fixes »*¹⁷³. Duguit considère en conséquence que la tâche du législateur, comme celle du juge, ne consiste pas à « créer » du droit, mais à « constater » une règle de droit préexistante¹⁷⁴. Ces règles ne sont pas issues, comme dans les théories naturalistes, de principes supérieurs posés a priori, qui pourraient être « *objet de croyance métaphysique ou religieuse »*¹⁷⁵, elles sont l'objet d'une observation scientifique des faits sociaux¹⁷⁶. Toutefois, comme dans les théories du droit naturel, le doyen de Bordeaux « *nie l'autonomie, la souveraineté du droit positif : il affirme sa subordination à un autre système de normes, qu'il considère comme juridique et même seul véritablement juridique, et qui constitue le principe et le critérium de sa valeur »*¹⁷⁷.

De même, dans la théorie de l'institution d'Hauriou, le droit ne peut rien créer. Il n'est pas une force d'initiative ou d'action, mais un élément de réaction face à une idée objective¹⁷⁸. La création de l'institution ne dépend pas du droit, mais de l'action humaine. Pour que cette action perdure, l'intervention du droit est toutefois nécessaire¹⁷⁹. La théorie juridique du droit

¹⁷² L. DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », RIE, 1886, p. 6. Texte disponible sur Gallica.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ P. RAYNAUD, « Léon Duguit et le droit naturel », Revue d'histoire des facultés de droit, p. 169, spéc p. 173 ; V. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Tome I, 3^{ème} édition, p. 79 et *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1899, p. 12

¹⁷⁵ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. 1, Op cit, p. 77

¹⁷⁶ V. L. DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », Op cit ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, T. 1, Op cit, p. 77

¹⁷⁷ C. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », Revue philosophique de la France et de l'étranger, T110, 1930, p. 231, spéc p. 243 ; V. par exemple : *Traité de droit constitutionnel*, Tome 2, p. 38 : « *La loi n'a pas le caractère d'un ordre donné par le Parlement et s'imposant parce que c'est le Parlement qui le formule. Les 900 individus qui composent le Parlement ne peuvent point me donner d'ordre ; la loi s'impose et l'obéissance des citoyens que si elle est l'expression ou la mise en oeuvre d'une règle de droit »* (entendue comme règle « sociale », Note de l'auteur). V. aussi *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1, Op cit, p. 153 : « *La loi ne peut être obligatoire que si elle formule une norme juridique antérieure à elle, créée par la conscience même de ceux auxquels elle s'adresse, c'est-à-dire spontanée »*.

¹⁷⁸ E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », Droit et société, L'environnement et le droit, 1995, p. 381 spéc p. 399

¹⁷⁹ Ibid.

administratif du doyen Hauriou repose sur deux considérations essentielles : il a pour « objet » de déterminer « certains moyens » au service de « certaines fins » et repose tout entier sur la liaison entre des moyens spéciaux et des fins supérieures¹⁸⁰. Ces théories ne permettraient pas, à l'évidence, de mener à bien notre étude. Cette dernière sera centrée sur l'observation des normes de droit positif et sur la concrétisation de ces différentes normes et il donc sera nécessaire de respecter le plus possible la neutralité axiologique, en ne formulant pas de jugement personnel, ou sociologique sur ce que devrait contenir les normes de droit positif encadrant la prestation de service public.

27. À cet égard, le premier à avoir transposé, de manière critique, la théorie pure du droit de Kelsen au droit administratif est le doyen Eisenmann¹⁸¹. Celui-ci considère avec Kelsen que le travail du juriste consiste à « *constater et à analyser des normes qui ont été effectivement posées, qui existent [d'] un travail d'enregistrement et d'élaboration de faits donnés* »¹⁸². Le système juridique sera considéré comme constitué d'un ensemble de normes, c'est-à-dire de significations d'énoncés posant des prescriptions à caractère impératif qui règlent la conduite de l'action humaine¹⁸³, en conférant aux individus des droits, des pouvoirs, des permissions, des facultés, mais aussi des obligations, des devoirs, des interdictions¹⁸⁴. Les jugements posés seront donc intrinsèques au système juridique, et non extrinsèques. « *Il est nécessaire d'exclure de l'étude et*

¹⁸⁰ Ainsi écrit-il que « *Le service public est l'oeuvre à réaliser par l'administration publique, la puissance publique est le moyen de la réalisation (...) Il y a ainsi régime administratif lorsque le pouvoir exécutif entreprend d'assurer la fonction administrative* », M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, 12^{ème} ed, 2002, p. IX

¹⁸¹ V. À ce sujet la thèse systématisant la pensée de C. Eisenmann : N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de C. Eisenmann*, Dalloz, 2009, spéc p. 12

¹⁸² C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, 2002, p. 280

¹⁸³ C. EISENMANN, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », Colloque de Strasbourg sur Méthode sociologique et droit, 1956, édité par Dalloz, 1958, p. 61

¹⁸⁴ Thèse reprise dans ses *Cours de droit administratif*, Tome 1, LDDJ, 1982, p. 401 : « *Le fond des actes juridiques, ce sont des normes juridiques, parce que l'ordre juridique est un système de dispositions sur la conduite d'êtres humains, est un système de normes, et que par conséquent, les actes juridiques qui ne sont rien d'autre que des moyens de créer des éléments de cet ordre juridique, de le déterminer ne peuvent pas, rationnellement, avoir autre chose pour fond, matière, contenu ou objet que des normes juridiques* ».

de la solution des problèmes de la théorie juridique toute doctrine politique ou sociale »¹⁸⁵ écrit en ce sens Eisenmann qui réfute l'idée, portée par la majorité de ses contemporains administratifs d'un droit administratif essentiel¹⁸⁶, « *qui subordonnerait les normes juridiques aux situations administratives sur lesquelles elles portent (...) et qui aboutirait à une primauté des faits sur les règles juridiques* »¹⁸⁷. Au contraire, le point de vue normatif adopté par l'auteur considère « *les prescriptions juridiques comme étant antérieures et supérieures aux situations, aux faits, aux individus qu'elle vise* »¹⁸⁸.

Pour l'auteur, « *l'administration n'est qu'un pouvoir subordonné, second. Elle reçoit sa loi du législateur : les tâches qui lui sont imparties, les fonctions qu'elle va avoir à remplir sont définies et déterminées par celui-ci, évidemment parce que d'abord il veut que l'État s'en charge, parce qu'il pense que dans l'État c'est la branche administration qui sera le mieux à même de s'en acquitter. Les fonctions de l'administration ne sont en somme qu'un reflet ou une projection des fonctions que le législateur estime que l'État considéré tout entier, doit assumer, la concrétisation, la matérialisation des fins que le législateur estime devoir poursuivre* »¹⁸⁹. L'adoption d'une telle approche implique de considérer les organes chargés de mettre en oeuvre la fonction de service public non pas institutionnellement ou matériellement, mais à partir des normes qui encadrent l'organisation de l'activité en cause¹⁹⁰. Cela ne signifie pas que le juriste doive, dans la méthodologie prônée par Eisenmann, ignorer les finalités du droit, mais qu'il doive subordonner, lors de son analyse, les finalités poursuivies aux prescriptions juridiques qui portent sur elles¹⁹¹. Le service public audiovisuel sera ainsi entendu comme la prestation des

¹⁸⁵ C. EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel », in *Le droit naturel*, Archives de philosophie politique, 1959, n° 3, p. 211

¹⁸⁶ Terme utilisé par N. CHIFFLOT, *Op cit*, p. 16

¹⁸⁷ N. CHIFFLOT, *Op cit*, p. 28

¹⁸⁸ *Ibid*, p. 29

¹⁸⁹ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome 2, *Op cit*, p. 16

¹⁹⁰ C. Eisenmann critique le fonctionnalisme prôné par la majorité de ses contemporains en des termes très durs mais qui résonnent encore aujourd'hui : « *La fonction, c'est la tâche assignée à, habituellement et ordinairement assumée par une autorité en vue de la réalisation d'un objet. Préférer le point de vue fonctionnel consiste à faire comme si l'on entendait privilégier le but poursuivi par l'auteur, souvent en reconnaissance des données juridiques. Le fonctionnalisme engendre un état d'esprit chez les hauts fonctionnaires qui leur autorise toutes les dérives : efficacité d'aboutir ! On verra ensuite si un contentieux surgit* ». C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, Tome 2, *Op cit*, p. 348

¹⁹¹ N. CHIFFLOT, *Op cit*, p. 30

organes chargés de sa mise en oeuvre, et envisagé à partir des normes adoptées par le législateur et les différents organes habilités. Mais il sera possible, pour étudier la concrétisation de ces normes, d'utiliser des savoirs appartenant au domaine de la sociologie (B).

B) Une démarche s'appuyant sur des savoirs sociologiques

28. L'adoption d'une posture normativiste, bien que nécessaire à notre étude, est susceptible de poser problème pour étudier l'effectivité des normes. Kelsen établit en effet une *summa divisio* entre le travail du chercheur en droit, qui doit décrire le contenu des normes et leur validité, avec celui des autres chercheurs en sciences sociales qui, en décrivant les faits, tentent d'établir une causalité¹⁹². Dans l'approche kelsenienne, « *tout ce qui se situe en amont de la norme (les origines du droit) et en aval de la norme (l'application dans la réalité sociale) ne relève plus de la sphère du Sollen, du devoir-être, mais de la sphère du Sein, des faits, dont s'occupe la/les science(s) sociale(s)* »¹⁹³. S'il peut sembler légitime de questionner les écarts entre pratique et droit¹⁹⁴, il reviendrait, dans le système kelsenien à la sociologie juridique, et non au juriste, d'étudier une telle relation¹⁹⁵. La mesure concrète de cet écart relève dans une grande partie, de techniques propres à la sociologie, et ne peut que difficilement être appréhendée par le droit¹⁹⁶.

¹⁹² V. H. KELSEN, « Qu'es-ce que la théorie pure du droit ? », 1953, publié dans *Droit & Société*, 1992, p. 554, spéc p. 555 : Cette « *séparation entre la science normative du droit et les sciences causales en général, et, en particulier, celles qui, comme la psychologie sociale et la sociologie, reposent sur le principe de causalité, constitue un des postulats essentiels qui promeut la pureté de la théorie du droit au rang de science. (...) Ce postulat entend (...) ne pas confondre la question de savoir comment les hommes doivent se conduire selon un ordre juridique positif avec la question de savoir comment, sous l'angle des lois causales, ils se comportent effectivement* »

¹⁹³ L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique – Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 39

¹⁹⁴ P. LASCUMES et E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, 1986(2), p. 127

¹⁹⁵ J. COMMAILLE, Op cit, p. 583

¹⁹⁶ V. aussi M-A. COHENDET, « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel » in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006 p. 299, spéc p. 300

29. Cette position théorique, considérée comme radicale, a été critiquée¹⁹⁷, notamment pour les paradoxes épistémologiques qu'elle contient : comme le souligne R. Ricci, à plusieurs endroits dans la *Théorie pure du droit*, « Kelsen ne peut éviter de recourir à l'observation de l'application de la norme, ce qui est une question de fait »¹⁹⁸. Cette position pose en outre un problème concret : les chercheurs en sciences sociales n'étant pas compétents pour l'analyse des normes de droit, si les juristes ne participent pas à la mesure entre la norme et les faits, personne ne se lancera dans cette analyse.

Ainsi que l'écrit C. Atias, « il paraît (...) difficile d'admettre (...) qu'il n'y a là [dans l'effectivité] qu'un phénomène sociologique ; ni son analyse ni l'examen de ses conséquences ne peuvent être menés hors des juristes »¹⁹⁹. Le même argument est avancé par M-A. Cohendet : « la science du droit doit se donner les moyens de comprendre pour quelles raisons, selon quels processus et avec quelles conséquences des règles de droit sont respectées ou violées »²⁰⁰ car « si les juristes ne conduisent pas des analyses qui permettent de comprendre non seulement le contenu des normes, mais aussi les conditions qui déterminent leur interprétation, alors aucun chercheur ne conduira cette analyse, car elle ne relève d'aucune autre discipline. Nous pourrions avoir des règles de droit totalement perverses et/ou inefficaces, sans que quiconque soit en

¹⁹⁷ V. Roland RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 151

¹⁹⁸ R. RICCI, Op cit, p. 160 ; V. le résumé très succinct que fait J. Betaille de ces critiques : « La radicalité de cette position est cependant critiquée. Même s'il n'est pas question pour nous d'entrer ici dans le détail de ce débat épistémologique, il convient cependant de mentionner les contre-arguments qui concernent de plus près la question de l'effectivité. Le premier est un paradoxe. Alors que Kelsen entend que l'effectivité ait une place, relativement importante, par rapport à la validité de la norme, celle-ci devrait être abandonnée en dehors de la science du droit. Le second est que, à plusieurs reprises au cours de la *Théorie pure du droit*, notamment lorsqu'il précise les relations entre l'effectivité et la validité, « Kelsen ne peut éviter de recourir à l'observation de l'application de la norme, ce qui est une question de fait ». Le troisième tire les conséquences de la fonction de direction des conduites humaines inhérente au droit. Ainsi, Roland Ricci explique à juste titre, que « le phénomène juridique se caractérise précisément par la volonté des membres du corps social de produire des effets déterminés en formulant des impératifs. D'ailleurs, la définition kelsénienne des normes juridiques se rattache à cette conception sociale du droit dans la mesure où une norme est entendue comme étant la signification d'un acte de volonté destiné à influencer le comportement d'autrui ». Il est donc paradoxal que la science du droit de Kelsen se refuse à examiner les effets des normes juridiques ». J. BETAÏLLE, Op cit, p. 30-31

¹⁹⁹ C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, 1985, p. 143

²⁰⁰ M-A. COHENDET, « Légitimité, validité, efficacité », Op cit, p. 201

mesure de s'en rendre compte et de montrer ce problème au citoyen (...) »²⁰¹. Une solution à ce problème est proposée par V. Champeil-Desplats : « *le juriste qui s'intéresse à l'effectivité doit faire l'effort d'acquérir des méthodes et des savoirs qui ne sont pas les siens ou de travailler avec des spécialistes d'autres disciplines* »²⁰². Il ne s'agit donc pas, comme le souligne C. Atias, de méconnaître l'autonomie de la sociologie, mais seulement « *d'inviter les juristes à mettre à profit ses enseignements* »²⁰³.

30. Le recours à la sociologie de la télévision pour évaluer l'effectivité des normes encadrant la prestation de service public audiovisuel nous semble donc indispensable et n'est pas contraire à l'adoption d'une méthodologie normativiste²⁰⁴, dès lors que la distinction entre les faits, qui relèvent du *sein*, et les normes, qui relèvent du *sollen*, est effective tout au long de l'étude, c'est-à-dire que sont bien distinguées les normes appartenant au système juridique des faits sociaux. Comme l'explique Kelsen, les deux théories peuvent co-exister, mais pour que la sociologie du droit existe et explique le rapport entre les normes et les faits sociaux, il est nécessaire que les normes aient été définies, dans un premier temps²⁰⁵. Il est également possible d'utiliser la sociologie et l'histoire pour expliquer l'apparition des normes, dès lors que ces explications ne

²⁰¹ M-A. COHENDET, « la classification des régimes », Op cit, p. 300 ; V. aussi G. VEDEL, « Préface », in J-J. ISRAEL, *La régularisation en droit administratif français*, thèse, droit, Paris, LGDJ, 1981, p. II : « *le juriste doit se mouvoir à la fois dans le "Sein" et dans le "Sollen" et cet exercice, tout d'illogique équilibre, lui est imposé sous peine pour lui de se transformer soit en algébriste des normes, soit en chroniqueur des phénomènes juridiques* ».

²⁰² V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », Op cit, p. 14

²⁰³ C. ATIAS, Op cit, p. 143

²⁰⁴ V. T. HOCHMANN, « Sans le normativisme, la sociologie du droit n'est rien. Hans Kelsen, critique de Eugen Ehrlich » qui décrit la position de Kelsen vis-à-vis de la sociologie : « *Kelsen considère, comme on l'a déjà rappelé, que la théorie normativiste du droit et la sociologie du droit examinent deux objets différents : la première s'intéresse à des normes, la seconde à des comportements effectifs des individus. Il est donc évident, insiste-t-il dès le début de sa recension du livre de Ehrlich, que ces deux démarches ne sont pas exclusives l'une de l'autre* ».

²⁰⁵ Ibid : « *L'objet de la sociologie du droit, selon Kelsen, est d'expliquer les rapports entre les membres d'une société et les normes juridiques, c'est-à-dire essentiellement pourquoi les normes apparaissent, et quels effets elles ont sur les actes des individus. Les comportements pertinents sont ceux qui sont réalisés en raison de la représentation des normes juridiques, ceux qui sont « orientés » par ces normes. Ce qui intéresse donc le sociologue du droit, explique Kelsen en se fondant sur Weber, ce ne sont pas ces comportements examinés de manière isolée : il ne s'agit alors que de contractions musculaires. L'objet de la sociologie du droit, et donc « le droit » au sens de cette discipline, est la signification de ces comportements. Mais évidemment, pour examiner les comportements orientés par les normes juridiques, une condition nécessaire est de pouvoir identifier ces normes juridiques. La sociologie du droit pourra alors examiner à quel point ces normes sont respectées, ou dans quelle mesure elles influencent réellement les actes de leurs destinataires. Mais ces questions sont « secondaires » non pas en importance, mais selon l'ordre logique) : elles ne peuvent se poser qu'une fois que les normes juridiques ont pu être identifiées ».*

sont pas confondues avec les normes elles-mêmes²⁰⁶.

L'adoption d'une démarche archéologique en droit comparé peut donc nous permettre d'approfondir notre connaissance de la notion et du fonctionnement du service public audiovisuel et de dégager des éléments d'explication internes et externes au système juridique sur la correspondance, ou la non-correspondance entre *sein* et *sollen*.

Annonce du plan

L'étude de l'effectivité d'une norme nécessite de définir et de comprendre, en premier lieu, le contenu de la norme. Cette étude de droit comparé devra donc permettre de mettre en lumière des justifications juridiques communes qui expliqueraient, malgré les différences conceptuelles soulignées entre les trois pays, le maintien d'une télévision publique après la libéralisation du secteur. L'étude des normes encadrant la mission de service public dans les trois États devra nous permettre de dégager des notions communes, qui pourraient nous permettre de contribuer à la définition des missions de service public audiovisuel en droit comparé européen (Partie 1). La constatation d'un écart entre ce que prévoient ces normes et leur effective mise en oeuvre nous poussera à analyser le rôle des différents acteurs responsables de la mise en oeuvre de ces normes pour expliquer la concrétisation divergente des missions dans les États membres précités (Partie 2).

²⁰⁶ Ibid : « *Il est tout à fait possible, et souhaitable, d'examiner comment ces normes sont apparues, quels mouvements sociaux ont mené à leur adoption, et quels effets elles ont dans la société. Mais il est impossible de se livrer à ces analyses sans adopter un concept de droit* ».

Partie 1 : La construction de la notion de service public audiovisuel en droit comparé européen

30. L'histoire de la télévision européenne est longue et instable. Au contraire de la télévision américaine, dont le régime a peu évolué depuis sa création, l'histoire du régime juridique audiovisuel en Europe est celle de projets de réformes, de tentatives d'autonomisation vis-à-vis du pouvoir, de tentatives de définition des missions de service public, et surtout, celle d'une libéralisation tardive. La configuration sous la forme d'un monopole ne va pas de soi : il est utile de rappeler que le législateur américain adopte, dès 1934 une autre réaction vis-à-vis de cette rareté des ondes : la Communication Act de 1934, qui institue la Federal Communication Commission affirme la primauté de l'initiative privée. L'intervention publique devra se limiter à l'imposition aux opérateurs privés de diverses obligations qualifiées d'intérêt public, pour protéger le pluralisme de l'information, l'enfance, ou interdire les contenus considérés comme indécentes²⁰⁷. Le monopole, adopté en Europe en opposition au modèle commercial américain, se comprend à l'aune de la conceptualisation de la notion de service public dans les États européens. Il entraînera des conséquences importantes sur le contenu des programmes, ainsi que sur l'organisation de la télévision publique²⁰⁸. L'objectif de « démocratisation de la culture » grâce à la télévision a pour corollaire clair, dans la deuxième moitié du XXe siècle, la distinction

²⁰⁷ V. J. BOURDON, « Du service public à la télé-réalité. Une histoire culturelle des télévisions européennes 1950-2010 », INA, 2011, p. 20 et G. TREMBLAY, « L'avenir de la télévision à large audience à l'ère de l'abondance télévisuelle », in P. MOEGLIN, G. TREMBLAY (ed), *L'avenir de la télévision généraliste*, L'Harmattan, p. 25 qui décrit les deux conceptions opposées du service public : « l'europpéenne, qui a tendance à le penser comme un service de base universellement accessible, à vocation généraliste ; et l'américaine, qui le conçoit comme un service local, de nature éducative et complémentaire au secteur commercial » Ce modèle de régulation poussera à l'adoption par la FCC de ladite « Fairness Doctrine »

²⁰⁸ Ce modèle est qualifié de « paléo-télévision » par de nombreux auteurs, à la suite du célèbre livre d'U. ECO, *La guerre du faux*, Grasset, 1985 qui décrit les conséquences sociales de l'organisation sous la forme d'un monopole : « Autrefois, il y avait la Paléo-Télévision, faite (...) pour tous les spectateurs ; elle parlait d'inaugurations présidées par des ministres et s'assurait que le public n'apprit que des choses innocentes, quitte à dire des mensonges » (p. 196). L'auteur écrit également que la néo-télévision se voulait, toutefois, une fenêtre ouverte sur « l'immensité du monde depuis la province la plus reculée » (p. 215). V. aussi P. TUDORET, « La paléo-télévision, une nouvelle fenêtre sur le monde », Quaderni, n°65, Hiver 2007-2008. L'ambivalence du mythe de l'ORTF. p. 93

entre l'émetteur (de l'information, du savoir ...) et le récepteur²⁰⁹. Il existe un contrat²¹⁰ entre le téléspectateur, récepteur du savoir, autorisé à en bénéficier et le détenteur de ce savoir²¹¹. Juridiquement, cette conception de la paléotélévision peut trouver une concrétisation ou une explication dans la théorie de l'institution d'Hauriou : les gouvernants, réagissant à l'idée d'oeuvre à mettre en oeuvre (la démocratisation de la culture) créent un pouvoir (la télévision publique) avec des organes, chargés de mettre en oeuvre cette idée. Dans ce contexte, la définition des missions de service public est éclipsée au profit d'une conception organique du service public : puisque cette institution est la détentrice de la connaissance légitime, une définition précise des missions de service public n'est pas nécessaire : celle-ci découlait des choix faits par les acteurs appartenant à cette institution²¹².

Les processus de libéralisation (fin du monopole et ouverture à la concurrence des chaînes privées) et de dé-régulation au Royaume-Uni (qui avait libéralisé sa télévision dès le début des années 50) signent le passage de la paléotélévision à la néo-télévision et se caractérisent par la fin du contrat hiérarchique entre l'émetteur et le récepteur. Le téléspectateur est désormais libre de zapper, de passer sur la chaîne privée et, grâce aux mesures de taux d'audience, ce choix peut être directement interprété comme une désaffectation vis-à-vis de la mission de service public telle qu'elle est mise en oeuvre. Les manifestations de communion,

²⁰⁹ J-L. Missika et D. Wolton décrivent dans ce système les téléspectateurs comme une « grande classe » dont les professionnels de la télévision seraient les « maîtres ». V. J-L. MISSIKA, D. WOLTON, *La Folle du logis. La télévision dans les sociétés démocratiques*, Gallimard, 1983, p. 128

²¹⁰ Le contrat fait référence au contrat de communication entre deux interlocuteurs, ici entre le téléspectateur et les producteurs, qui poussent les premiers à effectuer un ensemble structuré d'opérations pour donner du sens à la réception du message émis par les producteurs. L'étude des termes implicites de ce contrat entre émetteurs et récepteurs du message est l'un des objets les plus importants des sciences de la communication. Sur ce contrat de communication appliqué au spectateur audiovisuel V. F. CASSETTI, R. OTIN, « Du spectateur fonctionnalisant au nouveau spectateur : approche sémio-pragmatique », *Iris*, n° 8, Cinéma et narration, 1988, p. 121-139 ; V. les ouvrages s'attachant à l'analyse du contenu des programmes notamment F. JOST, *Comprendre la télévision et ses programmes*, Armand Colin, 2ème ed, 2009 ; F. JOST, *Introduction à l'analyse de la télévision*, Ellipses, 3ème ed, 2007

²¹¹ P. TUDORET, *Op cit*, p. 94

²¹² Dans le même sens, V. J. G. BLUMLER, G. HOFFMAN-RIEM, « New Roles for Public Service Television », *Journal of Communication*, 1992(1), p. 20 : « L'élaboration des contenus audiovisuels tout comme le rôle de ceux-ci dans le cadre du processus de communication public ne comptait pas à ce moment : la télévision publique offrait des programmes, qui, dans leur totalité, étaient considérés comme de service public, sans qu'ait existé, puisqu'il n'était pas nécessaire, un effort pour délimiter le contenu d'une telle notion par rapport à d'autres types de programmes ou de critères éditoriaux qui auraient pu répondre à une logique distincte ».

pour reprendre le vocabulaire d'Hauriou, ne sont désormais plus « postulées », mais doivent être vérifiées. Dès lors, la volonté des téléspectateurs est désormais expressément prise en compte dans le discours des acteurs, ce qui pousse à redéfinir le contrat qui lie le spectateur et le producteur. Naît bientôt l'idée selon laquelle les acteurs travaillent uniquement pour la satisfaction des besoins collectifs, telle qu'elle est définie par les gouvernants et souhaitée par les gouvernés, ce qui pousse à une définition *a priori* et précise des missions de service public.

Le mouvement d'application du droit de l'Union européenne au service public après l'Acte unique introduit également l'obligation pour les États membres de définir précisément les missions de service public qu'ils confèrent à certaines entreprises.

À cela s'ajoute une caractéristique propre aux systèmes juridiques : les regards doctrinaux, et politiques, sur la notion de service public ont évolué au cours du siècle, au gré des changements institutionnels et des évolutions de la doctrine²¹³. La conception « objective » du service public audiovisuel, selon laquelle la détermination de l'intérêt général serait une activité de connaissance, est rejetée par la majorité de la doctrine. Ceci emporte l'idée selon laquelle une définition *a priori* et objective de l'intérêt général est impossible. En conséquence, la notion de service public ne peut être déterminée que *subjectivement*²¹⁴, par l'intervention d'une volonté d'un acteur du droit. Il sera nécessaire d'étudier la construction de la notion de service public audiovisuel au cours du XXe siècle (Titre 1), puis d'étudier les sources supra-législatives qui justifient la sauvegarde d'une chaîne publique après la libéralisation du secteur (Titre 2) pour définir ensuite la notion de service public audiovisuel en droit positif comparé (Titre 3).

²¹³ D. GUINARD, « Réflexions actuelles sur la notion de service public », Regards croisés sur l'économie, 2007/2, p. 36, spéc p. 39

²¹⁴ Ibid.

Titre 1 : La construction historique de la notion de service public audiovisuel au cours du XXe siècle

31. Le Titre 1 de cette Partie 1 aura pour objet de présenter l'histoire sociale et juridique de la télévision dans les trois pays étudiés. Nous privilégierons dans ce Titre une observation de type « archéologique », pour reprendre la terminologie employée dans *L'archéologie du savoir* de M. Foucault²¹⁵, et la méthodologie qu'il propose²¹⁶. Cette méthode présente deux intérêts au regard de l'étude que nous souhaitons mener. Comme nous le soulignons en introduction de cette thèse, les constructions théoriques sur le service public ont largement répandu l'idée que le service public est un concept qui existerait uniquement en droit français. Cette idée ne résiste pas à l'étude des différents systèmes juridiques. Il est donc possible, en s'intéressant non pas aux constructions théoriques, c'est-à-dire, aux informations qui relèvent de l'ordre du discours, mais aux faits eux-mêmes²¹⁷ de remettre en cause, éventuellement, de tels discours. Cela nous permettra d'accéder, non pas à une connaissance « objective », mais au moins à une perception critique du discours sur le droit, le droit étranger tout comme notre propre droit.

L'observation archéologique aura en outre pour intérêt de mettre en exergue les forces contingentes qui ont permis l'avènement et le maintien du monopole, puis le passage du monopole à la libéralisation. Il nous faudra mettre en évidence comment les théories objectives du service public et de l'institution, qui légitiment la création et la subsistance de l'institution par des éléments relatifs à la conscience sociale, extérieurs au système juridique, ont permis de légitimer juridiquement, au moins en Italie et en France, un contrôle très important des gouvernements sur la télévision, au détriment du droit pour les auditeurs à recevoir une information pluraliste. Enfin, la démarche archéologique devra nous permettre d'avoir en tête les différentes couches sédimentaires qui permettent d'expliquer les différences de concrétisation des normes encadrant la prestation de service public audiovisuel dans les trois États.

²¹⁵ Cette expression est également employée par S. REGOURD dans son article « Archéologie du service public audiovisuel : quel passé pour quel future » in B. LAFON. *Les services publics de radio-télévision à l'orée du XXIe siècle* : Dossier 2013, Les Enjeux de l'Information et de la Communication, p. 27s

²¹⁶ Sans prétendre avoir compris l'entièreté de son approche, bien entendu.

²¹⁷ Pour reprendre les mots de Foucault.

Dans cette première partie, nous analyserons la construction de la notion durant le XXe siècle d'une manière chronologique. Nous traiterons tout d'abord de la genèse de la notion (Chapitre 1) pour ensuite nous intéresser à ses transformations dans la seconde partie du XXe siècle (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La genèse de la notion de service public audiovisuel dans la première partie du XXe siècle

32. La genèse de la notion de service public audiovisuel et sa configuration sous la forme d'un monopole est, dans la première partie du XXe siècle, inextricablement liée au contexte politique de l'entre-deux-guerres, mais aussi paradoxalement, après-guerre, à la conceptualisation de la notion de service public au début du XXe siècle. L'établissement d'un monopole public de la radiodiffusion répond, toutefois, dans un premier temps, à des événements techniques plus que politiques et encore moins théoriques. J. Bourdon écrit même que le monopole fut, au Royaume-Uni et a fortiori en Italie et en France, établis sans justification idéologique énoncée a priori²¹⁸. Cette configuration s'explique aisément par les caractéristiques de ce média : le caractère particulièrement onéreux des investissements nécessaires pour parvenir à une diffusion de qualité, ainsi que la rareté des ondes hertziennes, expliquent la nécessité que l'État intervienne dans ce secteur²¹⁹. La volonté de placer la radio sous monopole étatique à sa création découle moins d'un désir de contrôler ou de restreindre la liberté d'expression, que d'un échec à reconnaître toutes les possibilités que pouvait offrir la radio²²⁰. Ce sont toutefois des arguments *juridiques* qui justifient après guerre le maintien du monopole et le service public est la notion utilisée pour légitimer *a posteriori* ce monopole, et ce dans les trois États.

Nombreux sont les auteurs à relever les conceptions divergentes de la notion de service public dans les pays européens. Dans l'introduction générale de sa thèse *Contribution générale à l'éthique du service public en droit comparé anglais et français*, A-E. Villain-Courrier relève qu'« adopter pour objet le service public, concept notoire en droit français et le comparer au

²¹⁸ J. BOURDON, « Le service public de la radiotélévision : histoire d'une idéalisation », Les enjeux de l'information et de la communication, Op cit, p 18

²¹⁹ R.CRAUFURD-SMITH, « The paradigm established : State control and monopoly », in *Broadcasting law and fundamental rights*, Op cit, p. 29s

²²⁰ Ibid. En 1932, Bertolt Brecht écrit d'ailleurs que « des inventions sont faites et développées, mais elles doivent encore, après coup, conquérir un marché, démontrer leur raison d'être, en un mot, des inventions qui n'ont pas été commandées. (...) Le public n'attendait pas la radio, c'est la radio qui attendait le public ». V. B. BRECHT, *Sur le cinéma, Écrits sur l'art et la littérature I*, L'Arche éditeur, 1970, p. 128

*service public anglais qui pour sa part ne le reconnaît pas, est-ce bien utile? »*²²¹. G. Marcou affirme lui que « *certaines États (dont le Royaume-Uni) ne connaissent pas de notion juridique de service public* » tandis que d'autres (parmi lesquels l'Italie) reconnaissent cette notion sans pour autant qu'elle renvoie au concept globalisant du droit français²²². Ces différences apparentes *a priori* objectives doivent pourtant être remises en cause grâce à la démarche comparatiste et archéologique. Comme le rappelle le Vice-Président Long, il existe des convergences profondes dans tous les États européens en ce qui concerne la place du secteur public dans la desserte des services²²³ et ces convergences se retrouvent à l'intérieur des systèmes politiques et juridiques. Il faudra donc dans un premier temps procéder à un processus de « dé-construction/re-construction » comme le suggère G. Frankenberg pour mettre à distance l'idée que la conception globalisante du droit français soit la seule qui *vaille*. La remise en cause de cette idéologie dominante nous permettra d'expliquer que le monopole audiovisuel soit qualifié de service public à la naissance de la télévision, et explique aussi que le modèle choisi soit bien différent de celui des États-Unis. Nous nous interrogerons sur la forme que prend le service public dans les trois États étudiés (Section 1) pour montrer ensuite que la notion de service public est donc un concept « greffé » *a posteriori* pour légitimer le monopole audiovisuel (Section 2).

²²¹ A-E. VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale à l'éthique du service public en droit comparé français et anglais*, Op cit, p. 2

²²² G. MARCOU, « De l'idée de service public au service d'intérêt général », in F. MODERNE, G. MARCOU (ed), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, 2001, p. 367 ; Dans le même sens, F. MODERNE, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in F. MODERNE, G. MARCOU(ed), Op cit, p. 9s ; F. MODERNE, « Analyse comparative des notions de service public dans les Etats modernes », in C. STOFFAES(ed), *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général*, ASPEurope, p. 57s ; voir aussi M. FREEDLAND et al, « Conceptions of Public Service in European Law », in M. FREEDLAND(ed), *Public employment services and European Law*, OUP, 2006, p. 54 : « *In French public law, services of general interest are very entrenched, legally, institutionally, and culturally. In other Member States, such as Germany, Spain or Italy, equivalent categories also exist in administrative law, but they are not so entrenched* ».

²²³ M. LONG, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? » RFDA, 1995, p. 497

Section 1 : La notion de service public dans les trois États

33. G. Marcou montre que dans tous les pays de l'Union européenne, malgré des différences d'appellation, et quels que soient les instruments juridiques utilisés, la déclaration par les pouvoirs publics de certaines fonctions considérées comme essentielles à la vie en société se traduit par un pouvoir sur ces secteurs, et ce pouvoir permet de soustraire ces activités aux règles du marché²²⁴.

L'intervention étatique pour la fourniture de services existe bien avant qu'elle ne soit conceptualisée de manière systématique par la doctrine juridique sous la forme du service public²²⁵. Les prémisses d'une conception historique de la notion de service public peuvent être situées à l'Antiquité grecque, dans les conceptions de la cité telles que théorisées par Platon²²⁶ et Aristote²²⁷. L'idée de service public est reprise sous l'Empire romain, dans lequel on constate pour la première fois « *une systématisation des services de prestation* »²²⁸. La notion de « bien commun » est ensuite utilisée dans la théorisation des doctrines relatives au christianisme, mais elle ne se répercute que très peu dans les faits²²⁹. Le système féodal qui caractérise le haut Moyen-Âge éclipsera en effet l'idée d'utilité commune, au profit d'une conception fondée sur la domination totale des Seigneurs et de l'Église sur leurs sujets et sur leurs biens. On assiste à ce

²²⁴ G. MARCOU, « De l'idée de service public ... », Op cit ; G. MARCOU, « Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario », in Il Filangieri, 2004, p. 7

²²⁵ Voir G.J. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, « Chap 1 : Emergence et évolution de la notion de service public », in *Droit du service public*, LGDJ, 4ème édition, 2016, p. 35-75 ; Sur la continuité historique de la notion de service public depuis l'Ancien Régime, voir P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif – recherches sur les fondements traditionnels de l'Etat centraliste en France », RDH, n° spécial : La bureaucratie et le droit, 1975, p. 152

²²⁶ PLATON, *La République*, Livre IV, 420b cité par G.J. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, Op cit, p. 37. Pour Platon, le fait que l'intérêt collectif prime sur l'intérêt privé est considéré comme nécessaire pour l'institution d'une cité « juste et ordonnée ».

²²⁷ ARISTOTE, *Les politiques*, Livre II, cité par G.J. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, Op cit, p. 37. Aristote va plus loin que Platon en théorisant la notion d'utilité publique (« utilitas publica ») : les gouvernants doivent veiller à la qualité de la chose publique et donc à l'utilité publique, et c'est même ce qui permet de renforcer la légitimité de leur pouvoir. La recherche du bonheur et de la justice, au fondement de la « res publica » justifie que les gouvernants s'intéressent à la mise en commun de certains services.

²²⁸ G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, Op cit, p. 38

²²⁹ Ibid, p. 39

moment-là à la création de « banalités », des services nécessaires aux activités économiques, qui sont fournies par le Seigneur en échange des taxes qu'il prélève sur ses vassaux²³⁰.

34. À partir du Moyen-Âge classique, période particulièrement faste d'un point de vue économique, le développement des échanges amène à la mise en place d'« agglomérations » et de « municipalités », qui prendront en charge de nouveaux services indispensables à la vie en communauté²³¹. Ces services peuvent aussi concerner l'assistance aux pauvres et aux malades, qui viendront appuyer la charité développée par l'Église catholique. Au XIII^e siècle, Saint Thomas d'Aquin, reprenant l'aristotélisme dans l'Empire romain d'occident, développera la notion de « bien commun ». Si cette notion relève de la moralité et ne constitue pas une catégorie juridique à part entière²³², J-L Mestre montre qu'en France, la notion de « commun profit », issue de la notion romaine d'« utilitas publica »²³³ a des conséquences sur la définition la mission et de l'action administrative²³⁴.

C'est à partir de ce moment, qu'à défaut de la notion, se développent dans les trois Etats certains aspects du régime juridique que l'on retrouvera à l'avènement du concept moderne, notamment pour le bon déroulement des activités économiques des sujets, mais aussi certains aspects du mode de gestion²³⁵. La forme et l'organisation de ces services diffèrent en fonction de l'histoire des États et de leur culture, mais on observe bien, dès le Moyen Âge, en Grande-Bretagne et en Italie, une mise en commun de certains biens considérés comme indispensables au développement économique ainsi que des actions destinées aux indigents²³⁶.

²³⁰ Il s'agit par exemple des boulangeries ou des bains-douche. V. C. LEMERCIER, « La construction d'un modèle français de service public avant 1914 », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/2, p. 47

²³¹ G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, *Op cit*, p. 42 ; et C. LEMERCIER, *Op cit*, p. 48 qui explique que les Seigneurs peuvent être liés par des obligations de qualité ou d'accès pour les indigents, mais ces obligations s'inscrivent dans le système féodal, dans lequel la servitude s'échange contre la protection.

²³² *Ibid*, p. 42

²³³ J. GAUDEMET, « Utilitas publica », *RDH*, 1951, p. 465

²³⁴ J-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1989, p. 98s. C'est notamment à ce moment que se développe en France un début d'administration des finances, voir F. AUTRAND, « Le service public » in J. FAVIER(ed), *La France médiévale*, Fayard, 1983, p. 285s

²³⁵ Notamment la délégation et les contrats.

²³⁶ V. *infra* Sous-section 2.

35. La philosophie est, au moins en France, bien différente de celle qui prévaudra à partir du XVIIIe : la prestation s'inscrit en effet dans la conception de l'interdépendance qui prévaut dans la société de l'Ancien Régime, celle des privilèges associés à des groupes particuliers (ordre, agglomérations ou corporations sur lesquels repose l'État absolutiste²³⁷). Ces prestations, d'abord ponctuelles, vont s'intensifier et se systématiser à partir du XVIIIe. Aujourd'hui, tous les États de l'Union européenne, et a fortiori les États choisis dans cette étude, offrent à leurs citoyens les services indispensables à la vie en société et à la solidarité²³⁸.

36. La conceptualisation de la notion de service public, à partir du XIXe, connaît des divergences importantes selon les États, divergences qui s'inscrivent dans le cadre de l'histoire juridique de chaque État. Selon les ordres juridiques, la notion de service public peut renvoyer à une notion juridique, c'est-à-dire une notion qui sert de base à la définition de compétences légale des autorités ou du juge administratif et permet la reconnaissance de certains droits des usagers, mais elle peut également s'entendre au sens matériel, comme une simple description des prestations fournies par l'administration, ou sous son contrôle, aux citoyens²³⁹. Ainsi, elle joue, au sein des trois ordres juridiques étudiés, des fonctions bien différentes, et ces différences peuvent s'expliquer par l'histoire de chaque ordre juridique (Sous-section 1). Ceci a souvent poussé les auteurs, en particulier les Français, à considérer que matériellement, de telles prestations n'existaient pas dans les autres États. Or, dans tous les États, la notion de service public a servi de support théorique, non pas toujours à une nouvelle théorie de l'État²⁴⁰, mais au moins au développement et à la systématisation de nouvelles activités de l'État à partir de la fin du XIXe siècle (Sous-section 2).

²³⁷ C. LEMERCIER, Op cit, p. 48 ; V. aussi F. COSANDEY et R. DESCIMON, *L'absolutisme en France. Histoire et historiographie*, Points-Seuil, 2002

²³⁸ G. MARCOU, « Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario » Op cit, p. 8 ; G. MARCOU, « De l'idée de service public au service d'intérêt général », Op cit, p. 367 et dans le même sens, F. MODERNE, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », Op cit, p. 43

²³⁹ G. MARCOU, « Il servizio pubblico (...) », Ibid, qui ajoute que dans le premier cas, on utilise le singulier, alors que dans le second cas, le pluriel est plus cohérent.

²⁴⁰ Cette construction semble, nous le verrons, réservée au droit français.

Sous-section 1 : Diversité de la place de la notion dans les ordres juridiques

37. Selon F. Moderne, le service public a pris, à partir du XIX^e siècle, dans les États de l'Union européenne une allure « kaléidoscopique »²⁴¹. C'est, selon nous, surtout vrai de la place de la notion dans les ordres juridiques. Ces différences peuvent s'expliquer par les différences propres aux ordres juridiques, et à l'histoire qui les a façonnés. En France, la « survalorisation historique »²⁴² de la notion peut s'expliquer par son utilisation par les révolutionnaires, mais aussi et surtout par l'érection du concept comme critère de la compétence du juge administratif (§1). En Italie, la notion existe, mais elle n'est que secondaire à l'intérieur du droit administratif, ce qui s'explique par des considérations historiques, notamment l'adoption d'un autre critère, imposé par la loi, pour déterminer les compétences du juge administratif (§2). Enfin, en Grande-Bretagne, l'apparente absence du concept de service public dans l'ordre juridique peut s'expliquer par l'absence d'une dualité de juridiction, mais cette absence doit être relativisée par une forte prégnance législative de la notion (§3).

§1 En France, le service public comme critère d'autonomisation du droit administratif²⁴³

Le service public fait l'objet d'une conceptualisation juridique à la Révolution, mais il sera vite éclipsé du droit positif sous l'Empire (A). Ce n'est qu'avec l'avènement de la troisième République qu'il prendra une place centrale, devenant alors le critère de compétence du juge administratif en quête d'autonomisation vis-à-vis du juge civil (B).

²⁴¹ F. MODERNE, Op cit, p. 10

²⁴² Ibid.

²⁴³ Sur l'histoire de la notion en droit français V. N. FOULQUIER, « Le service public », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA(ed), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, p. 45 ; G. BIGOT, *Ce droit qu'on dit administratif*, La mémoire du droit, 2015

A) La percée du concept juridique de service public à partir de la Révolution

Si la notion devient une notion proprement juridique à la Révolution, sa présence dans le vocabulaire du droit public sera vite éclipsée par la prééminence du concept de puissance publique (1). Progressivement, la doctrine établira toutefois une véritable interactivité entre les deux notions (2).

1) Une notion vite éclipsée par la prééminence du critère de puissance publique

38. En France, c'est véritablement à la Révolution française qu'émerge la conception moderne du service public. J-L. Mestre relève que l'expression « service public » est employée de manière récurrente dans les débats de l'Assemblée nationale constituante en 1789²⁴⁴. En plus de la généralisation de l'expression, les révolutionnaires lui attribuent des « traits caractéristiques » qui sont au fondement de la philosophie républicaine, mais qui rappellent surtout des éléments de régime de la notion contemporaine : l'égalité de tous devant la loi, et donc devant ces services, et la continuité. L'affirmation de la souveraineté nationale dans la DDHC et dans la Constitution du 3 septembre 1791 a pour corollaire la fin de la domination absolutiste du Roi sur ses sujets, qui avait pour conséquence une confusion entre les intérêts du souverain et ceux du peuple²⁴⁵. La source du pouvoir des gouvernants est donc la Nation, et cela postule que ces derniers ne peuvent exercer leur pouvoir que pour poursuivre l'utilité publique²⁴⁶.

La fin de la Révolution avec l'arrivée au pouvoir de Napoléon Bonaparte a pour conséquence une dilution du concept de solidarité sociale, au coeur de la théorisation du service public²⁴⁷. La notion de « service public » entendue dans son sens matériel est parfois citée en

²⁴⁴ J-L. MESTRE, *La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée constituante*, EDCE, 1998, n° 40, p. 187

²⁴⁵ G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, *Op cit*, p. 53

²⁴⁶ Cette notion d'utilité publique se double d'une référence au « bonheur de tous », que les Révolutionnaires pensent possible de poursuivre. J-L. MESTRE, « La notion de service public ... », *Op cit*, p. 208

²⁴⁷ G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, *Op cit*, p. 56

doctrine sous le Consulat, l'Empire²⁴⁸ et même la Restauration²⁴⁹, mais elle ne fait pas l'objet d'une construction théorique.

39. Le droit administratif se fédère à ce moment-là autour des concepts d'administration²⁵⁰ puis de puissance publique²⁵¹, cette dernière devenant le critère opératoire permettant de justifier la soustraction des activités de l'administration au contentieux des juridictions judiciaires²⁵². Issue de l'Ancien Régime²⁵³, la nécessité de séparer la fonction de juger et la fonction réglementaire est confirmée par les révolutionnaires : l'article 13 de la loi des 16/24 août 1790 dispose que « *les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». Par cette loi, les révolutionnaires voulaient protéger l'administration des actions menées par le pouvoir judiciaire sous l'ancien régime²⁵⁴. Une partie assez importante de la doctrine s'accorde à reconnaître que cette loi n'emportait pas nécessairement la soustraction de l'ensemble du contentieux administratif au contentieux

²⁴⁸ J-L. MESTRE, « La notion de service public ... », Op cit, p. 204

²⁴⁹ J-M. DE GERANDO, *Instituts du droit administratif français ou éléments du Code administratif réunis et mis en ordre par l'auteur*, Paris, Nève, 1829-1836, cité par G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, Op cit, p. 58

²⁵⁰ G.J. GUGLIEMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, LGDJ, 1991 ; J-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1ère ed, 1962

²⁵¹ J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1979, p. 7 : « *A l'origine, le droit administratif tourne exclusivement autour de la notion de puissance : la spécificité de l'administration et des règles qui lui sont applicables tient à la nature de ses moyens d'action, aux prérogatives dont il dispose* » ; V. aussi G. VLACHOS, « Fondements et fonction de la notion de service public », D. 1978, I, p. 257

²⁵² Ce critère reflète la conception du droit administratif de l'époque, issue de la théorie allemande : elle est fondée sur la prééminence de l'administration qui a le pouvoir d'imposer des obligations aux administrés et de recourir à la force matérielle pour les faire exécuter.

²⁵³ Dès 1641, l'Edit de Saint Germain interdit aux parlements de connaître des affaires qui peuvent « *concerner l'Etat, administration, ou gouvernement d'icelui-ci* ». V. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970, p. 484s

²⁵⁴ F. MONNIER, « Justice administrative », Droits, 2001, p. 106s ; voir aussi J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques ... », Op cit, p. 8 : Durant l'ancien Régime, les Parlements, aux termes d'une bataille continue avec l'administration royale, parviendront à annexer une partie du contentieux de l'administration.

ordinaire²⁵⁵, mais elle fera sans aucun doute l'objet d'une reconstruction a posteriori permettant de justifier la séparation des juridictions administratives et judiciaires.

Cette absence s'explique également par la définition libérale du rôle de l'État qui existe en France à partir de la Restauration. Dans cette conception, l'État n'est que gardien de l'ordre public, ce qui exclut un trop grand interventionnisme économique et social. Toutefois, cette théorie ne résiste que très peu à la pratique : certains besoins sociaux et économiques ne peuvent être fournis autrement que par l'intervention publique. Finalement, si la notion de service public est éclipsée au XIXe siècle, elle est présente en toile de fond, car inextricablement liée à la notion de puissance publique (2).

2) La dialectique entre critère de la puissance publique et critère du service public

40. La présence de la notion de service public se reflète parfois en droit positif : le but d'intérêt public qui caractérise l'intervention publique est parfois utilisé pour l'attribution d'une affaire à la juridiction administrative²⁵⁶ et le critère du but de service public est ensuite utilisé par le Conseil d'État pour qualifier le « contrat administratif »²⁵⁷. Ce critère est retenu par la doctrine

²⁵⁵ V. G.VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », RFDA, 1990, p. 698 ; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, 1995 ; J.-L. MESTRE, « Aux origines du contentieux administratif », RFDA, 1996, p. 289 ; J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », RFDA, 1990, p. 712 ; P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recourt de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à sa théorie de la justice administrative*, thèse Lille 1962, LGDJ, 1964 ; M.TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, LGDJ, 1973, rééd. 1980 ; voir contra F.-P. BENOIT, « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », JCP 1964.I. n° 1838 ; E. LAFERRIERE, *Traité de la jurisprudence administrative et des recours contentieux*, 1re éd. 1887, rééd. LGDJ. 1989, t. 1, p. 150 qui considère la loi des 16-24 août comme « un des textes fondamentaux de notre droit public », puisqu'il interdit toute immixtion des tribunaux dans le domaine administratif, « fût-ce par la voie contentieuse » ; V. aussi P. BINZAK, *Le principe d'immunité juridictionnelle en droit administratif, histoire d'un paradoxe*, Université Paris 1, 2000, p. 36s

G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, Op cit, p. 39

V. la loi du 16 juillet 1840.

²⁵⁶ V. par exemple CE, 23 avril 1807, *Simon c. Grasset*, Jurisprudence Générale Dalloz, article « Compétence administrative », p. 458 : « Considérant que le service de cette chaloupe de secours ... n'a été établi que dans l'intérêt générale de la navigation », et encore CE, 15 décembre 1842, *Ménestrel*, D.1843, III, p. 70, « C'est à l'administration seule qu'il appartient de connaître des dommages provenant de l'exécution de mesures prises dans l'intérêt de la sûreté générale ».

²⁵⁷ V. CE, 11 avril 1837, *Garavini*, Rec, p. 111, Jurisprudence générale Dalloz (Maritime), 1850, p 573, Note 1 et CE, 27 février 1849, *Pauwels*, Rec, p. 124

à partir de la seconde moitié du XIXe siècle²⁵⁸, ce qui témoigne selon G. Gugliemi, G. Koubi et M. Long de l'évolution des critères du droit administratif²⁵⁹. Ces auteurs citent L. Aucoc et E. Laferrière, membres éminents du Conseil d'État durant cette période qui reconnaissent eux-mêmes que les actes effectués par l'autorité administrative « en vue de la gestion d'un service public »²⁶⁰ ou en vue « d'un intérêt général »²⁶¹ « échappent de plein droit à la compétence du juge judiciaire ». C'est ce qui leur permet de relativiser l'idée dominante que « la puissance publique constitue (à ce moment-là) le fondement de la compétence de la juridiction administrative »²⁶² et d'affirmer que le critère du but de l'activité est également important pour la répartition des compétences entre juridictions et le régime afférent²⁶³.

41. Toutefois, en raison du monopole dans lequel se trouvaient le plus souvent l'État et les collectivités territoriales, ou leur délégataire, et les pouvoirs exorbitants du droit commun, la notion de service public renvoie, de fait, à un régime commun caractérisé par l'exercice de la puissance publique²⁶⁴. Il semble ainsi que la dialectique entre critère du régime et critère du

²⁵⁸ V. par exemple l'entrée « Compétence administrative » in Jurisprudence générale Dalloz, 1948, p. 462 dans lequel Dalloz écrit que « les contrats administratifs sont ceux passés par un administrateur pour un service public ». En 1843, Foucart écrit qu'« au nombre des actes administratifs devant l'interprétation desquels les tribunaux doivent s'arrêter, il faut surtout placer les contrats que l'Administration passe avec les particuliers dans l'intérêt du service ... », E-V. FOU CART, *Éléments de droit public et administratif*, Paris, Videococq, 3ème édition, t II, 1843, p. 273

²⁵⁹ G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, Op cit, p. 62

²⁶⁰ L. AUCOC, *Conférences sur l'Administration et le droit administratif*, Junod, 1869, Tome I, p. 373

²⁶¹ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, Paris, 1889, Tome I, p. 428

²⁶² J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1979, p 7 ; V. dans le même sens notamment R.CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, LGDJ, 1953 ; J-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1962, 1ère ed ; M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1927, II éd., Tome I, préface p. VII

²⁶³ G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, Op cit, p 65 : « L'étude de la jurisprudence et de la doctrine de la première moitié du XIXème siècle (...) oblige plutôt à penser que le régime juridique de ces actes dépend aussi, voire principalement, de leur but ». Dans le même sens, M. KOEHLIN, *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, Rousseau, 1950 ; P. SANDEVOIR, Op cit, p. 433 ; D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse Bordeaux, 1975, p 53

²⁶⁴ C'est l'hypothèse évoquée par N. FOULQUIER pour les arrêts *Rosthill* et *Blanco* : N. FOULQUIER, « Le service public », Op cit, p. 47. Cependant l'intérêt public renvoie en fait à la puissance publique : il est apprécié à cette période moins en fonction de son contenu intrinsèque que par référence aux prérogatives dont l'administration est habilitée, dans chaque cas, à faire usage.

but²⁶⁵ puisse être résolue par la superposition des concepts de service public et de puissance publique, le critère de l'intérêt public ou du service public, permettant de légitimer les pouvoirs exorbitants de l'administration et son statut prééminent²⁶⁶. Cette dialectique se retrouve dans la théorie qui dominera le débat quant à la répartition des compétences pendant toute la seconde moitié du XIXe : le critère de la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion formulé par Aucoc²⁶⁷ et soutenu par Laferrière²⁶⁸. Certains auteurs contemporains considèrent en effet que cette distinction fait la part belle au but d'intérêt public afférent aux actes d'autorité²⁶⁹, tandis que d'autres interprètent cette distinction au regard des pouvoirs utilisés par l'administration²⁷⁰. À la fin du XIXe, toutefois, on assiste à la consécration formelle du service public comme critère du droit administratif (B).

B) Le service public érigé comme critère du droit administratif

Si la signification juridique de l'arrêt Blanco a pu faire l'objet d'une reconstruction a posteriori, créant alors un « mythe juridique » (1), il semble que ce soit au début du XXème siècle que le service public est érigé de manière systématique en critère du droit administratif

²⁶⁵Cette dialectique est parfaitement résumée par J. CHEVALLIER dans son article pré-cité : J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », Op cit, p 2-57. V. notamment p. 6 : « *Ses assises, il les trouve dans les deux piliers, colonnes, poutres maîtresses, que sont la puissance publique et le service public. Construit sur ces deux notions fondamentales, relatives, l'une aux moyens utilisés, l'autre aux buts poursuivis, le droit administratif reste tout entier appuyé sur elles : oscillant, par un mouvement alternatif, pendulaire, d'une notion à l'autre, il les croise, les entrelace, selon un équilibre variable et évolutif. La structure du droit administratif est donc bipolaire : elle est fondée à la fois sur la puissance et sur le service; en privilégiant l'une de ces notions, et en cherchant à expliquer par elle seule l'ensemble des solutions jurisprudentielles, on ne peut que dénaturer et fausser le sens profond de la construction du droit administratif* » ; V. aussi M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1927, 11ed, préface, p. VII.

²⁶⁶ J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques ... », Op cit, p. 6

²⁶⁷ Conclusions sous CE, 20 février 1869, *Pinard*, Rec, p.188

²⁶⁸ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, Tome I, 1888, p. 436

²⁶⁹ Ainsi G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG écrivent-ils que « *De Dalloz à Foucart, en passant par Serrigny, Chauveau ou encore Trolley, tous se rejoignent pour considérer avec Laferrière que l'Etat doit être justiciable du juge judiciaire à l'instar des simples particuliers lorsqu'il agit comme une personne privée pour la gestion de ses intérêts privés de propriétaires, mais qu'il ne saurait l'être en revanche lorsqu'il agit comme « administrateur » en vue de satisfaire l'intérêt général* », G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, Op cit, p. 65

²⁷⁰ J. CHEVALLIER, « L'idéologie ... », Op cit, p. 11 : « *Tantôt, l'administration apparaît comme dépositaire d'une part de l'autorité ou de la puissance qui est un des attributs du pouvoir exécutif : les actes d'autorité qu'elle prend sont une manifestation de souveraineté et doivent relever de la compétence administrative. Tantôt, l'administration apparaît en qualité de gérant et d'intendant des services publics : les actes de gestion qu'elle accomplit sont identiques à ceux des particuliers et doivent donc être soumis au même régime* ».

dans son ensemble (2).

1) La mythification a posteriori de l'arrêt Blanco

42. Cette dialectique permet sans doute également d'expliquer en partie le silence relatif de la doctrine à la suite de la décision *Blanco*²⁷¹. Cet arrêt rendu par le Tribunal des conflits²⁷² est désormais considéré comme marquant un point d'ancrage au développement de la théorie de service public et l'avènement du critère du service public comme critère de compétence de la juridiction administrative. Adopté au lendemain de la loi du 24 mai 1872 consacrant l'instauration d'une justice déléguée par le Conseil d'État, il répond également à l'extension des compétences du juge judiciaire qui a poussé les théoriciens du droit et le juge administratif désireux de trouver une clef pour maintenir les zones de compétence stratégique du juge administratif²⁷³. Le Tribunal des conflits y affirme que « *la responsabilité extracontractuelle qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'elle emploie dans le service public ne peut être régie par les principes écrits dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier, mais par des règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits des personnes privées* ». Ainsi, pour le Commissaire du gouvernement David ainsi que pour le Tribunal des conflits, les litiges imputables à l'État agissant pour l'accomplissement d'un service public relèvent de la jurisprudence administrative. Pourtant, nombreux sont les auteurs qui affirment que l'arrêt a fait l'objet d'une reconstruction théorique a posteriori et qu'elle n'emporte pas, à l'époque de son adoption, reconnaissance du service public comme critère de la juridiction

²⁷¹ TC, 8 février 1973, *Blanco*, Rec 1er, Suppl 61, conclu David ; V. J. LUCHET, *L'arrêt « Blanco », la thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*, Presses Moderne, 1935

²⁷² Juridiction justement créée par la loi de 1872.

²⁷³ Que F. BURDEAU qualifie de « *vaste offensive lancée contre la juridiction administrative* » en notant la « fréquence exceptionnelle des conflits d'attribution au cours des deux décennies », F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 229 cité par G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, Op cit, p. 66

administrative²⁷⁴. La distinction entre actes d'autorité et actes de gestion formulée par Aucoc pour déterminer la compétence du juge administratif perdure en effet jusqu'au début du XXe siècle : elle est notamment soutenue en 1887, soit 14 ans après l'arrêt Blanco, par le vice-président du Conseil d'État Laferrière²⁷⁵. Ainsi J-C. Venezia, élève de Rivero, écrira-t-il : « *Comment admettre en effet que le vice-Président du Conseil d'État ait pu ignorer totalement le critère soi-disant consacré en 1873 et la prétendue notion maîtresse qui depuis lors régnait sur le droit administratif. Que Laferrière ne connaisse pas la révolution de l'arrêt Blanco n'autorise selon Jean Rivero qu'une seule explication, c'est qu'il n'y a pas eu de révolution de l'arrêt Blanco* »²⁷⁶. D'autres auteurs nuancent toutefois ces propos : cet arrêt consacre d'abord l'abandon définitif du critère de délimitation des compétences en matière de responsabilité fondée sur la théorie de l'Etat débiteur²⁷⁷ et utilise seulement le critère du service public²⁷⁸. En tant que tel, cet arrêt annonce sans équivoque la révolution qui va venir²⁷⁹ (2).

²⁷⁴ V. principalement J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », Op cit, p. 361 ; V. aussi J. CHEVALLIER, « L'idéologie ... », Op cit, p. 10-11 : « *Certes, la notion de service public est utilisée par le tribunal des conflits, mais sans avoir par elle-même de conséquence juridique : elle opère dans le cadre plus général de la puissance publique; la gestion des services de nature financière ou fiscale est censée faire partie des fonctions de l'Etat agissant comme puissance publique* » ; N. FOULQUIER, « Le service public », Op cit : « *Comme dans l'arrêt Rothschild de 1855, dont il reprenait les termes essentiels, le juge des conflits ne tranchait qu'une question de répartition des compétences entre juge judiciaire et juge administratif en matière de responsabilité de l'administration.* » ; J-C. VENEZIA, « La naissance de la notion de service public », in G. GUGLIELMI, *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 166 ; ; F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, p. 132 ; G. BIGOT, *Introduction au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p. 148 s ; G. BIGOT, « Les mythes fondateurs du droit administratif », Op cit, p. 530 ; A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Thémis, 1997, p. 32

²⁷⁵ E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, Tome I, Berger-Levrault, 1888, p. 436

²⁷⁶ J-C. VENEZIA, « La naissance de la notion de service public », in G. GUGLIELMI, *Histoire et service public*, Op cit, p. 166

²⁷⁷ A. MESTRE, *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat-débiteur*, A.Rousseau, 1899

²⁷⁸ GAJA, Dalloz, 17ème édition, p. 3 ; F-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, n° 683

²⁷⁹ En ce sens, L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, 1913, Op cit, p. 172 ; G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, Op cit, p. 67 : « *Il n'en demeure pas moins que la plus célèbre décision du tribunal des conflits éclaire singulièrement la formation de la notion de service public en la situation avant tout comme un outil inabouti de détermination de la compétence juridictionnelle et dans le contexte d'une forme concurrence entre institutions. Dans cette logique, l'arrêt Blanco, s'il marque un coup d'arrêt à l'extension de la compétence du juge judiciaire, ne le réussit qu'en esquissant la notion de service public comme fondement de l'argumentation, dont la fortune antérieure lui échappe en partie.* »

2) La consécration jurisprudentielle et doctrinale du critère au début du XXe

43. Ce n'est qu'en 1903 que le Commissaire du gouvernement Romieu, dans ses conclusions sous l'arrêt *Terrier*²⁸⁰ rejette la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion et fait référence au service public pour déterminer la compétence du juge administratif²⁸¹. Le critère de la puissance publique est donc rejeté par Romieu, qui pour rattacher le service public au critère de compétence du juge administratif le rattachait seulement « aux affaires administratives »²⁸². Cet avènement jurisprudentiel est cependant précédé d'un avènement doctrinal de la notion. Comme l'explique le doyen Rivero dans son article « Hauriou et l'avènement de la notion de service public »²⁸³, Hauriou avait conceptualisé le critère du service public dès 1898 dans son ouvrage *la gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*²⁸⁴, dans lequel il se séparait de Laferrière en considérant que les actes de gestion du service public mettaient eux aussi en jeu des prérogatives de droit public²⁸⁵. Toutefois, malgré ce qu'il a pu être dit, Romieu dans ses conclusions sous Terrier, évoque l'hypothèse dans laquelle l'administration se placerait volontairement dans les conditions d'une personne privée pour mener à bien l'exécution du service public²⁸⁶. En conséquence, il ne fait pas du service public le nouveau critère de répartition des compétences, puisqu'il est possible. C'est finalement le Commissaire du

²⁸⁰ CE, 6 février 1903, *Terrier*, Rec p 94, S 1903, 3 p 25, Conclusions Romieu note Hauriou.

²⁸¹ « *Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, ... constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative* »

²⁸² N.FOULQUIER, Op cit, p. 47

²⁸³ J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », Op cit.

²⁸⁴ M. HAURIOU, *La gestion administrative. Etude théorique de droit administratif*, Librairie SRGLA, 1898, : « *Il devient nécessaire d'énoncer cette grande vérité laissée dans l'ombre : l'exécution des services publics constitue une opération juridique et crée par elle-même une situation de gestion public* ». Dans son article « Droit administratif », au Répertoire Béquet en 1897, Hauriou consacre déjà des développements importants au service public. Il définit le droit administratif Il définit le droit administratif comme l'ensemble des règles qui président à l'organisation et au fonctionnement des services, tout en considérant que le véritable critère est celui de la puissance publique. V. M. HAURIOU, « Droit administratif », in Répertoire du droit administratif (Léon Béquet), T. XIV, 1897 n° 8

²⁸⁵ J-C. VENEZIA, « La naissance de la notion de service public », Op cit, p. 167

²⁸⁶ « *Il peut se faire que l'administration tout en agissant non comme personne privée mais comme personne publique, dans l'intérêt d'un service public proprement dit, n'invoque pas le bénéfice de la situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions du public ... en passant un de ces contrats de droit commun* » : Ce qu'il est convenu la gestion privée, en opposition à la gestion publique.

Gouvernement Teissier qui dans ses conclusions sous l'arrêt *Feutry*²⁸⁷ de 1908 rejettera la distinction entre gestion publique et gestion privée et fera du service public le critère unique de répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire²⁸⁸. Ce critère permet donc au droit administratif de mûrir son indépendance par rapport au droit commun²⁸⁹ : la notion de service public permet en effet d'élargir les compétences du Conseil d'État en lui transférant une compétence générale en matière de pleine juridiction.

Conclusion du §1 :

44. Le service public sert donc en France, au début du XXe siècle à l'autonomisation du juge administratif : il est pendant une décennie, le critère entraînant l'application de règles exorbitantes du droit commun. Il est de fait une notion instrumentale, juridiquement, mais aussi sociologiquement : C. Bosvieux-Onyekwelu a bien montré comment la construction a été le fait de nombreux acteurs, juridiques et non juridiques, qui avaient besoin de cette notion pour légitimer leur position dans la société²⁹⁰, mais également leur conception de l'État. S'il existe une exception française, c'est bien celle-là, qui permet l'avènement d'une conception globale de service public, touchant à la fois le champ proprement juridictionnel, mais également les théories de l'Etat, le droit constitutionnel et le droit fiscal. Cet avènement est permis également par des sociologues : la notion de solidarité sociale est au coeur de la pensée de Durkheim²⁹¹, fondateur de l'école française de sociologie. Ces différents facteurs expliquent que la notion de service

²⁸⁷ TC, 29 février 1908, *Feutry*, Rec, p. 208, Concl Teissier, S. 1908, 3, p. 97 note Hauriou, D. 1908, 3, p. 49, concl ; RDP, 1908, p. 206 note Jèze.

²⁸⁸ G. TESSIER, Conclusions sur C.E. 29 février 1908, *Feutry*, R. p. 209 affirme que « *tous les actes accomplis par la puissance publique ou ses agents, pour assurer la gestion des services publics, sont des actes administratifs.* »

²⁸⁹ A-E.VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 57

²⁹⁰ C. BOSVIEUX-ONYEKWELU, « D'une sociodicée à un savoir d'État : le service public, une tentative de mise en forme du monde social par le droit (1873-1940) », Thèse pour l'obtention d'un doctorat en sociologie, Université Paris-Saclay, 2016. V. notamment Chapitre I : Etre membre du Conseil d'Etat sous la IIIème République, et Chapitre II : Les Professeurs de droit et le droit administratif.

²⁹¹ E. Durkheim a fondé en 1895, le premier département de sociologie en Europe, à l'université de Bordeaux. Dans la préface à son premier ouvrage, *De la division du travail*, issu de sa thèse de doctorat, il écrit : « *Quant à la question (Qui a été à l'origine de ce travail ?), c'est celle des rapports de la personnalité individuelle et de la solidarité sociale. Comment se fait-il que, tout en devenant plus autonome, l'individu dépende plus étroitement de la société ? Comment peut-il être à la fois plus personnel et plus solidaire ? Car il est incontestable que les deux mouvements, si contradictoires qu'ils paraissent, se poursuivent parallèlement* ». Durkheim développe une théorie holistique de la sociologie, par opposition à Max Weber, selon laquelle la société est un « holon », un tout supérieur à la somme des parties.

public ne joue pas un rôle aussi important dans les ordres juridiques anglais et italien, mais il serait faux d'en déduire que ce concept n'existe pas dans ces ordres juridiques (§2).

§2 En Italie, une notion secondaire du droit administratif

45. La notion de service public existe en droit positif italien : il est consacré explicitement par la loi Giolitti du 29 mars 1903²⁹² qui autorise la municipalisation de certaines activités, qui deviennent alors des activités de service public. Toutefois, au contraire du droit français, il est loin de jouer un rôle central et instrumental dans le droit administratif. Ceci peut être expliqué par deux raisons : une raison historique, liée à la naissance du contentieux administratif, qui s'est cristallisé autour de la notion d'intérêt légitime et non autour de la notion de service public comme France²⁹³ (A), et une raison théorique liée à la vision de l'État : le service public n'est pas perçu comme une limitation au pouvoir gouvernant (B).

A) L'explication historique²⁹⁴

En 1861, le Royaume d'Italie à peine unifié adopte les institutions de l'ancien Royaume du Piémont dans lequel prévalait la dualité de juridiction (1). Les hésitations législatives qui caractériseront le Risorgimento pousseront à l'édification du critère de l'« intérêt légitime » comme critère de la compétence du juge administratif (2)

1) L'établissement d'une dualité de juridiction à la naissance du Royaume d'Italie

46. Du fait de la réunification tardive du Royaume d'Italie, en 1861, le nouvel État unitaire reprend temporairement les structures institutionnelles et administratives du Royaume de

²⁹² Loi du 29 mars 1903 sur la gestion directe des services publics par les Communes.

²⁹³ D. SORACE, « Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità », *Diritto pubblico*, 1999, p. 403

²⁹⁴ Sur l'histoire de la construction du droit administratif du Royaume d'Italie, voir U. ALEGRETTI, *Storia costituzionale italiana*, Il mulino, 2009 ; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1845)*, Giuffrè, 2009 ; S. CASSESE, « Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI », *Il diritto amministrativo, Storia e prospettive*, Giuffrè, p. 27s ; V. CERULLI-IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giapichelli Editore, 15ème éd, p. 24s

Piémont-Sardaigne telles qu'elles existent au moment de la réunification²⁹⁵. Or, ce Royaume avait lui-même suivi l'évolution des institutions mises en place après la Révolution française et notamment, le principe de soustraction des activités administratives de la compétence du juge judiciaire. Certaines lois vont cependant plus loin : par la loi des 7, 8, 9 novembre 1859 n° 3705, 3706, 3707, 3708, 3709 le contentieux administratif est attribué explicitement aux Conseils de gouvernement (dans les provinces), qui sont « les juges originaires du contentieux administratif » et au Conseil d'État, qui à travers la section du contentieux administratif, exerce les attributions juridictionnelles et se prononce sur « *les appels contre les décisions proférées par les conseils de Gouvernement, et pour certaines matières* », « *en première et dernière instance* »²⁹⁶.

Ces juges du contentieux administratifs sont considérés comme des organes juridictionnels et leurs décisions, déclare la loi, « *produiront les mêmes effets que ceux des tribunaux civils et seront exécutoires de la même façon* ». La dualité de juridiction existe donc en Italie, avant l'avènement de la justice déléguée en France, en 1872. Contrairement au droit français, cependant, la notion d'« acte administratif » n'est pas présentée explicitement comme le critère interdisant aux juges judiciaires d'intervenir : ce sont les lois précitées sur le contentieux administratif qui énoncent certaines matières « concernant les affaires de l'administration » et qui les soustraient en conséquence à la compétence du juge judiciaire pour les confier au juge administratif²⁹⁷.

Ainsi, à partir du moment où ils concernent les « affaires de l'administration », les actes de l'administration sont du ressort du juge du contentieux administratif, même quand l'administration emploie des instruments de droit commun²⁹⁸, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas de ce que l'on qualifierait en droit français d'un acte d'autorité²⁹⁹. Cette situation est remise en

²⁹⁵ L'adoption de la loi fondamentale de mars 1865 confirme, à l'exception de certains points, la continuité institutionnelle entre le Royaume de Piémont-Sardaigne et le Royaume d'Italie.

²⁹⁶ Contrairement au modèle français dans lequel le Conseil d'Etat représente encore les intérêts du Roi, jusqu'en 1972, à laquelle la justice retenue est remplacée par la justice déléguée.

²⁹⁷ V. CERULLI-IRELLI, Op cit, p. 35

²⁹⁸ Ibid, p. 35

²⁹⁹ « *Il faut toutefois noter qu'à ce moment là, la majorité des actes qui relèvent de « pouvoirs discrétionnaires » étaient soustraits à la juridiction administrative : ils pouvaient seulement faire l'objet de recours « de tutelle » dont le point final était le recours devant le Roi. La protection des intérêts simples des administrés face à l'exercice du pouvoir était en grande partie confiée non pas aux juridictions mais à l'administration active* ».

cause par l'adoption successive de lois menant à l'adoption du critère de l'intérêt légitime comme critère de compétence du juge administratif (2).

2) Des réformes législatives menant à l'adoption de l' « intérêt légitime » comme critère de la compétence du juge administratif³⁰⁰

47. Ce processus est cependant interrompu par la loi du 20 mars 1865 qui, sur le modèle de ce qui s'était passé en Belgique en 1831, supprime les tribunaux du contentieux administratifs. Les litiges avec l'administration publique concernant des droits civils et politiques furent dévolus aux tribunaux ordinaires³⁰¹. Tout ce qui ne relevait pas de ces droits « subjectifs » devait être traité par l'administration sur le modèle de la justice retenue à la française. Pasquale Stanislao Mancini, l'inspirateur de la loi déclare à l'Assemblée que « *là où il n'y a aucun droit violé ni de loi enfreinte s'arrêtera toute discussion ; les décisions de l'autorité administrative seront définitives, obligatoires, intangibles ; et surtout la justice des tribunaux n'aura aucun pouvoir pour s'immiscer* (dans les litiges de l'administration)»³⁰². C'est à cette distinction que les historiens du droit administratif font remonter la distinction entre droits subjectifs, qui peuvent être protégés par le juge judiciaire, et les simples intérêts³⁰³. Un mouvement philosophique nommé « *mouvement pour la justice dans l'administration* », emmené par le philosophe Silvio Spaventa³⁰⁴ s'oppose à la loi de 1865, car elle emporte une réduction de la protection des

³⁰⁰ Pour une vision globale de l'histoire de la répartition des compétences entre juge ordinaire et juge administratif V. A. CERRETO, « Il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativa nella sua evoluzione. Punti fermi e problematiche aperte »

³⁰¹ A l'origine du rétablissement de l'unité de la juridiction était l'idée que les juges du contentieux administratif, faisant encore partie de l'administration publique (Pubblica Amministrazione) n'offriraient pas les garanties d'impartialité nécessaire à la fonction juridictionnelle. Le Conseil d'Etat n'avait alors plus que des fonctions consultatives et les litiges sont donc résolus par les autorités administratives elles-mêmes sur le modèle de la justice retenue à la Française.

³⁰² Intervention de Pasquale Stanislao Mancini à l'Assemblée le 9 juin 1864, SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, 1904, 351 ; La compétence du juge judiciaire pour connaître des actes de l'administration était toutefois très limitée, puisque la loi sur l'interdiction des juges judiciaires d'annuler des actes de l'administration était toujours en vigueur. Seules les actions de condamnation étaient admissibles, et celles-ci concernaient spécifiquement la protection des droits de propriété ou patrimoniaux.(V. V. CERULLI-IREDI, Op cit, p. 43)

³⁰³ S. BERNARDO, « Interesse leggitimo », *Enciclopedia del diritto*, Giufré, Anali, II-2, 2008, p. 709 ; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse leggitimo*, Giufré, 1985

³⁰⁴ Voir S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, Discours prononcé devant l'association constitutionnelle de Bergame, 1880, édité pour la première fois dans « *Giustizia nell'amministrazione* », in Id., *La politica della Destra. Scritti e discorsi raccolti da B. Croce*, Bari, 1910, p. 55 Rééd Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 2006

citoyens dans leurs litiges face à l'administration publique, contrairement à l'esprit dans lequel la loi avait été adoptée³⁰⁵.

48. La loi du 31 mars 1889³⁰⁶ rétablit en quelque sorte la situation qui prévalait avant la loi de 1865 en instaurant une IV^e Section contentieuse du Conseil d'État. La loi du 1er mai 1890 lui ré-attribue certaines compétences³⁰⁷. Toutefois, contrairement à ce qui prévalait dans le système d'avant la loi de 1865, l'entière du contentieux de l'administration publique n'est pas attribuée au juge administratif. L'article 3 de la loi de 1889 prévoit en effet que le juge administratif peut traiter de tous les recours contre des actes administratifs qui concernent un *intérêt* individuel, sauf ceux qui sont de la compétence du juge judiciaire³⁰⁸. La loi de 1865 n'est pas abrogée et subsistent alors deux critères distincts : celui de l'intérêt pour le juge administratif, officiellement reconnu comme entraînant la possibilité de recours, et celui des droits subjectifs pour le juge judiciaire.

49. En réalité, l'interprétation de la répartition des compétences entre les juridictions à partir de ces deux lois a fait l'objet de nombreux débats doctrinaux³⁰⁹. C'est à ce moment que commence le processus de reconnaissance du critère de « l'intérêt légitime » comme critère de répartition des compétences entre juge judiciaire et juge administratif. Théorisé notamment par O. Ranelletti³¹⁰, et soutenu par la Cour de cassation³¹¹, le critère de l'intérêt légitime est défini résiduellement comme ce qui ne touche pas aux droits subjectifs des individus. Il va en quelques

³⁰⁵ V. CERULLI-IRELLI, Op cit, p. 45. Elle entraîne également, comme le décrit la confusion entre administration et politique, V. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881 p. 2, et Id., *Scritti politici a cura di R. Gherardi*, Roma, 1986, p. 605

³⁰⁶ Loi du 31 mars 1889, n° 5992 ; RD. 2 juin 1889, n° 6166, texte unique sur le Conseil d'Etat.

³⁰⁷ Loi du 1er mai 1890, n° 6837, dite « ordinamento della giustizia amministrativa ». C'est seulement la loi du 7 mars 1907 n° 62 qui déclare la nature juridictionnelle des nouveaux organes.

³⁰⁸ Art. 3 loi du 21 mars 1889 n° 5992 (puis article. 24 r.d. 2 juin 1889, n. 6166 du texte unique des lois sur le Conseil d'Etat.

³⁰⁹ Pour une reconstruction des débats doctrinaux de l'époque voir B. SORDI, « Interesse leggitimo », 3 « Esordio in Sordina : un modesto espediente esegetico », Op cit, p. 712

³¹⁰ V. notamment O. RANELLETTI, *A proposito di una questione de competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892 ; cette théorie est fortement critiquée par V-E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in D.I., VIII, pt. II, Torino, 1895-1898, p. 911 et 918 comme étant « incompréhensible » et « impondérable ». Cette distinction est ensuite adoptée par S. Romano qui distingue les intérêts simples, les intérêts occasionnels et l'intérêt légitime. V. S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, 1906, p. 42

³¹¹ V. notamment Corte Cass, 28 février 1914.

années être légitimé par la doctrine, car « *il présente le mérite de s'intégrer pleinement dans le processus de construction du droit administratif* »³¹². Il permet, comme le service public en France, une extension des compétences du Conseil d'État³¹³ : celui-ci est désormais le juge d'un contentieux objectif, qui porte sur la légalité de l'acte³¹⁴, mais ceci exclut la réparation d'un préjudice causé à un individu. La doctrine a toutefois mis en valeur très tôt que la situation subjective des individus pouvait être garantie indirectement, à travers la protection de l'intérêt général qui sera satisfait par l'annulation de l'acte illégal³¹⁵. Ce critère, pourtant critiqué pour son absence de contenu théorique et l'imprécision de sa définition est confirmé par la Constitution de 1948 aux articles 24 et 103.

Le service public ne joue donc aucune place instrumentale dans la construction du contentieux administratif en Italie, contrairement au droit français. La place secondaire de cette notion dans le droit italien peut aussi être expliquée par le fait que celui-ci n'a pas servi de support à une théorie de limitation des pouvoirs de l'État comme en France (B).

B) L'explication théorique

Si les institutions administratives italiennes, doivent beaucoup au modèle postrévolutionnaire importé outre-Alpes qui avait été adopté très tôt par le royaume de Sardaigne, l'approche théorique en droit administratif a été plus influencée par le modèle allemand de l'État organe³¹⁶ (1) ce qui explique le rejet d'une conception objectiviste du droit public (2).

³¹² S. BERNARDO, « Interesse leggitimo », Op cit, p. 715

³¹³ M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, 1979, p.151 ; ALLEGRETTI, « Introduzione » in *Le riforme crispine (Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica-Isap)*, Tome II et *Giustizia amministrativa*, Giufré, 1990, p. 37

³¹⁴ P. SABBIONI, « Le service public et l'Etat de droit en Italie » in G. MARCOU et F. MODERNE (eds) , *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, Op cit, p. 259, spéc p. 261

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

1) L'influence théorique du droit allemand

49. Selon Orlando³¹⁷, il est nécessaire de considérer le droit public à la manière du droit privé, comme un système de principes juridiques coordonnés, en rejetant toutes les autres sciences sociales³¹⁸. Cette approche positiviste repose, comme en Allemagne, sur la puissance de l'État à laquelle on donne la personnalité juridique, et l'absence d'autres pouvoirs contrevenant à cette souveraineté³¹⁹ : c'est ce qui explique que cette entité puisse imposer des règles à ses administrés³²⁰.

Toutefois, en Italie, intervient l'idée que l'État, en tant que personne juridique morale est forcément créé pour mettre en place des buts déterminés qui constituent la limite de son pouvoir. Cette conception n'a pas pour but de légitimer, comme en France, la puissance publique, mais elle est conçue par la doctrine comme une nécessité logique : l'existence d'une personne morale n'est nécessaire que dans la mesure où celle-ci poursuit des buts déterminés. Le droit administratif italien rejette donc l'idée d'une vision objectiviste du droit, comme celles adoptées par Hauriou ou Duguit au début du XXe siècle en France (2).

2) Le rejet d'une conception objectiviste de la théorie de l'État

50. Le service public n'est pas conçu, en Italie comme limite au pouvoir gouvernant, critère

³¹⁷ V. P. SABBIONI, Op cit, p. 261s ; A noter qu'Orlando était le maître de S. Romano, qui avait été éduqué dans le cadre de l'école positiviste italienne, mais s'en était écarté en introduisant dans sa vision de l'Etat des éléments sociologiques et historiques (D. SOLDINI, «Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », Jus Politicum, n° 14)

³¹⁸ V.E. ORLANDO, « I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico », Arch. Giur. Serafini, Vol XLII, Pisa, 1889, p. 107 ; Ceci oppose bien sûr Orlando à ses homologues français Duguit et Hauriou.

³¹⁹ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo, Vol 1, Introduzione e nozioni fondamentali*, Piero Ed, 1912, p. 117s

³²⁰ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, trad. française, G.Fardis, éd. M.Giard et E.Brière, 1911 et 1913 ; R. EMERSON, *State and Sovereignty in Modern Germany*, Yale U.Press, 1928 ; O. JOUANJAN, « Gerber et la constitution d'une science du droit public », in *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Colloque tenu à Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995, publié dans les Annales de l'Université de Strasbourg, n°1 en 1997. La souveraineté de l'Etat n'est dans cette conception toutefois pas illimitée. Ainsi Jellinek a-t-il développé la théorie de l'auto-limitation de l'Etat selon laquelle l'Etat ne peut agir que dans le cadre des règles qu'il a édictées : il est tenu par ces normes. Cette théorie est importée en France par Carré de Malberg, voir R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, CNRS Éditions, 1985, p. 1530 ; Sur la théorie allemande des droits des individus face à l'Etat V. A. GAILLET, *L'individu contre l'État, Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX siècle*, Dalloz, 2012. Dans la préface à cette thèse, O. Jouanjan rappelle que R. Carré de Malberg avait proposé une distinction célèbre entre « Etat légal », qu'incarnerait le modèle français et « Etat de droit », qu'incarnerait le modèle allemand.

qui correspond à la vision du guiste du service public. La notion d'institution théorisée par Hauriou, qui peut également être qualifiée d'objectiviste, est présente en Italie, notamment à travers le travail de Santi Romano³²¹, mais elle est limitée à la doctrine constitutionnaliste³²². Santi Romano avait bien tenté d'introduire une conception du service public proche de celle de Duguit en définissant le service public comme toute activité d'une autorité publique visant à satisfaire les besoins publics. Il écrira ainsi que « *le service public constitue la finalité ultime de l'activité administrative dans son entier, révélée dans chaque direction de celle-ci* »³²³. Cette définition n'est pas retenue en droit positif ni par les autres auteurs de doctrine. Au contraire, Orlando écrit, en accord avec la théorie des finalités de l'État que « *comme l'administration crée les services publics, d'un point de vue logique l'idée de service public ne précède pas, mais suit celle d'administration publique. Elle doit donc être construite autour de la personne juridique qu'est l'État* »³²⁴.

En vertu de cette conception finaliste et positiviste de l'existence de l'Etat, le droit administratif est reconnu comme l'étude des activités permettant de mettre en oeuvre les buts de l'État. Le service public devient donc un concept d'ordre juridique à partir du moment où le législateur en fait une finalité de l'État, avec les processus de nationalisation et de municipalisation des activités qui étaient jusqu'alors mises en oeuvre par des entreprises privées³²⁵. Elle est de la compétence du juge administratif lorsqu'il met en jeu une situation d'intérêt légitime face à une compétence discrétionnaire de l'administration publique.

Conclusion du §2 :

51. La construction du concept de service public n'a pas de vocation instrumentale en droit italien, contrairement au droit français. La répartition des compétences entre juridiction administrative et juridiction judiciaire est le fait de la loi en droit italien, et le critère de l'intérêt

³²¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918

³²² Pour une approche en français du travail de S. Romano et de ses rapports avec les juristes italiens contemporains de son époque : D. SOLDINI, Op cit.

³²³ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901, p. 357

³²⁴ V-E. ORLANDO, « Introduzione al diritto amministrativo », Op cit, p. 108

³²⁵ N. FRANCESCO, « La nozione di servizio pubblico nel diritto interno e comunitario », in [diritto.it](http://www.diritto.it/docs/36872-la-nozione-di-servizio-pubblico-nel-diritto-interno-e-comunitario), en ligne <http://www.diritto.it/docs/36872-la-nozione-di-servizio-pubblico-nel-diritto-interno-e-comunitario>, 2015

légitime, par opposition aux droits subjectifs, découle lui aussi de la loi. Le service public permet donc seulement de décrire une réalité et n'emporte pas, au début du XX^{ème} siècle, de conséquences juridiques propres. Il relève de la compétence du juge administratif lorsqu'il est question d'un acte illégal adopté pour la gestion d'un service public, mais les litiges concernant la responsabilité de l'administration dans la mise en oeuvre de ce service relèvent du juge judiciaire . Il n'est pas un outil de limitation des compétences ou de légitimation du pouvoir. En Grande-Bretagne, le contraste avec la France semble encore plus radical : l'absence d'une dualité juridictionnelle aurait empêché la notion de service public de trouver un quelconque débouché juridique (§3).

§3 L'apparente absence du concept en droit anglais

52. La notion de *public service* en droit anglais, n'a pas, on le sait la portée juridique qu'elle revêt en droit français. Comme l'écrivait Jean Rivero au milieu du XX^e siècle, « *si elle est aujourd'hui employée par quelques auteurs, elle n'a encore aucun contenu juridique propre. [...] Le mot de la langue courante saisit la chose dans sa réalité familière. Le terme juridique retient seulement d'elle tel aspect, ignoré du profane. [...] Un mot n'appartient à la langue du droit qu'autant qu'il éclaire le statut juridique de l'objet auquel il s'applique* »³²⁶. Or, il n'existe pas, en Grande-Bretagne, de statut ou de définition juridique du service public³²⁷. L'explication la plus évidente de l'absence de ce concept réside dans l'unité de juridiction qui caractérise le

³²⁶ J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », Op cit, p. 462, cité dans le contexte par A-E. VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 131

³²⁷ J. BELL, « L'expérience britannique », AJDA, 1997, numéro spécial, p. 130

système anglais³²⁸. Le juge anglais n'a pas eu à développer de critère permettant de fonder son autonomie pour appliquer des règles différentes du droit commun ce qui a poussé la majorité des auteurs à considérer qu'il n'y avait pas, historiquement, de droit administratif en Angleterre (A). Toutefois, si la notion de service public n'est que très peu utilisée par le juge, elle est présente dans la législation, le Parlement détenant historiquement la compétence pour l'adoption de la législation économique et sociale, mais aussi la création des services publics, même au niveau local (B).

A) L'apparente absence de droit administratif

La chose semble rapidement entendue : comme le remarque F. Moderne : « *du côté du droit anglais, la quête n'est pas vraiment fructueuse. Le cas de la Grande-Bretagne est des mieux connus et n'appelle pas de longues observations. L'absence d'un droit administratif et d'un juge administratif laissait peu de chances à l'introduction du concept* »³²⁹. Toutefois, si prévaut en effet en Grande-Bretagne le modèle de l'unité de juridiction (1), celui-ci n'emporte pas forcément l'absence de droit administratif (2).

³²⁸ Il nous faut toutefois d'ores et déjà relativiser cette assertion : le Royaume Unis a connu pendant très longtemps une forme originale de dualisme juridictionnel du fait du développement de l'Equity parallèlement au Common Law. Le Common Law s'était en effet développé, à partir de l'invasion par les Normands et le sacre de Guillaume le Conquérant, autour des "writs" que délivrait le Roi. Par ces "writs", le Roi autorisait les juges royaux à statuer sur un cas, par exception à la compétence des juridictions locales en place avant l'invasion normande. La légitimité des juges royaux était loin d'être assurée au niveau local et pour se renforcer, ils agissaient uniquement dans le cadre des "writs" : les recours n'étaient recevables que s'il existait un précédent qui correspondait à un writ. Le système des writs pour déterminer la compétence et le système du précédent ont conduit de plus en plus souvent à des situations considérées comme iniques car l'affaire présentée au juge était jugée irrecevable car il n'y avait pas de précédent. Ces situations étaient assimilables à des dénis de justice. Pour résoudre cette situation considérée comme injuste, le Roi a accepté de statuer sur des recours qui ne correspondaient à aucun "writ". Sur ce fondement à peine juridique s'est développé un système de droit concurrent, l'Equity. Le système s'est développé et organisé et est devenu un ordre de juridiction à part entière. Ce dualisme a pris fin en 1875 avec une importante réforme judiciaire de Gladstone qui a décidé une réforme radicale dans son principe : intégrer toutes les cours en une juridiction unique appelée cour suprême comportant deux degrés de juridictions (High Court/ Court of Appeal). Tous les juges pouvaient appliquer à la fois les règles de Common Law et d'Equity. V. l'introduction de l'ouvrage de A. HUDSON, *Equity and trusts*, Routledge-Cavendish, 6ème ed, 2010

³²⁹ F. MODERNE, « Les missions d'intérêt général en droit comparé » in S. DECRETON (ed), *Servie public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p. 115, spec p. 139

1) La « Rule of law » et l'unité de juridiction

53. Le modèle de l'unité de juridiction, l'une des caractéristiques les plus connues du système anglais, a été théorisé et mis sur un piédestal par A.V. Dicey, dans son livre *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*³³⁰. Dans cet ouvrage, qui constitue presque « un substitut à une Constitution écrite »³³¹, Dicey affirme l'absence d'un droit administratif en Angleterre, du fait de l'absence d'une dualité de juridiction, laquelle découle du principe de la *rule of law*. La *rule of law* implique trois éléments principaux. Premièrement, le pouvoir ne peut être arbitraire, ce qui signifie qu'un individu ne peut être poursuivi que s'il a violé une règle établie juridiquement, par le Parlement ou par les juridictions. Deuxièmement, tous les individus sont soumis au même droit, ce qui implique d'être soumis aux mêmes juridictions. Troisièmement, les juridictions sont à l'origine des principes constitutionnels³³². Le concept de *rule of law* tel qu'exposé par Dicey implique donc l'idée d'égalité formelle, ou procédurale³³³ devant les *Courts*, qui appliquent des règles identiques à tous les sujets du Royaume, qu'il s'agisse de personnes privées ou de l'administration.

³³⁰ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty classics edition, 1982, 1ère publication : 1885

³³¹ C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and administration*, Cambridge University Press, 2009, p. 4

³³² Voir A. V. DICEY, Op cit, p. 187-196 « *When we say that the supremacy of the rule of law is a characteristic of the English constitution we generally include under one expression at least three distinct though kindred conceptions. [First] that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary courts of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary or discretionary powers of constraint . . . [Secondly], not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals. In England the idea of legal equality, or of the universal subjection of all classes to one law administered by the ordinary courts, has been pushed to its utmost limit. With us every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen . . . [Thirdly] that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the courts; whereas under many foreign constitutions the security (such as it is) given to the rights of individuals results, or appears to result, from the general principles of the constitution* ».

³³³ Cette idée selon laquelle la « rule of law » serait uniquement procédurale fait l'objet d'un débat important en doctrine aujourd'hui, débat sur lequel nous reviendrons dans le Chapitre 2 du Titre 2 de cette partie. Dans ce sens, on citera tout de même l'importante contribution de J. RAZ, « The rule of law and its virtue », LQR, 1977 (93), p. 195

54. Le système français a fait l'objet de larges critiques de la part de Dicey³³⁴, et ce pour deux raisons. Premièrement, le droit administratif français aurait reposé selon lui sur l'application d'un droit spécial caractérisé par l'existence de prérogatives et de privilèges pour l'administration. Le citoyen ne serait donc pas placé sur un pied d'égalité dans un litige avec l'administration³³⁵. Deuxièmement, la conception française de la séparation des pouvoirs aurait permis au gouvernement et à l'administration d'être soustraits au contrôle juridictionnel³³⁶.

Outre une conception erronée du modèle français, sur lequel il reviendra à la fin de sa vie³³⁷, la présentation de Dicey fut critiquée pour son caractère partiel³³⁸ : à aucun moment, l'auteur ne fait référence à l'existence en droit anglais d'un large domaine d'immunité de la Couronne³³⁹, qui permettait à l'administration d'être soustraite au contrôle juridictionnel ; et il oublie de mentionner l'existence de recours propres aux actes de l'administration, les «

³³⁴ Sur les critiques de Dicey à l'encontre du droit administratif français et ses conséquences doctrinales V. N. GABAYET, « Une page de l'histoire de la pensée du droit administratif : le « "moment Dicey" », Jus Politicum, n° 21, en ligne.

³³⁵ Voir A. V. DICEY, Op cit, p. 336 : « *Anyone who considers with care the nature of the droit administratif of France, or the topics to which it applies, will soon discover that it rests, and always has rested, at bottom on two leading ideas alien to the conceptions of modern Englishmen. The first of these ideas is that the government, and every servant of the government, possesses as representative of the nation, a whole body of special rights, privileges, or prerogatives as against private citizens, and that the extent of these rights, privileges, or prerogatives is to be determined on principles different from the considerations which fix the legal rights and duties of one citizen towards another. An individual in his dealings with the State does not, according to French ideas, stand on anything like the same footing as that on which he stands in dealings with his neighbour* ».

³³⁶ Ibid, p. 337-338 : « *The second of these general ideas is the necessity of maintaining the so-called 'separation of powers' (séparation des pouvoirs), or, in other words, of preventing the government, the legislature, and the courts from encroaching upon one another's province. The expression, however, separation of powers, as applied by Frenchmen to the relations of the executive and the courts, with which alone we are here concerned, may easily mislead. It means, in the mouth of a French statesman or lawyer, something different from what we mean in England by the 'independence of the judges', or the like expressions. As interpreted by French history, by French legislation, and by the decisions of French, it means neither more nor less than the maintenance of the principle that while the ordinary judges ought to be irremovable and thus independent of the executive, the government and its officials ought (whilst acting officially) to be independent of and to a great extent free from the jurisdiction of the ordinary courts.*»

³³⁷ A. V. DICEY, « *Droit administratif in modern French law* », LQR, 1901 (18) p. 302 dans lequel Dicey reconnaît la capacité du système français à contrôler les abus de pouvoir.

³³⁸ Pour une analyse complète et détaillée V. S. CASSESE, « *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo* », Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 19 1990(5), p. 79 ; V. aussi C. HARLOW, « *La distinction public-privé dans le système juridique anglais* », Politiques et management public, 1987(1), p. 199

³³⁹ La Common Law s'appliquait à tous également car jusqu'à une loi de 1947 il y avait une limite importante : la couronne n'était pas soumise aux règles de responsabilité. Cette immunité de la couronne s'étendait à l'ensemble des administrations. Jusqu'à 1947, quand un dommage était causé par une administration britannique, on faisait un procès contre le fonctionnaire qui devait ensuite demander par une supplique à la Reine de le couvrir et de prendre en charge la condamnation prononcée.

prerogative writs »³⁴⁰, nés au Moyen-Age³⁴¹ (2).

2) *L'existence d'un droit administratif au sens matériel*

55. Comme leur nom l'indique, les *prerogative writs* étaient des recours associés au Roi, c'est-à-dire reposant sur un rapport particulier avec la Couronne³⁴². Ils regroupaient le *writ of certiorari* (recours permettant d'annuler une décision d'une juridiction) ; *writ of mandamus* (recours par lequel on demande au juge d'adresser un ordre à une autorité pour qu'elle fasse un acte de sa compétence/ injonction) ; *writ of prohibition* (interdiction de faire) et le *writ of habeas corpus* (obligation de présenter à un juge toute personne détenue)³⁴³.

Ces recours avaient été conçus à l'origine pour contester les décisions émanant de juridictions inférieures, notamment au niveau local. Cela permettait d'assurer la centralisation propre au système anglais. Le juge s'en est progressivement saisi pour remettre en cause les décisions des autorités administratives inférieures. Le premier des *writs* à être transformé en un outil pour attaquer des décisions de l'administration fut le *writ of Mandamus*³⁴⁴, au début du XVIIe. Le *writ of certiorari* fut transformé progressivement en *certiorari to quash*³⁴⁵, l'équivalent de notre « recours en excès de pouvoir ». À mesure que les autorités administratives se sont développées, ces *prerogative remedies* ont servi pour contester leurs actes ou leur

³⁴⁰ S. A. DE SMITH, « The prerogative writs », Cambridge Law Journal, 1951, p. 40 ; S. A. DE SMITH, « Wrongs and remedies in Administrative Law », Modern Law Review, 1952, p. 189 ; E. JENKS, « The prerogative writs in English Law », Yale Law Journal, 1923, p. 523

³⁴¹ Cet argument est souligné avec force par P. CRAIG, « UK administrative law », in P. CRAIG, *UK, EU and global administrative law*, Cambridge University Press, 2015, p. 11s

³⁴² Comme le souligne S. A. DE SMITH, tous les writs étaient par définition liés au Roi car délivrés par lui, mais seuls les writs permettant au justiciable de se placer dans une situation particulière vis-à-vis de la Couronne.

³⁴³ La situation a considérablement évolué avec une réforme législative engagée en 1977, que nous décrirons dans le §3, Sous-section 3 de cette section.

³⁴⁴ V. notamment l'arrêt *Bagg's* (1615) 11 Co. Rep. 93b commenté par P. CRAIG, « UK administrative law », Op cit, p. 51s et E. HENDERSON, *Foundations of English Administrative Law*, Harvard University Press, 1963, p. 46s

³⁴⁵ V. *Commins v. Massam* (1643) March N.C. 196 *Cardiffe Bridge*, (1700), 1 Ld. Raym, 580 et *Groevelt v. Burwell*, (1700), 1 Salkled 200. Pour un commentaire de ces arrêts voir P. CRAIG, « UK administrative law », Op cit, p. 57 et E. HENDERSON, *Foundations of administrative Law*, Op cit, p. 112

inaction³⁴⁶ si bien que le juge anglais fut paradoxalement le premier à avoir été doté du pouvoir de contester et d'annuler des actes pris par une autorité administrative³⁴⁷. Même si l'on peut reconnaître avec Dicey que l'unité de juridiction éloigne le modèle anglais du droit administratif français³⁴⁸, les développements qui précèdent doivent permettre de remettre en cause l'idée préconçue d'une absence de droit administratif dans l'histoire du droit anglais³⁴⁹.

56. Peut-on expliquer par la seule absence d'une dualité de juridiction au XIXe siècle l'absence de la notion de service public dans le droit anglais ? Cette assertion impliquerait de considérer que la notion de service public est uniquement instrumentale, et qu'elle a eu pour unique fonction de permettre au juge administratif français d'asseoir sa compétence. Il s'agirait alors d'une affirmation ethnocentrique : comme nous l'avons vu avec l'exemple de l'Italie, cette notion permet également de définir certaines activités de l'État qui ne relèvent pas des fonctions régaliennes³⁵⁰.

³⁴⁶ V. T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Volume 127, 2013, p. 33 : « La distinction entre la fonction juridictionnelle et la fonction administrative entraînait une importante conséquence sur les pouvoirs du juge puisque les brefs de certiorari (c'est-à-dire d'annulation) et de prohibition (c'est-à-dire d'injonction) ne pouvaient être prononcés que contre les actes édictés dans l'exercice d'une fonction juridictionnelle et non contre les actes administratifs, car la procédure de judicial review est à l'origine une procédure destinée à contrôler l'activité des juridictions inférieures. L'essor de l'Administration et la multiplication des hypothèses dans lesquelles celle-ci prenait des décisions violant un droit subjectif ont amené les juridictions anglaises à devoir adopter un critère fonctionnel de la juridiction afin d'étendre leur contrôle à des actes organiquement administratifs ».

³⁴⁷ Contra S. A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, Stevens/Oceana, 1959 pour qui le faible nombre de précédents est à l'origine de l'absence de principes ordonnés qui auraient pu former le coeur des règles de droit administratif.

³⁴⁸ Dicey considère que l'absence d'un dualisme de juridiction est « fatal à l'existence du droit administratif en Angleterre », voir A. V. DICEY, « The development of administrative law in England », LQR, 1915 (31) p148 ; dans le même sens voir S. CASSESE, « Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo », Op cit, pour qui le droit administratif anglais est au XIXème et au XXème avant tout descriptif de l'état de l'administration, plutôt que normatif, c'est-à-dire permettant de dégager de grands principes organisant un corps de normes applicables à l'administration ; voir aussi J. BELL, « De la nécessité d'un droit administratif », AJDA, 1997, p. 99 ; V. aussi G. SAMUEL, « Pourquoi la summa divisio droit public / droit privé ne s'applique-t-elle pas en droit anglais ? », in P. ALVAZZI del FRATE, S. BLOQUET, A. VERGNE(ed), *La summa divisio droit public/droit privé dans l'histoire des systèmes juridiques en Europe*, Institut universitaire Varenne, 2018, p. 113

³⁴⁹ Dans l'arrêt *O'Reilly v. Mackman*, commenté ci-après, Lord Diplock qui s'exprime au nom de la Chambre des Lords affirme que pour lui, il existe bien au début du XXème siècle une distinction entre le droit public et le droit privé : « Nous avons au moment de l'arrêt *Ridge v. Baldwin* (de 1963), un système développé de droit administratif, développement auquel Lord Reid a apporté une contribution importante », Voir Lord Diplock, *O'Reilly v. Mackman*, 1982(3) 3 All E.R, p. 1128, Trad. A-E. Villain-Courrier.

³⁵⁰ On revient donc à la définition donnée par G. Marcou : le service public peut s'entendre comme une notion qui sert de base à la compétence légale des autorités administratives, mais renvoie aussi à la *description des prestations fournies par l'administration aux citoyens*. G. MARCOU, « Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario », Op cit, p. 9

Peut-on alors déduire de l'absence d'une notion juridique de service public dans le droit anglais l'absence d'activités autres que des activités renvoyant aux fonctions régaliennes de l'État ? Cette explication ne pourrait être non plus satisfaisante, car le droit comparé ne peut s'arrêter à l'utilisation, ou non, d'une expression similaire pour désigner un même objet³⁵¹. Comme le suggère J. Bell, il nous faut donc aborder la question selon des critères fonctionnels et non formels pour en faire une analyse juridique fructueuse³⁵².

L'idée selon laquelle la sphère de l'État ne serait pas aussi développée en Grande-Bretagne que sur le continent a longtemps prévalu. Elle a été relayée non seulement par la doctrine continentale, mais aussi par certains juristes anglais du XIXe siècle. Ainsi Blackstone distingue-t-il, dans ses *Commentaries on the Laws of England*, le modèle continental dans lequel les Rois et les Princes étaient préoccupés par le bonheur de leur sujet, du modèle anglais fondé sur la liberté individuelle, dans lequel le rôle de l'État se limitait à assurer une « *la régulation nécessaire et l'ordre intérieur du royaume* »³⁵³. Encore une fois, il nous faudra relativiser cette assertion, de deux points de vue.

D'une part, il serait faux d'affirmer avec Blackstone qu'il existe au XVIIIe siècle un modèle continental homogène qui se distinguerait, voire s'opposerait au modèle anglais³⁵⁴.

D'autre part, il est faux d'affirmer que l'activité de l'État se résume, au dix-huitième siècle, en

³⁵¹ O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », Op cit, p. 285

³⁵² J. BELL, « Le service public : L'expérience britannique », AJDA, 1997, p. 130

³⁵³ Sir W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, 1ère ed, 1765

³⁵⁴ T. PERROUD assimile par exemple la fonction de police en France à celle qui est décrite par Blackstone. Il cite à l'appui Adam Smith, dans ses *Leçons de Jurisprudence* qui reprend la notion de police en attribuant la paternité de la notion à la France et en affirmant qu'elle se compose de trois éléments, la propreté des voies publiques, la sécurité et les bas prix et l'abondance. V. A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, Monday March 28, 1763, in Glasgow Edition of the Works and Correspondence, Vol. 5, *Lectures On Jurisprudence*, 1762 : « *Police, the word, has been borrowed by the English immediately from the French, tho it is originally derived from the Greek πολιτεια signifying policy, politicks, or the regulation of a government in generall. It is now however generally confind to the regulation of the inferior parts of it. It comprehends in generall three things: the attention paid by the public to the cleanlyness of the roads, streets, etc; 2d, security; and thirdly, cheapness or plenty, which is the constant source of it* » ; ainsi que Maitland: « *The word police did not, I think, become common until late in the last century. Johnson just admits it, but only as a French word used in England; for him police is « the regulation and government of a city or country so far as regards the inhabitants* ». *The group of words, police, policy, polity, politics, politic, political, politician, is a good example of delicate distinctions. I hardly dare venture a definition of police, but will suggest, « such part of social organization as is concerned immediately with the maintenance of good order, or the prevention or detection of offences* ». *The Police as an equivalent for the police force, the body of police constables, is very modern* ». V. aussi l'avis de J. BENTHAM, « An introduction to the principles of morals and legislation », in *The works of Jeremy Bentham*. Volume 1. Edinburgh, 1843, spéc. p. 102 et F. W. MAITLAND, *Justice and Police*, Macmillan and Co, 1885, p. 105 ; tous cités par T. PERROUD, *La fonction contentieuse ...*, Op cit, p. 576s

Angleterre, à l'activité de police telle que nous l'entendons aujourd'hui en droit français, c'est-à-dire à assurer la sécurité et l'ordre intérieurs. En réalité, la raison la plus probable de l'absence d'une notion juridique de service public dans le droit anglais, et notamment dans le droit du Common Law, réside dans l'autre élément qui caractérise la Constitution non écrite anglaise selon Dicey : l'importance du Parlement (B).

B) Tentative d'explication de l'absence du concept de service public dans le common law

S'il existe bien un concept jurisprudentiel proche de la notion de service public (1), celui-ci est vite éclipsé du fait de la compétence du Parlement pour la législation économique et sociale du pays (2).

1) Les public utilities

57. L'arrêt fondateur de cet objet de « public utilities » est *Alnutt v. Inglis*³⁵⁵. Dans cet arrêt qui concerne un monopole attribué par la loi au London Dock Monopoly pour l'exploitation du port de Londres, il fut jugé que le monopole n'avait pas été créé seulement pour le bénéfice de l'entreprise, mais aussi au bénéfice du public. En conséquence, le London Dock Monopoly n'était pas libre d'imposer au public des prix irraisonnables qui excluraient de fait certains particuliers³⁵⁶. L'origine de l'idée de la régulation de la propriété privée, dans certaines circonstances, notamment celles où un propriétaire s'est vu conférer un monopole sur un bien public doit être trouvée dans les écrits de Lord Hale³⁵⁷. Dans un de ces écrits, intitulé « De portibus Maris », Hale décrivait les trois types de droit que l'on pouvait trouver dans chaque port : le *jus privatum*, le *jus publicum* et le *jus regium*. Le *jus privatum* représentait un intérêt en forme de franchise que pouvait acquérir un sujet, une personne privée. Le *jus publicum* était au contraire détenu par les utilisateurs du port, et imposait que ne soit pas imposé un prix excessif.

³⁵⁵ *Alnutt & another v Inglis* (1810) E.R, Vik 104 p. 206

³⁵⁶ Pour une analyse de l'arrêt, voir P. CRAIG, « Constitution, property and regulation », *Public Law*, 1991, p. 538, spéc p. 539-540

³⁵⁷ Lord HALE, *Collection of tracts relative to the Law of England*, publié par F. HAGRAV, edited by T. WRIGHT, Londres, 1787

Lord Hale faisait la différence entre les situations de monopole et les autres : si un quai avait été érigé par une personne pour son seul avantage, celle-ci pouvait faire payer le prix qui lui convenait. Au contraire, s'il existait seulement un quai, ou si seul un quai était reconnu par la Couronne, le service était alors « affected with a public interest » et cela entraînait des conséquences juridiques : « *Si le droit ou le sujet dispose d'un quai public que doivent utiliser toutes les personnes venant à ce port pour charger ou décharger leurs marchandises, parce que ce sont les seuls quais bénéficiant de licences accordées par la Reine (...) ou parce qu'il n'y a pas d'autres quais dans ce port (...) dans cette hypothèse les responsabilités ne peuvent être adoptées de manière arbitraire ou excessive, pour le déchargement, la pesée et le dépôt en entrepôt. De même, ne peuvent être appliqués des prix excessifs et au contraire, les responsabilités doivent être raisonnables et modérées bien qu'elles aient été établies par licence ou charte du roi. Car désormais le quai, le déchargement et les autres activités sont imprégnés d'un intérêt public (affected with a public interest) et ils cessent de relever uniquement du droit privé* »³⁵⁸. Cette construction théorique est reprise dans *Allnut v. Inglis* : J. Leblanc considère ainsi que « *Lorsque la propriété privée est affectée d'un intérêt public, elle cesse d'être seulement une juris privatis* »³⁵⁹.

58. Cette notion de public utilities peut aussi trouver son origine dans la notion voisine de *common callings*³⁶⁰. L'origine du terme *common callings* vient d'un service, d'une activité, à vocation publique, c'est-à-dire qui servent au public³⁶¹. « *Ces activités n'ont rien en commun, si ce n'est qu'elles sont communes, c'est-à-dire au service du public* », et cette caractéristique entraîne des règles juridiques communes, au-delà de l'hétérogénéité des activités auxquelles elle

³⁵⁸ Lord HALE, « De Portibus Maris », in *Collection of tracts relative to the law of England*, Op cit, p. 72s ; traduction A-E.VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Op cit, p. 140

³⁵⁹ *Alnut v Inglis* (1810) 12 East 527, At 545

³⁶⁰ P. CRAIG, « Constitution, property and regulation », Op cit, p. 540-541 ; A-E.VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 137-138

³⁶¹ P. CRAIG, « Constitutions, Property and regulation », Op cit, p. 138-139 ; D.TRIANTAFYLLOU, « Les mutations de la notion de service public en droit comparé », in *Services publics et communauté européenne : entre intérêt général et marché*, Actes du colloque Strasbourg des 17 et 19 octobre 1996, sous la direction des Professeurs Simon et Kovar, La documentation française, Travaux du CEDECE/IRENE, Tome 1, Paris, 1998 p. 54

s'applique : le prix pratiqué doit avant tout être juste et raisonnable³⁶², les activités ne peuvent faire l'objet de discrimination³⁶³ et doivent être ouvertes à tous.

Toutefois, cette jurisprudence si elle fut exportée avec succès aux États-Unis, n'a pas trouvé de grands débouchés dans le droit anglais. Ce relatif échec peut être expliqué par le fait que Blackstone n'a pas repris la distinction faite par Lord Hale entre jus privatum et jus publicum : « *Blackstone reprend la construction de l'analyse de Hale, mais n'évoque à aucun moment l'affectation à un intérêt public (...). Nous pouvons assumer que Blackstone a lu les traités de Lord Hale avec un œil expérimenté et critique. En conséquence, ce n'est pas par hasard que lorsque Blackstone formule le droit des choses, il rejette la répartition préliminaire de Lord Hale en choses relevant du droit privé et du droit public* »³⁶⁴. Mais il est surtout dû, selon P. Craig, au fait que c'est du législateur que découle la création des services publics dans la constitution non écrite britannique (2).

2) La prééminence du Parlement sur la législation économique et sociale du pays

Les monarques anglais ont été contraints, pour maintenir leur pouvoir, d'accepter un contrôle du Parlement sur certaines de leurs actions, et ce contrôle s'est étendu progressivement (a). Les décisions sur la vie économique et sociale du pays relevaient donc du Parlement, même si leur mise en œuvre était locale (b).

a) Pouvoirs du Parlement et légitimation de la monarchie

59. L'histoire constitutionnelle de l'Angleterre est très particulière³⁶⁵ et l'évolution de la monarchie très différente de celle qui a prévalu sur le continent³⁶⁶. L'Angleterre n'a connu que

³⁶² P. CRAIG, Op cit, p. 540

³⁶³ *London and North Western railway Company vs Evershed* (1878) ; HL, vol 3 p. 1029

³⁶⁴ B. Mc ALLISTER, « Lord Hale and business affected with a public interest », Harvard Law Review, 1930, p. 759 spéc p. 766

³⁶⁵ V. parmi l'abondante littérature : F. W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Reprint, 1955 et C. STEPHENSON et F. G. MARCHAM, *Sources of English Constitutional History, A Selection of Documents from A.D. 600 to the Interregnum*, vol. I, Harper & Row, 1972

³⁶⁶ D. BARANGER, *Parlementarisme des origines*, PUF, 1999 ; E. ZOLLER, Op cit, « Book I : The monarchical age. Part B : The English Monarchy », p. 83s

très peu l'absolutisme royal³⁶⁷ : le Roi d'Angleterre a du accepter très tôt, à partir de 1215 et de l'adoption de la Magna Carta³⁶⁸, l'existence d'un Parlement ayant des pouvoirs de contrôle pour se maintenir sur le trône³⁶⁹. Malgré différents épisodes d'abolition de la Magna Carta, Edouard I usa du Parlement pour restaurer son autorité et sa légitimité auprès des sujets³⁷⁰. Jusqu'à la Glorieuse Révolution³⁷¹, les relations entre la Couronne et le Parlement dépendirent de la puissance du monarque sur le trône. Durant la guerre de Cent Ans, toutefois, les tentatives d'Edouard III de contourner le Parlement pour l'adoption des taxes nécessaires à la guerre menèrent à l'édiction d'un acte garantissant l'approbation du Parlement pour l'adoption d'une loi ou d'une nouvelle taxe³⁷². Sous l'ère des Tudors, les monarques, bien que très puissants, réalisèrent qu'ils devaient s'appuyer sur le Parlement pour légitimer leur puissance et lever les différents impôts sans susciter de mécontentements. Elizabeth I utilisa alors le Parlement pour légitimer l'adoption de mesures économiques et sociales d'importance³⁷³, de telle sorte qu' « *après le consentement à l'impôt, l'adoption de la législation économique et sociale était*

³⁶⁷ E. ZOLLER, Ibid, p. 86 : « *Unlike continental monarchies, the British monarchy never fell into absolutism, still less into despotism. Historical conditions never made it possible* ».

³⁶⁸ En 1215, les Barons anglais, excédés par les demandes financières du Roi Jean pour financer ses batailles contre la France imposent à celui la signature d'une Grande Charte, dénommée plus tard la « Magna carta ».

³⁶⁹ Cette Charte prévoit notamment la création d'un grand conseil composé de 25 barons qui a le droit de veto sur l'impôt et peut se réunir à tout moment. Dans la décennie 1240, on commence à voir apparaître le mot Parlement pour désigner le Grand Conseil, et malgré l'abrogation de la grande charte, le Roi prendra l'habitude de réunir le Parlement pour voter l'impôt. La Magna Carta établit également l'idée importante que le droit précède le Monarque : celui-ci est donc soumis au droit.

³⁷⁰ Edouard encouragea ses sujets à soumettre des demandes au Parlement en détaillant leurs plaintes, pour que celles-ci soient résolues. Le nombre de demandes soumises au Parlement augmenta fortement, et celles-ci furent souvent ignorées par ce même Parlement pour ne pas bloquer la gestion des affaires courantes et notamment les affaires gouvernementales. L'émergence du droit de pétition à cette époque est toutefois important car il est l'une des premières traces de l'utilisation du Parlement comme un forum auquel les citoyens peuvent transmettre leurs plaintes, réclamations et éventuelles amertumes. Cette pratique existe encore aujourd'hui dans les Pays de Commonwealth. V. par exemple G. L. KASKINS, « The petitions of representatives in the Parliament of Edward I », *The English historical review*, 1938(209), p. 1 et P. BRAND, « Petitions and Parliament in the Rein of Edward I », *Parliamentary History*, 2004(1), p. 14 ; G. O. SAYLES, *The King's Parliament of England*, 1975, p. 76s qui souligne le changement important de nature et de fonctionnement du Parlement au début du règne d'Edouard I.

³⁷¹ La glorieuse Révolution désigne les événements pacifistes et violents intervenus suite à l'accession au trône du catholique Jacques II en 1685 et à l'adoption de ses premières mesures particulièrement impopulaires. En 1688, le Roi doit fuir en France, renversé par son gendre protestant, Guillaume III d'Orange. Le Parlement accepta d'investir Guillaume III et sa femme, la Princesse Marie, en contrepartie de leur contresigne au *Bill of Rights*, en février 1689. Ce texte marque l'adoption du principe selon lequel le Roi est soumis au droit tel qu'il est édicté par le Parlement et les Cours. Il marque donc la victoire finale du Parlement sur le Roi.

³⁷² *Petitions of rights*, 7 June 1228, V. C. STEPHENSON et F. G. MARCHAM, *Sources of English Constitutional History, A Selection of Documents from A.D. 600 to the Interregnum*, Op cit, p. 450-454

³⁷³ G.R. ELTON, *The Parliament of England 1559-1581*, Cambridge University Press, 1986

considérée [sous l'ère élisabéthaine] comme la fonction première de la Chambre des Communes »³⁷⁴. De cette façon, on observe à cette époque une grande centralisation des décisions, mais une décentralisation de leur mise en œuvre (b).

b) Centralisation des décisions et décentralisation de leur mise en œuvre

60. Elizabeth fit adopter six lois destinées aux pauvres pendant son règne, connues sous le nom de « Poor law »³⁷⁵. La première loi de 1552 prévoyait notamment l'identification des pauvres au sein de chaque paroisse, et le Parlement suggéra que chaque paroisse nomme des volontaires pour recenser les membres de la paroisse prêts à donner, de manière hebdomadaire, une somme destinée aux pauvres de la paroisse. La loi de 1572 introduit pour la première fois une taxe obligatoire destinée directement à l'aide aux pauvres. Cette taxe, qui s'adressait aux

³⁷⁴ R. SGROI, « Elizabethan Social and Economic Legislation », www.historyofparliamentonline.org/periods/tudors/elizabethan-social-and-economic-legislation. Un document fut retrouvé dans les papiers de Sir William Cecil, le plus proche conseiller d'Elizabeth, intitulé « Considérations dispensées au Parlement de 1559 ». Ce document comprend une liste de réformes devant être mises en œuvre, notamment des mesures destinées à assurer la stabilité sociale, d'établir un plus grand contrôle sur le commerce, et d'améliorer l'éducation des aristocrates. Toutes ces recommandations n'ont pas été adoptées, mais leur influence sur les lois adoptées au Parlement en 1559 semble être indéniable. Ces recommandations ont sans doute influencé également certaines mesures adoptées par le Parlement de 1563 à 1566. (*Tudor Economic Documents*, ed. R.H. Tawney and E. Power, i. 325-30.)

³⁷⁵ Ibid, et voir aussi P. SLACK, *Poverty and Policy in Tudor and Stuart England*, Longman, 1988

propriétaires des terres au sein de chaque paroisse devait être collectée par les juges de paix³⁷⁶. Quiconque refusait de payer pouvait être, sur décision du juge de paix, emprisonné. Bien que devant être mise en œuvre au niveau local³⁷⁷, cette loi représenta un pas important vers la reconnaissance, au niveau étatique, du fait que l'aide aux pauvres faisait partie de la responsabilité de la Communauté³⁷⁸. Enfin, la loi de 1601 eut pour objet de créer un système national de collecte de la taxe pour les pauvres³⁷⁹ et perdura jusqu'au XIXe siècle. Elle est considérée par les historiens comme une première phase dans l'évolution de la charité vers un système de « Welfare State », évolution qui comme nous l'avons vu, n'interviendra que plus tard en France et en Italie. De nombreuses autres tâches administratives furent confiées par la loi aux juges de paix à partir de l'ère des Tudors qui allaient beaucoup plus loin que leur seule mission de police locale³⁸⁰, comprenant notamment des missions importantes de régulation économique

³⁷⁶ Le rôle des juges de paix est défini par une loi de 1361 (34 Edward c1) qui dispose que « *In every county of England shall be assigned for the keeping of the peace, one Lord, and with him three or four of the most worthy in the County, with some learned in the Law, and they shall have power to restrain the offenders, rioters, and all other barators, and to pursue, arrest, take, and chastise them according their trespass or offence; and to cause them to be imprisoned and duly punished according to the law and customs of the realm, and according to that which to them shall seem best to do by their discretions and good advisement; and also to inform them, and to inquire of all those that have been pillors or robbers in parts beyond the sea and be now come again and go wandering and will not labor as they were wont in times past; and to take and arrest all those that they may find by indictment, or by suspicion, and to put them in Prison; and to take of all them that be [not] of good fame, where they shall be found, sufficient surety and mainprise of their good behaviour towards the King and his people, and the other duly to punish; to the intent that the people be not by such rioters or rebels troubled nor endamaged, nor the peace blemished, nor merchants nor other passing by the highways of the Realm disturbed, nor [put in the peril which may happen] of such offenders; and also to hear and determine at the King's suit all manner of felonies and trespasses done in the same county according the laws and customs as aforesaid; and that writs ofoyer and determiner be granted according to the statutes made, and that the justices which shall be thereto assigned be named by the court and not by the party* ». Ils deviennent à partir du XVIème siècle, la base du régime administratif local et représentaient « la première autorité de police de chaque comté », allant jusqu'à marginaliser le « sheriff » ; J. INNES, « Governing Diverse Societies », in P. LANGFORD (ed.), *The Eighteenth Century*, OUP, 2002. Pour des précisions sur le rôle des juges de paix, se référer à l'introduction de la thèse de T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 37-38 ainsi qu'à P. CRAIG, « UK administrative law », Op cit, p. 69-73 ; voir aussi V. B. OSBORNE, *Justices of the peace, 1361-1848: a history of the justices of the peace for the counties of England*, Sedgehill Press, 1960 ; C.A. BEARD, *The Office of Justice of the Peace in England in Its Origin and Development*, Columbia University Press, 1904; J. H. GLEASON, *The justices of the peace in England, 1558 to 1640 : a later Eirenarcha*, Clarendon Press, 1969

³⁷⁷ Il est donc, comme l'écrit P. Craig, important de distinguer la décentralisation de l'administration de la centralisation de l'autorité de l'Etat, qui était au XVIe siècle, inégalée par les Etats du continent. V. P. CRAIG, « UK Administrative law », Op cit, p. 66

³⁷⁸ <http://www.elizabethan-era.org.uk/the-poor-law.htm>

³⁷⁹ Cette taxe était toujours collectée au sein de chaque Paroisse, mais la loi permit d'uniformiser le système. voir <http://www.elizabethan-era.org.uk/the-poor-law.htm>

³⁸⁰ Voir T. PERROUD, Op cit, p. 38 ; P. CRAIG, Op cit, p. 71-72

et sociale³⁸¹.

Au XIXe siècle et surtout au XXe siècle, le rôle du Parlement dans l'adoption de législations sociales et de prestations fût renforcé pour des raisons politiques : le Parlement se méfiait du contrôle des juges sur les actes de l'administration, car ceux-ci avaient adopté une approche individualiste en restreignant la portée de certaines lois « sociales »³⁸².

Conclusion du §3 :

61. L'absence d'un droit administratif n'est pas une explication convaincante pour expliquer l'absence du concept de « service public » dans le common law. Celle-ci s'explique par la prééminence du Parlement sur les décisions économiques et sociales du pays. Malgré les nombreuses législations encadrant les prestations directes par la puissance publique qui sont soustraites au marché, il n'existe pas dans le droit anglais de conceptualisation juridique de la notion de service public.

Comme le relève T. Perroud, le Royaume-Uni fait face, en ce qui concerne les fonctions de l'État, à un paradoxe³⁸³ : l'État anglais assume de nombreuses fonctions, et les concepts

³⁸¹ Comme la surveillance des ponts et des bâtiments publics, et même la fixation de certains salaires (V. W. A. S. HEWINS, « The Regulation of Wages by the Justices of the Peace », *The Economic Journal*, Vol. 8, No. 31 (Sep., 1898), pp. 340-346 cité par T. PERROUD, *Op cit*, p. 38) et aussi par exemple la charge d'appliquer la première législation sur les usines (T. PERROUD, *Op cit*, p. 38).

³⁸² S.A. De Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 1959, p. 59 qui nomme cette approche « the individualistic bias ». Voir aussi C. HARLOW, R. RAWLINGS, « Red and green light theories », in C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and administration*, *Op cit*, p. 1 qui parlent de « red light theory » pour décrire la vision inspirée de Dicey selon laquelle le droit administratif serait d'abord le droit du contrôle de l'exécutif par le juge. Cette vision diceyenne a été reprise par le grand et très influent juriste Wade, ce qui a contribué à son succès. Voir H. W. R. WADE, in *Administrative law*, Clarendon Press, 1961 pour une première édition, et H.W.R. WADE et W. FORSYTHE, *Administrative Law*, 9th edn, OUP, 2004, p. 4-5 : « *A first approximation to a definition of administrative law is to say that it is the law relating to the control of governmental power. (...) The primary purpose of administrative law, therefore, is to keep the powers of government within their legal bounds, so as to protect the citizen against their abuse. The powerful engines of authority must be prevented from running amok. 'Abuse', it should be made clear, carries no necessary innuendo of malice or bad faith. Government departments may misunderstand their legal position as easily as may other people, and the law which they have to administer is frequently complex and uncertain. Abuse is therefore inevitable, and it is all the more necessary that the law should provide means to check it (...)* ». Selon C. Harlow et R. Rawlings, cette vision qui met l'accent sur la liberté vis-à-vis de l'Etat se voulait descriptive, or elle était issue d'une interprétation fondée sur une idéologie dont Dicey était fervent défenseur, celle du laissez-faire économique et de l'individualisme.

C. Carr fera ce lien entre les procédures juridiques et l'idéologie qu'elles portent « *Those who dislike the statutory delegation of legislative power or the statutory creation of a non-judicial tribunal will often be those who dislike the policy behind the statute and seek to fight it at every stage* ». C. CARR, *Concerning English Administrative Law*, OUP, 1941 p. 10-11

³⁸³ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, *Op cit*, p. 573

d'État sont « *en quelque sorte communs* [à la France et au Royaume-Uni]»³⁸⁴. Pourtant, « *il n'existe pas* - note T. Prosser - *de concept juridique de l'État développé de manière systématique* [au Royaume-Uni] »³⁸⁵. Et T. Perroud d'expliquer cela par ce que C. Harlow et R. Rawlings appellent « *l'antipathie britannique pour la théorie* »³⁸⁶.

Conclusion de la sous-section 1 :

62. Les différences peuvent sembler frappantes entre les trois États. Le service public au Royaume-Uni n'a, selon certains auteurs, pas trouvé de conceptualisation juridique et le service public en droit italien représente une notion secondaire du droit administratif, peu valorisée par la doctrine. En France, au contraire, le concept fait l'objet d'une « fétichisation » qui explique l'abondance de la littérature sur le sujet³⁸⁷. Ces différences peuvent s'expliquer par la structuration de l'ordre juridique. En France, le service public a servi à l'autonomisation du droit administratif, alors que ce n'est pas le cas en Italie. Au Royaume-Uni, la notion existe, elle est très présente dans la législation, mais il n'existe pas de conceptualisation systématique et de régime juridique applicable en conséquence. Toutefois, si la notion fonctionnelle de service public existe, c'est bien parce que dans les trois États, on assiste à la fourniture de certains services par la puissance publique, et soustraits aux règles du marché. Les services publics ont connu à la fin du XIXe siècle et jusqu'à la moitié du XXe siècle une irrésistible progression. Aux services publics régaliens traditionnels sont venus s'ajouter des services économiques, puis des services publics sociaux et culturels (Sous-section 2).

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ V. T. PROSSER, « The state, constitutions and implementing economic policy: Privatization and regulation in the UK, France and the USA », *Social & Legal Studies*, 1995, n°4, p. 507, Spéc p. 510

³⁸⁶ V. C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Op cit, p. 50

³⁸⁷ F. MODERNE, « Les transcriptions doctrinales de la notion de service public », Op cit, p. 3

Sous-section 2 : Un processus homogène de développement de l'intervention de l'État

63. Dans ses ouvrages de théorie politique, très peu connus du public français³⁸⁸, H. Kelsen décrit les transformations de l'État à partir de la fin du XVIIIe siècle : c'est l'« *Etat qui entre en action, un Etat dont les organes se voient attribuer la réalisation directe des finalités de la communauté : l'Etat de l'administration directe et de la justice distributive* »³⁸⁹. La notion de *servizio pubblico* naît en Italie au moment-même où il est érigé comme critère du droit administratif en France. Et ceci n'est pas un hasard : Giannini expliquera, *a posteriori*, le développement de la notion de service public par l'expansion des activités économiques prises en charge par l'État. C'est également à ce moment là que se développe au Royaume-Uni le « Welfare State » dont la conceptualisation juridique revalorise également le rôle de l'État. La notion de service public permet donc de répondre à partir du XXe siècle et dans tous les États, à une dimension politique, si ce n'est idéologique : le pouvoir est désormais « *mis au service des interdépendances sociales dynamiques* », et ne se confond plus, du moins pas seulement avec une « *conception essentialiste de la nation et de la souveraineté* »³⁹⁰. Ainsi faudra-t-il relativiser l'assertion de J. Chevallier selon lequel « *l'essor des services publics a été en France, plus*

³⁸⁸ Pour une explication du peu d'intérêt qu'a suscité en France et dans le monde anglo-saxon la théorie politique de H. KELSEN, voir S. BAUME, *Hans Kelsen and the case for democracy*, ECPR Press, 2012, Preface to the english edition, p. XVI : « *Among the misunderstandings that surround Kelsen's political thought, two in particular seem to have affected its reception. First is the assumption that his epistemological relativism leads to a kind of amoral or apolitical outlook. As we shall see, Kelsen's relativism actually has strong moral implications. It leads both to tolerance and to the promotion of pluralism. His concept of democracy rests on the free flow of ideas, it is coupled with his severe critique of ideology and his defense of minorities. Second, the lack of interest generated by Kelsen's political thought also comes from the suspicion that this thought has taken shape somewhere very much tucked away from reality, away from the circumstances of existence. Kelsen is seen as ultimately concerned only with formal questions. In fact the truth is quite the opposite : Kelsen's political theory is closely geared to observation of the actual functioning of democracies. Moreover, Kelsen spent a lot of times and energy flushing out the myths presented to us by an unrealistic and ideological understanding of democracy, particularly by concepts that homogenise the real, such as the notion of the « general will » (...). If Kelsen's political thought struggles to match in stature his theory of law, this is also because of the difficulties that readers encounter in reconciling the two different sides of his work. (...)* »

³⁸⁹ H. KELSEN, « *Giurisdizione e amministrazione* », in C. GERACI (ed), *Il primato del Parlamento*, Milano, 1982, p. 154, cité par B. SORDI, « *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia* », Quaderni fiorentini, XXVIII, 1999, p. 1038

³⁹⁰ Ibid. V. aussi F. LEFRESNE qui relève que dans la société britannique, les nationalisations étaient « *conçues à la fois comme moyen et comme but d'une transformation sociale* » in « *Services publics au Royaume-Uni* », La pensée, Avril-Mai 1997, n° 310

encore que dans les autres pays libéraux, spectaculaire »³⁹¹. Il n'y a pas qu'en France que « la sphère de gestion publique s'est graduellement étendue, à partir du noyau originare des activités régaliennes, par cercles concentriques de plus en plus larges, couvrant des pans entiers de la vie économique et sociale »³⁹².

Ainsi, en France, Duguit fait au début du XXe siècle du service public un concept fondé sur l'interdépendance sociale, au cœur d'une nouvelle théorie de l'État³⁹³ (§1). En Italie, la conceptualisation de la notion de service public s'opère en réaction à la multiplication des interventions de l'État dans la sphère économique (§2). Au même moment, en Grande-Bretagne, la sphère d'intervention de l'État s'accroît avec le développement du « Welfare State » (§3).

§1 La centralité du service public en France : le reflet d'une conception axiologique de l'État

Le phénomène d'ultra-valorisation, voire de « fétichisation » du concept de service public en droit administratif français ne découle pas seulement de son érection par le juge en critère du droit administratif. Il s'agit sans aucun doute, pour certains auteurs d'ordonner le droit administratif autour d'un concept englobant³⁹⁴. Mais pour L. Duguit, l'enjeu était autre³⁹⁵ : celui-

³⁹¹J. CHEVALLIER, *Le service public*, Op cit, p. 10

³⁹² Ibid.

³⁹³ F.MODERNE, « Les transcriptions ... » Op cit, p. 10

³⁹⁴ C'est évidemment le cas de G. Jèze qui écrit en 1925 que « *Le droit public et administratif est l'ensemble des règles relatives aux services publics. Tout pays civilisé a des services publics, et, pour le fonctionnement régulier de ces services, il existe nécessairement des règles juridiques spéciales. On peut donc affirmer que dans tout pays qui est arrivé à la notion du service public (...), c'est-à-dire dans tout pays civilisé, il y a un droit administratif* ». G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, I, La technique juridique du droit public français, Giard, 1925, p. 1 ; V. aussi J-C. VENEZIA, « Gaton Jèze et le service public », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1991, n° 12, p. 93s ; L. BEZIE, « Louis Rolland, théoricien oublié du service public », *RDP*, 2006, p. 847 ; M. GRIENBERGER-FASS, « André de Laubadère et la chronique juridique. Une approche doctrinale de l'actualité juridique », *RFDA*, 2010, p. 1228 ; D. PAIVA DE ALMEIDA, *L'école du service public. Contribution à l'étude de la pensée juridique en France*, Editions universitaires européennes, 2011 ; O. BEAUD, « L'oeuvre de G. JEZE signifie t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique », *Jus Politicum*, 2013, n° 11

³⁹⁵ Sur cette théorie, V. notamment le travail de F. MELLERAY, « Léon Duguit », in F. MELLERAY, N. HAKIM, *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009, p 215 ; F. MELLERAY, « Ecole de Bordeaux, Ecole du service public et école duguiste. Proposition de distinction. », *RDP*, 2001, p 1887 ; voir aussi P. BRUNET, « Doctrines juridictionnelles et doctrines métaconceptuelles du service public », in AFDA, *Le service public*, Dalloz, 2014, p 21 spec p 33.

ci a utilisé la notion pour fonder une nouvelle théorie de l'État³⁹⁶, distincte de l'idée de souveraineté qui prévalait jusqu'alors (A). Malgré l'autoaffirmation de cette théorie comme étant « objective », elle repose au contraire sur une conception axiologique, voire idéologique de l'État (B).

A) Le service public, fondement d'une nouvelle théorie de l'État

64. Comme le relève J. Chevallier, « *derrière les controverses, apparemment techniques, portant sur les problèmes de délimitation du champ d'application des règles ou des compétences juridictionnelles, se profilent des enjeux idéologiques et politiques plus généraux [...] Avec Duguit, on quitte le terrain passablement aride du positivisme juridique pour entrer dans celui de la théorie politique* »³⁹⁷. Si la doctrine postérieure³⁹⁸ l'a érigé en « chef de l'école du service public », il semble, comme le révèle l'étude de F. Melleray, que Duguit ne soit pas l'inspirateur des arrêts Feutry et Théron, car donner un fondement à l'autonomie du droit administratif était bien loin de ses préoccupations³⁹⁹.

³⁹⁶ L.DUGUIT, *Les transformations du droit public*, 1913 ; M. REGLADE, « Théorie générale du droit dans l'œuvre de Léon Duguit », APD, 1932, p 21 ; E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Paris, LGDJ, BDP, t. 15, 1972 ;

³⁹⁷ J. CHEVALLIER, « Le service public, regard sur une évolution », Op cit, p. 8

³⁹⁸ Dans un mouvement que l'on pourrait qualifier de « méta-doctrine », c'est-à-dire de discours de la doctrine sur la doctrine.

³⁹⁹ F. MELLERAY, « Ecole de Bordeaux, Ecole du service public et école duguiste. Proposition de distinction », RDP, 2001, p. 1887s et F. MELLERAY, « Que sont devenues les écoles de Duguit ? », in F. MELLERAY(ed), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011, p. 373 ; F. MELLERAY, « Léon Duguit », in F. MELLERAY et N. HAKIM (ed), *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009, p. 215s

À partir d'une « *observation objective des faits sociaux* »⁴⁰⁰, le doyen de Bordeaux avait dégagé deux faits : la distinction entre gouvernants et gouvernés et l'apparition d'une mission qu'il appartient aux gouvernants d'exercer dans l'intérêt des gouvernés⁴⁰¹. À partir de ces deux observations, il fait des gouvernants les serviteurs des gouvernés, liés par la mission de service public qu'ils doivent organiser et assurer, ce qui fait du service public une notion au cœur de la subordination juridique de l'État⁴⁰².

Le concept de service public permet dans la théorie duguiste de légitimer l'intervention de l'État dans le tissu des interactions et des interrelations sociales tout en « *lavant la puissance publique de son péché originel* »⁴⁰³. Il limite aussi celle-ci, car cette intervention ne saurait aller au-delà « de ce qu'exige la conscience sociale ». Dans son ouvrage *Les transformations du droit public*, il écrira donc que « *le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. Et par là ma théorie de l'État s'en trouve achevée* »⁴⁰⁴.

65. Cette théorie s'oppose frontalement aux théories allemandes de l'État, dans lesquelles la

⁴⁰⁰ La conception dite objectiviste de Duguit se base non pas sur l'observation des lois, mais sur celle des faits sociaux, et particulièrement des « règles sociales », c'est-à-dire « *toutes les règles qui ont pénétré dans la conscience des individus qui composent la société* » car pour Duguit, « *toutes les règles ont une origine sociale et s'enracinent dans la société* ». Ces citations sont issues de F. BRUNET, « Doctrines juridictionnelles et doctrines méta-conceptuelles (...) », Op cit, p. 34 qui se réfère lui-même notamment aux « Leçons de droit public faites à la faculté de droit de l'université égyptienne pendant les mois de janvier, février, mars 1926 », De Boccard, 1926 aussi L. DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », RIE, 1886 p.6, disponible sur Gallica. Cette théorie fondée sur une observation « objective » des faits sociaux laisse certains commentateurs perplexes : voir par exemple W. J. BROWN « The jurisprudence of M. Duguit », Law Quarterly review, 1916 (32) p. 168 spéc p. 176, cité par C. HARLOW, « The influence of Léon Duguit on Anglo-American Legal Thought » in F. MELLERAY (ed), *Autour de Léon Duguit*, Op cit, p. 227. L'auteur écrit : « *Mrs Duguit professes an allegiance to facts ; in reality he is obsessed by some facts to the exclusion of others* » ; Certains auteurs contemporains de son époque (Geny et Eisenman notamment) ont reproché à Duguit de faire du droit naturel, comme Monsieur Jourdain faisait de la prose. Pour une critique plus contemporaine se référant à ces critiques, voir L. FAUBASTIER, « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de L. Duguit », RFDA, 2004, p. 1053 qui souligne la principale faiblesse de la théorie de Duguit : son articulation du fait et de la valeur.

⁴⁰¹ L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, conférences faites à l'École des Hautes Études Sociales, Paris, Alcan, 1908, p. 78. Cette conception de l'Etat fait écho à la thèse de Durkheim car elle traduit une première forme de division du travail social v E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1893, édité chez PUF, 1930

⁴⁰² F. MELLERAY, « Léon Duguit », in F. MELLERAY, N. HAKIM, *Le renouveau de la doctrine française*, Op cit, p. 215s ; G. JEZE, « L'influence de Duguit sur le droit administratif français », APD, 1932, p. 135 ; S. PINON, « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle française », RDP, 2010, p. 523 ; L. SFEZ, « Duguit et la théorie du service public », APD, 1976, p. 111

⁴⁰³ F. MODERNE, « Les transcriptions doctrinales ... », Op cit, p.

⁴⁰⁴ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Op cit.

personnalité juridique de l'État est la source et l'incarnation de la puissance⁴⁰⁵ et elle n'est pas sans conséquence sur le droit administratif et le droit public dans son ensemble : dans la conception objectiviste du Duguit, le service public a vocation à remplacer le concept de souveraineté comme « *fondement du droit public* »⁴⁰⁶. En effet, si « *l'État est une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants* »⁴⁰⁷, alors « *le fondement du droit public ce n'est plus le droit subjectif de commandement, c'est la règle d'organisation et de gestion des services publics* »⁴⁰⁸. « *Pour résoudre ce problème, poursuit Duguit, il n'est pas d'autre moyen que de déterminer, par la seule observation des faits, la nature interne du service public, le caractère de l'acte qui le constitue ou l'organise. Aussi bien cette notion de service public est-elle à la base de tout le droit administratif moderne. En déterminant ce qu'il y a de réalité dans l'esprit de ceux qui l'emploient, on aura fixé le principe de solution pour la plupart des questions controversées du droit administratif* »⁴⁰⁹. Fondée sur l'observation des faits, cette conception du service public et de l'État est sans nul doute axiologique (B).

B) Une conception axiologique du service public et du droit public

66. Duguit déduit donc de sa théorie la définition suivante : « *toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants parce qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante* ». Cette définition est sans nul doute fondée sur l'idée d'interdépendance sociale, dont on trouve les racines chez certains sociologues de la fin du XIXe siècle et du début XXe⁴¹⁰. Elle avait notamment été mise en avant par Durkheim⁴¹¹, comme une donnée objective fondée

⁴⁰⁵ G. KOUBI, « L'idéologie du service public », in AFDA, *Le service public*, Op cit, p. 42

⁴⁰⁶ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Op cit.

⁴⁰⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, 2ème édition, p. 54

⁴⁰⁸ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Op cit, Chap II, « Les services publics ».

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ V. O. JOUANJAN, E. ZOLLER(ed) "Le 'moment 1900'. Critique sociale, critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis", Eds Panthéon-Assas, 2015 et notamment les contributions de B. KARSENTI, « La naissance de la sociologie et ses effets dans la pensée du droit » et F. AUDREN, « Le «moment 1900» dans l'histoire de la science juridique française ».

⁴¹¹ Sur le travail croisé des deux théoriciens voir C. DIDRY, «De l'État aux groupes professionnels: les itinéraires croisés de Léon Duguit et Émile Durkheim au tournant du siècle», *Genèses*, 2, décembre 1990, p. 5s

sur l'observation impartiale des faits⁴¹². En réalité, la notion d'interdépendance sociale est éminemment idéologique⁴¹³, tout comme le service public, « *notion fondatrice d'un ordre social réagencé autour du principe d'égalité* »⁴¹⁴. Elle implique une vision renouvelée des rapports de classe, dans laquelle chacun contribuerait en fonction de ses moyens⁴¹⁵ à la réalisation du vivre-ensemble et du bien-être de tous⁴¹⁶. Toutefois, cette idée d'interdépendance sociale, de commun, de partage « *ne reflète pas les phases collectivistes que les théories libérales s'attachent à dénigrer* »⁴¹⁷. La théorie de Duguit est en effet inspirée de la doctrine solidariste⁴¹⁸ qui est libérale et insiste sur le rejet de l'État-personne⁴¹⁹.

Le solidarisme confère au début du XXe siècle une nouvelle légitimité à l'État républicain. Il permet de dépasser la contradiction entre le principe théorique d'égalité politique et la persistance de fait des inégalités sociales : « *par la mise en œuvre de la solidarité, la République se met au service des progrès de la société et l'État trouve là sa mission* »⁴²⁰. La solidarité justifie une intervention croissante de l'État dans la sphère des rapports sociaux, traduite par le développement d'un « droit social » qui se présente comme l'application pratique

⁴¹² E. DURKHEIM, « Qu'est ce qu'un fait social ? » (Chapitre 1) in *Les règles de la méthode sociologique*, 1895 : « *Cette observation impartiale des faits dévoile l'incapacité de l'individu à exister et à vivre isolément, sans cette association naturelle aux autres hommes que l'on dénomme communément « la société »* ».

⁴¹³ V. notamment G. KOUBI, « L'idéologie du service public », in AFDA, *Le service public*, Op cit, p. 44s

⁴¹⁴ Ibid.

⁴¹⁵ Comme le dispose l'article 13 de la DDHC : « *Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens en raison de leurs facultés* ».

⁴¹⁶ G. KOUBI, Op cit, p. 46

⁴¹⁷ Ibid.

⁴¹⁸ Erigée pour la première fois par L. Bourgeois en 1896. V. L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Armand Colin, 1912 7^{ème} édition, p. 296 ; voir dans une perspective juridique : J-C. BEGUIN, P. CHARLOT, Y. LAIDIE, *La solidarité en droit public*, L'Harmattan, Coll Logiques juridiques, 2005 ; M. BORGETTO, *La Notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993, p. 363 ; M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 2004 ; S. AUDIER, *La pensée solidariste : Aux sources du modèle social républicain*, PUF, novembre 2010, p. 335 ; O. AMIEL, « Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la Vème République », *Parlements, revue d'histoire politique*, 2009/1, p 149-160 ; G. SIMON, « Les théories du service public, théories républicaines ? », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La République en droit français*, Economica, 1999, p. 201

⁴¹⁹ « *Pas plus que l'Etat, la société, cad le groupement lui même, n'est un être isolé ayant en dehors des individus qui le composent une existence réelle et pouvant être le sujet de droits particuliers et supérieurs aux autres hommes* » écrit Bourgeois.

⁴²⁰ J. DONZELOT *L'invention du social*, Fayard, 1984, p. 114

de la solidarité⁴²¹.

Conclusion §1 :

67. La théorie du guiguiste du service public, complétée par les autres théoriciens de l'école de Bordeaux, aura sans nul doute un effet performatif et est à la base de la « mythification »⁴²² dont fait l'objet le service public dans la société française, qui conduit les auteurs à parler de « service public à la française »⁴²³. Nulle part ailleurs, la notion de service public n'a été aussi bien théorisée. J. Chevallier écrira ainsi que « *Le coup de force de la doctrine du service public est d'avoir réussi à subsumer les différentes facettes de la gestion publique sous un seul et unique vocable (...). Du service public, conçu comme principe axiologique guidant la gestion publique, on passe tout naturellement aux services publics, entendus à la fois comme les prestations offertes au public et les organismes chargés de les fournir ; dans le service public, les aspects fonctionnel, matériel et organique sont indissolublement liés, adhèrent les uns aux autres. C'est dans cet amalgame étonnant que réside la spécificité de la conception française du service public, qui dévoilera toutes ses implications au cours du XXe siècle* »⁴²⁴.

Paradoxalement, la reconnaissance de l'importance du rôle de l'État pour les besoins des administrés est ce qui rapproche la notion de service public en droit français de celle des autres États de cette étude. Le perfectionnement de cette théorie s'inscrit dans un contexte de mutations globales que le juriste ne fait que constater : le rôle de l'État a connu une véritable mutation durant le dernier quart du XIXe siècle, mutation qui s'est traduite par une intervention beaucoup plus importante dans la vie sociale, sous la pression de facteurs économiques, sociaux et politiques. Les nationalisations ont été pléthore en Italie, avant même la conceptualisation juridique de la notion de service public (§2) alors qu'en Grande-Bretagne, le Welfare State a

⁴²¹ F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, 1986.

⁴²² G. BIGOT, « Les mythes fondateurs du droit administratif », RFDA, 2000, p. 527s et J. CHEVALLIER, *Le service public*, Op cit, p. 3-4 ; L. NIZARD, « A propos de la notion de service public : Mythes étatiques et représentations sociales » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 91

⁴²³ J-M. PONTIER, « Sur la conception française du service public », Dalloz, 11 janvier 1996, p. 9 : selon l'auteur, le service public « à la française » est d'abord « l'expression juridique d'une philosophie politique, car il reflète une certaine conception des rapports entre l'individu et l'Etat. » Voir aussi J. CHEVALLIER, « La réforme de l'Etat et la conception française de service public », RFAP, n° 77, p 189s ; B. STIRN, « La conception française du service public », CJEG, 1993, p. 299

⁴²⁴ J. CHEVALLIER, « Regards sur une évolution », Op cit, p. 12

conduit à développer considérablement l'intervention de l'État (§3).

§2 En Italie, le service public comme outil permettant de décrire le développement des sphères de l'État

68. En Italie, comme nous l'avons déjà expliqué, la théorie objectiviste du service public n'est pas retenue par la doctrine. Le service public n'a pas pour fonction de légitimer l'action de l'État ni de fonder son pouvoir. Au début du XXe siècle, pourtant, la notion de service public « *devient un problème juridique* »⁴²⁵, avec les phénomènes de municipalisation et de nationalisation d'activités qui jusqu'alors étaient prises en charge par des entreprises privées⁴²⁶. La doctrine, en Italie plus qu'en France, souligne le caractère conjoncturel de la notion de service public, qui dépend des évolutions technologiques et sociales de la société, et qui doit être étudiée à travers une approche politico-historique⁴²⁷. Ainsi, dès 1895, F. Cammeo écrit-il que pour la première fois, dans l'histoire de l'État moderne, les institutions publiques deviennent des fournisseurs de prestation matérielle : ils « *pourvoient aux services de nécessité générale* »⁴²⁸. Les services d'assistance et de charité deviennent « publics » à la fin du XVIIIe, car ils sont désormais assurés par l'Etat : « *ce monde, écrit B. Sordi, n'appartient plus au cercle des corps moraux, à la dimension corporative de la société qui avait survécu aux ravages individualistes de la fin du dix-septième siècle* »⁴²⁹.

69. M.S. Giannini s'est intéressé de très près aux évolutions qui ont conduit l'État à intervenir de manière directe dans les activités économiques auparavant réservées aux personnes privées⁴³⁰.

⁴²⁵ F. NICOTRA, « La nozione di servizi pubblico nel diritto interno e comunitario », in diritto.it, 2015, en ligne.

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ L'appréhension de la notion de service public dépend donc de connaissances extra-juridiques, économiques, historiques et politiques.

⁴²⁸ F. CAMMEO *I monopoli comunali*, in "Archivio giuridico", LV(1895), p. 311, cité par B. SORDI, « Servizi pubblici e concorrenza : su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale », Quaderni fiorentini, XXXI, 2002, p. 584

⁴²⁹ B. SORDI, « Servizi pubblici e concorrenza : su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale », Quaderni fiorentini, XXXI, 2002, p. 584

⁴³⁰ Pour un résumé de la pensée de M.S. GIANNINI sur l'interventionnisme étatique voir G.CORSO, « Le prestazione pubbliche », RTDP, 2000/4, N° Spécial : « Vita ed opere di Massimo Severo Giannini », p. 1074

Il sera alors conduit à se demander « *pourquoi, à un certain moment historique, sont créés un hôpital public, une école publique, une sécurité sociale?* »⁴³¹. L'auteur relie la naissance de l'intervention étatique à un changement constitutionnel majeur : l'élargissement du droit de vote, en 1882, puis l'avènement du suffrage universel masculin en 1912. Ainsi, écrit Giannini, même en l'absence d'une modification formelle du texte constitutionnel, « *est modifié radicalement un des éléments de base de l'ordre étatique (...). L'attribution de droits politiques à la majorité dans un premier temps, et à la totalité dans un second, signa le passage d'un type d'oligarchie formelle à un autre type de démocratie formelle, et a donc changé une des principales structures de l'organisation constitutionnelle* »⁴³². Les historiens du droit, note Giannini, avaient noté « *les conséquences immédiates de cette réforme quant à l'action et l'organisation administrative* »⁴³³. Dans la nouvelle Constitution⁴³⁴, la présence du parlement permet de « *représenter d'autres couches et toutes les classes (sociales)* »⁴³⁵. Cette modification de la structure de la représentation politique a des conséquences sur le contenu des politiques publiques, car les nouvelles classes sociales représentées réclament les prestations publiques et les obtiennent grâce à leurs représentants au Parlement⁴³⁶. Ainsi, écrit plus tard Giannini, « *en l'espace de quelques décennies, il se trouve que chaque activité humaine trouve sa correspondance dans une administration publique ; les intérêts scientifiques, religieux ou culturels, tout comme les intérêts économiques ou professionnels finissent par trouver un point d'appui dans un pouvoir public légalement reconnu* »⁴³⁷.

Conclusion du §2 :

70. Le développement des sphères d'intervention de la puissance publique est donc concomitant au développement de la notion de service public en Italie. Giannini explique cela par le passage du suffrage censitaire au suffrage universel, argument qui avait été délaissé par les

⁴³¹ Ibid, p. 1078

⁴³² M.S. GIANNINI, « Parlamento e amministrazione » in *Amm. Civ*, 1961, p. 145s

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ Au sens matériel du terme.

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ G. CORSO, « Le prestazione pubbliche », *Op cit*, p. 1079

⁴³⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, 1970, p. 46-47

juristes français, plus focalisés sur les modifications que le développement du solidarisme entraînait dans la théorie de l'État. Au Royaume-Uni, l'État-providence est, malgré l'absence d'une conceptualisation du service public, un des plus développés d'Europe. Contrairement à ce qu'avancent certains auteurs, il semble fondé sur des bases historiques et idéologiques profondes (§3).

§3 Une extension de la sphère de l'État s'inscrivant dans un cadre historique, idéologique et juridique au Royaume-Uni

L'État-providence s'est développé spectaculairement après la Seconde Guerre mondiale au Royaume-Uni (A), mais il s'appuie sur des racines théoriques, idéologiques et même juridiques fortes (B).

A) Le développement de l'Etat-Providence après la Seconde Guerre mondiale

71. On assiste en Grande-Bretagne, après la Seconde Guerre mondiale, à de nombreuses nationalisations, portées par le ministre Beveridge. Ces nationalisations s'inscrivent dans un cadre théorique, celui de l'État-providence, dont la théorisation, mais surtout la réalisation constitue un modèle pour les autres pays du continent⁴³⁸. Le Welfare State tente, « *en vertu du principe de responsabilité de la société, d'assurer à tous les citoyens un niveau de biens sociaux d'une certaine importance qui leur permette à travers ses institutions étatiques et ses pratiques économiques et sociales, de bénéficier d'un niveau minimal décent de bien-être* »⁴³⁹. Ce plan est l'incarnation d'une vision politique qui trouvait ses racines dans l'avant-guerre, mais également dans la philosophie utilitariste telle que développée par Bentham⁴⁴⁰. Celui-ci est en effet le

⁴³⁸ Les auteurs situent pourtant sa naissance dans l'Allemagne de Bismarck, non sans y voir un certain paradoxe : voir S. et, S. KUHNLE et A. SANDER, « Emergence of the Welfare State », in edited by Francis G. CASTLES, S.LEIBFRIED, J. LEWIS, H. OBINGER, and C. PIERSON, *The Oxford handbook of the Western Welfare State*, OUP, 2010, p. 64 : « *Surprisingly, one might claim, a radical new social policy solution, the idea and principle of social insurance, was first legislated on a grand scale in authoritarian, imperial Germany, not in the more industrial and democratic, but liberal, England.* ».

⁴³⁹ B. BAKER, « The welfare state : objectives, subordinate principles and justifying principles », ARSP, 1995 n° spécial : Law, justice and the State, n° 58, Traduction A-E. VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale (...)*, Op Cit, p. 199

⁴⁴⁰ J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Athlone, 1970, 1ère publication 1780, Chapitre 1.

premier à employer la notion de bonheur comme finalité de toute action : la philosophie utilitariste repose sur la recherche du plus grand bonheur pour le plus grand nombre⁴⁴¹.

Certains auteurs tentent de relativiser les fondations théoriques d'un tel mouvement. A-E. Villain-Courrier affirme que la perception du rôle de l'État pour la collectivité toute entière issue du plan Beveridge⁴⁴² résulte de circonstances exceptionnelles - le mouvement de solidarité qu'a entraînée la Seconde Guerre mondiale dans la société britannique⁴⁴³ - bien plus que d'une adhésion traditionnelle et profonde à la solidarité⁴⁴⁴. Par ailleurs, pour cette auteure, la théorie utilitariste développée par Bentham s'opposerait par essence à la conception solidariste sur lequel est fondé le service public « à la française ». Il faudrait donc distinguer le profil de l'Etat-Providence tel qu'il ressort du Plan Beveridge qui aurait pour finalité le bien-être de la collectivité toute entière, adopté en temps de guerre, tandis que « *la définition de l'Etat-Providence anglais détachée de ce contexte historique exceptionnel retrouve sa continuité historique développée depuis l'ère victorienne (...) selon laquelle la solidarité n'intervient qu'à titre de moyen pour atteindre une autre valeur conforme à la culture britannique : l'autonomie individuelle* »⁴⁴⁵. Cette théorie doit être largement nuancée : tout comme le « service public à la française », elle relève en partie de la mythification et est, en ce qui concerne les données

⁴⁴¹ V. J. BENTHAM, *A fragment on government*, 1776, « Preface » : « *with so little method and precision have the consequences of this fundamental axiom, it is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong, been as yet developed* ».

⁴⁴² W. BEVERIDGE, *Social insurance and allied services*, London HM50, Cmd 6404, 1942 ; V. N. WHITESIDE, « The Beveridge Report and Its Implementation: a Revolutionary Project? », *Histoire@Politique* 2014/3, p. 24

⁴⁴³ V. A-E. VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 199-201 : « *La seconde guerre mondiale correspond à l'une des ces rares hypothèses pour l'Angleterre dans laquelle l'affirmation de la cohésion sociale et de l'identité sociale fut exceptionnellement puissante. La population soumise dans sa totalité aux contraintes de la guerre connaît une même misère, partage les mêmes souffrances et fait preuve des mêmes efforts : cet épisode de l'histoire en fait une expérience de solidarité, unique pour l'Angleterre. Le combat que livre la population est à la mesure de la délivrance collective qu'elle attend de la fin de la guerre : la publication du rapport Beveridge en temps de guerre permet à la population de se projeter sous de meilleurs auspices dans un avenir très proche et apparaît comme la promesse d'un bien-être pour la collectivité après les efforts de la collectivité, le projet d'une paix collective pour une population éprouvée collectivement* ».

⁴⁴⁴ M. SULLIVAN, *The development of the British Welfare State*, Prentice Hall, Harvester Wheatsheaf, 1979, p. 35 : « *Dans cette approche, l'histoire de l'Etat providence d'après-guerre trouve ses origines dans la guerre, la provenance du Welfarisme n'est autre que la guerre elle-même et la nature du welfarisme tient en ce que les besoins individuels doivent être satisfaits par un processus de responsabilité collective* ». Plus loin, l'auteur note que « *lorsqu'on se détache de ce contexte historique (de l'Etat-providence), la définition de l'Etat retrouve sa continuité historique développée depuis l'ère victorienne, de même qu'elle démontre la volonté maintenue de concilier laissez-faire économique et intervention sociale selon les principes benthamiens* » cité et traduit par E. E. VILLAIN-COURRIER, Ibid, p. 201

⁴⁴⁵ A-E. VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 200

historiques, biaisée (B).

B) Des racines idéologiques fortes

72. Les deux théories s'opposent certainement sur un point : leur conception de l'intérêt général. Alors que dans la conception solidariste française, héritage de Rousseau⁴⁴⁶, l'intérêt général transcende la somme des intérêts particuliers, il en est, dans la tradition utilitariste anglaise, « la simple émanation »⁴⁴⁷. Dans cette perspective, la recherche de l'intérêt individuel « n'est pas considérée comme nuisant à l'intérêt collectif, au contraire, il est profitable à la société dans son ensemble »⁴⁴⁸. Dans cette conception, le service public est construit à partir d'une conception de l'intérêt général entendu comme « généralisation des intérêts particuliers »⁴⁴⁹. Puisque « l'État représente simplement les individus dans une organisation élaborée en vue d'un but commun »⁴⁵⁰, il n'est pas sacralisé comme dans la société française : si les intérêts individuels sont mieux à même d'être pourvus par la société civile, celle-ci est prioritaire⁴⁵¹. En ce sens, la nécessité d'un recours à l'État doit être démontrée non seulement, comme en droit français, par l'existence d'un intérêt général de l'activité, mais également par la nécessaire prise en charge par l'État de cette activité⁴⁵². A-E. Villain-Courrier était cette thèse avec une citation de S. Webb, l'un des fondateurs de la Fabian theory, qui écrit que « C'est ce que Lord Shaftesbury nous a démontré en disant que sans les lois sur les usines, nous perdriions le commerce du textile ; Matthew Anorlnd que sans un système d'éducation nationale nous allions

⁴⁴⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, Publication Flammarion, 2001.

⁴⁴⁷ J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Athlone, 1970, p. 12 : « L'intérêt general est la somme des intérêts particuliers qui composent le public ».

⁴⁴⁸ D. BATTISTELLA, « Transnationalisation des relations internationales et rapport public/privé dans la définition de l'intérêt national », in *Public/Privé*, CURAPP, PUF, 1995, p. 109 Spéc p. 115

⁴⁴⁹ A. E. VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 193

⁴⁵⁰ S. BALL, « The moral aspects of socialism », in S. WEBB, B. SHAW, S. BALL, O. LONDRES, *Socialism and individualism*, The Fabian socialist series n 3, 1908, p. 76

⁴⁵¹ Voir H. FINER, « State activity before A. SMITH », *Public administration*, 1932, p. 157 Spéc p. 177 : « Au-delà des différences (...), les auteurs encouragent collectivement une certaine attitude de l'esprit, dont les principales caractéristiques sont d'abord la conviction qu'une liberté plus grande pour l'individu et une moindre activité pour l'Etat seraient socialement riches (...) », cité par A-E. VILLAIN COURRIER, Op cit, p. 193

⁴⁵² A-E. VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 193

droit dans un délabrement national »⁴⁵³. Cette citation nous montre pourtant que la référence à la nation est très présente en Angleterre comme en France, et il est également possible, dans la théorie utilitariste, et en vertu du principe d'agrégation, de sacrifier les intérêts d'une minorité pour augmenter le bien-être général. Comme en France, l'idée de service public s'inspire d'une volonté politique de transformation de la société et notamment des inégalités sociales.

73. F. Lefresne note que la notion de service public est « *chevillée à l'histoire du mouvement ouvrier britannique* », car ce fut d'abord de l'Union de la Fédération-Sociale-Démocrate⁴⁵⁴ et des intellectuels de la société Fabienne que naquit l'idée de la nationalisation comme moyen de transformation sociale. L'idée fut ensuite reprise par l'ILP (Independent Labour Party), plus pragmatique, qui voyait les nationalisations comme un moyen d'améliorer les conditions de travail des ouvriers et dès 1918, dans le cadre du grand programme de reconstruction nationale proposée par le Parti travailliste (Labour and the new social order), non sans avoir fait l'objet d'une réappropriation par l'aile plus libérale du Parti. Selon F. Lefresne, la notion de service public jouait dans ce programme un rôle central, « *sans doute plus au nom de la Nation qu'en celui de la classe ouvrière* », ce qui témoigne d'un certain syncrétisme de la notion. Si le rapport Beveridge est effectivement adopté en plein cœur de la guerre, en 1942, il n'est que la continuité des travaux du haut-fonctionnaire⁴⁵⁵, qui avaient déjà mené, dès 1911, au vote du National Insurance Act. Dans l'entre-deux-guerres, Beveridge, haut fonctionnaire, avait déjà réfléchi à la mise en place d'un système de retraites et de sécurité sociale⁴⁵⁶.

Conclusion §3 :

Au Royaume-Uni, comme en France, le service public est donc conçu comme un moyen d'améliorer le niveau de vie de la population entière. S'il n'est pas au centre d'une théorie de

⁴⁵³ S. WEBB, « The difficulties of individualism », in S. WEBB, B. SHAW, S. BALL, O. LONDRES, *Socialism and individualism*, Op cit, p. 24

⁴⁵⁴ SDF marxiste.

⁴⁵⁵ Dès 1938, le ministre de la santé recommandait le regroupement de tous les services de santé dans les mains de l'Etat. V. The National Archive (TNA): MH 79/409: Ministry of Health memorandum « The development of the health services », 6 April 1938

⁴⁵⁶ V. Beveridge Papers, to be found in the British Library of Political and Economic Science (Archives and Special Collections) at the London School of Economics, cité par N. WHITESIDE, Op cit, p. 28

l'État comme en France, il a bien été théorisé par des auteurs qui ont eu une influence certaine sur les politiques mises en œuvre à partir du début du siècle, et plus encore après la Seconde Guerre mondiale.

Conclusion Sous-section 2 :

Le développement de l'interdépendance sociale prédit par Duguit et observé par Kelsen comme par Giannini a touché les trois États étudiés. Celui-ci entraîne le développement des interventions directes de l'État dans l'économie pour mettre en œuvre certains services considérés comme primordiaux pour la vie en communauté, et pour répondre aux finalités redistributives de celle-ci. Le service public joue, dans ce contexte, un rôle important, indépendamment des conceptualisations juridiques différenciées que l'on observe dans les trois États.

Conclusion Section 1 :

74. « *L'histoire politique britannique au XIXe siècle est souvent présentée comme à rebours de l'histoire de la France et pourtant, dès le début du siècle, les régimes politiques des deux pays ont eu tendance à converger vers à un modèle, constitutionnel et parlementaire, très proche. Malgré des traditions juridiques différentes, les appareils administratifs en vinrent à remplir, de part et d'autre de la Manche, des fonctions semblables. En s'enfermant dans le cadre national, l'histoire politique a eu tendance à majorer les caractères distinctifs et à passer sous silence les constantes qui se retrouvent en dehors de ce cadre. Or, en l'Europe occidentale pour le moins, la constitution au XIXe siècle des appareils administratifs étatiques vaut d'être étudiée en parallèle* »⁴⁵⁷. Cette citation est représentative des conclusions que l'on peut tirer de cette - courte - étude comparée des notions de service public dans les trois pays. La doctrine, souvent influencée par un prisme national, tend à mettre en exergue les particularités nationales, voire les différences vis-à-vis des autres États, en minimisant les similitudes entre tous les pays du sud et de l'ouest de l'Europe en ce qui concerne l'évolution - et surtout l'expansion - de leurs appareils administratifs. Les juristes, plus que tous les autres chercheurs en sciences sociales, ont tenté de

⁴⁵⁷ J-P. DORMOIS, « Socialisme municipal » contre « socialisme d'État ». Ressorts et effets du développement de la fonction publique en France et en Grande-Bretagne avant 1914 », Histoire, économie et société, 2006, n°4, p. 127s

valoriser la particularité de chaque système juridique et leur réaction face à l'expansion du rôle de l'État⁴⁵⁸. Face à ce discours doctrinal sur les droits, une première constatation s'impose : comme l'a montré G. Marcou, tous les pays de l'Union offrent à leurs citoyens ou leur garantissent les services indispensables à la vie de la société et à la solidarité; la réponse à la mise en commun des besoins essentiels de la société passe par le développement de ces activités en dehors du marché⁴⁵⁹. Chaque société a créé des notions et des institutions propres permettant de donner un cadre légal à la fourniture de ces services, sans les qualifier toujours de services publics. Toutefois, en ce qui concerne les trois pays étudiés, on peut aller encore plus loin. Malgré les apparences véhiculées par le discours juridique⁴⁶⁰, les trois États étudiés ont connu une notion politique et juridique de service public⁴⁶¹.

75. Ce concept de service public n'a pas servi à légitimer l'existence du droit administratif en Italie et au Royaume-Uni, ni fondé la compétence du juge administratif, et sur ce fondement, la doctrine a souvent fait du « service public à la française » un concept inaccessible à la comparaison⁴⁶². Si l'on adopte une approche empirique, et non pas seulement théorique, il est toutefois possible de dégager des éléments communs à ces concepts de service public dans les droits nationaux. La soustraction au marché par la voie des nationalisations et du monopole est le dénominateur commun le plus facile à observer, au milieu du XXe siècle. Jusqu'aux années 60, les formes d'organisation française se retrouvaient en effet dans la plupart des pays

⁴⁵⁸ Ibid, p. 128

⁴⁵⁹ V. les articles pré-cités de G. Marcou.

⁴⁶⁰ « *L'éthique de la comparaison commande non seulement la critique des droits mais aussi d'elle-même, de ses illusions et de ses limites, c'est-à-dire qu'elle exige de pousser le souci de la distanciation critique jusqu'à l'acte de comparaison proprement dit* », P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Op cit, p. 69

⁴⁶¹ La conclusion à laquelle l'auteur aboutit dans cette partie est basée sur un choix méthodologique, celui de « *privilégier une comparaison intégrative qui accentue les similarités* » afin de se distancier des « *actes de comparaison* » émis par la doctrine antérieure. Voir M-C. PONTTHOREAU, « *Le droit comparé en question. Entre pragmatisme et épistémologie* », RIDC, 2005, p. 7

⁴⁶² C'est ce qui fait dire à G. MARCOU que « *Bien que la notion de service public soit liée au droit administratif français et aux noms de Duguit, Jèze, ou même André de Laubadère, la formule tant utilisée de « service public à la française » ne me plait pas car elle a pour but de défendre une particularité du pays, alors qu'il s'agit un réalité d'une notion qui reflète une réalité économique et sociale qui se rencontre dans tous les pays de l'Union européenne, même si elle prend une ampleur variable selon les pays. La force de la notion de service public ne découle pas de sa particularité mais de son universalité, ce qui explique sa capacité à survivre à toutes les controverses politiques et juridiques sur ses finalités et ses fondements* », « *Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario* », Op cit, p. 11

industrialisés : la France n'est pas la seule à avoir confié à des monopoles intégrés la gestion des services publics⁴⁶³. Pour Duguit, le développement des services publics était dans l'ordre des choses puisqu'elle était une conséquence du développement de la civilisation, qui poussait à l'approfondissement de la division sociale du travail et à la solidarité sociale. Cela pourrait expliquer la configuration de la télévision sous la forme d'un monopole de service public dans les trois États. Pourtant, est-ce vraiment la solidarité sociale qui a poussé à la création de la télévision d'un service public entièrement contrôlé par l'État ? Rien n'est moins sûr (Section 2).

Section 2 : Le service public, une notion permettant de légitimer le monopole audiovisuel dans les trois États

76. Comme le démontrent parfaitement G. Marcou et F. Moderne, ainsi que cette courte étude de droit comparé, un concept fonctionnel de service public existe dans tous les pays de l'Union européenne, et a fortiori, dans les trois États étudiés⁴⁶⁴. Toutefois, elle est, en fonction des ordres juridiques, soit une notion fortement valorisée, soit une notion banalisée⁴⁶⁵. Certains États n'apportent même pas de conceptualisation juridique systématique à la notion, comme c'est le cas du Royaume-Uni. Ces différences permettent d'expliquer que les critères d'identification soient plus ou moins faciles à identifier en fonction des ordres juridiques. Dans une approche comparative, on peut relever qu'historiquement, « *les activités qualifiées de service public ont été soumises à un régime qui les mettaient à l'écart du marché, ou qui les protégeaient des pressions du marché. Ce régime émane des décisions des pouvoirs publics* »⁴⁶⁶. Malgré des conceptualisations très différentes de la notion de service public, on retrouve, dans les trois États l'importance du choix des pouvoirs publics d'identifier un secteur comme étant un service public (Sous-section 1). Historiquement, le monopole est un critère primordial de l'identification d'une activité comme service public, car il est la manière la plus simple de soustraire l'activité aux

⁴⁶³ Rapport au Premier Ministre, *Le service public*, Rapport présidé par R.DENOIX-DE-SAINT-MARC, La documentation française, Paris, 1996, p. 19 ; J. CHEVALLIER, « Les nouvelles frontières du service public », Regards croisés sur l'économie, 2007/2, p. 15

⁴⁶⁴ V. les travaux de G. MARCOU pré-cités.

⁴⁶⁵ F. MODERNE, Op cit, p. 3

⁴⁶⁶ G. MARCOU, « Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario », Op cit, p. 12

règles du marché. Le secteur de la radiographie fait l'objet, dès sa naissance, d'une mise à l'écart du marché par une décision des pouvoirs publics. Pourtant, comme le relèvent la majorité des auteurs, la configuration du secteur de l'audiovisuel sous la forme du monopole est dans les années 20/30 plus le fruit de circonstances historiques, sociales et économiques qu'un vrai choix idéologique⁴⁶⁷. Ainsi, le service public audiovisuel ne fait-il l'objet d'aucune conceptualisation a priori, mais est un concept greffé a posteriori pour légitimer le monopole dans les trois États (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Des critères communs d'identification du service public dans les trois États

Dans les trois États, le service public peut être identifié par la décision des gouvernants d'imposer des objectifs régaliens, économiques ou sociaux qui vont au-delà des finalités poursuivies par les personnes privées sur le marché (§1), ce qui implique une soustraction au marché qui s'opère au début du XXe siècle par la voie du monopole (§2).

§1 L'empreinte de la puissance publique comme critère central d'identification du service public dans les trois États

En France, le critère organique est au centre de la définition téléologique forgée par la jurisprudence (A), tout comme en Italie malgré l'incertitude des critères de définition (B). En Angleterre, les critères dégagés par le juge pour l'application des recours de droit public laissent aussi apparaître l'importance de la marque de la puissance publique sur le service (C).

A) En France, une définition téléologique forgée par la jurisprudence

78. En tant que critère de répartition des compétences entre juge judiciaire et juge administratif, il était nécessaire de dégager des critères clairs pour la qualification d'une activité comme service public. Ces critères ont été impulsés par la doctrine et dégagés par la

⁴⁶⁷ V. J.BOURDON, « Le service public de la radiotélévision : histoire d'une idéalisation », Op cit, p. 15 ; P. SCANELL, D. CARDIFF, *A Social History of British Broadcasting*, Blackwell, 1991, p. 5

jurisprudence. C'est, comme le rappellent la majorité des auteurs⁴⁶⁸, le doyen Hauriou qui fut le premier à souligner l'importance que prenait le service public à la fin du XIXe siècle⁴⁶⁹, ainsi qu'à en souligner les éléments de définition⁴⁷⁰. Si Hauriou prend vite ses distances vis-à-vis du concept qu'il a dégagé, l'école de Bordeaux, qui regroupe les successeurs, assez hétérogènes⁴⁷¹, de Duguit, va voir dans le service public la « pierre angulaire » du droit administratif tout entier, puisqu'il représente le critère central de compétence du juge administratif et de l'application d'un régime de droit administratif. Ce paradigme se révèle pourtant très vite en opposition avec la réalité, et la définition du service public sera vite à l'origine d'une « crise » de la notion⁴⁷², que

⁴⁶⁸ J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », Op cit ; Voir aussi J. CHEVALLIER, « L'idéologie ... », Op cit, p. 10-11 ; N. FOULQUIER, « Le service public », Op cit ; J-C. VENEZIA, « La naissance de la notion de service public », in G. GUGLIEMI, *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 166

⁴⁶⁹ Ainsi N. FOULQUIER écrit-il très clairement que : « Dans son *essai La gestion administrative publié en 1898 et dans ses notes de jurisprudence, et tout particulièrement celle sous l'arrêt Casadavant, dans laquelle il soulignai le mouvement inéluctable, à ses yeux, qui devait conduire à l'arrêt Terrier, Maurice Hauriou avait préparé les esprits à l'avènement de cette notion. En effet dans cet opuscule, le futur doyen de la Faculté de droit de Toulouse avait insisté sur la notion de service public et sur celle de collaboration entre l'administration et les administrés, c'est-à-dire tant ses usagers, ses agents, que ses cocontractants. Ce faisant, écartant la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion, il refusait de réduire le droit administratif aux seuls actes unilatéraux de puissance publique - les actes d'autorité, sanctionnés par le recours en excès de pouvoir (...). Dès lors qu'il insistait sur l'utilité du procédé contractuel et des relations juridiques sanctionnées par la responsabilité délictuelle, Hauriou devait trouver un moyen pur reconnaître un caractère administratif par nature aux contrats passés par l'administration et à ses relations extra-contractuelles, sous peine que ces contentieux, appelés à s'accroître, reviennent au juge judiciaire. Il en allait de même en matière de responsabilité (...). Hauriou proposait donc d'ériger l'exécution du service public en critère (extra-légal) de la compétence du juge administratif, afin d'en étendre le domaine. Le choix de ce critère lui paraissait acceptable car la création du service public était nécessairement le « résultat du travail de la puissance publique ». Ceci emportait la compétence du juge administratif du plein contentieux (et non de l'excès de pouvoir) puisque la relation de coopération entre l'administration exploitant le service public et ces administrés conférait en faveur de ces derniers des droits subjectifs. », « Le service public », Op cit, p. 48*

⁴⁷⁰ Dans son *Traité de droit public*, en 1895, il dégage d'abord le critère du but en affirmant qu' « un service public est une organisation créée par une personne administrative en vue de la satisfaction d'un besoin collectif », M.HAURIU, *Précis de droit administratif*, Libr du Recueil général des lois et arrêts, 1892, p. 717 ; Voir bien sûr J.RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », Op cit. G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG soulignent que « Les décisions Terrier, Feutry, et Théron remettent en cause la thèse soutenue par la majorité de la doctrine selon laquelle la compétence du juge administratif serait limitée au contentieux des actes d'autorité et ne s'étendrait pas aux actes de « gestion ». Les Commissaires du gouvernement Romieu, Teissier et Pichat, se font quant à eux, les défenseurs les plus actifs du critère du service public et de l'idée que les litiges concernant les services publics entraînent l'application d'un droit spécial ». V. la thèse de G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Dupont, 1906. Il faut toutefois nuancer cette thèse quant à Romieu, qui dans ses conclusions sous Tessier, avait repris l'hypothèse d'une gestion privée d'une activité administrative.

⁴⁷¹ Sur ce sujet V. F. MELLERAY, « Ecole de Bordeaux, Ecole du service public et école du guiste. Proposition de distinction », RDP, 2001, p. 1887-1905 ; J. CHEVALLIER rappelle que « la doctrine du service public elle-même se structure autour de deux pôles, l'un autour de Jèze, attaché à un point de vue strictement positiviste, l'autre autour de Duguit, qui en fera, plus tardivement, la clef de voûte de sa théorie politique : même si les deux courants sont amalgamés par l'« école de Bordeaux » (R. Bonnard, M. Réglade, L. Rolland), ils n'en restent pas moins différents, voire opposés sur certains points ».

⁴⁷² V. notamment J-L. DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ, 1954

l'on pourrait qualifier, en utilisant un oxymore, de « perpétuelle ». Cette crise commence par la dissociation de la notion de service public de celle de la compétence du juge administratif, que le doyen Hauriou avait déjà envisagée⁴⁷³.

79. Dès 1912, dans l'arrêt du Tribunal des conflits *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*⁴⁷⁴, le service public n'est pas suffisant à qualifier le contrat de public et à entraîner la compétence du juge administratif⁴⁷⁵. Le tribunal des conflits va plus loin, dans une décision bien connue *Société Commerciale de l'Ouest africain*⁴⁷⁶ en considérant qu'une personne publique exploitant un service de transport maritime au motif que celui-ci est assuré dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire doit se voir appliquer le droit privé⁴⁷⁷. Les théoriciens du droit inventent alors la notion de service public industriel et commercial qui emporte dans la

⁴⁷³ Hauriou serait en effet le premier à avoir dégagé l'idée qu'il existe une gestion administrative, qui se distingue de la gestion privée en ce qu'elle utilise des procédés dérogatoires du droit commun, M. HAURIOU, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, L. Larose, 1899, IV-94 cité par G. QUIOT, « Aux origines du couple gestion publique/gestion privée. Recherche sur la théorie de la gestion privée des services publics », thèse Nice, 1992, p. 597-598. Dans ses conclusions sous l'arrêt Terrier, Romieu reprend en effet les travaux d'Hauriou pour expliquer qu'il existe une présomption d'administrativité sur les actes de gestion de l'administration, qui peut être renversée quand ces moyens de gestion sont purement privés.

⁴⁷⁴ CE, 31 juillet 1912, *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges*, Rec, p. 909, conclusions Blum, RDP, 1914 p. 145, note Jèze ; voir aussi TC, 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances Le Soleil*, Rec, p. 446, conclusions Feuilloley, dans lequel le tribunal des conflits reconnaît le caractère privé d'un contrat passé par une commune avec l'autorité militaire pour loger des réservistes dans un immeuble municipal au motif que l'accord « par sa nature et ses effets rentre dans les contrats de droit civil.

⁴⁷⁵ L. Blum, dans ses conclusions cite expressément la phrase de Romieu : « *il peut se faire que l'Administration tout en agissant dans l'intérêt d'un service public se place volontairement dans les conditions du droit privé* », pour qualifier l'acte en cause de contrat de droit privé ». Sur le rôle de L. BLUM dans la distinction entre gestion publique et gestion privée, V. A. S. MESCHERIAKOFF, « Léon Blum pionnier de la gestion privée du secteur public » in *Droit et économie. Interférences et interactions, Etudes en l'honneur du Professeur M.Bazex*, Litec, 2009, p. 231

⁴⁷⁶ TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain, dit bac d'Eloka*, Rec, p. 91, D. 1921.3.1, concl Matter.

⁴⁷⁷ Dans cette décision, le tribunal des Conflits refuse pourtant d'employer l'expression de « service public », et ceci s'explique dans les conclusions du Commissaire du gouvernement Matter, par la volonté de réserver cette qualification aux seules activités « *organisées par l'Etat en vue d'accomplir un acte normal de sa fonction ... qui sont de la nature, de l'essence même de l'Etat* », Voir A-S. MESCHERIAKOFF, « L'arrêt du bac d'Eloka : légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », RDP, 1988, p. 1060s ; J-F. LACHAUME, « Actualités des conclusions de Matter et de la jurisprudence Bac d'Eloka » in J-B. AUBY et S. BRACONNIER (ed), *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, LGDJ, Coll Décentralisation et développement local, 2003, p 3 ; M.TOUZEIL-DIVINA, « Eloka, sa colonie, son wharf, son mythe ... mais pas de service public ? » in S. KODJO-GRANVAUX et G. KOUBI(ed), *Droit et colonisation*, Bruylant, 2005, p. 309. Le Conseil d'Etat adoptera la solution inverse en acceptant de qualifier une activité économique exploitée par une personne publique dans des conditions de droit commun de service public (CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Rec, p. 333, RDP, 1922, p. 75, Concl Rivet). Le tribunal des Conflits se range explicitement à cette position une dizaine d'années plus tard (TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinite*, Rec p. 1237)

plupart des cas la compétence du juge judiciaire. Le critère du régime juridique de l'activité est donc écarté pour la qualification d'un service public. Dès lors, il est possible de reprendre la définition de Chapus qui énonce qu' « *une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public* »⁴⁷⁸. Pour qu'une activité soit regardée comme étant un service public il est nécessaire qu'existe un lien de rattachement direct ou indirect entre l'activité et une personne publique (1) et que cette activité soit exercée dans un but d'intérêt général⁴⁷⁹ (2).

1) le critère organique

80. Originellement entendu comme une activité *assurée* par une personne publique, le service public a été progressivement reconnu par le juge administratif comme pouvant être mis en oeuvre par des personnes privées⁴⁸⁰. Cette vision contraste avec les bases de notre droit public, qui comme le relève le doyen Vedel, sont d'ordre organique et formel⁴⁸¹. Il est toutefois indispensable, pour reconnaître qu'une personne privée assure l'exécution d'un service public, qu'un lien rattache l'entreprise qui assure l'activité à la personne publique qui assume l'activité⁴⁸². Ce contrat peut être un contrat de concession, de délégation de service public. En l'absence de contrat, et dans le cas où la volonté du législateur est incertaine, le Conseil d'État a

⁴⁷⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t I, Monchrestien, 2001, p. 579

⁴⁷⁹ Ces conditions sont cumulatives : l'absence de l'un de ces deux éléments empêche la qualification de service public.

⁴⁸⁰ CE. Ass, 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia*, Rec, p. 1212 ; RDP, 1936, p. 119 concl Latournerie. CE ass, 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et protection*, Rec, 417, D.1939, note Pépy Conclusions Latournerie ; RDP, 1938, p. 830 ; CE, ass, 31 juillet 1942, *Montpeurt*, Rec, p 239 ; CE, 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec p. 86

⁴⁸¹ G.VEDEL, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE n° 8, p. 21

⁴⁸² Ce lien peut être défini par la loi, expressément ou implicitement. Dans le cas où le rattachement n'est pas explicite, le juge se réfère à l'intention du législateur, (voir CE ass, 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et protection*, Rec, 417, D.1939, Op cit, CE Sect, 20 juin 1946, *Morand*, Rec.183, S 1947.3.19, note P.H ; voir aussi CE Sect, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Concl. Vérot J. JCP 2007. I. 166, 2007 p. 2066) ; Il peut également résulter d'un acte administratif unilatéral par lequel la personne publique confère à l'organisme privée l'organisation du service public, ce qui est rare (C'est l'exemple de la Comédie Française qui s'est vue confier une mission de service public par le décret du 15 octobre 1812.. Trib. civ. Seine, 8 octobre 1952, Gaz. Trib. 1952.2.542), mais il résulte le plus souvent d'un contrat (CE Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, Rec.167, AJ 1956.2.272, concl. Long, chr., RDP 1956.869, note Waline, D 1956.433, note de Laubadère, RA 1956.496, note Liet-Veaux), qui peut être un contrat de concession (CE 10 janv. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, in GAJA, n° 9 ; CE 11 mars 1910, *Compagnie générale française tramways*, in GAJA, n° 22 ; CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, in GAJA, n° 31) ou une délégation de service public.

tenté de dégager des critères d'identification du service public⁴⁸³. Jusqu'à l'arrêt *Narcy*⁴⁸⁴ de 1963, les critères étaient en effet assez flous⁴⁸⁵, et ils reposaient essentiellement sur la notion d'intérêt général.

81. L'arrêt *Narcy* énumère trois critères de reconnaissance : l'intérêt général de la mission assurée par la personne morale de droit privé, le contrôle que l'administration exerce sur cette personne et enfin la possibilité d'utiliser des prérogatives de puissance publique qui lui sont confiées par la loi ou l'administration. Ce nouveau critère des prérogatives de puissance publique est toutefois remis en cause : dans une décision de 1990, *Ville de Melun*⁴⁸⁶, les deux critères de l'intérêt général et du contrôle exercé par l'administration sont suffisants à caractériser l'activité exercée par une personne privée de service public. Un doute subsistait alors en doctrine, doute que tenta d'éclaircir en 2007 le Conseil d'État dans son arrêt très pédagogique *APREI*⁴⁸⁷. Le Conseil reprend dans cet arrêt toutes les hypothèses dans lesquelles l'activité d'une personne privée peut être qualifiée de service public⁴⁸⁸. Dans un premier temps, le Conseil d'État évoque la qualification par loi. Dans un deuxième temps, il reprend les conditions développées dans l'arrêt *Narcy* : une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de

⁴⁸³ Pour une récapitulation très complète de l'évolution de la jurisprudence sur ce point, v. L. JANICOT, « L'identification du service public géré par une personne privée », RFDA, 2008, p. 67

⁴⁸⁴ CE Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, Rec.401, AJ 1964.91, note A. de Laubadère, RDP 1963 p.1186, note Waline. in RDP, 1963, p. 1186. A contrario, le juge rejette la qualification de service public en l'absence de prérogatives de puissance publique. voir TC. 5 juill. 1982, *Mlle Nicolet*, Lebon T. 565 ; CE 16 nov. 1988, *Mlle Denjean*, Lebon 407 ; CE 24 mars 1999, *Association pour la gestion du patrimoine immobilier*, Lebon T. 683 cité par Mme Vérot dans ses conclusions sur l'arrêt de Section du 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés* (in JCP A 2007. 2066).

⁴⁸⁵ R. ODENT : « Si l'organisme qui gère un service d'intérêt général est un organisme de droit privé, le service qu'il assure ne peut être qualifié de service public que si des prérogatives de puissance publique - des prérogatives régaliennes - ont à cet effet été accordées à cet organisme », *Contentieux administratif*, Cours IEP, Paris 1970-1971, p. 370. V. contra note sous CE, Sect., 13 oct. 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône* (ADASEAR) Amsselek et Waline D. 1979, p. 245

⁴⁸⁶ CE, 1990, *Ville de Melun*, Lebon p. 220 ; concl. M. Pochard, in AJDA 1990, p. 820 ; note Fatôme, in JCP 1991. II. 21663 ; Lebon p. 401

⁴⁸⁷ CE Sect, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Concl. Vérot J. JCP 2007. I. 166, 2007, p. 2066 ; note Boucher et Lenica, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », AJDA, 2007, p. 793 ; note Boiteau, RFDA, 2007, p. 803 ; note Plessix, JCP 2007, I. p. 166. V. aussi D. COSTA, « Mission de service public assumée par une personne privée : clarification ou codification ? », AJDA, 2007 p. 825 ; G.-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, « Le service public, désinence législative ou office du juge ? », JCPA 2007, p. 2145

⁴⁸⁸ J. BOUCHER et F. LENICA parlent d'« un véritable mode d'emploi » de la qualification, au regard du service public, de la mission des organismes privés poursuivant des fins d'intérêt général », AJDA 2007 p. 796.

l'administration qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique. En l'absence de telles prérogatives, il est toutefois possible qu'une personne privée soit regardée comme gérant un service public, lorsqu'au regard d'un faisceau d'indices, il apparaît que l'administration a entendu lui conférer une telle mission. Ces indices concernent la qualité de la mission exercée, l'origine de la création, le mode de choix des dirigeants, les moyens juridiques dont ils disposent et les modalités de contrôle ou de surveillance de l'activité par la personne publique⁴⁸⁹. Ces indices semblent permettre de mesurer l'intensité du rattachement à la personne publique⁴⁹⁰.

82. La solution retenue dans l'arrêt *APREI* est toutefois pour le moins paradoxale, puisqu'après avoir énoncé toutes les conditions, et décrit précisément le faisceau d'indices, le Conseil d'État rejette la qualification de service public en se fondant (...) sur l'intention du législateur révélée par les travaux préparatoires de la loi⁴⁹¹. C'est ce qui fait dire à L. Janicot que malgré une volonté affichée de faire reposer la qualification du service public sur des critères rationnels, la notion est finalement définie par sa fonction, « *c'est-à-dire par sa capacité à entraîner l'application d'un régime auquel le législateur souhaite soumettre l'activité* »⁴⁹². Le caractère téléologique et fonctionnel du service public se retrouve sans aucun doute dans le critère qui semble être déterminant pour la qualification de service public : l'intérêt général (2).

⁴⁸⁹ Le Conseil d'État énonce un considérant de principe qu'il reprend dans l'arrêt CE, 5 octobre 2007, *Société UGC Ciné-Cité*, RFDA, 2007, p. 1314 : « *Indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; [...] même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public, lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui conférer une telle mission* ». voir L. JANICOT, « L'identification du service public géré par une personne privée », RFDA, 2008, p. 67

⁴⁹⁰ Dans un arrêt de 2007, le Conseil d'État applique pour la première fois l'hypothèse du faisceau d'indices à un festival organisé par une personne privée : CE Sect, 6 avril 2007 *Commune d'Aix en Provence*, RFDA, 2007, p. 812 ; note Lenica et Boucher, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, AJDA, 2007, p. 1020 ; note Douence, RFDA, 2007, p. 821 ; note Plessix, *Chronique droit administratif*, JCP, 2007. I, p. 166 ; M. Karpenschif, note in JCP A 2007, n° 2111 ; note Linditch, JCP A 2007, n° 2125 ; note Pontier, JCP A 2007, n° 2128 et note Bui-Xan, RDP, 2007, p. 1367

⁴⁹¹ Comme l'écrit L. JANICOT, Op cit, p. 76 : « *dans le même temps, il annonce une nouvelle méthode d'identification du service public géré par des personnes privées, fondée sur des éléments théoriques tirés du régime applicable à l'activité concernée, mais il se réserve par ailleurs la possibilité d'interpréter l'intention du législateur de conférer ou non, en toute opportunité, le « label » ou « l'identité » de service public à cette même activité* »

⁴⁹² Note Plessix, « *Chronique droit administratif* », JCP 2007. I. p. 166 repris par L. JANICOT, Op cit.

2) le critère matériel : l'intérêt général⁴⁹³

83. Si le juge reconnaît que des organismes privés peuvent constituer des services publics, c'est sur la base d'un critère qui semble prédominant : celui de l'intérêt général. Ce critère est une exigence constante de la jurisprudence⁴⁹⁴. Le commissaire du gouvernement dans l'arrêt USIA montre que les activités industrielles des personnes publiques constituent des services publics en raison de leur finalité d'intérêt général⁴⁹⁵. Ce critère est sans aucun doute lié à la nature de l'activité, ainsi qu'à son but, sa finalité. L'absence d'intérêt général empêche donc toute qualification de service public⁴⁹⁶. Le Conseil d'État le confirmera dans son rapport public sur l'intérêt général : « *Sans mission d'intérêt général, pas de service public* »⁴⁹⁷. André de Laubadère donne en 1953 une définition qu'il ne modifiera pas : le service public est « toute activité d'une collectivité visant à satisfaire un besoin d'intérêt général ». Il fait du service public une notion profondément axiologique qui renvoie à l'interdépendance sociale décrite par Durkheim, Bourgeois et Duguit, ce qui n'est pas sans poser problème pour la qualification des activités en cause. Il reflète surtout la place centrale de la notion d'intérêt général en droit administratif français⁴⁹⁸ et le caractère idéologique de ce même droit⁴⁹⁹.

Cette notion donne au service public son caractère contingent et profondément subjectif. En témoigne par exemple le rejet par le commissaire du gouvernement Corneille de la qualification de service public du théâtre des Champs-Élysées, en raison de l'absence d'un

⁴⁹³ V. D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977 et aussi M. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit public français*, Thèse Bordeaux, 1977

⁴⁹⁴ CE, 25 mai 1925, *Décatoire*, Rec, p. 535 ; TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, Rec.614, pour les colonies de vacances.

⁴⁹⁵ CE, 16 novembre 1956, *USIA*, concl. Laurent, Rec, p. 434, D. 1956, p.759, AJ 1956, p. 489 ; note Blaevoet, JCP, 1957, p. 9968

⁴⁹⁶ CE, 30 octobre 1953, *Bossuyt*, Rec, p. 466, note Waline, RDP, 1954, p. 178, pour les courses hippiques. CE, 20 janvier 1971, *Comptoir fr. des produits sidérurgiques*, Rec, p. 49, note Moulié, AJ, 1972, p. 230

⁴⁹⁷ Conseil d'Etat, Rapport Public, « L'intérêt Général », EDCE, 1999, n° 50, p. 239

⁴⁹⁸ V. Conseil d'Etat, Rapport public : « *ces notions clés du droit public que sont le service public, le domaine publique ... ont un point commun : elles ne peuvent être définies que par référence avec la notion première d'intérêt général et trouvent en elle leur raison d'être* ».

⁴⁹⁹ Voir J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques ... », Op cit et G. KOUBI, « L'idéologie du service public », in AFDA, *Le service public*, Dalloz, 2014, p. 41

intérêt général dans une activité culturelle⁵⁰⁰, puis la remise en cause postérieure de cette jurisprudence⁵⁰¹.

En Italie, le fait que la notion de service public ne soit pas le critère de l'application du droit administratif rend la nécessité d'une définition moins impérative. En résulte une définition incertaine de la notion (B).

B) En Italie, l'incertitude des critères de définition

Encore plus qu'en France, il semble qu'en Italie le concept de service public soit particulièrement difficile à définir. M. Giannini écrit ainsi que la définition du service public apparaît comme « l'une des plus tourmentées »⁵⁰² (de l'ordre juridique). Nombreuses sont les lois, dont certaines lois constitutionnelles qui font référence explicite à la notion, sans jamais en offrir une conceptualisation précise⁵⁰³. Comme en France, c'est donc la doctrine et la jurisprudence qui ont fait œuvre interprétative pour tenter d'élaborer un concept de service public qui reflète le droit positif. Le *servizio pubblico* est d'abord défini de manière subjective (1), mais cette définition est battue en brèche par l'entrée en vigueur de la Constitution (2).

⁵⁰⁰ CE, 7 avril 1916, *Astruc et société du théâtre des Champs-Élysés contre Ville de Paris*, Rec, note Hauriou, « Exploitation théâtrale et Service public : nature juridique d'une convention portant sur la concession d'un emplacement pour la construction d'un "Palais philharmonique" », publié dans *Revue générale du droit* on line, 2013, numéro 13019.

⁵⁰¹ CE, 21 janvier 1944, *Léoni*, dans lequel le Conseil reconnaît le caractère d'intérêt général de l'exploitation d'un théâtre en régie par la Ville de Paris du fait de l'intérêt artistique.

⁵⁰² M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 69 ; dans le même sens voir C. IANNELLO, *L' "idea" di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Napoli, 2005, p. 51 ; V. aussi E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 299 : « à l'intérieur du droit public, la notion de service a souvent été associée dans le passé au prédicat « public ». Avec l'expression « service public », on entendait relier une législation spécifique avec l'activité inhérente à la protection des intérêts publics. Il est incontestable que celle-ci ait fait l'objet d'une « pluri-qualification juridique », non seulement à travers les conceptions pénalistes qui ont été retenues par le code (article 358 du code pénal) mais aussi à l'intérieur de la science du droit administratif. Cela signifie que la notion n'a pas d'homogénéité dogmatique, et qu'elle ne peut être saisie qu'à travers une analyse politico-historique ».

⁵⁰³ V. DE VALLES, « I servizi pubblici », in V-E. ORLANDO (ed) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, Giuffrè, 1923, p. 379 : « Le service public est une notion qui, même si elle est présente dans la bouche de tous, est rarement utilisée par le droit positif, duquel ne peut donc pas découler une définition juridique. Elle fut adoptée par les économistes et introduites dans leur nomenclature scientifique avec une signification qui ne coïncide pas avec ce qu'on entend communément par « services publics ». Les écrits de service public, du fait d'une telle incertitude, refusent d'adopter cette notion (...) **L'étude des services publics présente une difficulté initiale de définition et de limites : il manque, dans la littérature juridique, un concept de service public, pas forcément précis, mais au moins générique** ».

1) Une tentative de définition de la notion de « servizio pubblico » entendu subjectivement

84. Comme nous l'avons expliqué, en Italie, le service public n'est pas un critère d'application du droit administratif, et il n'a pas pour but instrumental de légitimer les pouvoirs de l'État. Ce qui légitime l'existence de la puissance publique, ce sont les finalités qu'elle poursuit⁵⁰⁴. À cet égard, la doctrine italienne, reprenant la théorisation de V-E. Orlando⁵⁰⁵, établit une distinction importante, dans la sphère de compétence du droit administratif, entre les buts juridiques et les buts sociaux de l'État⁵⁰⁶. De cette distinction naîtront en doctrine deux concepts : la *funzione pubblica* et il *servizio pubblico*⁵⁰⁷. Les buts juridiques s'apparentent aux activités qui se caractérisent par l'intervention de la puissance publique et sont qualifiés de *funzione pubblica*. Le service public, lui, est considéré comme l'activité sociale de l'Etat, souvent apparentée à « des activités matérielles, techniques, pour la protection immédiate des intérêts publics »⁵⁰⁸. Cependant, le service public est en réalité juridiquement défini selon un critère résiduel et nominaliste⁵⁰⁹ : il est considéré au début du siècle comme l'activité de l'État et

⁵⁰⁴ On peut toutefois voir dans cette construction théorique une similitude avec le droit français : la puissance publique ne découle plus de la souveraineté de l'Etat ou de l'existence de celui-ci, mais des finalités que l'Etat entend poursuivre.

⁵⁰⁵ V-E. ORLANDO, « Introduzione al diritto amministrativo », in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milan, 1900, p. 58s ; Orlando, dans son *Premier traité complet de droit administratif*, faisait en réalité une distinction entre trois buts de l'Etat : l'activité juridique, l'activité patrimoniale et l'activité sociale. L'activité sociale était définie par lui comme « l'activité ayant pour but de promouvoir la citoyenneté du peuple dans ses différentes manifestations de bien-être physique, économique et intellectuelle ». Cette définition étant assez peu précise, Orlando définissait en réalité l'activité sociale de façon résiduelle, en la distinguant des activités juridiques ou patrimoniales. Elle se distingue de l'activité juridique, comme « l'expression nécessaire de la souveraineté de l'Etat, basée sur l'exercice de la puissance publique pour laquelle une activité privée concurrente n'est pas même envisageable d'un point de vue abstrait ». Elle se distingue de l'activité patrimoniale, car « même si elle est exercée selon des procédures en partie analogues, elle se caractérise par la diversité des finalités poursuivies, caractérisées par un intérêt public qui soit utile à un rapport social déterminé, ce qui justifie l'application d'un corps spécial de règles de droit ».

⁵⁰⁶ Cette distinction ressemble fortement à celle théorisée en droit français par E. Laferrière entre les actes d'autorité et les actes de gestion (E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Op cit.)

⁵⁰⁷ Sur cette distinction, voir G. MIELE, « Pubblica funzione e servizio pubblico » in Arch. Giur, 1933, p. 181, *Servizio pubblico* in Enc. It. Treccani, Roma, 1936

⁵⁰⁸ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, 8ème ed, 1958, p. 17

⁵⁰⁹ G. MIELE, « Pubblica funzione e servizio pubblico », in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, 1987, p. 150s ; voir aussi M.S. GIANNINI, « Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende », Riv. amm. rep, Roma 1953, p. 612 qui reprend cette distinction pour souligner la difficulté de la définition de la notion : « Cependant, quand on passe à la définition d'un tel concept, on trébuche sur une difficulté bien connue : alors qu'il est possible de déterminer positivement le concept de fonction public, pour déterminer celui du service public, on ne trouve qu'un critère négatif et résiduel ».

des autres pouvoirs publics qui ne constitue pas une *funzione pubblica*, c'est-à-dire, selon G. Miele, des activités qui ne se caractérisent pas par l'usage d'actes d'autorité, ou encore qui ne sont pas caractérisées par l'exercice de la puissance publique. Il résulte de cette définition que la notion de service public est beaucoup plus restreinte qu'en droit français⁵¹⁰ puisqu'elle renvoie à un champ précis et délimité de l'administration. Plus qu'en droit français, le service public est défini, à sa naissance dans un sens subjectif, c'est-à-dire comme une activité émanant de l'État. Après la parution de la loi du 29 mars 1903 déjà citée, la définition subjective du service public est reprise par la doctrine qui tentera d'en donner une définition plus précise.

85. En 1916, O. Ranelletti définit le service public comme « *toutes les actions et prestations que l'État ou un autre organe public remplit pour satisfaire un besoin collectif donné* »⁵¹¹. Mais c'est l'étude de A. De Valles⁵¹² qui permettra de conceptualiser réellement la notion. Pour lui, le service public est « *une activité imputable directement ou indirectement à l'État ayant pour but de fournir des prestations à tous les individus ; le concept de prestation représente le trait particulier de cette institution* ». Dans cette perspective, la notion de service public est entendue subjectivement, ou en termes francisés, organiquement⁵¹³ : elle est liée, comme dans la conception allemande du service public au but d'intérêt public qui caractérise l'intervention de la personne publique⁵¹⁴. Deux éléments ressortent de cette définition : le critère organique, c'est-à-dire le lien avec l'État ou d'autres organes publics et le fait que la prestation soit fournie au

G. MIELE, « *Pubblica funzione e servizio pubblico* », in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, 1987, p. 150s ;

⁵¹⁰ Voir par exemple S. CASSESE, « Le service public : l'expérience italienne », *AJDA*, 1997, p. 143 qui établit une liste exhaustive d'activités qualifiées de service public : « *la production, le transport et la distribution d'électricité, l'exploitation des gisements, le transport et la distribution de gaz, les transports aériens, maritimes, ferroviaires et les transports locaux, la recherche, le captage de l'eau et sa distribution, ainsi que la gestion des aqueducs, - les télécommunications, les émissions de radiotélévision, le transport postal, la gestion des ports et des aéroports* ».

G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Op cit, p. 18

⁵¹¹ O. RANELLETTI, « Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative », in *Rivista di diritto pubblico*, 1916, p. 345

⁵¹² A. DE VALLES, « I servizi pubblici », in V-E. ORLANDO (ed) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, Giuffrè, 1930, p. 360s

⁵¹³ V. supra note 307.

⁵¹⁴ S. CASSESE, « *Servizzi pubblici* » in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006 ; V. aussi O. RANELLETTI, Op cit, p. 378s

public⁵¹⁵. Toutefois, De Valles lui-même, se référant à la loi de 1903 relève qu'il peut exister des services publics exercés par des privés, pour la collectivité⁵¹⁶. L'article 1 de la loi de 1903 contenait en effet une énumération, caractérisée ensuite de « non exhaustive » par la doctrine⁵¹⁷ des activités qualifiées de service public et qui pouvaient sur ce fondement être municipalisées par les Communes. Or, cela laissait planer un doute sur la question de savoir si ces activités devenaient des services publics à partir du moment où elles étaient gérées par les communes, ou si le caractère de service public préexistait à la municipalisation⁵¹⁸, mais également, puisque la liste était non-exhaustive, sur les critères nécessaires pour qualifier une activité de service public⁵¹⁹. Pour surmonter ce paradoxe, A. De Valles qualifiera de services publics « au sens propre » les services publics pris en charge par un organe public, et de services publics « impropres » ceux qui sont pris en charge par des privés⁵²⁰.

86. Le deuxième critère cité par De Valles, celui de la prestation fournie au public s'inspirait des travaux de Santi Romano qui mettait l'accent sur la notion de prestation administrative comme « *prestation qui doit être faite pour un ou plusieurs sujets individuellement*

⁵¹⁵ V. aussi M. CATTANEO, « Servizi Pubblici », in Enc. Dir, XLII, 1990, p. 336 : « *le service public défini subjectivement se limitait à un champ précis et délimité de l'activité administrative et se caractérisait par la prestation d'une « utilité », de caractère technique ou matériel, en faveur des citoyens* ».

⁵¹⁶ L'article 1 de la loi de 1903 contenait en effet une énumération des activités qualifiées de « services publics » et qui pouvaient être en conséquence nationalisées par les communes.

⁵¹⁷ V. G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Giappichelli, 2012, p. 19, note 84 qui cite F.G. SCOCA, « La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici », in F. ROVERSI MONACO (ed), *Le concessioni di servizi*, Maggioli, Rimini, 1988, p. 25 spéc p. 32s et S. CATTANEO, « Servizi pubblici », Op cit, p. 363 : « *On reconnut à ladite liste valeur d'exemple, ou de démonstration, avec la conséquence que la municipalisation était reconnue possible également pour des activités non citées* ».

⁵¹⁸ Sur le flou juridique qui découle de la loi de 1903, voir M.S. GIANNINI, « Profili giuridici della municipalizzazione », Op cit, p. 612 : « *Ce qui pourra surprendre (...) après que nous ayons dans cet article exposé les aspects juridiques de la municipalisation (...) est que la législation sur la municipalisation a été mise volontairement par le législateur sous le signe de l'ambiguïté* ».

⁵¹⁹ V. G. RIZZO, *La concessione di servizi*, p. 19, note 85 : « *Les dispositions normatives contenaient une liste non exhaustive des services publics qui pouvaient être municipalisés par les Communes. Du fait de cette non-exhaustivité, un doute subsistait concernant les activités qui devaient être considérées comme de service public, et sur le critère pour le définir* ».

⁵²⁰ A. DE VALLES, Op cit, p. 613s

déterminés »⁵²¹. P. Ciriello dira à cet objet que cette construction de type subjective du service public reflétait « avec une certaine fidélité la structure de l'ordre juridique de l'époque, lequel rapportait rigoureusement le concept de « public » à l'idée d' « Etat » »⁵²².

La multiplication des activités considérées comme utiles à la collectivité mena cependant à un certain engorgement de l'État et des collectivités territoriales. Ceci eut pour conséquence la multiplication des activités prises en charge par les privés : ce qui devait n'être, pour De Valles, qu'une exception s'inscrivant dans la théorie subjective, devint très fréquent⁵²³, ce qui mena à la dissociation entre le concept de service public et celui d'administration publique⁵²⁴ et poussa la doctrine à critiquer la théorie subjective du service public⁵²⁵. Avant l'entrée en vigueur de la Constitution, la théorie des *ordinamenti sezionali*, d'origine administrative, avait permis l'introduction d'un nouveau modèle organisationnel introduisant une gestion des activités de service public par des personnes privées. Ces activités privées étaient soumises à une forte régulation de l'État. L'introduction de cette théorie en droit positif avait permis de ne plus définir le service public seulement par la nature publique de l'organe en charge de l'activité. Le service public pouvait désormais être caractérisé par la transmission par l'État d'un certain but à un organe de nature privé, à laquelle l'activité était rapportée⁵²⁶, ce qui rapprochait le concept de « servizio pubblico » du concept de service public en droit français. L'entrée en vigueur de la Constitution poussera les auteurs à conceptualiser une notion objective du service public (2).

⁵²¹ A. DE VALLES, Op cit, p. 402 qui renvoie expressément à S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, n° 312 : « En vertu du principe d'égalité, ou pour être plus précis, de la généralité des normes qui régulent les administrations publiques, de telles sujets, considérés collectivement, forment ce que l'on appelle « le public ». La doctrine s'est interrogée sur le caractère individuel ou collectif des destinataires du service public, certains auteurs considérant que la prestation devait être destinée à des citoyens pris individuellement (A. DE VALLES, op. cit., 379 s, V. aussi ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956) tandis que d'autres arguaient que le service public pouvait aussi être destiné à des groupes d'individus (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Op cit., V, 1959, p. 345s)

⁵²² P. CIRIELLO, Entrée « Servizi pubblici », in Enc. Giuri, Treccani, XXVIII, 1992

⁵²³ G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Op cit, p. 22s

⁵²⁴ B. SORDI, « Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale », in *Quaderni fiorentini*, XXXI, 2002, p. 586s

⁵²⁵ V. G. RIZZO, *Le concessione di servizi*, Op cit, p. 24

⁵²⁶ P. SABBIONI, Op cit, p. 266 ; V. M. S. GIANNINI, « Gli ordinamenti sezionali rivisitati », in S. AMOROSINO(ed), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Giuffrè, 1991, p. 9s et M. NIGRO, « L'edizia popolare come servizio pubblico », RTDP, 1957, p. 118s, spéc p. 194

2) La reconstruction d'une notion objective du service public

87. L'adoption de la Constitution de 1948 constitue un moment très fort pour la reconstruction de la notion de service public⁵²⁷. Les articles 41 et 43 de la Constitution constituent la base de la nouvelle Constitution économique de l'Italie. L'article 41 de la Constitution italienne dispose que « l'initiative économique privée est libre », mais que cette liberté ne peut se développer en opposition à l'utilité sociale, ou porter atteinte à la sûreté, à la liberté et la dignité humaine. En outre, le paragraphe 3 de l'article 41 prévoit que « *la loi détermine les programmes et les contrôles nécessaires pour que l'activité économique publique et privée puisse être orientée et coordonnée à des fins sociales* ».

88. Mais c'est pour Pototsching l'article 43 de la Constitution qui est l'article le plus important pour formuler une nouvelle définition du service public⁵²⁸. L'article 43 prévoit en effet qu'« *À des fins d'utilité générale, la loi peut réserver originairement ou transférer, à travers une expropriation et sous réserve d'indemnisation, à l'État, à des établissements publics ou à des communautés de travailleurs ou d'usagers, des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées qui sont des services publics essentiels, des sources d'énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général prééminent* ». En permettant la réserve ou l'appropriation par l'État des entreprises portant sur des services publics essentiels, il conduit a contrario à penser qu'il existe des services publics essentiels qui peuvent ne pas faire l'objet de la réserve ou de l'appropriation⁵²⁹. Il garantit la possibilité pour les privés de mettre en œuvre un service public essentiel, sous réserve du cas où la loi réserve cette activité à l'État ou à des organes publics⁵³⁰. Il remet incontestablement en cause la notion subjective du service public qui est considérée comme n'ayant plus de fondement en droit positif⁵³¹. La définition formulée par

⁵²⁷ V. par exemple P. SABBIONI, Op cit, p. 272 et A. LUCARELLI, « Articolo 43 », R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI(ed), *Commentario alla Costituzione*, Vol. I, Utet, 2006, p. 883s

⁵²⁸ U. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Padova, CEDAM, 1964, VIII, p. 45

⁵²⁹ P. SABBIONI, Op cit, p. 280

⁵³⁰ U. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Op cit, « fattispecie di legittima assunzione autoritaria di attività produttive che porta a constatare con evidenza che per aversi pubblico servizio non è necessaria la sua gestione da parte dello Stato o di altro ente pubblico », V. aussi P. SABBIONI, Op cit, p. 286

⁵³¹ P. SABBIONI, Op cit, p. 287

Pototsching est donc particulièrement large : constitueraient un service public toutes les activités économiques programmées et dirigées à des fins sociales par l'État.

89. Cette conception objective telle que définie par Pototsching est cependant très vite critiquée pour sa trop grande amplitude. Elle a pour conséquence, selon Cattaneo, de « *faire cohabiter sous une même formule une série de situations non homogènes, pour lesquelles la doctrine n'offre pas de critères de distinctions* »⁵³². La plus grande critique de cette théorie fut « *de pécher par excès, en ne consentant pas à distinguer entre une activité économique privée soumise aux programmes et contrôles de l'article 41 al 3 et une activité gérée par des sujets (publics ou privés) spécifiquement chargée par l'administration dans le cadre d'une organisation spécifique* »⁵³³.

90. Guarino soulève la dangerosité d'appliquer le concept de service public aux personnes privées sur le seul fondement du but social⁵³⁴ : même lorsque la production d'une activité est organisée selon le modèle d'entreprise, de nature privée et qui s'oppose à la logique publique, elle développe pourtant une fonction d'intérêt collectif⁵³⁵. Cette critique a poussé certains auteurs à rechercher des critères plus précis permettant de caractériser l'activité des personnes privées participant à l'action administrative. C'est notamment le cas de M.S. Giannini qui, tout au long

⁵³² P. CATTANEO, « Servizi pubblici », in *Enciclopedia del diritto*, XLII, 1990, p. 372 : « *Même sans sous-évaluer les traits communs aux diverses formes de régulation, il est légitime de douter de la validité, et donc de l'utilité, d'une catégorie de services publics si large qu'elle comprend, à côté des activités économiques publiques, prises en charges et organisées directement par une personne publique, toute forme possible d'activités économiques privées (...). L'inclusion de toutes les activités planifiées dans la catégorie ne permet pas non plus de distinguer au sein des activités mises en oeuvre par les sujets publics celles qui, de par leur forme juridique et les modalités de gestion ont un caractère exclusivement ou majoritairement entrepreneurial et se trouvent, du fait de leur programmation, dans une position analogue à celles des entreprises privées* ». Traduction libre de : « *Pur senza sottovalutare i tratti comuni alle diverse forme di disciplina, è legittimo dubitare della validità, e, comunque, dell'utilità, di una categoria di servizi pubblici tanto ampia da comprendere accanto ad attività economiche propriamente pubbliche, assunte ed organizzate direttamente da un soggetto pubblico, che le svolge con propri mezzi e agenti, anche ogni forma possibile di attività economica privata, sol che ricada nell'ambito di applicazione di uno dei tanti piani o programmi di settore di cui è ricca la nostra legislazione. L'inclusione di tutte le attività comunque programmate nella categoria non consente neppure di distinguere in seno alle attività dei soggetti pubblici quelle che per forma giuridica e criteri di gestione hanno carattere esclusivamente o prevalentemente imprenditoriale e si trovano nei confronti della programmazione, in posizione analoga a quelle delle imprese private* ».

⁵³³ F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F.G. COCA (ed), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 634s

⁵³⁴ G. GUARINO, « L'impresa come modello organizzativo tipico » in *Libertà economiche e libertà politiche. Riforma dell'impresa e riforma dello Stato*, Fondazione Agnelli, Quaderno 12/1977, p. 16s

⁵³⁵ Ibid, p. 16

de son œuvre, et à partir d'une observation attentive des intrusions de l'État dans l'économie, tentera d'affiner la définition du service public au sens objectif⁵³⁶. Cet auteur part de la vision de Potosching en critiquant le caractère insuffisant de la seule fin sociale de l'activité. Pour lui, le service public doit comporter « *une substitution de la libre disponibilité des fins opératoires et l'imposition d'objectifs qui vont plus loin que les seuls intérêts privés* »⁵³⁷. D'autres auteurs vont encore plus loin, en affirmant que l'activité doit être imputable⁵³⁸ à l'État, de façon à constituer, à tout moment, une démonstration de sa volonté⁵³⁹. Foïs s'appuie sur cette théorie pour expliquer que ce ne sont pas les finalités de l'activité qui doivent être prises en compte pour qualifier une activité de service public, mais les instruments et pouvoirs mis en œuvre pour réaliser cette finalité⁵⁴⁰.

91. Malgré les problèmes de définition que comporte la conception objective du service public, c'est bien celle qui continue d'être retenue en doctrine aujourd'hui, la conception subjective ayant largement été battue en brèche par le droit de l'Union européenne. Les diverses solutions offertes par la doctrine arrivent, à la conclusion que le service public est une activité qui reçoit une réglementation déterminée, opérée par le législateur, à cause d'une certaine valeur des titres et des intérêts en jeu⁵⁴¹. En droit anglais, l'absence d'une conceptualisation juridique de la notion rend la recherche de critères encore plus difficile qu'en droit français (C).

⁵³⁶ En définitive, nous dit Giannini, cité par Guarino, « *le service public se caractérise par l'offre au public, mais pas toujours (car il peut être destiné seulement à des catégories particulières), il se caractérise par l'attribution d'une activité dans des mains publiques, mais pas toujours (parce que le public peut signifier un service géré par des privées à l'égard desquels l'organisme public exerce des pouvoirs confirmatifs), il se caractérise par le contenu de la prestation essentielle pour l'existence de la communauté (mais pas toujours, car certaines activités essentielles continuent d'être exercés par des privés). Il se caractérise enfin par l'absence de pouvoir autoritaires, mais pas au point d'exclure des mélanges entre la fonction publique et le service public* ». Ibid, p. 18

⁵³⁷ M.S. GIANINNI, *Diritto pubblico dell'economica*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 140

⁵³⁸ Traduction de « riferibile ».

⁵³⁹ F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, p. 199

⁵⁴⁰ S. FOIS, « Presupposti e modelli per una disciplina dell'attività radiotelevisiva », in P. BARILE, E. CHELI e R. ZACCARIA (ed), *Radiotelevisione pubblica e privata*, Il Mulino, 1980, p. 59

⁵⁴¹ L. BIANCHI, *Radiotelevisione e servizio pubblico*, CEDAM, 2008, p. 70

C) À la recherche de critères en droit anglais

L'absence d'une notion formelle de service public dans la jurisprudence anglaise est évidemment un obstacle à la définition de critères de qualification. Le fait qu'une loi soit nécessaire pour créer un service public limite le besoin de recourir à de tels critères. Toutefois, il est aujourd'hui possible de s'approcher d'une caractérisation de la notion à travers le travail de certains auteurs en doctrine (1). Le juge anglais a, également, ces trente dernières années, et devant l'évolution du droit public anglais, été amené à dégager des critères de qualification pour certaines notions instrumentales s'approchant de la notion fonctionnelle de service public (2).

1) Une notion de service public fréquemment utilisée en doctrine

92. Nombreux sont les auteurs en doctrine à se référer expressément à la notion de service public dans un cadre juridique. L'expression de « service public » apparaît notamment de façon presque systématique dans la littérature relative au New Public Management⁵⁴², mais également dans celle relative à la privatisation des anciens monopoles⁵⁴³, dont les activités sont parfois soumises à une forte régulation et qualifiées de « private utilities ». Elle apparaît enfin dans les ouvrages relatifs aux conséquences juridiques, en droit interne, du droit de l'Union européenne⁵⁴⁴. Peu des travaux cités s'attachent cependant à donner une définition juridique et instrumentale à la notion, puisque comme nous l'avons vu, celle-ci n'est pas indispensable à la compréhension du système de droit public anglais.

⁵⁴² R. BUTLER, « Managing the new public service towards a new framework ? », *Public policy and administration*, 1992(7) n° 3 ; R. HAMBLETON, P. HOGETT, F. TOLAN, « The decentralization of public services, a research agenda », *Local Government studies*, 1989 (15)1, p. 39 ; R. HARISALO, « Powershift in democracy, Public services and local government », *Local government studies*, 1991(1), p. 16 ; K. WALSH, « Quality and public services », *Public administration*, 1991(69), p. 503, tous cités par A-E. VILLAIN-COURRIER, *Op cit*, p. 133, note 588

⁵⁴³ De manière non exhaustive voir R. A. RHODES, « The hollowing out of the State : The changing nature of the public service in Britain », *The Political Quarterly*, 1994, p. 138 ; T. PROSSER, « Privatization's unexpected offspring », *Law and contemporary Problems*, 2000(4), p. 63 ; M.E. BEESLEY, *Privatization, regulation and deregulation*, Routledge, 1997 ; C. GRAHAM et T. PROSSER, *Privatizing public enterprises*, Clarendon Press, 1991 ; M. J. GOLDSMITH & E. C. PAGE, « Farewell to the British State? » in J.E. LANE (ed), *Public sector Reform*, Sage, 1997, p. 147 ; T. PROSSER, « Social limits to privatization », *Brooklyn Journal of International Law*, 1995(21), p. 213 ; D. PARKER, « Regulation of privatized public utilities in the UK : performance and governance », *The international journal of Public Sector Management*, 1999, p. 213

⁵⁴⁴ Par exemple, T. PROSSER, « Competition law and Public Services : From single Market to Citizenship rights ? », *European Public Law*, 2005(4), p. 543 ; T. PROSSER, *The limits of Competition Law : Markets and Public services*, OUP, 2005

Un auteur peut être cité à titre de contre-exemple : avant de s'interroger, dans son essai sur l'État contractuel, sur l'ampleur et les conséquences juridiques de l'externalisation⁵⁴⁵, I. Harden a d'abord recherché les éléments permettant de définir le service public. Il rejette d'abord le statut de la personne et le mode de financement pour distinguer les services publics des services privés⁵⁴⁶.

Selon lui, le service peut être qualifié de public si l'autorité publique est intervenue pour déterminer l'existence de l'activité soit à « travers la nature des ressources utilisées pour la fourniture du service » soit à travers *the command of law* pour faire de la fonction un *public law duty*. Autrement dit, il est nécessaire de rechercher « *tout élément traduisant une manifestation de l'autorité publique dans l'exercice de l'activité, imposant des ressources ou règles dérogatoires au droit commun* »⁵⁴⁷. Dans la conception anglaise des services publics, il faut distinguer entre les activités prises en charge par les autorités publiques (même si les prestations sont fournies au public par un concessionnaire privé) et les activités privées réglementées dans l'intérêt général par une autorité publique. Une zone floue entre public et privé est caractéristique du droit anglais⁵⁴⁸, mais avec l'évolution du droit administratif anglais, ainsi qu'avec l'introduction du HRA, il a fallu, tout comme en France depuis les arrêts *Montpeurt* et *Bouguen*, déterminer des critères pour savoir quand les entreprises privées devaient être soumises au droit public. Le juge a donc dégagé des critères qui comme en France avec l'arrêt *APREI* mettent l'accent sur le contrôle de l'autorité publique sur l'entité privée (2).

2) Des critères dégagés par le juge s'approchant des critères d'identification français du service public

Les critères qui ont du être dégagés par le juge concernent d'abord l'ouverture du recours en judicial review, qui réunit désormais les différents recours de droit public autour

⁵⁴⁵ I. HARDEN, *The contracting State*, Open university Press, 1992

⁵⁴⁶ Ibid.

⁵⁴⁷ A-E. VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale (...)*, Op cit, p. 133

⁵⁴⁸ J. BELL, « Le service public : l'expérience britannique », AJDA, 1997, p. 133

d'une procédure commune (a), mais aussi les recours pour l'application de l'article 6(1) du Human Rights Act qui s'applique seulement aux *public authorities* (b).

a) Des critères pour l'ouverture des recours en *judicial review*

93. Avant l'importante réforme de 1977, le requérant pouvait utiliser le recours en *declaration*, ou demander le respect d'une situation juridique par le recours en *injunction*, et du fait de la similarité de ces conditions avec les règles de procédure civile, ces recours étaient qualifiés de recours de droit privé. Cette distinction entre « recours de droit privé » et « recours de droit public » n'était toutefois que procédurale et le fait d'opter pour un recours résultait de stratégies procédurales telles qu'elles existent dans le droit anglais⁵⁴⁹. En 1977, une réforme de l'*Order 53* conduit à une meilleure structuration des recours contre les actes des autorités administratives : elle réunit les recours de *mandamus*, *certiorari to quash* et *prohibition* au sein de l'*application for judicial review* et élargit celle-ci aux recours en *declaration* et en *injunction* qui relevaient auparavant des procédures de droit privé. Toutefois, les recours en *declaration* et en *injunction* pouvaient encore être obtenus en suivant la procédure de droit commun, qui était plus avantageuse pour les requérants, sauf quand le cas était un cas de « droit public ». La réforme de 1981 précise ensuite les critères à prendre en compte pour considérer que l'on est dans une « situation de droit public »⁵⁵⁰.

94. En 1983, la Chambre des Lords, dans son important arrêt *O'Reilly v. Mackman*⁵⁵¹,

⁵⁴⁹ R. DAVID parle à propos du droit anglais d'un « law of remedies », qu'il oppose à un « law of rights » à l'origine français. L'exercice du droit anglais se résume à « connaître les conditions juridiques propres à chaque recours, développées pour chaque espèce, pour parvenir à intégrer la bonne catégorie procédurale », V. R. DAVID, *English law and French Law*, Stevens and Son, 1980, p. 1-3 ; V. aussi J. W. F. ALLISON, *A continental distinction in the Common law, a historical and Comparative Perspective on English Public Law*, OUP, 2ème éd, 2000 et F. W. MAITLAND, « The forms of action at Common Law : a course of lectures », Cambridge, 1948, p. 1, cité par J. W. ALLISON, Op cit, p. 126

⁵⁵⁰ Section 31(2) of the Senior Courts Act 1981. P. CRAIG résume la situation comme suit : « *Declarations and injunctions can be granted pursuant to an application for judicial review if the Court considers, having regard to the nature of the matters and the nature of the persons and bodies against whom a remedy may be granted by the prerogative orders, and all the circumstances of the case, that it would be just and convenient for the declaration to be made or for the injunction to be granted. (...) A declaration or an injunction can be granted provided that the subject-matter of the application is of a public nature and hence suited to judicial review* (R. v British Broadcasting Corporation, Ex p. Lavelle (1983) 1 W.L.R 23 QBD at 30-31) » P. CRAIG, *Administrative law*, Op cit, 27-004, p. 835

⁵⁵¹ *O'Reilly v. Mackman*, (1983), 2 A.C 237 HL.

interprétera la loi en limitant les cas dans lesquels les recours en injonction et en déclaration peuvent être exercés en dehors de la procédure en *judicial review* prévu par l'Order 53. Lord Diplock expose le raisonnement de la Cour : alors que les *prerogative orders* étaient, avant la réforme de 1981, soumis à des limitations qui rendaient ces procédures peu attractives, la réforme de l'Order 53 a supprimé ces limitations⁵⁵². Elle a également prévu des garde-fous pour les autorités publiques. Permettre aux requérants de procéder à n'importe quel recours dans des conditions procédurales très favorables pour eux (les conditions des recours de droit privé) risquerait de « gêner la politique sous-jacente à ces garde-fous »⁵⁵³. C'est pourquoi Lord Diplock considère qu'opérer un recours en *declaration* en dehors de l'*application for judicial review* constitue normalement un « abus de procédure ». Déterminer le ou les critères d'application d'ouverture de l'*application for judicial review* apparaît dès lors indispensable⁵⁵⁴ et ouvre une problématique similaire à celle que connaît le juge administratif français lorsqu'il tente de définir les frontières du droit administratif⁵⁵⁵.

95. Deux critères furent d'abord systématisés par la doctrine⁵⁵⁶, mais ces critères peuvent être regroupés à l'intérieur d'une catégorie commune⁵⁵⁷, celle de la « source des pouvoirs de l'autorité ». Lorsque le Parlement est à l'origine des pouvoirs de l'autorité, l'organe est présumé

⁵⁵² Lord Diplock, *O'Reilly v. Mackman*, (1982), 3All E.R. p. 1125-1135, spe p. 1133 ; Trad. A-E. Villain-Courrier.

⁵⁵³ Qui consistait à garantir la rapidité, la bonne administration et la protection des tiers susceptibles d'être affectés par la décision.

⁵⁵⁴ Voir P. CRAIG : « *The decision in O'Reilly raised a number of important questions. First, what are the exceptions to O'Reilly : how do you "get out" of the judicial procedure ? Secondly, how public must a case be to brought within the judicial review procedure : how do you "get into" this procedure ?* », Op cit, p. 837

⁵⁵⁵ En ce sens voir O. DAWN, *Common values and the public-private divide*, Butterworths, 1999, 322, p. 73 ; Lord Woolf of Barnes, « Droit public - English style », Public Law, 1995, p. 57

⁵⁵⁶ Voir P. CRAIG, « Public law and control over Private Power », in M. TAGGART, *The province of administrative law*, Hart Publishing, 1997, p. 196 ; J. BEATON, « "Public" and "Private" in English administrative Law », L.Q.R., 1987 (34), p. 103 ; P. CANE, « Public Law and Private Law : a study of the Analysis and Use of a legal concept », in J. EEKELAR et J. BELL (ed), *Oxford essays in jurisprudence*, 3ème édition, OUP, 1987 ; J. ALLISON, *A continental distinction in the Common Law : a historical and Comparative Perspective on English Public Law*, OUP, 1996 ; N. BAMFORTH, « The public law-Private law distinction : A comparative and philosophical approach », in P. LEYLAND et T. WOODS (ed), *Administrative law facing the future : Old constraints and new horizons*, Blackstone, 1997 ; C. CAMPBELL, « The nature of power as public in English Judicial Review », C.L.J., 2009, p. 90

⁵⁵⁷ C'est ce que fait A-E. VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 72s

être public⁵⁵⁸. De même lorsque l'organe tient ses pouvoirs d'une « prerogative », c'est-à-dire d'un acte juridique issu du Gouvernement⁵⁵⁹, l'organe doit être considéré comme public. Le formalisme de ces critères posant problème⁵⁶⁰, le juge a été amené à s'intéresser, de manière substantielle, à la nature des pouvoirs exercés par l'autorité pour dégager un troisième critère. Dans l'arrêt *R v. Panel on Take-overs and mergers, ex parte Datafin*⁵⁶¹, il considère que lorsqu'une autorité n'a été créée ni par la loi, ni par une *prerogative*, elle n'en est pas pour autant exclue *de facto* du recours en judicial review, dès lors qu'on peut considérer que les pouvoirs exercés par l'organe sont de nature publique.

96. Ce critère étant très ouvert, il conduit à une certaine indétermination⁵⁶². C'est pourquoi le juge a dégagé un faisceau d'indices permettant de déterminer si la nature des pouvoirs exercés par l'autorité était publique. D'abord, le Panel ne prenait pas ses décisions de manière libre, mais avait pour fonction d'imposer un code collectif aux entreprises qu'il régulait. Ensuite, le Panel prenait en charge un *public duty*, qui se manifestait par la volonté du législateur de limiter son intervention dans ce secteur, et de se reposer sur la régulation mise en place par le panel⁵⁶³. Le

⁵⁵⁸ P. CRAIG, « Public law and control ... », Op cit, p. 198. Au contraire, lorsqu'un contrat est à l'origine des pouvoirs de l'autorité, la question ne peut que relever du droit privé. Le problème posé par cette « summa divisio » est soulignée très tôt par S. FREDMAN et G. S. MORRIS, in « The costs of exclusivity : public and private re-examined », Public Law, 1994. Cela suppose que lorsque des organes sont créés par contrat, comme les contrats NHS, le recours par la voie de « judicial review » n'est pas possible alors même que ces organes remplissent des fonctions gouvernementales.

⁵⁵⁹ Lord Parker in *R v. Criminal Injuries Compensation Board, ex parte Lain* [1967], 2 QB, 864, p. 881

⁵⁶⁰ Voir J. L. LLOYD in *R v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin* (1987) QB 815, spe p. 847. En l'espèce, le requérant demandait l'annulation d'un acte édicté par une commission dite le Panel. Cette commission avait été créée sur l'initiative de sociétés commerciales et d'organismes bancaires chargées par ces sociétés de contrôler les conditions des fusions et des concentrations des entreprises. Cette commission avait ensuite elle-même déterminé un code de conduite. Le juge Donaldson, étudiant la possibilité d'une intervention judiciaire par le biais du judicial review dans un domaine auto-régulé, n'ayant pas fait l'objet d'un encadrement par les pouvoirs publics estime que ne pas intervenir « signifierait que cet organisme remarquable est au-dessus des lois ». Or « *il existe un principe de droit anglais d'après lequel tout accord visant à l'éviction de la compétence juridictionnelle est invalide* (d'après le précédent jurisprudentiel posé par Lord Atkin dans *Czarnikov v. Roth, Schmidt and Co* (1922), 2 KB 478 spec p 491). L'intervention du juge est donc, sur le fondement de ce principe, justifié même pour un organisme autorégulé. Sir DONALDSON, *R. v. Panel on take-overs and mergers ex parte Datafin Plc*, p. 827. Voir aussi P. CRAIG, « Public control over ... », Op cit, p. 198-199

⁵⁶¹ *R v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin* (1987) QB 815.

⁵⁶² V. P. CRAIG, Op cit, p. 200 « *The uncertainty which this third test generates is to be expected. It is the price to be paid for moving away from formalistic tests based upon the source of power or upon the narrow definition of the prerogative orders given above* ».

⁵⁶³ *R v. Panel (...)* ex parte *Datafin*, Op cit, 838-9, 848-9 et 850-1

gouvernement avait en effet « implicitement dévolu certains pouvoirs »⁵⁶⁴ au Panel par une législation qui présupposait l'existence de celui-ci. Si certains de ses pouvoirs reposaient partiellement sur la persuasion morale, celle-ci était renforcée par des pouvoirs dévolus législativement au gouvernement et à la Banque d'Angleterre⁵⁶⁵. Enfin, le dernier critère à prendre en compte pour déterminer le caractère public des pouvoirs était l'ouverture de voies de recours alternatives au *judicial review*. Cet argument ne signifie pas que le *judicial review* soit considéré par les juges comme susceptible de remplir un vide juridique, au contraire : selon les juges, l'absence de recours alternatifs possibles signifie que l'espèce ne peut relever des recours de droit privé et qu'il présente donc une nature exorbitante⁵⁶⁶. Le même raisonnement fut appliqué dans l'arrêt *R. v. Advertising Standards Authority ex parte the Insurance Services Plc*⁵⁶⁷. Cette technique d'identification des cas susceptibles de faire l'objet d'un recours en *judicial review* est donc fondée sur un faisceau d'indices, techniques d'identification qui rappelle bien évidemment celle dégagée par la juge dans l'arrêt *APREI*. Les éléments faisant partie de ce faisceau d'indices renvoient presque tous à l'intention du législateur, qui a voulu ou non confier un *public duty* à l'organe dont il s'agit, ce qui rappelle également la première configuration soulignée par l'arrêt *APREI*. Toutefois, la ressemblance des critères retenus pour l'application de l'article 6(1) du HRA avec l'arrêt *APREI* est encore plus frappante, puisqu'ils renvoient plus précisément au lien de création, de subordination et de régulation entre la puissance publique et l'autorité dont il est question (b).

b) Les critères pour l'application de l'article 6(1) DU HRA

97. Le juge anglais a aussi été amené à dégager des critères pour qualifier ce qui est public

⁵⁶⁴ Ibid, 849

⁵⁶⁵ Ibid, 838-9 et 851-2

⁵⁶⁶ Ibid, 8398-9 ; Voir A-E. VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 80-81 et voir l'application de ce critère dans les cas *R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Guinness plc* (1990) 1QB 146R ; *R. v. Civil service Appeal Board, ex parte Bruce* (1988) ICR 171.

⁵⁶⁷ *R. v. Advertising Standards Authority ex parte the Insurance Services Plc* (1989), *Administrative law reports*, 1990, p. 77s

dans son interprétation de l'article 6(1)⁵⁶⁸ du Human Rights Act . Cet article dispose qu'il est « illégal pour une autorité publique (*public authority*) de ne pas se conformer à un droit reconnu par la Convention européenne des droits de l'Homme ». L'article 6(3) dispose qu'une *public authority* inclut « *une cour ou un tribunal, et toute personne dont les fonctions sont des fonctions à nature publique* »⁵⁶⁹. L'article 6(5) exclut du champ de la *public authority* les actes de nature privée édictés par des personnes privées. Cet article établit donc une distinction entre les organes publics à proprement parlé et les autorités publiques hybrides : le HRA s'applique de manière systématique aux premières tandis que pour les deuxièmes, il s'applique quand celles-ci exercent des fonctions publiques, mais pas lorsqu'elles exercent des fonctions privées⁵⁷⁰. Il a donc de nouveau fallu déterminer des critères permettant de reconnaître⁵⁷¹ les « *autorités publiques hybrides* »⁵⁷² pour déterminer le champ d'application du HRA. Ces critères prennent encore la forme d'un faisceau d'indices, car « il n'existe pas un test unique d'application universelle »⁵⁷³. Dans l'arrêt *YL*⁵⁷⁴, Lord Bingham établit une liste de facteurs qui doivent être pris en considération pour dégager la « *fonction publique* » d'une autorité. Cette liste inclut le rôle et la responsabilité de l'État dans l'activité en question ; la nature et le degré de l'intérêt public de la

⁵⁶⁸ D. OLIVER, « The frontiers of the State : Public authorities and Public functions under the HRA », *Public Law*, 2000, p. 476 ; M. SUNKIN, « Pushing forward the frontiers of Human Rights protection : the meaning of public authority under the Human Rights Act », *Public Law*, 2004 p. 643 ; C. CAMPBELL, « The nature of the power as public in English Judicial Review », *C.L.J*2009 (68), p. 90 ; Lord Pannick, « Functions of a public nature », *J.R.*, 2009 p. 109

⁵⁶⁹ Le Parlement est cependant exclu, comme toute personne exerçant des fonctions qui se rapportent au fonctionnement de celui-ci.

⁵⁷⁰ V P. CRAIG, *Administrative law*, Op cit, p. 602 ; Cette distinction a été soulignée de manière claire par le Ministre lors des débats au Parlement, lequel expliqua que « *Obvious public authorities, such as central government and the police are caught in respect of everything they do* », alors que « *Public but not private acts of bodies that have a mix of public and private functions are also covered* », Voir HC. Deb, Coll 775 (February 16, 1998). Cet argument a été accepté par la Chambre des Lords : voir *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Walbank* (2004) A.C 546 HL.

⁵⁷¹ Etant donné que comme le rappela le Ministre de l'intérieur au Parlement, liste des autorités publiques soumises au texte ne peut qu'être non exhaustive.

⁵⁷² P. CRAIG, Op cit, p. 603

⁵⁷³ Souligné par Lord Nicholls dans *Aston Cantlow* (2004) 1 A.C 546 at (12). Le paragraphe entier est le suivant : « *What then is the touchstone to be used in deciding whether a function is public for this purpose? Clearly there is no single test of universal application. There cannot be, given the diverse nature of governmental functions and the variety of means by which these functions are discharged today. Factors to be taken into account include the extent in which in carrying out the relevant function the body is publicly funded, or is exercising statutory powers, or is taking the place of central government or local authorities, or is providing a public service* ».

⁵⁷⁴ *YL* (2008) 1 A.C 95

fonction ; la nature et l'étendue des pouvoirs ou missions conférés par la loi à l'organe, en relation avec cette fonction ; le degré par lequel l'État régule, supervise et contrôle, directement ou indirectement, la réalisation de la fonction, en prenant en compte le degré des sanctions imposées lorsque l'autorité ne respecte pas les standards requis ; la mesure dans laquelle l'État est prêt à payer, directement ou indirectement, pour la fonction en question ; la mesure dans laquelle une mauvaise mise en œuvre de la mission risquerait de mener à la violation d'un droit individuel reconnu par la Convention.

Conclusion §1 :

98. Dans les deux cas où le juge britannique a du déterminer des critères pour l'application de normes, ou de recours de droit public à certains organes de nature privée ou hybride, il s'est fondé sur des indices ayant trait à l'intention du législateur, tel que la dévolution de certains pouvoirs à une autorité ainsi que sur le contrôle exercé par l'État sur ces organes du fait de la reconnaissance d'un *public duty*. Ces critères peuvent être rapprochés de ceux dégagés dans la troisième hypothèse de l'arrêt APREI : l'intérêt général et le lien existant entre l'État et la personne chargée de mettre en œuvre la mission d'intérêt général. Ces deux critères cumulés nous montrent que c'est bien du législateur, ou de façon plus générale, de la puissance publique que découle la volonté de qualifier une activité en termes de service public, du fait de l'importance que revêt, à ses yeux, l'activité en question pour l'interdépendance sociale. De même, en Italie, toutes les définitions du service public après l'entrée en vigueur de la Constitution ont en commun de se baser sur un acte de volonté des gouvernants pour retenir la qualification de service public, acte de volonté qui se caractérise par un contrôle des gouvernants sur l'activité en cause. On rejoint alors la définition strictement positiviste, et quelque peu tautologique donnée par Jèze, selon lequel « *C'est exclusivement [aux gouvernants] qu'il appartient de « dire quels sont les besoins communs qu'il convient de satisfaire par des organisations de service public* »⁵⁷⁵. Ainsi peut-on rejeter avec l'auteur l'idée qu'il existerait des

⁵⁷⁵ G. JEZE, « Aspects politiques des problèmes financiers » Appréciation, par les gouvernants et leurs agents, de l'opportunité d'agir. Création, organisation et fonctionnement des services publics », RDP 1943, p. 11

« services publics par nature », idée avancée par Duguit et Hauriou⁵⁷⁶. Toutefois, comme nous le montre le débat italien sur la notion objective de service public, la simple orientation par le législateur des finalités de l'activité n'est pas suffisante pour qualifier une activité de service public. Il est nécessaire que le législateur décide d'imposer à un opérateur des finalités qui vont plus loin que les finalités d'un opérateur normal sur le marché, et que ce faisant, il soustraie ces activités à l'application normale des règles du marché. Historiquement, la soustraction aux règles du marché s'est effectuée dans les trois pays sous la forme d'un monopole. Le monopole peut constituer un critère d'identification, mais constitue aussi un élément du régime juridique (§2).

§2 Le monopole, critère historique d'identification du service public

99. En Italie, le monopole a une place centrale dans la conception subjective et objective du service public (A). Au Royaume-Uni, il est justifié pour les propriétés de l'État, par le *common law* et ensuite inhérent à l'idée de *Public Corporation* (B) tandis qu'en France, la jurisprudence du Conseil d'État et l'alinéa 9 du préambule de 1946 le protègent également.

A) Le monopole dans la conception subjective et objective du service public en Italie

100. Comme nous l'avons vu dans la section 1 de ce Chapitre, dans la définition subjective du service public, la propriété publique de l'activité, ainsi que le monopole réservé à celle-ci sont indispensables à la qualification de l'activité comme service public⁵⁷⁷. Ainsi, S. Cassese explique-t-il que « *le régime traditionnel des services publics était caractérisé par la réserve exclusive (à l'État) en vertu de laquelle tous les sujets sont privés de la possibilité d'entreprendre dans le secteur. Le régime de la réserve exclusive s'accompagnait de la gestion directe par l'État*

⁵⁷⁶ V. par exemple la controverse sur les théâtres, M. HAURIUO, « Exploitation théâtrale et Service public : nature juridique d'une convention portant sur la concession d'un emplacement pour la construction d'un "Palais philharmonique" », note sous Conseil d'Etat, 7 avril 1916, *Astruc et Société du Théâtre des Champs-Élysées c. ville de Paris*, Publié au Recueil ;, G. JEZE « Théâtres nationaux, services publics », note sous CE, 27 juillet 1923, *Gheusi*, RDP 1923 p. 561-562

⁵⁷⁷ Voir notamment S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, 3^{ème} ed, Società Editrice Libreria, 1913, p. 3

[...] »⁵⁷⁸. Ce lien nécessaire entre service public et monopole public est confirmé par les différentes lois sur la municipalisation, qui prévoient que certaines activités, étant qualifiées de service public, peuvent donc être soustraites au marché et exercées de manière exclusive par les communes. Au Royaume-Uni, le monopole pour la mise en œuvre des activités publiques est d'abord protégé par le *common law* et ensuite inhérent à l'idée de *public Corporation* (B).

B) Le monopole au Royaume-Uni

Le monopole est d'abord justifié par le régime de la propriété en *common law* (1), et il est ensuite, au XXe siècle, inhérent à l'idée de Public Corporation (2).

1) Le monopole justifié par le Common Law

101. T. Perroud montre comment, au Royaume-Uni, le monopole public est justifié, avant les grandes lois de nationalisation, par le régime de la propriété⁵⁷⁹. Les personnes publiques étaient en *common law*, jusque dans les années 90, censées exercer une propriété dite ordinaire, comparable à la propriété privée⁵⁸⁰. Or, la propriété privée permet à son titulaire d'exclure un concurrent en lui refusant l'accès à la propriété. Cette conception permettra aux personnes publiques exerçant des activités en réseau d'établir un monopole de fait en rejetant l'accès à des personnes privées. Cette conception fut battue en brèche lorsque le législateur décida lui-même de nationaliser certaines entreprises (2).

2) Le monopole, inhérent à l'idée de Public Corporation au XXème siècle

102. La construction historique et politique du concept de service public à la fin du XIXe impulsera également une conceptualisation plus systématique des procédés juridiques permettant leur mise en œuvre. Cela passait par l'idée que « *le Peuple devait posséder collectivement les*

⁵⁷⁸ S. CASSESE, « Servizi Pubblici », Op cit.

⁵⁷⁹ T. PERROUD, *La fonction contentieuse ...*, Op cit, p. 432s

⁵⁸⁰ A l'origine le juge de Common law considère que le droit de propriété d'une personne publique n'est en rien différent du droit de propriété privé : v. *The Queen v Committee for the Commonwealth of Canada* (1991) 77 DLR (4th) 358, spéc. p. 402^e par Justice La Forest. Cette affirmation est aujourd'hui rejetée en Angleterre : *V. R v Somerset CC, ex p Fewings* (1995) 1 WLR 1037, spéc. 1042G-H par Sir Thomas Bingham MR ; *Hillingdon LBC, ex parte McDonagh* (1999) 31 HLR 531, spéc. 539, d'après Justice Carnwath.

principaux atouts de la Nation, ou au moins une partie d'entre eux »⁵⁸¹. P. Craig écrit ainsi que « *la principale forme institutionnelle pour réaliser (l)es objectifs [énoncés plus hauts] était l'entreprise publique* »⁵⁸². C'est H. Morrison, futur ministre des Transports du gouvernement (travailliste) Mc Donald, qui avait conceptualisé la notion de « Public Corporation » comme « *propriété publique, responsabilité devant le public et gestion commerciale à des fins publiques* »⁵⁸³, en opposition, comme il le raconte plus tard⁵⁸⁴, avec l'aile la plus à gauche du parti travailliste.

103. L'objet juridique de Corporation existait en Angleterre depuis le XIXe siècle. L'utilisation plus fréquente de cet objet juridique au début du XXe siècle découle d'un contexte idéologique né pendant la Première Guerre mondiale. Elle s'inscrit dans un rejet tant des forces du marché que des forces politiques, privilégiant l'efficacité d'une croissance contrôlée par les experts. Il avait parfois été considéré comme opportun de donner à une organisation la personnalité juridique pour mettre en œuvre des missions publiques⁵⁸⁵, mais cet objet juridique fut surtout utilisé pour mettre à distance le gouvernement de certaines fonctions administratives qui étaient considérées comme devant être éloignées des choix politiques⁵⁸⁶. Dès lors, le statut de « public corporation » était employé lorsque le Parlement était enclin à conférer une autonomie assez grande à une autorité chargée de missions publiques⁵⁸⁷.

104. P. Craig explique que « *Le détail précis des Lois de nationalisations variait, mais certaines caractéristiques communes étaient évidentes. La thématique générale était que l'industrie devait être autonome dans l'administration courante, mais que les ministres devaient*

⁵⁸¹ P. CRAIG, *Administrative Law*, OUP, 7ème ed, 2012, p. 99

⁵⁸² Ibid.

⁵⁸³ F. LEFRESNE, Op Cit, p. 48 ; Voir H. MORRISON, *Socialisation and Transport : the Organisation of Socialised Industries with Particular Reference to the London Passenger Transport Bill*, Hardover, 1933 ; A noter que H. MORRISON fut l'un des architectes britanniques du socialisme municipal : il fut maire de Londres dans les années 20 et développa le réseau de transport de manière très importante.

⁵⁸⁴ H. MORRISON cite en effet dans le livre pré-cité l'opinion d'un dirigeant Trade-unioniste : « *La Corporation publique, sans stratégie socialiste, ne représente que les intérêts du capital* ».

⁵⁸⁵ P. BRADLEY and K. EWING, *Constitutional law and administrative law*, 15ème ed, 2011, chap 14.

⁵⁸⁶ W. WADE, C.F. FORSYTH, *Administrative law*, Oxford University Press, Oxford, 11ème ed, p. 112

⁵⁸⁷ Ibid, p. 113

avoir le pouvoir de déterminer la politique générale. Cela se manifestait [juridiquement⁵⁸⁸] de diverses façons : les ministres possédaient le pouvoir de nomination au conseil de ces entreprises, ils pouvaient émettre des instructions générales. Des sanctions ministérielles existaient pour certains programmes de développement majeurs et les ministres possédaient certains pouvoirs spécifiques sur des sujets financiers »⁵⁸⁹. Toutefois, les ministres n'étaient pas responsables devant le Parlement pour les politiques menées par la Corporation, et c'est sur cet aspect que fut critiqué cet objet juridique par l'aile la plus à gauche du Parti travailliste : la multiplication de la configuration en monopole posait, selon B. Potter Webb et S. Webb, des problèmes au vu de la Constitution, puisque « lorsqu'un organe est créé sans qu'il soit prévu une responsabilité ministérielle devant le parlement, la situation est évidemment peu satisfaisante. Seule la responsabilité ministérielle donne des outils de protection pour les citoyens ... et le consommateur »⁵⁹⁰.

105. Le statut de ces entreprises publiques vis-à-vis de l'application de la concurrence contenait des traits communs : comme le note T. Prosser, avant 1980, les industries nationalisées par la loi avaient largement exclu les autorités de la concurrence de leur champ de compétence. La configuration par la loi du Monopole les protégeait des *restrictive practice legislation* et il aurait été illogique pour un ministre de déférer une industrie nationalisée à la Commission des Fusions et des Monopoles⁵⁹¹. Ainsi, le Fair Trading Act de 1973 excluait explicitement de la compétence du *Director General of Fair Trading* la possibilité de déférer à cette Commission les Monopoles du Gaz, de l'électricité, du ferroviaire, des routes, des Postes, des Télécommunications, et de l'Eau⁵⁹². Ainsi, pour T. Prosser, la protection des principes de service public était, durant le monopole, politique et discrétionnaire : l'intérêt public était protégé par les nationalisations, décidées par la loi. En France, le monopole est un élément du régime dégagé par le Conseil d'État, et ensuite repris par l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 (C).

⁵⁸⁸ Précision de l'auteur.

⁵⁸⁹ P. CRAIG, Op cit, p. 99

⁵⁹⁰ Machinery of Government Report, Cmnd 9230, 1918, cité par J. CURRAN et J. SEATON, *Power without responsibility, Press Broadcasting and the internet in Britain*, Routledge, 7ème éd, 2010, p. 111

⁵⁹¹ T. PROSSER, « The UK approach to Competition Law and Public Services », Op cit, p. 42

⁵⁹² T. PROSSER, Op cit, p. 43

C) *Le monopole en France*

En France, le monopole est d'abord conceptualisé par la jurisprudence administrative (1), puis évoqué par la Constitution de 1946 (2).

1) *Dans la jurisprudence administrative*

106. En France, comme l'explique T. Perroud⁵⁹³, un raisonnement semblable à celui qui existait dans le *common law* concernant la propriété est impossible, car les dépendances du service public appartiennent pour la plupart au domaine public⁵⁹⁴, qui est régi par le principe de liberté d'accès. Toutefois, le Conseil d'État a progressivement exclu la concurrence des services en réseau, comme l'a montré A. De Laubadère dans sa thèse⁵⁹⁵. Dans un arrêt *Sassey* du 16 décembre 1921⁵⁹⁶, le Conseil d'État s'appuie sur le danger d'encombrement du domaine public pour exclure la possibilité pour la ville d'Auxerre d'autoriser l'ouverture d'un deuxième service de transports de voyageurs, en sus de celui exercé par son concessionnaire⁵⁹⁷. A. de Laubadère explique que le critère du « danger d'encombrement » qui justifie l'exclusion à la concurrence, a ici le caractère d'un monopole de police. Or, explique-t-il, « *c'est cette réserve que l'on va voir disparaître : en détachant complètement le monopole des nécessités de la police, le Conseil d'État, [...] va imposer ce point de vue que son établissement comme sa réalisation cesse d'appartenir à l'ordre de la police pour pénétrer sur le terrain de l'intervention*

⁵⁹³ V. T. PERROUD, Op cit, p. 434s

⁵⁹⁴ Pour le domaine ferroviaire V. Y. GAUDEMET, *Droit administratif des biens*, tome 2 du Traité de droit administratif, préc., p. 100, n°178, pour l'appartenance des gares au domaine public V. aussi CE, 25 avril 1951, *Pépin*, Rec, p. 212 ; en ce qui concerne les ouvrages des télécommunications V. V. CE, 16 nov. 1934, *Ministre des Travaux publics*, Rec, p. 1078. Les lignes de télécommunications font à l'origine partie du domaine public de l'État (V. J.-M., AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 7ème ed, 2016, n°89). Suite à la disparition des PTT, l'article 22 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications transfère à la personne morale de droit public France Télécom les dépendances qui appartenaient auparavant au domaine public de l'État. La loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 transforme France Télécom en une société anonyme et décline les biens publics appartenant au domaine public. V. A. DURUP DE BALEINE, Fasc. 77, « Domaine public, Télécommunications », *JurisClasseur Propriétés publiques*, 2004, n°5. Les dépendances de la Poste appartenaient également au domaine public jusqu'à leur déclassement par la loi du 11 décembre 2001.

⁵⁹⁵ V. A. de LAUBADERE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies*, Sirey, 1935, p. 340s

⁵⁹⁶ CE, 16 décembre 1921, *Sassey*, Rec, p. 1063

⁵⁹⁷ « la concession accordée au sieur Sassey comporte, pour la raison même du danger d'encombrement qui lui a fait imposer l'unité de service, garantie contre toute concurrence [...] »

économique »⁵⁹⁸.

107. Dans l'arrêt *Société des autobus antibois*⁵⁹⁹, analysé par A. de Laubadère, le Conseil d'État juge qu'« *il appartenait au maire d'interdire aux entreprises privées d'effectuer tout trafic de voyageurs dans l'intérieur de l'agglomération de façon à empêcher la concurrence de ces entreprises avec la société concessionnaire des transports en commun dans ladite agglomération et il était en droit, dans l'intérêt de la commodité et de la sécurité de la circulation de prescrire des itinéraires spéciaux... et d'une façon générale d'aménager dans la commune au mieux de l'intérêt public les conditions de la circulation des entreprises de transport* ». Pour l'auteur, cet arrêt fonde donc « *une intervention purement et uniquement économique* » qui a pour effet d'éliminer la concurrence⁶⁰⁰. L'exigence de protection du concessionnaire prime désormais sur le principe de concurrence⁶⁰¹. Ceci peut s'expliquer par la difficulté pour les services en réseau d'assurer l'équilibre financier du service⁶⁰². La protection des professionnels titulaires d'une autorisation préalable, initiée par le Conseil d'État a ensuite été reprise par le législateur, et le Conseil a même étendu la possibilité pour l'administration d'imposer la nécessité d'une

⁵⁹⁸ V. A. de LAUBADERE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies*, Op cit, p. 341. Cette évolution s'inscrit dans l'évolution de la réglementation du domaine public qui passe d'une logique de police à une logique de gestion explique T. Perroud. qui s'appuie sur P. YOLKA, *La propriété publique : éléments pour une théorie*, L.G.D.J., Coll. Bibl. de droit public, tome 191, 1997, p. 217

⁵⁹⁹ CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, D. 1932, III p. 68, conclusions Latournerie.

⁶⁰⁰ Le Commissaire du gouvernement Josse dans ses conclusions sous l'arrêt *Tramway de Cherbourg* (CE, 9 déc. 1932, Rec. Lebon p. 1050, S. 1933.III.9) va plus loin puisqu'il affirme : « *Le concédant peut, s'il le veut, venir en aide de la façon la plus efficace à son concessionnaire. Il peut (...) atténuer, sinon supprimer les efforts de la concurrence* ».

⁶⁰¹ V. A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983 p. 200 : « *De la possibilité de protéger le contractant de l'administration, on a pu dégager la nécessité de le protéger : cette protection n'est pas seulement un pouvoir de l'administration mais aussi un devoir pour elle, dans la mesure indispensable pour assurer l'exécution du contrat et, à travers elle, la réalisation du service qu'il a pour objet. C'est ce qu'a affirmé le commissaire du gouvernement Josse dans ses conclusions précitées sur l'arrêt Tramways de Cherbourg : « tous les efforts doivent être tentés pour sauver le service.... Il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge* ». La formule peut être généralisée au profit de tout contractant auquel l'administration a confié une mission d'intérêt général. Elle conduit à obliger l'administration à ne pas laisser se développer des activités concurrençant celles du cocontractant, lorsqu'elle en a les moyens », cité par T. PERROUD, Op cit, p. 434, note 1910.

⁶⁰² Dans l'arrêt *Société des autobus antibois* « *l'équilibre financier de la concession, et à terme l'intérêt financier de l'administration concédante est implicitement considéré comme un but d'intérêt général justifiant la réglementation édictée* » écrit C. Teitgen-Colly. V. C. TEITEN-COLLY, *La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative*, Économica, 1981, p. 249, cité par T. PERROUD, Op cit, p. 435

autorisation préalable à des situations non prévues par la loi⁶⁰³, « ce qui a abouti à multiplier les situations de monopoles »⁶⁰⁴.

2) Dans la Constitution

108. Le lien entre service public et monopole est également introduit dans la Constitution, après guerre, avec l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946, qui dispose que : « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Cet article imposait, en principe, à l'Etat de nationaliser une entreprise ayant le caractère soit de service public national, soit d'un monopole de fait, ce qui faisait dire à J. Rivero et G. Vedel que « *le législateur ne peut laisser subsister des services publics nationaux ou des monopoles de fait sous la forme d'entreprises privées* »⁶⁰⁵. Cet article reflète la conception du service public qui dominait après-guerre : le service public national était alors associé à l'entreprise publique⁶⁰⁶ et au monopole. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs appliqué, en 1974, la qualification de service public national à la radiodiffusion française⁶⁰⁷, alors que le monopole préexistait. Les dispositions de l'alinéa 9, qui rentrent dans le bloc de constitutionnalité avec la décision Liberté d'Association de 1971, ont toutefois été interprétées très strictement par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel. Comme l'explique N. Foulquier et F. Rolin, le Conseil réfute avec l'aide des arrêts du Conseil d'Etat⁶⁰⁸, la qualification constitutionnelle de service public national dans

⁶⁰³ CE, Ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, Rec, p. 344 ; RDP 1964, p.1019, conclusions Questiaux. V. note de Laubadère, AJDA 1964, p. 438-444, reproduit in Pages de doctrines, tome 1, pp. 158-159 : « Cette technique nous paraît, du point de vue de la technique générale d'amenuisement des libertés publiques, des plus discutables ».

⁶⁰⁴ J. CHEVALLIER, « Le pouvoir de monopole et le droit administratif français », RDP 1974, p. 21, spéc, p. 36.

⁶⁰⁵ G. VEDEL et J. RIVERO, *Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule*, Collection Droit social, vol. XXI, 1947, p. 20, cité par G. MARCOU, « Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ? », AJDA, 2007, p. 192

⁶⁰⁶ G. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, Op cit, 2000, p. 56, cité par G. MARCOU, Ibid.

⁶⁰⁷ CE 10 juin 1975, *Syndicat national de la radiodiffusion et de la télévision et syndicat national des journalistes*, req. n° 89515 ; CE 12 novembre 1976, *Syndicat unifié de la radiodiffusion et de la télévision*, CFDT, req. n° 98673

⁶⁰⁸ CE Ass. 30 juin 1995, *Union des syndicats CGT de la Caisse des Dépôts et Consignations*, Dr. adm. 1995, n° 683 ; LPA 14 février 1996, concl. J.-Cl. Bonichot, CE Sect. 27 septembre 2006, *François Bayrou et association de défense des usagers des autoroutes publiques de France*, AJDA 2006, p. 2056, chron. C. Landais et F. Lenica

chacune des matières concernées⁶⁰⁹, et ce pour permettre la libéralisation ou la privatisation des entreprises publiques. Le Conseil constitutionnel retient que « *l'alinéa 9 ne s'applique qu'à des services publics dont la nécessité découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle et à des « services publics constitués comme tels par le législateur* »⁶¹⁰, ce qui signifie que le législateur est libre de faire perdre à un service public son caractère de service public national pour permettre la privatisation, ce qui permet de neutraliser la portée et la signification de cet alinéa.

Conclusion §2 :

109. Le critère de la soustraction au marché par la constitution d'un monopole dans le secteur en cause est toutefois controversé. Constitue-t-il un élément d'identification du service public, ou découle-t-il de celui-ci ? Autrement dit, le législateur ou la puissance publique décide-t-il de soustraire l'activité aux règles générales du marché à travers la constitution d'un monopole parce qu'elle constitue une activité de service public (comme dans le cas des lois de municipalisation en Italie) ou peut-on conclure à la qualification de service public du fait de la constitution d'un monopole dans le secteur ? Aujourd'hui, le monopole constitue une exception et n'est absolument pas indispensable à la qualification d'une activité de service public.

Conclusion Sous-section 1 :

110. On observe, dans les trois États, et malgré des différences de conceptualisation juridique du service public, des critères d'identification commun : l'intérêt général et le contrôle des gouvernants sur l'activité en cause. Historiquement, on observe également que les gouvernants ont soustrait ces activités aux règles du marché, à travers l'outil du monopole. Bien qu'il puisse exister des activités gérées par les gouvernants dans l'intérêt public sans monopole, les deux critères sont extrêmement liés au début du XX^{ème} siècle. Il n'est pas étonnant que les gouvernants des trois pays étudiés aient utilisé, voire instrumentalisé la notion de service public pour justifier la création d'un monopole, qui répondait en réalité à des arguments de nature

⁶⁰⁹ CC 25 et 26 juin 1986, *Loi d'habilitation*, n° 86-207DC ; CC 18 septembre 1986, *liberté de communication*, n° 86-217 DC ; CC 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation du crédit agricole*, n° 87-323 DC ; CC, 31 juillet 2003, n° 2003-480 DC, CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, n° 2006-543 DC

⁶¹⁰ G. MARCOU, *Op cit*, p. 195

technique ou politicienne, plutôt qu'à des arguments proprement juridiques (Sous-section 2).

Sous-section 2 : La naissance du monopole de la radio, entre arguments techniques et instrumentalisation politique

111. L'établissement d'un monopole de la radio s'explique dans les premières années par un calquage sur le modèle des PTT, ce qui témoigne du peu d'importance que l'on donnait, à sa naissance, à la radiodiffusion⁶¹¹. Ce n'est que quelques années plus tard que les gouvernements réaliseront que l'importance du média sur la conscience sociale ne permet pas de laisser cette activité au secteur privé. Il est toutefois nécessaire d'établir, avec Jérôme Bourdon, une distinction entre le modèle audiovisuel anglais, stable et peu dépendant des contingences politiques, et celui de l'Europe du sud : « à l'autre extrémité du spectre, écrit l'auteur, l'instabilité majeure se trouve en France, et plus au Sud, dans l'Europe méditerranéenne, où la télévision s'est trouvée étroitement dépendante d'un système politique instable, peu consensuel »⁶¹². Cette opposition se manifeste sans conteste dès la naissance de la radio. À ce moment, l'opposition est déjà marquée entre les modèles (§1) : tandis qu'au Royaume-Uni le contexte politique stable permet dès les années 20 une certaine conceptualisation de la notion de service public audiovisuel grâce à la force brutale du monopole, la situation politique instable de la France et de l'Italie pousse les Hommes politiques à se focaliser sur le contrôle vis-à-vis du média, sans conceptualisation de la notion de service public. Cette opposition se poursuit durant la Seconde Guerre mondiale (§2).

§1 Le monopole avant la guerre : une opposition déjà marquée entre les modèles

La création du monopole dans l'entre-deux-guerres répond en France et en Italie, comme en Grande-Bretagne à des arguments techniques et juridiques (A), mais celui-ci est instrumentalisé très tôt par le pouvoir en place du fait de l'instabilité politique de l'entre-deux-

⁶¹¹ V. S. MUNOZ-MACHADO, *Público y privado en el mercado europeo de la televisión*, Civitas, 1993, p.17

⁶¹² J. BOURDON, *Du service public à la télé-réalité : une histoire culturelle des télévisions européennes 1950 - 2010*, INA éditions, 2011, p. 48

guerres (B).

A) La configuration de la radio sous la forme d'un monopole justifiée à sa naissance par la rareté des ondes

112. À la naissance de la radio, pour sa configuration sous la forme d'un monopole, des justifications différentes sont avancées, qui révèlent déjà un degré de conceptualisation différent entre la Grande-Bretagne d'une part, et la France et l'Italie d'autre part. En Grande-Bretagne, le monopole est justifié pour protéger les intérêts du public face à la rareté des ondes (1), tandis qu'en France et en Italie, il semble que le monopole soit justifié par la volonté de sauvegarder la souveraineté de l'État (2).

1) La justification du monopole en Grande-Bretagne fondée sur la protection des intérêts du public plutôt que celles des entrepreneurs

113. À sa création, la BBC n'était pas une entreprise publique, mais privée, pas encore configurée sous la forme d'une corporation, mais d'une « Company ». La création de cette entreprise répond à la volonté du ministre des postes, qui craignait que la trop grande compétition entre les entreprises s'avère néfaste à la fois pour le secteur public et le secteur de l'audiovisuel⁶¹³. Entre 1904 et 1922, ce sont plus de 100 entreprises⁶¹⁴ qui avaient formé une requête en vue de la création d'une station de radio auprès du Ministère des Postes, en vertu du Wireless Act de 1904. Or, en raison de la prééminence de certaines entreprises, telles que Marconi Company ou Western Electric⁶¹⁵, il existait un fort risque de création d'un monopole commercial⁶¹⁶. Fort de ce constat, le ministre des Postes F.G. Kellaway exprima en 1922 sa volonté de légiférer pour créer un système qui soit d'abord « *au bénéfice du public et non au*

⁶¹³ Pour une histoire très complète de cette période, V. A. BRIGGS, *The History of Broadcasting in the United Kingdom, Volume I: The Birth of Broadcasting*, OUP, 1995, Chapitre III : « The formation of the British Broadcasting Company », p. 83s

⁶¹⁴ J. CURRAN et J. SEATON, *Op cit*, p. 110

⁶¹⁵ S. STREET, *A concise history of British Radio, 1922-2002*, Kelly Publications, 2002, p. 26

⁶¹⁶ J. CURRAN et J. SEATON, *Op cit*, p. 110

bénéfice d'individus »⁶¹⁷. C'est ici la première référence à la notion d'intérêt du public dans le secteur de l'audiovisuel.

114. Le ministre des Postes convoqua ensuite une réunion réunissant les plus importantes entreprises du secteur, le 23 mai 1922 et celles-ci se mirent d'accord sur la constitution d'une entreprise unique⁶¹⁸ nommée British Broadcasting Company. En 1923, N. Chamberlain, le nouveau ministre des postes, décida d'octroyer une licence exclusive à cette nouvelle Company⁶¹⁹. L'explication la plus évidente de la mise en place du monopole réside dans les paramètres techniques du secteur. Le problème des interférences radio fut résolu en persuadant les producteurs rivaux d'investir conjointement dans une petite station. Comme le rappelle clairement Peter Eckersley, « *la BBC fut créée comme une solution acceptable à un problème technique. Elle doit son existence à la rareté des ondes* »⁶²⁰. Le monopole permit ainsi la croissance de l'industrie de la radio. T. Burns considère ainsi que la BBC constituait un « *schéma de financement étatique de produits et de services qui sont essentiels ou favorables aux profits des entreprises privées* »⁶²¹.

115. La configuration sous la forme d'un monopole étatique peut toutefois aussi être expliquée par le contexte économique dans lequel elle s'inscrit. La crise économique de la fin des années 20's révéla en Grande-Bretagne les limites du capitalisme et de la concurrence entre entreprises : elle créa, comme nous l'avons vu dans la première section de ce chapitre, un climat favorable aux interventions étatiques, sous la forme de corporation, ou de régulation par l'État d'un secteur spécifique. Ainsi, le *Railway Act* de 1921⁶²² organisait la concentration de 123 différentes entreprises autour de quatre principales compagnies de chemin de fer. Cette loi organisant le rassemblement de petites entreprises autour de sociétés plus puissantes peut être considérée

⁶¹⁷ Ibid et A. BRIGGS, Op cit, p. 85s

⁶¹⁸ Ibid et A. BRIGGS, Op cit, p. 97s

⁶¹⁹ Ibid et A. BRIGGS, Op cit, p.112s

⁶²⁰ Cité par J.CURRAN et J.SEATON, p. 104

⁶²¹ T. BURNS, *The BBC, Public institution and private World*, Macmillan, 1977, p. 11

⁶²² V. T.R. GOURISH, *British Railways 1948-1973 : A business history*, Cambridge University Press, 1986

comme précurseur de la création de la BBC en 1922⁶²³.

116. Ainsi, comme presque partout en Europe pour le secteur de l'audiovisuel, le service public n'a-t-il pas été une doctrine, mais un outil juridique pour justifier des choix politiques. Il a été, au Royaume-Uni, « *un concept greffé sur un ensemble d'arrangements pragmatiques entre l'administration des Postes et l'industrie de la radio britannique pour établir un service de diffusion qui créerait un marché pour les équipements de réception* »⁶²⁴. Toutefois, dès 1923, la commission Sykes⁶²⁵ définit pour la première fois la radiodiffusion comme un « public utility » (pas encore un service public), et utilisa aussi la notion « d'intérêt public » pour justifier le développement d'un service national de radiodiffusion⁶²⁶. En Grande-Bretagne, le contrôle sur le contenu des programmes se joint aux arguments techniques pour justifier le monopole⁶²⁷. En France et en Italie, la doctrine n'a pas beaucoup commenté la naissance de la radio et sa configuration sous la forme d'un monopole. Malgré l'absence d'un débat sur cette question, il semble que ce soit l'assimilation au secteur de la poste et des télécommunications, profondément lié à la souveraineté de l'État, qui ait justifié le monopole (2).

2) En France et en Italie, la configuration sous la forme d'un monopole du fait de l'assimilation au régime des postes et des télécommunications

Le secteur est dans les deux États assimilé au secteur des postes et des télécommunications, et donc soumis au même régime juridique. La qualification de service public est postérieure à l'avènement du monopole : elle intervient pour justifier celui-ci. Malgré un contrôle technique de l'État sur le médium, un régime d'autorisation est mis en place en France (a), tandis qu'en Italie, la loi admet plusieurs concessions (b).

⁶²³ R. CRAUFURD-SMITH, *Broadcasting law and fundamental rights*, Op cit, p. 29

⁶²⁴ P. SCANNEL, D. CARDIFF, *A social history of Broadcasting*, Volume 1, 1922-1939, *Serving the Nation*, Blackwell, 1991, p. 5

⁶²⁵ Report of the Broadcasting Committee (Broadcasting), présidé par F. Sykes, 1923, Cmd. 1951.

⁶²⁶ De façon plus précise, on jugea que la notion d'intérêt public correspondait à la diffusion d'émissions culturelles de qualité.

⁶²⁷ « *Il est clair que la radiodiffusion sera utilisée pour des affaires d'une importance publique considérable et, dans ces circonstances, non seulement la surveillance, dans l'intérêt public, de ce qui doit être diffusé, mais aussi l'exploitation en fait de ce service d'importance nationale, doivent être entre les mains du gouvernement plutôt que dans celles du privé* ». Trad T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 115

a) En France, la mise en place d'un régime d'autorisation⁶²⁸

117. Le monopole d'État sur la radio est établi en France par la loi de finances du 30 juin 1923⁶²⁹. C'est en réalité le statut prévu pour les moyens de communications à distance créé par la loi du 6 mai 1837 qui est étendu, par l'article 85 de la loi précitée⁶³⁰ « à l'émission et à la réception des signaux électriques de toute nature »⁶³¹. Il est d'abord fondé sur des arguments techniques et juridiques : la rareté du réseau hertzien conduit au monopole pour sauvegarder la souveraineté de l'État⁶³². Il s'inscrit alors dans une logique de puissance publique : la justification juridique est celle de la police⁶³³, et non du service public. Malgré les différences avec les télécommunications, la radiodiffusion lui est vite assimilée⁶³⁴ et un décret d'août 1933 conclut à la qualification de service public pour la radiodiffusion⁶³⁵, bien que la notion de service public audiovisuel n'ait pas été théorisée.

Le décret du 24 novembre 1923 prévoit toutefois la possibilité pour les radios privées d'émettre, sur autorisation expresse du ministère des Postes et Télécommunications et l'entre-deux-guerres est donc caractérisé par un régime mixte, une coexistence de radios privées et

⁶²⁸ Pour plus de détails sur la mise en place du monopole V. A. GIRAUD, « L'artésienne du droit. Brève histoire du monopole de l'audiovisuel en France », Réseaux, volume 11, n°59, 1993. Droit et communication. p. 53

⁶²⁹ Loi du 30 juin 1923, Budget général de 1923, JORF du 1 juillet 1923 p. 6166

⁶³⁰ L'article 85 de cette loi dispose : « Les dispositions du décret-loi du 27 décembre 1851 relatif au monopole et à la police des lignes télégraphiques sont applicables à l'émission et à la réception des signaux radioélectriques de toute nature ».

⁶³¹ L'exposé des motifs est très clair : « Cependant certains juristes ne partagent pas cette façon de voir ; confondant la "transmission", qui comporte bien cependant le transport d'un point à un autre, donc une arrivée et un départ, avec la seule "émission", les uns prétendent que la réception est absolument libre et échappe aux dispositions du décret-loi précité. D'autres, allant plus loin, font une distinction entre les signaux susceptibles de constituer une correspondance, c'est-à-dire se rapportant à des transmissions de nouvelles, relations d'affaires, etc., et les signaux radioélectriques émis sans intention de faire parvenir des messages, par exemple ceux effectués dans un but de réglage des appareils. Il est devenu indispensable de mettre fin à ce désaccord en précisant au plus tôt que la législation actuelle est applicable à tous les moyens offerts par la radioélectricité pour échanger des signaux à distance ».

⁶³² J. CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, p. 53

⁶³³ V. C. GOYARD, « Police des ondes et droit à la télécommunication », in *Mélanges Charlier, Emile Paul*, 1981, p. 751

⁶³⁴ C. DEBBASCH, « De la radiodiffusion-télévision française à l'office de radiodiffusion-télévision française », AJDA, 1964, p. 531, spéc p. 532 ; V. aussi C. DEBBASCH, « L'évolution des monopoles de télévision », Rev. Adm, n° 148, p. 363

⁶³⁵ V. également CE, 6 février 1948, *Société Française Radio-Atlantique*, RDP, 1948, p. 244 concl. Chenot, Note Jeze qui confirme cette solution.

publiques⁶³⁶. En Italie, le gouvernement contrôle seulement, avant l'avènement du fascisme, les éléments techniques (b).

b) En Italie, le contrôle du gouvernement sur les seuls éléments techniques avant l'avènement du régime fasciste

118. La première loi à réglementer le secteur est la loi n° 395 du 30 juin 1910. Le modèle de cette loi est calqué, comme en France, sur celui de la première loi réglementant le secteur postal, en date du 5 mars 1862. Elle s'en éloigne pourtant sur un point primordial : la réserve étatique de l'activité radiotélégraphique ne donne pas lieu à une concession exclusive, mais répond seulement, tout comme dans le cas français à une forme de contrôle du gouvernement sur les éléments techniques de ce moyen de communication⁶³⁷.

119. Ce modèle d'organisation perdure jusqu'en 1924, deux ans après l'avènement du régime fasciste⁶³⁸. Le décret-loi royal n° 655 du 1^{er} mai 1924 et le décret royal n° 1226 du 10 juin 1924, premiers décrets pris sous Mussolini, prévoyaient une articulation pluraliste des « services de radioaudiovisione circolare ». La diversité des concessionnaires était reconnue officiellement. L'article 25 du présent décret prévoyait cependant que toutes les informations diffusées par le concessionnaire devaient obtenir le visa préventif de l'autorité politique locale⁶³⁹. Il s'agissait donc d'un processus de « censure » a priori. À cette fin, était prévue par le décret la présence auprès de chaque concessionnaire d'un fonctionnaire nommé par le pouvoir⁶⁴⁰. Chaque station de radio devait mettre à disposition du gouvernement au moins deux heures journalières pour la

⁶³⁶ Entre le modèle américain de liberté totale et le modèle anglais et allemand de monopole étatique : V. P. MIQUEL, *Histoire de la radio et de la télévision*, Richelieu, Coll. L'univers contemporain n° 8, 1973, p. 28-32.

⁶³⁷ P.A. CAPOTOSTI, « Modelli normativi della concessione radiotelevisiva : il problema del servizio pubblico » in AA. VV, *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, Il Mulino, 1980, p. 93

⁶³⁸ Pour des articles comportant quelques remarques sur la télévision pendant le régime fasciste : V. notamment GISMONDI, *La radiotelevisione in Italia*, Roma, 1958, p. 18s ; MONTELEONE, *La radio italiana nel periodo fascista*, Padova, 1976 ; A. M. SANDULLI, « Radioaudizioni », Enc. Dir, Giuffrè, 1987, spéc (2) ; E. SANTORO, « L'evoluzione legislativa in materia di radiodiffusione circolari : notizie e spunti », Dir. Radiodiff, 1969, p. 3 ; R. ZACCARIA, « I servizi di media audiovisivi e radiofonici », in R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2010, p. 290s

⁶³⁹ Ibid.

⁶⁴⁰ Ibid.

diffusion de nouvelles d'intérêt public, à savoir émanant directement du gouvernement⁶⁴¹. L'article 7 du décret royal n° 1067 du 8 février 1923 prévoyait également que le gouvernement pouvait imposer à la société concessionnaire le licenciement ou l'interdiction d'un membre du personnel qui « *pour des motifs de sécurité publique, n'avait plus la capacité pour un tel emploi* ». Ce modèle prend fin avec l'avènement de Mussolini au pouvoir. La période qui suit la naissance de la radio est en effet profondément marquée par le contexte politique, et ce dans les trois Etats (B).

B) Des modèles profondément marqués par le contexte politique

120. En Grande-Bretagne, dans un contexte politique stable, la transformation de la *Company* en une *Corporation* est justifiée par la protection des intérêts du public et la volonté de maintenir l'indépendance vis-à-vis du gouvernement (1), alors qu'en Italie et en France, dans un contexte politique très instable, le monopole est très vite instrumentalisé par le pouvoir politique (2).

1) La conceptualisation précoce de la notion de service public audiovisuel au Royaume-Uni

121. Le comité Crawford, 2 ans et demi après le comité Sykes, avalisa, en se fondant sur les intérêts du public, la nécessité d'un monopole de la radio et recommanda le remplacement de la structure privée - et commerciale - de l'entreprise par celle d'une Corporation⁶⁴². En 1926, la British Broadcasting Corporation ouvrit ses portes, organisée par une « Royal Charter ». Comme le souligne W.A. Robson, même si le concept de *corporation* avait été utilisé avant la BBC, cette dernière représentait « *un remarquable exemple d'un nouveau type d'organisation, de grande importance : à savoir un organe public indépendant exploitant un service socialisé* »⁶⁴³.

122. L'établissement d'une Corporation respectait entièrement la Constitution britannique, selon H. Mathelson, qui soulignait qu'« *il est de plus en plus commun de citer la Corporation comme une forme d'organisation possible pour d'autres services nationaux, pour lesquels le*

⁶⁴¹ Ibid

⁶⁴² Pour plus de détail, V. A. BRIGGS, « The Crawford Committee » in *The history of Broadcasting in the United-Kingdom, Volume 1*, Op cit, p. 300s

⁶⁴³ W. A. ROBSON, « The BBC as an institution », *The political Quarterly*, 1935, p. 468

contrôle privé ou la gestion directe par l'État n'étaient pas appropriés »⁶⁴⁴. Lord Beveridge décrivait également en 1934 les risques qui pourraient découler de la concurrence entre entreprises : « *Dans un marché libre, les consommateurs peuvent acheter seulement ce qu'il leur est offert, mais ce qui leur est offert n'est pas nécessairement ce qui est le plus avantageux* »⁶⁴⁵. On trouve déjà dans cette phrase les fondements idéologiques du plan Beveridge duquel découlèrent les nationalisations après la guerre.

123. John Reith, le premier directeur de la BBC, alors qu'elle n'était qu'une *Company* appuya fortement la configuration de la BBC sous une corporation. Le Crawford Committee, duquel il fut le membre le plus important avait reconnu la nécessité d'un monopole radio-télévisuel, soumis non pas au marché, mais au contrôle de l'État pour protéger l'intérêt public⁶⁴⁶. Pour ce faire, le comité recommandait que la compagnie privée soit remplacée par une « commission publique opérant dans l'intérêt national » : « *Nous sommes d'accord pour reconnaître que le service doit être un monopole, mais les monopoles dans les mains de personnes privées sont toujours l'objet de suspicion, et il est particulièrement important qu'un service d'une telle importance soit composé d'une administration dans laquelle l'intérêt public est représenté* »⁶⁴⁷. Le noyau fondateur de la BBC fut donc dégagé dès 1926, et ne fut pas remis en cause avant les années 50's : une organisation à but non commercial jouissait du monopole et devait programmer des programmes de haute qualité. Mais pour John Reith, l'indépendance vis-à-vis du gouvernement était aussi importante que vis-à-vis du marché : il était déterminé à ne pas laisser la BBC devenir un objet de propagande. Le choix de la corporation plutôt que de la régie était donc primordial à ses yeux. Ni soumise aux forces du marché, ni aux Femmes et Hommes politiques, l'établissement d'un monopole sous la forme d'une corporation a permis à John Reith de développer une vision globale du service public audiovisuel, à l'écart des soumissions au contrôle politique, ce qui n'est pas le cas en France et en Italie (2).

⁶⁴⁴ H. MATHESON, *Broadcasting*, Butterworth, Londres, 1933

⁶⁴⁵ Cité par J. CURRAN et J. SEATON, *Op cit*, p. 100

⁶⁴⁶ A. BRIGGS, *The history of broadcasting in the UK*, *Op cit*, p. 303

⁶⁴⁷ Prepared evidence supplied by the wireless league to the Crawford Committee, 4 décembre 1925

2) Un monopole instrumentalisé par le pouvoir politique en France et en Italie

En Italie, le monopole est instrumentalisé par le régime fasciste dès 1924 (a), tandis qu'en France, c'est à l'approche de la guerre que le président du conseil tente d'intensifier le contrôle politique (b).

a) Le monopole sous le contrôle du régime fasciste dès 1924

124. Le parti de Mussolini avait très tôt compris les vastes possibilités de propagande que ce média de masse pouvait lui offrir, et même si le mécanisme de la concession multiple était resté inchangé, le parti fasciste avait organisé l'importante pénétration du pouvoir, le contrôle ostensiblement politique sur ce média, ce qui avait modifié en profondeur la philosophie de la loi de 1910.

Le décret royal n° 2491 du 14 décembre 1924 va plus loin puisqu'il accorde la concession exclusive des services privés de radiodiffusion à l'« Unione radiofonica italiana », créée par le ministre des Communications Costanza Ciano. L'UIR, bien que composée d'un capitale à 55 % privé, peut être considéré comme le premier monopole public des radios en Italie⁶⁴⁸. En France, l'entre-deux-guerres est également marqué par une volonté de contrôle de la radio par les Hommes politiques (b).

b) En France, l'intensification du contrôle politique à l'approche de la guerre

125. À l'approche de la guerre, le président du conseil Edouard Daladier⁶⁴⁹, conscient de la supériorité et du pouvoir de propagande de la radio allemande transforme l'organisation du secteur de la radiodiffusion : il réunit le secteur privé et le secteur public sous son autorité afin d'avoir la mainmise sur l'ensemble. La radiodiffusion nationale est née, par la loi du 29 juillet 1939, et est placée sous le contrôle direct du président du conseil, par l'intermédiaire d'un Commissariat général à l'information et à la radiodiffusion⁶⁵⁰ et non plus sous l'autorité du

⁶⁴⁸ G. GUAZZALOCA « Un amalgame bizarre entre politique et télévision en Italie : du « fief démocrate-chrétien » au « phénomène Berlusconi » », Op cit, p. 42

⁶⁴⁹ Président du conseil de 1933 à 1934, puis de 1938 au 20 mars 1940.

⁶⁵⁰ Loi de juillet 1939.

ministère des postes. Le 1^{er} avril 1940, sous la présidence de Paul Reynaud⁶⁵¹, sera créé un ministère de l'information qui restera en vigueur durant l'occupation allemande et le gouvernement de Vichy. En Italie, l'avènement du régime fasciste en 1924 accélérera la domination par le pouvoir politique.

Conclusion du §1 :

126. Deux modèles en opposition se dégagent donc de notre étude, une opposition qui nous permet de formuler d'ores et déjà un paradoxe : c'est seulement au Royaume-Uni, dans un pays où la notion de service public n'a pas été conceptualisée de manière systématique, que la notion de service public audiovisuel connaîtra une véritable conceptualisation juridique et politique. Au contraire, en France et en Italie, alors que le service public fait l'objet d'une conceptualisation juridique assez poussée, la qualification sera accolée de manière presque automatique à la télévision publique, car le secteur de la radio est assimilé au monopole des postes. Cette absence de conceptualisation du service public audiovisuel en France et en Italie peut être expliquée par deux facteurs : le contexte juridique et politique dans lequel s'inscrit la naissance de la télévision.

127. En ce qui concerne le contexte juridique, le fait que la notion de service public soit déjà très bien conceptualisée en droit français, et le fait que l'idée de service public se soit développée en Italie, notamment avec la municipalisation, peuvent expliquer l'absence d'une nécessité de définir les missions que devait remplir le médium. En Italie, notamment, c'est la conception subjective (organique) qui demeure, les activités faisant l'objet d'une municipalisation ou d'une étatisation étant qualifiées directement de service public, sans que l'intérêt public doive être prouvé. Au contraire, au Royaume-Uni, l'établissement d'un service public fait l'objet d'un débat sur la nécessité de création d'un tel service.

128. En ce qui concerne le contexte politique, la fin de la Troisième République en France est marquée par une grande instabilité et la chute de nombreux gouvernements. Cette instabilité résulte notamment du contexte économique défavorable, avec une économie profondément marquée par la guerre, mais aussi avec les répercussions intérieures de la crise économique de

⁶⁵¹ Président du Conseil du 20 mars 1940 au 16 juillet 1940, il est en désaccord avec l'armistice voulu par les autres membres du gouvernement et cédera sa place au Maréchal Pétain.

1929. Elle permet à des mouvements antirépublicains et xénophobes, toujours très présents depuis l'affaire Boulanger et l'affaire Dreyfus de se manifester, tout comme les mouvements plus à gauche que le Parti radical⁶⁵². En Italie, la situation est encore plus claire : Benito Mussolini a acquis une grande popularité après la Première Guerre mondiale, et la crise économique qui secoue le pays entre 1919 et 1922 donne lieu à de grandes grèves, que Mussolini brise par la violence. Après la marche sur Rome en 1922⁶⁵³, le roi Victor-Emmanuel III lui confie le pouvoir. Dans ce contexte politique très instable, il n'est pas étonnant que les gouvernements se soient focalisés sur la question du contrôle du médium, au détriment de la conceptualisation de la notion de service public audiovisuel. Cette opposition entre les modèles se renforcera avant et pendant la Seconde Guerre mondiale (§2).

§2 Des modèles en opposition croissante avant et pendant la Seconde Guerre mondiale

Alors qu'au Royaume-Uni, la question de l'indépendance vis-à-vis du gouvernement devient primordiale (A), le contrôle politique s'intensifie en France et en Italie (B).

A) Le renforcement de l'indépendance vis-à-vis du gouvernement au Royaume-Uni

Deux facteurs sont prééminents pour expliquer l'indépendance de la Corporation vis-à-vis du gouvernement. Les caractéristiques institutionnelles de la BBC sont prévues par la Charte royale, mais ont aussi été forgées au fil du temps (1). John Reith, le créateur de la BBC, joua également un grand rôle dans la préservation de cette indépendance et dans la création des coutumes institutionnelles (2).

⁶⁵² Le 6 février 1934, suite à l'affaire Stravinski, une manifestation antiparlementaire d'extrême droite, rassemblant notamment des membres de l'action française, tourne à l'émeute Place de la Concorde. On dénombre douze morts et des centaines de blessés. Cette manifestation cause la chute du premier gouvernement Daladier. Le 12 février a lieu la première manifestation unitaire de toutes les forces de gauche.

⁶⁵³ V. R. PARIS, *Histoire du fascisme en Italie – Tome 1 : des origines à la prise du pouvoir*, Paris, François Maspero éditeur, 1962 ; Serge Bernstein et Pierre Milza, *L'Italie fasciste*, Paris, Armand Colin, 1970 ; M-A. MATARD-BONUCCI, « La « marche sur Rome », de l'image au signe : mémoire et mise en images officielles de l'événement », dans C. DELPORTE et A. DUPRAT (dir.), *L'événement : images, représentations, mémoire*, Grânes, Créaphis, 2003

1) Les caractéristiques institutionnelles de la BBC

129. Contrairement aux modèles étrangers, la BBC a été caractérisée à sa création par le rejet de la politique. En plus d'être configurée sous la forme d'une *Corporation*, le fait que l'organisation ait été créée par une charte royale aurait fait d'elle une organisation plus indépendante que si elle avait été créée par la loi. Ainsi, Reith écrivit-il dans le Manuel de la BBC en 1927 que « *Seules l'Académie royale et la Banque d'Angleterre sont encadrées par une charte royale. Comme la BBC. Ce n'est nullement un département d'État* »⁶⁵⁴. W.A. Robson, dans son célèbre article « *The BBC as an institution* » tisse également un lien entre la Charte de la BBC et l'indépendance de celle-ci : « *La caractéristique la plus inhabituelle de la BBC est sa relative indépendance par rapport au contrôle et du Parlement et du Gouvernement. La BBC tient ses pouvoirs d'une Charte, complétée par une licence, accordée par le ministre des Postes en vertu du « Telegraph Act »* »⁶⁵⁵. Ces caractéristiques institutionnelles furent renforcées par le comportement de J. Reith, pour qui il était hors de question que la BBC devienne un instrument aux mains du gouvernement. Ses agissements, dans les premières années de la BBC créèrent des coutumes qui ne seront par la suite pas remises en cause.

130. Les principes de non-ingérence gouvernementale et d'impartialité eurent l'occasion d'être mis en œuvre très tôt, dans le cadre du traitement, par la BBC de la grande grève des mineurs de 1926⁶⁵⁶. J. Reith savait que la légitimité et l'adoption du statut de Corporation (La Charte royale n'avait pas encore été adoptée) dépendraient du rôle de la BBC dans la crise. Effectivement, la Corporation joua un grand rôle dans la résolution du conflit entre le gouvernement et les grévistes. Le gouvernement se lança dans une véritable propagande anti-gréviste, et dans une

⁶⁵⁴ Cité par J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 105 : « *The Royal Academy and the Bank of England function under Royal Charter. So does the BBC. It is no department of State* ». Aujourd'hui, la constitution de la BBC par le fait d'une charte royale plutôt que d'une loi adoptée par le Parlement semble être un facteur permettant un plus grand contrôle du gouvernement, comme nous le verrons dans le Chapitre 2 du Titre 2 de la Partie 2.

⁶⁵⁵ W.A. ROBSON, « *The BBC as an institution* », Op cit, p. 471

⁶⁵⁶ Pour une description historique plus détaillée, se référer à A.BRIGGS, « *The general strike* », in *The history of Broadcasting in the United-Kingdom*, Op cit, p. 329-351 ; Voir aussi « *The general strike - History of the BBC* » sur le site de la BBC : <http://www.bbc.co.uk/historyofthebbc/research/culture/bbc-and-gov/general-strike>

« guerre des ondes et des médias »⁶⁵⁷. Il présentait la grève comme une menace à la stabilité des institutions démocratiques, qui pourrait mener à la Révolution, ce qui lui permettait de ne pas évoquer les problèmes économiques qui en étaient la cause⁶⁵⁸. W. Churchill, qui était alors Chancelier de l'échiquier⁶⁵⁹, prit la tête d'un journal gouvernemental, la « British Gazette », se manifestant par son agressivité et ses outrances envers les ouvriers⁶⁶⁰. Il tenta également d'avoir la mainmise sur la BBC, pour gagner la bataille de l'opinion.

131. J. Reith dut utiliser de nombreux arguments pour convaincre W. Churchill de ne pas transmettre d'informations de propagandes, ou pire, de fermer le service d'information, comme il en avait le droit par en vertu de la Charte royale. Reith argua que si la BBC prenait le contre-pied des grévistes, elle perdrait la confiance qu'elle avait tissé jusque là avec le public, ce qui pourrait mener à la fermeture pure et simple du service⁶⁶¹. Son argument le plus important était qu'en gagnant la confiance et des grévistes et du gouvernement, la BBC pourrait faciliter une résolution du conflit⁶⁶². Sa réaction se fondait également sur ses opinions personnelles, comme le souligne A. Briggs : « *Si ses opinions avaient coïncidé avec celles des sponsors de la British Gazette, il aurait eu moins de scrupules à autoriser la BBC à tomber directement aux mains du gouvernement. Telles qu'elles étaient, ses convictions personnelles lui donnèrent de la force pour s'opposer aux principes constitutionnels (d'intervention du gouvernement)* »⁶⁶³. Il argua donc, allant contre la volonté de Churchill, que « des informations authentiques et impartiales » seraient utilisées pour mener à la vérité. Il dut toutefois reconnaître, à l'encontre de ses opinions personnelles, que « *puisque la BBC est une institution nationale, et puisque le gouvernement dans la crise agit également pour le peuple, la BBC est pour le gouvernement dans la crise*

⁶⁵⁷ F-C. MOUGEL, *Histoire du Royaume-Uni au XXème siècle*, PUF, 1996, p. 240-241 ; La propagande d'Etat avait été légion durant la Première Guerre Mondiale et elle était encore considérée comme normale après la Guerre.

⁶⁵⁸ J. LERUEZ, J. SUREL, *Le Royaume-Uni au XXème siècle*, Ellipses, 1997, p. 44

⁶⁵⁹ Ministre chargé des finances et du Trésor, responsable du Trésor de sa Majesté. Ce poste est l'un des quatre grands offices d'Etat, et le Second plus important après le Poste de Premier Ministre.

⁶⁶⁰ F. BEDARIDA, *Churchill*, Bayard, 1999, p. 203

⁶⁶¹ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 112

⁶⁶² J.C.W. REITH, *Into the Wind*, Hodder&Stoughton, 1949 : « *In the end, conciliations of some kind must supervene and ... the BBC could act as a link to draw together the contending parties by creating an atmosphere of good will towards its service on both sides* », cité par J.CURRAN et J.SEATON, Op cit, p. 112

⁶⁶³ A.BRIGGS, Op cit, p. 333

également »⁶⁶⁴, mais il ne tomba pas dans l'absolue propagande gouvernementale⁶⁶⁵.

132. La grève eut pour effet de rendre la BBC très populaire auprès du public, car la chaîne publique était désormais perçue comme étant politiquement neutre. H. Matheson confirma quelques années plus tard que durant cette grève « *le public et les auditeurs étaient devenus des termes synonymes* »⁶⁶⁶. Cet épisode met également en exergue l'importance du rôle que joua John Reith dans le développement d'une vision globale de ce monopole de service public⁶⁶⁷ (2).

2) Le rôle important de J. Reith dans le développement de la BBC

133. Selon les propos de J. Curran et J. Seaton, la domination de Reith sur l'entreprise était « massive, totalitaire et idiosyncrasique » dans les premières années de la BBC⁶⁶⁸ et durant de nombreuses décennies, la tradition d'indépendance de la BBC sembla découler directement de sa personnalité. Il utilisa la « force brute du monopole » et l'instrument juridique de *Corporation* pour développer sa vision du service public audiovisuel qui découlait elle-même de sa morale chrétienne, qu'il souhaitait insuffler aux Anglais⁶⁶⁹. Le monopole permettait d'empêcher les Britanniques de choisir un autre programme que celui proposé par la BBC, et cela devait permettre de développer une culture unique et indifférenciée à laquelle chaque Britannique aurait accès.

⁶⁶⁴ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 112 ; un autre auteur, P. RENSHAW écrivit plus tard que Reith « *aurait soutenu les syndicats contre les propriétaires d'entreprises, mais il n'était certainement pas préparé à soutenir le TUC (fédération de syndicats regroupant la majorité des syndicats britanniques) contre le gouvernement* ».

⁶⁶⁵ Pour une explication plus précise de la position de J.Reith voir A. BRIGGS, Op cit, p. 333-334

⁶⁶⁶ H. MATHESON, *Broadcasting*, Butterworth, 1933, cité par J.CURRAN et J.SEATON, Op cit, p. 112

⁶⁶⁷ Pour plus de détail sur cet aspect V. A. BRIGGS, « *Broadcasting as a public service* », Op cit, p. 210s. J. Reith publia dès 1924, donc avant la constitution du Comité Crawford et la première conceptualisation de la notion de service public par un document officiel, un livre d'importance qui contenait sa vision de ce que devait être le service public de l'audiovisuel et donc, ce que devait être la politique de la BBC. Il y dégage quatre facettes : le refus de la commercialisation, la couverture nationale (pour que la population entière puisse profiter des programmes éducatifs), l'importance du monopole, (parce que les éléments techniques ne pouvaient pas permettre un contrôle par plusieurs entreprises), et enfin, le maintien de hauts standards de qualité. « *Il nous est occasionnellement indiqué, écrit Reith que nous existons pour donner au public ce dont nous pensons qu'ils ont besoin - et non ce qu'ils veulent. Mais peu savent ce qu'ils veulent, et très peu ce dont ils ont besoin... Dans tous les cas, il vaut mieux surestimer la mentalité du public que de le sous-estimer* » Voir J. REITH, *Broadcast over Britain*, Hodder and Stoughton Limited, 1924

⁶⁶⁸ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p.110

⁶⁶⁹ J. TAYLOR, « *The broadband revolution : implications for major networks* », *Information technology and Public policy*, 8, 1 (winter 1990).

La théorie de Reith était donc basée sur l'idée d'un paternalisme culturel : pour lui, la fonction de l'audiovisuel était d'abord éducative. La classe, le sexe ou l'origine n'avait pas d'importance : seul importait que chaque Homme reçoive la même éducation⁶⁷⁰. Cette vision impliquait de développer une politique centrée sur l'offre de programmes, et non sur la demande des téléspectateurs⁶⁷¹. Le service ne devait pas permettre aux auditeurs d'éviter certains programmes⁶⁷². L'homogénéisation culturelle était donc la règle, et la variété de programmes proposés était justifiée par la volonté d'apporter une diversification à chaque citoyen. Les programmes de divertissement n'étaient pas exclus : ils devaient constituer des périodes de relaxation pour les auditeurs.

134. Le monopole et la *Corporation* sont donc des outils qui permettent à J. Reith de dégager une conception globale du service public audiovisuel, avec une mission, fondée sur le paternalisme culturel et un système de gouvernance indépendant vis-à-vis du gouvernement. La conception globale du service public audiovisuel et la conceptualisation des missions permettant en retour de justifier l'existence du monopole et de la corporation. En France et en Italie, le contexte politique dictatorial empêche une véritable conceptualisation de la notion de service public audiovisuel, car les gouvernants sont plus préoccupés par le contrôle politique et culturel sur ce médium. Le contrôle de celui-ci fait alors partie intégrante du régime dictatorial qui se met en place dans les deux pays (B).

B) Le contrôle politique et culturel sur le médium en France et en Italie

Le contrôle s'intensifie en Italie sous le régime fasciste, ce qui n'est pas étonnant puisque la caractéristique principale du fascisme est le contrôle de tous les secteurs de la société civile

⁶⁷⁰ A. BRIGGS, « Broadcasting as a public service », Op cit, p. 210s

⁶⁷¹ « *Il nous est occasionnellement indiqué, écrit Reith, que nous existons pour donner au public ce dont nous pensons qu'ils ont besoin - et non ce qu'ils veulent. Mais peu savent ce qu'ils veulent, et très peu ce dont ils ont besoin... Dans tous les cas, il vaut mieux surestimer la mentalité du public que de le sous-estimer* » J. REITH, *Broadcast over Britain*, Op cit, p. 24

⁶⁷² En 1934, un administrateur de la BBC écrivait que la meilleure façon de parvenir au but final d'homogénéisation et de diversification serait d'arrêter de programmer les émissions à des heures régulières et ainsi de casser les habitudes conservatrices des auditeurs, Filson Yound to Dawney, BBC internal Memorandum, « Programme policy », BBC written Archives, 3 mars 1934.

par l'exécutif⁶⁷³ (1). En France, la radio est également un outil de propagande du gouvernement face à la résistance (2).

1) Un contrôle totalitaire sur les informations et la culture sous le fascisme⁶⁷⁴

135. En 1927, l'UIR est remplacée par l'EIAR, « Ente Italiana per le Audiozioni Radiofoniche » par le décret-loi n°2207⁶⁷⁵. Par ce même décret-loi, les transmissions sont placées sous le contrôle du Ministère des Postes et Communications qui assurait en outre la nomination de 4 conseillers d'administration. La censure est donc le fait de celui-ci. Avec le décret-loi n°1829 du 26 septembre 1935, toutefois, les transmissions passent sous le contrôle du Ministère de la Presse et de la Propagande. Ce ministère est remplacé par le célèbre « Ministère de la Culture populaire », couramment appelé « Minculpop » en 1937. À l'intérieur de ce ministère est créé un inspecteur pour la radiodiffusion et la télévision, par le décret-loi royal du 22 avril 1937. Les pouvoirs de direction et de contrôle étatique sur l'EIAR sont toujours croissants, mais c'est la censure qui est l'arme la plus utilisée, face à la propagande⁶⁷⁶. Face à cette étatisation croissante et disproportionnée, on a pu parler de « Service d'État » plutôt que de « service au public ». Sous Vichy, et face aux réseaux de résistance, la radio nationale est un moyen de propagande important, mais la politique culturelle s'inscrit dans la continuité de la troisième République (2).

2) Contrôle politique et culturel sous Vichy

136. À la signature de l'armistice, et en vertu de l'article 14 de celui-ci, la radiodiffusion nationale cesse provisoirement d'émettre, mais elle s'installe à Vichy le 5 juillet 1940 et reprend alors du service. Elle servira de moyen de propagande au gouvernement français durant toute la

⁶⁷³ V. par exemple E. GENTILE, *Qu'est ce que le fascisme ?*, Gallimard, 2004

⁶⁷⁴ V. F. MONTELEONE, *La radio italiana nel periodo fascista*, Padova, 1976

⁶⁷⁵ Pour de brefs développements sur l'histoire de la télévision italienne durant la période fasciste V. notamment E. MOAM, « Broadcasting in Italy : an overview », *Columbia Journal of World Business*, Fall 1987, p. 19 ; M. A. SANDULLI, « Radioaudizioni e televisione », *Enc. Dir*, Giuffrè, 1987, (2) ; SANTORO, « L'evoluzione legislativa in materia di radiodiffusioni circolari: notizie e spunti », in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1969, p. 3s

⁶⁷⁶ V. A. J. DE GRAND, *Fascist Italy and nazi Germany : The fascist style of rule*, Routledge, 1995, p. 68s

durée de la guerre. La radiodiffusion nationale est placée sous l'autorité du vice-président Pierre Laval, et, si les radios privées sont autorisées à émettre, elles sont soumises à la surveillance et à la censure, qui est établie par la loi du 25 août 1940⁶⁷⁷. Pour renforcer le contrôle sur la radio, une réforme est engagée le 7 novembre 1942 : les services sont centralisés sous l'autorité d'un conseil supérieur de la radiodiffusion dont le dirigeant est André Demaison.

137. La propagande radiophonique s'intensifie en même temps que la collaboration⁶⁷⁸. Toutefois, si les émissions de propagande sont légion, les émissions culturelles se développent également pendant la période vichyste. À cet égard, on constate un paradoxe saisissant. Il existe évidemment un contraste – revendiqué – avec la période précédente : la Révolution nationale entend établir un « État national, autoritaire, hiérarchique et social »⁶⁷⁹ et la mise au pas de la culture, à travers la censure, est bien évidemment un des outils utilisés. La radio est devenue une arme de guerre et de propagande⁶⁸⁰. Toutefois, si les valeurs et les objectifs diffèrent, la culture « sous »⁶⁸¹ Vichy affiche une certaine continuité avec les politiques culturelles antérieures, notamment celles du Front populaire⁶⁸² qui visaient à rapprocher le peuple de la culture. Ainsi, les grandes réformes de la troisième République - décentralisation, popularisation, et organisation des industries culturelles - sont-elles poursuivies⁶⁸³, avec pour seule limite - notable - qu'elles doivent s'inscrire dans le cadre idéologique du régime.

⁶⁷⁷ Les trois chaînes existantes en zone libre sont largement contrôlées par le gouvernement de Vichy : la principale, Radio Nationale, mélange propagande maréchaliste et divertissement. Les deux autres chaînes ont vocation à émettre dans les colonies : la voix de la France, et la France fidèle.

⁶⁷⁸ H. ECK, « A la recherche d'un art radiophonique », in J-P. RIOUX (ed), *La vie culturelle sous Vichy*, 1999, p. 269s

⁶⁷⁹ V. R. O. PAXTON, *La France de Vichy*, Points, 1972, dans lequel l'auteur propose une interprétation globale du régime, de son idéologie et de son action. Il met donc en exergue la cohérence de la politique interne et externe du régime.

⁶⁸⁰ H. ECK, « A la recherche d'un art radiophonique », Op cit, p. 272

⁶⁸¹ P. BALMAND, « Politiques et pratiques cultures dans la France de Vichy », *Vingtième siècle*, 1988, Vol 18, p. 135

⁶⁸² P. BALMAND, Op cit, p. 135 ; V. aussi P. ORY, « La vie culturelle sous Vichy : ruptures et continuités », in J-P. RIOUX (ed), *La vie culturelle sous Vichy*, Op cit, p. 225s

⁶⁸³ V. A. MIRLESSE, A. ANGLADE, « Quelle politique culturelle pour la France », *Débat HEC-ENS à l'École Normale Supérieure*, 26 avril 2006, En ligne, p. 9 ; V. aussi M. FUMAROLI, *L'Etat culturel – Essai sur une religion moderne*, De Fallois, 1991

Conclusion §2 :

138. La Seconde Guerre mondiale a de manière évidente, renforcé l'opposition entre les modèles. La radio a été un outil de propagande particulièrement efficace, dans les trois pays, du fait de sa capacité de pénétration sociale⁶⁸⁴. Qu'on se remémore l'image d'Épinal des familles françaises postées devant leur poste TSF, écoutant soit Radio Paris, soit Radio Londres, et l'on comprend l'importance qu'a pris le média dans la résolution même du conflit⁶⁸⁵. Dans ce contexte, la BBC, a acquis ses lettres de noblesse, reconnues unanimement et mondialement, non seulement parce qu'elle a servi d'outil et de symbole au monde libre luttant contre la barbarie, mais également, car elle a su préserver son indépendance éditoriale et la qualité de sa programmation. Au contraire, les radios françaises et italiennes, soumises à la censure, outils de propagande utilisés par les régimes xénophobes, antisémites et dictatoriaux, ont prouvé la dangerosité d'un contrôle absolu du gouvernement sur le médium.

Conclusion Sous-section 2 :

139. Le contexte politique est primordial pour expliquer l'opposition entre les deux modèles dégagés, la Grande-Bretagne d'un côté et la France et l'Italie de l'autre. En Grande-Bretagne, alors que la notion de service public n'est pas conceptualisée, ni en doctrine, ni par la jurisprudence, ni de façon systématique par la loi, la notion de service public audiovisuel fait, elle, l'objet d'une conceptualisation poussée de manière très précoce. En France et en Italie, alors que la notion de service public est conceptualisée juridiquement, par la doctrine et la jurisprudence, la notion de service public audiovisuel ne fait elle l'objet d'aucune conceptualisation.

140. Ces différences peuvent s'expliquer historiquement et juridiquement. Historiquement, la stabilité politique qui caractérise la Grande-Bretagne entre les deux guerres mondiales a rendu cette conceptualisation possible, tout comme la focalisation sur l'indépendance du média vis-à-vis du gouvernement. En France et en Italie, la situation d'instabilité et de montée du fascisme a

⁶⁸⁴ Il faut toutefois noter qu'en Italie, du fait de la pauvreté du pays, la radio est moins développée qu'en France et en Grande-Bretagne.

⁶⁸⁵ Pour une représentation télévisuelle, V. la série « Un Village Français », France 3, 2009-2017

poussé les gouvernants à se focaliser sur le contrôle du médium, et dans ce contexte, la notion de service public sert de justification au monopole et au contrôle gouvernemental. Juridiquement, la conceptualisation poussée de la mission de service public au Royaume-Uni s'explique par le pragmatisme, ainsi que sur l'importance de l'idée de liberté dans l'ordre juridique anglais : le monopole ne peut se justifier que par une conceptualisation assez précise des missions que celui-ci permet de remplir. Dans ce contexte, l'influence de John Reith, qui s'appuie sur la force brute du monopole, sans lequel la mission d'éducation de la télévision ne pourrait être mise en œuvre, a été primordiale. L'absence de conceptualisation des missions de service public audiovisuel en France et en Italie peut s'expliquer par la conceptualisation dont fait déjà l'objet la notion de service public dans l'ordre juridique. Dans la conception objective du service public, la reconnaissance du fait qu'une activité est essentielle à l'interdépendance sociale suffit à justifier sa qualification de service public et en conséquence sa soustraction aux règles du marché. Au contraire, au Royaume-Uni, il n'existe pas de principes unitaires qui caractérisent l'ensemble des secteurs qualifiés de service public, chaque loi détaillant les missions et les différentes modalités d'organisation du service, ce qui pousse les gouvernants à justifier leurs choix dans chaque secteur.

Conclusion Section 2 :

141. Malgré les différences de conceptualisation juridique exposées dans la section 1, il semble que les critères nécessaires à la qualification de service public pour une activité donnée soient assez proches selon les États. D'une part, dans les trois États, le service public résulte d'un choix des gouvernants d'imposer des objectifs qui amène à une substitution des libres fins opératoires de l'entreprise ou de l'organe en cause, lorsqu'ils considèrent que l'activité revêt une importance particulière pour l'interdépendance sociale. D'autre part, ce faisant, ils soustraient l'activité, totalement ou de manière partielle, à l'application des règles du marché. Historiquement, et à l'époque de la naissance de la radio, cette soustraction intervenait dans les trois États sous la forme d'un monopole, qui représente alors un critère d'identification du service public, mais également un élément du régime. Cette association systématique entre monopole et service public n'est pas sans poser problème en ce qui concerne le secteur de

l'audiovisuel. La notion de service public sera en effet accolée à l'activité dans les trois États pour légitimer le monopole, qui avait été établi pour des raisons techniques.

142. À partir de ce moment-là, deux modèles vont s'opposer, et cette opposition peut s'expliquer d'une part par les différences de conceptualisation et de traitement de la notion de service public selon les ordres juridiques, mais également, et surtout, par les contingences politiques dans lequel s'inscrit la naissance de la radiographie. Au Royaume-Uni, la notion de service public n'est pas conceptualisée de façon systématique, il n'existe pas de principes communs à tous les services publics, ce qui pousse le législateur à définir, pour chaque secteur, de manière précise les finalités de l'activité et ses modalités d'organisation. Au contraire, en France et en Italie, la notion de service public répond à une conceptualisation juridique et politique globale au début du XX siècle, ce qui permet aux gouvernants d'accoler la notion de service public pour légitimer le monopole. À cela s'ajoute le contexte politique dans lequel s'inscrit la naissance la radio : elle est stable au Royaume-Uni et l'absence de crise politique permet aux acteurs de définir les missions du service public audiovisuel de manière indépendante du gouvernant. Au contraire, le contexte particulièrement instable de la France et de l'Italie entraîne une volonté des gouvernants de mettre la main sur le média, doté d'une capacité de pénétration sociale sans équivalent.

Conclusion Chapitre 1 :

143. Dans ce chapitre, nous avons montré que le concept de service public n'est pas un concept propre à la France. Dans toutes les sociétés, il existe certains services dont la prestation est offerte ou garantie par l'État à ses citoyens, car ils sont considérés comme indispensables à la vie de la société et à la solidarité⁶⁸⁶. Bien sûr, cette notion est liée aux grands noms du droit administratif français, tels que Hauriou, Duguit, Jèze, ou encore De Laubadère, et comme l'écrit J. Chevallier, elle a été, dans notre pays, mythifiée. Elle a servi, en France, au début du XXe siècle de critère permettant l'autonomisation du juge administratif vis-à-vis du juge de droit commun. Mais la force de la notion de service public ne découle pas de sa particularité qui

⁶⁸⁶ G. MARCOU, « Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario », Op cit, p. 12

résulterait de contingences propres à un ordre juridique, mais bien de son universalité⁶⁸⁷. Les trois États étudiés ont d'ailleurs connu une expansion de l'intervention de l'État au début du XXe siècle, expansion de l'intervention de l'État qui avait été prédite par Duguit, comme conséquence du progrès social de la société, qui pousserait à l'approfondissement de la division sociale du travail et donc à une plus grande nécessité de solidarité sociale⁶⁸⁸. Il a donc fallu créer des institutions, ou pour reprendre les mots de Jèze, des procédés juridiques, permettant de satisfaire à ces besoins collectifs considérés comme essentiels. Malgré les différences de conceptualisation, on peut dégager des critères d'identification communs : le fait que les gouvernants décident, par un acte de volonté explicite ou implicite, d'imposer des objectifs, régaliens, économiques ou sociaux à un organe, objectifs qui vont plus loin que les finalités que pourrait poursuivre un opérateur sur le marché, et ce du fait de l'importance qu'il donne à l'activité en cause. Cela suppose de soustraire l'activité du marché, et l'instrument utilisé pour ce faire fut, au début du siècle et dans les trois États, le monopole.

144. À la naissance de la radio, toutefois, ce n'est pas tant l'importance de l'activité pour l'interdépendance sociale qui justifie le monopole, mais des raisons d'ordre technique et économique, les investissements nécessaires étant particulièrement importants, l'État était le mieux à même pour les mettre en œuvre. La notion de service public fut accolée de façon presque automatique à l'activité pour justifier le monopole. Toutefois, les gouvernants comprennent très vite l'importance que peut prendre le médium pour la diffusion des idées et la formation de l'opinion publique. Une opposition naît entre les États : alors qu'au Royaume-Uni, la Corporation est utilisée comme outil permettant de préserver l'indépendance de la radio vis-à-vis du gouvernement, du fait des missions très importantes qui ont déjà été conceptualisées, en France et en Italie, la notion de service public permet aux gouvernants d'affirmer leur contrôle sur le médium. Cette opposition sera renforcée par la Seconde Guerre mondiale, l'Italie et la France connaissant la dictature, tandis que la situation politique du Royaume-Uni reste très

⁶⁸⁷ « La force de la notion de service public ne résulte pas de sa particularité, mais au contraire, de son universalité, qui explique sa capacité à survivre à toutes les controverses politiques et juridiques sur ses finalités et ses fondements » écrit G. MARCOU, *Ibid*, p. 11

⁶⁸⁸ *Ibid*.

stable.

Une telle opposition aurait pu se résorber avec le rétablissement de la démocratie en France et en Italie après la Seconde Guerre mondiale. Ce n'est pourtant pas le cas, la dialectique contrôle/indépendance étant toujours au cœur des débats sur le service public audiovisuel dans la deuxième moitié du XXe siècle. On peut ainsi dire que l'histoire du service public audiovisuel dans cette seconde partie du siècle se concentre sur les caractéristiques organiques de l'institution au détriment d'une véritable conceptualisation des missions de service public (Chapitre 2).

Chapitre 2 : La transformation de la notion dans la seconde partie du XXe siècle

145. Si les juristes français aiment à penser le service public en termes de « crise »⁶⁸⁹, le secteur de l'audiovisuel est représentatif de cette tendance, au point que J. Bourdon, l'historien de la télévision, utilise l'oxymore de « crise constante »⁶⁹⁰ pour qualifier celle-ci. L'histoire du service public audiovisuel est contrastée en fonction des pays et des époques, mais l'élément central qui se dégage durant le XXe est l'extrême perméabilité du service public audiovisuel, en tant qu'institution, au contexte politique. La télévision en tant qu'instrument d'information et de communication de masse est considérée très tôt comme activité essentielle et indispensable à l'interdépendance sociale. C'est ce qui explique la qualification de « service public », une qualification qui permet de légitimer le monopole. La conception objective du service public qui est dominante en doctrine à cette époque ne pousse pas les gouvernants ni les auteurs à s'interroger sur les missions que doit remplir la télévision publique ni à remettre en cause sa proximité avec l'État.

146. Cette proximité est pourtant le talon d'Achille du modèle européen⁶⁹¹ : elle est l'objet de critiques qui l'affaiblissent très tôt, puisqu'il est difficile de distinguer l'intérêt public, assuré par l'État, de l'intérêt du gouvernement ou des partis politiques au gouvernement. À cet égard, on distingue, après la Seconde Guerre mondiale comme avant celle-ci, une rupture entre les pays du Sud, où le service public a souvent été un outil aux mains du gouvernement en place, et les pays

⁶⁸⁹ V. par exemple J-L. DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, LGDJ 1954 ; R. DRAGO, *Les Crises de la notion d'établissement public*, thèse 1950 ; A. de LAUBADERE, « Réflexions sur la crise du droit administratif français », D. 1952, II. Chron. 5899 qui relativise toutefois la crise de la notion, qui est toujours selon lui au centre du droit administratif français (dans le même sens V. A. de LAUBADERE, « Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français », AJDA 1961. 591 s) ; P. CHRETIEN, « Divine surprise ou éternels regrets ?! La vacuité de la doctrine juridique du service public », Sociétés contemporaines N°32, 1998. pp. 11 ; A. SUPLOT, « La crise de l'esprit de service public », *Dr. soc.* 1989, p. 777 ; G. BIGOT, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », RFDA, 2008, p. 1

⁶⁹⁰ J. BOURDON, « Le service public de la radio-télévision : l'histoire d'une idéalisation », Op cit, p 22, V. aussi S. REGOURD, « De la crise comme élément d'identification du service public français de l'audiovisuel », *Sciences de la Société*, n°42, p. 75

⁶⁹¹ J. BOURDON, Op cit, p. 18

du Nord où l'indépendance vis-à-vis du gouvernement était considérée comme primordiale⁶⁹². En France et en Italie, la problématique principale des années 1950 jusqu'aux années 1980 reste, dans un contexte de monopole, celle du rapport aux gouvernants et plus précisément, au pouvoir exécutif, tandis qu'au Royaume-Uni, la stabilité des statuts de la BBC permet aux gouvernants de s'interroger réellement sur les missions que celle-ci doit mettre en œuvre (Section 1). Comme l'écrit J. Bourdon, le terme de « crise » peut être associé à un moment historique précis pour décrire les changements qui interviennent à partir des années 80 : les phénomènes d'ouverture à la concurrence qui touchent le secteur de la télévision en Europe rendent paradoxalement le service public audiovisuel plus vulnérable que jamais (Section 2).

Section 1 : La dialectique contrôle/indépendance au cœur des débats sur le service public audiovisuel jusque dans les années 1980

147. J. Chevallier écrit que « *la dépendance politique a été, en France, dès l'origine, un élément constitutif du système audiovisuel* »⁶⁹³. Tel fut également le cas, comme nous l'avons vu, en Italie, où la naissance de la radio fut concomitante avec l'avènement de la dictature. Étroitement contrôlées par l'État durant la Seconde Guerre, les radios italienne et française ne se libèrent pas du contrôle politique avec le rétablissement de la démocratie. Inextricablement, outrageusement⁶⁹⁴ lié au politique, et surtout aux hommes et femmes politiques, le monopole devient dans ces deux pays, le monopole du parti au pouvoir⁶⁹⁵. Paradoxalement, les théories

⁶⁹² Cette distinction est construite par l'auteur de cette thèse en se fondant sur une observation empirique, mais certains travaux, de sciences politiques, reprennent, de façon plus élaborée, cette distinction. On peut citer en particulier le livre de D. HALLIN et P. MANCINI, *Comparing Media Systems. Three Models of Media and Politics*, Cambridge University Press, 2004. Ces auteurs ont proposé une typologie : a) un modèle « pluraliste polarisé », identifiable en France, Italie, Espagne, Grèce et Portugal, caractérisé par un faible niveau de circulation de la presse, une faible professionnalisation journalistique et un haut niveau de parallélisme politique (la structure des médias tend à refléter les divisions politiques) et d'intervention de l'Etat ; b) un modèle « démocratique corporatiste (en Scandinavie, au Bénélux, en Allemagne et Autriche) caractérisé par un haut niveau de circulation de la presse, de professionnalisation, de parallélisme politique et d'intervention de l'Etat ; c) Un modèle « libéral », typique du Royaume-Uni, de l'Irlande et des Etats Unis, caractérisé par une faible intervention de l'Etat. L'inclusion des Etats-Unis dans la même catégorie que le Royaume-Uni pose cependant problème, du à la place que jouent les services publics audiovisuels dans les deux Etats, qui est incomparable.

⁶⁹³ J. CHEVALLIER, « L'évolution du système audiovisuel français : ruptures et continuités », *Quaderni*, n° 10, 1990, *Réformes de l'audiovisuel*, p. 9

⁶⁹⁴ Pour reprendre les mots de S. REGOURD, « Archéologie du service public audiovisuel : quel passé pour quel futur ? », Op cit, p. 29

⁶⁹⁵ Ibid.

objectives du service public et de l'institution ne permettent pas de limiter le pouvoir des gouvernants : ceux-ci n'ont pas à justifier le monopole ni la qualification de service public puisque ceux-ci sont vus comme des données objectives « allant de soi ». Dans le même temps, la BBC, peu fragilisée par la libéralisation du secteur, renforce son indépendance et son prestige ce qui rend l'opposition entre les modèles grandissante (Sous-section 1). Alors qu'est introduite la logique de marché dans le secteur en France et en Italie à partir des années 70, la situation anglaise est toujours particulière : c'est à ce moment-là que le Parlement tente de régler la trop grande commercialisation des programmes née de la libéralisation (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Une opposition grandissante entre les modèles après la Seconde Guerre mondiale

148. L'histoire du service public audiovisuel au sortir de la Seconde Guerre mondiale est celle d'un paradoxe. Le monopole de la radio avait été utilisé comme un moyen de propagande durant la guerre, par les alliés, principalement les Anglais tout comme par les régimes fasciste, nazi et vichyste. Pourtant, le monopole perdure dans les pays qui ont connu la dictature, alors que la BBC, qui avait acquis un prestige très important du fait de son rôle dans la résistance contre les régimes totalitaires voit son statut remis en cause (§1) L'opposition entre les deux modèles, France et Italie d'une part, Royaume-Uni d'autre part, perdure donc jusque dans les années 70 (§2), tandis que la dialectique entre contrôle par le pouvoir politique ou indépendance vis-à-vis de celui reste au centre des débats entourant le service public audiovisuel, souvent au détriment d'une conceptualisation matérielle de la mission de celui-ci.

§1 Une opposition quant à l'avenir du monopole

En France et en Italie, comme dans tous les pays qui avaient connu la dictature pendant la Seconde Guerre mondiale, le monopole n'est pas remis en cause après l'armistice (A). Au contraire, au Royaume-Uni, alors que la BBC avait acquis un prestige inégalé dans le monde, le débat quant à la libéralisation du secteur s'engage dès les années 1950 (B).

A) En France et en Italie, le choix du maintien du monopole

149. La France et l'Italie sont représentatives du modèle audiovisuel de l'Europe du Sud, dans lequel le monopole, ainsi que le contrôle politique, perdure après la Seconde Guerre mondiale. Le fait que ces deux pays, qui ont connu la dictature, choisissent de maintenir le monopole au rétablissement de la démocratie peut s'expliquer par plusieurs facteurs. D'une part, et c'est notamment le cas en Italie (1) il s'appuie sur la conceptualisation du rôle de l'État comme garant de la liberté d'expression face aux intérêts commerciaux privés, et ce à travers l'outil juridique du service public. D'autre part, cela peut s'expliquer comme en France, par le fait que les gouvernants ont pris conscience de l'impact du médium sur l'opinion publique (2).

1) Le monopole fondé sur l'article 43 de la Constitution en Italie

150. En 1944, à la chute de Mussolini, l'EIAR change de nom, elle devient la RAI, « Radio audizioni italiane ». Mais elle n'est pas dissoute : faute d'un véritable débat des députés sur ce sujet à l'assemblée constituante⁶⁹⁶, elle conserve les structures de l'ancienne société concessionnaire du régime fasciste. À la naissance de la République, il existe donc encore un « cordon ombilical »⁶⁹⁷ qui relie la RAI au pouvoir exécutif. Certes, la société est formellement privée, mais l'intégralité de son capital est entièrement détenu par un organisme public, l'Istituto Per la Ricostruzione industriale, créée dans les années 30's par le régime fasciste⁶⁹⁸. Le ministère continue de nommer les conseillers d'administration, conservant, de fait, un énorme pouvoir décisionnel et d'ingérence.

151. Toutefois, comme le rappelle E. Barendt, la Cour constitutionnelle italienne, créée, tout comme en Allemagne par la volonté d'éviter les horreurs des régimes totalitaires, intervint pour

⁶⁹⁶ G. GUAZZALOCA, Op cit, p. 42 ; V. aussi E. M. NOAM, « Broadcasting in Italy : an overview », Op cit, p. 20 ; Souligné également par L. PALADIN, « Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano », in L. PALADIN, *La libertà d'informazione*, Torino, 1979, p. 2s

⁶⁹⁷ Expression utilisée par A. Galante Garrone, *La polemica sulla radioTV in* « La Stampa », 20 mai 1964.

⁶⁹⁸ D. SASSOON, « Political and market forces in italian broadcasting », *West European Politics*, 1985, p. 67, spéc p .68

comblent l'incapacité ou la réticence du législateur à légiférer dans ce domaine⁶⁹⁹. Étant donné l'utilisation qui avait été faite de la radio par le régime fasciste, le rôle de la Cour constitutionnelle dans ce secteur, pour empêcher les dérives politiques, a été inévitable⁷⁰⁰, et cela a rendu cette intervention plus acceptable que dans des pays comme la France⁷⁰¹.

152. Dans une décision n° 59 du 6 juin 1960⁷⁰², la Cour constitutionnelle confirme la constitutionnalité de ce monopole étatique sur le fondement l'article 43 de la Constitution. Cet article de la Constitution italienne prévoit la possibilité, pour le législateur, de réserver à l'État, pour des raisons d'intérêt général, certaines entreprises qui sont considérées comme « service public essentiel », ou des « sources d'énergie » ou encore « des monopoles de fait », et qui ont le caractère « d'intérêt général prééminent ». Les caractéristiques techniques du secteur, et notamment le nombre limité de bandes hertziennes, poussèrent la Cour à considérer qu'en cas de libéralisation, le risque était grand de voir ce secteur devenir otage d'oligopoles privés⁷⁰³. Le secteur de l'audiovisuel devait donc être considéré comme un monopole de fait et remplissait dès lors la première condition requise par l'article 43 de la Constitution.

La Cour nota également « *la très grande importance qu'assument, dans la phase actuelle de notre civilisation, les intérêts que la télévision tend à satisfaire* ». Ce secteur avait dès lors un caractère d'intérêt général prééminent et remplissait donc le deuxième critère prévu par l'article 43 pour l'établissement d'une réserve étatique.

Enfin, la Cour analyse la compatibilité de l'article 21 de la Constitution relatif à la liberté

⁶⁹⁹ E. BARENDT, « The influence of the German and Italian constitutional courts on their national broadcasting system », Public Law, 1991, p. 94

⁷⁰⁰ Ibid.

⁷⁰¹ Ibid.

⁷⁰² C. cost. 13 luglio 1960, n. 59, in *Giur. cost.*, 1960, p. 759s ; F. PIERANDREI, *Radio, televisione e Costituzione*, *Giur. it.*, 1960, p. 589.; S. FOIS, « Libertà di diffusione del pensiero e monopolio televisivo », *Giur. cost.*, 1960, p. 1127 ; F. CAMPIONE, « Sulla disciplina giuridica della televisione italiana », *Giustizia civile*, 1961, III, p. 15.; B. OLIVERO, « Osservazioni in tema di riserva allo Stato del servizio di diffusione televisiva », *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1961, p. 458.; G. CARLET, « Alcune poche considerazioni intorno alla sentenza di legittimità costituzionale della riserva statale radiotelevisiva », in *Foro pad.*, 1960, IV, p. 134 ; R. FRANCESCHELLI, « Cenni per memoria sul monopolio statale della televisione », *Rivista di diritto industriale*, 1960, II, p. 305 ; E. ROSINI, « Sulla pretesa idoneità del monopolio statale ad assicurare la libera manifestazione del pensiero », *Democrazia e diritto*, 1960, III, p. 104.; S. ARDIZZONE, « Sulla riserva allo Stato dell'impresa avente per oggetto la radiotelevisione », *Foro padano*, 1960, IV, p. 129 ; L. PELLIZER, « Il monopolio della televisione », *Giustizia civile*, 1961, IV, p. 193

⁷⁰³A. LUCARELLI, « Articolo 43 » in *Comentario alla Costituzione*, Op cit, p. 890

d'expression avec le monopole. Cet article n'est pas violé, car seul l'État se trouve en position d'exercer l'impartialité et l'objectivité nécessaire pour assurer à tous la possibilité de s'exprimer qui est requise par l'article 21. R. Zaccaria note que la réserve étatique et l'importance du secteur de la radiodiffusion ne se déduisent ni seulement d'un élément technique, ni seulement du contenu qui est transmis par celui-ci, car c'est bien « *la combinaison de ces deux éléments, à travers la mise en exergue de cette forme tout à fait particulière de communication, qui fait de la radiotélévision un média particulier* »⁷⁰⁴, et donc soumis dès 1960 à l'article 43 de la Constitution.

153. Cette reconnaissance, par la doctrine comme par la Cour constitutionnelle « *du caractère particulièrement important de la télévision pour les citoyens et la collectivité* »⁷⁰⁵ qui se fonde sur la nature de l'activité, a conduit les auteurs à insister sur le caractère « objectif » du service public audiovisuel⁷⁰⁶, bien que la Cour n'y fasse jamais allusion. La notion de service public n'est d'ailleurs pas expressément utilisée par la Cour dans cette décision⁷⁰⁷.

L'Italie est donc le seul des trois pays étudiés dans lequel on trouve si tôt un fondement constitutionnel au monopole⁷⁰⁸. La situation française s'apparente à la situation italienne, sans pour autant qu'existent dans ce pays les débats juridiques qui existent en Italie. Né peu avant la dictature, et instrumentalisé par le pouvoir politique, le service public audiovisuel reste configuré sous la forme d'un monopole au sortir de la Seconde Guerre mondiale (2).

2) Le monopole comme outil permettant le contrôle du pouvoir exécutif sur la télévision en France

154. Le 4 avril 1944, le gouvernement provisoire de la République française établit à Alger un commissariat à l'information et ses services prendront peu à peu le contrôle de la radiodiffusion.

⁷⁰⁴ R. ZACCARIA, « Monopolio, servizio pubblico e satelliti di radiodiffusione diretta » *Dir. Radiodiff.*, 1979, p. 236

⁷⁰⁵ F. PIERANDREI, « La televisione in giudizio davanti alla Corte Costituzionale », *riv.Dir.Com.*, 1961, II, p. 170

⁷⁰⁶ P. CARETTI, E. CHELI, R. ZACCARIA, « Tendenze evolutive nei modelli radiotelevisivi e compiti del legislatore » in *Dir. Radiodiff.*, 1981, p. 501 ; V. aussi R. ZACCARIA, « La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di libertà di espressione radiotelevisiva » in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di P.BARILE*, CEDAM, Padova, 1990

⁷⁰⁷ Elle le sera dans une décision ultérieure du 8 juin 1963, à propos de la redevance.

⁷⁰⁸ La Cour constitutionnelle allemande intervient elle aussi dès 1961.

L'ordonnance du 23 mars 1945⁷⁰⁹ met fin aux autorisations d'émettre des stations de radiodiffusion privées. La Radiodiffusion française remplace la Radiodiffusion nationale. Le monopole absolu de cet établissement public sur la radiodiffusion est établi par l'article 2 de l'ordonnance. Cet organisme n'a aucune autonomie, puisqu'il est géré en régie et placé sous l'autorité directe du président du Conseil ou d'un ministre délégué⁷¹⁰. Ce monopole peut surprendre, au sortir d'une période où la radio avait largement servi d'outil de propagande⁷¹¹. Les fondements sont différents de ceux utilisés pendant la période vichyste puisque la dénomination de la chaîne publique ne comporte plus de référence à la Nation. Il considère toutefois que la radio doit être la voix du gouvernement et met en place des équipes issues de la résistance pour la mettre en œuvre⁷¹².

155. Les arguments abondent pour prouver que le monopole ne dérogerait pas au pluralisme et à la liberté. Ces arguments se focalisent sur les différences du secteur vis-à-vis de celui de la presse écrite. Dans le secteur de l'audiovisuel, seuls de grands intérêts économiques et financiers pourraient effectivement exercer la liberté de transmettre, vu le coût des investissements nécessaires dans le secteur. Il est impossible que la concurrence soit parfaite dans ce secteur, et il est préférable que la gestion en soit confiée à l'organe garant de l'intérêt général⁷¹³. C'est bien le critère organique du service public qui reste dominant : le service public caractérise « *un secteur d'intervention de l'État dans la vie sociale* »⁷¹⁴. Aucune définition matérielle du service public n'existe alors.

⁷⁰⁹ Article 2 de l'ordonnance du 3 mars 1945

⁷¹⁰ C. DEBBASCH, « De la radiodiffusion-télévision française à l'office de radiodiffusion-télévision française », Op cit, p. 532

⁷¹¹ J. BARTHELEMY n'affirmait-il pas, dès 1937, dans son *Précis de droit public* qu'« admettre le monopole absolu et sans fissure de la radiodiffusion c'est marcher vers un régime totalitaire. Il faut que le pays puisse entendre une autre voix que celle du parti qui est momentanément au pouvoir ». (NB : Cet auteur a ensuite participé au régime vichyste en tant que ministre de la justice, V. G. MARTINEZ, « Joseph Barthelemy et la crise de la démocratie libérale », Vingtième siècle-revue d'histoire, 1998, n° 59, p. 28)

⁷¹² Cette décision s'oppose à la volonté de Jean Guignebert, nommé président du conseil supérieur de la radiodiffusion, d'éloigner le pouvoir politique des décisions concernant la radiodiffusion et de n'exercer qu'une tutelle lointaine sur celle-ci.

⁷¹³ C. DEBBASCH, Op cit, p. 531

⁷¹⁴ A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Op cit, p. 9

156. En 1949, la radiodiffusion française devient la Radiodiffusion Télévision française. Ce changement de nom marque l'importance nouvelle de la télévision dans le processus de radiodiffusion, entérinée par l'instauration d'une redevance audiovisuelle, par la loi du 30 juillet 1949. L'organisme est toujours placé sous le contrôle direct de l'Etat par l'intermédiaire du ministre de l'Information et totalement dénué d'autonomie propre. Le directeur général de cet organisme est nommé par le gouvernement et assisté d'un conseil supérieur consultatif lui aussi nommé par le gouvernement. Le 31 décembre 1953, l'Assemblée nationale vote d'ailleurs un plan de développement de cinq ans pour la télévision dans lequel un amendement augmente le monopole de programmation et de production de la RTF. Le budget de la RTF est directement versé par le ministère de l'Information dont elle dépend entièrement et les dépenses sont contrôlées a priori par un contrôleur financier représentant le ministère des Finances.

157. Le monopole se transforma cependant vite en contrôle de l'exécutif sur les informations, notamment à partir de la période gaulliste⁷¹⁵. Les tentatives de réforme, visant à réduire cette ascendance du pouvoir exécutif sur les informations, semblent vaines, ou à tout le moins n'atteignent pas l'objectif d'indépendance fixé par les projets de loi. Le monopole et le contrôle gouvernemental ne sont donc absolument pas remis en cause après la guerre en Italie et en France, et la notion de service public, entendue objectivement, permet de légitimer ce monopole. Au Royaume-Uni, alors que l'indépendance vis-à-vis du gouvernement est acquise et que les missions de service public sont définies, le monopole est pourtant très vite remis en cause (B).

B) Le débat précoce autour de la libéralisation au Royaume-Uni

158. Durant la guerre, la vision de la radio comme seul moyen éducatif avait été remise en cause⁷¹⁶. En 1939, Ian Hay, un contrôleur de la BBC déclara que les troupes, qui écoutaient la BBC, auraient besoin de beaucoup de divertissements. Un autre fonctionnaire écrivait que

⁷¹⁵ V. S. BLUM, *La télévision ordinaire du pouvoir*, PUF, 1982, pp 40s ; *Télévision et libéralisme : la télévision française d'un ordre à l'autre*, *Pouvoirs*, n° 9, 1979, p. 131 ; J. CHEVALLIER, « Le problème de la réforme de l'ORTF en 1968 », *AJDA*, 1969, p. 217

⁷¹⁶ Sur l'évolution des programmes de la BBC du fait de la guerre V. notamment A. BRIGGS, *The history of Broadcasting in the United Kingdom, Volume III : The war of worlds*, OUP, 1995, Chapitre V. 4 « The pattern of programmes ».

l'attrait des stations de radio continentales, qu'avaient découvert les troupes, aurait des conséquences sur le long-terme : « *Il est possible que nous ne puissions pas revenir à notre politique du dimanche, lorsque la guerre sera terminée* »⁷¹⁷. C'était aussi la psychologie de l'auditeur moyen qui avait changé : durant la guerre, le loisir avait été considéré comme une composante essentielle de la société publique⁷¹⁸. Parallèlement, un débat juridique et politique s'ouvrit sur la légitimité du monopole à partir de la publication du rapport Beveridge (1). Ce débat intense mena à la mise en place d'un consensus, selon la tradition anglaise, entre les visions opposées (2).

1) La naissance du débat sur la légitimité du monopole

159. Tout commença par un rapport, publié en 1947 et dirigé par Lord Beveridge, qui avait été mandaté pour mener une enquête sur le fonctionnement de la BBC⁷¹⁹. Pour le comité, l'audiovisuel en Grande-Bretagne devrait rester un service public, ou un service social du fait de son importance pour la politique culturelle et éducative du pays⁷²⁰. Beveridge avait cependant mis l'accent sur les « Quatre scandales du monopole » : la bureaucratie, la complaisance, le favoritisme et l'inefficacité⁷²¹. Bien qu'il soulignait le danger de renouveler la licence pour un temps trop long⁷²², le comité Beveridge recommandait toutefois le renouvellement de la licence à la BBC, sous monopole⁷²³. L'alternative proposée, la télévision commerciale à l'américaine, semblait pour les auteurs du rapport bien pire que ce que le monopole apportait d'effets négatifs. Ce dernier soulignait la nécessité de promouvoir des procédures internes et externes contre

⁷¹⁷ Cités par J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 155

⁷¹⁸ V. A. BRIGGS, Op cit.

⁷¹⁹ V. notamment A. BRIGGS, *The history of Broadcasting in the United Kingdom, Volume IV : Sound and vision*, OUP, 1995, Chapitre IV : « Inquiry », p. 265s

⁷²⁰ Cmd 8116, paragraphe 167, p. 43 : « *l'audiovisuel doit avoir un but social* » et paragraphe 546, p. 164 : « *Faire dépendre les programmes audiovisuels automatiquement et directement des préférences exprimées par les auditeurs serait contraire à la poursuite du but social de l'audiovisuel, qui est en dernier ressort celui de l'éducation.* »

⁷²¹ Lord Simon, *The BBC from within*, Gollancz, p. 60s

⁷²² « *Is the BBC today so near human possibilities of perfection that all we have to do is to recommend renewal of the present charter and licence for another ten, fifteen, or fifty years, with a few amendments of detail and a few suggestions for consideration by the governors and the director-General* ». Cmd 8116, Paragraphe 182, p. 39

⁷²³ Cmmd, 8116, paragraphe 588, p. 177 : « *After this examination we have come to approve the main principles accepted by our predecessors. We believe that a public service monopoly established by Charter and financed by licence fees is the right system for Britain* ».

d'éventuels abus de pouvoir du système audiovisuel⁷²⁴. Le rapport Beveridge ne fut cependant pas suivi d'effets directs au Parlement qui renvoya le débat à un temps ultérieur et durant cette période, les contingences politiques changèrent. De nouvelles élections générales furent convoquées et il devint plus difficile pour le Labour d'évoquer des questions qui pourraient être préjudiciables à leur campagne électorale⁷²⁵.

160. S. Lloyd, qui avait fait partie du Comité Beveridge, avait remis des conclusions divergentes. Il désapprouvait l'usage de la « brute force of monopoly » de Reith et en soulignait les limites⁷²⁶. Il suggérait la création d'un marché compétitif entre la BBC « qui poserait les standards » et une ou deux entreprises commerciales qui seraient financées par la publicité. Un rapport parallèle fut commandé par le Parti conservateur, qui s'appuyait sur les conclusions de S. Lloyd, pour appeler de ses vœux la création d'une télévision privée concurrente de la télévision publique⁷²⁷. Le gouvernement travailliste émit un livre blanc en juillet 1951⁷²⁸ avec des propositions pour moderniser et assurer un meilleur contrôle de la BBC, tout en sauvegardant le monopole. Le débat s'engagea à la chambre des Lords, mais avant que la Charte de la BBC n'ait pu être renouvelée, les élections générales furent convoquées et le Parti conservateur sortit vainqueur, ce qui allait changer l'avenir du monopole.

Pourquoi cette précipitation dans la libéralisation du secteur, alors même que le monopole avait prouvé son efficacité durant la guerre et malgré la renommée mondiale de la BBC au sortir de la Seconde Guerre mondiale?⁷²⁹ Cette décision résulte d'un débat intense et dans la société civile (2).

⁷²⁴ Ibid, paragraphe 550, p. 165

⁷²⁵ A. BRIGGS, Op cit, Volume IV, p. 365s

⁷²⁶ Memoranda submitted to the Committee, Published in Cmnd 8117

⁷²⁷ Memorandum on the Report of the Broadcasting Committee 1949, Cmnd 8550, V. A. BRIGGS, Op cit, Volume IV, Chapitre V, p. 387

⁷²⁸ Memorandum on the Report of the Broadcasting Committee 1949, Cmnd 8291, Government white Paper.

⁷²⁹ Pour une explication très complète V. A. BRIGGS, Op cit, Volume IV, Chapitre VII : « The end of the monopoly », p. 803s

2) Un débat intense menant à la mise en place d'un consensus

161. Les positions furent très polarisées entre défenseurs et détracteurs du monopole. Le comité mis en place par le Parti conservateur avait continué, pendant le débat à la Chambre des communes, de tenir des réunions pour convaincre de la nécessité de libéraliser le secteur. La charte de la BBC fut renouvelée fin 1951, mais les débats n'avaient jamais été aussi vifs concernant la nécessité d'introduire la concurrence privée dans le système audiovisuel. La charge ne fut pas menée par le public, mais par un petit groupe d'industriels et d'Hommes politiques, libéraux pour la plupart. De puissants lobbys s'organisèrent pour répandre leurs arguments⁷³⁰ : la libéralisation devait promouvoir l'industrie, le commerce et la libre concurrence⁷³¹. Les débats concernaient principalement le mode de financement des potentielles chaînes de télévision privées, et la comparaison avec le système américain.

162. De nombreuses voix s'élevèrent cependant contre le financement par la publicité. Gerald Cock, le premier président de la BBC Television, écrivit depuis San Francisco que les Américains souffraient d'une compétition qui « *a poussé les Publicitaires à s'abaisser à ce qu'ils pensent être les préférences de la majorité pour les crimes, le sexe, l'appel à la cupidité* »⁷³². Les programmes américains pourraient selon lui être améliorés par la soustraction à toute influence commerciale⁷³³. Randolph Churchill, le fils de Winston, s'opposa également violemment à la libéralisation en écrivant que « *la libre compétition pour la masse des esprits a produit aux États-Unis de la monotonie et de l'uniformité* »⁷³⁴. Pour répondre aux problèmes financiers de la BBC, qui étaient présentés comme le cheval de Troie par les défenseurs de la télévision

⁷³⁰ Le lobby pour la libéralisation du secteur fut menée par Norman Collins, directeur du « light programme » à la BBC Radio, et contrôleur à la Télévision de la BBC. Collins avait démissionné devant le refus de le nommer directeur général de la Télévision. Cette campagne reçut le soutien de Lord Woolton, député conservateur qui avait joué un important rôle dans la reconquête du pouvoir par les « tories » en 1951.

⁷³¹ L'opposition à l'ouverture du secteur aux télévisions commerciales fut organisée par le « National Television Council » dont le secrétaire était Christopher Mayhew. alors député du Labour Party et trouva un important soutien auprès de « l'establishment » britannique, qui s'inquiétait des conséquences culturelles que pourraient emporter la télévision commerciale. Voir H. FAIRLIE, « The BBC », in H. SWYNNERTON THOMAS, *The establishment, a symposium*, Bodley Head, 1977, p. 45

⁷³² G. COCK, *Daily Telegraph*, 10 juin 1953, Lettres de San Francisco.

⁷³³ G. COCK, *Manchester Guardian*, 11 mai 1953.

⁷³⁴ R. CHURCHILL, *Daily Telegraph*, 17 juin 1953

commerciale, il proposait l'augmentation de la redevance télévisuelle. Pour ces raisons, Winston Churchill, alors Premier ministre semblait lui défendre l'idée de l'ouverture d'une deuxième chaîne à l'intérieur de la BBC⁷³⁵.

163. Salisbury, dans son discours aux chambres avant le vote, avait assuré que le nouveau système serait totalement différent du système américain⁷³⁶. Norman Collins avait été le premier à soulever la possibilité que les questions de programmation aux États-Unis ne soient pas seulement liées à la commercialisation. N. Collins remettait en cause le fait que la télévision américaine soit mauvaise parce qu'elle était commerciale, en pointant le fait que « *ce n'est pas seulement en matière de télévision que les standards américains sont différents des britanniques* »⁷³⁷.

164. Face à tous ces arguments divergents, *The Economist* reconnut que l'issue de ce débat devrait dépendre d'un « *compromis entre les différents groupes de pression* »⁷³⁸. Plus tôt dans l'année, *The Lancet* avait écrit que « *la solution sera trouvée à l'épreuve des faits, à la manière empirique des Anglais* », et que celle-ci ne devra pas être trouvée aux extrêmes. Le nouveau livre blanc⁷³⁹ émanant du gouvernement semblait en effet être l'objet d'un compromis. La volonté du gouvernement était d'affirmer que certes « *le monopole serait brisé, mais le contrôle perdurerait* ». Le livre blanc affirmait qu' « *Alors que la télévision a un pouvoir d'influence énorme et grandissant sur l'esprit des citoyens, le Gouvernement croit que le contrôle ne devrait pas rester dans les mains d'une seule autorité, aussi excellente soit-elle* »⁷⁴⁰.

Conclusion §1 :

165. L'opposition est grandissante entre les modèles après la Seconde Guerre mondiale. La

⁷³⁵ A. BRIGGS, Op cit, Vol IV, p. 890

⁷³⁶ House of Lords, Official Report, Vol 184, Coll 556-7, 25 Nov 1953

⁷³⁷ N. COLLINS, The Times, 6 septembre 1952.

⁷³⁸ The Economist, 15 aout 1953

⁷³⁹ White Paper, *Memorandum on television Policy*, (Cmd 9005), 13 novembre 1953

⁷⁴⁰ Ibid.

télévision est toujours, en France comme en Italie, liée comme par un cordon ombilical aux hommes politiques⁷⁴¹, et on note l'absence totale de conceptualisation des missions que doit jouer le service public audiovisuel, au sens organique du terme. En Grande-Bretagne, où les missions de service public sont clairement conceptualisées et mises en avant, le gouvernement choisit de libéraliser le secteur, pour concilier la liberté d'entreprendre avec le droit des téléspectateurs. Cette opposition entre système dual et monopole ne se résorbera pas et sera grandissante jusque dans les années 70, la dialectique indépendance/contrôle étant portée à son apogée durant ces vingt années (§2).

§2 Une opposition grandissante jusque dans les années 70

La stabilité du système dual anglais, indépendant du pouvoir politique et reposant sur des missions claires (A) contraste avec les systèmes italiens et français, dans lesquels la légitimité du monopole commence à être contestée (B).

A) La stabilité du système dual au Royaume-Uni

La loi de libéralisation du secteur eut des conséquences particulièrement mesurées (2), du fait des importants mécanismes de régulation que prévoyait la loi (1).

1) Des mécanismes de régulation importants prévus par la loi

166. La Télévision Act fut publiée le 4 mars 1954. Elle créait une nouvelle chaîne de télévision privée, l'Independent Television (ITV) dont le nom avait été fortement critiqué par les travaillistes : cela signifierait-il que la BBC n'était pas indépendante? Un compromis avait cependant été trouvé pour que cette chaîne, financée partiellement par la publicité, ne devienne pas « vulgaire » comme avait été présentée la télévision américaine durant les débats parlementaires. La solution trouvée avait été la création d'une autorité indépendante, l'*Independent Television Authority* (ITA) devait attribuer les licences aux diverses entreprises,

⁷⁴¹ L'utilisation du terme « homme » s'explique ici par l'absence de femmes politiques à cette époque dans les deux États.

qui s'engageaient alors par contrat pour vendre des programmes à l'ITA⁷⁴². Elle était aussi en charge d'assurer que les compagnies privées fourniraient des programmes essentiellement « britanniques » et qui satisfassent à des codes de décence et de bon goût⁷⁴³. Les informations transmises devaient être fidèles et impartiales, les services politiques responsables, et les programmes religieux devaient, tout comme la BBC, être représentatifs des principaux courants de pensée, sous le contrôle d'un « Comité consultatif religieux ». L'autorité devait veiller à l'équilibre des programmes, assurer leur haute qualité ainsi que l'impartialité de traitements des questions controversées. Pour ce faire, l'ITA avait le pouvoir d'interdire la transmission de certains programmes et de révoquer les franchises des entreprises qui ne respectaient pas leurs engagements. Elle pouvait également intervenir dans la construction des grilles de programmes⁷⁴⁴. Les propos publicitaires ne devaient pas dépasser plus de cinq minutes par heure, devaient être clairement distingués des programmes, et ne devaient pas permettre de s'écarter du programme en cours⁷⁴⁵.

167. La plus grande différence avec le Livre blanc concernait la fourniture d'une subvention annuelle à la nouvelle autorité chargée de faire respecter ces mesures. Cette nouvelle disposition ne réjouit ni les opposants à la télévision commerciale, pour qui l'argent versé à cette autorité était de l'argent pris à la télévision publique ainsi qu'aux téléspectateurs⁷⁴⁶, ni les défenseurs de celle-ci qui y voyaient une intrusion dans le marché. Certains voyaient dans ce nouveau plan une volonté de contrôle du gouvernement sur les télévisions privées, et une tentative de celui-ci d'imprégner les télévisions commerciales d'une dose de *third programmes*, c'est-à-dire des missions d'information, culture et de divertissement issues de la vision de Reith. Il fut donc écrit

⁷⁴² A. BRIGGS, Op cit, p. 926, pour une explication plus simple de l'organisation d'ITV voir J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 173s

⁷⁴³ A. BRIGGS, Ibid, p. 926

⁷⁴⁴ Ibid.

⁷⁴⁵ Ibid, p. 926-927 ; voir pour une critique plus juridique D. LLOYD, « Some contents on the British Television Act 1954 », Law and Contemporary Problems, 1954, p. 165

⁷⁴⁶ Le « Torkshire Post » dans son édition du 6 mars 1954 fit par exemple référence à une « perte de plusieurs millions de Livres de l'argent des contribuables ». Le même jour, le Daily Telegraph écrivait : « L'addition de la télévision commerciale ne s'arrêtera pas là. Le fardeau ne cessera de croître. C'est arrivé avec la Road Fund, cela arrivera avec la télévision », voir A. BRIGGS, Ibid, p. 927

que les « idées initiales » (du projet de loi) s'étaient perdues dans un « dédale de restrictions »⁷⁴⁷.

168. De nombreux amendements avaient été déposés par les Parlementaires, ainsi que des mémorandums par les lobbys des télévisions commerciales, mais le gouvernement ne céda pas : les programmes ne devaient pas être dépendants, pour leur revenu, des pages publicitaires. De ce fait, la loi et la mise en œuvre de la régulation eut des conséquences mesurées (2).

2) Une libéralisation aux conséquences mesurées

169. L'Independent Television, ITV ouvrit le 22 septembre 1955, ainsi que l'ITA dont la mission était d'assurer que la télévision commerciale assurerait ses fonctions avec un « juste sens des responsabilités »⁷⁴⁸. Ce modèle était en fait hérité de l'organisation de la BBC : les télévisions commerciales étaient en effet soumises au renouvellement de la licence, ce qui permettait de s'assurer que le secteur serait soumis à un examen périodique, et à un nombre important d'obligations de service public, et supervisées par un organisme public nommé par le gouvernement, tout comme la BBC était supervisée par le Board of Governors⁷⁴⁹.

Le nouveau système, organisé en duopole, avait toutefois, selon certains observateurs, changé la BBC. L'organisation devrait désormais, si elle voulait faire face à la compétition, envisager les désirs du public plus sérieusement⁷⁵⁰. Ainsi, un commentateur nota en 1957 que « *la BBC devra troquer sa tour d'ivoire contre les Plages. Les gens préfèrent s'amuser* »⁷⁵¹. L'atmosphère de l'ITV était en effet différente : elle contrastait avec la gravité du ton de la BBC. Toutefois, comme l'écrivent Curran et Seaton, ITV « *did not beat the BBC at its own game* » : les documentaires, séries et drames présentés par la BBC étaient toujours préférés à celles de l'ITV⁷⁵².

⁷⁴⁷ Birmingham Mail, 6 mars 1954

⁷⁴⁸ K. CLARK to Sir Alexander CADOGAN, 15 septembre 1955, WAC File R78/D7R5

⁷⁴⁹ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 158

⁷⁵⁰ V A. BRIGGS, Op cit, « The competitor », p. 937s

⁷⁵¹ Daily Mail, 15 février 1957

⁷⁵² J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 160

170. George Wedell, secrétaire de l'ITA entre 1961 et 1964, nota en 1968 que si l'on comparait les statuts de l'ITA et de la BBC, on serait frappé par le caractère profondément unitaire du système audiovisuel au Royaume-Uni⁷⁵³. Les deux autorités, qui étaient au départ méfiantes l'une envers l'autre, découvrirent assez rapidement l'avantage d'être opposées à un ennemi aussi fiable et prévisible⁷⁵⁴. La télévision commerciale ne fit pas baisser le nombre de spectateurs de la BBC, contrairement à ce qu'avait pu prévoir Norman Collins⁷⁵⁵ et elle n'était pas révolutionnaire : elle s'avérait prudemment modelée à l'image de la BBC. Comme l'écrivit Peter Black, « *la BBC triompha dans cette bataille, puisque les personnes choisies pour être Membres de l'IBA auraient pu être également choisies pour faire partie du Board of Governors de la BBC* »⁷⁵⁶. En France et en Italie, aucune définition des missions de service public audiovisuel n'est encore fournie, car le pouvoir politique se focalise sur le caractère organique du service (B).

B) L'instrumentalisation du concept de service public par le pouvoir politique en France et en Italie

171. L'avènement de la cinquième République permettra de remettre le problème de l'autonomie de la RTF au centre du débat. Toutefois, les réformes législatives sous la période gaulliste tendent à conserver le lien entre pouvoir exécutif et télévision d'État, et cette assimilation entre gouvernement et service public⁷⁵⁷ ne permet pas d'aboutir à une conceptualisation des missions de l'institution. En Italie, la situation est plus contrastée, car la télévision est au cœur de la politique culturelle du Parti-Démocrate chrétien. Si, juridiquement, les situations sont semblables, car la télévision publique est sous le contrôle direct du gouvernement, la situation politique est différente : la RDF est assimilée à une télévision d'État

⁷⁵³ G. WEDELL, *Broadcasting and Public Policy*, 1968, p. 51 Il ajoute que « les différences sont moins significatives que les postulats de base sur lesquels sont fondés les deux systèmes ».

⁷⁵⁴ J.CURRAN et J.SEATON, Op cit, p. 163

⁷⁵⁵ Cité par J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, « The BBC would grind to a halt ».

⁷⁵⁶ P. BLACK, cité par J.CURRAN et J.SEATON, Op cit, p. 159

⁷⁵⁷ De l'aveu même du Ministre de l'information, M. Peyrefitte, lors de la présentation du Projet de loi sur le Statut de l'office de radiodiffusion-télévision française. JORF, Débats AN, Séance du 26 mai 1964, p. 1377 : « *Le défaut fondamental auquel nous entendons remédier par le présent projet de statut, c'est la confusion permanente qui s'est instituée dans l'esprit du public entre R. T. F. et gouvernement* ».

en France (1), tandis qu'en Italie elle est assimilée au monopole du parti démocrate-chrétien sur le pouvoir exécutif (2).

1) Le contrôle gouvernemental en France sous la période gaulliste

172. La liberté et l'autonomie du service public audiovisuel sont devenues des sujets importants pour l'opinion publique. Pourtant, les hommes politiques, d'opposition comme du gouvernement, ne partagent pas tous cette volonté d'autonomisation à l'égard du pouvoir gouvernemental⁷⁵⁸. Dès son retour au pouvoir en 1958, De Gaulle tente de donner un semblant d'autonomie à la RTF en renforçant le poste du Directeur-Général⁷⁵⁹. Le service public audiovisuel continue d'être fondé presque exclusivement sur le critère organique puisqu'aucune définition matérielle n'est donnée, ni aucune indication sur la mission de service public que la RTF doit mettre en œuvre.

173. Une réforme plus large est menée par l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959⁷⁶⁰ et le décret n° 59-277 du 5 février 1959. Cette réforme rompt le principe d'administration directe du service public audiovisuel et érige la RTF en EPIC, ayant la personnalité juridique, pour lui donner une plus large autonomie. Le directeur général est pourtant toujours nommé par un décret en Conseil des ministres et reste soumis à l'autorité du ministère de l'information, ainsi qu'à sa disposition. Le texte est donc jugé décevant, car il ne règle pas, malgré ses ambitions, la question de la dépendance de l'EPIC au gouvernement⁷⁶¹ ni le problème de la définition de la mission de service public.

174. Le critère matériel n'est toujours pas défini strictement : la Radiodiffusion de la télévision française est seulement chargée d'assurer « *la conception, la production, la réalisation, et la diffusion de toutes les émissions sonores et visuelles sur le territoire de la République* ». Il s'agit

⁷⁵⁸ C. DEBBASCH, « De la radiodiffusion-télévision française à l'office de radiodiffusion-télévision française », Op cit, p. 532

⁷⁵⁹ Décret n 58-1160 du 3 décembre 1958 relatif à l'organisation de la radiodiffusion-télévision française JORF, 4 décembre 1958, p. 10884 ; V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2 de cette thèse.

⁷⁶⁰ Ordonnance n° 59-1273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion Française, JORF, 11 février 1959

⁷⁶¹ C. DEBBASCH, Op cit, p. 535

d'une définition en quelque sorte tautologique : la télévision française, au sens organique du terme, doit assurer la production de la télévision française au sens matériel du terme. Le monopole public d'exploitation contribuait à obérer la dimension matérielle du service public de la radiotélévision pour lui conférer une signification simplement organique, incarnée à travers l'image des structures généralement réduites aux seules chaînes publiques de télévision⁷⁶².

175. La focalisation des gouvernants et du débat parlementaire sur le caractère organique du service public audiovisuel se retrouve dans l'exposé des motifs du projet de loi déposé par le ministre de l'information le 26 mai 1964. « *Le mal essentiel de la R . T . F . , proclame le ministre de l'information à l'assemblée, c'est l'absence d'autorité et la dilution des responsabilités. Un établissement qui, par ses activités, est la première entreprise de spectacles et la première entreprise de journaux de France ne peut fonctionner avec efficacité que si l'autorité et la responsabilité peuvent s'exercer du haut en bas (...) Souvent, les organismes chargés de choisir les œuvres qui seront diffusées au micro ou projetées sur les écrans sont influencés par des chapelles littéraires ou artistiques qui imposent leur ésotérisme à l'établissement et lui dictent une politique des programmes conçue davantage en fonction des intérêts des réalisateurs ou des producteurs qu'en fonction du plus grand nombre, c'est-à-dire du public* »⁷⁶³. Durant son discours, le ministre de l'Information ne fera pas une seule fois référence aux missions que doit mettre en œuvre la R.T.F. Si le fond des programmes est évoqué, c'est pour expliquer que leur médiocrité découle de l'absence de responsabilité au sein de l'institution. Le raisonnement est d'ailleurs souvent très limité : « *Si, dans leur grande majorité, les personnes ne sont pas en cause, c'est donc que les structures de l'établissement ne sont pas bonnes* »⁷⁶⁴. La cause de la médiocrité des programmes sera également très simplement expliquée par le monopole de production accordé au personnel de la RTF : « *Ainsi ont-ils pu écarter la concurrence de techniciens dont la compétence n'aurait pu être déniée sans ridicule. Toute possibilité de concurrence écartée, chacun se croit le propriétaire de*

⁷⁶² J. MANT, « La légitimité du secteur public audiovisuel français », Mémoire pour l'obtention du DEA Droit des Médias, Aix en Provence, 2004-2005, Online, p. 15

⁷⁶³ M. Peyrefitte, JORF, Débats AN, Séance du 26 mai 1964, p. 1377

⁷⁶⁴ Ibid.

l'emploi qu'il occupe. Pourquoi, dans ces conditions, s'efforcer de faire mieux que les autres ? La médiocrité, sur le plan culturel, d'un grand nombre de nos émissions, n'a pas d'autre cause »⁷⁶⁵ proclame le rapporteur de la loi à l'Assemblée. C'est pourquoi le projet de loi propose des « moyens », pour une « *autonomie, condition nécessaire pour une gestion rationnelle* »⁷⁶⁶ et fondée sur la responsabilité⁷⁶⁷.

Certes, le ministre propose de qualifier expressément la radiodiffusion et télévision française de service public, mais le but du projet de statut est bien avant tout de « *donner ensuite à l'établissement les attributs de l'autonomie* (qui aurait du aller avec le statut d'EPIC) *alors que le statut de 1959 ne lui en reconnaissait que le principe* »⁷⁶⁸.

176. La loi est adoptée le 27 juin 1964. L'article 1 dispose que « *l'ORTF est un établissement public de l'État à caractère industriel et commercial. Il assure le service public national de la radiodiffusion et de la télévision, en vue de satisfaire les besoins d'information, de culture, d'éducation et de distraction du public* ». L'ORTF, établissement public industriel et commercial, constituera désormais l'assise organique « du service public national de la radiodiffusion et de la télévision ». Les missions à poursuivre pour la mise en œuvre de ce service national sont officiellement calquées sur celles de la BBC ce qui pourrait traduire une analyse globale et conceptuelle de la mission de service public. En réalité, la tautologie déjà exposée dans les lois précédentes s'organise désormais autour de trois notions : les termes de « radiotélévision », de « service public », et de « monopole public » forment ainsi, selon les mots de H. Isar, « *un triptyque sémantique circulatoire* », appauvrissant le contenu potentiel de chacune de ces représentations⁷⁶⁹.

177. Cette nouvelle loi ne survit pas à la crise de mai 1968. Les journalistes et réalisateurs de l'ORTF manifestèrent durant la crise contre l'atmosphère étouffante dans laquelle ils

⁷⁶⁵ M. Roger Ribadeau Dumas, rapporteur, Op cit, p. 1381

⁷⁶⁶ M. Peyrefiette, Ibid, p. 1378

⁷⁶⁷ « *Le mal essentiel de la RTF, c'est l'absence d'autorité et la dilution des responsabilités* », Ibid, p. 1377

⁷⁶⁸ M. Peyrefitte, Ibid.

Loi n° 64-621 du 27 juin 1964, JO 28 juin 1964, p 5636

⁷⁶⁹ H. ISAR, *Le service public et la communication audiovisuelle*, Op cit, p. 30

travaillaient⁷⁷⁰ et remirent donc en cause le manque d'indépendance de la rédaction. Cent-deux journalistes furent révoqués dans cette bataille. En 1969, le ministère de l'Information est supprimé, et deux unités d'information indépendantes sont créées. À défaut d'impartialité, elles établissent une concurrence permettant une dialectique entre critique et confiance envers le gouvernement⁷⁷¹. Pourtant, en 1970, au cours d'une conférence de presse, Georges Pompidou remet ce problème d'indépendance au cœur de la scène politique en déclarant que l' « *ORTF, qu'on le veuille ou non, c'est la voix de la France* ».

En Italie, le monopole, légitimé par la Cour constitutionnelle, est cependant critiqué par les opposants politiques de la démocratie chrétienne (2).

2) Le contrôle du parti démocrate-chrétien en Italie

178. Certains auteurs⁷⁷² contestent la légitimité de la réserve étatique en considérant que le premier paragraphe de l'article 21 de la Constitution, relatif à la liberté d'expression devrait tenir lieu de limite à la possibilité d'instituer une réserve étatique dans le secteur. « *Liberté et réserve étatique sont des termes incompatibles* » soutient Tosato⁷⁷³. Cet argument était partagé par le milieu entrepreneurial, qui récusait cette vision étatiste de la gestion des activités économiques, mais il avait été repoussé par la Cour comme nous l'avons vu ci-devant. Mais c'est surtout le fait que le monopole étatique soit relié directement à l'exécutif donne lieu à des critiques grandissantes⁷⁷⁴, notamment par les partis du spectre politique qui n'appartenaient pas au gouvernement⁷⁷⁵, ce qui constitue une différence vis-à-vis de ce qui se passe en France.

⁷⁷⁰ M. BOUISSOU, « La réforme de la Radio-télévision et la notion de service public (loi du 3 juillet 1972 portant statut de la radiodiffusion-télévision française) », RDP, 1973, p. 5

⁷⁷¹ Ibid, p 13

⁷⁷² V. notamment E. TOSATO, « Sul regime giuridico della televisione », in *Scritti in onore di Mortati*, III, Giuffrè, 1977, p. 1051, ou P.A. CAPOSTOSI, « Modelli normativi della concessione radiotelevisiva : il problema del servizio pubblico », in *Radiotelevisione pubblica e privata*, Op cit, p. 93

⁷⁷³ E. TOSATO, Ibid, p. 1057

⁷⁷⁴ Pour une critique proprement juridique, voir G. AMATO, RAI, « La riforma interrotta », in C. MARTELLI (ed), *Informazione e potere*, Giuffrè, 1979, p. 64-65. Pour un point de vue défendant le lien avec l'exécutif, voir F. PIGA, « Monopolio o privatizzazione (Proposte per una riforma della RAI-TV) » in *Foro Amm*, 1970, II, p. 195

⁷⁷⁵ D. SASSOON, « Political and market forces in italian broadcasting », *West European Politics*, 1985, p. 69

179. À cette époque, le système politique italien est lui-même soumis à d'importantes critiques. L'équilibre institutionnel de l'après-guerre se caractérise par l'importance du Parti communiste, second parti du pays après la Démocratie chrétienne. En raison du contexte de la guerre froide et de l'influence qu'exercent à cette époque les États-Unis sur le pays, ce parti n'entrera jamais au gouvernement. Il s'agit de ce que l'on a appelé la démocratie bloquée⁷⁷⁶ ou imparfaite. De fait, des années 45 jusqu'en 1981⁷⁷⁷, il n'existera pas, à proprement parler d'alternance en Italie, toutes les majorités étant composées d'une coalition menée par le Parti démocrate-chrétien⁷⁷⁸. Or, comme nous l'avons dit, le conseil d'administration de la RAI est nommé par le gouvernement, après la chute du régime fasciste. La RAI, monopole d'État, est donc considérée durant cette période et jusqu'aux années 1970 comme le « fief de la démocratie chrétienne »⁷⁷⁹. Ce système est évidemment soumis à des violentes critiques de la part des partis « exclus » de cet accès à la télévision. Le Parti communiste dénonce le monopole, la censure et la propagande gouvernementale⁷⁸⁰ et demande le transfert du contrôle de la télévision au Parlement. Les partis laïcs du centre droit critiquent eux aussi un système qui « s'apparente, dans ses traits essentiels aux autres exemples de semi-dictature »⁷⁸¹. Ils proposent non pas le transfert au parlement, mais la création d'un conseil de l'audiovisuel, autorité indépendante qui soit responsable devant le Parlement et qui soit chargée d'éviter les prises de position trop partisans. Parmi les propositions législatives de modification, aucune n'a toutefois été examinée par le Parlement⁷⁸².

⁷⁷⁶ P. CRAVERI, *La democrazia incompiuta. Figure del '900 italiano*, Venise, Marsilio, 2002

⁷⁷⁷ En 1981, le gouvernement démocrate-chrétien d'Arnaldo Forlani à la suite du scandale de la Loge Propaganda Due. Le Président de la République nomme alors comme Chef du Gouvernement le secrétaire du Parti Républicain Italien. C'est le premier Chef du Gouvernement qui ne soit pas issu du parti Démocrate-Chrétien depuis 1948.

⁷⁷⁸ P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Il Mulino, 1997

⁷⁷⁹ G. GUZZALOCA, « Un amalgame bizarre entre politique et télévision en Italie : du « fief démocrate-chrétien » au « phénomène Berlusconi » », Op cit, p. 43 ; D. SASSOON, « Political and market forces in italian broadcasting », Op cit, p. 67s

⁷⁸⁰ Voir par exemple les propos du leader communiste Pietro Ingrao dans le journal «l'Unità» du 16 mai 1954 : « la RAI est un instrument inaccessible et exclusif de la propagande cléricale. Non seulement les responsables de ce service [...] sont désignés sans le contrôle public et au gré de certains individus, mais les émissions sont manipulées pour répondre aux besoins les plus vulgaires et contingents du parti au pouvoir ».

⁷⁸¹ P. TAVOLINI, *Introduzione*, dans M. BONESCHI, L. PICCARDI, E. ROSSI, *Verso il regime*, Bari, Laterza, 1960, p. 5-6

⁷⁸² *La radiotelevisione in Italia. Legislazione, documenti parlamentari dal 1958 al 1963*, Studium, 1963, p. 309

180. Les critiques concernant l'hégémonie du Parti démocrate sur le système audiovisuel italien doivent être relativisées. La démocratie chrétienne utilise en effet ce média comme un instrument fondamental d'intervention sociale et de mise en place d'une véritable politique culturelle. Ainsi, nombreuses sont les émissions à vocation didactique⁷⁸³. Certains auteurs notent que la télévision a contribué durant cette période à l'alphabétisation du pays. Comme le relève un auteur, « *le personnel catholique nommé à la gestion de la RAI projette de profiter de ce nouveau média pour éduquer les masses. (...) La culture entre à la télévision comme un « genre » parmi d'autres: ce sera une pesante hypothèque sur le futur.(...) Le terme « éducation » qui en Grande-Bretagne signifie instruction et désigne les émissions destinées aux écoles et celles de formation pour les adultes - englobe en Italie les émissions culturelles, destinées à la divulgation de la culture académique de base, avec un accent particulier mis sur la lecture* »⁷⁸⁴. C'est la mise en place de l'idéologie de la « démocratie guidée ». Comme le relève G. Becchelonni, « *La spécificité italienne vient de ce que l'Italie étant une nation fragile, un État jeune (...) l'arrivée de la télévision a coïncidé avec l'avènement de débats, de constructions culturelles et d'institutions qui existaient déjà dans les autres pays (...). Il s'est ainsi construite une concordance étroite entre télévision et culture nationale italienne, entre télévision et débat démocratique* »⁷⁸⁵.

Conclusion §2 :

181. Au Royaume-Uni, la libéralisation a donné naissance à un duopole qui ne remet pas en cause l'importance, la stabilité et surtout l'indépendance de la BBC dans les années 60-70. Au contraire, en France et en Italie, on observe, malgré le retour de la démocratie, une dépendance toujours très grande de la télévision publique organisée en monopole au pouvoir exécutif. Dans les deux États, cette dépendance découle juridiquement du contrôle direct de la télévision publique par le pouvoir exécutif. En France, l'adoption de la cinquième République se concrétise par une domination massive de De Gaulle sur les institutions. On observe une concordance entre majorité au Parlement, gouvernement et présidence de la République, et du fait de la conception

⁷⁸³ V. notamment A. RIMANO, *Le politiche pubbliche nell'ambito delle telecomunicazioni, La nozione di servizio pubblico radiotelevisivo*, ARACNE, 2005

⁷⁸⁴ G. CESAREO, « La televisione », in C. STAJANO, *La cultura italiana del Novecento*, Terra & Figli, 1996

⁷⁸⁵ G. BECCHELLONI, *Televisione come cultura : I media italiani tras identità et mercato*, Giovanni-Ligori Editore, 1995

gaulliste des institutions et de son rôle de Président, la télévision publique peut s'apparenter à une télévision d'État. Au contraire, en Italie, la télévision publique peut s'apparenter à la télévision du Parti Démocrate-Chrétien, qui malgré l'importance d'autres Partis au Parlement, contrôle toujours, depuis la fin de la guerre, le pouvoir exécutif.

Conclusion Sous-section 1 :

182. L'opposition entre les modèles est donc grandissante après la Seconde Guerre mondiale. Au Royaume-Uni, où l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique a été assurée dès sa naissance par la Charte et la création de coutumes constitutionnelles, le Parlement choisit de libéraliser le secteur très tôt en soulignant les dérives du monopole. Au contraire, dans les États qui ont connu des régimes totalitaires, et malgré le rétablissement de la démocratie, le monopole perdure, justifié juridiquement par la qualification de l'activité audiovisuelle comme un service public. Le paradoxe est encore plus intéressant lorsqu'on s'intéresse à la définition des missions de service public audiovisuel. La stabilité du duopole britannique s'explique par une conceptualisation très poussée des missions de service public, qui permet d'orienter l'action des acteurs, et notamment des régulateurs. Au contraire, en France, l'absence de conceptualisation de telles missions pousse le gouvernement à se focaliser sur l'organisation du service public audiovisuel, sur l'autorité et la responsabilité des services, révélant une conception très proche de la théorie hauriouiste de l'institution : l'idée, qui existe a priori trouve une concrétisation lorsque des individus lui donnent des « organes », et ces organes doivent permettre à l'idée de se réaliser. L'Italie se trouve dans une situation d'entre-deux : aucune définition précise des missions de service public n'existe en droit, mais le Parti démocrate-chrétien a toutefois réalisé un effort de conceptualisation politique du rôle de la télévision dans la mise en œuvre de la politique culturelle du pays. Dans ces deux pays, le lien entre gouvernement et télévision publique est de plus en plus contesté au début des années 70, ce qui poussera les différents acteurs à conceptualiser certaines missions de service public audiovisuel, pour renforcer la légitimité du monopole (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Une certaine convergence pour une meilleure définition des missions de service public

183. En Italie, les arguments sur lesquels était fondé le monopole se fragilisent, ce qui pousse les acteurs à leur substituer de nouvelles bases légales (§1). Au même moment au Royaume-Uni, les gouvernants renouvellent la conceptualisation des missions de service public, en suivant les nouvelles recherches de sciences sociales sur le sujet (§2). La France fait encore figure de retardataire : le législateur concentre encore ses efforts sur les modalités d'organisation du service, bien que le critère matériel soit désormais clairement distingué du critère organique (§3).

§1 En Italie, la notion de pluralisme interne au secours du monopole

À partir du milieu des années 70, le contexte technique qui avait justifié la constitutionnalité de la réserve étatique change : l'argument de la rareté des fréquences devient peu à peu caduc, et ce en raison de l'apparition de nouveaux moyens de transmission audiovisuelle⁷⁸⁶. Dans ce contexte, le monopole, caractérisé par le contrôle du pouvoir exécutif sur le médium, est de plus en plus contesté. La Cour constitutionnelle sera amenée à intervenir pour définir des conditions à la légalité du monopole (A). Toutefois, l'intervention du législateur qui met en œuvre les recommandations de la Cour se solde par un échec à assurer une dépolitisation des chaînes du service public audiovisuel (B).

A) Les conditions de légalité du monopole développées par la Cour

Si pour qualifier d'essentiel le service public audiovisuel sur le fondement de l'article 43 de la Constitution la Cour revient sur les caractéristiques objectives de l'activité (1), c'est pour en tirer des conséquences concernant les conditions de sauvegarde du monopole (2).

1) La qualification du service public d'essentiel sur le fondement de l'article 43

184. Le 29 mars 1973, le président de la République établit par décret le monopole de la

⁷⁸⁶ Pour un résumé des différents arguments utilisés par la Cour à partir de 1960, V. notamment S. FOIS, « La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della giurisprudenza costituzionale », *Giur. Cost.*, 1977, p. 429s

télévision et attribua celui-ci à l'État. Ce décret fut contesté devant la Cour, ce qui donna à celle-ci l'occasion de revenir sur les fondements constitutionnels du monopole. Dans une importante décision n° 225 du 10 juin 1974⁷⁸⁷, la Cour ne remet pas en cause la constitutionnalité de la réserve étatique sur le fondement de l'article 43 de la Constitution. Toutefois, face à l'affaiblissement de l'argument tiré de la rareté des fréquences, elle refuse de s'appuyer uniquement sur le critère du « monopole de fait »⁷⁸⁸.

185. Pour renforcer son raisonnement juridique, elle se réfère au critère du « service public essentiel »⁷⁸⁹, l'autre critère de l'article 43 permettant de justifier la réserve étatique, un critère qu'elle n'avait pas utilisé jusqu'alors. Tout d'abord, la cour rappelle les justifications pour lesquelles elle avait, dans ses décisions précédentes, déclaré constitutionnelle la réserve étatique

⁷⁸⁷ C. cost. 10 luglio 1974, n. 225, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1775 ; V. pour les commentaires de l'avocat général : M. SAVARESE, « Sulla legittimità costituzionale del monopolio radiotelevisivo », in *Rassegna dell'avvocatura dello Stato*, 1974, I, 1347 ; V. les commentaires P. BARILE, « Qualche passo avanti verso la libertà della radiotelevisione in Italia », in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1974, p. 9 ; CHIOLA, « I comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo », in *Giur. cost.*, 1974, p. 2191 ; E. SANTORO, « A proposito degli effetti della sentenza n. 225 del 1974 della Corte costituzionale sulla riserva allo Stato del servizio radiotelevisivo », in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1974, p. 79 ; R. ZACCARIA, L'alternativa posta dalla Corte: monopolio «pluralistico» della radiotelevisione o liberalizzazione del servizio, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2168

⁷⁸⁸ Pour une mise en perspective de cette décision par rapport à la jurisprudence ultérieure : V. notamment L. BIANCHI, *Radiotelevisione e servizio pubblico*, CEDAM, 2008, p. 103s ; R. ZACCARIA, « La giurisprudenza della corte Costituzionale in materia di libertà di espressione radiotelevisiva », in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di Paolo Barile*, CEDAM, 1990, p. 539 ; R. ZACCARIA, *Radiotelevisione e Costituzione*, Giuffrè, 1977, p. 178s ; CARETTI, *Diritto pubblico dell'informazione*, Bologna, 1994, p. 71s ; A. PACE, *Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo*, in "Europa e informazione", M. MANETTI(ed), quaderno pubblicato dalla rassegna di diritto pubblico europeo, Ed Scientifiche Italiane, n° 3, 2004 p. 21, aussi en ligne ; E. BARENDT, « The influence of the German and Italian constitutional courts on their national broadcasting system », *Op cit*, p. 108

⁷⁸⁹ Considerato in diritto §4 : « *Et, en effet, il n'est pas possible de contester le fait que dans le contexte historique actuel, la radio-télévision satisfasse un besoin essentiel de la collectivité. On doit donc convenir qu'il s'agit d'un service public essentiel caractérisé par l'intérêt général preéminent que la norme constitutionnelle requiert pour que la réserve étatique puisse être légitimement mise en oeuvre* ». Traduction de « *Ed infatti, non potendosi minimamente dubitare che nell'attuale contesto storico la radiotelevisone soddisfi un bisogno essenziale della collettività, si deve convenire che trattasi di un servizio pubblico essenziale, caratterizzato da quel preminente interesse generale che la norma costituzionale richiede perché legittimamente possa essere disposta la riserva* ».

sur le fondement de l'article 43⁷⁹⁰. Elle observe « *que la réserve étatique trouve son fondement dans le nombre limité de bandes de transmission assignées à l'Italie (...)* » et que la libéralisation aurait comporté le risque de réserver ce nombre de bandes à un petit groupe, susceptible de former un oligopole.

Le monopole étatique en ce qui concerne la diffusion hertzienne n'était donc pas contraire à l'article 21 de la Constitution, car l'utilisation par quelques grands groupes d'un instrument de communication de masse ne « *constituerait pas un risque moindre que ceux découlant du monopole au sens strict* ». La constitution d'un oligopole conduirait à réserver à certaines personnes la liberté de s'exprimer à la télévision, ce qui serait contraire à l'article 21 qui protège la liberté d'expression pour tous. De plus, la domination de ces grands groupes aurait été fondée sur des arguments économiques, et non démocratiques et cette domination les aurait conduits à faire passer leur propre intérêt avant l'intérêt du public. De ce fait, seul le monopole public était, au moment où les décisions avaient été rendues, susceptible d'assurer l'accès de tous au moyen de communication radio-télévisuelle.

186. La Cour relève ensuite que les décisions rendues par les tribunaux de droit commun

⁷⁹⁰ Considerato in diritto, §2 : « Avec la décision n° 59 de 1960, cette Cour a déjà déclaré que les articles 21, 41, 33 et 43 de la Constitution ne sont pas violés par la réserve à l'Etat des services de télévision circulaire au moyen des ondes de radio électriques, et de l'interdiction subséquente d'implanter et d'exercer des services de ce genre sans avoir obtenu la concession. Cette décision s'articule sur les propositions suivantes : a) Il existe un nombre limité de canaux utilisables, de sorte que la télévision est une activité indubitablement destinée, en régime de liberté d'initiative, au moins à un oligopole de fait ; b) les services de télévision peuvent cependant être rangés parmi les catégories d'entreprises qui se rapportent à des situations de monopole, au sens de l'article 43 de la Constitution ; c) sont également remplis les deux autres conditions prévues par l'article 43 de la Constitution, c'est-à-dire l'activité d'intérêt général prééminent et les raisons d'utilité générale, qui permettent de justifier l'intervention exclusive de l'Etat ; d) l'article 21 de la Constitution n'est pas violé, puisqu'étant donné la limitation de fait de la possibilité d'utilisation du média télévisuel, c'est l'Etat, en situation de monopole, qui se trouve institutionnellement dans les meilleures conditions pour surmonter les difficultés ci-dessus énoncées concernant la limitation naturelle du média pour la réalisation du précepte constitutionnel visant à permettre à tous de diffuser sa pensée à travers ce média ». Traduction de « *Con la sentenza n. 59 del 1960, questa Corte ha già dichiarato che gli artt. 21, 41, 33 e 43 della Costituzione non sono violati dalla riserva allo Stato dei servizi di televisione circolare a mezzo di onde radio elettriche, e dal conseguente divieto di impiantare ed esercitare servizi del genere senza avere ottenuto la prescritta concessione. E la decisione si articola sulle seguenti proposizioni: a) esiste una attuale limitatezza dei canali utilizzabili, talché la televisione si caratterizza indubbiamente come una attività predestinata, in regime di libera iniziativa, quanto meno all'oligopolio di fatto; b) i servizi televisivi si collocano, pertanto, tra le categorie di imprese che si riferiscono a situazioni di monopolio, nel senso in cui all'art. 43 della Costituzione; c) ricorrono altresì gli altri due requisiti voluti dall'articolo 43 della Costituzione, e cioè l'attività di preminente interesse generale e le ragioni di utilità generale, idonee a giustificare l'avocazione in esclusiva dei servizi allo Stato; d) non è violato l'art. 21 della Costituzione, perché data la limitatezza di fatto della possibilità di utilizzazione del mezzo televisivo, lo Stato monopolista si trova istituzionalmente nelle condizioni di obiettività e imparzialità più favorevoli per conseguire il superamento delle difficoltà frapposte dalla naturale limitatezza del mezzo alla realizzazione del precetto costituzionale volto ad assicurare a tutti la possibilità di diffondere il pensiero con qualsiasi mezzo* ».

soulignent que la rareté des fréquences, sur laquelle se fonde le raisonnement ci-dessus, serait aujourd'hui dépassée par le développement de la science et des techniques de radiodiffusion. La Cour repousse toutefois cet argument en se fondant sur une décision du Conseil supérieur des Télécommunications qui relève que les bandes hertziennes au niveau national sont encore limitées, et que cela permettrait seulement à un nombre limité d'entreprises de diffuser leur contenu.

187. Pour justifier encore plus sa décision, la Cour revient au raisonnement qui sous-tend l'article 43 et en donne sa propre interprétation : « *Le raisonnement qui sous-tend cette disposition constitutionnelle réside dans la prévision raisonnable que, là où il existe, ou même là où la libre concurrence est impossible, le monopole étatique (ou des autres sujets indiqués) garantit mieux l'intérêt de la collectivité. Cela vaut, à plus forte raison quand, comme dans la matière examinée, il s'agit d'activités qui, bien au-delà de leur importance économique, touche de près des aspects fondamentaux de la vie démocratique* »⁷⁹¹. Toutefois, sentant que l'argument du faible nombre de fréquences pourrait être critiqué la Cour ajoute pour renforcer son raisonnement juridique, un autre critère prévu par l'article 43 : celui du service public essentiel : « *La radio-télédiffusion satisfait, à n'en pas douter, un besoin essentiel de la collectivité, et nous pouvons convenir qu'il s'agit d'un service public essentiel* »⁷⁹². Un tel service public essentiel est caractérisé par l'intérêt général prééminent que la norme constitutionnelle requiert pour légitimer la réserve étatique. Comme le relève un auteur, il s'agit d'un passage crucial dans la jurisprudence constitutionnelle puisque la Cour étend à l'activité elle-même la notion de service public audiovisuel : ce n'est pas seulement le concessionnaire public qui exécute un service public, c'est l'activité même de diffusion audiovisuelle qui constitue un service public.

⁷⁹¹ Traduction du Considerant en droit, §4 : (Considerato in diritto, §4) « *Se la ratio di quella disposizione costituzionale risiede nella ragionevole previsione che, là dove non esiste o addirittura non è possibile la libera concorrenza, il monopolio statale (o degli altri soggetti tassativamente indicati) meglio garantisce l'interesse della collettività, ciò vale a maggior ragione quando, come nella materia in esame, si tratti di attività che, ben al di là della sua rilevanza economica, tocca molto da vicino fondamentali aspetti della vita democratica* ».

⁷⁹² Ibid : « *Ed infatti, non potendosi minimamente dubitare che nell'attuale contesto storico la radio-telediffusione soddisfi un bisogno essenziale della collettività, si deve convenire che trattasi di un servizio pubblico essenziale, caratterizzato da quel preminente interesse generale che la norma costituzionale richiede perché legittimamente possa essere disposta la riserva* ».

188. Cette vision objective du service public audiovisuel n'est pas sans rappeler la conception anglaise, qui met à la charge des opérateurs privés des missions de service public, considérant alors que les personnes privées comme publiques concourent ensemble à la mise en œuvre des missions de service public. Toutefois, seul le monopole public semble capable d'assurer cette vision objective du service public audiovisuel : « *La vérité est que seul le monopole public, et non la gestion privée d'un petit nombre de privilégiés, peut et doit assurer que les moyens techniques soient utilisés de façon à permettre le maximum d'accès, non à chaque citoyen, mais au moins aux formations les plus importantes, dans lequel le pluralisme social s'exprime et se manifeste* »⁷⁹³ . Et la Cour d'en tirer une mission particulière pour le concessionnaire : « *Le monopole public, en définitive, doit être entendu et configuré comme un instrument nécessaire de l'élargissement de l'aire de manifestation effective de la pluralité des voix présentes dans notre société* »⁷⁹⁴. En effet, si le monopole permet de protéger la liberté d'expression contre l'hégémonie de grands groupes industriels, celui-ci doit être organisé de sorte à garantir effectivement la liberté d'expression de la population à la télévision. C'est ce qui mènera la Cour à imposer des conditions permettant la conciliation du monopole avec l'article 21 de la Constitution protégeant la liberté d'expression (2).

2) Le problème de l'indépendance saisi par la Cour

189. La Cour va établir un certain nombre de conditions pour que le monopole public continue d'être en conformité avec l'article 21 de la Constitution. Dans un premier temps, la Cour établit des conditions générales concernant la conciliation du monopole avec l'article 21 : « *La soustraction du média radio-télévisuel [à la concurrence] est légitime seulement si l'on s'assure que son exercice est soumis à deux objectifs fondamentaux : à des programmes qui répondent à l'exigence d'offrir au public une gamme de services caractérisés par l'objectivité et la complétude de l'information, d'une grande ouverture à tous les courants culturels, d'une*

⁷⁹³ Considerato in diritto §5 : « *La verità è che proprio il pubblico monopolio - e non già la gestione privata di pochi privilegiati - può e deve assicurare, sia pure nei limiti imposti dai particolari mezzi tecnici, che questi siano utilizzati in modo da consentire il massimo di accesso, se non ai singoli cittadini, almeno a tutte quelle più rilevanti formazioni nelle quali il pluralismo sociale si esprime e si manifesta* ».

⁷⁹⁴ Ibid : « *il monopolio pubblico, in definitiva, deve essere inteso e configurato come necessario strumento di allargamento dell'area di effettiva manifestazione della pluralità delle voci presenti nella nostra società* ».

*représentation impartiale des idées qui s'expriment dans la société ; et à favoriser, à rendre effectif et à garantir le droit d'accès dans la mesure permise par les moyens techniques »*⁷⁹⁵. Ces conditions sont donc de deux sortes : d'abord relatives au contenu des programmes, ensuite à l'effectivité de l'accès du plus grand nombre à l'expression à la télévision.

190. En ce qui concerne les programmes, ceux-ci doivent être caractérisés par l'objectivité et la complétude de l'information, la représentation impartiale des idées ainsi que l'ouverture à tous les courants culturels. Ces trois conditions découlent du raisonnement de la Cour. Le monopole est légitimé par le risque de la constitution d'un oligopole, oligopole qui conduirait à réserver à de grandes entreprises le droit de s'exprimer à la télévision et à diffuser des informations conformes à leurs intérêts économiques et politiques, négligeant l'intérêt public. L'État est donc perçu comme le seul apte à protéger correctement la liberté d'expression et d'information, mais il ne l'est que dans la mesure où il assure effectivement la transmission d'informations impartiales, complètes, et non soumises aux intérêts politiques.

En ce qui concerne l'effectivité d'accès à l'expression à la télévision, le monopole doit permettre la liberté d'expression du plus grand nombre à la télévision. L'article 21 de la Constitution requiert la nécessité pour tous les groupes sociaux et politiques d'avoir accès à la transmission audiovisuelle. Si tel n'était pas le cas, la situation ne serait pas meilleure que si la radio et la télévision étaient contrôlées par des magnats privés.

191. Dans un deuxième temps, la Cour s'intéresse aux conditions d'organisation de la société concessionnaire qui doivent permettre d'assurer les principes dégagés ci-dessus.

Elle dégage alors sept conditions pour que la réserve étatique soit constitutionnelle et invite le législateur à adopter une loi qui respecte ces conditions.

Elle s'attaque d'abord aux structures de décision de la société concessionnaire qui « *ne doivent pas représenter, directement ou indirectement l'expression exclusive ou prépondérante du*

⁷⁹⁵ Considerato in diritto §8 : « *La sottrazione del mezzo radiotelevisivo è legittima solo se si assicuri che il suo esercizio sia preordinato a due fondamentali obiettivi: a trasmissioni che rispondano alla esigenza di offrire al pubblico una gamma di servizi caratterizzata da obiettività e completezza di informazione, da ampia apertura a tutte le correnti culturali, da imparziale rappresentazione delle idee che si esprimono nella società; a favorire, a rendere effettivo ed a garantire il diritto di accesso nella misura massima consentita dai mezzi tecnici ».*

pouvoir exécutif »⁷⁹⁶. Elle indique ensuite que la loi devra prévoir des directives aptes à garantir que les programmes d'information respectent des critères d'impartialité et que les programmes culturels respectent la richesse et la multiplicité des courants de pensée⁷⁹⁷. Pour la concrétisation de telles directives et le contrôle de leur respect, des pouvoirs importants doivent être transférés au parlement qui représente institutionnellement la collectivité⁷⁹⁸.

Elle exige que les journalistes chargés des services d'information soient tenus à la plus grande objectivité ainsi qu'à la déontologie professionnelle⁷⁹⁹ et que la publicité soit limitée pour ne pas que la télévision exploite le moyen de financement de la presse écrite⁸⁰⁰. Enfin, dans un dernier point, elle prévoit que la loi devra assurer l'ouverture de la télévision aux groupes politiques, religieux et sociaux à travers lesquels s'expriment les diverses idéologies présentes dans la société⁸⁰¹.

192. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle conceptualise sans le nommer le concept de pluralisme interne qu'elle reprendra dans ses décisions postérieures et qui permet de légitimer en lui-même la constitutionnalité du monopole vis-à-vis de l'article 21 de la Constitution. Elle dégage les conditions juridiques nécessaires pour qu'un tel pluralisme soit effectivement représenté à la télévision publique. Cette intervention de la Cour Constitutionnelle, qui donne des directives très précises au législateur est caractéristique de l'interventionnisme constitutionnel de

⁷⁹⁶ Traduction libre de « *a) che gli organi direttivi dell'ente gestore (si tratti di ente pubblico o di concessionario privato purché appartenente alla mano pubblica) non siano costituiti in modo da rappresentare direttamente o indirettamente espressione, esclusiva o preponderante, del potere esecutivo e che la loro struttura sia tale da garantirne l'obiettività* ».

⁷⁹⁷ Traduction libre de « *b) che vi siano direttive idonee a garantire che i programmi di informazione siano ispirati a criteri di imparzialità e che i programmi culturali, nel rispetto dei valori fondamentali della Costituzione, rispecchino la ricchezza e la molteplicità delle correnti di pensiero* ».

⁷⁹⁸ Traduction libre de : « *c) che per la concretizzazione di siffatte direttive e per il relativo controllo siano riconosciuti adeguati poteri al Parlamento, che istituzionalmente rappresenta l'intera collettività nazionale* ».

⁷⁹⁹ Traduction libre de : « *d) che i giornalisti preposti ai servizi di informazione siano tenuti alla maggiore obiettività e posti in grado di adempiere ai loro doveri nel rispetto dei canoni della deontologia professionale* ».

⁸⁰⁰ Traduction libre de : « *e) che, attraverso una adeguata limitazione della pubblicità, si eviti il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, rechi grave pregiudizio ad una libertà che la Costituzione fa oggetto di energica tutela* ».

⁸⁰¹ Traduction libre de : « *f) che, in attuazione di un'esigenza che discende dall'art. 21 della Costituzione, l'accesso alla radiotelevisione sia aperto, nei limiti massimi consentiti, imparzialmente ai gruppi politici, religiosi, culturali nei quali si esprimono le varie ideologie presenti nella società* ».

la Cour Constitutionnelle italienne après la Guerre⁸⁰². Le législateur sera donc amené à intervenir, mais son intervention ne résoudra pas le problème de la politisation de la RAI (B).

B) L'échec de l'intervention du législateur

Le législateur reprend telle quelle cette qualification et tente de mettre en œuvre les conditions posées par la Cour sur la revalorisation du Parlement (1), mais celles-ci entraînent en réalité une plus grande politisation du secteur (2)

1) Un raisonnement presque entièrement repris par le législateur

193. Neuf mois après la décision de la Cour est adoptée par le parlement la loi n° 103 du 14 avril 1975⁸⁰³, intitulée « Nouvelles normes en matière de diffusion radiophonique ». Le législateur reprend le raisonnement juridique effectué par la Cour concernant le monopole étatique. La loi reprend tant la qualification de service public essentiel que les conditions posées par la Cour pour le maintien du monopole. L'article 1 de la loi prévoit en effet que « *la Diffusion circulaire de programmes radiophoniques par voie hertzienne, ou, au niveau national par câble, constitue au sens de l'article 43 de la Constitution, un service public essentiel et à caractère d'intérêt général supérieur, en tant qu'il a pour but de développer la participation des citoyens et de contribuer au développement social et culturel du Pays en conformité avec les principes posés par la Constitution. Ce service est par conséquent réservé à l'État* »⁸⁰⁴.

194. Cet article qualifie d'une part le service audiovisuel de service public essentiel, comme l'avait fait pour la première fois la Cour dans sa décision n° 103 de 1974 et lui assigne un but précis, celui d'une meilleure participation des citoyens en se référant indirectement à l'analyse de

⁸⁰² V. notamment E. CHELI, *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, 1996

⁸⁰³ GU Serie Generale n° 102 del 17-04-1975 ; V. notamment les commentaires de C. ROMANELLI, G. ARENA e C. TROISIO, *Commento alla l. 14 aprile 1975, n. 103*, Roma, 1976 ; S. ZINGALE e L. GOTTI PORCINARI, *La legge di riforma della RAI*, Collana studi AIART, 1976; *La riforma RAI-TV*, Bologna, 1975 et C. CHIOLA, « Il pluralismo nella gestione dei servizi radiotelevisivi », in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1975, p. 21s

⁸⁰⁴ « *La diffusione circolare di programmi radiofonici via etere o, su scala nazionale, via filo e di programmi televisivi via etere, o, su scala nazionale, via cavo e con qualsiasi altro mezzo costituisce, ai sensi dell'art. 43 della Costituzione, un servizio pubblico essenziale ed a carattere di preminente interesse generale, in quanto volta ad ampliare la partecipazione dei cittadini e concorrere allo sviluppo sociale e culturale del Paese in conformità ai principi sanciti dalla Costituzione. Il servizio è pertanto riservato allo Stato.* »

l'article 21 de la Constitution par la Cour constitutionnelle. Il s'agit de la première définition législative du service public audiovisuel.

Dans le paragraphe 2, le législateur inscrit les principes inhérents au pluralisme interne dégagés par la Cour, qui doivent permettre d'assurer la meilleure participation des citoyens « *L'indépendance, l'objectivité et l'ouverture aux diverses tendances politiques, sociales et culturelles, dans le respect des libertés garanties par la Constitution, sont les principes fondamentaux du service public radio-télévisuel* ».

195. Cette inscription législative doit permettre d'assurer que les buts poursuivis par la RAI, concessionnaire du monopole radiotélévisuel ne seront pas ceux du gouvernement en place, ni ceux déterminés par le Conseil d'administration, mais ceux prévus par le législateur⁸⁰⁵. Cette loi aurait donc pour but de dissocier le pouvoir politique et notamment la majorité gouvernementale, de la RAI, mettant de ce fait en œuvre l'article 97 de la Constitution qui prévoit l'impartialité de l'administration. Cette analyse est intéressante, car elle montre que les différents acteurs juridiques du système ont compris que la définition des missions devait contribuer à la rupture du cordon ombilical entre le gouvernement et la RAI : seule une définition précise des missions permettra d'éviter un accaparement du système par le pouvoir politique et celle-ci doit précéder les modalités d'organisation. Cela rompt, d'une certaine façon, avec la conception paternaliste qu'avait insufflée le parti démocrate-chrétien.

196. Cette loi modifie également les structures décisionnelles de la société concessionnaire, comme l'avait exigé la Cour constitutionnelle. Elle revalorise le rôle du parlement en donnant dès l'article 1, le rôle de la définition de l'orientation générale et de surveillance de l'activité audiovisuelle à une Commission parlementaire de quarante membres désignés de manière paritaire par les présidents des deux assemblées, parmi tous les groupes parlementaires⁸⁰⁶. L'article 4 de la loi prévoit notamment que la Commission parlementaire formule « *les*

⁸⁰⁵ A. PACE, « Verso la fine del servizio pubblico ? », Op cit.

⁸⁰⁶ Sur le rôle de la Commission parlementaire V. E. TOSI, « La commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi », in *Il servizio pubblico radiotelevisivo*, Napoli, 1983, p. 94 ; Des observations sur le contrôle parlementaire avant l'introduction de la Commissione en 1975 : A. ROMANO, « In tema di controllo parlamentare sulla radiotelevisione », in *Cir. giur.*, 1964, p. 81

orientations générales pour la mise en place des principes de l'article 1 », « pour la distribution équilibrée des programmes dans le temps disponible » et « fixe les normes pour garantir l'accès au média radiotélévisé en tenant compte des exigences des exigences de l'organisation et de l'équilibre des programmes ». Cette loi aura toutefois pour conséquence de renforcer la politisation du secteur (2).

2) Une loi renforçant la politisation du secteur

197. Le lien est incontestable entre la volonté d'assurer le pluralisme interne dans la programmation de la RAI et le renforcement des pouvoirs du parlement à travers cette Commission. Toutefois, comme le souligne G. Guazzaloca, la *parlamentarizzazione* du secteur, c'est-à-dire le passage du contrôle de l'exécutif au parlement, ne fait qu'institutionnaliser la *lottizzazione* du secteur, c'est-à-dire le partage du pouvoir entre les Partis⁸⁰⁷. En effet, l'article 8 de la loi de 1975 prévoit que 10 des 16 conseillers d'administration de la RAI sont nommés par la Commission parlementaire, à la majorité de 3/5 des membres de cette Commission. Les 6 conseillers restants sont nommés par le conseil des actionnaires, donc par le pouvoir exécutif. Ce procédé de nomination poussera les partis à s'entendre pour organiser une « proportionnalité rigoureuse »⁸⁰⁸ dans la composition des membres du conseil d'administration, selon une distribution presque « scientifique ».

Le principe de pluralisme qui devait permettre une représentation de tous les courants culturels, d'une représentation impartiale des idées qui s'expriment dans la société, se concrétise en réalité à travers cette réforme par une représentation des trois partis politiques majoritaires au Parlement. La télévision est donc soumise à la partitocratie qui a caractérisé le système politique italien jusqu'à la chute du Parti démocrate-chrétien avec l'opération Mani Pulite⁸⁰⁹. Pensée pour éloigner le pouvoir politique du contrôle sur la télévision, cette loi l'institutionnalise en réalité davantage. À partir de 1979 et l'ouverture de la troisième chaîne, le Parti communiste est admis à

⁸⁰⁷ G. GUAZZALOCA, « Un amalgame bizarre ... », Op.Cit, p. 43. Sur la « lottizzazione » voir également pour une explication politique, D. SASSOON, « Political and Market Forces in Italian Broadcasting », Op cit, Spéc, p. 71-72

⁸⁰⁸ F. CHIARENZA, *Il cavallo morente. Storia della RAI. Con una postfazione dalla riforma ad oggi*, Milan, Angeli, 2002, p. 194-238

⁸⁰⁹ G. GUAZZALOCA, « Un amalgame bizarre... », Op cit, p. 43

la « lottizzazione » et les trois partis majoritaires au Parlement se divisent les trois chaînes publiques : RAI 1 est l'apanage du parti démocrate-chrétien, Rai 2 du Parti socialiste et RAI 3 du Parti communiste.

Conclusion §1 :

198. L'Italie est le seul des trois pays étudiés dans lequel il existe une Cour constitutionnelle forte, propre à dicter son comportement au législateur. Il existe donc très tôt une juridicisation du secteur de la radiotélévision dans ce pays⁸¹⁰. Cette juridicisation se heurtera cependant à une manipulation très forte par le pouvoir politique. L'ouverture à « toutes les tendances politiques, sociales et culturelles de la société » que prônait la Cour Constitutionnelle est en effet réduite à une représentation institutionnelle des partis, la loi ignorant volontairement l'existence de la société civile en dehors du parlement. Au contraire, le Royaume-Uni poursuit, jusque dans les années 70, son effort de conceptualisation des missions de service public, missions de service public dont la mise en œuvre justifie l'intervention de la puissance publique (§2).

§2 Au Royaume-Uni, le bilan de la libéralisation

Le rapport Pilkington, qui constitue un pas important dans la conceptualisation matérielle des missions du service public audiovisuel, est très critique de l'influence d'ITV sur le contenu des programmes (A). Ce rapport donnera lieu à des modifications de la régulation de la télévision privée (B).

A) Le rapport Pilkington ou la redéfinition des missions de service public dans un contexte libéralisé

199. M. Tracey écrit que « *Dans des termes constitutionnels, les définitions du service public audiovisuel sont au Royaume-Uni, claires, extensives (...)* » Et il cite « *l'articulation d'un engagement envers une série de normes équilibrées dans le divertissement, l'éducation et l'information est utile et importante* »⁸¹¹. Mais cette définition est en évolution perpétuelle au

⁸¹⁰ V. R. CRAUFURD-SMITH, « The structural framework for judicial intervention in the audiovisual domain », in *Broadcasting law and fundamental rights*, Op cit, p. 67

⁸¹¹ M. TRACEY, *The Decline and Fall of Public Service Broadcasting*, OUP, 1998, p. 21

Royaume-Uni, en accord avec le principe de responsabilité au cœur de la constitution non écrite. Le rapport Pilkington fut le premier à s'appuyer sur des travaux sociologiques (1) pour formuler des propositions visant à améliorer la qualité de la télévision (2).

1) Un rapport fondé sur des travaux sociologiques contemporains

200. Le rapport Pilkington, paru en 1962⁸¹² fut considéré par le directeur de la BBC Hugh Green comme « *l'ouvrage le plus important concernant les buts de la radiotélévision qui n'ait jamais été publié dans ce pays ou n'importe quel autre* »⁸¹³. Ce rapport développa une vision sociologique de ce que devait apporter la télévision : elle était en quelque sorte le résultat d'un mélange des différents courants de sociologie de la culture reconnus à cette époque⁸¹⁴. Elle s'appuyait sur les travaux de R. Hoggart, le premier auteur du courant des « cultural studies » qui sera développé ensuite par d'autres auteurs. Dans son ouvrage phare *The Uses of Literacy*⁸¹⁵, R. Hoggart critiquait les médias de masse qu'il rendait responsables de la disparition de la culture populaire, culture populaire qui était pour la première fois encensée et considérée comme aussi valide que celle de l'élite⁸¹⁶. Mais le rapport reprenait également à son compte les théories de l'école de Francfort, pour qui l'industrie de communication de masse était un fléau⁸¹⁷, en considérant que si la télévision commerciale donnait l'impression au public d'être acteur de ses choix, cette impression était en réalité fautive : « *donner au public ce qu'il veut est une phrase*

⁸¹² Sur cette période, se référer à A. BRIGGS, *The history of Broadcasting in the United Kingdom, Volume 5 : Competitors*, OUP, 1995, spéc Chapitre IV « Under review : Pilkington », p. 257s

⁸¹³ Sir H. GREEN, « The future of broadcasting in Britain », Guildhall Lecture, 1972, p 24 cité par J.CURRAN et J.SEATON, Op cit, p. 164

⁸¹⁴ V. R. WILLIAMS, *Communications*, Chatto & Windus, 1966 p 10 : « *From 1956 to 1962, there was an intense development of ideas in the field of culture and communication, and by the time of the Pilkington report this had reached the level of open and conventional politics* » ; V. Aussi S. PRATTEN, « Needs and wants : the case of broadcasting policy », *Media, culture & society*, 1998, p. 381

⁸¹⁵R. HOGGART, *The Uses of Literacy: Aspects of Working Class Life*, Chatto and Windus, 1957

⁸¹⁶ R. HOGGART, Op cit, p.16 : « *To live in the working class is to belong to an all-pervading culture, one in some ways as formalized and stylized as any that is attributed to the upper classes* ». V. également B. JACKSON et D. MARSDEN, *Education and working class*, Rutledge & Kegan Paul, 1962, p. 223 : « *Two and a half centuries of urban life have established distinct working-class styles of living with very real values on their own. Values which are perhaps essential to society and which do not flourish that strongly in other reaches of society* ».

⁸¹⁷ V. l'article phare sur ce sujet : T. ADORNO et M. HORKHEIMER, « La production industrielle de biens culturels » déjà cité ; J. CURRAN et J. SEATON résumant ainsi « *Television advertising in particular was regarded as sinister. It was often equated with « brain-washing » techniques which had been exposed during the korean war* », Op cit, p. 167

trompeuse (...) cela donne l'impression de renvoyer à des principes démocratiques, mais cette impression est illusoire. C'est en réalité une phrase condescendante et arrogante, puisqu'elle affirme savoir ce qu'est le public, mais ne le définit en réalité comme rien de plus que l'audience de masse. Elle affirme savoir ce que le public veut, mais limite ses choix à celui du téléspectateur moyen »⁸¹⁸. Le rapport soulignait les conséquences particulièrement néfastes de la publicité sur les classes populaires, qui étaient considérées comme les plus vulnérables face à ce phénomène⁸¹⁹. Les revenus de la télévision commerciale venaient des publicitaires et non des téléspectateurs, et la dépendance des programmes aux volontés des annonceurs était donc particulièrement forte. Leur souhait était de rassembler le plus de téléspectateurs devant un programme pour exposer le plus de personnes aux annonces publicitaires. Or, des études avaient montré que certains types de programmes, tel que les soap-operas, les comédies, les informations exerçaient un attrait généralisé à différentes classes sociales, à des personnes d'âge et de sexe différents. Ces types de programmes étaient donc préférés à d'autres, moins consensuels.

201. Comme le soulignent J. Curran et J. Seaton, le rapport était souvent à la limite de dédaigner ce qui était populaire et amusant, en approuvant celui ce qui était complexe et exigeant⁸²⁰. Toutefois, les auteurs soulignent également les qualités de ce rapport : c'était la première fois qu'un document officiel faisait le lien entre le financement par la publicité et la qualité des programmes. Le rapport était très critique d'ITV : « *Notre appréciation générale est que l'autorité a une conception trop négative des buts de l'audiovisuel. En sous-estimant le rôle du médium, ils renvoient à la baisse leur responsabilité. En mettant l'accent sur le fait que c'est la société qui circonscrit la télévision et non le contraire, ils ne permettent pas de mettre en avant le pouvoir du médium à révéler de nouvelles perspectives et les responsabilités inhérentes des diffuseurs à concrétiser ce pouvoir* »⁸²¹. Le rapport incriminait les rapports entre l'ITA et ITV,

⁸¹⁸ J. CURRAN, J. SEATON, Op cit, p. 169

⁸¹⁹ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 167

⁸²⁰ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 169

⁸²¹ Cmnd 1753, 1962, para 164 p. 54

mais le mode de fonctionnement de la BBC était loué⁸²². Les propositions qui découlaient de ces observations furent très importantes (2).

2) Des propositions d'importance visant à améliorer la qualité du contenu des programmes

202. Le rapport proposait d'atténuer les effets de la publicité en ouvrant une troisième chaîne publique : une télévision à péage qui transmettrait des programmes de qualité. Il proposait également la limitation de la publicité ainsi que l'accentuation des pouvoirs de l'ITA sur les entreprises privées⁸²³. Pourtant, le gouvernement qui avait appelé de ses vœux le comité Pilkington ne retint aucune de ses plus importantes recommandations⁸²⁴, notamment la création d'une chaîne à péage et le réaménagement des relations entre ITV et l'ITA. Deux livres blancs furent publiés par le gouvernement, le premier étant particulièrement peu fourni concernant l'orientation que prendrait le système radiotélévisé⁸²⁵. En décembre 1962, ce livre blanc fut révisé et remplacé par un autre⁸²⁶ qui rejeta également les propositions de restructuration d'ITV, mais proposait « *un rôle plus positif pour l'ITA concernant les standards des programmes et le contrôle des réseaux et de la publicité* »⁸²⁷.

203. À la naissance de la télévision privée, l'effet néfaste de la dépendance des programmes aux annonceurs étant connu en Grande-Bretagne, c'est pourquoi il avait été décidé de limiter grandement la diffusion de pages de publicité. Le système américain de sponsoring, qui permettait aux publicitaires de payer directement pour un programme, fut rejeté, car il donnait trop de pouvoirs aux publicitaires sur le fond des programmes. De plus, les publicités avaient été limitées à une moyenne de six minutes par heure. Cela conduisait cependant à une accumulation

⁸²² Ibid, para 1060 : « *Our appraisal of the BBC performance did not lead us to expect that the Corporation's constitution and organisation would be faulty in any fundamental way ; and this our examination confirmed. By contrast, our examination of independent television showed that its failure to realize the purposes of broadcasting derived essentially from a fundamental fault ... an organic change was required* ».

⁸²³ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 169-170

⁸²⁴ Voir plus particulièrement A. BRIGGS, « 6.Aftermath », Op cit, p. 303

⁸²⁵ Cmnd 1970 (1962)

⁸²⁶ Cmnd 1893 (1962), Broadcasting.

⁸²⁷ Ibid, para 34

de pages de publicité durant les heures de grande écoute. Il fut donc décidé, après le rapport Pilkington, que la publicité serait limitée à sept minutes par heure. Les critiques formulées par le rapport eurent des effets sur la façon dont l'IBA usa de ses pouvoirs (B).

B) Un renforcement des contrôles pour une meilleure mise en œuvre des missions de service public

204. Les critiques que le rapport avait formulées à l'encontre d'ITV poussèrent l'ITA à prendre ses pouvoirs plus au sérieux. En 1963, le nouveau « chairman » de l'ITA, ancien ministre des Postes, Lord Hill of Luton, décida de procéder à une révision des licences, avant même que les dix années initialement prévues par les Contrats établissant les licences ne soient passées. Cette révision avait pour but avoué de répondre au rapport Pilkington qui critiquait la qualité d'ITV. Toutefois, toutes les licences furent renouvelées, bien que Lord Hill mit en garde certaines entreprises concernant la nature des programmes diffusés. Certains auteurs et journalistes critiquèrent l'arrogance des impétrants qui ne donnaient que peu de crédits aux recommandations de l'ITA, puisque celles-ci n'étaient pas assorties de sanctions. Ainsi, en 1967, pour préparer l'arrivée de la télévision couleur, Lord Hill n'hésita pas à remettre en cause le mandat de certaines entreprises.

205. En 1972, l'ITA fut remplacée par l'IBA (Independent Broadcasting Authority) par le Sound Broadcasting Act de 1972, car elle était désormais chargée de la régulation des nouvelles radios locales indépendantes. La volonté de l'autorité d'affermir son autorité sur les impétrants se renforça. Elle demanda par exemple aux émetteurs privés qu'un tiers de leurs programmes soient composés de programmes documentaires, judicieusement répartis au long de la semaine à des moments appropriés⁸²⁸. Elle établit également des règles pour maintenir les standards pour les programmes de divertissement de la télévision commerciale. L'IBA eut pour volonté de contrebalancer la pression publicitaire sur les programmes en rendant publiques des appréciations hebdomadaires des téléspectateurs sur ceux-ci. Cet index avait montré que les

⁸²⁸ IBA Annual Report 1978. En 1956, les programmes « sérieux » représentaient 19% de la grille de programmes des entreprises, en 1959 26% et en 1965, 36% ; Il faut tout de même souligner que de nombreux programmes de divertissements furent qualifiés de « sérieux et informatifs » pour rentrer dans ces catégories.

programmes d'information étaient plus appréciés que les programmes de divertissements. Il avait également montré qu'il existait une relation inversée entre le taux d'audience et la satisfaction des téléspectateurs vis-à-vis des programmes, car « *ce qui plait à tout le monde n'est pas ce qui plait beaucoup à certains* ». Il était toutefois difficile pour l'autorité d'être plus active dans la surveillance des chaînes, en partie parce que ses obligations statutaires étaient imprécises, et que son intervention devait tenir compte des pouvoirs politiques en présence.

206. Ce fut finalement la BBC, en tant qu'institution de service public qui exerça une influence positive sur la télévision privée. Après l'encensement dont elle avait fait l'objet par le rapport Pilkington, la chaîne publique prit un nouvel envol. Le fait qu'elle ne soit pas tournée vers la maximisation du profit, mais vers de larges objectifs sociaux et politiques permit d'assurer l'équilibre du système audiovisuel britannique, un système dans lequel les télévisions publiques et privées s'influençaient l'une l'autre.

Conclusion §2 :

207. On observe donc qu'au Royaume-Uni, c'est bien la réalisation effective des missions de service public définies par les différents rapports qui sert de standard pour évaluer le bien-fondé du modèle et envisager certaines modifications institutionnelles. Au contraire, en France et en Italie, la question de l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique reste au centre du débat, et la définition des missions de service public interviendra pour contribuer à renforcer la légitimité du monopole. En France, devant les problèmes persistants de l'ORTF, le législateur opte pour une séparation du critère matériel et du critère organique, mais celui-ci permet surtout de préparer la mise en concurrence (§3).

§3 En France, les faillites conceptuelles de la notion de service public audiovisuel

La loi de 1972 entérine la distinction entre service public-institution et service public mission (A) en créant deux organes distincts, l'organe en charge du monopole et l'organe en charge de la mise en œuvre des missions de service public. Face à la crise, le second est préservé tandis que l'ORTF est démantelée (B).

A) La distinction entre le critère organique et le critère matériel

208. La loi de 1972⁸²⁹ s'inscrit dans la continuité du statut de 1964 et tente de résoudre les problèmes irrésolus par la loi précédente. Pour les tenants de la continuité sans la rupture, et donc pour les membres du gouvernement, cette loi aurait du permettre de parachever l'émancipation du service public par rapport au pouvoir politique⁸³⁰.

Le législateur s'interroge pour la première fois sur le critère matériel du service public. Jusqu'en 1972, la loi rattachait l'administration de la RTF à la mission dont elle était chargée. Lui succède une conception finaliste du service public, qui dominera à partir de cette période, puisque l'ORTF est distingué du « Service Public National de la Radio-Télévision-Française » qui se voit attribuer « *la mission de répondre aux besoins et aux aspirations de la population, en ce qui concerne l'information, la culture, l'éducation, le divertissement et l'ensemble des valeurs de civilisation* »⁸³¹. La distinction de l'office et des missions dont elle est chargée semble tendre vers l'adoption d'une conception matérielle de la notion de service public. La notion de pluralisme est toutefois absente des débats législatifs, contrairement à ce qui se passe au même moment en Italie.

L'indépendance des journalistes des unités d'information n'est pas rétablie : au contraire, la loi maintient un droit de regard parlementaire⁸³². L'office est autonome, mais un secrétaire d'État doit surveiller si l'office remplit ses missions de service public, qui ne lui appartiennent plus directement, mais dont il devient le concessionnaire.

C'est notamment pour cette raison que cette loi ne permettra pas de sauver l'ORTF (B).

⁸²⁹ Loi n°72-553 du 3 juillet 1972 portant statut de la radiodiffusion-télévision française, JORF du 4 juillet 1972, p. 6851 V. notamment M. BOUISSOU, « La réforme de la radio-télévision et la notion de service public », RDP, 1973, p. 6

⁸³⁰ Intervention à l'Assemblée Nationale d'Alain Peyrefitte (Débats AN, p 2517) : « Entre la rupture et le simple replâtrage, il y a une troisième voie qui est l'évolution dans la continuité... Le projet marque une étape importante, mais une simple étape dans un cheminement persévérant. »

⁸³¹ Article 3 de la loi pré-citée.

⁸³² Au contraire de ce que préconisait le Rapport Paye commandé par le gouvernement, Rapport de la Commission d'étude du statut de l'ORTF, Documentation française, 1970

B) La désagrégation de l'ORTF

209. Une crise éclate à l'automne 1972, et le ministre met fin aux fonctions du PDG, alors que la loi de 1972 était censée protéger celui-ci de l'intervention du gouvernement. Le ministre de tutelle reproche au PDG de ne pas avoir organisé la décentralisation de l'ORTF, c'est-à-dire la séparation entre les services. La crise se cristallise également autour de problèmes budgétaires. Un rapport rédigé par la commission de contrôle législative⁸³³ dresse un réquisitoire très fort : facilité, laxisme, irresponsabilité, léthargie. Plusieurs éléments doivent donc pousser à une réforme rapide. Le projet gouvernemental entend s'inscrire « *dans le cadre du maintien du monopole tel que nous le connaissons traditionnellement en France* » et « *donner au service public une chance sincère* »⁸³⁴. Toute privatisation est donc écartée⁸³⁵. Selon J. Chirac, alors Premier ministre, cette réforme devait organiser une « radiotélévision libre et démocratique, c'est-à-dire indépendante et placée au seul service de la Nation », en libérant définitivement la télévision publique du joug politique⁸³⁶. Elle devait également remédier à l'inefficacité de l'ORTF et donner à la télévision un nouvel essor⁸³⁷.

210. L'importance de cette loi du 7 août 1974⁸³⁸ réside dans les bouleversements dans la gestion du service public ; l'ORTF est démantelée et sept organismes résultent de ce démantèlement⁸³⁹. C'est la conséquence d'une vision selon laquelle l'office est l'instrument d'une centralisation excessive qui entraîne la confusion des pouvoirs et la dispersion des pouvoirs⁸⁴⁰. La mise en œuvre des missions du service public n'est plus confiée à une seule

⁸³³ Dit Rapport Chinaud, Rapport fait au nom de la commission de contrôle de la gestion financière de l'ORTF, JO, doc. AN, n° 1072, 20 juin 1974

⁸³⁴ M. DE PREAUMONT, rapporteur et M ROSSI, secrétaire d'Etat, JO deb AN 24 juillet 1974, p. 3653 et 3649

⁸³⁵ Déclaration du Premier Ministre du 3 juillet 1974, précitée, Le monde, 4 juillet 1974

⁸³⁶ Déclaration de M.CHIRAC, alors premier Ministre, à la sortie du conseil des Ministres du 3 juillet 1974.

⁸³⁷ J. CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, p. 54

⁸³⁸ Loi N°74-696 du 7 août 1974, relative à la radiodiffusion et télévision, JORF du 8 août 1974, p. 8355

⁸³⁹ Radio France, la société nationale de programmes radio, trois sociétés nationales de programmes de télévision : Télévision Française 1, Antenne 2, France Régions 3, deux établissements publics : Télédiffusion de France qui doit gérer les émissions et l'INA qui gère les archives radio-télévisuelles et enfin la Société française de Production qui est une société anonyme de droit privé aux capitaux presque entièrement publics.

⁸⁴⁰ Exposé des motifs du projet de loi, JO, doc AN, N° 1161, 18 juillet 1974, p. 2

institution, mais à sept organismes distincts⁸⁴¹. Le service public national de la radiodiffusion-télévision française reste pour sa part intact et voit ses missions s'enrichir, puisqu'il doit désormais répondre « *aux besoins et aux aspirations de la population, en ce qui concerne l'information, la communication, la culture, l'éducation, le divertissement et l'ensemble des valeurs de civilisation* », ainsi qu'assurer « *un égal accès à l'expression des principales tendances de pensée et des grands courants de l'opinion* ».

211. La loi entérine le fait qu'aux missions de service public ne correspond pas forcément un statut de droit public⁸⁴² : l'application du droit privé pour la société française de production devait permettre d'apporter plus de souplesse et faciliter les contrôles et les rapports avec le secteur privé⁸⁴³. Cette nouvelle organisation rajoute certes au désordre qui selon le rapport Nora, caractérise le droit du secteur public, mais elle confirme une vision déjà établie par la loi de 1972 : l'unité des missions de service public est bien ce qui relie désormais les entreprises chargées d'obligations de service public⁸⁴⁴. L'élément organique et l'élément matériel du service sont désormais bien distincts, sans qu'une conceptualisation précise de l'élément matériel n'ait pourtant été réalisée.

212. Bien qu'ostensiblement conservé, le régime de monopole est largement affaibli⁸⁴⁵. La création d'une société autonome chargée de la production des programmes, la société française des Programmes contient en effet selon les mots de D. Rousseau, en germe la logique d'une privatisation facile, puisqu'elle sépare la production de la diffusion et permet à l'Office de faire appel à des organismes privés beaucoup plus facilement qu'auparavant⁸⁴⁶. Par ailleurs, avec la possibilité pour les Sociétés d'économie mixte d'entrer au capital de la Société française de

⁸⁴¹ C. COURVOISIER, « La radiodiffusion-télévision française après l'office », AJDA, 1975, p. 279

⁸⁴² Ibid, p. 282

⁸⁴³ Ibid, p. 282

⁸⁴⁴ C. COURVOISIER, Op cit, p. 284

⁸⁴⁵ D. ROUSSEAU, « Le statut de la radio-télévision, Maintien du monopole ou régime de liberté ? », AJDA, 1981, p. 59 ; J.CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, p. 54

⁸⁴⁶ D. ROUSSEAU, Ibid ; J. CHEVALLIER, Ibid, p. 54. Cette possibilité avait déjà été admise par la jurisprudence dans un jugement de 1965 : Trib. Com. Seine, 8 mars 1965, *Fédération nationale des cinémas français contre Radio-Télévision française*, JCP, 1965, II, 14207.

production, le législateur a entrepris, selon les mots de J. Chevallier, une « dénationalisation de la production télévisée »⁸⁴⁷.

213. L'instauration d'une situation pluraliste et concurrentielle devait développer l'émulation, introduire la concurrence et la compétition dans le service public, et permettre de rationaliser la gestion du service public de la radiotélévision. Les sociétés nationales se retrouvent donc coincées entre deux feux : elles sont placées dans une relation de concurrence marchande sur le terrain des audiences, mais aussi des recettes publicitaires, tout en continuant à bénéficier d'un statut privilégié. Si la publicité avait été, lors de son introduction à la télé en 1968, plafonnée à 8% du budget des chaînes, cette barrière de protection fût rompue avec la « balkanisation » qui résulta de la loi de 1974.

Par ailleurs, cette loi ne résout par le problème du contrôle gouvernemental : si le mot « tutelle » est supprimé de la loi, la « chose semble subsister »⁸⁴⁸, car les pouvoirs de l'État sont décrits dans les mêmes termes que dans la loi de 1972. Ils consistent à assurer le respect du monopole et à veiller à l'observation des missions de service public (article 14 de la loi). Cette organisation ne résistera pas à l'« instauration progressive d'un environnement concurrentiel », et la loi du 29 juillet 1982 décrètera symboliquement que « La communication audiovisuelle est libre ».

Conclusion §3 :

214. Les missions de service public n'ont jamais été vraiment conceptualisées en France, avant la libéralisation du secteur. Comme l'écrit J. Mant, le monopole public d'exploitation a contribué « à obérer la dimension matérielle du service public de la radiotélévision pour lui conférer une signification simplement organique, incarnée à travers l'image des structures généralement réduites aux seules chaînes publiques de télévision »⁸⁴⁹. De l'aveu même du ministre de l'information sous l'ère De Gaulle, le service public était la justification du monopole⁸⁵⁰ et les

⁸⁴⁷ J. CHEVALLIER, *La radio-télévision française entre deux réformes*, LGDJ, 1976, p. 192

⁸⁴⁸ C. COURVOISIER, « La radiodiffusion-télévision française après l'office », AJDA, 1975, p. 279

⁸⁴⁹ J. MANT, Op cit, p. 15

⁸⁵⁰ M. Peyrefitte, JORF, Débats AN, Séance du 26 mai 1964, p. 1378

termes étaient presque synonymes. Le versant matériel du service public audiovisuel viendra à l'appui de celui-ci lorsque les structures gouvernantes de l'institution seront incriminées, mais ces rebondissements illustrent en réalité la faillite conceptuelle de la notion de service public audiovisuel jusque dans les années 1970.

Conclusion Sous-section 2 :

215. En France et en Italie, les différents projets de loi concernèrent la structure des chaînes de télévision plutôt que leurs missions. Cela révèle le caractère hautement politique du service public audiovisuel dans ces États et la reconnaissance par le droit d'une grande dépendance au pouvoir politique. En modifiant la composition de la structure dirigeante plutôt qu'en définissant les missions de services publics, le législateur reconnaît ainsi que la prestation est, presque entièrement, dépendante de sa structure, mais aussi des acteurs nommés par le gouvernement. Cela témoigne aussi d'une absence de conceptualisation des missions de service public, conceptualisation qui a été réalisée au Royaume-Uni⁸⁵¹, et l'on formulera ici l'hypothèse selon laquelle la mythification dont a fait l'objet la notion de service public en droit administratif français peut expliquer, en partie, le profond désintérêt des gouvernants et du législateur pour la définition des missions de service public. La qualification, ou le label de service public attribué à un secteur en particulier suffisant à soustraire celui-ci aux règles de la concurrence⁸⁵².

Conclusion Section 1 :

216. L'étude menée ci-dessus nous permet de formuler un paradoxe : la conceptualisation juridique du concept de service public ne permet pas d'assurer en pratique la stabilité de la notion dans un secteur donné, notamment lorsque ce secteur est régulé par la loi. La France en est l'exemple le plus marquant : dans ce pays où la notion de service public est centrale au droit administratif et à la justification de l'État, le service public audiovisuel n'a pas été conceptualisé globalement, comme un organe mettant en œuvre une fonction. Il est, à sa création, fondé

⁸⁵¹ Cette différence est également révélée par une comparaison des doctrines nationales : la quasi-absence de la définition du service public audiovisuel en France contraste avec la situation britannique, où elle est pléthore.

⁸⁵² Nous souscrivons ainsi aux propos de J. Rivero selon laquelle « *la conception traditionnelle du service public est moins née d'une réflexion approfondie sur la notion elle-même que de la recherche d'une solution à un problème pratique : la délimitation des compétences respectives des juridictions administratives et judiciaires* ». J. RIVERO, « Les deux finalités du service public industriel et commercial », CJEG, 1994, n° 500, p. 375

presque uniquement sur le critère organique, en l'absence de définition du critère matériel. L'intérêt général est pourtant, comme nous l'avons montré dans la Section 1, un critère indispensable, voire le critère central pour la qualification d'une activité de service public. Le législateur relèvera donc la fonction centrale de ce média pour la société, mais la reconnaissance de cette fonction ne servira qu'à justifier le contrôle par le pouvoir politique.

217. La notion de service public est ainsi, dans le secteur de l'audiovisuel, mythifiée : il est établi comme un mythe par le pouvoir politique, mythe étant entendu ici comme une construction imaginaire, fondatrice d'une pratique sociale, dans une société à la recherche de sa cohésion⁸⁵³. Il est vrai que la télévision française, de la RTF à l'ORTF, renvoie à un mythe, celui d'un peuple unifié devant le petit écran, créant ainsi de la cohésion sociale. Toutefois, ce mythe ne correspond pas au mythe créateur du service public, formulé par Duguit dans *Les transformations du droit public* : conçu pour limiter le pouvoir des gouvernants, l'usage de la notion de service public dans le secteur de l'audiovisuel permet au contraire de l'étendre. En l'absence d'une définition des missions par le législateur, il revient ainsi aux acteurs de l'institution, liés au gouvernement, de faire découler de leur propre conception le contenu des programmes⁸⁵⁴, le législateur n'ayant qu'une fonction secondaire de contrôle, et le peuple une fonction de communion, celle de se rassembler devant les programmes proposés par les gouvernants.

218. Le paradoxe est moindre en Italie, pour au moins trois raisons. D'abord parce que la notion de service public n'y a jamais servi de justification à l'existence de l'État : c'est la prise en charge par l'État, qui avant l'avènement de la Constitution de 1948, justifie la qualification de service public. Ensuite, parce que l'intervention directive de la Cour Constitutionnelle à partir de 1960 permettra de formuler une définition, certes idéalisée, de la mission de l'organe chargée du service public audiovisuel. Troisièmement, parce que les structures de la RAI n'ont été que peu

⁸⁵³ A. CABANTOUS, *Mythologies urbaines: Les villes entre histoire et imaginaire*, Presses universitaires de Rennes, 2015, p. 11

⁸⁵⁴ V. par exemple F. JOST, « Culture et dépendances. Les avatars d'une mission du service public », *Le temps des Médias*, 2010/1, p. 219 qui met en avant le caractère très « intimiste » des débats sur la mission culturelle du service public.

modifiées jusqu'en 1974 : cela a certes permis une domination massive des démocrates-chrétiens sur le contenu des programmes, mais cette constance a également permis à ceux-ci de conceptualiser politiquement leur vision du service public audiovisuel, une vision paternaliste, mais aussi éducative, s'inscrivant dans une politique culturelle visant notamment à lutter contre l'illettrisme, et à créer une culture italienne commune⁸⁵⁵.

219. Le Royaume-Uni constitue l'autre face du paradoxe. La notion de service public est d'abord conceptualisée politiquement et n'est que peu développée juridiquement, ce qui fera dire à de nombreux auteurs qu'elle n'existe pas. Elle est surtout concrétisée juridiquement, avant le grand mouvement de libéralisation, par le choix de la forme juridique de « corporation » pour mettre en œuvre les missions dévolues par le législateur. Or, c'est précisément l'adoption du modèle de « corporation » qui permettra à la BBC de préserver son indépendance vis-à-vis du gouvernement, et aux différents directeurs de formuler une conception globale du service public audiovisuel, ceux-ci étant contrôlés par le Parlement. C'est dans le pays où il n'existerait pas de notion juridique de service public que s'est précisément développé le modèle de service public audiovisuel le plus poussé, avec une mission à remplir et des organes stables et indépendants du pouvoir politique permettant de mettre en œuvre cette mission. Toutefois, à partir des années 1980, on assiste à une convergence entre les trois États : le phénomène de libéralisation qui se traduit par l'ouverture à la concurrence en Italie et en France bouleverse les raisons d'être du service public, tandis qu'au Royaume-Uni, le duopole est remis en cause et entraîne une crise de légitimité de la BBC (Section 2).

Section 2 : Une libéralisation du secteur affaiblissant la notion de service public audiovisuel

220. L'idéologie néo-libérale prégnante depuis les années 1980⁸⁵⁶ ainsi que l'introduction du droit de l'Union européenne dans les droits nationaux a profondément modifié le paysage

⁸⁵⁵ Sur la politique culturelle italienne depuis la réunification voir les travaux de D. ALCAUD, et en particulier sa thèse de doctorat : *La politique culturelle italienne : étude sociologique et historique de l'invention d'une politique publique (1861-2002)*, Thèse IEP de Paris, 2003.

⁸⁵⁶ V. S. AUDIER, *Néo-libéralisme(s), une archéologie d'avenir*, Grasset, 2012 et S. AUDIER, *Le moment néo-libéral, Foucault et la crise du socialisme*, Ed Le bord de l'eau, 2015

institutionnel des services publics. Ces deux tendances convergentes ont conduit à rompre le lien qui persistait entre critère organique (le lien avec la personne publique) et critère matériel (la mission de service public). Elles ont poussé à ouvrir à la concurrence des secteurs qui jusqu'à présent, en raison de leur caractère de services public, en étaient soustraits⁸⁵⁷. La légitimité de l'intervention de l'État sous la forme d'un monopole a donc été remise en cause dans les trois États membres étudiés, ce qui a entraîné la privatisation massive des entreprises publiques et l'ouverture du secteur à la concurrence. Ce phénomène, qualifié de libéralisation, créera une véritable crise de la notion de service public telle qu'elle avait été pensée dans les États membres⁸⁵⁸.

221. Le secteur de l'audiovisuel n'échappe pas à ce mouvement. J. Bourdon explique ainsi que même si le service public audiovisuel a été soumis à une « crise constante »⁸⁵⁹ depuis les années 1970, le terme de crise comme associé à un moment historique précis est pertinent pour qualifier les changements intervenus dans les années 1980-1990⁸⁶⁰. Cette crise du service public audiovisuel tel qu'il avait existé depuis les années 1950 est d'ailleurs renforcée par un autre facteur : la judiciarisation des droits fondamentaux, concomitante à la montée en puissance de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui pousse les juges supranationaux et nationaux à s'exprimer sur la compatibilité du monopole et de l'intervention étatique dans le secteur avec la liberté d'expression et de communication. En France et en Italie, les monopoles furent remis en cause : l'argument de la rareté des ondes, qui légitimait jusqu'alors le maintien du monopole, était progressivement devenu obsolète et les principes de liberté d'entreprendre et de liberté

⁸⁵⁷ L'article 37 du TCE prévoit ainsi que « *les Etats aménagent progressivement les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon qu'à l'expiration de la période de transition soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres* ». Voir G.MARCOU, « Introduction: intégration juridique et logiques nationales » in G. MARCOU (ed), *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, 1995, p 21

⁸⁵⁸ F. Rolin et N. Foulquier considèrent ainsi que la crise qui touche le service public dans les années 80's n'a rien à voir avec les crises précédentes, qui ne concernaient pas son importance juridique ou politique mais critiquaient sa dimension protéiforme, voir F. ROLIN, N. FOULQUIER, « Constitution et Service public », Op cit, p. 4s. Malgré la supposée absence d'un concept de service public au Royaume-Uni, c'est sans doute dans ce pays que le service public sera le plus remis en cause par l'offensive libérale de M.Thatcher. voir R.A.W.RHODES, « The hollowing out of the State : The changing nature of the Public Service in Britain », *The political Quarterly*, 1994, p. 138 ; Cette crise a été moins forte en Italie.

⁸⁵⁹ En soulignant bien sûr l'oxymore dans cette expression.

⁸⁶⁰ J. BOURDON, Op cit, p. 22

d'expression⁸⁶¹ conduisant à l'ouverture au secteur privé. Au Royaume-Uni, la stabilité du duopole de service public, qui perdurait depuis la libéralisation du secteur en 1953, est remise en cause par l'arrivée au pouvoir de M. Thatcher et l'imposition subséquente de politiques et de principes néo-libéraux. Ces phénomènes, consistant à réduire la régulation publique dans le secteur, laissent alors la logique commerciale prendre le pas, ou tout au moins, cohabiter, avec la logique de service public. Ils peuvent être qualifiés de dérégulation, terme que nous emploierons dans cette étude, pour inclure le Royaume-Uni, dont la libéralisation était intervenue beaucoup plus précocement.

222. Étant donné la spécificité du secteur, fortement liée aux contingences politiques, il est nécessaire, pour comprendre la nature exacte de ce mouvement de s'appuyer, encore une fois, sur la méthodologie « archéologique » inspirée de Foucault, pour distinguer le discours sur la libéralisation, de nature juridique, des conditions de possibilité, essentiellement de nature politique, ayant présidé à celles-ci. Cette méthodologie suppose une description objective des faits historiques ayant mené à la libéralisation du secteur, c'est pourquoi nous avons choisi, encore une fois, de présenter ce processus de manière chronologique.

223. En ce qu'il est fondé sur un mouvement politique propre à chaque Etat, il est difficile, voire impossible, d'établir un modèle commun. C'est pourquoi S. Regourd intitule, dans son précieux ouvrage *La télévision des Européens*, la partie sur la dérégulation : « un processus à douze facettes »⁸⁶². Toutefois, il est possible d'établir des comparaisons, voire des regroupements, en fonction de la période étudiée. La genèse du processus de libéralisation est très différente dans chaque État : elle repose, en Italie comme en France, sur des arguments de nature juridique, tandis qu'en Grande-Bretagne, le choix de la dérégulation découle d'une idéologie de nature économique (Sous-section 1). Le processus a priori juridique et économique de dérégulation va toutefois vite se concrétiser par des choix politiques très marqués, qui sont le résultat de rapports de force propres à la situation politique de chaque État (Sous-section 2).

⁸⁶¹ Ibid, p. 109

⁸⁶² Ce livre date de 1992 et n'est évidemment pas à jour. Il ne comprend que l'analyse des 12 pays faisant alors partie des Communautés européennes. Il constitue toutefois une remarquable source historique, tant au niveau sociologique que juridique et doit dès lors être pris en compte dans notre étude.

Finalement, la situation qui résulte de ce processus laisse un paysage audiovisuel profondément bouleversé avec un secteur public affaibli, en quête de missions à redéfinir (Sous-section 3).

Sous-section 1 : L'hétérogénéité de la genèse du processus de dérégulation

224. Des revendications d'ouverture aux entreprises privées du secteur existaient déjà depuis longtemps dans plusieurs pays européens : les potentialités financières ouvertes par la constitution d'un marché de la publicité avaient attiré l'attention de nombreuses agences⁸⁶³, tout comme les potentialités financières de chaînes dont le capital et donc les bénéfices seraient entièrement privés. Comme le souligne S. Regourd, la crise économique de la fin des années 70 et du début des années 80 n'est pas non plus étrangère à ce mouvement, puisque l'audiovisuel était considéré comme un secteur aux fortes potentialités économiques, devant favoriser la croissance industrielle⁸⁶⁴. Encore une fois, on peut établir une distinction entre les pays latins et le Royaume-Uni. Dans les deux pays transalpins, ce sont les arguments juridiques qui prévalent sur les arguments économiques et politiques : face aux développements technologiques, l'interdiction de l'initiative privée dans le secteur n'est plus soutenable, car elle contrevient manifestement à la liberté fondamentale d'expression. Au contraire, au Royaume-Uni, c'est avant tout une idéologie économique, le néo-libéralisme, qui poussera à une certaine dérégulation du secteur.

225. Si les situations françaises et italiennes « *manifestent des points communs en termes de résultats* »⁸⁶⁵, leur genèse est différente. En Italie, la libéralisation fut d'abord impulsée par le juge constitutionnel et se caractérisa par l'absence d'intervention du législateur, ce qui créa, comme nous le verrons, un véritable vide juridique (§1). En France, la libéralisation fut impulsée par le législateur qui intervint après que se fût formé un consensus politique pour l'ouverture du secteur aux entreprises privées (§2). Au contraire, en Grande-Bretagne, c'est sur des arguments

⁸⁶³ Ibid, p. 111

⁸⁶⁴ S. REGOURD, *La télévision des européens*, Op cit, p. 125

⁸⁶⁵ S. REGOURD, Op cit, p. 126

de nature économique que se fonde la volonté de dérégulation impulsée par Mme Thatcher (§3).

§1 Une libéralisation impulsée par la Cour constitutionnelle en Italie

226. C'est « *incontestablement en Italie que le processus de dérégulation des systèmes télévisuels européens a pris naissance* », écrivait S. Regourd dans *La télévision des Européens*⁸⁶⁶. C'est d'abord au niveau local que la Cour constitutionnelle remettra en cause la réserve étatique (A). Cette intervention de la Cour constitutionnelle répond toutefois à une incapacité du législateur à assurer, depuis le début de l'ère télévisuelle, une réelle indépendance vis-à-vis du pouvoir politique. En l'absence d'une telle intervention pour réglementer le secteur au niveau national, la Cour refuse de déclarer la réserve étatique inconstitutionnelle au niveau national (B).

A) La remise en cause de la réserve étatique au niveau local

227. La distinction entre l'émission nationale et locale fut un argument décisif pour dépasser l'objection à la libéralisation fondé sur le critère de l'insuffisance du nombre de fréquences. Dans un arrêt n° 226 du 10 juillet 1974, la Cour constitutionnelle, en même temps qu'elle rappelait, dans son arrêt n° 225, la constitutionnalité du monopole étatique, autorisa l'ouverture au secteur privé par câble et à l'échelle locale⁸⁶⁷, car le câble permettait justement de dépasser le nombre limité de fréquences.

228. En février 1976, le Ministère des Postes censura toutefois 177 installations de radio et 32 télévisions diffusant sur le réseau hertzien. Celles-ci furent dénoncées à l'autorité judiciaire sur le fondement de l'article 195 du Code pénal qui prévoyait une sanction à l'installation audiovisuelle illégale⁸⁶⁸. Sans doute en réponse à cette intervention politique, la Cour, dans une

⁸⁶⁶ S. REGOURD, *Op cit*, p. 125

⁸⁶⁷ C. Cost. 10 luglio 1974, n. 226 ; *Giur. cost.*, 1974, p. 1776

⁸⁶⁸ R. CARLONI, « Le formazione del sistema radiotelevisivo misto : Le indicazione della Corte Costituzionale e le risposte del legislatore », *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*. - 1995, n.1, p. 225

décision du 28 juillet 1976⁸⁶⁹, décida d'aller plus loin que ce qu'elle avait proclamé dans ses décisions précédentes : elle autorise les émetteurs privés à émettre au niveau local, non seulement par câble, mais aussi par voie hertzienne. Elle prend acte du grand nombre de fréquences locales, et considère que l'argument technique sur lequel s'est fondée la décision de déclarer la réserve est désormais inopérant : « *La Cour constate (...) l'impossibilité de justifier, en l'état actuel, la thèse selon laquelle il subsisterait, une limite concrète au nombre de fréquences utilisables pour les transmissions radiophoniques et télévisuelles locales. Il existe pour les transmissions à échelle locale par voie hertzienne, un nombre de bandes suffisant pour accepter la liberté d'initiative privée, sans risque de monopole ou d'oligopole privés* »⁸⁷⁰. Elle s'appuie également sur le principe d'égalité de traitement, qui serait violé si seule la radiodiffusion par câble était autorisée, alors même que le nombre de bandes hertziennes était suffisant. Enfin, il n'y avait, selon la Cour, pas de risque que se forme un oligopole ou un monopole, puisque chaque entreprise émettrait localement et non nationalement. En plus de ces arguments juridiques concernant le nombre de fréquences, il semble que des raisons politiques entrèrent en jeu : le Parti communiste avait connu un grand succès aux élections générales en juin 1976 et si celui-ci était entré au gouvernement, il aurait eu un accès direct à la télévision d'État⁸⁷¹.

229. La Cour invita cependant le Parlement à légiférer pour déterminer les conditions permettant la conciliation de la liberté d'entreprendre des émetteurs privés locaux avec l'intérêt général prééminent qui caractérise le secteur, c'est-à-dire à déterminer les conditions

⁸⁶⁹ C. Cost, 28 luglio 1976, n. 202, in Giur. cost., 1976, I, 1267s ; P. CARETTI, « Monopolio pubblico e radio-TV «libere» dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 202 del 1976 », in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle comunicazioni*, 1976, p. 248.; C. CHIOLA, « Il pluralismo spontaneo per la radiotelevisione locale », in Giur. cost., 1976, p. 1418s.; F. D'ONOFRIO, « Groviglio nell'etere: la Corte «apre» ai privati «locali» », Giur. Cost, 1976, p. 1424s ; R. ZACCARIA, « La Corte cambia strada: il monopolio radiotelevisivo è legittimo solo a metà », Giur. Cost, 1976, p. 288s

⁸⁷⁰ Traduction du Retenu en droit §6 : Ritenuto in diritto §6 : « *Stante ciò, ove si constati - come è ragionevole fare sulla base delle diffuse cognizioni tecniche e delle pratiche realizzazioni in atto esistenti - la ingiustificatezza, allo stato attuale, della tesi secondo cui sussisterebbe una concreta limitatezza in ordine alle frequenze utilizzabili per le trasmissioni radiofoniche e televisive, deve riconoscersi su scala locale che il relativo presupposto non possa ulteriormente essere invocato* ».

⁸⁷¹ A. PACE, « El sistema televisivo italiano » in S. MUNOZ-MACHADO, *Derecho europeo del audiovisual*, Escuela libres, 1997, p. 145, spéc p. 147

d'autorisation des émetteurs privés et l'assignation des fréquences⁸⁷². Cette décision marque donc la première étape vers la libéralisation du secteur, et aura de grandes conséquences, comme nous allons le voir, sur la composition du paysage audiovisuel italien. Alors que la loi demandée par la Cour tarde à venir, de nombreuses entreprises, petites et grandes investissent dans ce nouveau marché, créant ce que P. Barile appellera « une occupation sauvage » du réseau hertzien⁸⁷³. Il se déclenche un véritable « Far West hertzien »⁸⁷⁴ : les nouvelles entreprises privées de télévision s'arrachent les fréquences disponibles au niveau local. Le cadre local ambigu défini par la Cour dans sa décision de 1976 profite sans conteste aux entreprises privées⁸⁷⁵. Dans une décision de 1981, la Cour déclare que l'argument du faible nombre des fréquences est devenu caduc au niveau national également, mais refuse de prononcer l'autorisation d'émettre au niveau national (B).

B) La décision de 1981 : une étape de plus vers la libéralisation du secteur

230. La Cour constitutionnelle est amenée à intervenir de nouveau en date du 21 juillet 1981⁸⁷⁶, suite à la saisine du juge judiciaire de Rome, pour résoudre un recours de la RAI contre la société Rizzoli editore, laquelle s'apprêtait à initier la transmission d'un journal télévisé au niveau national, par voie hertzienne, en utilisant la technique de l'interconnexion modale, c'est-à-dire la transmission simultanée du même programme sur les ondes hertziennes locales⁸⁷⁷. La société Rizzoli invoquait l'inconstitutionnalité des normes qui encadraient le monopole étatique, au regard de l'article 3, 21 et 43 de la Constitution, puisque l'argument sur lequel était fondée la réserve étatique, le nombre limité des fréquences, était devenu caduc.

Dans cette décision, la Cour rejette de nouveau la possibilité de l'ouverture du monopole au niveau national, et déclare donc inconstitutionnelle la technique de l'interconnexion modale,

⁸⁷² Sur cet aspect V. notamment P. BARILE, « Servizio public ed emittenza privata », in P. BARILE, P. CARETTI, R. ZACCARIA(ed) *Rapporto annuale sui problemi dell'informazione 1986-1987*, CEDAM, 1988, p. 172

⁸⁷³ Ibid.

⁸⁷⁴ Expression utilisée par G. GAMALERI, in *Teoria e tecniche della comunicazione di massa. Stampa, radio, televisione, new media*, Rome, Kappa, 2003, p. 192

⁸⁷⁵ M. SPALETTA, *L'evoluzione giuridica del settore televisivo italiano*, Luiss, Working papers, 1-2005, p. 1

⁸⁷⁶ C. cost. 21 luglio 1981, n. 148, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1379s

⁸⁷⁷ Ibid, Ritenuto in Fatto.

en substituant une nouvelle base juridique à celle du nombre limité des fréquences. Elle considère notamment que « *Le service public essentiel de télétransmission à l'échelle nationale, d'intérêt général prééminent, peut être réservé à l'État au vu de l'utilité générale, constitué par la nécessité d'éviter la centralisation de la diffusion radio-télévisuelle en monopole ou en oligopole. Cette nécessité qui ne naît pas seulement de la grande ou de la faible disponibilité des fréquences de transmissions, mais tient également à la nature du phénomène des radio-télétransmissions, et du contexte socio-économique dans lequel il est amené à se développer. La Cour considère en outre que l'augmentation prétendue des fréquences disponibles n'apparaît pas non plus déterminant, sur un autre volet, pour exclure le danger de la constitution d'un oligopole privé. En effet, une série de facteurs d'ordre économique, combinée à l'utilisation des progrès technologiques, fait subsister les risques de concentration oligopolistique* »⁸⁷⁸.

231. Elle rappelle ensuite qu'en reconnaissant le droit d'initiative privée au niveau local, dans sa décision n° 202 de 1976, elle « *avait signalé au législateur la nécessité d'en réguler l'exercice (...) afin de réaliser, dans l'intérêt des utilisateurs, une coexistence équilibrée entre service public et initiative privée* »⁸⁷⁹. Du fait de l'inertie du législateur, la situation n'était à ce moment pas différente de celle qui avait été soumise à l'époque au contrôle de constitutionnalité, et pour cette raison la Cour ne peut déroger à ses jugements précédents⁸⁸⁰. Elle demande donc au législateur d'intervenir et d'affronter le problème de la réglementation des télévisions privées, en mettant en place un système de garanties efficaces permettant d'entraver la possible réalisation

⁸⁷⁸ Traduction libre du Retenu en droit §2 : Ritenuto in diritto §2 « *il servizio pubblico essenziale di radioteletrasmissione, su scala nazionale, di preminente interesse generale, può essere riservato allo Stato in vista del fine di utilità generale costituito dalla necessità di evitare l'accentramento dell'emittenza radiotelevisiva in monopolio od oligopolio privato. Necessità, va aggiunto, che non emerge soltanto in relazione alla maggiore o minore disponibilità delle frequenze di trasmissione, ma attiene altresì alla natura del fenomeno delle radioteletrasmissioni visto nel contesto socioeconomico in cui esso è destinato a svilupparsi (...) Va peraltro considerato che l'asserito aumento della disponibilità delle frequenze non appare anche per altro aspetto elemento determinante per escludere il pericolo di oligopoli privati. Invero, una serie di fattori di ordine economico, con la utilizzazione del progresso della tecnologia, fa permanere i rischi di concentrazione oligopolistica (...)».*

⁸⁷⁹ Ibid : « *Proprio per evitare tali inconvenienti sin da allora percepiti, la sentenza n. 202 del 1976, nel riconoscere il diritto di iniziativa privata nelle trasmissioni via etere in ambito locale, segnalò al legislatore la necessità di regolarne l'esercizio, in modo da armonizzarlo con il connesso servizio pubblico essenziale e di preminente interesse generale costituito dalla diffusione su scala nazionale affidata al monopolio statale, al fine di realizzare, così, nell'interesse dell'utente, una equilibrata coesistenza tra servizio pubblico e iniziativa privata* ».

⁸⁸⁰ « *Ma per la persistente inerzia del legislatore la situazione non è oggi diversa da quella sottoposta a suo tempo alla verifica di costituzionalità e pertanto non può la Corte discostarsi dalle sue precedenti statuizioni* ».

de concentrations monopolistiques ou oligopolistiques⁸⁸¹. Le manque de clarté de la Cour quant aux dangers précis de la constitution d'un oligopole dans un secteur hertzien au nombre de bandes illimité fut critiqué par certains auteurs⁸⁸². Malgré cette décision, et du fait de l'inaction du législateur, c'est à une libéralisation de fait que l'on va assister : les stations privées émettant au niveau local vont détourner cette interdiction d'émettre au niveau national grâce à la technique de « l'interconnexion modale ».

Conclusion §1 :

Comme en Allemagne⁸⁸³, l'ouverture du secteur aux entreprises privées a été menée dans le cadre d'un débat constitutionnel, mené par la Cour constitutionnelle⁸⁸⁴, fondé sur les articles 21, 41 et 43 de la Constitution. Devant l'inertie du législateur, le rôle de la Cour constitutionnelle

⁸⁸¹ « *A diverse conclusioni potrebbe eventualmente giungersi ove il legislatore, affrontando in modo completo ed approfondito il problema della regolamentazione delle TV private, apprestasse un sistema di garanzie efficace al fine di ostacolare in modo effettivo il realizzarsi di concentrazioni monopolistiche od oligopolistiche non solo nell'ambito delle connessioni fra le varie emittenti, ma anche in quello dei collegamenti tra le imprese operanti nei vari settori dell'informazione incluse quelle pubblicitarie* ».

⁸⁸² M. A. SANDULLI, Entrée « Radioaudizioni e televisione » in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1987, §5 ; M. A. SANDULLI, « Continua il ping-pong per le antenne private », in *Dir. soc.*, 1982, p. 569.; S. FOIS, « RAI-TV: «Governo» del monopolio pubblico, o «governo» di un servizio pubblico? », in *Il servizio pubblico radiotelevisivo*, Napoli, 1983, p. 16

⁸⁸³ V. BVerfG (Tribunal constitutionnel fédéral), décision du 16 juin 1981, note Fromont, RDP, 1982, p. 1055 ; BVerfG, décision du 4 novembre 1986, note Fromont, RDP, 1989, p. 97), BVerfG, décision du 24 mars 1987, note Fromont, RDP, 1989 p. 100 ; Pour un commentaire commun à ces trois décisions P. BON, D. MAUS, « Secteur public et privé dans l'audiovisuel, Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 février 1991 », in *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, p. 298 : « *Dans la décision de 81, la Cour donne à la liberté de l'audiovisuel une fonction instrumentale sous deux aspects : l'aspect subjectif (droit à émettre ou à recevoir un programme) et l'aspect objectif (pluralisme des opinions). Sur la base de ces prémisses, la cour permet au législateur de prévoir un régime d'autorisation d'émettre au profit d'organismes privés comportant des règles précises de fond (...). Elle donne au législateur la mission de définir les obligations incombant aux organismes privés par exemple fournir une information complète et exacte afin que toutes les tendances aient la possibilité effective de s'exprimer (...). Dans la décision de 86, la cour a surtout insisté sur les obligations que le législateur doit imposer aux organismes privés de radio-télévision. La concurrence entre les chaînes n'assure pas encore le pluralisme des opinions nécessaire dans le secteur de l'audiovisuel. Il faut que le législateur confie aux organismes publics la missions de satisfaire des besoins essentiels du public et qu'il édicte de nombreuses règles afin que la création d'organismes privés de radio télévision ne mette pas en cause le pluralisme des opinions (...). Dans la décision de 87, la cour affirme encore plus nettement son hostilité à une privatisation excessive de l'audiovisuel. Elle s'oppose à la volonté du législateur de limiter les possibilités d'expansion du secteur public considéré comme occupant une position dominante. En conséquence, elle annule la disposition selon laquelle de nouvelles stations locales ne pouvaient pas être créées par l'organisme public (...)* ».

⁸⁸⁴ V. aussi E. BARENDT, « The influence of the German and Italian constitutional courts on their national Broadcasting systems », *Public law*, 1991, p. 93, spéc p. 94 qui note que « *In comparison with the decisions of the United States courts and the French Conseil, the judgments of the German and Italian courts are striking, because they have laid down guidelines for the overall structure of the broadcasting system and to some extent for the regulation of the separate public and private channels. The Bundesverfassungsgericht and the Italian Constitutional Court were established under the post-war constitutions of two societies anxious to avoid the horrors of the totalitarian regimes which had governed them since the 1930s* ».

eut donc un rôle primordial pour impulser la libéralisation du secteur. Au contraire, en France, c'est uniquement du pouvoir politique, essentiellement du législateur que viendra la décision de libéraliser le secteur (§2).

§2 En France, la libéralisation impulsée par le législateur

Malgré une certaine bienveillance du grand public envers le monopole, les arguments de type politique et juridique ne manquent pas pour libéraliser le secteur⁸⁸⁵, des arguments de même nature que ceux utilisés par la Cour constitutionnelle italienne (A). La loi de 1982 proclame donc la liberté de communication, sans toutefois prévoir les modalités de sa mise en œuvre (B).

A) Les arguments ayant poussé à la libéralisation du secteur

La formalisation juridique (1) des arguments politiques (2) a permis de donner plus de poids à ces derniers.

1) Des arguments de nature politique

232. Dans les années 1970, et en écho à la libéralisation quelque peu anarchique en Italie se développa en France le mouvement des radios libres. Du fait de la multiplication des chaînes privées transalpines, le coût des équipements était devenu accessible et de nombreuses associations utilisèrent cet outil pour lutter symboliquement contre le monopole, et pour défendre la liberté d'expression. Ils furent soutenus par des intellectuels tels que Gilles Deleuze⁸⁸⁶ ou Umberto Eco⁸⁸⁷. La gauche socialiste, qui n'avait cessé de condamner l'assujettissement

⁸⁸⁵ Voir sur ce point, et sur tout le processus politique et législatif A. GIRAUD, « L'artésienne du droit », Réseaux, n° 59 Spécial Droit et Communication, p. 53

⁸⁸⁶ L'intellectuel a participé à la création de L'association pour la libération des ondes. V. T. LEFEBVRE, *La bataille des radios-libres : 1977-1981*, Editions du nouveau monde, 2011,

⁸⁸⁷ V. U. ECO, in *Corriere della Sera*, 25 février 1977 qui soutient publiquement Radio Alice, une radio créée à Bologne par des jeunes autonomistes. Il y écrit notamment : « *Mais accuser Radio Alice d'être responsable de la colère des jeunes, c'est comme accuser le festival de la chanson de San Remo d'être la cause de la stupidité nationale : c'est accorder un pouvoir quasi magique aux mass media. Or les mass media, si elles rassemblent, reflètent, corroborent parfois les modes de comportements, si elles renforcent les opinions, ne les produisent pas. S'il existe un festival de San Remo, c'est qu'il existe une petite bourgeoisie repue de fausse conscience qui n'entend rien à la musique ; et de même, Radio Alice existe parce que la colère des jeunes veut se donner ses propres moyens d'expression* ».

politique du monopole au gaullisme et aux partis de droite⁸⁸⁸, soutint ce mouvement. Laurent Fabius et François Mitterrand furent même inculpés pour avoir créé une radio libre, Radio Riposte⁸⁸⁹. La libéralisation du secteur de l'audiovisuel faisait donc naturellement partie du programme de François Mitterrand⁸⁹⁰. Une fois élu, le Président Mitterrand se révéla toutefois prudent, car il craignait une multiplication des radios libres de nature politique, qui pourraient être instrumentalisée contre lui.

233. Avant la libéralisation, toutefois, comme au Royaume-Uni, seule une « petite minorité »⁸⁹¹ de personnes revendiquait la liberté des ondes comme une liberté fondamentale devant conduire à l'abolition du monopole. Le grand public n'exprimait pas particulièrement de désaveu à l'égard de celui-ci, car « *loin de subir un boycott, les quatre grandes stations nationales voy[ai]ent leur audience progresser* »⁸⁹². Les radios libres n'avaient représenté, selon certains auteurs, qu'un épi-phénomène⁸⁹³ qui n'appelait pas forcément l'intervention du législateur. Les scientifiques, technocrates, universitaires, représentants du peuple élu et associatif se montrent toutefois très insatisfaits de l'organisation de la radio-télévision et cette contestation s'organise dans les médias⁸⁹⁴. Les radios libres représentaient en outre un symbole de l'évolution technique à laquelle répondait le secteur de l'audiovisuel. Elles étaient le symbole que l'un des arguments sur lequel reposait le monopole d'Etat était devenu caduc⁸⁹⁵. L'argument fondé sur la rareté des ondes avait perdu toute pertinence, puisque les câbles et satellites de

⁸⁸⁸ J. CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, p. 55

⁸⁸⁹ A. GIRAUD, Op cit, p. 61

⁸⁹⁰ V. J. CHEVALLIER, Op cit, p. 55

⁸⁹¹ D. ROUSSEAU, Op cit, p. 60

⁸⁹² Ibid.

⁸⁹³ Contra V. J. CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, p. 54 spéc p. 55 : « *le développement des radios libre montre que le modèle de communication audiovisuelle, issu du monopole d'Etat et fondé sur l'universalité, la dépendance et l'uniformité ne répond plus à certaines attentes du public (...) Les téléspectateurs ne sont plus des usagers captifs tenus de consommer les seuls produits offerts par le service public* ».

⁸⁹⁴ D. ROUSSEAU, Op cit, p. 59 et V. les articles de certains animateurs de radios libres dans Le Monde, 21, 22, 23, 24 et 25 août 1979.

⁸⁹⁵ Tout comme ce qui avait enclenché la libéralisation au niveau local en Italie.

diffusion permettaient de diffuser des programmes de manière presque illimitée⁸⁹⁶. Les Parlementaires avaient, eux, conscience de cette évolution⁸⁹⁷, ce qui fit dire au sénateur Cluzel que « *Dans le domaine de l'audiovisuel, les hommes politiques doivent avoir des audaces que l'opinion, si elle n'en comprend pas dans l'immédiat l'importance, approuvera avant peu* »⁸⁹⁸. Cette assertion était d'autant plus pertinente que les arguments de nature juridique étaient réels, surtout depuis que la Cour constitutionnelle italienne avait décidé la libéralisation au niveau local (2).

2) Des arguments de nature juridique⁸⁹⁹

234. La libre communication des pensées, dont découle la liberté de communication, résultant de l'article 11 de la DDHC⁹⁰⁰, avait acquis valeur constitutionnelle depuis la Décision *Liberté d'association* de 1971. Cette liberté n'avait pourtant pas été reconnue par le Conseil constitutionnel, sans doute parce que celui-ci n'avait jamais eu l'occasion de se positionner sur ce thème⁹⁰¹, mais il était évident que puisque la liberté d'expression avait désormais valeur constitutionnelle, les juristes tenteraient de questionner la constitutionnalité du monopole⁹⁰². La

⁸⁹⁶ V. D. ROUSSEAU, Op cit, p. 67 qui cite un colloque organisé à Nice les 5 et 6 avril 1979 sur le thème : « Le devenir des monopoles nationaux face au développement des satellites ». Il cite aussi J.CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, p. 54

⁸⁹⁷ V. la déclaration du député Préaumont en 1979 : « La pression des évolutions techniques rendra de plus en plus illusoire la traduction et la perception du monopole de programmation, tout en amenant une transformation importante du monopole de distribution », Avis de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de finances pour 1980 relatif à la radiotélévision, JO, Doc AN, 1979-1980, p. 13

⁸⁹⁸ M. CLUZEL, JO, Sénat 24 juin 1978, p. 1688 ; à noter que cet argument est également celui qui a été utilisé par R. Badinter, durant le débat sur la peine de mort en 1981.

⁸⁹⁹ A. Giraud écrit dans l'article pré-cité qu' « *Au-delà de la préoccupation qui est la leur de trouver un statut à l'ensemble des nouveaux médias, le souci des auteurs de la loi de 1982 est aussi de créer une législation conforme aux principes les plus fondamentaux de la Constitution (...) Le souci constitutionnalisé a été affirmé à plusieurs reprises au cours du débat parlementaire. Il a été rarement explicité par la suite. A plusieurs reprises, cependant, Louis Mexandeau s'est essayé à replacer la loi dans son véritable cadre, celui de l'exercice d' « un des droits les plus précieux, le droit à la libre communication des pensées et des opinions* ».

⁹⁰⁰ D. ROUSSEAU, Op Cit, p. 71

⁹⁰¹ D. ROUSSEAU souligne que l'occasion ne fut jamais donnée au Conseil Constitutionnel d'examiner la constitutionnalité du monopole, puisque la seule décision sur l'audiovisuel qui lui fut déférée fut la loi de 1978, révisant celle de 1972 et 1974. Le Conseil, dans cette décision (C. Const, 28 juillet 1978) utilise, pour refuser d'examiner la constitutionnalité du monopole, l'argument tiré de son incompétence à contrôler une loi après sa promulgation.

⁹⁰² C'est d'ailleurs ce que fait D. Rousseau dans l'article pré-cité.

réponse n'était pas évidente, car comme en Italie, prévalait encore dans beaucoup d'esprits l'idée selon laquelle le monopole était le meilleur moyen de préserver l'expression pluraliste des courants de pensées⁹⁰³, ce qui était pourtant, vu le contexte français, difficilement défendable. Comme le relève D. Rousseau, l'opinion dominante avait toutefois foi dans la loi de 1974 pour permettre de préserver ce pluralisme et l'impartialité, du fait des nouveaux articles qui protégeaient l'expression des principales tendances de pensée et des principaux courants d'expression⁹⁰⁴, mais ces dispositions ne pouvaient, comme le relève l'auteur précité, aucunement être comparées à l'exercice libre de la liberté d'émettre.

235. Par ailleurs, le droit européen ne laissait que peu de latitude à l'interprétation sur ce thème. L'article 10 de la CEDH, ratifiée par la France en 1964, prévoyait ainsi que la liberté d'expression et de communication avait pour corollaire l'absence d'ingérence des autorités publiques ; la seule exception envisagée étant de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisation, ce qui exclut clairement le monopole⁹⁰⁵. Le gouvernement français avait certes, en ratifiant la convention en 1974, fait adopter une déclaration interprétative dans laquelle elle posait la compatibilité du monopole avec l'article 10, mais il est clair que les arguments juridiques sur lesquels reposait le monopole s'amenuisaient très rapidement : « *De ce faisceau d'indices convergents, écrit D. Rousseau, naît la conviction que le droit comme la logique ne s'accommodent pas de la contradiction patente entre le principe constitutionnel fondamental de la liberté d'expression, droit le plus précieux, affirme la Déclaration des droits de l'Homme, et le régime législatif du monopole d'État* »⁹⁰⁶.

236. Les conditions politiques étant désormais réunies, le rapport Moinot⁹⁰⁷, remis au gouvernement le 6 octobre 1981 estime sans surprise possible la consécration d'un véritable « droit à la communication » et se déclare favorable à l'abandon du monopole. Le rapport

⁹⁰³ M. PERICARD, JO doc AN, 1978, n° 315, p. 22

⁹⁰⁴ L'article 17§2 du statut de 1974 prévoyait que le service devait assurer « un égal accès à l'expression des principales tendances de pensée et des grands courants de l'opinion ».

⁹⁰⁵ Décret n° 74-360 du 3 mai 1974, JO, 4 mai 1974, p. 4750

⁹⁰⁶ D. ROUSSEAU, Op cit, p. 73

⁹⁰⁷ Rapport au Premier Ministre de la Commission de réflexion et d'orientation, présidée par P. MOINOT, « Pour une réforme de l'audiovisuel », 30 septembre 1981, La documentation française.

propose la création d'une « haute autorité de la communication audiovisuelle » qui serait « la clef de voûte de l'ensemble audiovisuel », car seraient transférés à cette autorité les pouvoirs que l'État possédait jusqu'à présent sur les sociétés nationales de programme⁹⁰⁸. Il propose également le regroupement de TF1 et d'Antenne 2. Le gouvernement Mauroy dévoile les intentions du gouvernement le 4 mars 1982 : il retient la deuxième proposition, la création d'une haute autorité, à l'autonomie renforcée par rapport à ce que proposait le rapport Moinot. Il ne retient pas la deuxième proposition et maintient l'éclatement de la structure de 1974⁹⁰⁹.

Le projet de loi, déposé pour débat à l'Assemblée nationale le 1er avril 1982⁹¹⁰ a pour ambition de « *donner à la France les moyens de relever les défis culturel, social, technologique et industriel que lui propose le Nouveau Monde de la communication* ». Le ministre de la Communication insiste sur la portée historique du texte qui anticipe l'évolution future des techniques⁹¹¹. Les députés de l'opposition dénoncent eux une loi « *profondément anachronique, inadaptée, frileuse et malthusienne* »⁹¹² et un libéralisme de façade, car le secteur est dominé par un service public tentaculaire » doté de tous les moyens et de tous les pouvoirs. Le service public est bien le sujet controversé de la réforme : pour la majorité, celui-ci doit rester le cœur du système audiovisuel, car il permettra de garantir le pluralisme des opinions et la liberté d'expression, tandis que pour l'opposition de droite, les termes « service public de la communication » et « pluralisme et liberté d'expression » sont des oxymores.

En définitive, après des débats « longs, confus et parfois explosifs »⁹¹³, la loi est adoptée le 8 juillet par l'assemblée en troisième et dernière lecture, et après la saisine du Conseil constitutionnel⁹¹⁴, elle est promulguée le 29 juillet 1982 : la liberté de communication est donc proclamée (B).

⁹⁰⁸ J. CHEVALLIER, Op cit, p. 558

⁹⁰⁹ V. les critiques des syndicats vis-à-vis de ce projet : P. NOGUERA, « Entre les monopoles et le service public », Le Monde, 27 juillet 1982

⁹¹⁰ JO Doc. AN n° 754.

⁹¹¹ JO Déb. AN, 26 avril 1982, p. 1716

⁹¹² A. MADELIN, JO. Déb. AN, 16 mai 1982, p. 2267

⁹¹³ J. CHEVALLIER, Op cit, p. 559

⁹¹⁴ Sur laquelle nous reviendrons dans le Chapitre 3 de cette Partie.

B) La proclamation de la liberté de communication audiovisuelle

237. La loi adoptée par le Parlement le 29 juillet 1982 retient la principale idée du rapport Moinot : l'ouverture du secteur à l'initiative privée. L'article 1 de la loi prévoit, sur le modèle de la loi sur la presse de 1881, que « la Communication audiovisuelle est libre » et l'article 2 laisse entendre que les destinataires de la liberté de communication sont en priorité les citoyens qui « ont le droit à une information libre et pluraliste ». L'article 7 minimise pourtant grandement la portée de la reconnaissance liberté de communication audiovisuelle, puisqu'il soumet l'usage des fréquences sur le territoire national à l'autorisation du gouvernement⁹¹⁵. Cette loi apparaît donc en réalité comme une loi de « compromis », « *visant à adapter le modèle traditionnel aux exigences techniques et politiques socioculturelles nouvelles, plutôt qu'à un véritable bouleversement* »⁹¹⁶.

Le service public reste au centre du dispositif, en accord avec la conception de la majorité socialiste : l'article 4 prévoit dans son premier alinéa que « *la liberté proclamée à l'article 1^{er} de la présente loi et l'exercice des droits qui en découlent (probablement pour les usagers)*⁹¹⁷ *sont garantis par les conditions de fonctionnement du service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision* »⁹¹⁸. Les conditions de fonctionnement du service public sont modifiées : il s'agit de rompre avec la tutelle exercée par le pouvoir exécutif sur la télévision depuis la naissance de la télévision, en en faisant un « vecteur de la libre expression », mais la notion même de service public n'est pas condamnée.

⁹¹⁵ J. CHEVALLIER explique très bien les limites de cette approche : « *Etendue à la diffusion, la liberté assure une émancipation totale du processus de communication audiovisuelle ; mais elle se heurte au problème de la rareté des fréquences (...). La diffusion audiovisuelle continue à être placée sous l'autorité pleine et entière de l'Etat, en dépit de certaines adaptations rendues nécessaires par l'évolution des structures de l'audiovisuel : si l'Etat n'assure plus dans tous les cas par lui-même, la diffusion, il garde au moins la maîtrise de sa mise en oeuvre. D'abord l'usage des fréquences radioélectriques de toute nature doit, d'après l'article 7, être autorisé par l'Etat (...). Justifié par des impératifs techniques (la rareté des ondes) et politiques (les impératifs de l'ordre public et l'existence d'accords internationaux), ce régime d'autorisation s'appuie sur l'idée, vivement critiqué par l'opposition, d'un droit de propriété de l'Etat sur l'espace hertzien : toute utilisation d'une fréquence s'analyserait comme une occupation privative du domaine public de l'Etat et devrait de ce fait être autorisée* », J. CHEVALLIER, Op cit, p. 559

⁹¹⁶ J. CHEVALLIER, Op cit, p. 559

⁹¹⁷ Souligné par nous.

⁹¹⁸ Souligné par nous.

238. Cette rupture passe par l'introduction de deux éléments principaux : l'introduction de la notion de pluralisme des programmes et l'introduction de la haute autorité de la communication audiovisuelle permettant de rompre le cordon ombilical entre le gouvernant et le service public.

L'article 4 de la loi présente une conception beaucoup plus large du pluralisme en donnant au service public la mission de « *favoriser l'expression des communautés culturelles, sociales et professionnelles et des familles spirituelles et philosophiques* ». Ce même article introduit la notion de « *différentes composantes de la population* », laissant entendre qu'il n'existe pas qu'un seul public, mais des publics, avec des goûts hétérogènes.

Cette idée remet en cause le fondement conceptuel du service public audiovisuel prévalent jusqu'à présent : l'idée que la télévision devait apporter au public, quels que soient ses goûts, des programmes culturels permettant d'homogénéiser les connaissances de la population. Le rapport Moinot critiquait grandement cette vision ancienne au motif qu'elle considérait le « *public comme une masse, qu'il faut agréger à tout prix en trouvant le plus grand dénominateur commun et sur laquelle sont déversés des flots d'images et de sons neutres soigneusement débarrassés de ce qui irrite et ce qui surprend* »⁹¹⁹. Le rôle central de la haute autorité est limité puisque le pouvoir politique n'a pas perdu toute possibilité d'intervention dans le secteur⁹²⁰.

Conclusion §2 :

239. En France comme en Italie, malgré l'absence de conceptualisation poussée de la mission de service public, l'émergence de la notion de pluralisme, un pluralisme a priori avant tout « politique », poussera à la remise en cause d'une conception paternaliste et unitaire des besoins, politiques comme culturels, du public. Cette vision ne remet pas en cause la conception verticale des rapports entre téléspectateurs et producteurs : ces derniers ont toujours un rôle primordial à jouer dans la conception et le choix des programmes diffusés, mais ces choix sont désormais limités et encadrés par les libertés fondamentales proclamées dans le secteur. En Grande-Bretagne, au contraire, celle-ci se transforma en « souveraineté du consommateur » et était fondée sur des arguments de nature économique et idéologique (§3).

⁹¹⁹ Rapport Moinot, Op cit, p. 73

⁹²⁰ J. CHEVALLIER, Ibid.

§3 Une dérégulation fondée sur des arguments idéologiques au Royaume-Uni

240. Depuis 1926, et malgré une libéralisation très précoce, l'idée qu'une organisation devrait opérer pour le bien public était partagée par tous les partis politiques ainsi que les entreprises de l'industrie audiovisuelle. Toutefois, les choses changèrent avec l'arrivée au pouvoir du gouvernement conservateur de Margaret Thatcher, en 1979 qui portait un projet de transformation de la société et du monde politique britannique. Ce projet était hautement individualiste : il reposait sur la croyance que l'intérêt public pourrait être assuré seulement par la maximisation de la capacité de choix des individus. La remise en cause de l'institution qu'est la BBC durant les années Thatcher s'appuyait d'abord sur le projet néo-libéral caractérisé par une croyance dans les vertus libéralisation (A). La volonté d'améliorer la qualité des programmes, malgré tout, révèle les contradictions de la pensée du gouvernement sur le sujet (B).

A) La croyance dans les vertus de la dérégulation

241. Les politiques des années 1980 étaient focalisées sur l'idée de choix du consommateur sur le marché, choix que pouvait entraver la régulation. Cette décennie vit en effet de nombreuses privatisations dans une multiplicité de secteurs économiques : transports, eau, électricité, télécommunications. La Corporation, en tant qu'institution, mais aussi le service public en tant qu'idéal, étaient perçus comme des obstacles pour la mise en place du programme néo-libéral qui devait révolutionner la façon dont le Royaume-Uni était gouverné et la façon dont le peuple pensait⁹²¹. La BBC était le stéréotype de l'« establishment », un dinosaure confortablement protégé et arrogant, qu'il fallait éradiquer pour mettre en œuvre la révolution culturelle de droite pour laquelle elle plaidait⁹²². Ainsi, comme elle l'écrivait dans ses mémoires en 1995, Thatcher pensait que « *l'audiovisuel était un de ces domaines à l'intérieur desquels les intérêts de puissants groupes se faisaient passer pour des engagements forts au*

⁹²¹ J. CURRAN, J. SEATON, « Broadcasting Roller Coaster » in *Power without Responsibility*, Op cit, p. 200

⁹²² Ibid.

profit du bien commun »⁹²³. Ainsi, pour la première fois depuis sa création en 1926, la question n'était plus seulement de savoir ce que devait offrir le service public audiovisuel : M. Thatcher s'attaqua directement à la question de l'existence de la BBC. Déjà, les conclusions du Rapport Annan avaient, en 1977, mené à repenser le rôle du service public audiovisuel : celui-ci devait s'éloigner du modèle paternaliste et présenter une vision pluraliste qui respecte les intérêts divers des téléspectateurs. Le gouvernement Thatcher avait suivi ces recommandations en donnant le pouvoir à l'IBA, par le Broadcasting Act de 1980, de créer une nouvelle chaîne privée, et une loi approuva en 1982 la création de Channel 4. Cette chaîne avait pour but et mission de programmer des programmes alternatifs à ceux proposés par les autres chaînes, et notamment de s'adresser aux minorités.

242. Le rapport Peacock de 1986, commandé par M. Thatcher, alla encore plus loin en réinterprétant complètement le rôle de l'émetteur public, et en pensant, pour la première fois, son rôle en fonction du marché. Le rapport rejetait ainsi l'utilisation de la notion d'intérêt public et se basait uniquement sur le concept de souveraineté du consommateur sur le marché. Il proposait notamment la multiplication des chaînes privées par la création d'un nouveau réseau hertzien, la réorganisation d'ITV, grâce à une réattribution des fréquences selon une procédure de mieux-disant financier. La mesure la plus décriée, qui était aussi l'idée phare de Peacock, était sans aucun doute l'idée de commercialisation de la BBC, qui comptait substituer le système de redevance par un système de péages « à la carte »⁹²⁴. Cette mesure aurait indubitablement conduit à la privatisation de la BBC. L'idée que le choix des téléspectateurs ne pourrait effectivement se faire que si une grande diversité de programmes était proposée échappait au gouvernement pour qui la dérégulation, les privatisations et l'efficacité du marché étaient la seule politique possible. Ainsi, durant cette période, les divers livres blancs se fondaient sur

⁹²³ M. THATCHER, *The Downing Street Years*, Harper Collins 1995, p. 210 « *Broadcasting was one of those areas the professions such as teaching medicine and the law were to hers, in which special leading by powerful interest groups was disguised as high minded commitment to some common good* ». D'autres passages étaient frappants dans l'amertume du ton employé « *the notion of public broadcasting was the kernel of what the broadcasting oligopolists claimed to be defending ... The practice was very different. BBC and ITV ran programmes that were increasingly indistinguishable from commercial programming in market system – soap operas, sports, game shows, and made-for-TV film. To use Benthamite language, the public broadcasters were claiming the rights of poetry but providing us with pushpin.* ».

⁹²⁴ Pay-per-view en anglais.

l'idée que l'arrivée du câble et du satellite permettrait au public de choisir les programmes qui leur conviendraient le mieux⁹²⁵.

En 1984, une loi autorisant la diffusion par câble est donc adoptée⁹²⁶. Les fondements idéologiques de cette loi sont bien explicités par M. Thatcher dans son autobiographie : celle-ci écrit que « *L'idée qu'une petite clique de professionnels de l'audiovisuel savait toujours ce qui était le mieux, et que ceux-ci puissent être placés pour cette raison à l'abri des critiques n'était pas une idée que je pouvais accepter* »⁹²⁷. Cette idéologie se concrétise dans les différences établies entre l'IBA et la Cable authority⁹²⁸. Contrairement à l'IBA, la Cable authority n'est pas chargée de faire respecter une mission de service public. Elle n'est pas propriétaire des moyens de transmission, contrairement à l'IBA, car le financement du réseau doit venir du marché⁹²⁹. L'intervention de l'Autorité devait être aussi limitée que possible, car le rôle des pouvoirs publics devait se limiter à créer les possibilités pour l'avènement de ce nouveau marché⁹³⁰. Le gouvernement ne semblait toutefois pas avoir imaginé qu'une moindre régulation du secteur pourrait mener à une baisse de la qualité des programmes (B).

B) Une position paradoxale

243. Officiellement, pour la Première ministre, une compétition croissante devait mener à une amélioration des standards de qualité et de décence. Margaret Thatcher avait cependant pour volonté de faire respecter les intérêts commerciaux de son plus grand supporter dans la presse, Rupert Murdoch, qui avait intérêt à une dérégulation du secteur de l'audiovisuel pour pouvoir

⁹²⁵ V. le livre blanc du gouvernement (Home Office, Dept of Industry, The development of cable systems & services, 1982/83 Cmnd. 8866).

⁹²⁶ Cable and Broadcasting Act de 1984.

⁹²⁷ M. THATCHER, *The Downing Street Years*, Harper Collins, 1993, p. 634 : « *But the idea that a small clique of broadcasting professionals always knew what was best and that they should be more or less immune from criticism or competition was not one I could accept* ».

⁹²⁸ Sur l'existence d'une idéologie sous-jacente à cette loi V. S. HEARST, « The development of cable systems and services », *Political Quarterly*, volume 54, 1983, pp. 387-392, p. 388

⁹²⁹ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 120

⁹³⁰ V. le livre blanc du gouvernement (Home Office, Dept of Industry, The development of cable systems & services, 1982/83 Cmnd. 8866, §10). « *It is not for the Government to guarantee that cable will expand at any particular rate or in any particular manner (...). The government's function is to create the opportunities which will enable cable development to happen provided a market exists for it* ».

élargir son marché, celui-ci fournissant en échange une couverture médiatique favorable pour M.Thatcher⁹³¹. M. Thatcher croyait en la capacité et la volonté de Murdoch à relever les standards⁹³² et cette position était pour le moins surprenante puisqu'il était bien connu que partout ailleurs, la concurrence non régulée avait rendu l'audiovisuel plus vulgaire⁹³³.

John Gray relève un paradoxe découlant de cette croyance dans le marché : « *La nouvelle droite*⁹³⁴ n'avait pas perçu la dépendance de la société civile individualiste à un patrimoine en baisse, mais bien réel d'idées, de croyances et de valeurs partagées ». La possibilité effective de la construction de l'individualisme dépendait donc d'une structure éducative et culturelle, qu'aurait pu justement favoriser la BBC. Un auteur résume la contradiction à laquelle fut exposée M. Thatcher, notamment dans sa confrontation avec le marché : « *En principe, Mme Thatcher et ses supporters sont en faveur de la dérégulation, de la compétition et du choix. Mais ils sont méfiants envers les plans permettant de laisser les gens écouter et regarder ce qu'ils aiment (...) Ils adhèrent au principe du marché, mais ils éprouvent une aversion pour les jugements de valeur libertariens qui en découlent, des jugements de valeur libertariens qui sont à la base du Rapport Peacock* »⁹³⁵.

Conclusion §3 :

Le Royaume-Uni, malgré sa situation particulière caractérisée par la stabilité du duopole de service public, n'échappe pas à la remise en cause de la légitimité du lien entre l'État et la radio-télévision qui touche l'Europe de l'Ouest. Juridique et politique en Italie et en France, le problème semble être économique au Royaume-Uni : la dérégulation et la mise en avant de la souveraineté du consommateur ne seraient que le résultat de l'application de la doctrine néolibérale au secteur de l'audiovisuel. Il nous faudra dans un second temps questionner cette

⁹³¹ M.Thatcher avait déjà passé un accord avec les éditeurs de trois journaux : The Sun, le Sunday Express et le Daily Mail, qu'elle avait décoré et qui en échange s'engagèrent à adoucir les critiques à l'égard du gouvernement et à concentrer leurs attaques sur ses opposants.

⁹³² J.Curran et J.Seaton relèvent ironiquement que la capacité de Murdoch à « relever les standards » avait été démontré par sa reprise, en 1969 du journal « The Sun », ce journal étant l'un des plus vulgaires de la presse britannique.

⁹³³ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 200

⁹³⁴ Celle qui arrive au pouvoir après la victoire des Conservateurs au Parlement aux élections générales de 1979, avec à sa tête Margaret Thatcher qui devient donc Première Ministre.

⁹³⁵ S. BRITTAN, « The fight for freedom in Broadcasting », Political Quarterly, March 1987, 58(1)

assertion, car il semble que l'aversion de M. Thatcher envers la BBC ne réponde pas qu'à une logique économique.

Conclusion Sous-section 1 :

244. La crise, ou la recomposition, qui affecta la notion de service public, avec l'avènement du néo-libéralisme dans tous les pays d'Europe n'épargna pas le monopole audiovisuel. Cette crise prit, en France et en Italie, une ampleur d'autant plus importante que la reconnaissance de la liberté d'entreprendre dans le secteur s'accompagnait de la reconnaissance de la liberté d'expression, celle-là même qui avait été en partie niée par la domination des politiques sur le monopole. En plus de ces changements juridiques, les changements technologiques compromirent la légitimité des arguments fondés sur la rareté des fréquences. La sociologie du téléspectateur moyen était de plus en train de changer : celui-ci était bien moins enclin à accepter l'idée qu'il lui était imposé un programme sur lequel il ne pouvait pas exprimer son avis. Ces évolutions juridiques, technologiques et sociales menèrent à la libéralisation dans les deux pays latins. La genèse du phénomène de libéralisation dans les deux États est toutefois bien différente : alors qu'en France, c'est un consensus politique qui a poussé le Parlement à se saisir de la question, en Italie, face à la division des partis politiques sur le sujet et l'incapacité du Parlement à légiférer c'est la Cour constitutionnelle qui enclenchera la libéralisation du secteur. Le monopole s'éteint alors comme il était né dans les deux États : par un consensus politique en France, et par la légitimation de la Cour constitutionnelle en Italie.

Ce mouvement de libéralisation créa une crise de la notion de service public audiovisuel dans les deux pays, crise qui était, plus qu'une crise juridique, une crise idéologique et politique sur le futur sens à donner au service public audiovisuel. Il serait lors tentant de mettre encore une fois en exergue le modèle anglais, distinct du modèle des pays du Sud. Or, cette fois-ci, l'opposition ne résiste pas à la réalité empirique : le modèle anglais est lui aussi mis à mal par la logique néo-libérale qui s'abat sur l'Europe dans les années 80. Ainsi, alors que les structures britanniques de l'audiovisuel avaient connu une stabilité à partir de la libéralisation en 1953, le mouvement néo-libéral mené par Margaret Thatcher créera concomitamment à ses voisins européens une crise qui interrogeait, non pas la définition, mais l'existence même d'une chaîne

publique. Impulsé par des arguments juridiques et technologiques le processus de dérégulation sera en fait, rattrapé, dans les trois pays par la domination politique (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Un processus de libéralisation rattrapé par la politique

245. Bien que très différents, les processus à l'œuvre dans les trois États révèlent la difficulté des Hommes politiques à abandonner le contrôle sur un médium ayant un si grand impact pour la formation de l'opinion publique. En Italie, l'inertie du législateur et son incapacité à adopter une législation antitrust appropriée poussèrent à une libéralisation de fait imposée par les opérateurs privés et soutenue par le gouvernement, ce qui permit à ce dernier de reprendre le contrôle du processus (§1). En France, la loi de 1982 révèle vite ses failles face à l'utilisation politique qui en est faite par le gouvernement (§2). En Grande-Bretagne, il s'avère que la dérégulation fondée sur des arguments économiques est en fait liée à la volonté de Margaret Thatcher de fragiliser la BBC pour contrôler son orientation politique (§3).

§1 En Italie, la libéralisation de fait au niveau national

246. L'Italie est sans doute le pays dans lequel le processus de libéralisation prit l'allure la plus étonnante. L'inertie du législateur, malgré les injonctions à intervenir répétées de la Cour constitutionnelle reflète sans aucun doute les faiblesses de la démocratie italienne au début des années 80, mais plus encore, les stratégies des acteurs pour violer impunément les recommandations de la Cour en matière de pluralisme reflètent les faiblesses inquiétantes de l'État de droit italien⁹³⁶. Dans un premier temps, la technique de l'« interconnexion modale » permit aux opérateurs privés, qui étaient devenus pléthores après la libéralisation du secteur au niveau local, de diffuser au niveau national. Ceci avait pourtant été déclaré inconstitutionnel par la Cour (A). Dans un deuxième temps, malgré la constitution d'un monopole sur le réseau privé au profit de Silvio Berlusconi, la Cour déclara a posteriori la constitutionnalité du processus (B).

⁹³⁶ Pour une approche de sciences politiques sur le sujet, retraçant tout le processus de libéralisation « sauvage », V. G. MAESTRI, « Il pluralismo nel sistema radiotelevisivo Italiano », Tesi di laurea, Università degli Studi di Parma, 2008, en ligne, p. 21s

A) Utilisation illégale de l'interconnexion modale par les diffuseurs privés

L'utilisation par les stations privées locales de la technique de l' « interconnexion modale » pour diffuser nationalement (1) mena à une bataille juridico-politique impliquant les juges judiciaires, la Cour constitutionnelle, le gouvernement et le réseau Fininvest (2).

1) Définition de l' « interconnexion modale »

247. La décision n° 202 de 1976⁹³⁷, dans laquelle la Cour déclarait constitutionnelle l'ouverture au secteur privé du réseau hertzien local eut pour conséquence la constitution d'un véritable « far-west hertzien »⁹³⁸. Le secteur était particulièrement attractif du fait du fort retour sur investissement qu'il était connu pour rapporter, et les entrepreneurs investirent massivement dans les réseaux locaux, s'arrachant ainsi les fréquences disponibles. Quatre réseaux privés se détachèrent des autres, en raison de l'importance de leurs recettes publicitaires : Primarete Indipendente de Rizzoli, Italia 1 de Rusconi, Rete 4 de Mondadori et Canale 5 de Berlusconi. Ces entrepreneurs privés, les plus puissants, émettaient localement sur tout le territoire national. Malgré l'interdiction explicite de la Cour Constitutionnelle par sa décision de 1981, ils adoptèrent la solution de l'interconnexion pour contourner le monopole de la RAI au niveau national. Tous les émetteurs locaux appartenant à chaque entreprise s'accordaient pour diffuser au même moment, sur toutes les chaînes locales, un programme semblable, à l'aide de cassettes préenregistrées. Cette technique permettait en pratique à chacune de ces quatre entreprises d'obtenir une diffusion nationale, sans utiliser le réseau hertzien national⁹³⁹.

248. De tous les réseaux précités, le premier dut fermer en 1981 en raison de l'implication de

⁹³⁷ V. supra.

⁹³⁸ G. GAMALERI, *Teoria e tecniche della comunicazione di massa. Stampa, radio, televisione, new media*, Kappa, 2003, p. 192

⁹³⁹ Sur cette technique, décrite par de nombreux auteurs, voir R. ZACCARIA, « Brevi Note sull'attuazione n°10 del 1985 » in P. BARILE, P. CARETTI, R. ZACCARIA(ed), *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione: 1986- 1987*, Op cit, p. 234 ; D. SASSOON, « Political and market forces in italian broadcasting », Op cit, p. 67

son propriétaire dans le scandale P2⁹⁴⁰. Italie 1 et Rete 4 furent quant à elles rachetées entre 1982 et 1984 par le groupe Fininvest dont le propriétaire était S. Berlusconi⁹⁴¹. Celui-ci disposait désormais de trois groupes audiovisuels et il interdit de surcroît un accès libre à ses stations. Cette situation mena à un monopole privé de fait, en opposition totale avec la vision pluraliste énoncée par la Cour en 1976 et 1981. Elle fut dénoncée par de nombreux acteurs du secteur, et notamment la RAI qui pâtissait évidemment de cette concurrence illégale de l'entreprise de Berlusconi⁹⁴² et mena à une bataille juridique entre les juges judiciaires et la Cour constitutionnelle d'un côté, et le réseau Fininvest de l'autre (2).

2) Bataille juridique entre les juges judiciaires, la Cour constitutionnelle et le réseau Fininvest

249. Entre le 13 et le 16 octobre 1984, les magistrats de Turin, Rome et Pescara, saisis par la RAI et l'ANTI (*Associazione Nazionale Telereti Indipendenti*), enjoignent aux trois réseaux de Fininvest de suspendre l'interconnexion de leurs antennes relais. Ils statuèrent que l'usage de vidéos-cassettes transmises de manière homogène sur tout le territoire national violait l'article 195 du Code des Postes et Communications qui réservait la diffusion sur le réseau national au concessionnaire de service public qu'est la RAI. C'est sans compter l'aide politique que va recevoir Berlusconi de la part de ses nouveaux alliés du Parti socialiste italien. En 1983, le socialiste Craxi est nommé chef du gouvernement. Celui-ci, qui veut faire de l'exécutif un centre indépendant, souhaite réduire l'influence du Parti communiste et du Parti démocrate-chrétien. Il

⁹⁴⁰ Le scandale P2 concerne une loge déviante de l'ordre maçonnique « Propaganda Massonica 2 ». Cette loge était née en 1877 et n'avait à l'origine rien de secret : son objectif était de diffuser les valeurs maçonniques telles que la laïcité et le républicanisme. Interdite sous le fascisme, cette loge rouvrit à la libération, sur des valeurs opposées à celles de sa création : elle rassemblait alors des opposants aux principes maçonniques, communistes et démocrates-chrétiens. Livio Gelli, ancien serviteur de Mussolini, en devient le Président en 1975. En 1980, celui-ci donne un entretien au journal *Le corriere de La Serra*, et les juges commencent alors à enquêter sur cette organisation, ce qui mènera à un énorme scandale politico-judiciaire-financier, la loge étant accusée d'avoir participé à la « stratégie de la tension », qui était un complot visant à empêcher l'arrivée au pouvoir exécutif du Parti Communiste. Il est aussi accusé de malversations financières (blanchiment d'argent) et judiciaire (attentat de Bologne). Les juges découvrent ensuite une liste de noms en perquisitionnant la villa de Livio Gelli et le 26 mai 1981, le Président du Conseil italien doit démissionner du fait de la présence de son nom sur cette liste.

⁹⁴¹ G. GUAZZALOCA, *Op cit*, p. 46. Pour plus de détails sur ces rachats, voir P. MUSSO et G. PINEAU, *L'Italie et sa télévision*, INA, Champ Vallon, 1989, p. 12

⁹⁴² Pour plus de détails sur cette bataille judiciaire, voir M. TRAVAGLIO, « Berlusconi TV, Un impero nato per Decreto Craxi » in *Articolo 21*, Online.

trouve en Berlusconi un allier naturel pour réduire l'influence de ceux-ci à la télévision⁹⁴³ et va donc imposer de manière presque unilatérale la légalisation a posteriori du système mixte (B).

B) La légalisation a posteriori d'un régime « transitoire » oligopolistique

L'institutionnalisation du régime transitoire intervient d'abord par l'intervention partisane du gouvernement qui adopte un décret-loi, d'abord rejeté par le parlement et adopté quelques jours plus tard au moyen d'un vote de confiance (1). Dans un deuxième temps, la Cour constitutionnelle déclare ce régime transitoire conforme à la Constitution, malgré la constitution d'un oligopole au profit de Berlusconi (2).

1) Intervention partisane du gouvernement

250. Le 20 octobre, soit quelques jours après la suspension des diffusions de Fininvest par les juges, le gouvernement adopte un décret-loi⁹⁴⁴ n° 694⁹⁴⁵, intitulé « *Mesures urgentes en matière de transmissions radiotélévisées* ». Ce décret prévoit que jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle législation régissant le secteur de la télévision, et pendant un an à compter de l'adoption de ce décret, les émetteurs privés déjà implantés à la date du décret pouvaient continuer à émettre. Ceux-ci peuvent utiliser les liens radioélectriques entre eux et peuvent également continuer de diffuser le même programme sur les différentes chaînes locales. Ce décret revenait à légaliser la situation d'interconnexion entre les émetteurs privés locaux, et dans le même temps une situation de fait qui avait auparavant été déclarée inconstitutionnelle par la Cour.

251. La déclaration d'inconstitutionnalité n'avait pas pour fondement la violation du monopole étatique, puisque la Cour avait déclaré qu'il n'existait plus de fondement juridique propre à faire perdurer celui-ci. Elle avait pour fondement l'absence d'une législation permettant d'assurer que

⁹⁴³ G. GUAZZALOCA, Op. Cit, p. 47

⁹⁴⁴ Traduction de « decreto-legge » qui est un mécanisme prévu par l'article 77 de la Constitution italienne. Cet article prévoit, dans son deuxième paragraphe que « *Quand, dans des cas extraordinaire de nécessité et d'urgence, le gouvernement adopte, sous sa propre responsabilité, des dispositions provisoires ayant force de loi, il doit le jour même présenter ces dispositions pour conversion aux chambres, qui même si elles sont dissoutes, sont spécialement convoquées et se réunissent sous cinq jours.* ». Le troisième paragraphe prévoit que « *Les décrets sont dépourvus d'effet rétroactivement s'ils ne sont pas convertis en loi dans les soixante jours après leur publication.* »

⁹⁴⁵ D-l n° 694 du 20 octobre 1984, « *Misure urgenti in materia di trasmissione televisivi* », GU n° 290 du 20-10-1984

le principe de pluralisme externe soit respecté, c'est-à-dire qu'une législation antitrust, propre à empêcher la formation d'un oligopole soit adoptée. En l'absence de l'adoption d'une telle législation, il semblerait que le décret-loi soit inconstitutionnel. Et c'est bien ce qui pousse le parlement à rejeter ce décret-loi, par un vote du 28 novembre 1984⁹⁴⁶.

252. Le gouvernement n'abandonne pas pour autant, puisque le 6 décembre 1984, il adopte un nouveau décret-loi n° 807 intitulé « *Disposizioni urgentes en matière de transmissions audiovisuelles* »⁹⁴⁷. Pour dépasser le vote négatif des chambres, il fait passer ce texte au moyen d'un vote de confiance⁹⁴⁸, et le 4 février, le décret-loi est converti en loi par la loi n° 10. L'article 3 de ce décret reprenait mot pour mot l'article 1 du précédent décret, qui avait été rejeté par le parlement. Cette loi mettait en place une législation transitoire, qui d'un côté maintenant la légitimité du monopole étatique au niveau national, et de l'autre côté, permettait aux émetteurs privés de continuer à émettre de manière « interconnectée », et donc de contourner ce monopole étatique au niveau national. Par un décret-loi n° 223 du 1er juin 1985, adopté par le parlement le

⁹⁴⁶ Pour une explication sur le vote, voir L. DELLI COLLI, « Cade al primo ostacolo il decreto TV » *La Repubblica*, 29 novembre 1984.

⁹⁴⁷ D-l n° 807 du 6 décembre 1984 intitulé « Disposizioni urgenti in materia di trasmissioni radiotelevisive », GU n° 336 del 6-12-1984

⁹⁴⁸ Le vote de confiance n'est pas prévu par la Constitution italienne mais par l'article 116 du règlement intérieur de la Chambre des députés et l'article 161 du Sénat de la République. Ces articles permettent au gouvernement de poser un « vote de confiance » (« questione di fiducia ») sur une loi ou un amendement à une loi. En posant ce vote de confiance, le gouvernement qualifie la loi comme essentielle pour son action politique et fait dépendre de l'adoption de cette loi son maintien au pouvoir. Lorsque le gouvernement pose le vote de confiance, tous les amendements en discussion deviennent caduques et la loi doit être adoptée telle qu'elle est présentée par le Gouvernement. Au cas où le Parlement refuserait de voter la loi en discussion, le Gouvernement est considéré comme dépourvu de la confiance dont il a besoin pour gouverner en vertu de l'article 94 de la Constitution. Il doit donc présenter sa démission au Chef de l'Etat.

Pour plus d'informations, voir M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, A. Giuffrè, 1996 ; Pour une critique de ce mécanisme voir C. FERRAJOLI, « L'abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione », *Diritto pubblico*, 2008, p. 587 ; G. PICCIRILLI, « I paradossi della questione di fiducia ai tempi del maggioritario », *Quaderni costituzionali*, décembre 2008, p. 789

2 août 1985⁹⁴⁹, le gouvernement proroge le délai jusqu'à décembre 1985⁹⁵⁰. Les auteurs sont presque unanimes à dénoncer cette inertie du législateur⁹⁵¹, certains allant même jusqu'à dire que celle-ci était délibérée, dans le but d'attendre le moment où l'implantation du réseau Fininvest de Berlusconi ne pourrait plus être remise en cause⁹⁵². C'est finalement la Cour constitutionnelle qui interviendra pour légitimer le régime transitoire (2).

2) Intervention finale de la Cour constitutionnelle légitimant le régime transitoire

253. Dans sa décision n° 826 de 1988⁹⁵³, la Cour constitutionnelle doit répondre encore une fois de la constitutionnalité de la réserve étatique de la RAI au plan national, mais également de la constitutionnalité du régime « transitoire » émanant de la loi de 1985. Elle définit tout d'abord le pluralisme comme « *la possibilité concrète de choix, pour tous les citoyens, entre une multiplicité de sources d'information ; choix qui ne serait pas effectif si le public auquel est destiné les moyens de communication audiovisuelle n'était pas en condition de disposer, tant dans le secteur public que privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances à*

⁹⁴⁹ G. U n° 130 du 10-06-1985

⁹⁵⁰ Pour les conséquences de ces décrets sur le système politique et médiatique italien V. F. MARINO, « Craxi, Fininvest e Berlusconi : storia di un impero televisivo », Senza soste.it, 12 novembre 2009, en ligne <http://archivio.senzasoste.it/media-e-potere/craxi-fininvest-e-berlusconi-storia-di-un-impero-televisivo> consulté le 27 mai 2018. L'auteur écrit notamment : « *Ceci est l'histoire de l'empire télévisé berlusconien, né du signe de l'illégalité et de la protection politique de la part de celui, Craxi, qui comptait rompre le monopole démocrate-chrétien sur la culture télévisuelle en offrant un instrument stratégique à un entrepreneur privé. Cet événement, en plus de constituer un lien jamais vu entre un gouvernement et un unique entrepreneur, montre l'impréparation totale de la part des partis et du Parlement vis-à-vis de la stratégie de grande envergure du groupe Fininvest, d'un point de vue politique et culturel. Même le Parti Communiste n'avait pas compris que durant ces quelques jours était en train de se jouer un match fondamental qui projetait l'Italie vers la société des communications dans laquelle la société assurerait le rôle d'unique parti de masse et modifierait l'agir social et la culture de générations entières* ».

⁹⁵¹ Voir A. PACE, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, CEDAM, 1983, p. 334s ; P. BARILE, « Servizio pubblico ed emittenza privata » in *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione (1986-87)*, Op cit, p. 172-173, N. LIPARI, « Inerzia legislativa e prospettive di riforma del sistema radiotelevisivo » in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni (Rivista RAI-ERI)*, 1983, p. 439 ; N. LIPARI, « Nota introduttiva al commento alla legge 6 agosto 1990, n° 223 » in E. BOCCHINI, N. LIPARI(ed), *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Le nuove leggi civili commentati, Giuffrè, 1991, p. 586 ; Pour une opinion divergente V. A. PARDOLESI, « Guerra dell'etere : la difesa della cittadella (dell'emittenza di Stato) », in *Foro It*, 1981, p. 2094

⁹⁵² A.PACE, « La televisione pubblica in Italia », in *Foro it.*, 1995, p. 1242 ; A. PACE, « Verso la fine del servizio pubblico ... », Op cit.

⁹⁵³ C. cost. 14 luglio 1988, n° 826, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 3893s, , notes V. ROPPO, « Il servizio radiotelevisivo fra giudici, legislatore e sistema politico », *Giur. Cost.*, 1988, p. 3945 et BORRELLO, *Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non dichiarata)*, *Giur. cost.*, 1988, p. 3950. V. aussi P. CARETTI, « La sentenza n. 826/1988 in materia di servizi radiotelevisivi: la Corte riprende il suo dialogo con il legislatore e arricchisce il suo potenziale decisorio », in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1990, p. 3

caractère hétérogène »⁹⁵⁴ (paragraphe 11). Il s'agit bien de garantir au destinataire de l'information une pluralité de programmes pour que ce dernier puisse effectuer un choix. Cette phrase rappelle la formule utilisée par le Conseil Constitutionnel dans une décision de 1986⁹⁵⁵.

254. La Cour définit ensuite les missions du service public, qui doivent être réalisées à travers la mise en place du pluralisme interne : « *La mission spécifique du service public radiotélévisé est de donner voix, à travers une information complète, objective, impartiale et équilibrée, dans ses différentes formes d'expression, à toutes ou au plus grand nombre possible d'opinions, de tendances, de courants de pensée politique, sociaux et culturels présents dans la société, afin de faciliter la participation des citoyens au développement social et culturel du pays* »⁹⁵⁶. Cette notion de pluralisme interne a été correctement concrétisée par le législateur à travers la loi n° 101/75. Quant au pluralisme externe, il est défini par la Cour comme « *la possibilité d'entrée sur le marché d'autant d'opérateurs que ce que permettront les moyens techniques du secteur, avec une possibilité concrète pour les émetteurs privés que les sujets porteurs d'opinions diverses puissent s'exprimer sans le danger d'être marginalisés à cause de processus de concentration des moyens techniques et économiques dans les mains d'un seul ou de quelques-uns* »⁹⁵⁷.

255. La Cour note toutefois au paragraphe suivant que les orientations données par elle dans ses décisions précédentes sont restées privées de concrétisation législative. Elle note qu'au niveau local en particulier, en ce qui concerne les transmissions par voie hertzienne, le législateur n'a « *pas donné de réponse aux réclamations répétées de la Cour sur la nécessité d'adopter une*

⁹⁵⁴ Paragraphe 11 : « *Il pluralismo si manifesta nella concreta possibilità di scelta, per tutti i cittadini, tra una molteplicità di fonti informative, scelta che non sarebbe effettiva se il pubblico al quale si rivolgono i mezzi di comunicazione audiovisiva non fosse in condizione di disporre, tanto nel quadro del settore pubblico che in quello privato, di programmi che garantiscono l'espressione di tendenze aventi caratteri eterogenei.* »

⁹⁵⁵ V. CC, 18 septembre 1986, N° 86-217 DC, Infra.

⁹⁵⁶ §19 : « *Compito specifico del servizio pubblico radiotelevisivo è di dar voce-attraverso un'informazione completa, obiettiva, imparziale ed equilibrata nelle sue diverse forme di espressione - a tutte, o al maggior numero possibile di opinioni, tendenze, correnti di pensiero politiche, sociali e culturali presenti nella società, onde agevolare la partecipazione dei cittadini allo sviluppo sociale e culturale del Paese, secondo i canoni di pluralismo interno.* »

⁹⁵⁷ § 11 : « *Possibilità d'ingresso, nell'ambito dell'emittenza pubblica e di quella privata, di quante più voci consentano i mezzi tecnici, con la concreta possibilità nell'emittenza privata - perché il pluralismo esterno sia effettivo e non meramente fittizio - che i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza il pericolo di essere emarginati a causa dei processi di concentrazione delle risorse tecniche ed economiche nelle mani di uno o di pochi e senza essere menomati nella loro autonomia.* »

législation qui définit le domaine local et qui fixe les critères pour l'assignation des fréquences »⁹⁵⁸. La Cour observe en outre que la loi de 1985 est intervenue alors qu'un processus de concentration était déjà en cours. Elle remarque que le législateur a consenti à la poursuite de l'activité privée de transmissions au niveau national, sans prévoir de mesures antitrust et que de ce fait elle n'a pas respecté les indications données par la Cour dans sa décision n° 148/1981 (paragraphe 24). Mais elle souligne le fait que cette législation ne soit que transitoire, et que le législateur devrait adopter prochainement une loi encadrant le secteur⁹⁵⁹. Elle déclare que « *l'on peut alors admettre qu'une telle loi puisse trouver, dans son caractère provisoire une justification* ».

256. Cette décision de ne pas déclarer la loi de 1985 inconstitutionnelle est vivement critiquée par les auteurs⁹⁶⁰. Il est vrai que la solution retenue par la Cour semble paradoxale : celle-ci critique le non-respect par le législateur de ses prescriptions constitutionnelles⁹⁶¹, reconnaît la création d'un « oligopole », d'une « situation anormale et déséquilibrée », mais refuse de prononcer l'inconstitutionnalité de la loi sur le fondement de son caractère transitoire, alors même que celle-ci a duré trois ans de plus que ce qui était prévu.

Conclusion §1:

257. Face à l'inertie du législateur, et grâce à la collusion avouée entre le Premier ministre Craxi et l'entrepreneur Berlusconi⁹⁶², la répartition du réseau hertzien a vu se constituer un duopole entre l'émetteur de service public, et un seul grand émetteur privé, le réseau Fininvest. Si en Italie, le lien entre le droit et le fait semble avoir été « rompu » pendant cette période⁹⁶³, ce

⁹⁵⁸ La Cour fait alors référence à ses décisions précédentes n° 202/1976, n° 237/1984, 35/1986 et 35/1987.

⁹⁵⁹ « *Tuttavia e decisivo, allo stato, considerare che il recente intervento legislativo ha natura chiaramente provvisoria, perché nella sua complessiva impostazione appare proiettato verso la futura riforma del sistema radiotelevisivo, alla quale più volte fa, a vari fini, riferimento* ».

⁹⁶⁰ A. PACE, « La televisione pubblica in Italia », Foro it., 1995, V, p 246, N. LIPARI, « Nota introduttiva », Op cit.

⁹⁶¹ « *In tale situazione, il legislatore, dettando gli artt. 3 e 4 impugnati, ha consentito la prosecuzione dell'attività privata di trasmissione in ambito nazionale, senza in effetti dettare alcuna misura antitrust* ».

⁹⁶² F. CARINO note que dans les archives de Craxi, fut retrouvée à sa mort une lettre de Silvio Berlusconi : « *Cher Bettino, Merci de tout coeur pour ce que tu as fait ... J'espère que je pourrai te rendre la pareille. Encore merci, du fond du coeur. Amitiés, Ton Silvio* ».

⁹⁶³ P. CATHODON, « La législation de l'audiovisuel en France au cours des vingt dernières années : lignes de force, faux pas et question en suspens », Réseaux, 1993 n° spécial « Droit et Communication », p. 25, spéc p. 34

n'est pas le cas en France, car la loi n'a pas cessé d'encadrer effectivement les activités de communication⁹⁶⁴. Toutefois, les Hommes politiques et notamment le gouvernement ont su profiter des failles juridiques de la loi de 1982 (§2).

§2 En France, les failles juridiques de la loi de 1982

258. Même si les auteurs sont a posteriori unanimes pour considérer que la loi de 1982 constitue bien le point de départ de la libéralisation du secteur, « *la révolution copernicienne qui rendra toute la suite possible* »⁹⁶⁵, nombreux sont ceux qui soulignent les ambiguïtés de la position du gouvernement qui semble « *reprendre de l'autre ce qu'ils accordaient d'une main* »⁹⁶⁶. Le « coup de force » juridique et politique que représente l'attribution de la cinquième chaîne au partenariat entre S. Berlusconi et J. Seydoux est toutefois représentatif des faiblesses juridiques de la loi de 1982 (A), tout comme l'impuissance de la haute autorité à contrôler cette situation (B).

A) L'attribution de la première concession de service public à la Cinq, un « coup de force » juridique

Le choix de la concession de service public pour l'attribution des fréquences au secteur privé donnera une large marge de manœuvre au gouvernement sur le choix du concessionnaire (1). Pourtant face aux obstacles techniques, celui-ci n'aura d'autre choix que de réaliser un coup de force juridique en faisant adopter l'amendement Tour Eiffel, qui oblige la ville de Paris à intensifier ses fréquences (2).

⁹⁶⁴ Ibid, p. 31

⁹⁶⁵ Ibid, p. 31

⁹⁶⁶ Expression utilisée par A. GIRAUD, « L'artésienne du droit », Op cit, p. 62 pour résumer la position de la majorité des auteurs, position qu'il ne partage pas. Dans ce sens, V. J-P. SIMON, « Une banalisation de la communication. La revalorisation du droit comme problème », Réseaux, 1993, n° 59, « Droit et communication », p. 81 écrit que « *Ni la loi de 1982, pas plus que la réforme de 1974 et les lois suivantes n'échappèrent à cette contradiction [entre une volonté d'autonomisation et un souci de maintenir quand même d'une façon ou d'une autre, un contrôle politique]* ». V. aussi J-F. LACAN, « Télévisions privées - Chronique d'une émancipation avortée », Télévision, pouvoirs, n° 51, 1989.

1) Le choix de la concession de service public

259. L'article 79 de la loi de 1982 prévoyait que l'occupation du domaine public hertzien par des diffuseurs télévisés au niveau national devait faire l'objet de « contrats de concession » signés avec l'État. Ce régime diffère de celui de tous les autres services. La diffusion locale par voie hertzienne sonore et télévisuelle et la diffusion par câble au niveau local sont en vertu de l'article 17 soumises à une simple autorisation préalable délivrée par la Haute autorité de la Communication audiovisuelle (articles 17 de la loi de 1982). Les services de télématique sont soumis en principe au régime de la déclaration préalable, mais de manière provisoire, la loi prévoit qu'ils dépendent d'une autorisation préalable du gouvernement (article 77). Juridiquement, le choix de soumettre les diffuseurs nationaux à la concession de service public s'explique par l'appartenance du réseau hertzien au domaine public. Il ne peut donc être soumis à un régime d'autorisation administrative délivré par un organisme indépendant⁹⁶⁷.

260. Le choix de la « concession de service public » ne doit, comme le souligne S. Regourd, pas tromper. Les sociétés retenues n'ont aucune intention de mettre en œuvre une télévision autre que commerciale. Ce choix de la concession s'explique par le pouvoir discrétionnaire que la concession confère au gouvernement quant au choix du concessionnaire⁹⁶⁸ et répond à une logique politique : le gouvernement socialiste, craignant la défaite aux élections législatives de 1986 souhaite créer un espace médiatique télévisuel susceptible de représenter ses idées si le Parti socialiste entrait dans l'opposition⁹⁶⁹. Berlusconi, entrepreneur de talent, était positionné à gauche sur l'échiquier politique, car il était lié, comme nous l'avons vu au socialiste Craxi. Il est dès lors considéré comme la personne idéale pour créer la première chaîne de télévision privée. Le 20 novembre 1985, le gouvernement accorde à la société France 5, dont le principal actionnaire est Berlusconi, une concession de service public de 18 années. La bataille entre

⁹⁶⁷ L. VANDENBEYLAARDT, « La saga de la cinq », Université de Liège, en ligne <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/24n1/vandenbeylaardt.pdf>

⁹⁶⁸ S. REGOURD, *La télévision des Européens*, Op cit, p. 128

⁹⁶⁹ V. L. VANDENBEYLAARDT, Op cit. Ce choix intervient cependant après 4 années de blocage par le gouvernement qui refusait d'ouvrir, dans les faits, le réseau hertzien national aux opérateurs privés. Il fut soumis à des pressions, notamment par les publicitaires qui regrettaient la faible rentabilité du câble et du satellite. Le gouvernement se trouvait de plus dans une situation politique très difficile après l'échec de la loi sur la presse ainsi que sur l'école libre.

opposition et majorité se concrétisera par les tensions politiques autour de l' « amendement Tour Eiffel » (2).

2) La cristallisation des tensions politiques autour de « l'amendement Tour Eiffel »

261. La loi du 13 décembre 1985⁹⁷⁰ est adoptée pour réglementer l'institution de chaînes de télévision nationales privées, en instaurant notamment une discipline antitrust : la loi prévoit que la majorité des dispositions de la loi n° 84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse s'applique à l'audiovisuel. Elle prévoit également, dans ce qui sera appelé l' « amendement Tour Eiffel », la possibilité pour Télédiffusion de France (TDF) d'implanter des réémetteurs hertziens sur n'importe quel immeuble public ou privé (article 3 II de la loi). Cet amendement avait en fait pour but d'empêcher que la Mairie de Paris ne s'oppose par voie réglementaire à l'implantation d'émetteurs sur la Tour Eiffel permettant de diffuser La Cinq⁹⁷¹. D'autres auteurs soulignent que « *la frénésie de communication qui s'était emparée des différents acteurs - émetteurs comme récepteurs - avait rendu nécessaire l'assurance d'une meilleure couverture plus performante* »⁹⁷². mais il semble bien que ce soit les motifs politiques qui aient prévalu dans cette affaire. La loi est déferée par les Sénateurs d'opposition au Conseil constitutionnel qui devra se prononcer sur la

⁹⁷⁰ Loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985 modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle ; JORF, 14 décembre 1985, p. 14535

⁹⁷¹ V. L. VANDENBEYLAARDT : « *La Ville de Paris est en effet propriétaire à 51% de la société d'exploitation de la Tour Eiffel d'ou partent les émissions des trois chaînes publiques et de Canal Plus. Aux termes d'une convention avec cette société d'exploitation, T.D.F. est autorisé à diffuser les chaînes publiques sur les fréquences UHF. Il est également prévu que les chaînes de services publics pourront émettre en VHF (c'est le cas de Canal Plus). Mais cette convention est muette en ce qui concerne les chaînes privées en VHF. Or, toutes les antennes parisiennes sont dirigées vers les émetteurs de la Tour Eiffel. Si dès lors, une nouvelle chaîne utilisait un autre site pour émettre, les Parisiens devraient modifier leur installation de réception. En septembre 1985, T.D.F. avait entamé des négociations avec le Maire de Paris. Celui-ci était prêt à négocier à deux conditions: - que l'on réserve une bonne fréquence à la future chaîne locale parisienne ; - qu'un nouvel accord financier soit mis au point en ce qui concerne les chaînes publiques et que l'on prévoit un intéressement au chiffre d'affaires des opérateurs. Or, contrairement aux prévisions du gouvernement, il apparait qu'une seule fréquence, la fréquence 33 est immédiatement disponible sans qu'il soit nécessaire de modifier des antennes ou des émetteurs. Et c'est précisément cette fréquence que Jacques Chirac désire réserver à sa future chaîne locale. Les négociations s'éternisant sans plus grand espoir, le gouvernement pressé par le temps, (le nécessaire devait être fait pour que le Président puisse annoncer l'attribution de la concession de la Cinq lors de sa conférence le 21 novembre 1985), décida de "réquisitionner" par surprise la Tour Eiffel en faisant adopter cet amendement le 15 novembre 1985. Le vote de cet article provoqua l'explosion de l'hémicycle. L'opposition hurle au "hold-up légal" à "la nationalisation de la Tour", à "la spoliation".* »

⁹⁷² X. PHILIPPE, A. VIDAL-NAQUET, O. LE BOT « Les délibérations du Conseil constitutionnel - Année 1985 », Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, Octobre 2011, n° 33

compatibilité de cet amendement avec le droit de propriété garanti par l'article 17 DDHC.

262. Le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 décembre 1985⁹⁷³ rejette les arguments de procédure fondés sur l'hypothèse d'un cavalier législatif, mais il retient les arguments de fond. R. Lacourt, rapporteur du texte, explique clairement que l'installation d'émetteurs hertziens sur un immeuble privé ne constitue pas une dépossession, mais une servitude, qui doit constituer « *une gêne tolérable et avec laquelle on peut vivre, sous réserve d'une indemnité* »⁹⁷⁴. Cette situation pourrait toutefois entraîner une atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartenait à la loi de sauvegarder. Faute d'une réglementation suffisante sur ce point, l'article 3 II du texte est déclaré inconstitutionnel⁹⁷⁵. Cette décision obligera le gouvernement à faire adopter une nouvelle loi le 21 décembre 1985. Le contrat de concession à la Société la Cinq est, comme le prévoit la nouvelle loi, adopté par décret le 18 janvier 1986⁹⁷⁶. La nouvelle autorité de régulation du secteur, la Haute Autorité émet un avis défavorable dans un avis du 16 janvier 1986, mais elle n'a pas la compétence pour empêcher la signature du contrat. Cet épisode souligne les faiblesses de cette nouvelle autorité (B).

B) Les faiblesses juridiques de la Haute autorité

263. L'institution de la Haute autorité par la loi de 1982 avait constitué une nouveauté remarquable. Elle s'appuyait sur l'idée que la liberté de communication passe par la fin des liens entre le pouvoir exécutif et la télévision publique et suivant les recommandations du rapport Moinot, elle permettait de distinguer « *la responsabilité de l'État et [la] tutelle du pouvoir*

⁹⁷³ CC, 13 décembre 1985 n° 85-198 DC, AJDA, 1986 p. 171

⁹⁷⁴ Pour plus de détails sur cet épisode, voir L. VANDENBEYLAARDT, « La saga de la cinq », Université de Liège, en ligne <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/24n1/vandenbeylaardt.pdf> ; et X. PHILIPPE, A. VIDAL-NAQUET, O. LE BOT, Ibid.

⁹⁷⁵ CC, 13 décembre 1985, Op cit, Considérant 12 « *Qu'en tout état de cause, il devait poser la règle que la servitude doit être établie non par l'établissement public mais par une autorité de l'Etat et prévoir le principe d'une procédure destinée à permettre aux intéressés d'une part d'être informés des motifs rendant nécessaire l'établissement de la servitude, d'autre part, de faire connaître leurs observations; que faute d'avoir prévu une procédure d'information et de réclamation assortie de délais raisonnables, les dispositions de l'article 3-II relatives à l'institution de la servitude doivent être déclarées inconstitutionnelles* »

⁹⁷⁶ Décret n° 86-84 portant approbation du traité de concession et du cahier des charges de la 5ème chaîne, JORF du 19 janvier 1986, p. 958

exécutif »⁹⁷⁷. La haute autorité prend la forme juridique d'une autorité administrative indépendante. Cette forme juridique est dans les années 80, assez novatrice, même si d'autres autorités de ce type ont déjà été créées qui devaient permettre de protéger des libertés publiques dont seul l'Etat peut assurer la protection, tout en les mettant à l'écart du pouvoir exécutif⁹⁷⁸. La Haute Autorité est « *la clé de voûte du nouvel édifice audiovisuel* »⁹⁷⁹, puisque c'est elle qui doit permettre d'assurer la liberté effective de communication. Elle doit superviser la gestion du service public de radiotélévision⁹⁸⁰ et a désormais le pouvoir de nommer les présidents des organismes concernés, notamment dans les trois sociétés nationales de programmes, pour lesquelles elle nomme le président ainsi que le tiers des administrateurs.

264. Si la rupture des liens entre pouvoir exécutif et télévision publique semble être une avancée, les auteurs remettent en cause les conditions de nomination des membres de la Haute Autorité, ainsi que le contrôle persistant du gouvernement sur certaines activités de la télévision. La composition de la haute autorité est calquée sur celle du Conseil constitutionnel : trois membres sont désignés par le président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. Les auteurs soulignent donc sa politisation, car du fait de la convergence entre Président de la République et Assemblée nationale, le pouvoir en place aura forcément la majorité dans la nomination des membres. Par ailleurs, les compétences de la nouvelle autorité sont limitées. Elle n'a aucun pouvoir dans la délivrance des concessions de service public, et beaucoup de ses compétences concernent l'adoption de recommandations, qui n'emportent pas d'obligations pour les sociétés nationales de programme et les concessionnaires. La politisation et la faiblesse de cette nouvelle autorité font partie des motifs juridiques qui pousseront le législateur à intervenir de nouveau dès 1986.

Conclusion §2 :

265. Le processus français s'inscrit en totale opposition vis-à-vis du processus italien,

⁹⁷⁷ J. CHEVALLIER, Op cit, p. 566

⁹⁷⁸ Ibid, p. 566. C'est notamment le cas de la CNIL, créée par la n° 78-17 du 6 janvier 1978.

⁹⁷⁹ Ibid, p. 568

⁹⁸⁰ L'article 14 de la loi prévoit que la haute autorité veille, par ses recommandations aux principes essentiels du service public audiovisuel.

puisque'il a été entièrement planifié et contrôlé par le pouvoir législatif, emmené bien évidemment par le gouvernement. Toutefois, en France tout comme en Italie, les femmes et hommes politiques même au cœur du processus de libéralisation devant permettre l'avènement de la liberté de communication, tentent d'intervenir pour ne pas laisser le secteur leur échapper. Contrairement à la situation italienne, le droit encadre en France, même au cœur du processus de dérégulation, toujours l'activité audiovisuelle de façon à éviter une trop grande politisation du processus de libéralisation. L'exposition précise des faits historiques permet de mettre en exergue un paradoxe, mais aussi de l'expliquer : en Italie, la Cour constitutionnelle impose des principes juridiques que les acteurs politiques doivent mettre en œuvre, alors qu'en France, les Hommes politiques, en l'absence d'intervention du Conseil constitutionnel, ont toujours le sort de l'audiovisuel entre leurs mains. C'est ce qui poussera les acteurs politiques italiens à trouver des stratégies, très grossières, de détournement du droit, alors que les Hommes politiques français peuvent encore faire en sorte d'utiliser les règles de droit à leur profit. Ceci doit nous pousser à minimiser la révolution copernicienne que représente la libéralisation pour l'avènement de la liberté de communication. Ce paradoxe est également très présent au Royaume-Uni : les arguments de nature économique et idéologique cachent très mal la volonté de Margaret Thatcher de s'attaquer à la BBC pour des raisons politiques (§3).

§3 L'indépendance menacée de la BBC

266. La menace concernant l'indépendance de la BBC prend deux formes durant le mandat de Mme Thatcher. Tout d'abord, les controverses politiques entre l'institution et le gouvernement mènent à la remise en cause de certaines coutumes constitutionnelles qui avaient été formulées pendant l'ère restreinte et résumée par Robson dans un article précité⁹⁸¹ (A). Elle prend également une forme plus directe : la nomination de Chairman du Board of Governors favorables à la politique de M.Thatcher remet en cause des coutumes qui jusqu'à présent avaient permis d'assurer la neutralité de ces nominations (B).

⁹⁸¹ W. A. ROBSON, « The BBC as an institution », Op cit.

A) Les controverses politiques entre M. Thatcher et la BBC

Margaret Thatcher n'avait pas caché son aversion profonde envers la BBC, accusée de lui être politiquement défavorable (1). Cette opposition se cristallisera sur des questions politiques importantes pour le Royaume-Uni, les Malouines et la crise irlandaise (2).

1) L'aversion de Margaret Thatcher envers la BBC

267. Comme l'expliquent très bien J. Seaton et J. Curran, les hommes et femmes politiques sont devenus au cours de la deuxième partie du XXème, très dépendant des médias et de la télévision en particulier. De nouvelles considérations sont apparues, comme la gestion des médias, ou les calculs politiques sur la façon dont réagiront les médias face à une prise de position politique. « *En un sens, écrivent-ils, utiliser⁹⁸² les médias, c'est faire de la politique* ». En réalité, plus qu'idéologique, le problème était personnel et politique pour Margaret Thatcher : « *M. Thatcher, écrivent J. Curran et J. Seaton, n'a jamais regardé beaucoup la télévision, sauf quand elle passait elle-même à la télévision. Mais son mari, lui, la regardait beaucoup, et il est de notoriété publique qu'il lui faisait des résumés quotidiens de l'iniquité du média à son rencontre* »⁹⁸³. La Première ministre était exaspérée par le traitement médiatique que lui réservait la BBC, de même que par le traitement médiatique des questions de société avec lesquelles elle était en profond désaccord.

268. Le problème était plus important qu'une simple animosité personnelle et devint éminemment politique dès l'instant où M. Thatcher se lança dans une campagne de dénonciation de la BBC qui visait à sa suppression pure et simple. J. Curran et J. Seaton mettent en exergue cette situation par rapport aux paradoxes intrinsèques du néo-libéralisme dont elle se faisait le fer de lance : « *Déréguler a souvent eu un effet ironique : une politique qui est censée faire en sorte que le gouvernement ne soit plus sur le dos des gens⁹⁸⁴ a souvent conduit, en réalité à une*

⁹⁸² Traduction de l'expression « nobbling » utilisée par les auteurs qui peut être traduit dans un langage familier par « graisser la patte ».

⁹⁸³ J.CURRAN, J.SEATON, Op cit, p. 201

⁹⁸⁴ Traduction libre de « *get government off people's back* »

politique très centraliste. Régulièrement, des mesures de dérégulation en réalité farouchement dirigistes deviennent des instruments pour délégitimer, éradiquer et rejeter toute institution ou organisation qui avait une vision alternative »⁹⁸⁵. L'histoire de la BBC dans les années 80's est donc celle d'un paradoxe⁹⁸⁶. Face à un gouvernement néo-libéral, pour qui « *there is no such thing as society* », la BBC dut se battre pour la première fois pour sauvegarder son indépendance politique.

269. Le gouvernement dénonça de manière générale et répétée le parti-pris gauchiste de la chaîne, qui fut accusée de colporter des informations erronées. Les journalistes, présentateurs, les directeurs de rédaction devinrent des cibles faciles. « *Si la télévision utilise continuellement sa liberté pour montrer tout ce qu'il y a de pire dans notre société*, écrivait le biographe de M. Thatcher, *comment la personne lambda sera-t-elle en mesure de se faire une idée ?* »⁹⁸⁷. Selon J. Curran et J. Seaton, « *Mme Thatcher donnait l'impression que les radios et les télévisions existaient pour soutenir sa vision. Comme elle avait été élue et que ceux-ci ne l'avaient pas été, ses opinions étaient légitimes, celles des autres ne l'étaient pas. L'impartialité était donc vue - même pour des questions aussi insolubles et complexes que celle de l'Irlande du Nord - comme cachant une déloyauté mesquine* »⁹⁸⁸. La tension entre la BBC et M.Thatcher se cristallisa sur les problèmes politiques auxquels M.Thatcher dut faire face pendant son mandat : la guerre des Malouines et la question de l'Irlande du Nord (2).

2) La cristallisation sur les Malouines et l'Irlande du Nord

270. Ces deux questions envenimèrent les tensions entre la BBC et le gouvernement et cela renforça la volonté de M. Thatcher de réformer l'institution. En ce qui concerne la guerre des Malouines, M. Thatcher considérait le fait que la BBC parle des « troupes britanniques » plutôt que de « nos troupes » comme une trahison. Elle fut outrée par la question d'un auditeur, qu'elle

⁹⁸⁵ J.CURRAN et J.SEATON, Op cit, p. 199

⁹⁸⁶ Notons que le « paradoxe » est peut-être le terme qui permet de qualifier le mieux l'histoire de la télévision dans tous les pays étudiés.

⁹⁸⁷ M. THATCHER, Speech to the Parliamentary, Press Gallery, 11 juillet 1981

⁹⁸⁸ J. CURRAN, J. SEATON, Op cit, p. 203

considéra comme « écrite par la rédaction », concernant sa conduite de la guerre, et notamment l'attaque du Navire le Belgrano qui fut coulé par l'armée britannique⁹⁸⁹. Le problème était encore plus grave avec l'Irlande du Nord. J. Seaton et J. Curran parlent d'une bataille concernant des droits constitutionnels non écrits, que l'on pourrait qualifier de coutumes constitutionnelles, qui avaient été développées pendant l'ère reithienne⁹⁹⁰. Lorsque son ami député Airey Neave fut assassiné par l'INLA (Irish National Liberation Army), et que la BBC diffusa une interview des chefs du groupe se félicitant de l'opération, M. Thatcher le vit comme un soutien à ceux-ci. La BBC considérait que son obligation d'informer l'autorisait à donner la parole à des membres de l'IRA et des protestants extrémistes. Le gouvernement clamait au contraire son droit à exclure de la BBC certaines positions qu'elle considérait comme extrémistes. « *La publicité est l'oxygène du terrorisme* » dira à ce sujet M. Thatcher en 1985.

271. La controverse concernant les coutumes constitutionnelles eut lieu peu après cette déclaration, et avant la transmission d'une série d'émissions « Real lives » qui montraient la vie de tous les jours des membres de familles protestantes et du groupe extrémiste Sinn Fein. Le ministre de l'Intérieur Léon Brittan déclara que la diffusion de ce programme serait contraire à l'intérêt national, et il écrivit au « Chairman » du Board of Governors Stuart Young (le frère d'un ministre du gouvernement) en lui demandant de ne pas diffuser ce programme. Contre l'avis du comité exécutif de la BBC, qui agissait en lieu et place du Directeur général, responsable de la programmation, qui était en vacances, le Board of Governors se réunit pour visionner le programme et décida qu'il ne pouvait pas être diffusé. Ce fut interprété comme une censure par les Membres et journalistes de la BBC, ce qui provoqua une grève de protestation. Le directeur général déclara à la presse que le Board of Governors « était à la BBC ce que l'iceberg était au Titanic »⁹⁹¹. Le programme fut ensuite diffusé, avec quelques ajustements, mais les règles de diffusion changèrent : des règles coutumières existaient déjà concernant la diffusion de programmes sensibles se référant à l'intérêt national, mais ces règles étaient limitées, comme

⁹⁸⁹ V. ADAMS, *The Media and the Falklands Campaign*, Macmillan, 1986

⁹⁹⁰ V. Chapitre 1, Partie 2 de cette thèse.

⁹⁹¹ ⁹⁹¹ Cette épisode est relaté sur le site de la BBC : <http://www.bbc.co.uk/historyofthebbc/research/culture/bbc-and-gov/real-lives>

nous l'avons vu dans le chapitre 1, aux informations et aux affaires courantes. Ces règles s'appliqueraient désormais à l'ensemble des programmes.

272. Par ailleurs, en 1988, après d'intenses épisodes de violences entre l'armée britannique et l'IRA en Irlande du Nord, le ministère de l'Intérieur annonça un « Broadcasting Ban », possibilité qui avait été prévue par la section 29(3) du Broadcasting Act de 1981, ainsi que par la section 12(3) de l'agrément de la BBC. Ce « broadcasting Ban » consistait en ce que les voix des terroristes intervenant à la télévision ne pouvaient pas être entendues, des acteurs devant lire leurs paroles⁹⁹², ce que les chaînes de télévision considérèrent comme une humiliation⁹⁹³. Cela mena également à une autocensure de la part de la BBC comme le dira Eddie Mirzeoff, un producteur de la BBC : « *The cost was always in programmes we didn't make, ideas we dare not have* ». Certains journaux conservateurs, tels que le Sun, The times, ou le Sunday Times soutenaient la guerre de M.Thatcher contre la BBC. Le Sun, que possédait son grand ami Murdoch, écrira à ce propos : « Auntie must go »⁹⁹⁴. En plus de critiquer ouvertement la BBC, M. Thatcher tentera, à rebours des coutumes constitutionnelles en vigueur jusqu'alors, de prendre le contrôle de la BBC à travers des nominations politiques (B).

B) La tentative de contrôle de la BBC à travers des nominations politiques

273. Le gouvernement ne fit pas qu'exprimer son mécontentement vis-à-vis de la BBC. Pour s'assurer de la loyauté de la chaîne publique à son égard, Margaret Thatcher mit en place une politique de contrôle sur la nomination des membres du Board of Governors. Hugo Young, dans sa biographie sur Margaret Thatcher cite un collègue : « *Margaret demandait habituellement, avant d'approuver une nomination : « Est-il l'un des nôtres ? »*⁹⁹⁵. C'était la première fois dans l'histoire de la BBC que les nominations se firent d'une façon ostensiblement politique⁹⁹⁶. Le

⁹⁹² J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 203

⁹⁹³ Ibid.

⁹⁹⁴ « Auntie » est le surnom donné à la BBC, faisant référence positivement à la place de celle-ci dans la vie de la Nation, mais aussi à l'intérieur des familles.

⁹⁹⁵H. YOUNG, *One of us : Life of Margaret Thatcher*, 1989

⁹⁹⁶ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 206

premier président du « Board of Governors » nommé sous l'ère Thatcher était le frère d'un ministre du gouvernement, Stuart Young. Puis fut nommé Marmaduck Hussey, qui n'avait aucune compétence en matière d'audiovisuel, mais dont le plus grand intérêt était qu'il avait travaillé avec Murdoch et qu'il serait donc a priori insusceptible de lui porter préjudice⁹⁹⁷. Lord Hussey, selon les mots de Curran et Seaton « *traitait la BBC comme s'il la possédait* ». Il licencia brutalement un directeur général, poussa un autre à la démission puis finit par nommer le troisième sans considérer les autres candidatures.

274. En 1994, il fut demandé au Comité Nolan « on standards in public Life », à peine constitué, d'instruire une enquête sur la façon dont les nominations avaient été effectuées. Le comité arriva à la conclusion qu'il existait des preuves de parti-pris politiques dans la façon dont les présidents avaient été nommés⁹⁹⁸. Le président et le Board of Governors, qui étaient désormais acquis à la cause du gouvernement, étendirent leur pouvoir à un domaine incroyablement large. Cette période fut très difficile pour la BBC, puisque le board rejetait tout ce qu'avait fait la corporation auparavant. L'autre ligne d'attaque du Parti conservateur contre la BBC concernait la redevance. Dans les années 1980, les coûts de l'infrastructure audiovisuelle augmentaient plus vite que l'inflation. Le gouvernement imposa donc des coupes importantes à la Corporation, simplement en ne relevant pas la redevance. Selon beaucoup d'observateurs, le fait que la BBC puisse disparaître était désormais une éventualité assez probable.

Conclusion §2 :

275. Pour la première fois depuis sa naissance, l'indépendance de la BBC vis-à-vis du gouvernement est menacée : les coutumes constitutionnelles mises en place en 1924 ne suffisent pas à assurer son indépendance vis-à-vis d'un gouvernement néo-libéral, qui souhaite « mettre au pas » les journalistes et les dirigeants de l'institution. On ne peut que souligner le caractère paradoxal de la situation : alors que le néo-libéralisme vise à réduire l'intervention de l'État dans l'économie, sur des fondements idéologiques touchant à l'inefficience du secteur public du fait

⁹⁹⁷ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 203

⁹⁹⁸ Nolan Report on Standards in Public life, Cmnd 2850, 1995, 1 §70 : « *Individuals who are conservative party supporters or whose companies donate to the conservative party are more likely to be found on appointed boards, that those who support labour or the liberal democrats* ».

de sa politisation, le gouvernement néo-libéral de M. Thatcher est le premier à tenter d'intervenir directement sur le contenu des programmes diffusés par la BBC. Cet épisode illustre encore une fois la reconnaissance par les gouvernants de l'importance du secteur de la télévision dans la bataille idéologique et politique, ce qui explique leur volonté d'instrumentaliser le médium.

Conclusion Sous-section 2 :

276. La description objective du phénomène historique de dérégulation dans les trois États étudiés conduit à relativiser certains discours dogmatiques sur le droit, notamment l'idée que la fin du monopole entraînerait, en Italie et en France, une émancipation vis-à-vis du pouvoir politique. Au Royaume-Uni, la BBC qui avait toujours maintenu une indépendance vis-à-vis du pouvoir politique doit faire face, pour la première fois de son histoire à des pressions inconsidérées de la part de celui-ci, ce qui permet également de remettre en cause l'idée que la dérégulation entraîne forcément une moindre intervention de l'État et plus de liberté. L'exemple italien, avec l'avènement de Berlusconi adoubé par le parti socialiste de Craxi, et l'exemple anglais avec la proximité de Murdoch avec M. Thatcher nous montrent que l'influence politique demeure, dans un système libéralisé, voire dérégulé, à travers les entrepreneurs. Les phénomènes de pouvoir deviennent plus complexes : ils s'entremêlent avec les intérêts commerciaux et économiques, sans que l'on sache vraiment lesquels précèdent les autres. Les Hommes politiques, qui restent les maîtres du jeu en matière de dérégulation, ont en effet la possibilité de favoriser certains entrepreneurs privés sur d'autres, et ceux-ci s'engagent en échange à traiter l'information d'une manière favorable aux Hommes politiques les ayant aidés économiquement. P. Musso et G. Pineau écrivirent en 1989 ainsi que « *c'est devenu un lieu commun de dire que la fortune de Berlusconi dérive surtout de ses liens avec les politiques, socialistes en premier lieu* »⁹⁹⁹. De ce processus résulte un paysage audiovisuel bouleversé (Sous-section 3).

⁹⁹⁹ G. PINEAU, P. MUSSO, *Le partage de la botte. Sur l'Italie et sa télévision*, INA, Champvallon, 1990

Sous-section 3 : Les conséquences de ce processus : un paysage audiovisuel bouleversé

277. Le processus de dérégulation qu'ont connu les trois Etats a été violent. S'il n'a pas remis en cause l'existence des chaînes publiques de télévision, contrairement à beaucoup d'autres secteurs, celles-ci doivent retrouver une raison d'être. Dans les trois pays, une loi intervient pour définir les contours de l'audiovisuel dans ce nouveau contexte libéralisé. En France, c'est l'importante loi du 30 décembre 1986 qui est toujours en vigueur aujourd'hui (§1). En Italie, c'est la loi Mammi du 6 août 1990 qui entérine législativement l'avènement, de fait, du système mixte (§2). Au Royaume-Uni, le Broadcasting Act 1990 viendra bouleverser le duopole jusqu'alors en vigueur (§3).

§1 La loi du 30 septembre 1986, à l'origine de l'état actuel du paysage télévisuel français

Si la loi de 1986 entérine la libéralisation du secteur en autorisant la vente d'une société nationale de programme (A), le Conseil Constitutionnel fait du pluralisme un objectif de valeur constitutionnelle (B) permettant d'infléchir l'équilibre proposé par le législateur.

A) La libéralisation du secteur entérinée

La libéralisation du secteur en opposition à la logique de service public passe par la privatisation de la principale chaîne de service public, TF1 (1), ainsi que par la re-qualification des concessions de service public en « autorisation d'émettre » (2).

1) La privatisation de TF1

278. La loi Létard est à l'origine de l'état actuel de la communication audiovisuelle en France¹⁰⁰⁰. Le principe de liberté de communication établie par la loi de 1982 est réaffirmé dès le titre de la loi. Sa concrétisation se retrouve dans la confirmation de l'abandon du monopole

¹⁰⁰⁰ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dite « Loi Létard », JORF du 1er octobre 1986 p. 11755

d'État de la radio-télévision, et la cession par l'État, prévue à l'article article 58, de la chaîne publique TF1 en opérant une cession de 50 % de son capital à des acquéreurs choisis après une procédure d'appel aux candidatures, de 10 % aux salariés de la chaîne et des 40 % restants sous la forme d'un appel public à l'épargne : c'est la privatisation de la première chaîne.

Comme le souligne S. Regourd, la vente de TF1 constitue la particularité du processus français de libéralisation¹⁰⁰¹. Dans tous les autres pays, l'ouverture du secteur aux entrepreneurs privés s'est réalisée par l'ouverture de nouvelles chaînes, en complément des chaînes publiques. C'est cette logique qui avait été choisie par le gouvernement socialiste avec la création de la Cinq. S. Regourd relève alors, non sans ironie, la « *singulière contradiction des libéraux français au pouvoir qui, croyant si peu aux vertus d'autorégulation du marché, ont décidé, au nom de l'Etat, la vente de TF1, la première chaîne de service public. Première chaîne en termes d'audience et de parts de marché publicitaire. Ils s'en sont donc remis à une loi pour façonner le marché* »¹⁰⁰².

En tout état de cause, le symbole est fort puisque l'ouverture au secteur privé et l'opposition public/privé qui en découle se manifestent par la suppression d'une partie du service public. Un des apports notables de cette loi est d'ailleurs la transformation du procédé de « concession de service public » en celui d'autorisation d'émettre, supprimant ainsi la référence au service public (2).

2) La fin du régime de concession de service public pour les opérateurs privés

279. Le régime de concession de service public qui avait été vivement critiqué par la droite lorsqu'elle était dans l'opposition est remplacé, dans cette loi, par le régime de l'autorisation, d'une durée de dix ans et non plus de dix-huit ans. S'en suit une bataille judiciaire entre le groupe Berlusconi/Seydoux et le gouvernement en place. Par le décret du 30 juillet 1986¹⁰⁰³, le gouvernement de Jacques Chirac avait en effet décidé de réattribuer cette chaîne avant la fin de sa concession, en se basant sur le fait qu'il n'y avait pas eu d'appel d'offres. Ce décret est annulé

¹⁰⁰¹ L'auteur utilise le terme « dérégulation » mais nous lui préférons « libéralisation » car il ne s'agit là que du processus d'ouverture aux personnes privées, signant la fin du monopole.

¹⁰⁰² S. REGOURD, *La télévision des Européens*, Op cit, p. 128-129

¹⁰⁰³ Décret n°86-901 du 30 juillet 1986 portant résiliation du traité de concession conclu avec la société TV6, JORF, 2 août 1986 p. 9538

par le Conseil d'État le 2 février 1987¹⁰⁰⁴, car le ministre n'a pas respecté l'échéance légale de la concession d'un an. Le 2 février 1987, sur le fondement de la nouvelle loi, un nouveau décret est adopté qui résilie le contrat de concession de la cinquième chaîne et ouvre l'appel à candidatures pour la réattribution du réseau. La Commission nationale de la Communication et des Libertés (CNCL), qui a remplacé la Haute Autorité de la communication audiovisuelle depuis le 30 septembre 1986, avait fixé le 15 janvier 1987 les obligations générales et particulières des « télévisions hertziennes nationales privées en clair » par les décisions no 87-1 et 87-2. La libéralisation du secteur entraîne la quasi-disparition de la notion de service public audiovisuel (B).

B) La suppression de la notion de service public entérinée par le Conseil Constitutionnel

280. Alors que dans la loi de 1982, le service public devait concourir à la mise en œuvre de la liberté de communication, dans la loi de 1986, le service public est envisagé seulement comme une limitation à cette liberté. Le terme de service public disparaît d'ailleurs presque entièrement du texte de loi (1) et cette absence est entérinée par la décision du Conseil constitutionnel (2).

1) L'absence notable de la notion de service public

281. Le service public ne constitue plus une pierre angulaire de la loi, contrairement à ce qui prévalait sous le statut de 1982. Cette loi se contente en effet d'employer le terme de « secteur public » pour désigner les entreprises dont le capital est public. Elle n'établit donc pas de lien direct entre les missions de service public et le secteur public.

L'article 3 de la loi, qui instaure une commission nationale de la communication et des libertés prévoit que la commission veille à assurer l'égalité de traitement, à favoriser la libre concurrence et l'expression pluraliste des courants d'opinion. Comme le souligne Emmanuel Derieux¹⁰⁰⁵, on retrouve ici la référence aux obligations de service public telles qu'elles étaient

¹⁰⁰⁴ CE Ass, 2 février 1987, n° 81131, Rec Lebon.

¹⁰⁰⁵ E. DERIEUX, « Le nouveau statut de la communication », RDP, 1987, p. 338

définies jusqu'à la loi de 1982, mais ces obligations s'appliquent désormais au secteur privé comme au secteur public. Certains auteurs, tels que Jacques Chevallier¹⁰⁰⁶, indiquent que l'absence de référence directe au service public pourrait résulter du fait que la majorité de droite considère que la liberté de communication, reconnue pleinement pour la première fois dans la loi de 1986, serait incompatible avec le service public de l'audiovisuel, l'information ne serait plus un service public en soi, mais une liberté, ce qui se retrouve effectivement dans les débats avant l'adoption du texte de loi¹⁰⁰⁷. Des députés et sénateurs de l'opposition ont effectué un recours devant le Conseil Constitutionnel pour s'opposer à cette vision qui dénaturait, selon eux, le service public audiovisuel (2).

2) La décision du Conseil constitutionnel¹⁰⁰⁸

282. Les auteurs du recours arguaient que la télévision par voie hertzienne constituerait un service public par nature et que les « exigences d'intérêt général » inhérentes à ce mode de communication ne pourraient être satisfaites que dans le cadre de la concession de service public¹⁰⁰⁹. Leur conception a été nettement récusée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 18 septembre 1986, lequel retient que *« ce mode de communication ne constitue pas une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle, et que par suite il est loisible au législateur de soumettre le secteur privé de la communication audiovisuelle à un régime d'autorisation administrative. Le législateur n'est pas tenu de soumettre l'ensemble de la télévision par voie hertzienne au régime juridique applicable*

¹⁰⁰⁶ J. CHEVALLIER, « Le nouveau statut de la liberté de communication », AJDA, 1987, p. 62

¹⁰⁰⁷ Pour une analyse des débats au Parlement, voir Chapitre 3.

¹⁰⁰⁸ CC, 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, N° 86-217 DC, note L. FAVOREU, RDP, 1989, p. 399 ; P. WACHSMANN, AJDA, 1987, n° SN ; R. ETIEN, « Le pluralisme : objectif de valeur constitutionnelle », Revue administrative, 1986, n°233, p. 458 ; note B. GENEVOIS, Annuaire international de justice constitutionnelle, 1986, p. 430-436 et p. 442-443

¹⁰⁰⁹ Ibid, Considérant 6 : *« Considérant que, selon les auteurs de la saisine, la rareté des fréquences hertziennes jointe au fait que le développement de la télévision par voie hertzienne intéresse au plus haut point l'exercice des libertés publiques, fait que l'espace hertzien appartient au domaine public et que ce mode de communication constitue un service public par nature, qui répond à des exigences constitutionnelles ; qu'ils en déduisent que les articles 25, 27, 28, 30 et 31 de la loi, qui permettent la création de chaînes de télévision par voie hertzienne dans le cadre d'un régime d'autorisation administrative, exclusif de l'application des règles du service public, sont, pour ce seul motif, contraires à la Constitution ; qu'il est soutenu également que les exigences d'intérêt général ne pouvaient être satisfaites que dans le cadre de la concession de service public ».*

*aux services publics ni d'adopter un régime de concession »*¹⁰¹⁰.

283. Cependant, le Conseil infléchit l'équilibre qui avait été proposé par le gouvernement, notamment dans son considérant 11, en s'appuyant sur le pluralisme des courants d'expression, « *objectif de valeur constitutionnelle* ». Ce pluralisme ne pourra être atteint que si « *le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle est à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information* »¹⁰¹¹. Contrairement à ce que soutenait le gouvernement¹⁰¹², l'assemblée des sages affirme que ce sont les « *auditeurs et les téléspectateurs* » qui sont les destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la DDHC et que « *ceux-ci doivent être à même de réaliser leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché* »¹⁰¹³.

284. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel n'a pas pris parti sur le défaut de qualification en termes de service public des chaînes du secteur public. La réalisation du pluralisme n'implique donc pas nécessairement la médiation du service public : elle peut être garantie aussi bien par des dispositifs d'encadrement de l'initiative privée¹⁰¹⁴. N. Foulquier et F. Rolin soulignent le singulier paradoxe des liens entre Constitution et service public : « *Durant la période de prééminence doctrinale et administrative du service public, il n'existait pas de juridiction constitutionnelle qui puisse en consacrer l'existence et le statut. En revanche, à partir du moment où cette juridiction constitutionnelle a connu son plein développement, l'aura du service public a pâli et c'est en définitive tout en niant le service public que le juge constitutionnel consacrer son statut* »¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁰ Ibid, Considérant 9.

¹⁰¹¹ Ibid, Considérant 11.

¹⁰¹² J. CHEVALLIER, Op cit, p. 62s

¹⁰¹³ Considérant 11.

¹⁰¹⁴ Pour une analyse de la décision du Conseil, voir Titre 2, Chapitre 2, Section 1 et Titre 3, Chapitre 2.

¹⁰¹⁵ N. FOULQUIER, F. ROLIN, Op cit, p. 414

Conclusion §1 :

285. En France, le processus de libéralisation du secteur laisse planer beaucoup d'incertitudes sur l'aménagement de celui-ci après la libéralisation. C'est en effet le seul pays dans lequel l'expression de « service public » n'est plus utilisée au sortir du processus, malgré la valorisation et la « mythification » de la notion de service public en droit et dans la société française. En Italie, la loi Mammi, qui viendra finalement réglementer le secteur en 1990, ne fera que légaliser une situation de fait qui avait pourtant été déclarée inconstitutionnelle par le juge¹⁰¹⁶, sans pour autant remettre en cause la notion de service public (§2).

§2 La loi Mammi, ou l'institutionnalisation législative du système mixte

286. La loi n° 223 « Réglementation du système mixte public/privé » est publiée au journal officiel le 6 août 1990¹⁰¹⁷. Cette loi a pour but de répondre aux nombreuses sollicitations de la Cour Constitutionnelle concernant la réglementation du système mixte qui s'est constitué de fait à partir de 1976. La Cour constitutionnelle réclamait en effet l'instauration d'une législation antitrust, qui devait empêcher la formation d'oligopole dans le secteur privé pour assurer le pluralisme externe et donc la liberté d'information des citoyens. La loi Mammi supprime tout d'abord la réserve étatique de l'émission radiotélévisuelle. L'article 1 de loi 223 dispose que « *le système radiotélévisuel se réalise avec le concours des personnes publiques et privées* ». Elle dispose ensuite dans son article 2 que « *la radiodiffusion des programmes radiophoniques et télévisuels est assurée par le service public audiovisuel ou bien peut être confiée par la voie d'une concession aux sujets dont il est question à l'article 18* ».

287. Comme le souligne E. Bocchini¹⁰¹⁸, cette suppression de la réserve étatique est en accord avec la pensée de la Cour, selon laquelle cette réserve était destinée à être supprimée lorsqu'une loi étatique permettrait de protéger le pluralisme. Mais l'auteur souligne un paradoxe : la réserve

¹⁰¹⁶ N. LIPARI, « Nota introduttiva (...) », in E. BOCCHINI, N. LIPARI, *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato, Le nuove leggi civili commentati*, Op cit, p. 589

¹⁰¹⁷ Legge 6 agosto 1990, n. 223, « Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato », supplemento ordinario alla G.U. n. 185 serie generale parte prima del 9/8/1990 supplemento 53 del 9/8/1990.

¹⁰¹⁸E. BOCCHINI, « Articolo 2 », in, E. BOCCHINI, N. LIPARI, *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Op cit, p. 597

étatique est destinée à disparaître, car elle n'a plus de raison d'être, non parce que le législateur a effectivement adopté une législation susceptible d'empêcher la constitution d'un oligopole, mais parce le danger de la constitution d'un oligopole est devenu réalité en Italie¹⁰¹⁹. De fait, puisque la raison d'être de la réserve étatique, celle d'empêcher la constitution d'un oligopole, s'est évanouie, les restrictions aux principes prévus aux articles 21 et 41 ne sont plus légitimes. En accord avec les préconisations de la Cour, un des points clés de la loi Mammi est toutefois l'introduction d'une « discipline anti-trust ». La majorité des auteurs relèvent que dans la mise en œuvre de cette législation « antitrust », le législateur se limitera en réalité à « photographier » l'existence du système déjà en place.

288. L'article 15 paragraphe 4 de la loi prévoit que le nombre principal de chaînes qu'un même sujet pouvait détenir à trois, c'est-à-dire exactement le nombre de chaînes détenues par le réseau Fininvest. L'article 16 de la loi, intitulé « Interdiction des Positions dominantes dans le domaine des communications de masse » prévoit certaines limitations au cumul des activités de presse écrite avec celles de concessionnaire. L'article 21 paragraphe 5 de la loi prévoit qu'il ne sera pas possible d'accorder plus de 25 % du nombre de chaînes nationales prévues par le plan d'assignation des fréquences des opérateurs privés à un même concessionnaire.

289. L'article 3 de la loi définit pour la première fois les modalités de « planification des fréquences » : il est prévu que soit rédigé un « Plan National d'assignation des fréquences », préparé par le ministre de l'Intérieur et adopté par un décret du Président de la République. Le décret du 20 janvier 1992, publiera donc le plan national déterminé par le ministère de l'Intérieur qui définit douze fréquences dont trois réservées aux chaînes de service public, alors que les neuf autres sont destinées aux émetteurs privés. En ce qui concerne la limitation prévue à l'article 21 de la loi Mammi, il apparaît d'emblée que cette limitation ne conduira à aucune modification du régime oligopolistique existant, puisque 25% de 9 chaînes privées représentent 3 chaînes, exactement le nombre de chaînes du réseau Fininvest. Cet article, qui aurait dû en théorie empêcher la constitution d'une position dominante, dans les faits consolidait la position dominante qui existait déjà avant la loi. De plus, le paragraphe 11 de l'article 3 prévoit que les

¹⁰¹⁹ Ibid.

concessionnaires nationaux, pour se voir délivrer une fréquence, devront couvrir au moins 60 % du territoire national.

290. Comme le souligne G. Maestri¹⁰²⁰, la RAI comme les chaînes du réseau Fininvest, ont une couverture d'au moins 90 % du territoire national, alors que les autres opérateurs n'atteignent des pourcentages que bien inférieurs, parfois très proches de 60 %. Il semble dès lors difficile pour ces opérateurs, même quand ils reçoivent une autorisation, de pouvoir concurrencer les deux réseaux précités. Selon N. Lipari, cette loi pourrait être retenue comme emblématique de la crise du rôle du Parlement dans la fabrication des lois en Italie, qui pourrait être expliquée par le processus de « négociation » entre système politique et intérêts économiques¹⁰²¹. L'auteur regrette ainsi que le Parlement, au lieu d'ignorer les recommandations de la Cour constitutionnelle, se pose comme interlocuteur direct des intérêts corporatifs et mercantiles, alors qu'il devrait normalement légiférer en se situant dans une perspective de neutralité vis-à-vis de ceux-ci. Il s'agit pour lui d'une mutation importante de la fonction législative.

Conclusion §2 :

291. La loi de 1990 ne fait donc qu'entériner une situation de fait qui avait pourtant été déclarée inconstitutionnelle par la Cour. A. Pace dénonce, encore vingt ans après, le « *consentement du gouvernement et la compromission des différentes forces politiques (...) qui se termine avec l'adoption de la Loi Mammi en 1990, quand la position monopolistique du groupe Berlusconi-Fininvest était devenue indiscutable* »¹⁰²². L'état du système télévisuel au sortir de la

¹⁰²⁰ G. MAESTRI, Op cit, p. 44

¹⁰²¹ N. LIPARI, « Nota introduttiva », in Legge 6 de agosto 1990, Op cit, p. 596 ; Pour un développement plus complet de cette théorie V. N. LIPARI, « La formazione negoziale del diritto » in *Scritti in onore di M.S Giannini*, I, 1988, p. 397s

¹⁰²² A. PACE, « Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo ? », Op cit : « *Con il beneplacito del Governo e con la compromissione delle varie forze politiche, iniziava così, in assenza della previa legge ritenuta necessaria dalla Corte (13), quel lungo periodo di far west delle frequenze che, dopo i cd. «decreti Berlusconi» (adottati dal Governo Craxi negli anni 1984 e 1985), si concluse formalmente - ma solo formalmente - con la l. 6 agosto 1990, n. 223 (cd. legge Mammi), quando ormai la posizione monopolistica del gruppo Berlusconi-Fininvest nel settore privato era divenuta indiscussa, avendo tale gruppo, inizialmente titolare della sola rete «Canale 5», acquisito (1984) «Retequattro» dal gruppo Mondadori e «Italia Uno» dal gruppo Rusconi, e costituito (1990), con le frequenze radioelettriche eccedentarie (in violazione dell'art. 32 l. n. 223/1990), le tre reti criptate Teletipiù (indirettamente controllate dalla stessa Fininvest almeno fino al 1984) »*

libéralisation est donc celui de l'existence d'un duopole entre Fininvest et la RAI, au point que l'on a pu parler d'un affrontement entre « Parti RAI » et « Parti Berlusconi »¹⁰²³. Au Royaume-Uni, la première tentative de déstabilisation politique de la BBC se solde par un échec : c'est finalement le modèle britannique qui résiste encore le mieux face à l'intrusion du politique (§3).

§3 Le bouleversement du duopole au Royaume-Uni

292. J. Curran et J. Seaton posent très justement la question suivante : « Qui a sauvé la BBC? »¹⁰²⁴. Trois facteurs d'importance sont dégagés par les auteurs. Tout d'abord, une partie des membres du gouvernement était contre une trop grande dérégulation du secteur de l'audiovisuel, ainsi que contre les attaques répétées contre la BBC. W. Whitelaw, un très proche de M. Thatcher, œuvra dans ce sens et il fut sans aucun doute très influent¹⁰²⁵. Il rappela à M. Thatcher que lorsque les conservateurs étaient dans l'opposition en 1965, la BBC fut très attentive à leurs intérêts. Il mit en exergue le paradoxe concernant la dérégulation que nous avons pointé plus haut : « *Je suis toujours choquée par des discours prônant de plus hauts standards pour les programmes, et qui en même temps proposent d'introduire une dérégulation et une compétition financière, parce que je ne pense pas que les deux propositions soient compatibles* »¹⁰²⁶.

Deuxièmement, R. Murdoch avait obtenu ce qu'il voulait concernant la création de ses stations par satellites, après une bataille avec l'IBA sur la création de licences : le but premier de M. Thatcher, celui de favoriser les intérêts économiques de cet entrepreneur pour qu'il la soutienne en retour avait été atteint.

Troisièmement, la popularité de la BBC était restée intacte malgré la campagne menée contre la chaîne, et par le gouvernement, et par certains journaux de la presse écrite. La suppression de l'institution aurait été très mal vue par le public, au moment où la popularité de

¹⁰²³ P. MUSSO et G. PINEAU, *L'Italie et sa télévision*, INA, p. 94

¹⁰²⁴ J. CURRAN et J. SEATON, *Op cit*, p. 221

¹⁰²⁵ *Ibid*, p. 220

¹⁰²⁶ W. WHITELAW, *The Whitelaw Memoirs*, The Aurum Press, 1989, p. 285

M. Thatcher chutait dans l'opinion.

293. Ainsi, alors que le Broadcasting Act 1990, qui suivit le rapport Peacock, aurait du avoir pour effet d'annihiler la BBC, le gouvernement ne remit pas en cause le fonctionnement et l'institution elle-même. L'idée de paiement à la carte, qui aurait mené à long terme, à une privatisation, ne fut pas retenue dans le projet de loi. Cette loi s'attaqua paradoxalement principalement à la télévision commerciale. Un nouvel organe fut instauré pour présider à la dérégulation du système, l'ITC avec des pouvoirs bien plus limités que l'IBA, son prédécesseur. Alors que les pouvoirs de l'IBA reposaient essentiellement sur les sanctions économiques qu'elle pouvait imposer aux télévisions commerciales, l'ITC n'avait pas de tels pouvoirs. Elle tenta de développer des mesures et des contrôles pour susciter l'adhésion des chaînes privées aux critères traditionnels du service public¹⁰²⁷. Parallèlement à la suppression de certains pouvoirs de l'autorité de régulation des chaînes privées, les pouvoirs du Broadcast Standards Council, compétent pour la censure contre le sexe et la violence, furent renforcés, ce qui révélait les principales préoccupations des Tories, libéraux d'un point de vue économique, mais conservateur d'un point social.

Conclusion §3 :

294. Malgré la réticence de ses acteurs à le reconnaître, les auteurs semblent unanimes pour dire que la BBC avait gagné le combat contre les attaques répétées de Margaret Thatcher. Non seulement celle-ci n'avait pas été supprimée, mais son style de service public était demeuré, ce style qui « *reflétait et façonnait les goûts du public, qui innovait et éduquait, plaisait et irritait* »¹⁰²⁸. Les attaques politiques directes contre la BBC créèrent toutefois un précédent qui poussa les successeurs de M. Thatcher à plus de libertés pour la critique de l'institution de service public.

Conclusion Sous-section 3 :

295. Dans les trois États, l'audiovisuel public est donc sauvegardé après la libéralisation,

¹⁰²⁷ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 186

¹⁰²⁸ Ibid, p. 187

même si sa légitimité a été profondément entachée par les débats encadrant le processus de dérégulation qui l'a touché. On assiste à la fin du processus, à une certaine homogénéisation du paysage audiovisuel, puisque dans les trois États le secteur est désormais organisé sous la forme d'un duopole, avec un secteur public sauvegardé et une ou plusieurs chaînes privées. Mais les particularités propres à chaque État demeurent flagrantes. Encore une fois, l'Europe du Sud doit être distinguée de l'Europe du Nord et en particulier la Grande-Bretagne. En France, la notion de service public a disparu des textes législatifs, car la majorité de droite semblait penser que liberté de communication et service public sont incompatibles¹⁰²⁹. En Italie, les intérêts de Berlusconi ont largement dominé le processus de libéralisation, l'oligopole qui en a résulté ne sert absolument pas la liberté de communication. Dans ces deux pays, finalement, c'est à travers l'avènement d'une télévision entièrement commerciale, non soumise à des impératifs autres que le rendement que le service public audiovisuel et la télévision publique verront leur légitimité ébranlée. C'est finalement peut-être la BBC qui, encore une fois, a résisté le mieux aux tentatives politiques de contrôle et à la remise en cause de la notion de service public, car c'est finalement ITV qui sera attaquée à travers le Broadcasting Act de 1990.

Conclusion Section 2 :

296. L'exposé de l'histoire de la dérégulation dans les trois pays étudiés confirme l'assertion formulée dans l'introduction de cette section : le phénomène de libéralisation, en France et en Italie, est éminemment politique, même s'il se fonde sur des arguments juridiques. En Italie, c'est sur le fondement de l'article 41, qui protège la liberté d'entreprendre, et de l'article 21 qui protège la liberté d'expression que la Cour constitutionnelle enclenchera la libéralisation du secteur. Le législateur est incapable de légiférer, et c'est le gouvernement socialiste interviendra ostensiblement dans le processus pour protéger des intérêts politiques et économiques, bien éloignés des valeurs protégées par les articles de la Constitution précités. En France, le législateur interviendra officiellement en se basant sur la liberté de communication reconnue comme constitutionnelle par le Conseil constitutionnel en 1982, mais il répond en réalité à des velléités politiques et des présupposés libéraux. Le Royaume-Uni est l'exemple le plus frappant :

¹⁰²⁹ V. P. DELVOLVE, « Service public et libertés publiques », Op cit.

alors que l'indépendance de la BBC avait été conceptualisée et préservée depuis la naissance de la radio, l'arrivée au pouvoir de M. Thatcher créera une crise sans précédent. Celle-ci, sous couvert d'arguments économiques, attaquera en réalité les fondements institutionnels du service public audiovisuel, à des fins politiciennes.

297. La libéralisation a été présentée, par la doctrine comme par les Cours constitutionnelles et européennes, comme nécessaire pour la mise en œuvre effective de la liberté de communication. Cependant, si à n'en pas douter le monopole avait été caractérisé par un contrôle gouvernemental en Italie et en France, ce qui représentait une entorse aux principes démocratiques, il serait faux de penser que la libéralisation résout ces problèmes. Alors que durant le monopole, le contrôle politique était organisé légalement, il prend des formes beaucoup plus diffuses sous la libéralisation, du fait des phénomènes de collusion entre Hommes politiques et industriels, ce qui le rend beaucoup plus difficile à réguler. Celui-ci semble considérablement affaibli au sortir de cette période, mais contrairement aux autres secteurs en réseaux, qui ont fait l'objet d'une privatisation sous l'impulsion du droit de l'Union, le secteur public de l'audiovisuel subsiste après la libéralisation du secteur.

Conclusion Chapitre 2 :

298. L'histoire de la télévision publique après la guerre est donc celle d'une institution peu stable et toujours très dépendante du pouvoir politique, en Italie et en France. La focalisation sur l'organisation institutionnelle dans les deux États a conduit à délaissier la définition matérielle du service public audiovisuel, qui est pourtant un élément fondamental de la définition du service public. Un auteur écrit très justement que « *s'il était possible de définir ce qu'est la « bonne » télévision dans des termes contraignants juridiquement, il serait possible d'abandonner la question des formes institutionnelles et des méthodes de financement* »¹⁰³⁰.

299. C'est en quelque sorte le chemin contraire qu'a suivi la BBC, les débats politiques se focalisant très rapidement sur la question de la prestation que devait fournir au public la BBC. En réalité, comme nous l'avons évoqué dans ce chapitre, il existait bien des caractéristiques typiques

¹⁰³⁰ R. SCOTT, in *The Working Party on New Technologies*, Broadcasting Research Unit, 1983, p. 6-7

du service public, dans les trois États, fondées notamment sur le paternalisme culturel¹⁰³¹, mais le service public de la radiotélévision était moins défini que « ressenti »¹⁰³². La radio, la télévision plus encore, relevaient « naturellement », ou principalement, du rôle de l'État. Dans certains cas, le service public était défini négativement, comme une activité « de nature non commerciale »¹⁰³³.

300. La crise qu'a vécue la télévision publique pendant les années 1970 et 1980 a paradoxalement conduit à une homogénéisation entre les modèles : au Royaume-Uni, l'opinion publique et le personnel de la BBC prennent conscience que le modèle de service public n'est pas intouchable, et qu'il peut même être vulnérable au contrôle politique, tandis qu'en France et en Italie, les arguments juridiques concernant la liberté d'entreprendre et la liberté d'expression deviennent prégnants, l'opinion publique et les Femmes et Hommes politiques prenant conscience de la nécessité d'organiser une véritable indépendance du service public audiovisuel vis-à-vis du politique. C'est également à ce moment que les auteurs commencèrent à se pencher sur la recherche d'une véritable définition de la mission de service public audiovisuel, ce qui poussera le législateur des trois pays à en faire autant. Dans un contexte libéralisé, la seule façon de légitimer la sauvegarde d'une télévision publique étant d'en définir la spécificité.

Conclusion Titre 1 :

301. La description de type « archéologique » que nous avons privilégiée dans cette Partie nous conduit à formuler des conclusions sur la nature du système actuel : les conditions de formation de ce système nous en disent beaucoup sur la façon dont il a été pensé, mais il permet surtout de remettre en cause le discours dominant et de comprendre les contradictions qui le sous-tendent. L'étude des différentes couches sédimentaires, pour reprendre le lexique foucauldien, qui ont constitué l'histoire du service public audiovisuel dans les trois États nous montre que l'histoire de l'audiovisuel n'a pas été celle d'une évolution constante vers le progrès. Elle a été constituée par de nombreux soubresauts politiques, et ses fondements idéologiques et

¹⁰³¹ V. J-L. MISSIKA, *La fin de la télévision*, Chapitre 1 « La paléo-télévision », Seuil, 2006, p. 15

¹⁰³² J. BOURDON, « Le service public de la radio-télévision : histoire d'une idéalisation », Op cit, p. 17

¹⁰³³ Termes utilisés par le Tribunal constitutionnel allemand dans sa décision du 28 février 196, et mis en avant par P. HUMPHREYS, *Mass Media and Media Policy in Western Europe*, Manchester University Press, 1996, p. 163

juridiques se sont modifiés pour s'inscrire dans le contexte idéologique et juridique du moment. Il est primordial de connaître et de comprendre ces couches sédimentaires pour comprendre les enjeux qui sous-tendent aujourd'hui la sauvegarde d'un secteur public de l'audiovisuel.

302. Le monopole de l'audiovisuel a d'abord été fondé sur des facteurs techniques et économiques et non sur l'importance du secteur pour l'interdépendance sociale. La concomitance de la naissance de la radio avec la crise économique et politique des années 30, qui mènera à la Seconde Guerre mondiale, a précipité l'appropriation du média par les forces politiques dominantes, et bientôt, dictatoriales, en Italie et en France. Le cordon ombilical qui lie la télévision publique au gouvernement ne disparaîtra pas avec le rétablissement de la démocratie, et la notion de service public sert de justification juridique à cette domination politique, ce qui constitue un paradoxe par rapport à la théorisation du service public comme limite au pouvoir gouvernant. On observe un paradoxe saisissant : en France, où la notion de service public a été le mieux conceptualisée par la doctrine et le juge, aucun débat juridique n'existe sur la légitimité du monopole télévisuel jusque dans les années 80, contrairement à l'Italie, où le juge constitutionnel soulève dès les années 60 la question de la légitimité juridique du monopole et l'inscrit dans un cadre constitutionnel précis. Plus encore, la question des missions du service public audiovisuel semble totalement absente en France. Au Royaume-Uni, malgré l'absence d'une conceptualisation juridique de la notion de service public, on assiste à une conceptualisation très poussée des missions que doit mettre en œuvre l'organe chargé du service public audiovisuel, ainsi qu'une conceptualisation institutionnelle de la BBC pour que celle-ci puisse mener à bien ces missions.

303. Une explication à ce paradoxe peut être trouvée, justement, dans l'extrême conceptualisation de la notion de service public par les auteurs au début du XXe siècle. Celle-ci semble avoir limité la nécessité d'une conceptualisation de la notion de service public audiovisuel, puisque la télévision s'inscrivait tout naturellement dans le cadre doctrinal du service public. Très éloignée de la théorie de Duguit selon laquelle le service public constitue la limite du pouvoir des gouvernants, la télévision publique semble plutôt s'inscrire dans la théorie de l'institution telle qu'elle avait été théorisée par le doyen Hauriou. Elle constituait un pouvoir,

avec des organes pour mettre en œuvre l'idée objective selon laquelle la communication était indispensable à la société. Ces organes découlaient de la réaction subjective de certains individus, les gouvernements, face à cette idée. Comme le rappellent les différents auteurs ayant analysé la théorie d'Hauriou, cet auteur fait une hiérarchie¹⁰³⁴ entre le gouvernement qui a le pouvoir intuitif de la décision exécutoire¹⁰³⁵, le Parlement, qui a la compétence discursive du pouvoir délibérant¹⁰³⁶ et enfin le collectif, qui n'a qu'une possibilité de réaction, par les manifestations de communion¹⁰³⁷ ou au contraire, ces absences de communion. Le doyen Eisenmann écrit ainsi que dans la théorie d'Hauriou « *Le gouvernement doit appartenir à un pouvoir minoritaire, c'est-à-dire à une élite, soumise à un contrôle populaire « éclairé et modéré »*. *Au pouvoir minoritaire, l'initiative, l'action, la direction dont il est seul capable : au pouvoir majoritaire, une simple mission de participation et de contrôle »*¹⁰³⁸. Ainsi la majorité des auteurs sont d'accord pour considérer que son approche « *repose, de façon contestable, sur une approche vitaliste et idéaliste qui affirme la priorité du pouvoir et de l'idéologie sur des fonctions sociales »*¹⁰³⁹.

304. Dans tous les Etats, les critiques n'ont jamais vraiment cessé et les détracteurs du service public audiovisuel ont toujours existé, certains critiquant le caractère non pluraliste de l'information du fait de la domination du pouvoir exécutif, d'autres critiquant les entraves aux libertés économiques et à la liberté d'expression qui caractérisait le monopole, ou le système dual tel qu'il était organisé au Royaume-Uni. Elles atteignirent un point extrême dans les années soixante-dix (Briggs écrit qu'il n'y eut jamais « *tant de critiques, à la fois de droite et de gauche*

¹⁰³⁴ E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », Op cit, p. 395

¹⁰³⁵ Ibid.

¹⁰³⁶ Ibid.

¹⁰³⁷ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et la fondation. Essai de vitalisme social », Op cit, p. 96

¹⁰³⁸ V. C. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », Revue Philosophique de la France et de l'Étranger, 1930, T. 110, p. 253s. Le début du développement est celui-ci : « *Or, le pouvoir minoritaire est par nature au-dessus du pouvoir majoritaire : plus un pouvoir est minoritaire, plus il est doit être éminent; plus au contraire un pouvoir est majoritaire, « il est relevé », moins il a de qualité. Car le pouvoir minoritaire n'est, lui, que pouvoir de masse. Donc il faut placer au sommet de la hiérarchie des pouvoirs le pouvoir exécutif, qui est le « premier », qui « domine les deux autres », puis au second rang seulement, le pouvoir législatif, et enfin, au bas de l'échelle, la nation* (M. HAURIOU, *Traité de droit constitutionnel*, 1^e éd, p. 356).

¹⁰³⁹ N. MACCORMICK et O. WEINERGER, *Pour une approche institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, 1992, p. 115s

»¹⁰⁴⁰) et menèrent au démantèlement du monopole en Italie et en France, et à une certaine dérégulation au Royaume-Uni. La diversité de ces critiques est intéressante, car elle témoigne de l'absence totale d'un consensus sur ce que doit être le service public audiovisuel, absence de consensus qui se reflète à travers le flou et l'instabilité législative qui suivent la dérégulation du secteur : doit-on supprimer le service public audiovisuel, car celui-ci serait fondamentalement opposé à la réalisation de la liberté d'entreprendre et à la liberté d'expression ou doit-on l'organiser de manière à assurer son indépendance vis-à-vis du Politique ? Ces incertitudes législatives peuvent également être expliquées par l'absence, ou l'insuffisance d'une conceptualisation de la mission de service public audiovisuel entre les années 50 et 70, ce qui, à la libéralisation du secteur, laisse planer des doutes sur le rôle que celui-ci peut et doit jouer dans un contexte libéralisé.

305. Il est intéressant de noter que malgré le caractère proprement national du processus de libéralisation, malgré l'absence ou l'échec de la constitution d'une « culture européenne [imaginaire] » à travers la télévision, il existe un « modèle européen de télévision », « *modèle non de culture, mais d'organisation et d'ambition pour le média audiovisuel* »¹⁰⁴¹ : malgré les fortes spécificités nationales mises en exergue dans ces deux chapitres, il existe bien des dynamiques parallèles dans la constitution du monopole, sa remise en cause politique et juridique, et la libéralisation du système. Ces parallèles peuvent être expliqués, en plus de ces arguments juridiques, par le changement dans la mentalité des téléspectateurs qui rejettent une télévision dont le message serait purement vertical, des experts vers le téléspectateur. Ces arguments sont parfois repris par les Hommes politiques et constituent alors aussi des motifs

¹⁰⁴⁰ A. BRIGGS, *The history of broadcasting (...)*, Volume 5, Op cit, p. 560

¹⁰⁴¹ J. BOURDON, *Du service public à la télé-réalité*, Op cit, p. 219

juridiques à la libéralisation du secteur¹⁰⁴².

Il est nécessaire, pour conclure cette partie « archéologique » qui doit nous permettre d'analyser avec plus d'acuité le système audiovisuel contemporain dans nos trois États européens, de faire un dernier détour par les États-Unis¹⁰⁴³. Ce détour nous permettra de nous questionner sur « ce qui est étrange dans ce qui nous est familier », pour reprendre la formule de M-C. Ponthoreau¹⁰⁴⁴, c'est-à-dire de dégager les spécificités du système européen par rapport au système américain. J. Bourdon, dans la conclusion de son livre sur les télévisions européennes précitées, écrit ainsi que « *Pour faire le bilan de notre histoire et comprendre la spécificité de l'Europe, il faut revenir sur deux termes-clefs, « Amérique » et « service public » [...] Ce modèle européen a été aussi conçu par opposition avec un autre modèle de télévision, concurrentielle et commerciale, identifié à l'Amérique. [...] »*¹⁰⁴⁵. En effet, dans les trois pays étudiés, les désagréments de la télévision commerciale à l'Américaine ont justifié par opposition, la création du monopole télévisuel et l'avènement de la notion de service public audiovisuel. La question est donc de savoir dans quelle mesure le processus de libéralisation qui a touché tous les pays d'Europe, et a fortiori les pays étudiés a atténué cette opposition. Quelles spécificités subsistent de la télévision européenne après la libéralisation? Autrement dit, « *l'essor des télévisions commerciales, le triomphe subtil et profond de l'américanisation, laisse-t-il encore une place au service public?* »¹⁰⁴⁶. Il semble que la réponse soit positive, d'autant qu'après la libéralisation,

¹⁰⁴² V. F. LEOTARD, Ministre de la Culture, JO Sénat, 25 juin 1986, p 1923, Discussion du projet de loi n° 402, 1985-1986, relatif à la liberté de communication : « *Le modèle étatiste, ou le modèle socialiste, que la loi de 1982 reprend pour l'essentiel, c'est celui d'une télévision où l'Etat gère directement l'ensemble des activités audiovisuelles. Dans cette conception, les moyens audiovisuels sont avant tout des moyens d'éducation. Ils remplissent une fonction éducative, pédagogique. M. Mauroy, alors Premier Ministre, ne disait pas autre chose quand il venait expliquer au Parlement qu'il voulait « une Télévision, une radio, qui soient l'instrument d'une formation, d'une éducation, d'une culture populaire (...) Cette conception revient à faire de l'Etat, socialiste, le grand instituteur des citoyens. Cette conception, Mesdames et Messieurs les parlementaires, ne respecte pas le téléspectateur, que le gouvernement précédent a considéré comme un citoyen mineur ...incapable d'opérer les bons choix culturels, c'est à dire les choix socialistes ».*

¹⁰⁴³ Pour Günter Frankenberg, « s'intéresser aux droits étrangers s'apparente à voyager », ce qui nous autorise cette métaphore géographique, G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », Harvard International Law Journal, vol. 26, 1985, p. 414 et s. cité par M-C.PONTHOREAU, Op cit, p. 12

¹⁰⁴⁴ « *En revanche, le comparatiste ne cherche pas tant à étudier le droit étranger en soi qu'à s'occuper étrangement du droit, c'est-à-dire à l'étudier différemment de manière à monter ce qui est étrange dans ce qui nous est familier. Le comparatiste vise à proposer un autre regard sur son propre droit à la différence du spécialiste d'un droit étranger »*, M-C. PONTHOREAU, Op cit, p. 10

¹⁰⁴⁵ J. BOURDON, *Du service public à la télé-réalité*, Op cit, p. 219

¹⁰⁴⁶ Ibid.

l'existence du service public audiovisuel trouve ses sources juridiques dans des textes supra-législatifs (Titre 2).

Titre 2 : Les sources supra-législatives du service public audiovisuel

306. Comme nous l'avons vu dans le chapitre 1 du Titre 1, la période du monopole fut caractérisée par un véritable paternalisme culturel. La force brute du monopole, pour reprendre les mots de Reith, devait permettre à l'État d'imposer aux téléspectateurs les programmes qu'ils considéraient comme « bons » et « utiles » à la formation des esprits, et plus particulièrement les esprits des masses. E. Bernabei, directeur général de la RAI entre 1960 et 1969, ira jusqu'à déclarer que la RAI avait pour mission de « *faire descendre les Italiens des arbres* »¹⁰⁴⁷. La remise en cause du monopole sonne le glas d'un état de fait dans lequel les manifestations de communion du peuple à la réaction des gouvernants pour mettre en œuvre l'idée pouvaient légitimer juridiquement le service public audiovisuel. Les téléspectateurs sont désormais libres de choisir les programmes qui les attirent le plus sur des chaînes concurrentes, ce qui limite évidemment les manifestations de communion autour d'une chaîne organisée par le gouvernement. Dans ce contexte, le service public audiovisuel vit une véritable crise, qui tient à la définition de sa raison d'être, car la télévision publique est désormais soumise au principe qui commande à la création et au maintien d'un service public dans un État libéral : le principe de subsidiarité.

307. L'idéologie libérale prégnante depuis les années 80 ainsi que l'introduction du droit de l'Union européenne dans les droits nationaux a également modifié profondément le paysage institutionnel des services publics. Ces deux tendances convergentes ont conduit à remettre en cause la légitimité de l'intervention de l'État et sa soustraction aux règles du marché pour la mise en œuvre d'activités économiques, mais aussi à rompre le lien qui persistait entre critère organique et critère matériel de service public. Dans le système européen, les mécanismes du marché ne sont pas jugés congénitalement incapables de satisfaire les besoins économiques

¹⁰⁴⁷ P. MUSSO, G. PINEAU, Op cit, p. 24 ; En France, l'article 4 de la loi de 1964 reprend les missions conférées à la BBC dans sa charte royale en disposant que l'ORTF est responsable du service nationale de la radio et télévision, avec pour buts de satisfaire les « besoins d'information, de culture, d'éducation et de divertissement du public ». Cette formule est représentative de ce paternalisme culturel puisqu'elle suggère que les gouvernants sont les mieux à même de définir et de pourvoir aux « besoins » des masses, qui doivent être distingués de leurs « envies » ou de leurs « choix ».

d'intérêt général. Le marché bénéficie au contraire d'une présomption qu'il appartient au service public de renverser en démontrant une efficacité supérieure à celui-ci¹⁰⁴⁸.

308. Pourtant, dans l'organisation du système audiovisuel, la spécificité européenne fondée sur l'importance du secteur public de la télévision subsiste après la libéralisation. Dans tous les Etats de l'Union européenne existe toujours une télévision publique financée par des fonds publics, mais cette organisation spécifique trouve ses justifications non plus à l'extérieur du système juridique, mais à l'intérieur même de celui-ci. Il convient dès lors de s'interroger sur les sources supra-législatives qui justifient, après la libéralisation du secteur, le maintien d'une conception du service public audiovisuel fondé tant sur le critère organique que sur le critère matériel. Cette spécificité du secteur de l'audiovisuel vis-à-vis des autres secteurs en réseau qui ont été libéralisés est reconnue par le droit de l'Union et le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme (Chapitre 1). Elle s'explique en droit interne par les droits et libertés qui doivent être mis en œuvre à travers la télévision et la reconnaissance d'une carence des chaînes privées à les mettre en œuvre (Chapitre 2).

¹⁰⁴⁸ R. KOVAR, Op cit, p. 284

Chapitre 1 : La spécificité du secteur public de l'audiovisuel reconnue par le droit européen

309. À l'origine, le droit communautaire ignorait la notion de service public. Seul l'article 73 TCE (nouveau 93 TFUE) faisait référence, pour le secteur ferroviaire, à « *certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* ». C'est d'abord à travers une approche purement économique que le droit de l'Union a été amené à se saisir de la question, du fait des compétences qui lui étaient dévolues. L'activation de l'article 106 TFUE au début des années 80 constituera ce que les auteurs ont qualifié de « public turn »¹⁰⁴⁹, ou de tournant public : la Commission européenne ainsi que la Cour, qui se focalisaient jusqu'alors uniquement sur les comportements des personnes privées sur le marché, décident de s'intéresser désormais au comportement des personnes publiques, et d'appliquer les règles de concurrence prévues par les traités aux personnes publiques, comme le prévoit l'article 106§1 qui dispose que « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus* ». La Cour de Justice a, à partir d'une interprétation téléologique des règles du traité, adopté une interprétation très large de la notion d'entreprise : celle-ci doit être appliquée « *indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, à toute entité exerçant une activité économique* »¹⁰⁵⁰. Suite aux contestations de certains États membres qui craignaient que ce « public turn » ne remette en cause leur modèle social, la Cour a été amenée à s'appuyer sur l'article 106§2 TFUE pour dégager des possibilités de dérogation aux règles de la concurrence. Toutefois, comme le relève G. Marcou, « *Dans le vocabulaire communautaire, l'expression « service public » est toujours associée à celles d'obligations et non à la définition d'une activité matérielle déterminée ; (...) le service public ne caractérise pas l'activité exercée en raison de son but d'intérêt général, mais les obligations imposées par la puissance publique aux opérateurs dans l'exercice*

¹⁰⁴⁹ D. GERBER, « The transformation of European Community Competition Law », Harvard International Law Journal, 1994, 35(1), p. 97, spéc p. 138

¹⁰⁵⁰ CJCE, 23 avril 1991, Hofner, Aff C41-90

de cette activité »¹⁰⁵¹. Les dérogations aux règles de concurrence accordées aux États membres pour financer certaines prestations s'appuient sur une conception purement fonctionnelle de ces prestations : le service public n'est plus pensé en terme global, mais en termes d'obligations d'intérêt général¹⁰⁵².

310. La notion de service public telle qu'elle était envisagée dans les États membres en a été profondément bouleversée. Dans ce contexte, le service public audiovisuel représente un secteur à part, notamment du fait de l'adoption du Protocole annexé au Traité d'Amsterdam qui qualifie explicitement le système de radiodiffusion public dans les États membres de « service public », alors même que cette expression n'est pas usitée en droit de l'Union et qui reconnaît l'importance du critère organique du service public audiovisuel. Le droit de l'Union avalise une conception du service public audiovisuel fortement liée au secteur public, puisque le protocole emploie de manière alternative radiodiffusion publique et radiodiffusion de service public. Cette dernière particularité constitue l'exception la plus marquante, car en vertu de l'article 345 TFUE, l'Union est censée être indifférente, c'est-à-dire ne pas influencer les États, quant à la nature privée ou publique des entreprises. Il sera nécessaire, pour les besoins de notre développement, de revenir sur la dialectique qui s'est mise en place entre le droit de l'Union et les droits nationaux concernant la notion de service public (Section 1) pour montrer ensuite en quoi le service public audiovisuel est, dans ce contexte, spécifique (Section 2).

¹⁰⁵¹ G. MARCOU. « De l'idée de service public au service d'intérêt général » in F. MODERNE et G. MARCOU(ed), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, 2001, p. 376

¹⁰⁵² V. aussi D. TRUCHET, « Renoncer à l'expression "service public" », AJDA, 2008, p. 553 : « "Service d'intérêt général" est plus précis et plus exact : il met l'accent sur la mutation du service public en obligations d'intérêt général comportant dans la seule mesure nécessaire les droits exclusifs ou spéciaux, les aides ou les prérogatives de puissance publique dont a besoin l'opérateur pour s'en acquitter convenablement sous le contrôle de la collectivité publique ».

Section 1 : Les transformations de la notion de service public : la dialectique entre droit de l'Union et droits nationaux

311. Il serait faux d'affirmer que le service public comme mode d'intervention de la puissance publique pour satisfaire des besoins collectifs n'a jamais été discuté dans les droits nationaux. Celui-ci se développe juridiquement dans les trois États à partir de la fin du XIX^e siècle, à une période où les préceptes libéraux dominent les théories économiques. Les révolutionnaires français de 1789 ont été profondément marqués par l'influence des libéraux, mais aussi des physiocrates, qui promeuvent le laisser-faire économique¹⁰⁵³. En Angleterre, dominant également à cette époque les idées inspirées de Locke¹⁰⁵⁴, et reprises par Adam Smith¹⁰⁵⁵, d'un « *ordre naturel fondé sur l'initiative individuelle et la régulation automatique par le marché* »¹⁰⁵⁶. En Italie, le Risorgimento, processus d'unification de l'État entraînera la constitution d'un marché national, avec la suppression des entraves aux échanges. Dans ce cadre historique, le rôle assigné à l'État est celui d'encourager la constitution d'un marché national et de protéger celui-ci¹⁰⁵⁷.

312. Toutefois, comme le relève S. Braconnier, les libertés économiques, contrairement aux libertés politiques, ont cette particularité qu'elles sont sensibles au contexte politique et économique dans lesquelles elles se déploient¹⁰⁵⁸. La capacité des marchés à s'autoréguler a vite été remise en cause, et dès lors, l'intervention de la puissance publique était considérée comme nécessaire lorsque ces marchés étaient défaillants¹⁰⁵⁹. De ce fait, l'État libéral s'accommodera, pour reprendre les mots de S. Braconnier, de l'interventionnisme étatique sous la forme des

¹⁰⁵³ S. BRACONNIER, « Les libertés économiques jusqu'à la crise de 1929 », RDP, 2012, p. 731 spéc p. 737

¹⁰⁵⁴ LOCKE, *Deuxième traité de gouvernement civil*, 1689. Première traduction française : PUF, 1994

¹⁰⁵⁵ A. SMITH, *La richesse des Nations*, 1776, qui développe l'idée bien connue de la main invisible régulatrice du marché, inspirée aussi des travaux de Leibniz.

¹⁰⁵⁶ S. BRACONNIER, Op cit, p. 737

¹⁰⁵⁷ S. CASSESE, « La vecchia costituzione », in S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, 1995, p. 7s

¹⁰⁵⁸ S. BRACONNIER, Op cit, p. 737 ; Notons que pour Duguit, le développement des services publics était dans l'ordre des choses puisqu'il était une conséquence du développement de la civilisation, qui poussait à l'approfondissement de la division sociale du travail et à la solidarité sociale.

¹⁰⁵⁹ A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, 1993 ; J-C. VIDELIN, « Le droit public économique et les crises historiques », RFDA, 2010, p. 727 ;

services publics¹⁰⁶⁰. Au début du XXe siècle, dans les États étudiés, se met en place une dialectique entre liberté des privés à intervenir sur le marché et interventionnisme de la puissance publique¹⁰⁶¹. Le principe de la subsidiarité fonctionnelle, à défaut d'être toujours protégé juridiquement, commande, avant l'introduction du droit de l'Union, l'intervention de la puissance publique pour les activités à caractère économique et commercial, en tant que toile de fond de l'interventionnisme étatique¹⁰⁶² (Sous-section 1). Le droit de l'Union et les principes d'inspiration libérale pousseront toutefois, dans les trois États à une redéfinition des libertés économiques, avec l'avènement du principe de libre concurrence, ce qui entraînera une nouvelle forme de limitation à l'intervention de la puissance publique (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La subsidiarité du service public, plus ou moins garantie selon les ordres juridiques avant l'introduction du droit de l'Union

En France (§1) et en Grande-Bretagne (§2), même s'il n'est pas toujours formulé¹⁰⁶³, le concept de liberté¹⁰⁶⁴ est le principe structurant de l'ordre juridique¹⁰⁶⁵ ce qui induit une conception restreinte de l'intervention publique dans le domaine économique. En Italie, le régime d'économie mixte prévu par la constitution permet au législateur de déterminer quelles activités doivent être soustraites à la concurrence, sous le contrôle de la Cour constitutionnelle (§3).

¹⁰⁶⁰ Sur l'extension progressive du domaine d'intervention de l'Etat V. P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Le Seuil, 1990.

¹⁰⁶¹ S. BRACONNIER, *Op cit*, p. 734 ; Les économies capitalistes sont devenues des « économies mixtes », reposant sur la coexistence d'un secteur privé et de puissantes entreprises publiques contrôlant les secteurs de base de l'économie. V. F. V. R. KUISEL, *Le capitalisme et l'Etat en France. Modernisation et dirigisme au XXème siècle*, Gallimard, 1984 et V. aussi G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Le Seuil 1979

¹⁰⁶² V. F. MODERNE, « Existe t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? », RFDA, 2001, p. 563

¹⁰⁶³ V. E. GARCIA de ENTERRIA, T. RAMON FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 6e éd., 1993, tome I, p. 60s : « le sens unitaire de l'ordre juridique s'exprime moins dans l'ensemble des normes particulières que dans un ensemble de principes structurels qui ne sont pas toujours formulés comme tels » cité par T. PERROUD, *La fonction contentieuse ...*, *Op cit*, p 582 ; traduction G. MARCOU in G. MARCOU (ed) *Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences*, L'Harmattan, 1995, p. 14-15

¹⁰⁶⁴ V. les travaux d'E. PICARD, pour qui la liberté est devenue « la fin même de l'institution » : E. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris, LGDJ, 1984, tome 2, p. 499

¹⁰⁶⁵ Défini comme un « ensemble, structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine », voir C. LEBEN, « Ordre juridique », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

§1 L'intervention de la puissance publique en principe subsidiaire à l'initiative privée en France

313. L'intervention des collectivités locales est limitée, tant dans son activité de réglementation que de prestation, par le principe de liberté du commerce et de l'industrie, instrumentalisé par le Conseil d'État (A). Cette jurisprudence ne s'applique évidemment pas au législateur, qui, longtemps non contraint par les libertés économiques, doit désormais faire avec le principe de la liberté d'entreprendre, élevé au rang de principe à valeur constitutionnel par le Conseil constitutionnel¹⁰⁶⁶ (B).

A) Une jurisprudence d'inspiration libérale limitant l'intervention des collectivités locales sur le marché

La loi dite « Décrets d'Allarde », des 2 et 17 mars 1791 consacre la liberté du commerce et de l'industrie¹⁰⁶⁷, et elle a très tôt permis de circonscrire l'intervention de l'État dans l'économie¹⁰⁶⁸, tant dans le domaine de la réglementation (a), que de la prestation directe (b)¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁶ CC, 16 janvier 1982, Décision n° 81-132 DC dite « Loi de nationalisation ».

¹⁰⁶⁷ L'article 7 de la loi dispose qu' « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits* ».

¹⁰⁶⁸ V. notamment M. KDHIR, « Le principe de liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », D. 1994, Chron, p. 32 ; F. DREYFUS, *La liberté du commerce et de l'industrie*, th., Berger-Levrault, 1973 ; O. RENARD-PAYEN, « Principe de la liberté du commerce et de l'industrie », J.-Cl. adm, fasc. 255, 1992 ; D. LINOTTE et R. ROMI, *Services publics et droit économique*, Litec, 4 ed., 2001, p. 120 ; J.-Y. CHEROT (Jean-Yves), *Droit public économique*, Economica, 2002, p. 44 ; J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 4 éd., 2008, p. 115

¹⁰⁶⁹ Sur la dimension idéologique de cette jurisprudence : V. D. LOCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français* (thèse pour le doctorat en Droit soutenue à l'université Paris 2, 1970), LGDJ 1972 ; F. BURDEAU, « Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire », EDCE, 2002, p. 391 ; J. CAILLOSSE, « Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif. Aperçus du problème, à la lumière du « changement », Rev. adm, 1982, p. 361. Sur la dimension idéologique des principes de liberté économique V. la controverse entre S. REGOURD et P. DELVOLVE, concernant la compatibilité entre libertés fondamentales (i.e économiques) et service public : P. DELVOLVE, « Service public et libertés publiques », RFDA, 1985, p. 5 V. surtout la réponse de S. REGOURD, « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », RDP, 1987, p. 5 qui montre à quel point ce débat est de nature idéologique et non de nature juridique. V. aussi la réplique d'E. PISIER, « Service public et libertés publiques », Pouvoirs, 1986, n° 36, p. 143 à 154

1) Activités de réglementation

314. Dans le domaine de la réglementation, le juge administratif français a, dans l'arrêt Daudignac¹⁰⁷⁰, et sur le fondement de ce principe, posé la règle selon laquelle les autorités administratives ne sauraient, sans l'intervention préalable du législateur, porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie en subordonnant l'exercice d'une profession à la détention d'une autorisation préalable¹⁰⁷¹. Face au pouvoir de police de l'autorité administrative, seule une loi est susceptible d'entraver la liberté du commerce et de l'industrie¹⁰⁷². Le principe est toutefois différent pour la fourniture de services.

2) Activités de prestation

315. Le Conseil d'État a également appliqué le principe de la liberté du commerce et de l'industrie à la fourniture directe par l'État de biens et de services, sans pour autant que dans ce domaine le principe du commerce et de l'industrie n'ait un fondement textuel, car le décret d'Allarde ne vise à aucun moment les activités publiques¹⁰⁷³. En réalité, comme l'exprime J-C. Douence, c'est l'idéologie libérale du XIXe siècle¹⁰⁷⁴ qui a poussé à donner à ce principe « *une*

¹⁰⁷⁰ CE Ass, 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec, p. 362, D. 1951 p. 589, conclusions Gazier, GAJA, 18e ed, n° 66

¹⁰⁷¹ CE, ass, *Daudignac*, Op cit : « *le maire, qui tient de l'art. 97 de la loi du 5 avr. 1884, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires pour remédier aux inconvénients que ce mode d'exercice de la profession de photographe peut présenter pour la circulation et l'ordre public, – notamment en défendant à ceux qui s'y livrent de photographier les passants contre leur volonté ou en interdisant, en cas de nécessité, l'exercice de cette profession dans certaines rues ou à certaines heures, – ne saurait, sans méconnaître la loi précitée du 16 juill. 1912 et porter atteinte à la liberté de l'industrie et du commerce garantie par la loi, subordonner l'exercice de ladite profession à la délivrance d'une autorisation ; que dès lors, le sieur Daudignac est fondé à soutenir que l'arrêté attaqué est entaché d'excès de pouvoir* ».

¹⁰⁷² V. Conclusions de F. Gazier sous l'arrêt *Daudignac*, Op cit, p. 591 : « *Là où aucune loi n'est intervenue le principe subsiste toujours, qui demeure le droit commun de l'activité industrielle en France* ».

¹⁰⁷³ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 2005, 5e ed, p. 390

¹⁰⁷⁴ Les tenants du libéralisme politique et économique étant bien sûr hostiles aux velléités interventionnistes des pouvoirs publics. V. par exemple V. O. LANGLOIS, « Une lecture du service public au XIXème siècle par les économistes libéraux », in G. GUGLIEMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 59 et C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Limoges, 2009, p. 247-248

portée qui ne résultait pas expressément de la loi de 1791 »¹⁰⁷⁵. Sur ce fondement, une jurisprudence bien connue entend donc circonscrire l'action des collectivités territoriales dans le domaine économique en posant comme critère celui de la subsidiarité matérielle, c'est-à-dire la carence ou l'insuffisance de l'initiative privée.

316. Après avoir posé dans l'arrêt *Casanova*¹⁰⁷⁶ que l'intervention d'une personne publique dans le champ des activités commerciales ne pouvait intervenir que dans des circonstances exceptionnelles, le Conseil d'État réaffirme clairement ce principe dans l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* de 1930, en énonçant que « *les entreprises ayant un caractère commercial restent en règle générale réservées à l'initiative privée* »¹⁰⁷⁷. Le Conseil assouplit toutefois, dans cet arrêt les conditions d'intervention puisque ce sont dans cet arrêt des « circonstances particulières de temps et de lieu » qui peuvent justifier un intérêt public et l'intervention de la collectivité locale¹⁰⁷⁸. En réalité, comme le souligne F. Burdeau, « *dans le contexte français, le laisser-faire, laissez-passer, slogan emblématique du libéralisme économique, n'a jamais pu fonder une politique d'abstention des pouvoirs* »¹⁰⁷⁹. En témoigne un assouplissement continu de cette jurisprudence tout au long du XXe siècle, le juge acceptant peu à peu de considérer que la carence peut consister en une simple insuffisance, quantitative ou

¹⁰⁷⁵ J.-C. DOUENCE, « Les services publics locaux », in *Encyclopédie des collectivités locales*, 2003, n°160 ; Dans sa note sous l'arrêt *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, R. Albert note d'ailleurs que « *Seule une interprétation de grande envergure a permis au Conseil d'Etat d'écarter la solution que l'exégèse juridique eût paru commander (...) car la généralité de la formulation du texte de 1791 paraissait en effet pouvoir indiquer que cette liberté profitait aux personnes morales comme aux autres* ». V. S. 1931, 3, p. 73, note R. Alibert, V. C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, Op cit, p. 286

¹⁰⁷⁶ CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec, p. 333, GAJA, Op cit, n° 8

¹⁰⁷⁷ CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, Rec. Lebon p. 583, concl. Josse et note R. Alibert S. 1931.III.73. V. aussi GAJA, Op cit, n°43

¹⁰⁷⁸ Le principe étant que « *les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* ». Cet assouplissement vis-à-vis de la jurisprudence antérieure peut s'expliquer par l'influence des décrets -loi dits « Poincaré », du 5 et 28 novembre 1926, encourageant le socialisme municipal.

¹⁰⁷⁹ F. BURDEAU, « Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire », *EDCE* n° 53, 2002, p. 392

qualitative, de l'initiative privée¹⁰⁸⁰. En tout état de cause, cette restriction ne concerne que la création d'un service public par le pouvoir réglementaire, c'est-à-dire majoritairement par les collectivités locales¹⁰⁸¹. La liberté d'entreprendre a été reconnue beaucoup plus tard par le Conseil constitutionnel (B).

B) La liberté d'entreprendre consacrée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 4 de la DDHC

318. Le Conseil constitutionnel a lui aussi reconnu la liberté d'entreprendre comme un principe ayant valeur constitutionnelle. Dans sa décision du 16 janvier 1982¹⁰⁸² à propos des lois de nationalisation, il a rappelé que « *la liberté qui aux termes de l'article 4 de la DDHC consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* ». Corollaire du droit de propriété en même temps que composante de la liberté, la liberté d'entreprendre a désormais une valeur constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a été amené à préciser toutefois que « *la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue et ne peut exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi* »¹⁰⁸³. Dès lors, le législateur peut « *y apporter les limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée* »¹⁰⁸⁴.

319. La recomposition des pouvoirs de création des services publics par le législateur qu'entraîne la qualification de principe à valeur constitutionnelle appliquée à la liberté

¹⁰⁸⁰ V. par exemple CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, Rec, p. 563, chron. Puybasset, AJDA, 1964, p. 686, (création d'un service communal de chirurgie dentaire considérée comme légale, du fait des tarifs pratiqués par les praticiens privés de la commune, pour la plupart supérieurs au tarif de base de la Sécurité sociale) ; V. B. FAURE, « Remarques sur les mutations du principe de la liberté de commerce et de l'industrie », RFDA, 2004, p. 303 ; M. LOMBARD, « 80 ans après l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : pavane pour une infante défunte », Revue juridique de l'économie publique n° 683, Février 2011, repère 2.

¹⁰⁸¹ CE, 27 juillet 1923, *Gheusi*, Rec, p. 638

¹⁰⁸² CC, 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec, p.18, note Rivero, AJDA, 1982, p. 209 ; note Hamon, D. 1983, p. 169

¹⁰⁸³ CC, N° 84-141 DC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec, p. 48 CC, N° 85-200 DC du 16 janvier 1986, Rec, p. 9 ; N° 90-283 DC du 8 janvier 1991, Rec, p. 11, note Waschmann, AJDA, 1991, p. 384

¹⁰⁸⁴ CC, 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, *Loi sur la prévention de la corruption*, note Pouyaud, RFDA, 1993, p. 902, chron Picard, JCP, 1993, I p. 3670

d'entreprendre est indéterminée¹⁰⁸⁵. Un problème d'interprétation non pas des dispositions constitutionnelles elles-mêmes, mais de la jurisprudence doit alors être soulevé : suivant quels critères est-il possible d'établir que les restrictions éventuelles à la liberté d'entreprendre seraient estimées abusives ? En tout état de cause, aujourd'hui, le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement, et il n'effectue donc aucun contrôle sur l'opportunité de la création par le législateur d'un service public¹⁰⁸⁶.

Conclusion §1 :

320. Le principe de subsidiarité n'a été appliqué en France qu'avec la jurisprudence *Casanova* et *Chambre syndicale du Commerce en détail de Nevers*. Or, comme nous l'avons dit, cette jurisprudence a assez vite été remise en cause puisque dans la jurisprudence postérieure, comme l'explique F. Moderne, « dès lors que l'activité à caractère économique entreprise par une collectivité publique correspondait par ailleurs à un objectif de service public administratif (hygiène, santé publique, restauration économique, police de la circulation, etc.), il importait peu que le secteur privé soit présent et efficient, ou absent, ou défaillant : il n'était pas pris en considération »¹⁰⁸⁷. Ce principe, qui découle de la jurisprudence du Conseil d'État ne s'applique pas au législateur et le Conseil constitutionnel, qui a reconnu la liberté d'entreprendre comme un principe constitutionnel sur le fondement de l'article 4 de la DDHC, ne semble pas avoir posé de limites de subsidiarité à celui-ci. Au Royaume-Uni, il n'existe pas de principe de liberté du commerce et de l'industrie, mais le principe de liberté joue un rôle structurant dans l'ordre juridique (§2).

¹⁰⁸⁵ M. LONG, G. GUGLIEMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, Op cit, p. 483

¹⁰⁸⁶ Ibid, p. 484

¹⁰⁸⁷ Comme l'explique F. Moderne, *Cette conception, dite parfois « subjective », du service public, prenait appui sur l'intention, affichée ou supposée, des gouvernants. Et si, dans d'autres hypothèses, la création d'un service public marchand était susceptible d'altérer sensiblement le fonctionnement normal du marché, on ne saurait dire que la motivation essentielle du juge administratif, lorsqu'il contrôlait ces créations, reposait sur l'analyse de l'offre privée. (...) Le Conseil d'Etat s'attachait essentiellement à la motivation d'intérêt général (qu'il qualifiait généreusement, en fonction des circonstances de chaque affaire) et sur l'intention des pouvoirs publics, à l'échelon national comme à l'échelon local ». F. MODERNE, Op cit, p. 572*

§2 La priorité à l'idée de liberté au Royaume-Uni

321. Il ne semble pas exister, au Royaume-Uni, d'équivalent exact au principe de la liberté du commerce et de l'industrie tel qu'il est formulé en droit français. Comme le relève T. Perroud, à aucun moment Dicey ne parle de la liberté du commerce dans son analyse de la constitution anglaise¹⁰⁸⁸. Toutefois, les activités de réglementation (A) comme celles de prestation (B) sont limitées par la priorité laissée à l'idée de liberté.

A) Activités de réglementation

322. En ce qui concerne l'activité de réglementation, le *common law* semble protéger la liberté du commerce des interventions de la puissance publique. Il a ainsi établi que le règlement d'une commune qui porte atteinte à la liberté du commerce est illégal, à moins de trouver une base légale dans la coutume¹⁰⁸⁹. La liberté du commerce sera ensuite établie expressément : « *d'après le common law, toute personne peut exercer tout commerce où il lui semble bon, à moins qu'une coutume n'en dispose autrement* »¹⁰⁹⁰. Dans le récent arrêt *R. v Coventry City Council ex p. Phœnix Aviation*, les juges ont réaffirmé l'obligation qui incombe aux personnes publiques de

¹⁰⁸⁸ T. PERROUD, *La fonction contentieuse ...*, Op cit, p. 584

¹⁰⁸⁹ L. MANSFIELD in *Hesketh v Braddock*, 11 February 1766, 97 E.R. 1130, p. 1856 (« *For, a bye-law "to exclude," without a custom to support it, would be void, as an illegal restraint upon the common right of the subject* ») cité par T. PERROUD, Ibid, p 584.

¹⁰⁹⁰ *Clark, Esq., Chamberlain of the City of London v Le Cren*, 24 January 1829, (1829) 9 Barnewall and Cresswell 52, 109 E.R. 20, p. 58 : « *By common law, any person may carry on any trade in any place, unless there be a custom to the contrary, and if there be such a custom, then a by-law in restraint of trade warranted by such custom will be good.* », cité par T. PERROUD, Ibid ; V. aussi « *Local Government* », in Halsbury's Laws of England, vol. 69, 2009, 5th ed., n° 565, cité par T. PERROUD, Ibid. La reconnaissance de la liberté du commerce face aux mesures prises par l'autorité publique trouve, selon l'auteur, son fondement dans le grand arrêt sur les monopoles de 1623, dans lequel il fut jugé que l'attribution par la Couronne d'un « odieux » monopole portant sur la manufacture des cartes est illégale. V. *Case of Monopolies*, 77 Eng. Rep. 1260 (1378-1865), cité par T. PERROUD, Ibid ; V. aussi V. T. B. NACHBAR « *Monopoly, Mercantilism, and the Politics of Regulation* », *Virginia Law Review*, 91(6), p. 1313

respecter et même de protéger l'exercice de cette liberté¹⁰⁹¹. Comme en France, un tel principe est difficile à établir pour les activités de prestation (B).

B) Activités de prestation

323. Comme le relève T. Perroud, on ne trouve pas, dans la jurisprudence, d'équivalent au principe de liberté du commerce et de l'industrie servant à contrôler la création d'activités concurrençant les activités privées¹⁰⁹². Pour A-E. Villain-Courrier, le principe de liberté, considéré comme fondateur de l'ordre juridique, limite l'intervention des personnes publiques pour la fourniture directe de services industriels et commerciaux. Cette priorité à l'idée de liberté est décrite par Dicey dans son *Introduction to the Law of the constitution* : l'auteur avance que ce principe a une portée fondamentale, même s'il n'est contenu dans aucun texte de loi, car le transcrire juridiquement est une idée totalement étrangère aux modes de pensée juridique anglais¹⁰⁹³.

324. Pour l'auteure, qui décrit le raisonnement juridique anglais, le fait que l'idée de liberté ne soit pas consacrée par un texte, mais qu'elle soit une pratique de tous les jours est un gage de respect de ce principe : la protection n'en sera alors que meilleure, car la « *liberté individuelle (ne sera pas) un privilège spécial, mais le résultat du droit ordinaire* » tel qu'appliqué par le juge »¹⁰⁹⁴. Ainsi, pour l'auteure qui décrit le raisonnement anglais, lorsque le droit commun est

¹⁰⁹¹ V. R. v Coventry Airport Ex p. Phoenix Aviation, [1995] 3 All E.R. 37 : « les autorités publiques ayant la responsabilité d'administrer les ports et aéroports victimes des perturbations causées par des manifestations pour les droits des animaux ne jouissaient d'aucune compétence générale dans leurs textes institutifs pour faire des discriminations entre commerces légaux. Il n'y avait aucune urgence et par conséquent aucune justification pour ne pas respecter leur devoir d'accepter tout commerce légal (...). L'état de droit n'autorise pas les autorités publiques à répondre à des manifestations illégales et à capituler devant la menace de groupes de pression mais les oblige, au contraire, à coopérer avec la police pour permettre aux individus de poursuivre leur activité commerciale légale », cité par T. PERROUD, Ibid. Le raisonnement du juge est dans cet arrêt similaire à celui adopté par le CE dans l'arrêt Benjamin : il s'agit de déterminer si les atteintes à la liberté du commerce qui résultent d'une mesure prise par l'autorité publique pour protéger l'ordre public est proportionnée à la menace.

¹⁰⁹² T. PERROUD, Ibid, p. 585 ; L'auteur relève toutefois que certains auteurs ont affirmé expressément cette idée de subsidiarité de l'intervention publique par rapport aux privés : V. G. L. Gomme, *Lectures on the principles of local government: delivered at the London School of Economics*, Westminster, A. Constable, 1897, p. 145 « *It is not within the province of local government to enter into competition with the private trader* », cité par T. PERROUD, Ibid.

¹⁰⁹³ A.V. DICEY, *Introduction to the law of the Constitution*, Ed 1982, Op cit, p. 124

¹⁰⁹⁴ Ibid.

régi par le *common law*, la loi fait figure de dérogation. Or, le droit anglais ne reconnaît pas à l'État le pouvoir de créer des services publics sans habilitation spécifique de la loi¹⁰⁹⁵. La dérogation transcrite par le recours à la loi et non à travers une catégorie juridique de l'intérêt général est significative. Elle indique que priorité est laissée normalement au droit commun et à l'initiative privée, mais qu'en l'espèce le droit commun est insuffisant pour satisfaire aux besoins de la population : le Parlement estime nécessaire, dans cette hypothèse, de créer un dispositif particulier pour répondre à la somme des intérêts particuliers, constituant ici non seulement l'intérêt général, mais plus encore l'intérêt public¹⁰⁹⁶.

Conclusion §2 :

325. Au Royaume-Uni, il n'existe pas, comme en France de pouvoir pour les collectivités territoriales de créer des services publics sans accord préalable de la loi. Or, le Parlement est souverain, et l'idée de liberté présente dans le *common law* ne lui est donc pas imposée. Au contraire, en Italie, l'intervention publique est largement encadrée par la Constitution de 1948, mais celle-ci consacre une économie mixte où l'intervention de l'État est considérée comme nécessaire et non subsidiaire aux activités privées (§3).

§3 L'avènement d'une économie mixte en Italie

326. En Italie, la situation est plus complexe. De la réunification jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1948, le juge administratif italien ne s'est pas prononcé sur l'intervention de la puissance publique sur le marché. Contrairement au système français et au système anglais, dans lequel le juge a joué un rôle important pour la diffusion des principes libéraux, c'est en Italie du seul législateur que découlera le rôle de l'Etat dans l'économie. À cet égard, S. Cassese distingue, entre 1861, date de la réunification et les années 1970 quatre périodes caractérisées par des interventions différentes de l'État dans l'économie¹⁰⁹⁷. Entre la réunification et la fin du siècle, l'intervention de l'État dans l'économie se résume à l'unification et la création d'un grand

¹⁰⁹⁵ *A-G v Smethwick Corpn* (1932), 1Ch 563 ; *A-G v Fulham Corpn* (1921)1Ch 440

¹⁰⁹⁶ A-E. VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 226

¹⁰⁹⁷ V. S. CASSESE, « La vecchia costituzione economica » in S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, p. 7

marché national, duquel l'Etat doit se tenir éloigné¹⁰⁹⁸.

327. Au début du XXe siècle, la politique économique change. On assiste, comme au Royaume-Uni et en France, au développement d'un socialisme municipal, impulsé non pas par les communes, mais par le législateur lui-même¹⁰⁹⁹. La loi de 1903, déjà citée, permet en effet aux communes de municipaliser certaines activités que la loi qualifie de services publics. Comme nous l'avons déjà souligné, la question s'est posée de savoir si cette liste était exhaustive, ou si les communes pouvaient prendre l'initiative de municipaliser des activités qui n'avaient pas été citées par la loi. Le juge administratif ne s'est pas prononcé sur cette question. Toutefois, l'adoption d'une loi qui autorise la municipalisation de certaines activités laisse penser que les communes n'auraient pas pu décider elles-mêmes de créer ces activités, et donc que comme en Grande-Bretagne, un service public ne peut être créé que par autorisation de la loi. La situation se clarifie considérablement avec l'entrée en vigueur de la Constitution de 1948, tant en ce qui concerne l'activité de réglementation par les personnes publiques des activités privées (A), que par l'activité de prestation directe par les personnes publiques (B).

A) Activités de réglementation

328. Si l'article 41 reconnaît dans son alinéa 1er la liberté d'entreprendre pour les personnes privées, l'alinéa 3 du même article prévoit toutefois que la loi peut coordonner et diriger l'activité publique et privée à des fins sociales. D'abord considéré par la doctrine comme contradictoire¹¹⁰⁰, cet article fut analysé comme la coexistence de deux valeurs idéologiques opposées, la liberté et l'interventionnisme étatique. La question fut d'abord posée de savoir si l'interventionnisme devait être analysé comme une exception à la liberté¹¹⁰¹, ou si ces deux

¹⁰⁹⁸ Ibid, p. 8

¹⁰⁹⁹ V. Chapitre 1, Section 1, Sous-section 1.

¹¹⁰⁰ P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1964, p. 309s.; E. CHELI, « Libertà e limiti alla iniziativa privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina », in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, p. 303 ; D. FARIAS, « Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto », in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, p. 159s

¹¹⁰¹ En ce sens, R. FLAMMIA, « Sui limiti contenuti nell'art. 41 Cost. », in *Mass. giur. lav.*, 1958, 271 ; PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, Padova, 1965, p. 382

valeurs devaient se voir reconnaître une valeur paritaire¹¹⁰². Pour répondre à cette question a priori insoluble, la doctrine passera par la distinction radicale entre deux libertés économiques : la propriété, conçue comme en droit romain, comme une domination potentiellement illimitée du sujet sur la chose, alors que la liberté de l'entreprise apparaît consubstantielle aux finalités de la production, et a pour objet non pas une chose, mais surtout une activité humaine¹¹⁰³, la première étant donc considérée comme absolue, tandis que la deuxième est dépendante du contexte historique dans laquelle est comprise la liberté¹¹⁰⁴. Cette première distinction aboutit sur une autre, encore plus importante pour la compréhension des trois alinéas de l'article 41 : la distinction entre l'initiative économique privée et sa mise en œuvre¹¹⁰⁵. Il résulte de cette distinction que le fait pour une personne privée d'investir dans n'importe quelle activité de production ne peut être remis en cause, tandis qu'au contraire, l'organisation selon laquelle les personnes privées développent ces activités peut être orientée par la loi, pour permettre d'atteindre des finalités de nature sociale¹¹⁰⁶. Restait alors à déterminer la sphère dans laquelle pouvaient se déployer les restrictions sur le fondement de l'utilité sociale. L'article 41 apporte l'élément primordial de la garantie de la réserve de la loi sur le fondement duquel seule la loi permet d'intervenir et de limiter l'initiative privée. Elle doit le faire en dégagant des critères

¹¹⁰² V. notamment U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Op cit, p. 79s

¹¹⁰³ A. BALDASSARRE, « Iniziativa economica privata » In *Enc. Dir.*, Giuffrè, XXI, 1971, 2) Proprietà ed attività economica (ai sensi dell'art 41Cost)

¹¹⁰⁴ G. RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, trad. it., Giappichelli, 1961, p. 184

¹¹⁰⁵ V. A. BALDASSARE, Op cit, 5) L'iniziativa economica privata ed il suo svolgimento.

¹¹⁰⁶ Ibid. V. aussi G. AMATO, « L'indirizzo degli enti di gestione », RTDP, 1969, p. 535 ; R. DE STEFANO, « Libertà privata e potere pubblico nell'art. 41 della Costituzione », in *Studi sull'art. 41*, Op cit., p. 192s ; SCAGLIOLA DE TRASSARI, « Programmazione e libertà d'iniziativa economica », Op cit, p. 260s ; A. SITZIA, D. SEGA, « Interventi. Le dimensioni della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza », in *Dir. relaz. ind.*, 2011 ; Pour expliquer la limitation de la mise en oeuvre de l'initiative privée par des finalités de nature sociale, certains auteurs font référence à la notion de « bien commun », par essence universelle. V. V. F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, p. 188

propres à délimiter strictement le domaine d'intervention¹¹⁰⁷. En ce qui concerne l'activité de prestation directe par les personnes publiques, elle est également mentionnée à l'alinéa 3 de l'article 41 qui dispose que la loi peut coordonner et diriger l'activité publique comme privée à des fins sociales (B).

B) Activités de prestation

329. La formulation de l'alinéa 3 de l'article 41 a amené les auteurs à considérer que la Constitution consacrait un modèle d'économie mixte, dans lequel les personnes publiques ont la même légitimité que les privés pour intervenir sur le marché, et dans lequel les rôles de chacun sont également nécessaires¹¹⁰⁸. Cela a permis la multiplication des interventions directes dans l'économie, et a encouragé la nationalisation de nombres d'activités, la limite, contrôlée par la Cour constitutionnelle, étant la finalité sociale de l'activité en cause¹¹⁰⁹. L'article 43, interprété en corrélation avec l'article 41, permet d'entériner le rôle attribué à l'État par la Constitution : un rôle d'acteur, qui va plus loin que celui de seul régulateur de l'économie¹¹¹⁰. Cet article permet en effet au législateur de réserver à l'Etat certaines activités qui sont qualifiées de « service public essentiel ».

330. Le législateur est libre de déterminer quelles sont les activités qui représentent un «service public essentiel », mais il est soumis au contrôle de « *raggionevolezza* » de la Cour

¹¹⁰⁷ La Cour a d'abord envisagé ce critère de façon assez large en considérant que les raisons motivant l'intervention du législateur ne devait nécessairement faire l'objet d'une déclaration explicite de celui-ci. En d'autres termes, le législateur n'a pas à se justifier sur l'utilité sociale qu'il souhaite poursuivre en limitant la mise en oeuvre de l'initiative privée. C. Cost, n. 46/1963, qui reprend les principes posés par la décision n. 54 de 1962. Dans un arrêt postérieur de 1991, la Cour répète que pour contrôler l'utilité sociale qui conditionne, selon la Constitution, la possibilité d'affecter l'initiative économique privée, la Cour vérifie simplement qu'il existe une intention du législateur de poursuivre cette finalité sociale, et que les moyens mis en oeuvre pour arriver à cette finalité sont proportionnés.

¹¹⁰⁸ P. SABBIONI, Op cit, p. 286

¹¹⁰⁹ R. NIRO, « Articolo 41 », in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (ed), *Commentario alla Costituzione*, Op cit, p. 846, spéc p. 856s Les caractères objectifs de la notion sont retrouvés plutôt dans l'article 41. Ses fondements sont l'activité économique et les buts sociaux, ses éléments essentiels sont la détermination des programmes et des contrôles ainsi que l'orientation et la coordination. Le service public est donc toute activité économique tant publique que privée que le législateur soumet aux programmes et contrôles afin de l'orienter et de la coordonner en vue de buts sociaux.

¹¹¹⁰ A. LUCARELLI, « Articolo 43 », in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (ed), *Commentario alla Costituzione*, Op cit, p. 883

constitutionnelle, pour l'identification des activités qui doivent être soumises au monopole. En conséquence, le service public sera susceptible d'évoluer en relation avec la conscience publique et avec les diverses doctrines économiques et sociales, que le législateur devra représenter. Cette vision qui semble découler des articles 41 et 43 de la Constitution italienne rappelle la conception de Jèze, pour qui le service public, c'est « *uniquement les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné, ont décidé de satisfaire par le procédé de service public* »¹¹¹¹.

La Cour a focalisé son contrôle sur la légitimité de l'intervention étatique au titre de l'article 43 de la Constitution, c'est-à-dire la nationalisation de certaines activités. En ce qui concerne ce contrôle et l'imposition de finalités particulières aux activités privées prévue par l'article 41, la Cour opère un bilan, un contrôle de proportionnalité, ou de « *ragionevolezza* » entre les différentes valeurs exprimées par la Constitution. Le droit positif en vigueur à cette époque ne permet donc pas de conclure en la présence d'un principe de subsidiarité fonctionnelle puisque selon les mots de Franck Moderne, « il ne serait pas convaincant, croyons-nous, de se référer à la « subsidiarité » de l'intervention économique publique au seul motif que la Constitution fait place à la liberté du commerce et de l'industrie ou à la liberté d'entreprendre, si elle accepte parallèlement l'éventualité de l'initiative publique en matière économique »¹¹¹², ce qui est le cas de la Constitution italienne. Des changements majeurs sont toutefois intervenus dans les années 90 avec l'introduction du droit de la concurrence dans les services publics qui en étaient jusqu'alors exempts sur le fondement de l'article 43 de la Constitution¹¹¹³.

Conclusion §3 :

En Italie, plus encore que dans les deux autres États, la Constitution consacre une économie mixte dans laquelle l'intervention publique est considérée comme légitime par principe.

¹¹¹¹ G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. 2, 1930, réédition Dalloz, 2003, p. 16

¹¹¹² F. MODERNE, *Op cit*, p. 570

¹¹¹³ D. SORACE, S. TORRICELLI, « Régulation et services d'utilité publique en Italie », in G.MARCOU, F.MODERNE, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome 2 Expériences européennes, L'harmattan, 2004, p. 348s

Conclusion Sous-section 1 :

331. Le principe de liberté ne fonde pas, dans les trois États, une prohibition faite au législateur de créer un service public. Le seul cas dans lequel le principe de subsidiarité fonctionnelle ait réellement été appliqué est la jurisprudence Commerce en détail de Nevers, puisque c'est le seul cas où, pour reprendre les termes de F. Moderne, « *la liberté laissée aux personnes privées d'exercer une activité économique s'accompagne dans cette hypothèse d'une condition de subsidiarité qui obligerait les pouvoirs publics à n'opérer dans le champ économique qu'en cas de carence ou d'insuffisance de l'initiative privée, c'est-à-dire à attendre que le secteur privé ait épuisé ses potentialités* »¹¹¹⁴.

332. La subsidiarité fonctionnelle est toutefois un principe latent, « *présent sous forme discrète, en toile de fond, et correspond à une certaine conception de l'intervention de l'État dans la vie économique* »¹¹¹⁵. Ce principe tient une place assez importante et permet de justifier aux yeux de l'opinion et du public l'intervention du législateur lorsque des principes considérés comme fondamentaux ne sont plus assurés par le jeu du marché. Si l'intervention de l'État est supplétive, c'est qu'elle est conditionnée par les besoins nés de l'interdépendance sociale auxquels les gouvernés, livrés à eux-mêmes, ne sauraient ou ne pourraient répondre. Mais, dans ce cadre précis, « supplétif » ne veut pas dire « facultatif »¹¹¹⁶.

Dans les trois États, le législateur semble jouir d'une certaine liberté pour définir les besoins qui ne peuvent pas être satisfaits par l'initiative privée et qui doivent être soustraits aux règles de la concurrence. Cette liberté s'exerce sous le contrôle du Conseil d'État et du Conseil Constitutionnel en France, et de la Cour constitutionnelle en Italie. Cette conception sera battue en brèche par le droit de l'Union selon lequel le principe est la soumission de toutes les entreprises, publiques ou privées, aux règles de la concurrence (Sous-section 2).

¹¹¹⁴ F.MODERNE, Op cit, p. 570

¹¹¹⁵ F. MODERNE, Op cit, p. 571

¹¹¹⁶ Ibid.

Sous-section 2 : Une redéfinition des contours du service public sous l'influence du droit de l'Union¹¹¹⁷

333. Le droit de la concurrence est le fondement du droit européen : il est dans l'esprit des rédacteurs du traité, le moyen par lequel on doit parvenir à l'intégration politique, selon la doctrine fonctionnaliste, ou des « petits pas », grâce à la réalisation du marché commun.

Considérée de manière générale, l'intervention des autorités publiques relève des « *dispositions relatives aux atteintes portées au fonctionnement normal du régime de la concurrence par l'action des États* », comme l'a admis la Cour de justice dans l'arrêt du 19 juin 1975, *Industria Gomma Articoli Vari*¹¹¹⁸. L'article 106§2 TFUE dispose que les règles de la concurrence du droit de l'Union s'appliquent même aux entreprises en charge de services d'intérêt économique général, « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». Les dispositions de l'article 106 TFUE sont restées, comme nous l'avons souligné, ineffectives jusque dans les années 80, au moment où, dans la perspective de l'entrée en vigueur de l'acte unique, de 1987, la Commission et la Cour soulignent la nécessité d'ouvrir à la concurrence les secteurs qui ne l'étaient pas encore. La Cour a, en 1990, dans l'arrêt Hofner, adopté une définition très large de la notion d'entreprise qui vise « *toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ». Ainsi, pour se mettre en conformité avec le droit de l'Union européenne, les États doivent progressivement libéraliser et mettre en concurrence toute activité étant considérée comme économique par la Cour de Justice. La superposition entre monopoles publics, entreprises publiques et services publics doit être remise en cause, pour soumettre aux forces du marché des activités qui ne le seraient pas encore.

334. L'interprétation téléologique des traités par la Cour poussait donc à séparer les activités économiques, auxquelles s'appliquent sans restriction les règles de la concurrence, et l'exercice

¹¹¹⁷ V. pour un résumé très complet R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », RTDE, 1996, p. 216

¹¹¹⁸ CJCE, 18 juin 1975, *Industria Gomma Articoli Vari IGAV contre Ente nazionale per la cellulosa e per la carta ENCC*, n° C-94/74

des pouvoirs publics auxquels ne s'appliquent pas les règles de la concurrence¹¹¹⁹. En ce qui concerne les dérogations auxquelles fait référence l'article 106§2 TFUE, La Cour avait également interprété de façon très restrictive les dispositions de l'article 106§2 TFUE permettant une dérogation aux règles de la concurrence pour la mise en œuvre des missions particulières confiées aux entreprises. Dans l'arrêt *Port de Merter*¹¹²⁰, elle avait considéré que la possible dérogation de l'article 106§2 TCE devait être mise systématiquement en balance avec la sauvegarde des intérêts de la Communauté.

335. Face aux contestations de certains États membres qui craignaient pour la remise en cause de leur modèle social, et notamment l'impossibilité de financer leurs services publics, la Cour a toutefois été amenée à atténuer les effets de cette jurisprudence en conceptualisant précisément les possibilités de dérogation sur le fondement de l'article 106§2 TFUE. Les arrêts *Corbeau*¹¹²¹ et *Almelo*¹¹²² sont révélateurs de ce revirement de jurisprudence. Dans l'arrêt *Corbeau*, la Cour considère que les dérogations sont justifiées si celles-ci sont nécessaires à la mise en œuvre de la mission. Dans l'arrêt *Almeno*, elle va encore plus loin en considérant qu'il est nécessaire de tenir compte, pour juger de la nécessité des dérogations « *des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement* » auxquelles elle est soumise.

336. Ces services ne sont pas forcément confiés à une personne publique : l'Union est indifférente à la nature publique ou privée des entreprises. Mais ils sont créés et gérés par les États membres et se rapprochent à ce titre du critère de la définition de l'offre qui nous permettait, en introduction, de définir le service public. Le développement de la conception des SIEG par le droit de l'Union se traduit donc par une délimitation plus fine des contours du

¹¹¹⁹ G. MARCOU, « Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario », Op cit, p. 7 ; V. aussi G. MARCOU, « Introduction: intégration juridique et logiques nationales », p.21, in G. MARCOU(ed), *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, 1995

¹¹²⁰ CJCE, 14 juin 1971, *Muller; Port de Merter*, aff 70-123, rec 1971, p. 723

¹¹²¹ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff C 320/91

¹¹²² CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres*, aff C 393-92

service public¹¹²³. L'intervention publique est circonscrite par la définition d'obligations spécifiques que doivent mettre en œuvre les entreprises chargées de la mission de service public. Ce n'est pas l'activité qui est qualifiée de SIEG, mais au sein de cette activité, ce sont les missions précises confiées par la loi à une entreprise qui sont qualifiées d'intérêt économique générale¹¹²⁴. La conception du service public est désormais fonctionnelle, centrée sur la nature de l'activité et les obligations en cause, et non plus organique¹¹²⁵.

Dans les trois Etats, l'introduction des principes du droit de l'Union dans les droits nationaux conduit à une redéfinition de l'intervention de la puissance publique ainsi qu'à l'ouverture à la concurrence de secteurs autrefois soustraits à celle-ci. En Italie (§3) et en Grande-Bretagne (§2), l'application du droit de la concurrence aux services publics a été facilement acceptée tandis qu'en France, la doctrine et les juges ont difficilement accepté la recomposition du service public « à la française » (§1).

§1 La résistance du « service public à la Française » face au droit européen de la concurrence

Les résistances doctrinales et jurisprudentielles ont mis l'accent sur la spécificité du « service public à la Française », qui ne pouvait se voir appliquer les mêmes règles que celles applicables aux privés (A). Toutefois, certaines voix se sont fait entendre pour expliquer que les règles de la concurrence pouvaient être conciliées avec la vision française du service public, ce qui a conduit à des revirements de jurisprudence particulièrement attendus (B).

A) Les résistances doctrinales et jurisprudentielles à l'introduction du droit de la concurrence dans les services publics

337. L'histoire de la rencontre entre service public et droit communautaire en France est celle

¹¹²³ J. CHEVALLIER, « Les nouvelles frontières du service public », Regards croisés sur l'économie, 2007, n° 2, p. 22

¹¹²⁴ G. GUGLIEMI et G. KOUBI, *Droit des services publics*, Op cit, p. 1899, et V. CJCE, *Porto di Genova*, 10 décembre 1991, Aff C179/90, Rec, p. I-5889, RFDA, 1993, p. 356 où la Cour distingue au sein des activités portuaires, celles qui relèvent d'un SIEG et celles qui ne constituent qu'un service économique.

¹¹²⁵ J. CHEVALLIER, Op cit, p. 22

d'un conflit. La « conception française du service public »¹¹²⁶ ou « le service public à la française » a été brandi comme un étendard contre l'indifférence du droit de l'Union à son encontre. Cette menace est prise particulièrement au sérieux par le Conseil d'État qui dans son rapport de 1995 sur le service public écrit que « *L'Europe n'instruit pas le procès des services publics : elle fait pire, elle ignore largement la notion de service public et l'existence des services publics* »¹¹²⁷.

Le rapport Stoffaës de 1996 reprenait cette idée : il soulignait qu'il s'agissait de « *prendre la mesure des différences qui séparent les démarches intellectuelles du droit communautaire et celles du service public à la française : le premier est au service du marché et voit dans l'action publique une source de distorsions, le second a plutôt un préjugé favorable à l'égard de l'intervention publique* »¹¹²⁸. Produit historique d'une évolution juridique, devenu emblématique d'un modèle de société¹¹²⁹, le service peut survivre aux crises internes¹¹³⁰, mais peut difficilement accepter les bouleversements venus d'ailleurs. La doctrine a particulièrement commenté cette incompatibilité entre droit communautaire et service public¹¹³¹.

¹¹²⁶ V. parmi la littérature abondante sur ce sujet : B. STIRN, « La conception française du service public », CJEG, 1993, p. 299 ; J.-M. PONTIER, « Sur la conception française du service public » D. 1996, 11/01/1996, p. 9

¹¹²⁷ Conseil d'Etat, Rapport Public 1994, EDCE n° 46, Paris, La documentation française, 1995

¹¹²⁸ Rapport Stoffaës, Op cit, p. 296-297

¹¹²⁹ L. NIZARD, A propos de la notion de service public : mythes étatiques et représentations sociales, in *Recueil d'études en hommage à C. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 91 ; J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF 5ème ed, 2003 ; Certains auteurs vont jusqu'à écrire que la dimension politique et affective du service public aurait dépassé la dimension juridique : J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, 1989, p. 316 : « *Le service public est moins une notion juridique que politique, dont la charge affective – positive ou négative – demeure, mais dont le maniement pratique doit s'entourer d'une certaine circonspection* ».

¹¹³⁰ V. dès le milieu du XXe l'abondante littérature qui commente et probablement nourrit l'idée d'une crise de la notion : G. MORANGE, « Le déclin de la notion juridique de service public », Dalloz Ch, 1947, XII, p 45-48 ; J.-L. DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1954.

¹¹³¹ S. GARCERIE, « Service public et droit communautaire : une nouvelle crise de la notion de service public », *Sociétés contemporaines*, 1998(32), p. 37 ; N. BELLOUBET-FRIER, « Service public et droit communautaire », *AJDA*, 1994, p. 270 ; M. VOISSET, « Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », *RFDA*, 1995, p. 304 ; J. CHEVALLIER, « Regards sur une évolution », *AJDA*, 1997, n° spécial, p. 8 ; M. BAZEX, « L'appréhension des services publics par le droit communautaire », *RFDA*, 1995, p 295 ; J.-M. RAINAUD, *La crise du service public*, PUF, *Que sais-je ?*, 1999, p. 126 ; E. DELACOUR, « Service public et construction européenne : la guerre des droits n'aura pas lieu », *Petites Affiches*, 1997, n° 114, p. 4 ; C. LONDON, « Le service public dans la tourmente », *Petites affiches*, 1998, n° 58, p. 16 ; C. STOFFAËS, « Reprendre l'initiative et forger des alliances », in P. BAUBY et J.-C. BOUAL(ed), *Les services publics au défi de l'Europe*, Les éditions ouvrières, 1993 ; Rapport de C. Buisson, *Le droit communautaire de la concurrence et le service public*, Commissariat général au Plan, 1994

338. Les règles de droit de la concurrence avaient été introduites dans le droit français avec l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment aux articles 7 et 8 qui prohibaient les ententes et les abus de position dominante. L'article 53 de cette ordonnance prévoyait expressément que ces règles s'appliquaient à « toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ». Dans sa décision du 23 janvier 1987¹¹³², le Conseil constitutionnel avait déclaré constitutionnel le transfert du contrôle des décisions du Conseil de la concurrence au seul juge judiciaire, « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice », pour « empêcher que l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique n'engendre des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de compétence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire ». Les règles de la concurrence s'appliquent donc aux personnes publiques, dans leur activité de production, de distribution et de services, et relèvent du contrôle du Conseil de la concurrence sous le contrôle du juge judiciaire.

339. Dans un arrêt *Ville de Pamiers* du 6 juin 1989¹¹³³, le Tribunal des Conflits avait toutefois émis une réserve importante en considérant que l'organisation d'un service public n'était pas constitutive d'une des trois activités précitées, et que l'acte juridique de dévolution d'un tel service relevait donc de la compétence du juge administratif. Suite à cet arrêt, le Conseil d'État avait affirmé son refus clair d'appliquer les règles de la concurrence à des actes administratifs, qui ne sauraient constituer par eux-mêmes des activités de production, de distribution et de services¹¹³⁴. Cette jurisprudence, issue d'une idéologie partagée jusqu'alors par la majorité de la doctrine¹¹³⁵ sera manifestement impactée par le rapport Denoix de Saint Marc, qui tente de

¹¹³² CC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, dite « Conseil de la Concurrence »*, décision n° 86-224 DC, note Sestier in *La semaine juridique*. Edition générale, 1987 ; note Rousseau, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1987 ; note Genevois, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, n III, p 600-603 ; note Chevallier, *AJDA*, 1987 ; note Drago, « Le conseil de la concurrence », *SJEG*, 1987, n° 42 ; note Genevois, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, 1990, p. 703 ; note Melleray, « En relisant la décision Conseil de la concurrence », *AJDA*, 2017, p. 91

¹¹³³ TC, 6 juin 1989, n° 2578, *Lyonnaise des eaux c/ Commune de Pamiers*, Rec, p. 292 ; RFDA, 1989 p. 457, Conclusions Stirn.

¹¹³⁴ CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, 138504, Rec, p. 226, conclusions Scanvic.

¹¹³⁵ V. J. CAILLOSSE, « Service public et concurrence. Le service public entre deux mythologies », *Droit ouvrier*, 2008, p. 199, spéc p. 202

réconcilier la notion de service public avec les règles de la concurrence (B).

B) La réconciliation entre service public et concurrence

340. Le rapport R. Denoix De Saint Marc est la première étape dans la tentative de réconciliation entre droit communautaire et service public. Il tente de réhabiliter les changements opérés par le droit de l'Union sur les modes de gestion avec la notion française de service public : « *les débats récents ont souffert de la confusion entre deux niveaux d'analyse ; ces débats ont confondu la doctrine du service public avec la forme d'organisation du service public, spécialement les publics utilities. Beaucoup de Français ont sincèrement pensé qu'en réformant le second, nous attaquons le premier* »¹¹³⁶. Le service public devait dès lors être distingué du secteur public. En l'absence d'une exigence intrinsèque de monopole dans le droit français, selon le rapport, le service public « à la française » n'était pas incompatible avec les exigences du droit communautaire. Plutôt que de se concentrer sur la forme institutionnelle, il fallait considérer le service public comme un moyen de satisfaire les besoins des usagers des services publics et d'assurer la cohésion sociale¹¹³⁷. L'évolution de la jurisprudence du juge administratif suivra sans aucun doute cette logique¹¹³⁸. Le Conseil d'État a d'abord effectué un revirement de jurisprudence en acceptant d'intégrer les principes découlant du droit de la concurrence dans le bloc de légalité administrative (1), ce qui modifie les conditions de légalité de l'intervention des personnes publiques sur le marché : celles-ci sont désormais libres d'intervenir même sans

¹¹³⁶ R. DENOIX DE SAINT MARC, Mission présidée par Renaud Denoix de Saint Marc, Rapport au premier ministre, Le service public, Paris, La documentation française

¹¹³⁷ V. L'évolution de la doctrine qui après avoir commenté l'incompatibilité entre le droit communautaire et la notion de service public, développera l'idée d'une certaine forme de syncrétisme de la notion : Y. GAUDEMET, « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès », *Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 473-485 ; J. CAILLOSSE, « Le service public est mort ! Vive le service public ! », Rapport de synthèse, in S. DECRETON (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p. 399 ; L. DUBOUIS, « Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques ? », *Mélanges P. Ardant*, LGDJ, 1999, p. 443 à 452 et « Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat », *Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 293

¹¹³⁸ V. notamment parmi l'abondante littérature : J. CAILLOSSE, « Service public et concurrence. Le service public entre deux mythologies », *Op cit*, p. 199 ; M. BAZEX, « Le droit public de la concurrence », RFDA, 1998, p. 781 ; J. CAILLOSSE, « Le droit administratif saisi par la concurrence ? », AJDA, 2000, p. 99 ; G. CLAMOUR, « Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », JCP A, n° 44/45, 2007, n° 2286, p. 48 ; B. STIRN, « Droit public et droit de la concurrence », *Mél. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 555 ; D. CASAS, « Les personnes publiques et les règles de la concurrence : vers l'égalité concurrence ? », CFP, Nov 1999, p. 3 ; G. ECKERT, « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », in *Gouverner, administrer, juger, Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 207

carence de l'initiative privée, mais dans des conditions d'égale concurrence avec les personnes privées (2).

1) Consécration des règles de la concurrence dans le bloc de légalité administrative

341. Le Conseil d'État effectuera suite à ce rapport, un revirement particulièrement attendu, en acceptant d'introduire, dans l'arrêt *Millions et Marais*¹¹³⁹, l'ordonnance de 1986 dans le bloc de la légalité administrative et en acceptant donc de contrôler la légalité d'un acte administratif au regard des règles du droit de la concurrence contenues dans l'ordonnance. Le Commissaire du gouvernement Stahl, dans ses conclusions, éclaire les failles du raisonnement juridique qui prévalait jusqu'alors et la nécessité du revirement tant attendu : « *Votre vision du service public, fait-il observer à la Section du contentieux, d'abord centrée sur l'usager, ne prend qu'accessoirement en considération l'impact que peuvent avoir les modalités d'organisation du service sur le milieu économique extérieur. Or, concéder un service public, c'est-à-dire confier à un opérateur des droits exclusifs ne nous paraît en effet pas complètement indifférent au droit de la concurrence : la décision administrative n'est pas exempte des conséquences sur la situation des autres entreprises qui interviennent dans le même secteur que le concessionnaire. Réserver à un opérateur le droit d'intervenir sur un marché déterminé affecte nécessairement, croyons-nous, le libre jeu de la concurrence* »¹¹⁴⁰. S'en suivra une longue série d'arrêts dans lesquels le

¹¹³⁹ CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, Rec p. 406, RFDA, 1997, p. 1228, concl. Stahl, AJDA, 1997, p. 1012 et note Guezou, AJDA, 1998, p. 247 ; note Gaudemet, RDP, 1998, p. 256 ; V. parmi l'abondante littérature « Dix ans après l'arrêt Million et Marais : et après ? », par le JCP A, 2007, n° 44-45

¹¹⁴⁰ Concl J.-H. Stahl sous *Millions et Marais*, RFDA, 1997, p. 1228 à 1243 ; V. aussi J. CAILLOSSE, Op cit, p. 202, qui s'appuyant sur ces conclusions commente le revirement de jurisprudence : « *Selon celle-ci en effet l'acte de dévolution d'un service public devait être tenu à l'écart des exigences propres au droit de la concurrence, parce qu'en tant que tel il ne pouvait compromettre cette dernière d'aucune façon. Avec ce découpage juridique de la réalité – c'est là bien sûr tout le travail d'une qualification juridique dont on voit, une fois de plus, combien elle n'est jamais nécessaire –, la jurisprudence pouvait faire semblant d'ignorer que les services publics évoluent dans un environnement concurrentiel. Cette position intellectuelle a pu être tenue tant qu'elle était en accord avec une configuration socio-économique mais aussi idéologique qui lui donnait sens. Elle était devenue pour le moins vulnérable : d'autant que les développements spectaculaires du droit communautaire de la concurrence – pour ne parler que de ceux-là – avaient sérieusement contribué à l'ébranler. Continuer à lire la réalité juridique de l'action publique à travers des conceptions du partage administration/entreprise démenties par les pratiques sociales n'était plus possible* ».

Conseil d'État acceptera d'appliquer les règles de la concurrence à toutes sortes de situations¹¹⁴¹. Cette évolution jurisprudentielle concernant l'application des règles de la concurrence à tous les actes des personnes publiques est suivie d'une évolution jurisprudentielle sur le terrain du contrôle de l'intervention des personnes publiques sur le marché (2).

2) L'évolution du contrôle de l'intervention des personnes publiques sur le marché

342. Selon la jurisprudence *Ville de Nanterre*¹¹⁴², qui avait assoupli la jurisprudence *Chambre du Commerce en détail de Nevers*, l'intervention d'une personne publique dans le secteur marchand était conditionnée à l'insuffisance du secteur privé sur le marché. Dans un arrêt de 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*¹¹⁴³, le Conseil d'État, suivant sur ce point l'avis contentieux du 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*¹¹⁴⁴, abolit la condition de la carence quantitative ou qualitative du privé. L'intérêt général suffit désormais à lui seul à justifier l'intervention d'une collectivité publique dans le secteur marchand, lequel peut « résulter

¹¹⁴¹ V. CE, Sec, 26 mars 1999, *Sté EDA*, concl. J.-H. Stahl, AJDA, 1999, p. 427s, note M. Bazex ; RDI, 1999, p. 630, obs. Lavalie ; D. 2000, jurispr. p. 204, note Markus ; RDP 1999, p. 1545, note Manson, dans lequel le CE accepte d'appliquer les règles de la concurrence à la gestion du domaine public. Ceci constitue un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, Concl. Guldner, 1958, p. 73 ; V. aussi CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, concl. Bergeal note Schwartz, BJDCP 2001, p. 497 ; CE, 29 juillet 2002, *CEGEDIM*, Rec p. 280, concl. C. Maugué, Dr. adm, 2002, p. 173, note M. Bazex et Blazy : « l'intérêt général qui s'attache au bon accomplissement des missions de l'UGAP ne saurait sans méconnaître les exigences de l'égal accès aux marchés publics et le principe de libre concurrence, justifier l'octroi de droits exclusifs à l'UGAP que dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à cette dernière ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits et pour autant que le développement des échanges n'en est pas affecté dans une mesure excessive » ; En ce qui concerne la compétence, voir TC, 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris et Air France contre TAT European Airlines dite « Société ADP »*, Rec, concl. Schwartz, CJEG, 2000, p. 18 ; AJDA, 2000, p. 1030, note M. Bazex ; Les Petites Affiches, 27 avril 2000, note Guedj ; D. Aff, 2000, n° 28, p. 607, note Louvaris ; confirmé par TC, 4 mai 2009, *Société Editions J-P. Gisserot*, AJDA, 2009, p. 1490, note G. Eckert : Lorsqu'il y a mise en oeuvre de PPP, les JA sont compétents. Lorsqu'il n'y en a pas, les JJ sont compétents. Cela n'empêche pas le conseil de la concurrence de contrôler les actes de PPP car CE peut demander des avis.

¹¹⁴² CE, 20 novembre 1960, *Ville de Nanterre*, Rec, p. 562, RDP, 1965, p. 539 ; AJDA, 1964, p. 586, Revue administrative, 1965, p. 31

¹¹⁴³ CE Ass, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. Lebon p. 272, AJDA 2006, p. 1584, chron. Landais et Lenica ; Contrats Marchés publ. 2006, n° 202, note Eckert ; JCP Adm. 2006 p. 113, note Linditch ; RFDA 2006 p. 1048, concl. Casas, Droit Administratif n° 8 août 2006, Comm 129, note M. Bazex ; GAJA, 15e éd, p. 395.

¹¹⁴⁴ CE, Sect., avis contentieux, 8 nov. 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec. 492, BJCP 2001.111 et RFDA 2001.112, concl. Bergeal ; AJ 2000.987, chr. Guyomar et Collin ; CJEG 2001.58, note Degoffe et Dreyfus ; CMP 2001, n° 2, p. 4, comm. Eckert ; CTI janv. 2001, comm. Célérier ; DA 2001, n° 4, chr. Laidié ; V. les conclusions Bergeal sous l'arrêt : « Le droit de l'intervention économique publique, qui reposait sur un principe de non-concurrence entre les activités publiques et privées, cherche désormais un nouveau fondement dans le principe d'égale concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quel que soit leur statut public ou privé ».

« notamment » de la carence de l'initiative privée »¹¹⁴⁵. Cette évolution ne peut se comprendre que parallèlement à l'adoption de la jurisprudence *Million et Marais* : puisque l'intervention d'une personne publique sur un marché postule désormais le respect, par cette personne publique, des règles de la concurrence¹¹⁴⁶, les conditions d'entrée des personnes publiques sur le marché peuvent être assouplies, voire abolies. Dans un arrêt de 2010, *Syndicat national des agences de voyages*¹¹⁴⁷, le Conseil d'État applique de manière très pédagogique ces principes en contrôlant l'intervention d'une Société d'économie mixte sur un marché. Il y réaffirme le fait que l'abandon du critère de la carence de l'initiative privée n'est pas contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, mais dans le même temps, il explique qu'il vérifiera à l'avenir que le prix proposé ait réellement été déterminé par le coût de la prestation et n'ait pas été impacté à la baisse par d'éventuels avantages découlant des ressources ou des moyens liés à sa prestation de service public.

Conclusion §1 :

343. L'interdiction d'exercer des activités économiques publiques concurrençant illégalement les initiatives privées s'est donc muée au fil des temps en obligation de respecter les règles d'une égale et loyale concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés agissant dans le même champ, et ce sous l'impulsion du droit de l'Union. Si en France, la juridiction administrative a mis assez longtemps pour accepter d'intégrer le principe de libre concurrence dans le bloc de légalité administrative, en Italie (§2) et au Royaume-Uni (§3), le législateur et le juge ont été beaucoup plus conciliants.

¹¹⁴⁵ S. Nicinski interprète l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* comme une réaffirmation de l'actualité du principe de liberté du commerce et de l'industrie, du fait de la nécessité toujours présente d'un intérêt public justifiant l'intervention de la personne publique. Cet arrêt n'adopte donc pas, selon elle, la solution retenue par l'avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* dans le sens d'une consécration d'un principe d'égale concurrence entre opérateurs intervenant sur un marché, qu'il soit public ou privé. V. S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2012, p. 32, n°77 et dans le même sens J-Y. CHEROT, *Droit public économique*, Economica, 2007 p. 75s.

¹¹⁴⁶ « qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci »

¹¹⁴⁷ CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyages*, Rec

§2 La recomposition de la notion de « servizio pubblico » sous l'effet du droit de la concurrence en Italie

344. Le législateur italien, comme la Cour constitutionnelle, a très vite réceptionné les principes de droit de la concurrence issus du droit de l'Union européenne (A). Les débats sur la recomposition de la notion de service public du au droit de la concurrence ont donc été moindres en Italie, la doctrine acceptant de reconnaître une similitude entre le « servizio pubblico » et le service universel (B).

A) La consécration du principe de libre concurrence par le législateur et le juge constitutionnel

345. Ce mouvement commença avec l'introduction dans le droit italien des principes découlant de l'article 86/87 TCE. L'article 8(1) loi n° 287/1990¹¹⁴⁸ établissant le régime général de la concurrence et du marché prévoyait que la prohibition des ententes et de l'abus de position dominante s'appliquait « *aux entreprises privées comme publiques, et aux entreprises dans lesquelles l'État est l'actionnaire majoritaire* ». L'alinéa 2 de ce même article en exonérait toutefois, comme en droit de l'Union, « *les entreprises qui par disposition de la loi exercent la gestion des services d'intérêt économique général ou opèrent dans un régime de monopole pour tout ce qui est étroitement lié à l'accomplissement des tâches spécifiques dont elles sont chargées* ». L'introduction telle quelle des normes issue du droit de l'Union, avec les conditions qui l'accompagnaient, n'était pas anodine. Elle se coupla d'un revirement de jurisprudence quant à l'interprétation de l'article 41 de la Constitution¹¹⁴⁹.

346. À partir des années 1990, la Cour considéra en effet que l'exigence des finalités d'utilité

¹¹⁴⁸ Loi n 287 du 10 octobre 1990, « Norme per la tutela della concorrenza e del mercato », GU, n° 240 13.10.1990, amendé par la loi n 57 du 5 mars 2001, « Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati », GU, n° 66, 20.3.2001

¹¹⁴⁹ Sur la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle à partir des années 90's, voir C. PINELLI « Attualità dell'art. 41 Cost., con particolare riferimento alla "utilità sociale" », en ligne : www.centroriformastato.org et F. ZATTI, « Riflessioni sull'art 41 Cost : la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione », Forum di quaderni costituzionali, 2012, Vol 8, p. 1

sociale devait être mise en balance avec le principe de libre concurrence¹¹⁵⁰, lequel découle nécessairement de la liberté d'initiative économique privée. De ce fait, la Cour contrôle de manière plus stricte que les restrictions à la liberté d'initiative privée ne sont pas arbitraires, et que les mesures prises par le législateur ne sont pas incongrues¹¹⁵¹. Dans un arrêt de 1991, la Cour affine une technique d'interprétation pour contrôler que l'atteinte au principe de libre concurrence du fait de la réglementation d'une activité économique soit proportionnelle à l'utilité sociale que cette mesure entend poursuivre¹¹⁵². Comme le relève C. Pinelli, cette jurisprudence constitue un tournant d'une importance capitale, pour deux raisons. Premièrement, elle revient à considérer que les finalités d'utilité sociale ne peuvent en aucun cas constituer un levier pour sacrifier de manière systématique « les choix de fond »¹¹⁵³ des entreprises, c'est-à-dire les modalités d'organisation de leur activité¹¹⁵⁴. Deuxièmement, la Cour, interprète désormais la liberté d'initiative économique privée comme inextricablement liée à la protection de la libre concurrence¹¹⁵⁵, non plus comme fin, mais comme moyen d'atteindre les finalités d'utilité sociale prévues par la Constitution¹¹⁵⁶. Cette jurisprudence est renforcée par la réforme constitutionnelle de 2004, qui introduit à l'article 117 la protection de la concurrence comme une

¹¹⁵⁰ C. Cost, 5 novembre 1996, n° 386

¹¹⁵¹ C. Cost, 19 décembre 1990, n° 548 ; dans le même sens C. Cost, 10 febbraio 2010, n° 152 et C. Cost, 29 maio 2009, n° 167

¹¹⁵² C. Cost, 9 décembre 1991, n° 439 et 14 giugno 2001, n° 190 : « [le législateur] veille à sauvegarder les conditions de leur efficacité, de leur potentialité et de leur compétitivité ; en général à garantir les valeurs d'entreprises, la permanence des entreprises dans un marché libre, le maintien des règles de libre concurrence qui s'appliquent au sein de celui-ci, ainsi que le système productif en vigueur ». Traduction de « mira a salvaguardare le condizioni della loro efficienza, della loro potenzialità e competitività; in genere, a garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema produttivo vigente » (Décision n° 439/1991). Dans ces décisions, la Cour affirme toutefois qu'elle contrôlera uniquement si le moyen choisi n'est pas manifestement disproportionné.

¹¹⁵³ « Que l'intervention législative ne soit pas, en tout cas, en mesure d'influencer les choix entrepreneuriaux au point d'induire une étatisation de l'activité en cause, en sacrifiant les choix de fond ou restreignant à des confins rigides l'espace et l'objet des choix organisationnels ».

¹¹⁵⁴ C. PINELLI, Op cit. Cela remet en cause la distinction qui avait été faite par la doctrine dans les années 60 entre la liberté d'investir dans n'importe quelle activité, qui était absolue, et la liberté d'organiser l'activité, qui était conditionnée par les finalités d'utilité sociale définies par le législateur.

¹¹⁵⁵ Dans la décision 14/2004, la Cour prend acte que « d'un point de vue interne, la notion de concurrence ne peut pas ne pas refléter celle qui opère en droit communautaire, qui comprend les interventions de régulation, la législation anti-trust et les mesures destinées à promouvoir un marché ouvert et la libre concurrence ».

¹¹⁵⁶ Un auteur cité par Pinelli, remarque que le fait que la Cour se réfère « tranquillement » au principe de libre concurrence, et qu'il le fait comme si ce principe découlait, « de manière parfaitement cohérente », de sa jurisprudence précédente revient à considérer que la protection du marché était déjà présent dans l'article 41 à l'adoption de la Constitution.

compétence législative exclusive de l'État, ce qui revient à donner à ce principe une valeur constitutionnelle, ainsi que l'article 118 qui constitutionnalise le principe de subsidiarité, selon lequel les citoyens sont prioritaires pour le développement d'activités d'intérêt général. Les conséquences juridiques de cette introduction des principes du droit de l'Union dans le droit italien ne se firent pas attendre¹¹⁵⁷ (2).

2) Du « *servizio pubblico* » au *service universel*

347. Une impulsion conduite par la volonté d'assainissement des comptes publics, de transparence et d'efficacité mena à la privatisation « formelle » des entreprises, c'est-à-dire à la transformation d'organismes publics en sociétés de droit privé dont les actions sont détenues par des sujets publics¹¹⁵⁸. Le décret-loi du 11 juillet 1992 n° 333¹¹⁵⁹ attribua au comité interministériel le pouvoir de procéder à la transformation en sociétés par action de tous les organismes publics économiques, quel que soit le secteur d'activité. Cette « privatisation formelle » rendait également plus facile la privatisation matérielle, intervenue dans un deuxième temps. Entre temps, l'ingérence directe des autorités publiques dans la gestion des services restait encore assurée, par l'exercice des pouvoirs propres de l'actionnaire selon les normes ordinaires du droit civil¹¹⁶⁰. Le gouvernement pouvait ensuite procéder par décret à la vente du capital des entreprises publiques¹¹⁶¹. Comme en France, la libéralisation et la privatisation des services publics ont poussé à un débat doctrinal sur la compatibilité du concept de service public

¹¹⁵⁷ V. T. PROSSER, « The continental tradition of Public Service », in T. PROSSER (ed), *The limits of Competition Law : Markets and Public services*, OUP, 2005, p. 96, spéc p. 115 : « *Partly as a result of Community law, important utility markets have been liberalized, and, unlike in France where liberalization has usually seemed to represent a reluctant and minimalist response to European initiatives, this has been undertaken with relative alacrity and in some cases gone beyond European requirements* ».

¹¹⁵⁸ Sur le processus de privatisation en Italie voir notamment V. S. CASSESE, « Deregulation and privatization in Italy », in M. MORAN et T. PROSSER (eds), *Privatization and regulatory change in Europe*, Open University Press, 2004, p. 50 ; P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia*, Giuffrè, 1995

¹¹⁵⁹ Decreto-legge, 11 luglio 1992, n. 333, « Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica », convertito con legge 8 agosto 1992, n. 359

¹¹⁶⁰ D. SORACE, S. TORRICELLI, « Régulation et services d'utilité publique en Italie », in G. MARCOU, F. MODERNE, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome 2 Expériences européennes, L'harmattan Coll Logiques juridiques, p. 348s ; P. MARCHETTI, Op cit.

¹¹⁶¹ V. par exemple Décret Bersani, Decreto-Legge n° 76 du 16 marzo 1999, GU, n° 292, 14.12.1997

avec le droit de la concurrence issu de l'Union européenne¹¹⁶². Toutefois, au contraire de la France, la majorité de la doctrine a statué sur la relative proximité du concept de service universel du concept traditionnel de *servizio pubblico*, entendu dans sa conception objective. La pression de la libéralisation ainsi que la privatisation a poussé à l'abandon des formes traditionnelles du service public, et la naissance d'une nouvelle forme d'intervention publique appelée régulation¹¹⁶³, mais celle-ci ne serait en aucun cas incompatible avec la fourniture de services de haut niveau sous le contrôle de l'autorité publique. Cette nouvelle forme d'intervention dans l'économie est en effet accompagnée d'une redéfinition du lien entre usager et fournisseur du service public, censée assurer une meilleure mise en œuvre des droits des usagers¹¹⁶⁴. Elle représente donc une tentative « *de combiner les traditions continentales, françaises, du service public avec des garanties plus concrètes de leur effective mise en œuvre* »¹¹⁶⁵.

348. En 1994, une directive du Premier ministre¹¹⁶⁶ va tout à la fois donner une définition du service public qui circonscrira le champ des services publics et codifiera les nouveaux principes du service public. Selon cette directive, on entend par service public « *ceux qui visent à garantir la jouissance des droits des personnes constitutionnellement protégés, à la santé, à l'assistance et à la prévoyance sociale, à l'instruction et la liberté de communication, à la liberté et la sécurité des personnes, à la liberté de circulation, et les services de distribution de l'énergie électrique, de l'eau et du gaz* ». La définition des principes fondamentaux est elle-même le reflet de la tentative de conciliation entre modèle continental et modèle anglo-saxon de service

¹¹⁶² V. par exemple M. CAMMELLI, « Comunità europea e servizi pubblici », in L. RANDELLI, C. BOTTARI, D. DONATI, *Diritto Amministrativo comunitario*, Maggioli Editore, 1994, p. 183 ; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Il Mulino, 1999 ; R. De FALCO, *Il servizio public tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Cedam, 2003 ; G. BONADIO, « Il servizio universale », in Cahiers européens, 2003, p. 3 ; A. MASSERA (ed), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa University Press ; G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Giuffrè, 2003, p. 54s

¹¹⁶³ V. legge 14 novembre 1995, n° 481, « Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità », GU, 18-11-1995, Serie generale, n° 270, p.

¹¹⁶⁴ L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, 2002, Chapitre 3.

¹¹⁶⁵ T. PROSSER, « The continental tradition of Public Services », Op cit, p. 117

¹¹⁶⁶ Directive du Président du Conseil des Ministres, 27 gennaio 1994, G.U, n° 43, 22.02.1994

public¹¹⁶⁷. Elle prévoit en effet que la distribution des services publics doit s'inspirer du principe d'égalité, d'impartialité et de continuité, mais à ces trois principes issus des Lois de Rolland, elle ajoute le droit au choix des usagers, de la participation de ceux-ci ainsi que la prise en compte de l'efficacité et l'efficience économique dans la gestion du service. Elle renvoie à la loi la définition de standards de qualité, pour chaque secteur, qui permet l'évaluation de celle-ci, et même le remboursement aux usagers si les services n'atteignent pas les standards. Dans une idéologie calquée sur celle du droit britannique, la loi du 11 juillet 1995¹¹⁶⁸ prévoit que tous les organismes fournisseurs de service public doivent adopter une charte de service, intitulée « Carta dei servizi pubblici »¹¹⁶⁹, indiquant les engagements pris par le fournisseur du service. La similarité avec la Citizen's charter britannique est frappante¹¹⁷⁰. Il faut toutefois noter que les « standards » sont souvent assez bas, et bien en deçà de ceux fixés par les autorités de régulation anglaise¹¹⁷¹.

Conclusion §2 :

349. Comme le résume parfaitement G. Bonadio, « *En Italie, la situation est différente (du système français). Une part de la doctrine met en avant que le concept de service universel est contenu à l'intérieur du concept traditionnel du service public, et en représente le cœur. En d'autres mots, le service universel pourrait être la semence du service public, ou a pu être* »

¹¹⁶⁷ Pour une remise en contexte V. S. CASSESE, *The difficult profession of Minister of Public administration*, European University Institute, 1995

¹¹⁶⁸ Legge 11 luglio 1995, n° 273, « Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 maggio 1995, n. 163, recante misure urgenti per la semplificazione dei procedimenti amministrativi e per il miglioramento dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni », GU Serie generale, n° 160, 11.07.1995, V. aussi Decreto-legislativo n° 286 du 30 luglio 1999 « Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche », GU serie generale, n° 193 del 18 agosto 1999 qui prévoit la nécessaire participation des usagers dans la définition des standards.

¹¹⁶⁹ V. G. VESPERINI, S. BATTINI, *La Carta dei servizi pubblici*, Rimini, 1997 ; S. BATTINI, « La carta dei servizi », in Giorn. dir. amm., 1995, p. 703 ; S. BATTINI, « La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici », RTDP, 1998, p. 185 ; G. VESPERINI, « L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia », RTDP, 1998, p. 173 ; L. IEVA, « Il principio della qualità del servizio pubblico e la "carta dei servizi" », FA, 2001, p. 242 ; A. Di PIETRO, « Adozione e contenuto della Carta dei servizi, strumento dello Stato regolatore a tutela dei consumatori », in L. AMMANATI, M.A. CABIDDU, P. De CARLI (ed), *Servizi pubblici concorrenza diritti*, Giuffrè, 2001, p. 311

¹¹⁷⁰ V. par exemple P. MARCONI, « La carta dei servizi pubblici e la citizen's charter : La normativa sulla carta dei servizi », RTDP, 1998, p. 197

¹¹⁷¹ T. PROSSER, Op cit, p. 117

présent à l'intérieur de celui-ci sous une forme latente, jusqu'à ce qu'il émerge au moment de la libéralisation des marchés, et que l'on décide que les autorités publiques assumeraient les responsabilités de garantir à tous les usagers l'accessibilité à des services essentiels désignés dans un marché compétitif »¹¹⁷². Ainsi, la doctrine et le législateur italien ont-ils considéré que les règles de la concurrence issues du droit de l'Union européenne ne remettaient pas en cause le concept de servizio pubblico, tout comme au Royaume-Uni (§3).

§3 L'application du droit de la concurrence aux services publics en Grande-Bretagne

350. Le droit de la concurrence en Grande-Bretagne fut complètement transformé par la Competition Act de 1998. Sous l'empire du Fair Trading Act de 1973, les services publics bénéficiaient d'une exemption large de l'application des règles de concurrence : le *Secretary of State* pouvait décider seul de transférer ou non les cas à la Commission de la Concurrence qui devait se baser sur l'intérêt public de l'activité en cause pour déterminer si l'entreprise en charge de celle-ci pouvait être exemptée. Ainsi, même s'il était considéré que le droit de la concurrence devait être appliqué, l'étendue de l'intérêt public permettait à ces principes d'intérêt public d'être internalisés comme faisant partie du droit de la concurrence lui-même¹¹⁷³.

351. La Competition Act de 1998 transcrit dans le droit positif anglais les principes des articles 106 et 107§2 TFUE et change profondément les fondements du contrôle de la concurrence¹¹⁷⁴. Le test concernant l'intérêt public est remplacé par un test basé sur le marché et les distorsions de la concurrence dans celui-ci. Une décision *Better Care*¹¹⁷⁵ de 2002 entérine l'application complète du droit de la concurrence aux opérateurs publics exerçant un service public sur un marché. En l'espèce, *Better Care*, une entreprise de services de soin à domicile, émit une requête à l'office fair trading en se plaignant du fait que l'entreprise publique de santé locale et de

¹¹⁷² G. BONADIO, « Il servizio universale », in Cahiers européens, 2003, 3, passage cité par Tony Prosser, in « The continental tradition of public service », Op cit, p. 116, traduction par l'auteur de l'anglais au français.

¹¹⁷³ T. PROSSER, « The UK approach to competition law and public services », in *The limits of competition law : markets and public services*, Op cit, p. 40s

¹¹⁷⁴ Ibid, p. 48s

¹¹⁷⁵ *Better Care Ltd v Director general of Fair trading* (2002) CAT 7

services sociaux abusait de sa position dominante. Le directeur général de l'*office of Fair Trading* rejeta la requête en se fondant sur le fait que le service social public, quand il fournissait des services aux défavorisés avec l'argent des impôts, n'agissait pas comme une entreprise. En conséquence, le Competition Act de 1998 ne pouvait lui être appliqué. Le tribunal d'appel remit en cause la décision de l'Office of fair trading et traita longuement de la question de l'extension de la loi aux services publics. La Cour d'appel considéra que le fait que le service prenne en charge des fonctions sociales et reçoive de l'argent de l'État n'était pas des éléments pertinents pour rejeter la qualification d'entreprise. Dès lors, le Competition Act 1998 s'applique à lui.

352. Cette décision est d'une importance considérable pour le futur du droit de la concurrence en droit anglais. Le droit de la concurrence s'applique désormais à un champ très important d'entités publiques, non seulement les entités menant des *public utilities*, mais également les entités prenant en charge des activités, à partir du moment où ces activités sont conduites sur le marché, et même si ce marché est hautement régulé¹¹⁷⁶.

Le service public, faute d'avoir été protégé par la formulation de principes juridiques établis, avait été au Royaume-Uni protégé et soustrait au marché par le biais du législateur et de la nationalisation des entreprises. Jusqu'à récemment, le droit de la concurrence ne remettait pas en cause cette protection des services publics puisqu'il était basé sur un test d'intérêt public prenant en compte les spécificités des services rendus au public.

La Competition Act de 1998 a transformé profondément cet état de fait, et soumet désormais les services publics à la concurrence en s'appuyant sur des recherches sur les marchés en cause, tout comme le fait la Commission européenne.

Conclusion §3 :

Au Royaume-Uni, l'introduction des principes de libre concurrence issus du droit de l'Union a eu pour effet de restreindre le pouvoir discrétionnaire du Secretary of State de

¹¹⁷⁶ T. PROSSER, Op cit, p. 56

soumettre ou non les entreprises au droit de la concurrence¹¹⁷⁷. Celle-ci a également entraîné un juridification et une codification des règles de concurrence et la mise en œuvre d'un système de sanctions¹¹⁷⁸.

Conclusion Sous-section 1 :

353. L'Union européenne a laïcisé le concept de service public en ce qu'elle oblige à penser celui-ci dans un environnement concurrentiel¹¹⁷⁹. Dans ce cadre, peu importe que les entreprises soient publiques ou privées, elles doivent respecter les règles de la concurrence. Elles ne peuvent déroger à ces règles que si leur application compromettrait la mission d'intérêt général dont elles sont chargées par l'État. Comme le fait remarquer F. Moderne, il ne semble pas que ces dérogations aux règles de la concurrence puissent être qualifiées de subsidiaire dans la mesure où l'Union européenne est indifférente à la qualification publique ou privée des entreprises, et ne privilégie donc ni l'intervention publique, ni privée.

Cette mission n'est par ailleurs pas entendue de manière globale comme toute l'activité d'une personne, publique ou privée. Dans l'activité d'une personne mettant en œuvre un service d'intérêt économique général, certaines activités peuvent être considérées comme n'étant pas d'intérêt général, et ne pouvant faire l'objet d'une dérogation, tandis que d'autres le sont.

Le droit de l'audiovisuel constitue pourtant une exception dans le paysage des services publics. Protégé par le Conseil de l'Europe et la Cour européenne qui considère la liberté d'expression comme protégeant également le droit à la réception des informations, il l'est aussi en droit de l'Union par le Protocole annexé au Traité d'Amsterdam, qui insiste sur le lien entre critère organique et critère matériel du service public audiovisuel (Section 2).

¹¹⁷⁷ V. T. PROSSER, *Ibid* : « *UK competition law until the coming into effect of the Competition Act 1998 in 2000 had a distinctive character all of its own, and one which is remarkably similar to the approach adopted for the protection of public service goals. Thus its major characteristics were discretion based around a public interest test for monopolies and mergers, central political input through the role of the minister in key stages of decision-making and a reluctance to use detailed rules of law or decisions of the courts to resolve disputes* ».

¹¹⁷⁸ V. I. MAHER, « Juridification, codification and sanction in UK competition law », *Modern law review*, 2000(63), p. 544

¹¹⁷⁹ V. R. KOVAR, « Droit communautaire et service public (...) », *Op cit*, p. 216s

Section 2 : La protection du critère organique du service public audiovisuel par le droit européen

354. Certains textes européens protègent de manière directe ou indirecte l'établissement du service public de l'audiovisuel, et certains arrêts viennent préciser le contenu que doit revêtir ce service. C'est d'abord la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) qui a fait référence au service public audiovisuel sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (ConvEDH). Le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe a aussi pris position sur ce thème (§1). Le droit de l'Union protège également le caractère spécifique du service public audiovisuel, soulignant la nécessité d'une complémentarité entre critère organique et critère matériel (§2).

§1 Le service public audiovisuel saisi par le Conseil de l'Europe

355. L'article 10§1 de la ConvEDH prévoit que « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations* ». Il nous faut d'abord souligner la modernité de ce texte par rapport aux constitutions italienne et française¹¹⁸⁰. Au contraire des constitutions italiennes et françaises, l'article 10 fait une référence explicite à la « réception de l'information ». Il fait également référence explicite à l'audiovisuel, contrairement à ces constitutions. L'article 10 §2 souligne que l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des obligations, idée qui nous le verrons aura des conséquences importantes sur l'exercice par les États membres du service public audiovisuel. Malgré la précision et la modernité de cet article, la CEDH l'a complété, dans une pléthore d'arrêts, en développant de nouveaux principes liant les États membres (A). La Cour s'appuie également sur les textes adoptés par le Conseil des ministres du Conseil de l'Europe (B).

¹¹⁸⁰ Pour un commentaire général sur l'article 10 de la ConvEDH, V. G. COHEN-JONATHAN, « Commentaire de l'article 10 de la CEDH », in L.E. PETITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (ed), *La convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 365

A) La jurisprudence constructive de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la liberté d'expression

356. Comme le rappellent la majorité des auteurs, la grande originalité du système de protection mis en place par la Convention européenne des droits de l'Homme tient en sa nature juridictionnelle¹¹⁸¹. La Cour européenne des droits de l'Homme est devenue assez vite le fer de lance de la protection des droits de l'Homme en Europe, grâce à des techniques d'interprétation très constructives et une jurisprudence dynamique¹¹⁸². La liberté d'expression protégée par l'article 10 ne fait pas exception. La Cour développa, à partir de ce texte déjà assez élaboré, une jurisprudence précise dans le domaine de l'audiovisuel. Cette jurisprudence fut dégagée de manière évolutive, conformément à la méthode d'interprétation propre de la Cour¹¹⁸³. Cette méthode, corollaire de l'interprétation téléologique privilégiée par les juridictions de droit international public, permet à la Cour de dégager des droits et libertés qui sont indispensables à la mise en œuvre de certains droits et libertés protégés par le texte de la Convention, et ce au nom de son souci « *d'assurer la protection de droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs* »¹¹⁸⁴.

357. En ce qui concerne l'interprétation de la liberté d'expression, le premier arrêt majeur est l'arrêt *Handyside*¹¹⁸⁵ de 1976. La Cour rappelle que « *La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* ». De ce fait, « *elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est*

¹¹⁸¹ V. par exemple S. HENETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2nd ed, 2015, p. 149, n° 176. La Cour constituait initialement un élément optionnel du système mis en place. Elle devient obligatoire pour les Etats membres du conseil de l'Europe le 1er novembre 1998 avec l'entrée en vigueur du protocole n 11.

¹¹⁸² Ibid, p.153, n° 84

¹¹⁸³ Ibid, p. 153, n° 186

¹¹⁸⁴ CEDH, 9 octobre 1979, *Airey*, série A, n° 32, § 24

¹¹⁸⁵ CEDH, 7 Décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, Series A No. 24

pas de "société démocratique ». Cet arrêt est le reflet d'une conception libérale de la liberté d'expression, entendue dans son sens le plus classique¹¹⁸⁶ comme une protection de l'expression de toute idée, sous réserve d'exceptions interprétées de manière étroite¹¹⁸⁷.

358. La Cour va toutefois aller beaucoup plus loin que la simple conception libérale en déclarant dès 1979¹¹⁸⁸ en consacrant le fait que l'article 10 protège non seulement la liberté d'exprimer toute idée, mais aussi celle de recevoir des informations¹¹⁸⁹.

Elle développera ensuite plus largement cette deuxième facette de la liberté d'expression : elle dégage le caractère fondamental du pluralisme de l'information pour assurer la liberté d'expression et « *la communication des informations et idées d'intérêt général auxquelles le public peut prétendre* »¹¹⁹⁰ et désigne l'État comme « *ultime garant* » pour assurer ce principe de pluralisme¹¹⁹¹. Ceci n'est pas étonnant, étant donné le caractère horizontal du texte de la Convention¹¹⁹². Elle refuse toutefois de conclure, dans un premier temps, au fait que le pluralisme de l'information au bénéfice du public entraîne des obligations positives à la charge de l'État¹¹⁹³. Ce refus semblait étonnant étant donné la diffusion assez rapide de la technique d'interprétation dite des obligations positives dans la jurisprudence de la Cour¹¹⁹⁴.

¹¹⁸⁶ V. E. DERIEUX, *Droit européen des médias*, Bruylant, 2017, p. 50

¹¹⁸⁷ CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74 ; sur les limites à la liberté d'expression V. L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation. Etude de droit comparé*, LGDJ, 2003 et T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé*, Pedone, 2013

¹¹⁸⁸ Dans l'arrêt *Sunday Times* pré-cité.

¹¹⁸⁹ « *L'article 10 garantit non seulement à la presse la liberté d'informer le public, mais aussi à ce dernier le droit à des informations adéquates* ». V. aussi §65 : §65 : « *En outre, si les médias ne doivent pas franchir les bornes fixées aux fins d'une bonne administration de la justice, il leur incombe de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux tout comme sur celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public. A leur fonction consistant à en communiquer s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir* ».

¹¹⁹⁰ CEDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres contre Autriche*, Series A No. 276.

¹¹⁹¹ Ibid §38

¹¹⁹² Sur l'effet horizontal du texte de la Convention voir S. HENETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, Op cit, n° 193 et D. SPIELMANN, *L'Effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995

¹¹⁹³ W. BERKA, H. TRETTER, *Public service media under article 10 of the Convention of Human Rights*, Study on behalf of the European Broadcasting Union, Décembre 2003, European Broadcasting Union, Genève.

¹¹⁹⁴ F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », RTDH, 1995, p. 363

359. Ce n'est que plus de quinze ans plus tard, dans l'affaire *Manole*¹¹⁹⁵, que la Cour acceptera de conceptualiser le rôle de l'État dans le domaine de la diffusion audiovisuelle au-delà de la simple abstention. L'État doit, selon cette jurisprudence, permettre d'assurer l'effectivité du pluralisme, la protection des journalistes, ainsi que l'exactitude des informations¹¹⁹⁶.

Sur le fondement de cette jurisprudence, certains auteurs concluent à la reconnaissance par la Cour d'une mission particulière de service public que doivent remplir les médias de masse. Cette mission comprendrait la provision de services indispensables dans une société démocratique au sens de la Convention : fournir aux citoyens des informations de qualité, faire de la place pour l'expression d'une diversité d'idées et d'opinions, contrôler le pouvoir de l'État et des forces économiques et sociales en jouant le rôle de « chien de garde ». Toutefois, si le caractère matériel de cette mission est bien souligné par la Cour, le choix des moyens, c'est-à-dire le caractère organique attaché à une telle mission reste à la convenance des États membres¹¹⁹⁷. Il ne découle donc pas, selon la Cour, de l'article 10 que les États doivent de façon obligatoire, financer un opérateur public. Toutefois, « *lorsque l'État décide de mettre en place un système public de radiotélédiffusion, il découle des principes exposés ci-dessus que le droit et la pratique internes doivent garantir que ce système assure un service pluraliste* »¹¹⁹⁸. Elle renvoie aux « *normes relatives au service public de radiodiffusion dont sont convenus les États contractants par l'intermédiaire du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe* » qui fournissent « *un fil conducteur quant à l'approche à retenir pour interpréter l'article 10 dans ce domaine* ». Cette partie de l'arrêt est particulièrement importante puisque pour la première fois la

¹¹⁹⁵ CEDH, 17 September 2009, *Manole et autres contre Moldavie*, Aff n° 13936/02

¹¹⁹⁶ Ibid, §100 : « *L'exercice réel et effectif de la liberté d'expression ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger qu'il prenne, en droit ou en pratique, des mesures positives de protection* ». « *La Cour considère que, dans le domaine de la diffusion audiovisuelle, ces principes imposent à l'Etat l'obligation de garantir d'une part l'accès du public, par l'intermédiaire de la télévision et de la radio, à des informations impartiales et exactes ainsi qu'à une pluralité d'opinions et de commentaires reflétant notamment la diversité des opinions politiques dans le pays, et d'autre part la protection des journalistes et des autres professionnels des médias audiovisuels contre les entraves à la communication de ces informations et commentaires.* »

¹¹⁹⁷ Ibid : « *Le choix des moyens par lesquels ces buts doivent être atteints doit varier en fonction des conditions locales et relève donc de la marge d'appréciation de l'Etat. Ainsi par exemple, si la Cour et, avant elle, la Commission ont reconnu qu'un service public de radiodiffusion peut contribuer à la qualité et à l'équilibre des programmes l'article 10 n'oblige nullement les Etats à mettre en place un tel service, dès lors que d'autres moyens sont mis en œuvre dans le même but.* »

¹¹⁹⁸ Ibid, §101

CEDH se réfère à d'autres sources que la Convention pour interpréter les droits et libertés qui découlent de l'article 10, et notamment à différents textes adoptés par le Conseil des ministres. Ainsi, dans ce même paragraphe, elle fait référence à la Résolution n° 1 sur l'avenir du service public de la Radiodiffusion, dite Résolution de Prague, adoptée par le Conseil des ministres en 1994, à la Recommandation R (96) concernant la garantie de l'indépendance du service public, ainsi qu'à la Recommandation Rec(2000)23 concernant l'indépendance et les fonctions de l'autorité de régulation du secteur de la radiodiffusion. Bien que la Cour ne fasse pas référence dans cet arrêt aux autres documents adoptés par le Conseil des ministres, il semble que ces références directes nous permettent de conclure qu'il est admissible de prendre en compte les documents édictés par le Conseil des ministres, ainsi que les résolutions de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹¹⁹⁹ pour l'interprétation de l'article 10 de la Convention (B).

B) Des textes foisonnants adoptés par le Conseil des ministres

360. Le premier texte d'importance adopté par le conseil des ministres du conseil de l'Europe est la « Résolution sur le futur du service public audiovisuel » issu de la conférence de Prague, qui s'est déroulée le 7 et 8 décembre 1994. Il fut le premier à définir des dispositions très spécifiques concernant les missions matérielles du service public audiovisuel dans la société¹²⁰⁰, sans pour autant se positionner sur la forme que le service public audiovisuel devrait prendre.

361. Celles-ci doivent inclure des dispositions permettant d'être, à travers leur programmation, un point de référence pour le public et un facteur de cohésion sociale. Le texte met l'accent sur ce que nous appellerons le « pluralisme culturel », la représentation des diversités, en évoquant à la fois le rejet des discriminations de toute nature, l'intégration de toutes les communautés, mais également le reflet des différentes convictions religieuses de la société pour une meilleure compréhension mutuelle. Elles doivent fournir un forum de discussion publique, et un large

¹¹⁹⁹ W. BERKA, H. TRETTER, Op cit, p. 12

¹²⁰⁰ V. S. NIKOLTCHEV, « European Backing for Public Service Broadcasting, Council of Europe Rules and Standards », IRIS Special, The Public Service Broadcasting Culture, p. 7

éventail d'opinion, ainsi que diffuser des informations impartiales, une mission que nous appellerons « pluralisme politique ». Elles doivent diffuser une programmation pluraliste, novatrice et variée, ainsi que des programmes et services intéressant un large public, et des programmes qui ne sont pas normalement diffusés par les diffuseurs commerciaux, une mission que nous qualifierons de « pluralisme du contenu des programmes ». Enfin, elles doivent mettre en œuvre une mission que nous qualifierons de « qualité du contenu des programmes », en diffusant des programmes novateurs et de qualité élevée, en faisant mieux connaître la diversité du patrimoine culturel national et européen, et en diffusant des longs métrages dramatiques originaux, ainsi qu'en coopérant avec le secteur cinématographique. La diffusion de programmes non diffusés normalement sur les chaînes commerciales est également censée contribuer à la qualité de la chaîne dans la mesure où ces programmes seront ceux qui ne sont pas plébiscités par les publicitaires. Comme les Cours constitutionnelles allemande, italienne et le Conseil constitutionnel français, le Conseil des ministres met également un point d'honneur à établir les liens entre le concept de démocratie, de droits humains, avec la liberté d'expression des opinions, ainsi que le pluralisme des médias. Ainsi, la liberté d'expression et le droit de recevoir des informations sont fondamentaux dans le fonctionnement d'une démocratie véritable¹²⁰¹.

Conclusion §1 :

362. Bien que les recommandations n'aient qu'une valeur consultative, ces principes sont repris par la Cour dans tous ses arrêts concernant l'audiovisuel. Cependant, la Cour ne reprend pas, et ne renvoie pas à la définition précise des missions de service public que le Conseil des ministres a établi dans toutes les recommandations suivant la recommandation dite de Prague, puisqu'elle se contente d'évoquer l'aspect politique du pluralisme. Elle a seulement accidentellement adressé les conditions et les prérequis pour la communication autre que la dimension politique des médias de masse. Un exemple isolé est un jugement dans lequel elle considère que « la qualité et l'équilibre » des programmes télévisuels peuvent être considérés comme un but légitime sur le fondement de la troisième phrase de l'article 10¹²⁰².

¹²⁰¹ Recommandation CM/Rec(2012)1 du Conseil des Ministres aux Etats Membres sur la gouvernance des médias de service public du 15 février 2012

¹²⁰² CEDH, 5 November 2002, *Demuth contre Suisse*, Aff 743/97, §34

363. Cependant, certains auteurs avancent, en mettant en lumière l'article 10 au regard des droits humains garantis par la Convention, qu'il y a de bonnes raisons pour penser que l'article 10 ne se limite pas à protéger le pluralisme politique¹²⁰³. Les droits humains garantis par la convention ont pour but de permettre à chaque individu le développement de sa personnalité. Selon ces auteurs, la communication contribue au développement d'une personnalité. C'est pourquoi la cohésion sociale ou culturelle doit être aussi considérée comme une valeur protégée par l'article 10¹²⁰⁴. Toutefois, ce qui est clair à la lecture des arrêts de la Cour est qu'il n'y a pas de modèle européen commun pour l'audiovisuel. L'article 10 ne protège pas un modèle particulier pour la fourniture de services audiovisuels. Si l'État a une obligation positive d'établir un système pluraliste, c'est à lui de décider comment il réalisera cette obligation¹²⁰⁵. Les textes adoptés par l'Union européenne sont beaucoup plus précis sur ce point en mettant en exergue la nécessité d'un secteur public de la communication audiovisuelle (§2).

§2 La spécificité du secteur de l'audiovisuel reconnue par la Cour et par les traités

La CJUE reconnaît que le pluralisme est un principe permettant de reconnaître des limitations au principe de libre circulation (A). Les États membres sont allés beaucoup plus loin en consacrant dans les traités la spécificité du service public de l'audiovisuel (B).

A) Le principe de pluralisme reconnu par la CJUE

364. Dans l'arrêt *Sacchi*¹²⁰⁶ de 1974, la Cour affirme pour la première fois que les programmes audiovisuels présentent la nature de « services » au sens du Traité et relèvent donc des principes de libre circulation. Les gouvernements allemands et italiens soutenaient que les entreprises de télévision ne sont pas des entreprises au sens du traité, dès lors qu'elles ont une mission d'intérêt

¹²⁰³ W. BERKA, H. TRETTER, Op cit, p. 19

¹²⁰⁴ Ibid.

¹²⁰⁵ Ibid.

¹²⁰⁶ CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, Aff 155/73, Rec, p. 409

public de caractère culturel et informatif¹²⁰⁷. Le juge communautaire a considéré cependant que de telles entreprises sont soumises aux libertés de circulation : « *pour l'exécution de leur mission, ces établissements restent soumis aux interdictions de discrimination et tombent, dans la mesure où cette exécution comporte des activités de nature économique, sous les dispositions visées à l'article 90 relatif aux entreprises publiques et aux entreprises auxquelles les États accordent des droits spéciaux exclusifs* »¹²⁰⁸.

365. L'Union européenne, comme on le sait, n'est pas partie à la ConvEDH¹²⁰⁹. Cependant, la CJUE a très tôt reconnu que les droits fondamentaux, et notamment ceux inclus dans la ConvEDH, faisaient partie de l'acquis communautaire et devait être pris en compte dans l'interprétation du droit de l'Union. La Cour a d'abord affirmé qu'elle assure le respect des droits fondamentaux de la personne humaine compris dans les « principes généraux du droit communautaire »¹²¹⁰, puis, plus clairement, que les droits fondamentaux font partie des Principes Généraux du Droit dont elle assure le respect¹²¹¹. Il convient, pour les définir de s'inspirer des « *traditions constitutionnelles communes des États-membres* », les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'Homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré pouvant également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire¹²¹². Cette protection des droits fondamentaux ainsi que la reconnaissance de la ConvEDH comme source du droit de l'Union est codifié à l'article 6 TUE issu du traité de Lisbonne entré en vigueur en 2009 qui prévoit dans son alinéa 3 que « *Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux* ».

¹²⁰⁷ Ibid, Attendu 13.

¹²⁰⁸ Ibid, Attendu 14.

¹²⁰⁹ Et ce malgré l'article 6§2 TFUE qui prévoit que « *L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités* ».

¹²¹⁰ CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, Aff 29-69, Rec, p. 419

¹²¹¹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Aff C 11-70.

¹²¹² CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, Aff C 4-73.

Sur le fondement de cette jurisprudence, la CJUE accepta, dans un arrêt *Mediawet*, de reconnaître des restrictions au principe de libre circulation des marchandises et des services sur le fondement du principe de pluralisme tel qu'il découle de l'article 10 ConvEDH.

366. Dans l'arrêt *Elliniki Radiophonica Tileorassi*¹²¹³, interrogée sur la question de savoir si la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la ConvEDH imposait des obligations aux États membres, la Cour refusa d'examiner directement la compatibilité de la Convention avec le droit national, car cela n'était pas de la compétence du droit communautaire. La Cour jugea cependant que la Communauté ne peut pas accepter des mesures incompatibles avec les droits humains tels que reconnus et garantis par la Convention. Ainsi, « *Il y a donc lieu de répondre à la juridiction nationale que les limitations apportées au pouvoir des États membres d'appliquer les dispositions visées aux articles 66 et 56 du traité pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique doivent être appréciées à la lumière du principe général de la liberté d'expression, consacrée par l'article 10 de la convention européenne des droits de l'homme* »¹²¹⁴.

367. Dans un arrêt *Europe Communication Belgium SA*, qui concernait le régime de « must carry », c'est-à-dire lorsque certains opérateurs sont contraints par l'État de programmer certains des programmes télévisuels, elle confirma qu'« *une politique culturelle peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général justifiant une restriction à la libre prestation des services. En effet, le maintien du pluralisme qu'entend garantir cette politique est lié à la liberté d'expression, telle qu'elle est protégée par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹²¹⁵. Dès lors qu'elle vise à préserver le caractère pluraliste de l'offre des programmes de télévision, il convient d'admettre que la réglementation nationale poursuit un but d'intérêt général. Si la Cour a reconnu que le principe de pluralisme permet la limitation de l'application par les États des règles du traité, les États membres sont

¹²¹³ CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contre Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and other*, Aff C-260/89.

¹²¹⁴ Ibid, Attendu 41.

¹²¹⁵ CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium SA et autres contre Belgique*, Aff C-250/06, Attendu 41.

allés beaucoup plus loin en adoptant un texte, ayant valeur de droit primaire, consacrant la spécificité du service public audiovisuel (B).

B) La consécration du service public audiovisuel par le Protocole annexé au traité d'Amsterdam

368. Le « protocole sur le système de radiodiffusion dans les États Membres » a été annexé au traité d'Amsterdam et est entré en vigueur le 1er mai 1999 en même temps que celui-ci. Il a été repris par le traité de Lisbonne¹²¹⁶. Comme nous l'avons vu dans l'introduction, l'unique considérant de ce protocole a surtout pour fonction de laisser aux États la compétence pour la définition des missions de service public audiovisuel qu'ils confèrent aux organismes audiovisuels. Toutefois, cette disposition est précédée d'un considérant nous intéressant particulièrement : « la radiodiffusion de service public dans les États membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias ». L'unique disposition du protocole doit être considérée comme découlant directement de cette assertion. Deux éléments sont à retenir : la qualification expresse de la radiodiffusion comme « service public » (1) et la consécration du caractère organique et matériel du service public audiovisuel (2).

1) La spécificité de la qualification de service public par le protocole

369. La notion de service public, on le sait, est en général étrangère au droit de l'Union européenne. Elle est ignorée du traité de Rome, mais aussi des traités ultérieurs, à l'exception de l'article 93 TFUE qui fait référence au service public dans le domaine des transports. Les traités ainsi que le droit dérivé utilisent le terme de Service d'intérêt économique général (SIEG) pour qualifier des services qui seraient en droit français qualifiés de services publics. L'article 14 TFUE, (ex 16TCE, inséré par le traité d'Amsterdam), fait mention des SIEG en relevant la place qu'ils occupent 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 ». Les SIEG sont définis dans le

¹²¹⁶ Protocole n° 1 annexé au Traité de Lisbonne (à distinguer des protocoles annexés au TFUE et TUE qui sont les protocoles nouveaux nés du processus de Lisbonne), codifié sous le traité de Lisbonne en tant que Protocole n° 29 annexé au TFUE.

livre blanc sur les services d'intérêt général édicté par la Commission européenne comme des « *services de nature économique que les États Membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public, en vertu d'un critère d'intérêt général* ». Un service, pour être qualifié de SIEG doit réunir quatre éléments, selon la jurisprudence de la CJUE : des services confiés à une entreprise¹²¹⁷, qu'elle soit publique ou privée, des services de nature économique, une investiture étatique qui résulte d'un acte de puissance publique¹²¹⁸ et enfin les missions d'intérêt général.

370. Au contraire, si la Commission utilise la notion de service public dans son livre blanc, c'est pour avouer son incapacité à la définir et dès lors, pour écarter son utilisation : « *Les termes de SIG et de SIEG ne doivent pas être confondus avec l'expression service public, qui est moins précise. Celle-ci peut avoir différentes significations et être ainsi source de confusion. Elle peut se rapporter au fait qu'un service est offert au grand public ou qu'un rôle particulier lui a été attribué dans l'intérêt public, ou encore se référer au régime de propriété ou au statut de l'organisme qui fournit le service en question (...). Elle n'est dès lors pas utilisée dans le livre blanc* »¹²¹⁹. Les services publics se distinguent donc des SIEG sans que l'on puisse renvoyer à une définition précise en droit de l'Union. Dès lors, pourquoi avoir opté pour cette expression pour qualifier le secteur de l'audiovisuel? Cette expression est en effet introduite par le protocole annexé au traité d'Amsterdam, ce même traité qui introduit l'article 14 TCE (maintenant 16 TFUE) qui souligne le rôle des SIEG pour la cohésion sociale et territoriale de l'Union. Lors de la signature de ce traité, les États institutionnalisent la notion de SIEG, mais choisissent de ne pas l'utiliser pour qualifier l'audiovisuel public.

371. La première hypothèse repose sur le fait que seuls deux secteurs ont été qualifiés de services publics : celui des transports et celui de l'audiovisuel. Selon cette hypothèse, la qualification expresse de service public permettrait de mettre en valeur l'importance de ces secteurs pour l'Union européenne aux yeux des rédacteurs des traités. Des différences

¹²¹⁷ CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris*, Aff C 82-01.

¹²¹⁸ CJCE, 21 mars 1974, *BRT*, Aff C 127-73.

¹²¹⁹ Communication de la Commission dite « Livre blanc sur les SIG » COM (2004)374 final qui remplace l'ancienne communication sur les SIG en date du 11 septembre 1996.

importantes sont à souligner dans l'emploi des deux expressions. Les SIEG jouent, selon l'article 16 TFUE, un « rôle pour la cohésion sociale et territoriale de l'Union », alors que la radiodiffusion de service public est directement liée aux besoins « de chaque société ». L'audiovisuel serait un service qui s'inscrirait, plus que tout autre, dans la particularité nationale et ne pourrait être généralisé à l'ensemble de l'Union. Cette hypothèse est renforcée par la disposition du protocole qui réaffirme la compétence expresse des États membres pour la définition des missions de service public audiovisuel.

372. Notre seconde hypothèse tient à la nature des missions qui sont confiées à chacun des services. Les SIEG renvoient à des obligations d'intérêt général que doivent assurer certaines entreprises en plus de leur action économique normale. Ce sont ces obligations seules qui justifient des distorsions aux règles de la concurrence, dans une mesure qui doit être proportionnée aux obligations qui sont assurées en plus de l'activité normale de l'entreprise.

Les SIEG sont soumis à des « obligations spécifiques » et ne renvoient pas à la définition d'une activité matérielle déterminée. Au contraire, la mission de service public telle qu'elle est décrite par le protocole est une mission globale, qui renvoie à la définition d'une activité matérielle déterminée prise en charge pas une entreprise et non aux obligations imposées à une entreprise en plus de ses activités commerciales. Le protocole prévoit que les États membres peuvent pourvoir librement 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* ». La mission de service public est ici employée au singulier. Il semble donc que le concept de service public tel qu'il est entendu pour l'audiovisuel par l'Union européenne se distingue du concept de SIEG en tant qu'il porte sur la globalité de la mission conférée aux différentes entreprises, et non sur des obligations spécifiques préalablement définies. L'opposition systématique entre télévision commerciale et « télévision de service public » entérine cette idée, et surtout celle d'une concordance, pour le secteur entre le critère organique et matériel du service public (2).

2) Une conception organique et matérielle du service public audiovisuel

373. Il est surtout intéressant de noter que l'Union européenne entérine une conception organique du service public audiovisuel. L'utilisation du terme « chaînes de service public » établit bien évidemment une distinction entre les chaînes commerciales et les chaînes de service public. Cela n'emporte pas de conséquences au point de vue organique puisqu'une chaîne de service public pourrait très bien être une chaîne privée qui s'est vue confier une mission de service public. Toutefois, dans la résolution du Parlement européen sur « le rôle de la télévision de service public dans une société démocratique »¹²²⁰, les termes de chaînes publiques, chaînes de service public et télévisions publiques semblent être employées indistinctement, comme si les trois notions recoupaient les mêmes chaînes, et donc que les chaînes de service public ne pouvaient être que des chaînes publiques. Par ailleurs, le lien entre financement public, personne publique et mission de service public établi par Martine Lombard dans un article précité¹²²¹ est reconnu par les institutions européennes. Ce lien constitue une spécificité du secteur de la radiodiffusion étant donné que selon l'article 345 TFUE, le droit de l'Union est normalement indifférent à la propriété publique ou privée de la société.

374. Le Parlement européen dans sa résolution ne se limite pas à admettre la possibilité d'un financement par les États membres des chaînes de service public. Au point 39 de cette résolution, il invite expressément les États membres à « *garantir un financement cohérent, stable et réaliste des chaînes de service public pour assurer leur viabilité dans un marché concurrentiel sans être pour cela entièrement dépendante des recettes publicitaires et leur permettant de s'acquitter de leurs obligations de service public* ». Dans une résolution postérieure de 2010, intitulée « La radiodiffusion de service public à l'ère du numérique : l'avenir du système double », le Parlement réaffirme « *qu'un système double efficace, comportant un véritable équilibre entre diffuseurs de service public et diffuseurs commerciaux, relève de l'intérêt général* » tout en reconnaissant que dans certains États membres, la radiodiffusion de service public « *n'est pas encore suffisamment enracinée socialement et ne dispose pas de ressources adéquates* ».

¹²²⁰ JOCE n° C320 du 28/10/1996 p. 180

¹²²¹ M. LOMBARD, « A propos des avatars de la télévision : ambiguïtés de la distinction du public et du privé », Op cit.

Toutefois, si le critère organique et le critère des ressources sont mis en avant par les institutions européennes, le critère matériel n'est pas mis de côté, bien au contraire. Le lien est évident entre le critère organique, le financement et les missions de service public : « *Les dispositions des traités 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* ».

375. La compétence de la définition de la mission de service public revient aux États membres, et la Commission a maintenu un silence prudent sur ce point. Toutefois, cette mission doit permettre de répondre aux « *besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias* ». Ces principes rappellent évidemment ceux qui ont été dégagés par les Cours constitutionnelles, la CEDH ou les textes du Conseil des ministres de la convention et ne sont pas que déclaratifs : ils emportent des conséquences juridiques. Les missions définies par les États membres doivent s'inscrire dans cette définition plus large du service public.

376. Si la Commission a gardé le silence sur la définition des missions, le Parlement n'en a pas fait autant puisque la résolution est beaucoup plus précise que le protocole annexé au traité d'Amsterdam concernant les obligations et les missions que doivent assurer les chaînes de service public. La lettre E de cette résolution établit une liste d'obligations que doivent suivre les chaînes qualifiées de service public au titre desquelles on retrouve notamment la nécessité « de proposer à l'ensemble de la population des États Membres une large offre de production de qualité dans tous les genres de programme ». Selon M. Carro Marina, les conséquences de cette définition précise peuvent être importantes : même si les États ont une certaine liberté pour choisir le financement des chaînes publiques de télévision, et bien que les missions d'intérêt général n'aient pas été définies par un texte ayant force obligatoire, les missions définies par les États membres ne devront pas s'écarter de trop des critères définis et approuvés à la majorité par

les institutions européennes¹²²².

Conclusion §2 :

377. L'emploi de l'expression de « service public » pour qualifier l'audiovisuel public est donc lié à une conception particulière de la mission en droit de l'Union. Loin de n'être qu'une expression employée au hasard, ou au gré des circonstances, elle reflète au contraire une vision de l'audiovisuel public qui se rapproche des conceptions traditionnelles du service public dans les Etats membres, dans lesquelles critère matériel et critère organique coïncident. Cette notion renvoie à une conception globale de la mission de service public, et non seulement, comme pour les Services d'intérêt économique général, à des obligations spécifiques pouvant être attribuées aux entreprises privées comme publiques. Au contraire, les missions de service public telles que définies par les différents textes semblent pouvoir n'être mises en œuvre que par les diffuseurs publics.

Conclusion Section 2 :

378. Comme le révèlent les différents textes adoptés en droit de l'Union, tout comme les arrêts de la CEDH et les recommandations adoptées par le Conseil des ministres, ce sont les libertés fondamentales en lien avec l'audiovisuel qui justifient, selon la CEDH, les obligations positives mises à la charge des États dans le secteur de l'audiovisuel, et en droit de l'Union, l'existence d'un droit dérogatoire vis-à-vis du droit applicable aux Services d'intérêt économique général. Ces libertés découlent d'une conception moderne de la liberté d'expression, qui inclut le principe de pluralisme et un droit pour les récepteurs à une information véridique et de qualité

Conclusion Chapitre 1 :

379. La conception traditionnelle des services publics a été profondément bouleversée par l'introduction dans les ordres nationaux du droit de l'Union européenne, un droit fondé sur les principes de libre concurrence. La conception assez libre de l'intervention des personnes publiques sur le marché qui a dominé à partir de la deuxième moitié du XXe s'accompagne, en

¹²²² M. CARRO MARINA, « La aplicación de la regulación europea sobre ayudas publicas en la financiación de las empresas publicas de televisión. El Caso español » in *Derecho europeo del audiovisual*, S. MUNOZ-MACHADO (ed), Nova Europa, 1997, p. 395, spéc p. 396

France et au Royaume-Uni d'une certaine disparition du principe de subsidiarité fonctionnelle¹²²³. Les collectivités locales et le législateur ont dans ce cadre un rôle important à jouer pour déterminer quelles sont les activités nécessaires à l'interdépendance sociale qui ne peuvent pas être fournies par le marché. En Italie, l'économie mixte reconnue par la Constitution donne un rôle encore plus important à l'État pour la détermination des finalités sociales que doivent poursuivre les personnes privées, et qui peuvent justifier l'intervention des personnes publiques ainsi que, dans certains secteurs, la réserve étatique, c'est-à-dire la constitution d'un monopole. L'Union européenne modifie profondément ces principes d'intervention. L'indifférence à l'égard de la nature publique ou privée des entreprises s'explique par la consécration du principe de libre concurrence, qui commande à chaque opérateur de respecter ces règles dès lors qu'il intervient sur le marché. Les dérogations aux règles de la concurrence ne sont considérées comme compatibles avec le droit communautaire que lorsque celles-ci risquent de compromettre les obligations d'intérêt général dont elles ont été chargées, par l'État. Comme le remarque F. Moderne, ces dérogations ne se situent pas sur le même plan que l'idée de subsidiarité fonctionnelle puisque ces obligations d'intérêt général peuvent être confiées à des opérateurs privés comme publics.

380. Dans ce cadre, le secteur de l'audiovisuel représente une exception d'importance, puisque la jurisprudence de la CourEDH, ainsi que le Protocole annexé au traité d'Amsterdam font directement un lien entre le service public audiovisuel et la mise en œuvre de principes fondamentaux des deux ordres juridiques. La similarité avec la conception traditionnelle du service public est renforcée en droit de l'Union par l'idée que le critère organique est nécessaire à la mise en œuvre de ces besoins nés de l'interdépendance sociale¹²²⁴. Il s'agit désormais de s'interroger sur la spécificité du secteur de l'audiovisuel dans les droits internes : quels sont les besoins fondamentaux nés de l'interdépendance sociale, et pourquoi l'intervention de la puissance publique à travers l'outil traditionnel de l'entreprise publique sur le marché est-elle nécessaire (Chapitre 2) ?

¹²²³ F. MODERNE, Op cit. p. 572

¹²²⁴ V. G. MARCOU, « Il servizio pubblico di fronte al diritto comunitario », Op cit, p. 12

Chapitre 2 : Les sources constitutionnelles du service public audiovisuel en droit interne¹²²⁵

381. Comme nous l'avons vu dans le Chapitre 1, dans les trois pays étudiés, et dans tous les pays de l'Union européenne, l'audiovisuel public est sauvegardé après la libéralisation du secteur. Le fleurissement de nouvelles chaînes privées nationales, ainsi que l'introduction du câble et du satellite a remis en cause l'argument de la rareté des ressources sur lequel reposait le monopole, et pourtant les gouvernants ont estimé nécessaire de sauvegarder une chaîne publique financée par des fonds publics. Cette nécessité est également protégée par le droit de l'Union européenne. Les entreprises publiques, chargées d'une mission de service public, cohabitent désormais avec des entreprises privées sur le marché.

Il s'agit dès lors de se demander quels sont les principes qui, dans les trois États, ont présidé à cette configuration particulière du service public audiovisuel. L'importance du secteur de l'audiovisuel pour la mise en œuvre de principes fondamentaux de l'ordre juridique explique la qualification de service public (Sous-Section 1), mission de service public confiée à une entreprise publique du fait de l'impossibilité ontologique du secteur privé d'assurer ces missions (Sous-Section 2).

Section 1 : La reconnaissance en droit interne de libertés fondamentales liées au secteur de l'audiovisuel

La Cour constitutionnelle italienne ainsi que le Conseil constitutionnel français ont reconnu le caractère constitutionnel du principe de pluralisme (Sous-section 1) tandis qu'en droit britannique, il est beaucoup plus difficile de trouver un fondement textuel au service public audiovisuel (Sous-section 2).

¹²²⁵ Sur la nécessité de l'intervention de l'Etat pour assurer la garantie des droits fondamentaux, V. l'excellente thèse de C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits fondamentaux*, Op cit.

Sous-section 1 : La reconnaissance du principe de pluralisme par la Cour constitutionnelle italienne et le Conseil Constitutionnel français

La cour constitutionnelle italienne est la première à reconnaître une valeur constitutionnelle au principe de pluralisme (§1). En France, le Conseil Constitutionnel fait du pluralisme un Objectif de valeur constitutionnel (§2).

§1 La consécration prétorienne du principe de pluralisme en Italie

382. La liberté d'expression est reconnue en Italie à l'article 21 de la Constitution de 1948¹²²⁶. La liberté de la presse apparaissait déjà sous le statut albertin, le texte en vigueur avant l'arrivée au pouvoir de Mussolini. L'article 28 de ce statut prévoyait en effet que « *la presse sera libre, mais une loi en réglementera l'exercice* »¹²²⁷. L'article 21 de la nouvelle Constitution adopte lui une formulation très large : « *Tout le monde a le droit de manifester librement sa propre pensée, avec la parole, à l'écrit, ou tout autre moyen de diffusion* ». Cette formulation permet d'inclure les personnes physiques comme les personnes morales, et les personnes publiques comme les personnes privées. Aucune référence directe n'est faite à la liberté d'expression en matière audiovisuelle, alors que cinq alinéas de l'article 21 sont réservés à la régulation de la presse. Cette absence est critiquée par certains auteurs qui soulignent qu'une Constitution datant de l'après-guerre aurait dû tenir compte des nouveaux défis technologiques qui caractérisaient la période¹²²⁸. C'est sans compter l'interventionnisme de la Cour Constitutionnelle italienne qui développera une longue jurisprudence sur ce nouveau secteur d'information.

383. Les débats à l'Assemblée constituante concernant la liberté d'information révèlent que celle-ci n'est désormais plus conçue seulement dans un rapport dual entre titulaire du pouvoir et

¹²²⁶ Sur cet article V. A. PACE, M. MANETTI, « La libertà di manifestazione del proprio pensiero », in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (ed), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 2006 ; A. VALASTRO, « Articolo 21 », *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006 ; P. BARILE, S. GRASSI, « Informazione (Libertà di) », in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. IV, Utet, 1983, p. 200 ; L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano, La libertà d'informazione*, Utet, 1979, p. 6 ; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, 1975, p. 4

¹²²⁷ A. VALASTRO, « Articolo 21 » in *Commentario alla Costituzione*, Op cit, p. 455

¹²²⁸ L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano*, Op cit, p. 6

titulaire de ladite liberté, mais que ce rapport doit désormais être analysé comme prenant en compte également les destinataires de l'information, représentés dans leur ensemble par le concept de « société civile » ou encore « opinion publique ». L'information est donc une liberté comme les autres, mais elle a une caractéristique spéciale, celle de devoir « former une opinion publique consciente », ce qui est un élément essentiel pour la réalisation d'un État démocratique¹²²⁹. De ce fait, la Cour a dégagé un profil actif de la liberté d'expression et un profil passif permettant de protéger l'intérêt du récepteur de l'information (A). De ce profil passif découle le principe de pluralisme formalisé très tôt par la Cour (B).

A) Profil actif et profil passif de la liberté d'expression

384. La Cour Constitutionnelle a configuré la liberté de « manifestazione del pensiero » en deux profils distincts : un profil actif et un profil passif. La doctrine et la jurisprudence ont effectué un travail de redéfinition de la formule de l'article 21, qui a mené à configurer le profil actif de la liberté de « manifestazione del pensiero » comme une liberté de chronique et d'information¹²³⁰. Le profil passif s'adresse lui aux destinataires de la liberté d'expression, et se concrétise par la liberté d'être informé et la liberté d'accéder à l'information¹²³¹ et a été développé de manière progressive par la Cour, suivant en cela la jurisprudence progressive de la CEDH. La Cour a eu l'occasion de développer ces deux profils dans de nombreuses décisions qui concernent l'audiovisuel public.

385. Dans une première décision du 13 juillet 1960¹²³², en se fondant sur le profil actif de

¹²²⁹ P. CARETTI, « Comunicazione e informazione », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 2007, I, p. 218

¹²³⁰ A. VALASTRO, « Articolo 21 », *Op cit*, p. 455

¹²³¹ *Ibid.*

¹²³² C. Cost, n° 59/60 du 13 juillet 1960, in *Giur. cost.*, 1960, p. 759s ; R. PIERANDREI, « Radio, televisione e Costituzione », *Giur. it.*, 1960, p. 589.; S. FOIS, « Libertà di diffusione del pensiero e monopolio televisivo », *Giur. cost.*, 1960, p. 1127 ; F. CAMPIONE, « Sulla disciplina giuridica della televisione italiana », *Giustizia civile*, 1961, III, p. 15.; B. OLIVERO, « Osservazioni in tema di riserva allo Stato del servizio di diffusione televisiva », *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1961, p. 458 ; G. CARLET, « Alcune poche considerazioni intorno alla sentenza di legittimità costituzionale della riserva statale radiotelevisiva », in *Foro pad.*, 1960, IV, p. 134 ; R. FRANCESCHELLI, « Cenni per memoria sul monopolio statale della televisione », *Rivista di diritto industriale*, 1960, II, p. 305 ; E. ROSINI, « Sulla pretesa idoneità del monopolio statale ad assicurare la libera manifestazione del pensiero », *Democrazia e diritto*, 1960, III, p. 104 ; S. ARDIZZONE, « Sulla riserva allo Stato dell'impresa avente per oggetto la radiotelevisione », *Foro padano*, 1960, IV, p. 129 ; L. PELLIZER, « Il monopolio della televisione », *Giustizia civile*, 1961, IV, p. 193

l'article 21, elle explique que celui-ci n'interdit pas l'intervention de l'État sous la forme d'un monopole dans le secteur de l'audiovisuel¹²³³. La première étape du raisonnement de la Cour s'appuie sur le profil actif de la liberté d'expression : l'objectif majeur visé par l'article 21 dans le champ de l'audiovisuel est pour la Cour que le plus de personnes possible puissent intervenir librement à la télévision, sans intervention de l'État. C'est la liberté de s'exprimer qui est ici mise en avant. Une deuxième étape du raisonnement s'appuie sur les caractéristiques du secteur : selon la Cour, dans un système dans lequel seules peu de fréquences sont consacrées à l'usage de la radiodiffusion, l'État est mieux à même que les personnes privées d'offrir la possibilité à tous ceux qui le souhaitent. L'alternative des acteurs privés opérant sur un marché dérégulé aurait pour effet de limiter l'accès des personnes privées et remettrait en cause le profil actif de la liberté d'expression. La troisième étape du raisonnement s'appuie sur le principe de réalité, qui pousse la cour à créer une fiction juridique : il n'est pas possible de laisser s'exprimer à la télévision l'intégralité de la population italienne. En pratique, une sélection devra être réalisée et cette sélection devra avoir pour but de donner la parole aux différents courants de pensée en présence. Dans cet arrêt, la Cour met donc en avant la corrélation entre deux principes distincts dont l'un dépend de l'autre : le profil actif de la liberté d'expression est primordial, mais en l'absence de conditions permettant d'assurer cette liberté d'expression pour tous, le principe passif de la liberté d'expression, le droit à recevoir une information reflétant tous les courants de pensée et d'opinion.

386. Dans sa décision de 1972 sur la presse écrite¹²³⁴, la Cour constitutionnelle va plus loin dans la reconnaissance du profil passif de la liberté d'expression en déclarant que l'article 21 ne protège pas seulement les droits de l'auteur ou du journaliste à la divulgation d'informations, mais indirectement l'intérêt général du récipiendaire de l'information. La Cour déclare à cet effet que la liberté de manifestation de la pensée implique « *une pluralité de sources d'information, un libre accès à celles-ci, ainsi qu'une absence d'obstacles légaux injustifiés à la circulation des*

¹²³³ Et ce contrairement à ce que soutiennent certains auteurs : voir notamment E. TOSATO, « Sul regime giuridico della televisione », Op cit ; P.A. CAPOSTOSI, « Modelli normativi della concessione radiotelevisiva : il problema del servizio pubblico », Op Cit.

¹²³⁴ C. Cost, n° 105/1972 du 15 juin 1972

informations et des idées ». Enfin, encore plus clairement, dans sa décision 112/1993¹²³⁵, la Cour confirme que l'article 21 comprend le droit d'informer et le droit d'être informé. De ce droit à être informé découle clairement la conceptualisation par la Cour du principe de pluralisme (B).

B) Le principe de pluralisme, un principe fondamental du secteur de l'audiovisuel

La Cour a d'abord conceptualisé le principe de pluralisme dit « interne », qui consacre la nécessité d'une représentation exhaustive des voix qui composent la société (1). La conceptualisation poussée de la notion de pluralisme par la Cour s'explique par l'importance que le secteur joue dans la formation de l'opinion publique (2).

1) La conceptualisation du pluralisme interne

387. La décision n° 225 du 10 juillet 1974¹²³⁶ marque un pas décisif dans la conceptualisation du concept de pluralisme dans le domaine de l'audiovisuel. Ce principe de pluralisme découle du profil passif de l'article 21 de la Constitution, et notamment du droit à être informé dégagé dans les arrêts précédents. La Cour réaffirme d'abord les caractéristiques particulières du secteur et insiste sur son incidence sur le profil passif de la liberté d'expression : « *La radiotélévision participe aux devoirs fondamentaux d'information, concourt à la formation culturelle du pays, diffuse des programmes qui, de divers modes, ont des incidences sur l'opinion publique, et c'est pour cette raison qu'il est nécessaire que celle-ci ne devienne pas un instrument aux mains de quelques parties* »¹²³⁷. Pour cette raison, la Cour qualifie pour la première fois le secteur de l'audiovisuel de « service public essentiel » sur le fondement de l'article 43 de la Constitution.

388. L'apport de cette décision réside dans la suite du raisonnement qui va permettre d'aboutir

¹²³⁵ C. Cost, n° 112/1993 du 26 mars 1993

¹²³⁶ C. Cost, n° 225/1974 du 10 juillet 1974, [foro.it](#), 1974, I, p. 1945. Le même jour est adoptée une autre décision n° 226/1974 concernant la libéralisation de la télévision par câble de caractère locale. Pour les deux décisions voir C. CHIOLA, « I comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo », in *Giur. Cost*, 1974, p. 2191 et R. ZACCARIA, « L'alternativa posta dalla Corte : monopolio pluralistico della radiotélévision o liberalizzazione del servizio? » in *Giur. Cost*, 1974, p. 2169

¹²³⁷ Traduction libre de : « La radiotelevisione adempie a fondamentali compiti di informazione, concorre alla formazione culturale del paese, diffonde programmi che in vario modo incidono sulla pubblica opinione e perciò é necessario che essa non divenga strumento di parte: solo l'avocazione allo Stato può e deve impedirlo ».

à la conceptualisation du concept de pluralisme interne. Certes, le monopole public constitue le meilleur moyen d'assurer le respect de l'article 21 de la Constitution, qui serait violé si un petit groupe d'entrepreneurs privés prenaient le contrôle du réseau. Toutefois, pour que soit légitimé le monopole étatique, il faut que celui-ci assure véritablement le respect de la liberté de tous à manifester sa propre pensée. Le monopole étatique ne permettra pas l'accès de tous les citoyens au média audiovisuel – et ce en raison des contraintes techniques inhérentes au médium – mais il doit permettre d'assurer « l'accès aux formations les plus importantes grâce auquel le pluralisme social se manifeste dans la société »¹²³⁸. La formulation en langue originale par la Cour est intéressante, car elle insiste sur « toutes les formations », il s'agit donc bien d'une représentation exhaustive et non seulement partielle des courants de pensée présents dans la société. À partir de cette décision, la Cour reviendra systématiquement sur l'importance du média dans la société, ce qui justifie la formalisation du principe de pluralisme (2).

2) Une conceptualisation très poussée du principe de pluralisme

La Cour italienne développera de façon très précise les raisons qui font de la télévision un secteur crucial pour la formation de l'opinion publique (a), ce qui explique une conceptualisation très poussée du principe de pluralisme à travers le pluralisme interne et externe (b).

a) La conceptualisation de l'importance du média audiovisuel pour la formation de l'opinion publique

389. À partir de sa décision du 21 juillet 1981¹²³⁹, la Cour développera les raisons qui font du principe de pluralisme un principe fondamental du secteur de l'audiovisuel. Elle insiste d'abord sur l'importance du média télévisuel dans la société : « *Par son rôle social notoire, à travers la diffusion à l'intérieur des foyers, et par la force suggestive de l'image mêlée à la parole, [le secteur de l'audiovisuel] déploie une capacité particulière de pénétration et d'incidence sur la*

¹²³⁸Traduction libre de : « *a tutte quelle più rilevanti formazione nelle quali il pluralismo sociale si manifesta* ».

¹²³⁹ C. Cost, n° 148/1981 du 21 juillet 1981, [foro.it](#), 1981, I, p. 2094 ; V. C. CHIOLA, L'alternativa alla riserva statale della attività radiotelevisiva nazionale », in Giur. Cost, 1981, p. 1386 et R.ZACCARIA, « Servizio pubblico radiotelevisivo, Garanzia del diritto all'informazione e istituzioni di effettiva tutela » in *Diritti nuove tecnologie trasformazione sociale*, CEDAM, 2003, p. 925

formation de l'opinion publique, ainsi que sur les orientations socioculturelles »¹²⁴⁰. En insistant sur les caractéristiques propres de la télévision, la Cour semble vouloir différencier le secteur des autres moyens de manifestation de la pensée, comme le secteur de la presse écrite. La particularité du médium repose sur les éléments techniques qui lui permettent de toucher immédiatement et concomitamment un nombre de personnes très important : sa capacité de pénétration dans la société (aussi connue sous le nom de « impact theory ») qui fait de la télévision un médium particulier¹²⁴¹, d'où l'importance de la protection du principe de pluralisme dans le secteur.

390. Dans une décision postérieure¹²⁴², la Cour développera plus clairement le rôle positif que doit jouer la télévision dans la société, de par sa capacité de pénétration dans la société : un tel rôle peut être assuré à travers l'accomplissement d'une fonction positive, « *en promouvant, justement, par la reconnaissance de l'émetteur public, le développement social et culturel de la collectivité.* ». La Cour constitutionnelle italienne déclare ici que « *le principe de pluralisme a toujours été considéré (par elle) comme la valeur constitutionnelle la plus importante en matière d'émissions radiotélévisuelles* », ce qui signifie que la télévision publique n'est pas nécessaire en soi : elle n'existe que pour mettre en œuvre ce principe fondamental qu'est le pluralisme.

391. Cette jurisprudence peut être comparée à celle de la Cour constitutionnelle allemande qui a elle aussi considéré, dès 1961, que la liberté prévue à l'article 5 de la Loi fondamentale allemande n'était pas seulement une liberté opposable à l'État, mais également une valeur fondamentale qui devait se refléter dans la législation¹²⁴³. Les länder se devaient donc d'adopter des règles pour assurer l'accès de tous les groupes culturels, politiques et sociaux à ce média.

¹²⁴⁰ Considerato in diritto, §3

¹²⁴¹ L. BIANCHI, *Radiotelevisione e servizio pubblico : profili generali*, Op cit, p. 43, V. également sur l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle : S. FOIS, « La natura dell'attività radiotelevisione alla luce della giurisprudenza costituzionale », Giur. Cost, 1977, p. 430

¹²⁴² C. Cost, 13 mai 1987, n° 153, foro.it, I, p. 1965

¹²⁴³ Sur le sujet, voir E. BARENDT, « The influence of the german and italian constitutional courts on their national broadcasting systems », Op cit, p. 43, voir également M. FROMONT, « Les libertés d'expression, d'information et de communication dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », Annuaire international de justice constitutionnelle, 1987, p. 224 La Cour constitutionnelle allemande considère dès 1960 qu'un monopole d'Etat est constitutionnel, mais que des chaînes privées peuvent être instituées, soumises à la même régulation que les chaînes publiques.

L'importance de la télévision pour la formation de l'opinion publique poussera la Cour à conceptualiser de manière très détaillée les composantes du principe de pluralisme (b).

b) Les composantes du pluralisme détaillées par la Cour

392. Dans sa décision du 14 juillet 1988¹²⁴⁴, après l'avènement de la libéralisation de fait, mais avant l'adoption de la loi Mammi par le législateur, la Cour reprend et formalise de manière très pédagogique les concepts qu'elle avait développés dans sa jurisprudence depuis la décision de 1960. Elle considère d'abord que « *pour examiner les questions actuellement portées à son attention, la Cour estime nécessaire de souligner la valeur centrale du pluralisme dans un système démocratique* »¹²⁴⁵. Elle définit tout d'abord le pluralisme comme « *la possibilité concrète de choix, pour tous les citoyens, entre une multiplicité de sources d'information ; choix qui ne serait pas effectif si le public auquel est destiné les moyens de communication audiovisuelle n'était pas en condition de disposer, tant dans le secteur public que privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances à caractère hétérogène* »¹²⁴⁶. Il s'agit de garantir au destinataire de l'information une pluralité de programmes pour que ce dernier puisse effectuer un choix. Cette phrase rappelle la formule utilisée par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1986¹²⁴⁷.

La Cour définit ensuite les missions du service public, qui doivent être réalisées à travers la mise en place du pluralisme interne : « *La mission spécifique du service public radiotélévisé est de donner voix, à travers une information complète, objective, impartiale et équilibrée, dans ses différentes formes d'expression, à toutes ou au plus grand nombre possible d'opinions, de tendances, de courants de pensée politique, sociaux et culturels présents dans la société, afin de faciliter la participation des citoyens au développement social et culturel du pays* »¹²⁴⁸. Cette

¹²⁴⁴ C. Cost. n. 826/1988 du 14 juin 1988, Giur. Cost., 1988, I, p. 3893s, note V. ROPPO, « Il servizio radiotelevisivo fra giudici, legislatore e sistema politico », Giur. Cost., 1988, p. 3945 et R. BORRELLO, « Cronaca di una incostituzionalità annunciata (ma non dichiarata) », Giur. Cost., 1988, p. 3950 ; V. aussi P. CARETTI, « La sentenza n. 826/1988 in materia di servizi radiotelevisivi: la Corte riprende il suo dialogo con il legislatore e arricchisce il suo potenziale decisorio », Il diritto dell'informazione e dell'informatica, 1990, p. 3

¹²⁴⁵ Considerato in diritto §9.

¹²⁴⁶ Considerato in diritto §19.

¹²⁴⁷ V. CC, 18 settembre 1986, n° 86-217 DC, Op cit.

¹²⁴⁸ Considerato in diritto § 19

notion de pluralisme interne a, selon la Cour, été correctement concrétisée par le législateur à travers la loi n° 101/75.

393. Quant au pluralisme externe, il est défini par la Cour comme « *la possibilité d'entrée sur le marché d'autant d'opérateurs que ce que permettront les moyens techniques du secteur, avec une possibilité concrète pour les émetteurs privés que les sujets porteurs d'opinions diverses puissent s'exprimer sans le danger d'être marginalisés à cause de processus de concentration des moyens techniques et économiques dans les mains d'un seul ou de quelques-uns* »¹²⁴⁹. Le respect de ces deux principes est désormais impératif. La Cour rappellera, dans une décision de 1994¹²⁵⁰ que le principe de pluralisme est le principe fondamental du système radiotélévisé, et qu'il n'est pas possible de substituer le pluralisme interne par le pluralisme externe, ou le contraire. Même si la Cour ne le formule pas de cette façon, il semble découler de cette jurisprudence que le service public audiovisuel, garant du respect du pluralisme interne, est nécessaire pour la mise en œuvre de la liberté d'expression.

Conclusion §1 :

394. Le développement du principe de pluralisme par la Cour constitutionnelle italienne a été progressif, mais il a été rendu possible par la conceptualisation très nette, en doctrine du secteur actif et passif de la liberté d'expression. Cette conceptualisation très poussée peut également s'expliquer par le fait qu'en l'absence d'intervention du législateur, c'est la Cour qui a impulsé la libéralisation du secteur, en utilisant justement ce principe de pluralisme. Au contraire, en France, l'intervention du Conseil constitutionnel est tardive et sa conceptualisation des libertés fondamentales régissant le secteur beaucoup moins poussée (§2).

§2 Le principe de pluralisme, un objectif de valeur constitutionnel en France

Contrairement à son homologue italien, le Conseil Constitutionnel n'a pas reconnu de fondements constitutionnels au service public audiovisuel. Toutefois, tout comme le juge constitutionnel italien, il a développé un principe de pluralisme qu'il considère comme étant au

¹²⁴⁹ Considerato in diritto, §11

¹²⁵⁰ C. Cost, n° 440/1994 du 5 décembre 1994.

cœur de la démocratie¹²⁵¹, qui découle selon lui de la liberté de communication telle qu'elle est consacrée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (A).

A) Le principe de pluralisme découlant de l'article 11 de la DDHC

L'introduction de la DDHC dans le bloc de constitutionnalité (1) a permis au Conseil de conceptualiser le pluralisme comme étant un objectif de valeur constitutionnel découlant de l'article 11 de la DDHC (2).

1) L'introduction de la DDHC dans le bloc de constitutionnalité

395. « Merveilleuse aurore », texte inaugural fondateur d'un ordre nouveau¹²⁵², la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a été proclamée le 26 août 1789 après que les représentants des trois ordres se furent proclamés assemblée nationale, le 17 juin 1789¹²⁵³. Aux termes de son article 11, « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Le texte disparaîtra formellement des sources du droit positif en même temps que le texte en tête duquel elle a été placée, la Constitution de 1791¹²⁵⁴. Il est toutefois parfois fait référence à certains principes protégés par la Déclaration dans les Constitutions qui vont suivre¹²⁵⁵, mais c'est le préambule de la Constitution

¹²⁵¹ Il considère que la liberté de communication est une liberté fondamentale « *d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés* », V. CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, cons. 15, AJDA 2009, p. 1132 ; note Bruguière D. 2009, p. 1770 ; note Marino D. 2009, p. 2045 ; note Bernaud et Gay, D. 2010, p. 1508, obs. ; Larrieu, Le Stanc, Tréfigny-Goy D. 2010, p. 1966 ; note Périnet-Marquet, Constitutions, 2010, p. 97, ; note de Bellescize, Constitutions, 2010, p. 293 ; note Francillon, RSC 2009, p. 609, ; de Lamy, RSC, 2010, p. 209 ; note Cappello, RSC, 2010, p. 415 ; note Revet, RTD civ, 2009, p. 754 ; V. aussi CC, 28 mai 2010, n° 2010-3 QPC, cons. 6, note O. Dord, AJDA, 2010, p. 1606 ; note Gay, RDSS 2010. Cela découle de la reconnaissance antérieure du pluralisme politique comme étant lui-même au fondement de la démocratie. V. CC, n°89-271, 11 janvier 1990 et le commentaire de M-L PAVIA, « L'existence du pluralisme, fondement de la démocratie », *Rev. Adm.*, 1990, p.320

¹²⁵² D.LOCHAK, *Les droits de l'Homme*, La découverte, p. 20

¹²⁵³ Pour une remise en contexte V. P. DELVAUX, « Analyse lexicale des débats de la Constituante sur la Déclaration des droits de l'Homme », *Droits*, n 2, p. 23 ; P. WACHSMANN, « Naturalisme et volontarisme dans la déclaration des droits de l'Homme de 1789 », *Droits*, n 2, p. 13

¹²⁵⁴ S. HENETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Op cit, p. 53

¹²⁵⁵ B. JEANNEAU, « La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et son influence sur les Constitutions », *RIDc*, 2-1990, p 765 ; C. DE LA MARDIERE, « Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789 », *RFDC*, 1999, p. 242

du 27 octobre 1946 qui réaffirme solennellement « les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration de 1789 », sans prévoir, pour autant de contrôle de constitutionnalité par rapport à ce texte¹²⁵⁶. Après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958, la doctrine reste divisée quant à la valeur juridique de la Déclaration, qui n'est pas exclue expressément du contrôle de constitutionnalité.

396. En l'absence de garantie constitutionnelle, la liberté de communication n'en était pas moins considérée comme une liberté publique¹²⁵⁷, dont le régime et les modalités d'exercice devaient en conséquence être fixés par la loi. En effet, la loi du 29 juillet 1881, en disposant que « l'imprimerie et la librairie sont libres » (art. 1er) et que « tout journal ou écrit périodique peut être publié sans autorisation préalable et sans dépôt de cautionnement » (art. 5) avait fait de la liberté de la presse une liberté publique et ce principe avait été étendu à la diffusion par l'article 1er de la loi du 2 avril 1947¹²⁵⁸. Cette qualification de liberté publique aura pour conséquence, après l'adoption de la Constitution de 1958 de réserver au législateur la régulation du domaine de l'audiovisuel¹²⁵⁹. Dans sa décision du 17 mars 1964, le Conseil constitutionnel censure en effet des dispositions réglementaires empiétant sur le domaine de la loi, : il considère que les libertés touchant à l'audiovisuel, en ce qu'elles intéressent la communication des idées et des informations relèvent d'une liberté publique¹²⁶⁰. Il l'avait répété dans sa décision du 30 janvier 1968¹²⁶¹ en considérant que l'ORTF constituait à lui seul une catégorie d'établissement public sans équivalent sur le plan national et qu'en raison du caractère exceptionnel de ce dernier, le législateur était compétent pour fixer le cadre général de son organisation et son établissement.

¹²⁵⁶ Sur la nature juridique du préambule dans la Constitution de 1946 : R. PELLOUX, « Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », RDP, 1947, p. 347 ; L. PHILIPP, « La valeur juridique de la Déclaration du 27 octobre 1946 », *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, L'hermes ed, 2011, p. 280

¹²⁵⁷ Les libertés publiques regroupent ainsi classiquement les pouvoirs d'autodétermination qui ont été consacrés par le législateur français et réceptionnés dans la sphère juridique, dénomination qui, si elle a longtemps été usitée, peut aujourd'hui paraître quelque peu dépassée à l'heure où la garantie de ces prérogatives s'organise également au niveau constitutionnel et international.

¹²⁵⁸ J.CHEVALLIER, « Constitution et Communication », D. 1991, p. 247

¹²⁵⁹ Ibid, p. 250

¹²⁶⁰ CC, 17-19 mars 1964, n° 64-27L

¹²⁶¹ CC, 30 janvier 1968, n° 68-50L, Note Favoreu, La semaine juridique, Edition générale, 1968

397. La consécration en droit positif de la Déclaration¹²⁶², par l'introduction du préambule de la Constitution de 1958 dans le bloc de constitutionnalité¹²⁶³, donnera un fondement plus important, à travers l'article 11 de la DDHC, au Conseil Constitutionnel pour trancher les litiges en matière de liberté de communication. Le texte historique devient alors un texte juridique¹²⁶⁴ et la DDHC cesse d'être une idée pour devenir une norme sanctionnée par un juge¹²⁶⁵. Par une interprétation constructive, le Conseil Constitutionnel fera découler de l'article 11 de la DDHC le principe de pluralisme (2).

2) Un principe de pluralisme fondé sur une interprétation constructive de la DDHC¹²⁶⁶

398. Selon certains auteurs, le pouvoir constituant aurait affirmé la nécessité d'actualiser la DDHC et de la compléter par des textes à même de rendre compte des droits de l'Homme dans leur dimension sociale¹²⁶⁷. En vertu de cette théorie, le juge constitutionnel interprétera et actualisera les principes de 1789¹²⁶⁸ et l'interprétation faite de l'article 11 en est l'exemple le plus frappant : le Conseil a en effet adapté l'article 11 aux nouvelles techniques de communication par définition inexistantes lors de la rédaction¹²⁶⁹. Il a également, pour concrétiser les principes philosophiques et moraux présents dans cet article, déduit une ou

¹²⁶² G. VEDEL, « La place de la Constitution dans le bloc de constitutionnalité », *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque du Bicentenaire, Conseil Constitutionnel, 25 et 26 mai 1989, PUF, 1989, p. 35

¹²⁶³ CC, 16 juillet 1971, 71-44DC, *Liberté d'association*, Note J. Rivero, D. 1972 chr p. 265.

¹²⁶⁴ R. BADINTER, « Allocution d'ouverture » in *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, Op cit, p. 10

¹²⁶⁵ L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », RFDC, 1990, p. 72
Tous les articles n'auraient cependant pas, selon certains auteurs, de valeur constitutionnelle. Pour cette thèse V. L. PHILIP, « La valeur juridique de la Déclaration du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses de l'université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1979, t II, p. 317

¹²⁶⁶ Sur ce sujet, V. la thèse de P. MARCANGELO-LEOS, *Pluralisme et audiovisuel*, LGDJ, 2004

¹²⁶⁷ V. D. LOSCHAK, « Le conseil constitutionnel, protecteur des libertés », *Pouvoirs*, 1980(13), p. 35 : « *La souplesse et la flexibilité des normes applicables découle inexorablement de la subjectivité de l'interprétation par le juge des dispositions constitutionnelles* » ; R. ETIEN, « La nature juridique de la Déclaration de 1789 en 1989 », Op cit, p. 334

¹²⁶⁸ Ibid, p. 335 ; B. JEANNEAU, « Juridicisation et actualisation de la Déclaration de 1789 », RDP, 1989, p. 641 ; H. OBERDORFF, « A propos de l'actualité juridique de la Déclaration de 1789 », RDP, 1989, p. 636

¹²⁶⁹ B. JEANNEAU, Ibid, p. 642

plusieurs directives permettant de s'en rapprocher¹²⁷⁰. Ainsi fait-il découler de l'article 11 DDHC la liberté de communication audiovisuelle et le pluralisme comme objectif de valeur constitutionnelle. Pour certains auteurs, il semble qu'il ne s'agisse pas concernant le régime de la communication audiovisuelle d'une simple actualisation, mais d'une véritable rénovation¹²⁷¹. La démarche du conseil est en effet parfois floue ou critiquable.

399. La première décision dans laquelle Conseil constitutionnel va s'appuyer sur l'article 11 de la DDHC est la décision du 27 juillet 1982¹²⁷². Le Conseil considère dans cette décision qu'il appartient au législateur de « *concilier en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte* »¹²⁷³. Tout en consacrant très logiquement la liberté de communication en matière audiovisuelle, il y apporte d'ores et déjà des limites, plus importantes que dans le domaine de la presse. Au lieu de s'appuyer sur l'article 11 pour en déduire le principe de pluralisme, le conseil semble créer ex nihilo un objectif de valeur constitutionnelle qu'est la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels, qu'il faudrait concilier avec la liberté de communication.

400. Dans sa décision du 18 septembre 1986¹²⁷⁴, il va plus loin en reconnaissant que cet objectif de valeur constitutionnel qu'est le pluralisme des courants d'expression socioculturels est un des objectifs de la démocratie. Il ajoute toutefois dans cette décision que « *la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des*

¹²⁷⁰ B. JEANNEAU, Ibid p. 641

¹²⁷¹ Ibid, p. 657

¹²⁷² CC, 27 juillet 1982, n° 82-141 DC, note Favoreu, RDP, 1983, p. 333 ; note Avril et Gicquel, Pouvoirs, 1982, p. 179

¹²⁷³ Ibid, §5

¹²⁷⁴ CC, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, note Waschamann, AJDA, 1987, p. 102 ; note Favoreu, RDP, 1986 p. 399 ; note Genevois, Annuaire International de Justice Constitutionnelle, 1986, p. 430

Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information »¹²⁷⁵. L'objectif de valeur constitutionnel qu'est le pluralisme des courants d'expression socioculturels, remplacé par le Conseil Constitutionnel dans une décision de 2007¹²⁷⁶ par « pluralisme des courants de pensée et d'opinion » trouve donc son fondement dans l'article 11 de la DDHC.

401. Le Conseil constitutionnel français, au contraire de la Cour constitutionnelle italienne, n'expose pas le raisonnement qui lierait la liberté de communication au pluralisme. Le juge italien avait eu recours à une sorte de fiction juridique en considérant que puisqu'il est impossible que la population entière s'exprime à la télévision, est respecté le principe de libre communication si le principe de pluralisme est respecté. Le Conseil constitutionnel semble considérer que le principe de pluralisme découle, par nature, de la liberté de communication¹²⁷⁷. Or, comme l'indique R. Craufurd-Smith, il n'y a pas de lien nécessaire entre le principe de libre communication et le principe de pluralisme des courants d'expression socioculturels¹²⁷⁸. Ce principe n'est pas nécessaire à la réalisation de la libre communication, puisque l'on pourrait imaginer une société dans laquelle les individus seraient libres d'exprimer leurs opinions, mais en raison de leur manque de curiosité ou de courage ne le feraient pas. On serait alors dans une situation dans laquelle la liberté de communication serait respectée, mais le principe de pluralisme ne le serait pas.

402. Faire découler automatiquement le principe de pluralisme du principe de liberté de

¹²⁷⁵ Ibid, § 11

¹²⁷⁶ CC, 27 février 2007, n° 2007-550 DC, note Schoettl, *Les Petites Affiches*, 2 mars 2007, n° 45, p. 3 ; note Alcaraz, RFDC, 2007, p. 588

Le conseil utilise désormais la même formule que celle utilisée par la Cour européenne des droits de l'Homme.

¹²⁷⁷ V. P. MARCANGELO-LEOS, *Pluralisme et audiovisuel*, Op cit, p. 85 qui explicite le raisonnement du Conseil : « l'exigence de pluralisme interne trouve sa raison d'être dans l'impossibilité technique de créer suffisamment de chaînes de télévision pour assurer l'expression des différentes tendances et courant de l'opinion, aussi cette dernière doit-elle être recherchée à l'intérieur de chaque média ».

¹²⁷⁸ R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 162

communication semble donc assez audacieux¹²⁷⁹. Certains auteurs parlent même d'un véritable artifice¹²⁸⁰. Cette audace sera critiquée par le doyen Favoreu pour qui ce texte imprécis et ancien qu'est la DDHC permet au conseil d'exercer son pouvoir d'interprétation de la façon la plus large et le conduit à définir lui-même la norme de référence¹²⁸¹. Pour certains auteurs, il aurait été préférable de ne pas rattacher le régime de l'audiovisuel à un principe de liberté et de se contenter de fonder le pluralisme et l'objectivité des émissions sur les exigences de la démocratie. L'utilisation de cette expression « objectif de valeur constitutionnelle » traduit un incontestable affranchissement du conseil par rapport aux textes constitutionnels : moins qu'à leur lettre, c'est à leur esprit tel qu'il l'interprète qu'il s'attache¹²⁸². L'autre problème juridique tenait à la place du pluralisme, qui pourrait limiter la liberté de communication. Le Conseil conceptualisera le fait que la liberté de communication est composée de plusieurs facettes qu'il est nécessaire de concilier¹²⁸³ (B).

B) La nécessité de conciliation entre plusieurs facettes de la liberté de communication

403. Selon le Conseil constitutionnel, la liberté de communication audiovisuelle n'est ni générale ni absolue et ne peut exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi¹²⁸⁴. La définition d'exceptions à la liberté n'apparaît pas en contradiction avec l'énonciation du principe de liberté¹²⁸⁵. En effet, « *la déclaration de 1789, ensemble juridique suprême ne consiste pas en l'octroi de privilèges naturels et divins, mais exige au contraire une discipline*

¹²⁷⁹ R. ETIEN, « Le pluralisme, objectif de valeur constitutionnelle », *La Revue Administrative*, 1986, p. 458, spéc p. 461

¹²⁸⁰ Ibid.

¹²⁸¹ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, p. 557, spéc p. 565

F. LUCHAIRE, « La lecture actualisée de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen », in *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, Op cit, p. 215, spéc p. 223

¹²⁸² P. WASCHMANN, « Le statut de la communication audiovisuelle et la Constitution », note sous conseil const, 18 septembre 1986, *AJDA*, 1987, p. 102, spéc p. 112

¹²⁸³ Cette distinction entre plusieurs facettes de la liberté de communication rappelle la distinction doctrinale italienne entre profil actif et profil passif de la liberté d'expression.

¹²⁸⁴ Décision du CC, n° 82-141 DC, Cons 13

¹²⁸⁵ E. DERIEUX, *Droit de la communication*, LGDJ, 2003 p. 22

dans l'exercice de ces droits et libertés dont la jouissance est codifiée, mesurée, à l'aune des droits et libertés des autres citoyens »¹²⁸⁶. La liberté de communication est une liberté limitée et contrôlée¹²⁸⁷ et ses limites découlent de l'article 4 de la DDHC et de l'article 11 lui-même qui prévoit que la loi fixe les limites à cette liberté. Certains auteurs étrangers se sont demandé pourquoi le Conseil déclare dans sa décision de 1982 qu'il faut concilier le pluralisme avec la liberté de communication prévue par l'article 11 puisque ce principe en est une des composantes mêmes. Toutefois, il semble qu'il s'agisse de concilier au sein même de la liberté de communication des intérêts contradictoires qui sont d'un côté la liberté des émetteurs et celle des récepteurs de l'information¹²⁸⁸. Il ne peut s'agir par conséquent que de concilier différents aspects d'une même liberté, d'en privilégier certaines fonctions, notamment la fonction d'information, ce qui découle en réalité de l'exercice simultané d'une même liberté par un nombre accru d'utilisateurs¹²⁸⁹.

404. La liberté de communication postule une relation entre celui qui livre le message et celui qui le reçoit, mais il est intéressant de noter que la définition que donne le Conseil constitutionnel est tournée vers les destinataires du message audiovisuel. « *Si la déclaration de 1789 s'attache à assurer la protection du droit d'expression, écrivent B. Mathieu et M. Verpeaux, c'est le droit à réception et le respect du pluralisme qui en matière d'audiovisuel et selon le juge constitutionnel expriment le principe constitutionnel à l'heure actuelle* »¹²⁹⁰. Le Conseil considère en effet que « *l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets*

¹²⁸⁶ P. FRAISSEX, « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'Homme », RDP, 2001, p. 535

¹²⁸⁷ F. JONGEN, « La liberté d'expression dans l'audiovisuel : liberté limitée, organisée et surveillée » in *La liberté d'expression, son étendue et ses limites*, RTDH, Numéro spécial, 1993, n° 13, p. 95

¹²⁸⁸ P. MARCANGELO-LEOS, Op cit, p. 87

¹²⁸⁹ J. RIVERO, « Les limites de la liberté » in *Liberté, Mélanges Jacques Robert*, LGDJ, 1998, p. 190

¹²⁹⁰ B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Architecture générale du droit constitutionnel français de la communication audiovisuelle », REDP, 1996, p. 786

d'un marché »¹²⁹¹. De même que la liberté de la presse est un « droit fondamental des lecteurs »¹²⁹², la liberté de communication est un droit fondamental des auditeurs et des téléspectateurs. En ce sens, la liberté de communication des diffuseurs publics et privés est subordonnée à la liberté de réception des auditeurs : celle-ci ne doit pas être détournée par les pouvoirs publics ou les intérêts privés¹²⁹³. Cette conception rappelle celle exprimée par le juge White dans l'arrêt *Red Lion v FCC*¹²⁹⁴ rendue par la Cour suprême américaine.

405. En considérant dans sa décision de 1986 que « *la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information* », le Conseil constitutionnel va plus loin que pour la presse écrite. Ces deux dernières exigences impliquent en effet un encadrement de la liberté considérée, dans le secteur public comme dans le secteur privé, encadrement qu'il renvoie au législateur. L'arbitrage qui doit s'opérer ici avait déjà été précisé par la décision du 27 juillet 1982 : liberté de communication, sauvegarde de l'ordre public, respect de la liberté d'autrui et préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels sont des exigences constitutionnelles dont la loi doit assurer la conciliation compte tenu des contraintes techniques existantes¹²⁹⁵.

406. Tout en relevant que le Conseil Constitutionnel n'a pas fait de la distinction entre liberté d'émission et liberté de réception un critère de différenciation du régime constitutionnel applicable à la liberté de communication, J. Israël remarque que la liberté de création semble

¹²⁹¹ CC, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, alinéa 11.

¹²⁹² CC, 11 octobre 1984, n° 84-181 DC ; note Favoreu, RDP, 1986, n° 2, p. 395

¹²⁹³ R.CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 164

¹²⁹⁴ Supreme court, *Red Lion v FCC* (1969) 395 US 367, 390 Dans une partie du jugement, celui-ci écrit que « *Le peuple dans son ensemble conserve son intérêt dans la liberté d'expression, et son droit collectif à ce que le média fonctionne en accord avec les fins et les buts du Premier amendement. C'est le droit des téléspectateurs et des auditeurs, et pas celui des diffuseurs qui est primordial* ».

¹²⁹⁵ P. MARCANGELO-LEOS, Op cit, p. 90

placée au second rang par rapport à l'impératif du libre choix de la réception, la première pouvant ainsi subi des atténuations au profit du second¹²⁹⁶. La liberté de l'émetteur est encadrée et cet encadrement est justifié par l'affirmation des droits du public et notamment droit de tout citoyen à une information pluraliste¹²⁹⁷. La mise en valeur de la seconde dimension de la liberté de communication par la prise en compte des destinataires de l'information constitue le point de départ de l'émergence de la notion de droit à l'information. Cette dernière est liée à la liberté de communication dont elle constitue le prolongement¹²⁹⁸.

Conclusion §2 :

407. Contrairement aux principaux textes internationaux qui énoncent non seulement la liberté de communiquer, mais aussi la liberté de recevoir des informations, la Déclaration de 1789 ne reconnaît pas expressément le droit de recevoir des idées et des informations, si bien que ce second élément ne ressort que de l'interprétation et de l'actualisation de ce texte constitutionnel opérées par le Conseil constitutionnel. Ceci s'explique par le fait que les textes faisant référence aux DH en droit français sont plus anciens que les textes internationaux en question¹²⁹⁹. Cette explication n'est pas opérationnelle pour expliquer pourquoi la liberté de recevoir des informations n'est pas reconnue par la Constitution italienne de 1948, ce qui pourrait s'expliquer par le refus de l'assemblée constituante de s'attaquer au statut de la RAI.

Conclusion Sous-section 1 :

408. Face au silence des textes, la Cour constitutionnelle italienne, et dans une moindre mesure le Conseil constitutionnel français dégagent, à partir d'une vision constructive de la liberté d'expression et de communication, ce qu'on pourrait appeler les prémisses de la liberté d'information. Ils envisagent la liberté d'expression dans sa conception moderne comme

¹²⁹⁶ J-J. ISRAEL, *Droits et libertés fondamentales*, LGDJ, 1998, p. 460

¹²⁹⁷ C. DEBBASCH, « Le principe constitutionnel de la liberté de communication audiovisuelle », in C. DEBBASCH (ed), *La CNCL*, Economica, 1988, p. 13

¹²⁹⁸ J-M. AUBY, R. DUCOS-ADER, *Droit à l'information*, Sirey, 1976, p. 6, voir aussi E. DERIEUX, « Les principes du droit de la communication en droit européen et international », LP, 2000, n° 72, p. 53 pour qui la référence au pluralisme permet de consacrer « *implicitement, au moins, le droit du public à l'information ou la communication* ».

¹²⁹⁹ C. HISCOK-LAGEOT, « La dimension universelle de la liberté d'expression dans la déclaration des droits de l'Homme de 1948 », RTDH, 2000, p. 232

s'adressant d'abord aux récepteurs de l'information. Cette conception s'explique par le contexte technique dans lequel s'inscrivent les arrêts et décisions précités : il existe toujours un nombre limité de bandes hertziennes, et il est donc impossible que toutes les personnes qui le souhaitent puissent s'exprimer à la télévision, et encore moins puissent posséder leur propre chaîne de télévision. Il est dès lors nécessaire d'avoir recours à une sorte de fiction juridique, selon laquelle la liberté d'expression est regardée comme respectée lorsqu'un nombre important de courants de pensée opposés sont représentés à la télévision. C'est ce raisonnement qui permet à la Cour constitutionnelle et au Conseil de faire découler le principe de pluralisme de la liberté d'expression protégée par la Constitution, et d'en faire, au même titre, un principe ayant valeur constitutionnelle. R. Craufurd-Smith, auteure britannique d'une étude de droit comparée soulève les contradictions internes de ce raisonnement et questionne l'absence de références aux droits économiques et culturels eux aussi protégés par les Constitutions pour protéger le service public audiovisuel. Malgré l'absence de fondements constitutionnels, c'est la voie qui semble privilégiée au Royaume-Uni (Sous-section 2).

Sous-section 2 : À la recherche d'un fondement en droit britannique

409. Le rapport Davies sur le futur de la BBC (1999) déclarait qu' « *il se peut que l'on ne soit pas capable d'offrir une définition étroite du service public audiovisuel, mais chacun sait cependant qu'il connaît cette définition quand il regarde le service public audiovisuel* »¹³⁰⁰. La justification du service public audiovisuel en droit britannique a souvent tourné autour de la question de *merit good*¹³⁰¹, ces choses que « *la société, opérant à travers le gouvernement, considère comme étant particulièrement important et que les gouvernants pensent que la population devrait être encouragée à consommer* »¹³⁰². Jusqu'aux années 1980, la question ne s'est toutefois pas véritablement posée puisque l'existence de la BBC reposait inexorablement sur les mêmes valeurs, non remises en cause : informer, éduquer, amuser. L'introduction de la

¹³⁰⁰ The future funding of the BBC, Davies report, p. 137 : « *we may not be able to offer a tight new definition of public service broadcasting, but we nevertheless each felt we knew it when we saw it* ».

¹³⁰¹ J. CURRAN et J. SEATON, Op Cit, p. 303

¹³⁰² R.G. LIPSEY et K.A. CHRYSAL, *Principles of economics*, OUP, 1999, p. 312

chaîne commerciale ITV n'avait pas fondamentalement perturbé cet ordre de valeurs. Elle avait seulement transformé le monopole autrefois en vigueur en duopole de service public, les télévisions commerciales étant en effet encore très contraintes par la régulation et la législation¹³⁰³.

410. L'introduction plus récente de nouvelles chaînes commerciales, locales et nationales, ainsi que la multiplication des chaînes avec l'arrivée du câble et du satellite a cependant remis en cause l'« ethos »¹³⁰⁴ du service public qui dominait le secteur audiovisuel. En effet, dans un environnement dans lequel un nombre croissant de diffuseurs commerciaux doivent s'affronter pour attirer les annonceurs, la compétition peut vite s'avérer néfaste pour la qualité des émissions diffusées¹³⁰⁵. De plus, la naissance de la télévision « à thème » sur le câble et satellite pose la question de l'utilité de la BBC pour fournir des programmes différents de ceux des privés. La question de la privatisation de la BBC fût largement posée par le gouvernement Thatcher dans les années 80, comme nous l'avons vu. L'absence de bases constitutionnelles à une télévision publique de service public a rendu ce problème encore plus criant qu'en France et en Italie, où les cours se seraient sans doute opposées à l'idée d'une privatisation de la chaîne publique. Il ne semble pas y avoir, en effet, en droit britannique de concept de pluralisme tel qu'il a été développé par les Cours Constitutionnelles française et italienne qui justifierait et imposerait l'existence d'une chaîne publique. Si les juges ont exprimé plusieurs fois leur reconnaissance d'un intérêt du public, celui-ci a été vaguement conceptualisé autour de la notion de liberté d'expression et ne constitue pas un intérêt public à proprement parler. L'absence d'une Constitution écrite et de droits sociaux et culturels est bien sûr pour quelque chose dans l'absence de reconnaissance de ce concept (§1). La question de la justification de la BBC se pose alors à chaque renouvellement de Charte et à chaque nouvelle loi sur l'audiovisuel. Pourtant, même le gouvernement ultra libéral de Margaret Thatcher n'a pas réussi à faire tomber la BBC et il semblerait aujourd'hui peu probable qu'un gouvernement choisisse de supprimer la BBC du

¹³⁰³ M. FEINTUCK et M. VARNEY, « The market, public services and regulation », in *Media regulation, Public interest and the law*, Edinburgh University Press, 2nd ed, 2013, p. 41

¹³⁰⁴ Sur la définition de l'« ethos » en droit des services publics britanniques, voir l'introduction à la thèse de A-E. VILLAIN-COURRIER.

¹³⁰⁵ M. FEINTUCK et M. VARNEY, Op cit, p. 43

jour au lendemain. On peut se demander ce qui a protégé le service public audiovisuel en Grande-Bretagne. L'existence d'une chaîne publique est ancrée sur des principes non formulés dans le droit positif, mais développés par la doctrine et dans les débats parlementaires, tel que le concept de citoyenneté qui semble être aujourd'hui le fondement le plus consensuel pour la sauvegarde d'une chaîne publique (§2).

§1 L'absence de sources constitutionnelles protégeant le service public audiovisuel

411. Comme nous l'avons vu dans le Titre 1 de cette Partie, la création de la BBC sous la forme d'un consortium public, puis d'une *Corporation*, a peu sinon rien à voir avec la liberté d'expression. Elle répond d'abord à des objectifs commerciaux et industriels puis à des objectifs culturels. La liberté d'expression, dans ce concept n'a qu'une place secondaire, puisque le principal but de la BBC, mis en exergue par Reith, est d'offrir un service de qualité au public et est fondé sur l'idée du paternalisme culturel¹³⁰⁶. L'établissement d'un monopole plutôt que d'une industrie concurrentielle a eu pour conséquence de repousser l'intervention des juges, le monopole public les empêchant de mettre en œuvre leur rôle de protecteur des droits privés dans un environnement compétitif¹³⁰⁷. L'absence de Constitution écrite au Royaume-Uni empêche la reconnaissance de principes ayant valeur supra-législative (B). Le pluralisme, qui n'est donc pas un principe constitutionnel n'est pas non plus reconnu par le *common law* (A).

A) L'absence d'une reconnaissance du pluralisme par le common law

412. Les Cours britanniques se sont montrées sensibles à la reconnaissance des besoins d'information du public, mais n'ont pas théorisé de concept pour trouver un fondement au service public audiovisuel comme ont pu le faire les Cours italienne ou française¹³⁰⁸. La liberté d'expression est reconnue par les Cours comme un intérêt public distinct, et les juges se sont parfois montrés favorables à la reconnaissance d'un intérêt du public à la diffusion d'une

¹³⁰⁶ R. CRAUFURD-SMITH, *Broadcasting Law and fundamental Rights*, Op cit, p. 68

¹³⁰⁷ Ibid.

¹³⁰⁸ Ibid, p. 168

information pluraliste¹³⁰⁹. Dans les arrêts *Attorney General v BBC*¹³¹⁰ et *Marshall v BBC*¹³¹¹, par exemple, les Cours usèrent de leur pouvoir d'interprétation de la loi pour faciliter la couverture électorale ainsi que la couverture de procès par les médias. Dans ces décisions, il est clair que c'est l'accès à l'information – pour les citoyens - qui est mis en exergue par le juge et non la liberté d'expression des journalistes en tant que telle. Ces décisions reflètent le rôle que peuvent jouer les cours pour la création de conditions permettant le relai de l'information nécessaire au public¹³¹². Dans l'arrêt *R v Broadcasting Complaints Commission ex Parte BBC*¹³¹³, il s'agissait de savoir si une compagnie pouvait bénéficier de la protection de la *privacy* au titre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et à ce titre, pouvait accéder à la « Broadcasting Complaints Commission » lorsque ce droit à la *privacy* n'avait pas été respecté par une chaîne télévisée. La réponse formulée par la Cour fut positive, mais le juge Brooke se montra sensible à l'argument de la BBC qui arguait qu'un trop large accès à la « Broadcasting Complaints Commission » dissuaderait les journalistes de s'attaquer à des sujets controversés.

413. Ce n'est pas la liberté d'expression des journalistes eux-mêmes qui est protégée en tant que telle, mais bien l'intérêt du public à recevoir les informations communiquées par les journalistes. Ainsi, dans l'arrêt *Guardian newspaper Ltd*¹³¹⁴ qui constitue un des arrêts de la lignée *Spycatcher*¹³¹⁵, le juge Scott pour la High Court et les juges de la Chambre des Lords reconnurent la possibilité d'une défense contre une action *for breach of confidence* sur le fondement de la liberté d'expression. Le juge Scott mit l'accent sur le rôle des médias comme « chiens de garde » en retenant que la possibilité pour la presse de divulguer des allégations de scandale concernant le gouvernement était un des remparts de la démocratie. La Chambre des Lords reconnut l'intérêt public de la liberté d'expression et le droit des citoyens dans une

¹³⁰⁹ Ibid, p. 170

¹³¹⁰ *Attorney General v BBC*, [1981], AC 303 at 354

¹³¹¹ *Marshall v BBC*, [1979], 1 WLR 1071

¹³¹² R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 170

¹³¹³ *R v Broadcasting Standards Commission ex parte BBC*, [2000]3 All ER 989

¹³¹⁴ *Attorney general v Guardian* (N° 2) [1988] 3 WLR 776

¹³¹⁵ Pour un résumé des différents arrêts *Spycatcher*, voir C. TURPIN, *British government and the Constitution*, Butterworths, 3ème ed, 1995, 121-4

démocratie à être informés par une presse libre. Toutefois, cet intérêt public ne permit pas de protéger P. Wright des allégations qu'il professait dans son livre. C'est l'intérêt du public qui est protégé par la liberté d'expression et non l'intérêt de ceux qui formulent l'information.

Le cas *Skycatcher* révèle à cet égard les différences notables dans la reconnaissance de la liberté d'expression avec la Cour européenne des droits de l'Homme. Le juge anglais est en effet plus enclin à reconnaître des restrictions à cette liberté lorsqu'il s'agit de la liberté des journalistes que ne le fait la Cour sur le fondement de l'article 10 de la Convention. Dans l'arrêt *Derbyshire County Council v Times Newspaper*¹³¹⁶, la Chambre des Lords jugea qu'une autorité locale ne pouvait pas poursuivre en justice pour diffamation le journal Times, pour une critique formulée à son encontre, car « *il était de la plus haute importance que tout gouvernement puisse être critiqué de manière la plus libre possible. La menace d'une action civile pour diffamation aurait inévitablement un effet inhibant sur la liberté d'expression* ».

414. Le droit à l'intervention des auditeurs et téléspectateurs est également parfois reconnu, mais très restreint. Dans le cas *Mc Whirter*¹³¹⁷, deux membres de la Cour d'appel reconnurent qu'un membre du public, ayant un intérêt suffisant, pourrait engager devant les cours une action contre l'autorité de l'audiovisuel. Dans l'arrêt *Wilson v IBA*¹³¹⁸ il fut reconnu le droit des téléspectateurs à intervenir devant l'IBA pour garantir un juste équilibre des points de vue dans les émissions politiques diffusées avant un referendum¹³¹⁹.

Pourtant, les juges anglais n'ont pas développé comme leurs homologues italiens ou français des fondements juridiques permettant de reconnaître la nécessité d'une chaîne publique pour la protection de la liberté d'expression, ou pour légitimer l'intervention régulatrice du gouvernement dans le secteur de l'audiovisuel, laissant l'entière liberté au législateur.

L'absence d'une Constitution écrite établissant des droits ainsi que la souveraineté du Parlement est certainement pour quelque chose dans la réticence des juges à intervenir pour établir des bases constitutionnelles à la sauvegarde d'une chaîne publique (B).

¹³¹⁶ *Derbyshire County Council v Times Newspapers Ltd* [1993] AC 534

¹³¹⁷ *A-G (ex rel McWhirter) v Independent Broadcasting Authority*, [1973], QB 629, CA.

¹³¹⁸ *Wilson v IBA* [1979] SLT 279

¹³¹⁹ V. Aussi *Regina v British Broadcasting Corporation ex parte referendum Party* [1997] EWHC Admin 406

B) L'absence d'une Constitution écrite comme rempart pour la protection des droits

415. Le Royaume-Uni n'a pas de Constitution au sens entendu dans les autres États¹³²⁰. Il n'y a pas au Royaume-Uni de loi, ou d'ensemble de lois regroupées dans un document qui formerait une Constitution au sens formel du terme. Pourtant, le Royaume-Uni est bien un État constitué, avec un système de gouvernement régulé par le droit, et en ce sens, au sens matériel du terme, le Royaume-Uni a bien une Constitution¹³²¹. Cette Constitution n'a toutefois pas la suprématie qu'elle peut avoir dans les autres États, au sens où le pouvoir du Parlement au Royaume-Uni n'est pas limité par la Constitution. Comme nous l'avons vu, l'influence de Dicey pour la formulation de ces principes non écrits a été primordiale. Les deux principes fondamentaux sont pour Dicey, la souveraineté du parlement (1) et la rule of Law (2).

1) La souveraineté du parlement

416. À la fin du XVIIe siècle, le concept d'absolue souveraineté parlementaire prend le pas sur les concepts de droits fondamentaux qui avaient été développés par des penseurs tels que Lock, Paine, et Mill¹³²². Cette souveraineté parlementaire est consacrée par le Bill of Rights de 1688 ; ce texte fondateur, même s'il protège les droits des citoyens, protège surtout les droits et libertés du Parlement¹³²³. La suprématie parlementaire devient par la suite la clé de voûte de la Constitution britannique. Le parlement puisqu'il agit à la place du souverain, qui ne peut avoir tort, est considéré comme ne pouvant lui-même avoir tort¹³²⁴. De ce fait, les juristes britanniques dominants tels que Blackstone, Bure, Bentham, Dicey ou encore Jennings, traitèrent pendant plus de deux siècles les citoyens britanniques comme des sujets de la Couronne, sans le bénéfice de droits fondamentaux constitutionnellement garantis, qui leur auraient donné une protection légale

¹³²⁰ W.B. MUNRO, *The makers of the unwritten Constitution*, 1930, Re-publié en 1982, Littleton, Colo, Fred B. Rothman & Co

¹³²¹D. OLIVER, *Constitutional reform in the UK*, OUP, 2003

¹³²² A. LESTER, « Human rights and the British Constitution », in J. JOWELL, D. OLIVER, *The changing constitution*, OUP, 2015, 8ème ed, p. 472

¹³²³ Ibid.

¹³²⁴ Ibid.

contre l'État et l'action de ses agents puisque cette notion de protection constitutionnelle était considérée comme incompatible avec la souveraineté du parlement¹³²⁵. Tous les actes du parlement, qu'ils relèvent de la Constitution au sens matériel du terme ou du simple domaine de la loi (toujours au sens matériel) avaient la même valeur formelle¹³²⁶. Cette souveraineté du parlement s'oppose à toute idée de contrôle constitutionnel ou de « constitutional review », comme adopté aux États-Unis avec l'arrêt *Marbury v Maddison* de 1803 ou au modèle de contrôle concentré adopté en Europe continentale après la Seconde Guerre mondiale¹³²⁷. La souveraineté du parlement emporte deux conséquences juridiques : d'une part, les provisions législatives l'emportent sur les provisions non législatives¹³²⁸. D'autre part, les lois postérieures outrepassent les lois antérieures¹³²⁹. En conséquence, comme le souligne Lord Wright dans l'arrêt *Liversidge v Anderson*¹³³⁰, « dans la Constitution de ce pays, il n'existe aucun droit garanti ou absolu », puisqu'une simple loi peut modifier une liberté publique, sans aucun contrôle constitutionnel.

417. L'adoption du Human Rights Act (HRA) en 1998 ne remet pas en cause ce principe de souveraineté parlementaire, mais il « réconcilie la souveraineté du parlement » avec l'effective protection des droits de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le HRA introduit en effet les droits protégés par la Convention dans l'ordre juridique anglais et prévoit que les Cours

¹³²⁵ L. LESTER, L. PANNICK et J. HERBERG, *Human rights law and Practice*, 3^{ème} éd, 2009, Chapitre 1.

¹³²⁶ Sur cette notion de Constitution au sens formelle et matérielle, voir M-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*,

¹³²⁷ D. FELDMAN, *English Public Law*, OUP, 2nd ed, 2009 ; A. W. BRADLEY; D. K. EWING, *Constitutional and administrative law*, Op cit, p. 55s qui citent Dicey : « under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and further . . . no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament ». V. aussi la déclaration de Lord Reid dans *Madzimbamuto v Lardner-Burke* [1969] 1 AC 645, 723 : « It is often said that it would be unconstitutional for the United Kingdom Parliament to do certain things, meaning that the moral, political and other reasons against doing them are so strong that most people would regard it as highly improper if Parliament did these things. But that does not mean that it is beyond the power of Parliament to do such things. If Parliament chose to do any of them, the courts could not hold the Act of Parliament invalid ».

¹³²⁸ R. CRAUFURD SMITH, « The structural framework for judicial intervention in the audiovisual domain », in *Broadcasting Law and fundamental Rights*, Op cit, p. 69

¹³²⁹ Ainsi, dans l'arrêt *R v Jordan* (1967) Crim LR 483, le défendeur exerça devant la Cour un « writ of habeas Corpus » en plaidant que la décision judiciaire d'emprisonnement de 18 mois pris sur le fondement de la Race Relations Act de 1965 constituait une restriction invalide du principe de liberté d'expression. La Cour refusa d'évaluer l'Act en question, car il n'avait pas le pouvoir de questionner la validité d'un acte du Parlement.

¹³³⁰ *Liversidge v Anderson* (1942) AC 206, 261

puissent désormais interpréter les lois dans un sens compatible avec ceux-ci. Il permet également au court d'annuler des décisions des autorités publiques qui seraient contraires aux droits de l'HRA. Pourtant, on ne peut parler d'introduction d'un droit constitutionnel au sens formel du terme, puisqu'il n'existe toujours pas de contrôle de constitutionnalité, ou constitutional review : lorsqu'il n'est pas possible pour les Cours d'interpréter une loi dans un sens compatible avec les droits protégés par la Convention, celles-ci ne peuvent qu'effectuer une déclaration d'incompatibilité en déclarant que la loi viole les droits de la Convention¹³³¹.

418. L'adoption du HRA a été saluée par la doctrine comme une avancée nécessaire dans l'histoire démocratique du Royaume-Uni, mais de nombreux auteurs regrettent que ne soient présents, dans le HRA que des droits de nature civile et politique, puisque les droits sociaux, économiques et culturels sont absents de la Convention européenne des Droits de l'Homme¹³³². De manière prospective, une partie de la doctrine a appelé à l'inscription de ces droits dans la Constitution, en soulignant que de nombreux droits économiques, sociaux et culturels sont protégés par des conventions internationales auxquelles est parti le Royaume-Uni¹³³³. Le deuxième principe constitutionnel mis en exergue par Dicey dans son ouvrage majeur est celui de la « rule of law ». Ce principe permettrait de ne pas voir se substituer le « despotisme

¹³³¹ Voir N. BAMFORTH, « Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, 1998, p. 572

¹³³² Cette absence s'expliquerait pas la nature différente des droits civils et politiques par rapport aux droits sociaux, économiques et culturels (Voir S. FREDMAN et M. WESSON, « Social, economic and cultural rights », in D. FELDMAN, *English Public Law*, Op Cit, p. 453s). Les premiers sont connus pour donner à l'Etat un devoir de non interférence alors que les droits sociaux sont connus pour imposer des devoirs politiques à l'Etat. I. HARE résume cette formule par le fait que les droits civils et politiques sont des droits négatifs à être laissés tranquilles, alors que les droits sociaux sont des droits positifs qui requièrent l'action du gouvernement pour assurer leur protection. L'auteur remet en cause cette distinction en soulignant qu'un grand nombre de droits civils et politiques peuvent exiger des dépenses de l'Etat (I. HARE, « Social Rights as Fundamental Rights » in B. A. HEPPLÉ (ed), *Social and Labour Rights in a Global Context: International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, 2002, p. 153). Il s'appuie notamment sur les travaux de C. SUNSTEIN et S. HOLMES qui montrent que des droits civils, comme le droit à un procès équitable requière du gouvernement des dépenses substantielles (S. HOLMES and C.R. SUNSTEIN, *The costs of rights : Why liberty depends on Taxes*, New York, 1999) ; voir également la décision de la Cour suprême canadienne *R v Askov* dans laquelle la Cour juge qu'un délai de 34 mois entre la première comparution du défendeur et le classement sans suite de l'affaire violait ses droits. Cela a obligé le gouvernement à dépenser plus de 28 millions de dollar pour améliorer l'accès aux cours). K.D.EWING souligne lui l'indivisibilité des droits de l'Homme : « *Il ne peut y avoir de liberté politique sans provisions sociales et pas d'égalité politique sans mesure de l'égalité sociale car les droits sociaux sont le moyen de l'expression de la liberté dans la sphère publique.* » (K.D. EWING, « Constitutional reform and human rights : Unfinished Business ? », *E.L.R Vol 5*, p. 299)

¹³³³ K.D. EWING, « Social Rights and Constitutional Law », in *Public Law*, 1999, p. 104 et K.D. EWING, « Constitution and Human Rights : an unfinished business? », Op cit, spéc p. 301s

démocratique »¹³³⁴ qu'entraîne la souveraineté parlementaire par un pouvoir débridé de la Couronne¹³³⁵ (2).

2) *la rule of law*

419. Le deuxième principe constitutionnel dégagé par Dicey dans son ouvrage *An introduction to the Study of the Law of the Constitution* est le principe de la *rule of law*. Ce principe a été le fruit de nombreuses interprétations ; il est toutefois nécessaire de revenir à la conception de Dicey pour comprendre les tenants et aboutissants de cette règle qui a longtemps exercé une suprématie sur les conventions constitutionnelles¹³³⁶, quitte à s'en écarter par la suite. Pour Dicey, la *rule of law*, entendu dans sa conception formelle, était constituée de trois éléments. Le premier élément significatif est la lutte contre l'arbitraire, c'est-à-dire que tous les pouvoirs qui contraignent les individus doivent être autorisés par la loi, ceux-ci ne peuvent pas être soumis au pouvoir discrétionnaire des autorités publiques. Le deuxième élément est la notion d'égalité, entendue au sens formel comme l'égalité de toutes les classes à un droit unique administré par les cours ordinaires. C'est ce principe d'égalité qui interdit la création d'un droit administratif différent du droit commun en Grande-Bretagne¹³³⁷. Le troisième élément est l'absence d'un code constitutionnel en Grande-Bretagne, la Constitution résultant des décisions des juridictions¹³³⁸. La liberté, pour Dicey, serait maintenue en préservant l'équilibre entre ces

¹³³⁴ A.V. DICEY, Op cit, p. 188

¹³³⁵ T.R.S. ALLAN, « *Legislative supremacy and the rule of law : Democracy and constitutionalism* », The Cambridge Law Journal, 1985(1), p. 112

¹³³⁶ J. JOWELL, « The rule of law and its underlying value », in J. JOWELL, O. DAWN, *The changing Constitution*, Op cit, p. 4 ; voir aussi J. JOWELL, « Is equality a constitutional principle ? », Current Legal Problem, 1994, Vol 47, p. 1

¹³³⁷ Dicey considère que le droit administratif français traite les citoyens différemment à cause de la séparation entre ordre administratif et judiciaire : « *with us, every official, from the prime minister down a constable or a collector of taxes is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen* », A.V. DICEY, *The law and the Constitution*, Op cit, p. 193. Cependant, à la fin de sa longue carrière, Dicey reconnaîtra la capacité du système français à contrôler l'abus de pouvoir, même par le biais des tribunaux administratifs. Later still he conceded 'a considerable step towards the introduction among us of something like the *droit administratif* of France', though maintaining that the jurisdiction of 'ordinary law courts' in cases of breach of the law by public officials 'is fatal to the existence to true *droit administratif* », V. DICEY, « *Droit administratif* in modern French law »(1901) 18 *LQR* 302

¹³³⁸ A-V. DICEY, *An introduction (...)*, Op cit p. 187-196

trois principes¹³³⁹. Mais c'est le principe d'égalité qui nous intéresse particulièrement, puisque c'est autour de celui-ci que s'est constitué le débat sur une possible conception substantielle de la « rule of law ».

420. Dicey adopte une conception formelle¹³⁴⁰ de toutes les composantes¹³⁴¹ de la « rule of law ». Le concept d'égalité doit donc être entendu au sens formel, et non substantiel du terme. Comme le rappelle P. Craig, « la formulation de Dicey concerne d'abord l'accès formel aux tribunaux, et pas la nature des règles que les individus trouveront lorsqu'ils y arriveront »¹³⁴². Ce point est d'ailleurs souligné par Marshall¹³⁴³ qui fait la distinction entre une conception formelle et substantielle du principe d'égalité : « l'égalité devant la loi, comprise comme l'égalité de toutes les classes à une règle commune, s'oppose certes au chaos ou à l'anarchie, mais ce concept n'implique en lui-même aucune vision qualitative de la loi à laquelle tous sont soumis ». C'est pourquoi le principe de la *rule of law* tel que conceptualisé par Dicey a fait l'objet de nombreuses critiques, à partir des années 1930.

421. I. Jennings et H. Laski reprochent à ce concept restreint, combiné à la prohibition de l'utilisation de pouvoirs discrétionnaires par l'administration d'empêcher la redistribution des richesses par une politique volontariste du gouvernement¹³⁴⁴. Comme le souligne Carr, « ceux

¹³³⁹ M. LOUGHLIN, « Rechtsstaat, Rule of Law, l'Etat de droit » in M. LOUGHLIN, *Foundations of public law*, OUP, 2010, p. 313

¹³⁴⁰ V. P. CRAIG, « Formal and substantive conception of the rule of law – an analytical framework », *Public Law*, 1997, p. 367 ; V. également M. LOUGHLIN, « Rechtsstaat, Rule of Law, l'Etat de droit », *Op cit*, p. 336 « *Rather than elaborating the conditions of lex (or even the jus of lex), this political concept of the rule of law aims to specify the conditions of legitimate political rule ... While the ideal of rule by law is driven by the objective of curbing arbitrariness in the regime of positive law, the rule of law doctrine is driven by the objective of curbing arbitrariness across the entire governing regime* ».

¹³⁴¹ Il est d'abord entendu que Dicey adopte une conception formelle de la lutte contre l'arbitraire : même si toutes les lois de l'Etat ne peuvent pas être qualifiées de substantiellement justes, le respect des procédures, ainsi que l'application uniforme d'une même loi par les cours, devaient empêcher aux citoyens de perdre leur liberté. V. P. CRAIG, *Ibid*, p. 371 « *The laws might have been harsh, but they had to be properly passed, and applied by the ordinary courts, before an individual could lose his or her freedom.* »

¹³⁴² P. CRAIG, *Ibid*, p. 371

¹³⁴³ G. MARSHALL, *Constitutional Theory*, Clarendon Press, 1971, p. 137 : « *Equality before the law, understood as the equal subjection of all classes to a common rule, might at least be contrasted significantly with chaos or lawlessness, but it does not in itself imply any qualitative view about the sort of law to which all are subject* ».

¹³⁴⁴ I. JENNINGS, *The law and the Constitution*, cité par J. JOWELL « *Is equality a constitutional principle ?* », *Op cit*, p. 47 ; voir aussi P. CRAIG, *Op Cit*, p. 470

qui s'opposent à la délégation statutaire du pouvoir législatif ou la création statutaire de tribunal non judiciaires seront souvent ceux qui s'opposent aux politiques mises en œuvre par ces lois et cherchent à le combattre à tous les niveaux »¹³⁴⁵. La conception formelle de la *rule of Law* telle que l'entend Dicey, s'appuyait sur une conception libérale de l'État, dans lequel le droit devait prémunir les citoyens contre une intervention excessive des gouvernants, susceptible de remettre en cause leur liberté¹³⁴⁶.

422. Plus récemment, le débat a repris parmi les auteurs autour de la conciliation entre le principe de *rule of law* et du *Welfare State*. J. Jowell rejette la définition substantielle de l'égalité au motif qu'« une constitution ne devrait être en elle-même un instrument de mise en œuvre de principes politiques. Elle fournit le cadre pour la mise en œuvre de ces politiques par un gouvernement élu. Ce n'est pas la fonction d'une constitution de prédéterminer l'allocation des ressources ou la distribution des richesses, ou de la place des marchés »¹³⁴⁷. Au contraire, comme nous le verrons par la suite, certains auteurs défendent une conception substantielle de la « *rule of law* », comme W. Barber pour qui la version substantielle de la « *rule of law* » découle de sa composante formelle, puisqu'« il ne sera pas possible pour les pauvres gens d'accéder aux cours pour défendre leurs droits (...) De la même façon, un système juridique requiert un niveau

¹³⁴⁵ C. CARR, *Concerning English Administrative Law*, OUP, 1941, p. 10–11 « *Those who dislike the statutory delegation of legislative power or the statutory creation of a non-judicial tribunal will often be those who dislike the policy behind the statute and seek to fight it at every stage.* »

¹³⁴⁶ C. Harlow souligne que la conception libérale de Dicey, qui met l'accent sur la liberté des citoyens par rapport à l'Etat n'est pas qu'une description du système, malgré ce que celui-ci a voulu faire croire. Il s'agit d'une interprétation faite à l'aune de ses propres valeurs libérales. C. HARLOW, « *Red and green lights theories* » in C. HARLOW et R. RAWLINGS, *Law and administration*, Op cit, p. 3

¹³⁴⁷ J. JOWELL « *Is equality a constitutional principle ?* », Op cit, p. 53. C'est un plaidoyer pour la neutralité économique de la Constitution que fait J. JOWELL dans cet article. Ce plaidoyer pose deux problèmes. Premièrement, comme nous venons de le voir, le principe même de la *rule of law* selon Dicey était loin d'être neutre, puisque l'absence d'intervention est déjà un principe politique. De plus, comme le souligne K.D. EWING, il existe deux problèmes concernant cette volonté de neutralité de la Constitution. D'abord, cette assertion pose problème quant à la définition qui a été donnée en droit anglais d'une Constitution. Aucune règle qui lierait le pouvoir constituant ne prévoit qu'une Constitution ne peut pas contenir de principes substantiels, mais qu'elle doit seulement contenir des principes formels. Ensuite, la Constitution peut difficilement être neutre, puisqu'en approuvant une Constitution, le peuple exprime son choix des principes par lequel il va se lier lui-même, ainsi que ses gouvernants. En ce sens, l'assertion selon laquelle « *il y aurait une chose appelée neutralité constitutionnelle et que celle-ci peut être assurée par l'omission des droits sociaux et économiques* » est fautive. V. K.D. EWING, « *Social Rights and Constitutional Law* », Op cit, p. 110

minimum d'éducation parmi ses citoyens »¹³⁴⁸.

Conclusion §1 :

423. Différents degrés de protection ont donc été accordés à la liberté d'expression, dans le *common law*, en fonction de la nature des actions et des parties au procès. Le juge s'est montré plus favorable à la protection des intérêts du public que de ceux des journalistes, ainsi que des sociétés audiovisuelles. L'absence d'une Constitution écrite et la souveraineté du Parlement rend la recherche de sources constitutionnelles au service public audiovisuel beaucoup plus ardue au Royaume-Uni. La vision substantielle de la *rule of law* impliquerait des obligations positives à la charge de l'État pour assurer l'égalité concrète des citoyens. Cette idée est largement reprise pour le secteur de l'audiovisuel, considéré comme essentiel pour mettre en œuvre le principe de citoyenneté (§2).

§2 Un secteur de l'audiovisuel primordial pour sauvegarder le principe de citoyenneté

424. Pour revenir à une potentielle justification pour la sauvegarde du service public audiovisuel au Royaume-Uni et en l'absence de textes ou de principes protégeant la chaîne publique, il semble nécessaire de se plonger dans les textes de loi et les travaux parlementaires et gouvernementaux. Les rapports gouvernementaux concernant l'audiovisuel ont été particulièrement nombreux au Royaume-Uni et, fait intéressant pour le droit continental, particulièrement suivi. L'exemple britannique est donc un exemple d'un pays où l'audiovisuel public n'est pas protégé par des principes constitutionnels¹³⁴⁹, mais un principe latent, ordonné autour d'un consensus sociétal (A). Il repose selon nous sur l'importance du principe de citoyenneté (B).

¹³⁴⁸ N.W. BARBER, « Must legalistic conception of the Rule of Law have a social dimension?, *Ration Juris*, 2004(17), p. 484. En ce sens V. aussi K.D. EWING, « Constitution and Human Rights : an unfinished business? », *Edinburgh Law Review*, 2010(3), p. 301

¹³⁴⁹ T. PROSSER, « Public service broadcasting : A special case », in *The limits of Competition law : Markets and Public services*, Op cit, p. 207, spéc p. 233

A) Un quasi-consensus sociétal autour de l'importance du service public audiovisuel

Les rapports commandés par le gouvernement mettent en exergue l'importance du statut de l'audiovisuel dans la société (1). Ce consensus sociétal permettra d'éviter la remise en cause du service public audiovisuel (2).

1) L'importance de l'audiovisuel reconnu par tous les livres blancs gouvernementaux

425. Les différents rapports gouvernementaux précédents les changements législatifs ou la révision de la charte royale ont toujours mis en avant l'importance du secteur de l'audiovisuel dans la société. Cette importance légitimait l'intervention du gouvernement pour empêcher que ce secteur ne soit laissé, sans aucune régulation, aux mains du privé. En 1923, le rapport Sykes déclare que « *l'audiovisuel est un moyen de diffusion d'une importance nationale. Nous considérons qu'un tel pouvoir potentiel sur l'opinion publique et la vie de la Nation devrait rester sous l'emprise de l'État. L'audiovisuel est perçu comme si essentielle que la permission de transmettre et ce qui est transmis devraient être sujet à l'autorité publique* »¹³⁵⁰.

Le rapport issu du comité Crawford, qui propose et impulse la transformation de la Company en Corporation en 1926¹³⁵¹ dispose qu' « *en tenant compte de l'échelle, de la signification et des potentialités de l'audiovisuel, les devoirs et les statuts de la Corporation doivent correspondre à ceux d'un service public, et le directoire doit être nommé avec pour seul objectif de promouvoir la plus grande utilité et le développement de l'entreprise* »¹³⁵². Le rapport Ullswater de 1936 dispose que « *l'influence de l'audiovisuel sur les esprits, et la voix de la nation rend urgent, pour l'intérêt national, que le service audiovisuel soit conduit de la meilleure manière possible à l'avantage de la population* »¹³⁵³. Le rapport Beveridge de 1950 arguait que

¹³⁵⁰ Broadcasting Committee, (Sykes Report, 1923), Cmnd 1951, X, 13

¹³⁵¹ A. BRIGGS, *The history of broadcasting in the United-Kingdom*, Vol I, Op cit, p. 301s, V. également E. BARENDT, *Broadcasting law, a comparative study*, Clarendon Press, 1993, p. 10

¹³⁵² Report of the Broadcasting Committee (Crawford Report, 1926), Cmnd 2599, VIII, 327, para 49

¹³⁵³ « the influence of broadcasting upon the mind and speech of the nation » made it an « urgent necessity in the national interest that the broadcasting service should at all times be conducted in the best possible manner and to the best possible advantage of the people », Rapport Ullswater,

« Tout comme le travail des universités, le travail du secteur de l'audiovisuel doit être regardé comme un service public avec un but social »¹³⁵⁴. Le rapport Pilkington de 1962 ajoutait que « le concept d'audiovisuel a toujours été celui d'un service, d'un caractère compréhensif avec le devoir qui est celui d'une corporation publique d'amener l'ensemble des activités et de l'expression développées dans la société à la conscience du public »¹³⁵⁵. Ces différents arguments rappellent ceux développés par les Cours constitutionnelles italienne et allemande et le Conseil constitutionnel français pour légitimer la sauvegarde de la télévision publique de service public.

426. Pourtant, comme le rappelle E. Barendt¹³⁵⁶, la charte royale aurait pu être révoquée à n'importe quel moment si le gouvernement avait considéré que la BBC n'avait pas rempli les termes de la charte, ou ceux de l'agrément¹³⁵⁷, mais également si le gouvernement était revenu sur l'importance de l'audiovisuel dans la société. Pour l'auteur, une décision de révoquer la charte ne serait évidemment pas prise à la légère, mais une telle décision ne pourrait sans doute pas être mise en cause devant les Cours, celles-ci étant traditionnellement réticentes à intervenir face à l'exercice par le gouvernement de ses prérogatives royales¹³⁵⁸. La nécessité d'un service public de l'audiovisuel a d'ailleurs été mise en cause à partir de la fin des années 70 et l'avènement de la doctrine néo-libérale. Appliquée à l'audiovisuel, cette doctrine implique la remise en cause d'un modèle dans lequel la télévision, sous l'impulsion de l'État, aurait tenu un rôle primordial pour la formation des esprits. Selon ce modèle, c'est sur le consommateur que devraient se focaliser l'attention des gouvernants.

427. C'est le rapport Annan¹³⁵⁹ qui mettra pour la première fois l'accent sur la nécessité d'une vision pluraliste du secteur de l'audiovisuel et de son ouverture plus large au secteur privé. Ce rapport marque selon J. Curran et J. Seaton une rupture profonde avec l'identité du secteur de

¹³⁵⁴ Report of the Broadcasting Committee (Beveridge Report, 1951), Cmnd 8116, IX, 1, §217

¹³⁵⁵ Report of the Committee on Broadcasting (Pilkington Report, 1962), Cmnd 1755, IV, 259, §23

¹³⁵⁶ E. BARENDT, Op cit, p. 34

¹³⁵⁷ Comme prévu par l'article 20 de la charte de 2006.

¹³⁵⁸ *Council of Civil service Unions v. Minister for the Civil service*, (1985)AC 374

¹³⁵⁹ *Report of the Committee on the future of broadcasting* (Annan Report, 1977), Cmnd 6753

l'audiovisuel et rejette la conception paternaliste qui prévalait jusqu'alors¹³⁶⁰ : « *Si la vie d'un individu était un pari, celui-ci serait autorisé à miser s'il le désire sur une seule vision de la vie (...), mais les organisations audiovisuelles doivent soutenir tout le terrain et miser leur argent sur tous les chevaux qui sont alignés au portillon de départ.* »¹³⁶¹. Cette vision pluraliste constitue un risque pour les téléspectateurs puisque ceux-ci pourront désormais « *sous l'assistance d'un contrôle lointain, regarder toute la journée, tous les jours, des programmes de pur divertissement, évitant soigneusement tout programme qui aspire à autre chose qu'à ce divertissement.* »¹³⁶². Contrairement à ce que soutiennent Curran et Seaton, la référence à l'intérêt public subsiste toutefois dans cette vision pluraliste de l'audiovisuel : les autorités de régulation doivent s'assurer que les diffuseurs opèrent dans l'intérêt public. C'est, selon nous, le rapport suivant, le rapport Peacock de 1986¹³⁶³ qui remet en cause les principes prévalant jusqu'alors puisqu'il met en avant non plus les intérêts du public, mais la « *souveraineté des consommateurs* »¹³⁶⁴ (2).

2) L'échec à la tentative de remise en cause des fondements juridiques du service public audiovisuel

428. Selon le rapport Peacock, il n'est pas légitime que les gouvernants définissent eux-mêmes, par le biais du service public, ce qu'ils pensent être l'intérêt du public. J. Peacock suppose que le marché est le mieux à même de répondre à la souveraineté des consommateurs, et que le service public audiovisuel doit dans ce cadre jouer un rôle subsidiaire en fournissant aux consommateurs les programmes qu'ils voulaient voir, mais ne pouvaient pas se fournir par le marché. Cette vision rappelle la conception individualiste du service public qui domine dans les années 90's, dont le point culminant fut l'adoption de la Citizen's charter par le gouvernement de J. Major. La charte se focalise en effet sur la dialectique des « *droits des citoyens* » vis-à-vis du service public et elle

¹³⁶⁰ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, 2010, p. 304

¹³⁶¹ Cmnd 6753, Op cit, §311 « *for the individual life is a gamble, he is entitled to stake everything if he desires on one interpretation of life* » « *but broadcasting organizations have to back the field and put their money on all the leading horses which line up at the starting gate* ».

¹³⁶² J.CURRAN et J.SEATON, Op cit, p. 304

¹³⁶³ *Report of the Committee on Financing the BBC*, (Peacock Report, 1986), Cmnd 9824

¹³⁶⁴ J. CURRAN et J. SEATON, Op cit, p. 304

visé à simuler dans la sphère administrative un marché de l'offre et de la demande, considérant que celui-ci est le mieux à même de répondre à ces droits¹³⁶⁵. Cette nouvelle vision occulte la dimension collective du service public, pour la remplacer par une personnalisation de la relation de service public caractérisée par la relation « contractuelle » entre l'individu et l'État. Le public est compris comme ayant des droits au service du fait de sa participation aux impôts plus qu'à travers sa qualité de membre d'une communauté¹³⁶⁶. Dans cette vision, on parle de « *besoins, d'attentes du public* »¹³⁶⁷ plutôt que d'intérêt de celui-ci. Il n'existe plus de décision du gouvernant permettant de cerner ce qui est le mieux pour la somme des intérêts particuliers.

429. Le livre blanc du gouvernement suivit les recommandations du rapport Peacock en proposant notamment la rentabilisation de la BBC en commercialisant ses heures nocturnes auprès d'opérateurs privés et en substituant progressivement à la redevance un système de péage « à la carte ». Cette mesure aurait pu entériner la fin du service public audiovisuel à proprement parler en ce que les désormais « consommateurs » n'auraient plus eu accès à des programmes de qualité gratuitement. Toutefois, malgré un contexte particulièrement favorable à la privatisation ou à la remise en cause des services publics¹³⁶⁸, très peu des recommandations du livre blanc concernant la BBC furent suivies par le législateur qui ne remit pas en cause la gratuité de l'audiovisuel public avec le Broadcasting Act de 1990¹³⁶⁹. Comme souligné dans le chapitre 1, c'est l'audiovisuel privé qui pâtit de la dérégulation du secteur¹³⁷⁰.

¹³⁶⁵ A-E. VILLAIN-COURRIER, Op Cit, p. 203

¹³⁶⁶ V. N. LEWIS, « The citizen's charter and next step : a new way of governing », *Political Quarterly*, 1993(3), p. 316

¹³⁶⁷ A cet égard, C. Harlow souligne que les opposants à la charte pensent que cette charte est mal-nommée, car son nom laisse entendre qu'elle permettrait de renforcer la citoyenneté politique, alors qu'elle est en fait conçue pour traiter ses destinataires comme des consommateurs. V. C. HARLOW, « Public service, market ideology and citizenship », in M. FREEDLAND et S. SCIARRA, *Public services and citizenship in English law*, Clarendon Press, 1998, p. 205

¹³⁶⁸ P. BOOTH, « Introduction », in A. PEACOCK(ed), *Public service Broadcasting without the BBC ?*, The institute of economic affairs, Londres, 2004, p. 1 ; V. aussi P. SMITH, « The politics of UK television policy, BBC charter's renewal and the crisis of Public service broadcasting (again) » in K. ROSS. and S. PRIDE (ed), *Popular Media and Communication: Essays on Publics, Practices and Processes*, Cambridge Scholars Publishing, 2008 p. 130 ; S. REGOURD, *La télévision des européens*, Op cit, p. 157

¹³⁶⁹ Broadcasting Act, 1990

¹³⁷⁰ V. S. REGOURD, Op cit, p. 157s

430. L'adoption de la nouvelle Charte de la BBC en 1997 aurait pu concrétiser une nouvelle vision du service public audiovisuel, fondée sur la souveraineté des consommateurs. Pourtant, cette charte ne contient pas ce concept. La charte confirme le statut de service public de la BBC en raison de l'importance du secteur pour la société, ainsi que ses principales missions : « informer, éduquer, distraire »¹³⁷¹. Malgré une volonté politique affichée de s'attaquer à la BBC, les gouvernants optèrent en fait pour une sauvegarde de ses principes. Le fait que le service public audiovisuel résiste à cette volonté de complète libéralisation est révélateur de la volonté de consacrer un statut particulier au secteur de l'audiovisuel.

431. Le livre vert sur le renouvellement de la charte royale de la BBC, publié par le gouvernement en mars 2005, met de nouveau en avant le rôle particulier du secteur public de l'audiovisuel dans la société : « *l'audiovisuel peut contribuer aux sociétés dans des formes que les autres médias ne peuvent pas adopter, et de plus, en tant que citoyens, nous ne pourrions obtenir tout ce que nous attendons de l'audiovisuel si nous comptons seulement sur les opérateurs privés* »¹³⁷². En décembre 2003, un autre rapport gouvernemental avait mis en avant la BBC comme la « quintessence de l'institution britannique », une expression révélatrice de sa volonté de ne pas la remettre en cause. Malgré les nombreuses attaques dont la BBC a fait l'objet à partir des années 80¹³⁷³, la nouvelle charte de 2006 réaffirme l'intérêt public que doit assurer cette institution¹³⁷⁴, ainsi que ses nombreux buts d'intérêt général (*public purposes*)¹³⁷⁵. La charte réaffirme également que la réalisation de ces buts d'intérêt général passe par ses trois missions : informer, éduquer et distraire¹³⁷⁶. La BBC relève ainsi d'une exception parmi les services publics qui ont pour la plupart été privatisés en Grande-Bretagne, et ce du fait de l'importance de l'audiovisuel pour la mise en œuvre de la citoyenneté (B).

¹³⁷¹ Department of National Heritage, Copy of Royal Charter for the Continuance of the British Broadcasting Corporation, Cm 3248 (1996), §3(1)

¹³⁷² Department for Culture, Media and Sport, *Review of the BBC's Royal Charter: A Strong BBC, Independent of Government*, DCMS, Londres, 2006, p. 1

¹³⁷³ V. P. SMITH, Op cit.

¹³⁷⁴ DCMS, *Copy of Royal Charter for the Continuance of the British Broadcasting Corporation*, Cm 6925, October 2006

¹³⁷⁵ Ibid, §3.1

¹³⁷⁶ Ibid, §3.2

B) Un principe de citoyenneté non formulé, mais au centre de ce dispositif

432. De la même manière que les Cours constitutionnelles en Italie et en France, les rapports et livres gouvernementaux insistent sur la capacité de l'audiovisuel à impacter les consciences et les mentalités. Toutefois, si c'est sur les principes de la liberté d'expression et de pluralisme que se basent les cours constitutionnelles française et italienne pour reconnaître l'importance du service public audiovisuel dans nos sociétés, tel n'est pas le cas en Grande-Bretagne. Il semble qu'un autre argument puisse être utilisé pour arriver au même résultat, celui de la citoyenneté, et la nécessaire mise en œuvre des droits civils et politiques à travers la fourniture d'une prestation positive. Ce fondement, même s'il n'est pas formulé en droit positif, a été conceptualisé par de nombreux auteurs en doctrine (1). Le service public audiovisuel contribue à la mise en œuvre du principe de citoyenneté (2).

1) Le principe de citoyenneté, un principe largement conceptualisé en doctrine

433. D. Oliver écrit que « malgré l'absence d'un statut explicite de citoyenneté en dehors des lois sur l'immigration et la nationalité, la citoyenneté dans son sens social et politique a un contenu juridique considérable au Royaume-Uni »¹³⁷⁷. À partir d'une définition positiviste de la *rule of law*, certains auteurs démontrent que le concept d'égalité formelle contenu dans ce principe nécessite pour être réel, la fourniture de services, à travers notamment la mise en œuvre de l'État-providence. C'est l'idée reprise par R. Cranston dans son ouvrage sur les fondements de l'État-providence. Pour l'auteur, « l'État-providence épouse les valeurs juridiques telles que l'égalité devant la loi et la *rule of Law* »¹³⁷⁸. L'égalité de tous devant la loi, si elle est bien un principe constitutionnel comme l'affirme Dicey, n'est pas acquise, elle est de l'ordre de la finalité¹³⁷⁹. Or, certains individus du fait de leur statut social ne peuvent accéder à la citoyenneté. Il reviendrait donc à l'État, à travers l'État-providence, de rendre la citoyenneté accessible à tous en mettant en œuvre des moyens matériels, substantiels permettant de faire des droits civils et

¹³⁷⁷ O. DAWN, « Democracy and citizenship », in *Constitutional reform in the UK*, Op cit, p. 41 : « Despite the absence of an explicit statutory status of citizenship outside the ambit of immigration and nationality law, citizenship in a social and political sense does have considerable legal content in the UK ».

¹³⁷⁸ R. CRANSTON, *Legal foundations of the Welfare State*, Weidenfeld and Nicholson, 1985, p. 1

¹³⁷⁹ A-E. VILLAIN-COURRIER, Op cit, p. 202

politiques une réalité. E.K. Ewing, en s'appuyant sur la conception purement positiviste de Raz, démontre lui aussi que « *tout comme la fonction du droit requière que la majorité des règles soient généralement stables et prospectives, un système légal requiert également un certain niveau de bien-être pour que les prétendues lois soient effectives. Un autre aspect de la pensée de Raz est que la rule of Law requiert l'accès aux cours. (...) Mais s'il existe dans le pays dans lequel le système légal est appliqué une pauvreté importante, les gens ne seront pas capables d'accéder aux cours pour faire valoir leurs droits* »¹³⁸⁰. De même, pour l'auteur, un système juridique nécessite un minimum d'éducation parmi les citoyens, pour que ceux-ci soient capables de comprendre leurs droits. Un système juridique qui manquerait à ces exigences ne serait pas un système juridique qui fonctionnerait bien, car « il est évident que pour que l'égalité politique soit plus qu'un slogan, il est nécessaire de s'atteler à l'infrastructure sociale »¹³⁸¹.

434. Cette conception de la citoyenneté avait déjà été formulée par T.H. Marshall en 1950. Dans son ouvrage *Citizenship and social class*¹³⁸², Marshall repousse l'idée selon laquelle la citoyenneté serait d'abord une affaire politique. Il identifie trois éléments dans la citoyenneté : l'élément civil, l'élément politique et l'élément social. L'élément politique correspond à la possibilité pour les membres d'une société de participer à l'exercice du pouvoir politique en tant qu'électeur ou en tant que membre élu du Parlement. Par la citoyenneté civile, Marshall se réfère aux droits nécessaires pour réaliser la liberté individuelle, la liberté d'expression, de pensée. Le troisième aspect de la citoyenneté est pour Marshall l'aspect social : « *J'entends par là l'ensemble des droits, du droit à un minimum de bien-être social et de sécurité au droit de partager entièrement l'héritage social et de vivre une vie d'être civilisé en accord avec les standards prévalant dans la société* »¹³⁸³. Ce sont ces droits applicables en pratique qui donnent une teneur concrète aux droits politiques et civils, en permettant à ceux-ci d'être exercés

¹³⁸⁰ N.W. BARBER, « Must legalistic conception of the Rule of Law have a social dimension? », Op cit, p. 484

¹³⁸¹ K.D. EWING, « Constitution and Human Rights : an unfinished business? », Op cit, p. 301s

¹³⁸² T.H. MARSHALL, *Citizenship and social Class and others essays*, Cambridge University Press, 1950

¹³⁸³ Ibid, p. 11. Traduction de : « *By the social element I mean the whole range from the right to a modicum of economic welfare and security to the right to share to the full in the social heritage and to live the life of a civilised being according to the standards prevailing in the society* ».

concrètement¹³⁸⁴. Or, l'accès à un service audiovisuel de qualité est un droit social qui permet d'exercer entièrement ses droits politiques et civils, et d'être intégré pleinement, en tant que citoyen, à la société (2).

2) Le service public audiovisuel contribuant à la mise en œuvre du principe de citoyenneté

435. Dans la théorie du droit de J. Habermas¹³⁸⁵, l'« espace public » joue un rôle déterminant, car il constitue une sphère, qui rendant possibles la discussion et la délibération, permet la participation du peuple au processus politique. Pour Habermas, la démocratie discursive, le débat, est à la base de la souveraineté du peuple¹³⁸⁶. La théorie démocratique d'Habermas est fondée sur une « *procédure idéale de délibération et de décision* »¹³⁸⁷, qui découle de l'éthique de la discussion développée par l'auteur dans *Théorie de l'agir communicationnel*. Celle-ci implique une parole dialogique idéale et une activité communicationnelle orientée vers l'entente et exempte de violence et de domination. Cette activité discursive permet la création d'une opinion publique homogène, distincte de l'agrégation de toutes les opinions privées et cette opinion publique permet d'influencer le gouvernement et d'assurer la souveraineté populaire. Or, le service public audiovisuel semble répondre aux conditions nécessaires pour assurer, dans la théorie de la discussion d'Habermas, la procédure idéale de délibération et de décision.

436. Les composantes principales de l'espace public définis par Habermas se retrouvent dans

¹³⁸⁴ Le deuxième aspect de la pensée de T.H. Marshall, que nous n'utiliserons pas dans ce travail concerne le lien entre la citoyenneté et les classes sociales. Ainsi, pour l'auteur, le développement du capitalisme tend à créer les inégalités sociales, alors que le statut de citoyen attribue des droits égaux à tous les membres d'une société. Cette tension entre deux principes opposés n'est pas résolue par l'attribution de droits égaux, puisque ceux-ci ne font que renforcer l'existence du capitalisme en le rendant plus juste : V. *Citizenship and social class and others essays*, Op cit, p. 9 : « *Is it still true that basic equality, when enriched in substance and embodied in the formal rights of citizenship, is consistent with the inequalities of social class? I shall suggest that our society to-day assumes that the two are still compatible, so much so that citizenship has itself become, in certain respects, the architect of legitimate social inequality. Is it still true that the basic equality can be created and preserved without invading the freedom of the competitive market? Obviously it is not true* ». Pour un commentaire contemporain de cet aspect de la pensée de Marshall V. par exemple R. DARHENDORF, « *Citizenship and social class* », in M. BLUMLER, A. M. REES(ed), *Citizenship today : the contemporary relevance of T. H. Marshall*, UCL Press, 1996, p. 25 et W. G. RUNCIMAN, « *Why social inequalities are generated by social Rights ?* », in M. BLUMLER, A. M. REES(ed), Op cit, p. 49

¹³⁸⁵ V. le numéro spécial que la RDP consacre à Habermas, RDP, 2007, n° 6

¹³⁸⁶ Sur le lien que fait Habermas entre l'éthique de la discussion et sa théorie de la démocratie V. O. CAYLA, « *Jurgen Habermas et le droit* », RDP, 2007, n° 6, p. 1541

¹³⁸⁷ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, 1ère publication en allemand 1992, et en français Gallimard, 1997, p. 321

le service public audiovisuel, comme l'a montré P. Ramsey : le principe d'inclusion, de délibération et de formation de l'opinion¹³⁸⁸. En ce qui concerne le principe d'inclusion, il consiste selon Habermas en ce que « *l'accès à l'espace public soit ouvert en principe à tous les citoyens* »¹³⁸⁹. Or, c'est à partir de la diffusion de l'audiovisuel que cette condition de l'espace public est réellement mise en œuvre : « *La force démocratique de l'audiovisuel repose sur le fait que la radio, et plus tard la télévision donnent accès à tous à l'ensemble du spectre de la vie publique* »¹³⁹⁰. Le deuxième principe mis en exergue par Ramsey est le principe de délibération¹³⁹¹, qui est au cœur de la théorie de l'espace public, et permet de faire le lien avec la théorie de la démocratie délibérative. Il présuppose un ensemble de droits basiques octroyés dans l'espace public, notamment la fourniture d'informations permettant de participer de manière rationnelle et critique au débat¹³⁹². Si le service public audiovisuel n'a pas le monopole de la fourniture de cette information, il y participe sans conteste¹³⁹³. Enfin, le troisième principe mis en exergue par Ramsey est le principe de formation de l'opinion publique¹³⁹⁴. Ce principe de formation de l'opinion intervient grâce au principe de délibération : il permet l'exposé de différents arguments qui pousseront les membres du public à formuler des opinions, qui mis en commun constituent l'opinion publique¹³⁹⁵.

Conclusion §2 :

437. Il est possible de reprendre le raisonnement de Dicey concernant le principe de liberté et de l'appliquer au principe de citoyenneté : celui-ci rappelait que transcrire juridiquement un

¹³⁸⁸ P. RAMSEY, « Public service broadcasting and the public sphere, Normative arguments from habermasian theory », *Networking Knowledge: Journal of the MeCCSA Postgraduate Network*, 2010/2

¹³⁸⁹ J. HABERMAS, « The public sphere », in R. GOODIN, P. PETIT, *Contemporary Political Philosophy*, Blackwell, 1997, p. 103 spéc p. 105

¹³⁹⁰ P. SCANELL, « Public service broadcasting and modern public life », *Media, culture and society*, 1989, Vol 11, p 135, spéc p. 140 : « *The fundamentally democratic trust of broadcasting lay in the new kind of access to virtually the whole spectrum of public life that radio first, and later television, made available to all* ».

¹³⁹¹ P. RAMSEY, *Op cit*, p. 7

¹³⁹² J. HABERMAS, *L'Espace public (...)*, *Op cit*, p. 83

¹³⁹³ J. HABERMAS, « Political Communication in Media Society : Does Democracy still enjoy an epistemic dimension? The impact of normative theory on empirical research », *Communication Theory*, 2006(4), p. 411

¹³⁹⁴ P. RAMSEY, *Op cit*, p. 9 ; V. J. HABERMAS, « The public sphere », *Op cit*, p. 109

¹³⁹⁵ *Ibid.*

principe est une idée totalement étrangère aux modes de pensée juridique anglais¹³⁹⁶, car celui-ci sera mieux protégé s'il n'est pas inscrit dans un texte, mais s'il résulte d'une pratique de tous les jours. Le principe de citoyenneté semble ainsi être un principe important de l'ordre juridique anglais, notamment parce que, comme nous le montrent les débats doctrinaux concernant le contenu de la *rule of Law*, il participe de la mise en œuvre de celle-ci. Si ces débats théoriques ne sont pas retranscrits en droit positif, les différents livres blancs et verts que nous avons cités ainsi que les débats parlementaires relatifs à la BBC font expressément référence à l'importance de la BBC pour l'intérêt de la Nation. Cette conception rappelle alors la conception habermassienne selon laquelle une opinion publique homogène peut être créée aux termes d'un débat qui respecte la procédure de délibération et de décision.

Conclusion Sous-section 2 :

438. Du fait de l'absence d'une constitution écrite au Royaume-Uni, nous avons été amenés à rechercher les sources du service public audiovisuel dans les livres blancs et verts qui constituent des documents particulièrement importants, au Royaume-Uni, pour justifier le renouvellement de la charte royale. Ces documents ne font pas référence à la liberté d'expression, mais à des droits culturels, celui de l'accès à des contenus de qualité, qui permettent de contribuer à la formation de la Nation britannique. Dans cette conception, et contrairement aux modèles français et anglais, la liberté d'expression et le principe de pluralisme semblent n'être que très peu utilisés pour fonder la justification du service public audiovisuel, les rapports insistant sur l'importance du secteur pour la formation de l'opinion publique, ainsi que pour la mise en œuvre des droits culturels des citoyens. Cette conception, plus élaborée que la simple formulation d'un objectif constitutionnel de pluralisme, permet d'insister sur le caractère indissociable des droits politiques, sociaux et culturels, mais également sur l'importance de la formation d'une opinion publique homogène distincte de l'agrégation de toutes les opinions privées.

Conclusion Section 1 :

439. Le secteur de l'audiovisuel est considéré, dans les trois États, comme primordial pour mettre en œuvre certains des principes fondamentaux de l'ordre juridique. En France et en Italie,

¹³⁹⁶ A.V. DICEY, *Introduction to the law of the Constitution*, Ed 1982, Op cit, p. 124

de la liberté d'expression, principe protégé par la Constitution et ayant donc la qualité de liberté fondamentale¹³⁹⁷, la Cour constitutionnelle et le Conseil constitutionnel font découler le principe de pluralisme, qui entraîne des droits non pas seulement pour les émetteurs de l'information, mais surtout pour ses récepteurs. La Cour constitutionnelle et le Conseil constitutionnel sont unanimes pour reconnaître que le secteur de l'audiovisuel a un rôle à jouer pour la garantie de cette liberté politique. Au Royaume-Uni, l'absence de constitution écrite comme rempart juridique et contraignant pour la garantie des libertés n'a pas empêché les auteurs de se pencher sur les liens qui lient le secteur de l'audiovisuel et le droit des spectateurs. D. Oliver met en avant l'importance que joue, à l'intérieur de l'ordre juridique anglais, le principe de citoyenneté, bien que non formulé en dehors des domaines de l'immigration et de la nationalité. Ce principe de citoyenneté renvoie à la possibilité, pour chaque citoyen, de participer effectivement aux choix politiques du pays. Le secteur de l'audiovisuel joue en ce sens un rôle fondamental, car il doit permettre la formation de l'opinion publique à partir d'informations impartiales et véridiques. L'exemple anglais nous permet de souligner les limites du raisonnement des Cours constitutionnelles française et italienne, qui se limitent à mettre en exergue le principe de pluralisme qui découlerait uniquement de la liberté d'expression, au détriment des droits sociaux et culturels auxquels il est fait allusion dans les différents livres blancs sur l'audiovisuel au Royaume-Uni. Cela peut s'expliquer par l'absence de justiciabilité des droits sociaux dans notre ordre juridique¹³⁹⁸.

440. L'importance des droits fondamentaux en cause ne suffit pas, même dans la vision traditionnelle du service public, dans les trois États, à justifier la création d'un service public. Comme nous l'avons vu, si la subsidiarité fonctionnelle n'est pas un principe existant en droit positif, même avant l'introduction du droit de l'Union, elle permet de justifier, en toile de fond,

¹³⁹⁷ Nous utilisons ce terme dans une approche strictement positiviste comme celle défendue par L. FAVOREU et al, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 11ème ed, 2008, p. 354 : « *Les droits et libertés fondamentaux désignent (...) les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus ni moins* » ainsi que par O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4ème ed, 2009, p. 86 ; V. contra E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA 1998, n° spécial, p. 8

¹³⁹⁸ D. ROMAN, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », La Revue des droits de l'homme, 2012, en ligne.

la création d'un service public par le pouvoir réglementaire ou le législateur. C'est le même type d'arguments juridiques qui justifie la création et la sauvegarde d'un secteur public audiovisuel dans les trois États membres après la libération : l'impossibilité pour les personnes privées de mettre en œuvre aussi fondamentaux pour la démocratie que le pluralisme ou l'exercice de la citoyenneté (Section 2).

Section 2 : L'impossibilité pour les personnes privées de mettre en œuvre ces principes fondamentaux de l'ordre juridique

441. Comme nous l'avons souligné dans la première partie de ce chapitre, l'importance des droits en cause ne suffit pas à légitimer la création d'un service public dans les trois États membres. La subsidiarité matérielle est un principe latent dans la conception traditionnelle du service public. Le rapport Denoix de Saint Marc le rappelle : « *à l'origine de tout service public se trouve un besoin reconnu par la collectivité que l'initiative privée ne parvient pas à satisfaire* »¹³⁹⁹. « *La place du service public dans l'État libéral, c'est un ensemble de fonctions que l'État doit entreprendre pour des raisons pratiques, parce qu'elles ne sont pas susceptibles d'être assumées par l'initiative privée, par le jeu de l'échange (...)* » écrit A-S. Mescheriakoff¹⁴⁰⁰.

442. Dans les trois pays étudiés, l'impossibilité du secteur privé pour mettre en œuvre les principes fondamentaux dégagés par l'ordre juridique est systématiquement évoquée, par la doctrine ou par les Cours constitutionnelles. La sauvegarde d'une télévision publique financée par des fonds publics se révèle alors une nécessité. Toutefois, plusieurs arguments peuvent justifier cette carence du secteur privé. En Italie, c'est l'impossibilité constitutionnelle d'imposer des obligations aux personnes privées qui justifie cette impossibilité (§1). En Grande-Bretagne, certains auteurs font référence à l'argument de la *market failure* qui permettrait de restreindre le rôle accordé à la puissance publique (§2). À ce modèle est pourtant préféré, en droit positif le modèle dit « culturel » fondé sur une opposition ontologique à la logique du marché (§3).

¹³⁹⁹ Cité par A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, 1997, p. 25

¹⁴⁰⁰ Ibid, p. 26

§1 L'impossibilité constitutionnelle d'imposer des obligations aux personnes privées en Italie

443. Dans sa décision de 1988, la Cour constitutionnelle italienne, bien que confirmant l'importance d'une programmation variée dans le secteur public et privé, répète que dans le secteur privé, le droit des citoyens à l'information doit être tempéré par la nécessité d'assurer les libertés prévues à l'article 21 et à l'article 41¹⁴⁰¹. La Cour semble vouloir ici réconcilier les intérêts contradictoires de la liberté d'informer et la liberté d'être informé avec ceux de la liberté d'entreprendre, établissant une distinction entre secteur privé et secteur public. Cette décision est saluée par la doctrine qui critique une conception objective du service public audiovisuel dans laquelle tant les personnes privées que les personnes publiques seraient soumises à des obligations de service public, car c'est l'activité en elle-même qui serait qualifiée de service public. Cette critique venait notamment de P. Barile¹⁴⁰² qui relevait l'impossibilité quasi « structurelle » d'attribuer la qualification de service public à l'exercice de l'activité de transmissions de la part des émetteurs privés. Avant la libéralisation, l'auteur avait soutenu que les opérateurs privés exerçaient eux aussi un service public, mais d'une manière différente que les opérateurs publics¹⁴⁰³. En 1988, il relève au contraire que « *La finalité de la RAI est profondément différente de celle des opérateurs privés : la finalité est sociale pour la RAI, alors qu'elle est commerciale pour les privés. De ce fait, un pouvoir de direction et d'orientation de la part de l'administration publique sur les émetteurs privés est inconcevable : le gouvernement ne peut pas imposer aux entreprises privées des programmes culturels. Ceux-ci peuvent devoir supporter, en vertu de l'article 41§3, des contraintes, mais ils ne peuvent pas être obligés de poursuivre des buts non spontanément voulus par eux* »¹⁴⁰⁴.

444. P. Barile semble considérer, en suivant la théorie du service public de Giannini, qu'une activité pourrait tomber sous le coup de l'article 41§3 sans pour autant être qualifiée de service

¹⁴⁰¹C. Cort, 826/1988 Foro it, p. 2477 à 2489

¹⁴⁰² P. BARILE, « Servizio pubblico ed emittenza privata », in P. BARILE, P. CARETTI, R. ZACCARIA(ed), *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione*, 1986-1987, Op cit, p. 185s

¹⁴⁰³ P. BARILE, « Controllo pubblico sulla emittenza privata », *Legge e Giustizia*, 1985, p. 281

¹⁴⁰⁴ P. BARILE, « Servizio pubblico ed emittenza privata », Op cit, p. 186

public. C'est la conception également soutenue par S. Foiss¹⁴⁰⁵, qui s'appuie sur les écrits de Guarino, pour soutenir en théorie « l'absolue incompatibilité du modèle d' « entreprise » avec le « service public ». La liberté d'entreprendre, droit fondamental de l'ordre juridique italien, serait niée si l'on soustrayait aux personnes privées la possibilité de choisir librement leurs objectifs, mais aussi si l'on imposait des pouvoirs de direction et de contrôle de l'activité de la part d'une personne publique¹⁴⁰⁶. Soumettre les opérateurs privés à un tel contrôle de l'Etat reviendrait à limiter de manière injustifiée leur liberté d'entreprendre, qui contient celle de choisir les activités exercées¹⁴⁰⁷. L'auteur souligne toutefois le caractère théorique de cette incompatibilité.

445. La compatibilité entre service public et entreprise privée ne doit pas être écartée entièrement : il est en effet possible de soumettre l'entreprise privée à certains buts bien délimités et circonscrits pour la mise en œuvre d'une mission de service public. On observerait alors une délimitation claire à l'intérieur d'un même organe entre les aspects qui correspondent à la logique d' « entreprise » et ceux qui correspondent à la logique de « service public ». C'est d'ailleurs la conception fonctionnelle qui prévaut aujourd'hui en droit de l'Union. L'auteur écarte toutefois cette possibilité dans le cadre de l'activité audiovisuelle, car la liberté d'entreprendre n'est pas la seule liberté fondamentale en jeu : la liberté d'expression joue un rôle de premier plan dans le secteur. Or, la liberté de programmation serait évidemment liée à la liberté d'expression prévue à l'article 21 de la Constitution et celle-ci s'opposerait à l'imposition d'un quelconque but aux opérateurs privés concernant le contenu des programmes¹⁴⁰⁸. Il s'agirait donc de distinguer l'activité d'installation et de gestion technique des équipements de radio-télédiffusion, de

¹⁴⁰⁵ S. FOIS, « Presupposti e modelli per una disciplina dell'attività radiotelevisiva » in P. BARILE, E. CHELI e R. ZACCARIA(ed), *Radiotelevisione pubblica e privata*, Il Mulino, 1980, p. 71

¹⁴⁰⁶ S. FOIS, Op cit, p. 79

¹⁴⁰⁷ Dans le même sens, en droit français V. P. DELVOLLE, « Service public et libertés publiques », RFDA, 1985, p. 5

¹⁴⁰⁸ S. FOIS, « Presupposti e modelli per una disciplina dell'attività radiotelevisiva », in *Radiotelevisione pubblica e privata*, Op cit, p. 72 ; S. FOIS, « La natura dell'attività radiotelevisiva », Giur. Cost, 1977, p. 429 ; dans le même sens, V. R. ESPOSITO, « La consulta dice la sua al legislatore sul sistema radiotelevisivo », Corr. Giur, 1988, p. 943

l'activité de diffusion des programmes¹⁴⁰⁹ : si la configuration de l'activité de gestion et d'installation ne pose pas de problème par rapport à la liberté d'expression, il n'en va pas de même pour l'activité de diffusion des programmes, qui est évidemment très liée à cette liberté. La Cour dans sa décision n° 420/1994, c'est-à-dire après la libéralisation officielle du secteur, confirme cette vision en déclarant que « *pour les émetteurs privés, le pluralisme interne compris comme ouverture aux diverses voix présentes dans la société rencontre inévitablement des limites en raison des libertés assurées aux entreprises* », notamment celles de l'article 41 et 21.

Conclusion §1 :

446. En Italie, le principe de liberté d'entreprendre tel qu'il a été développé à la fin des années 80 a poussé la doctrine à expliquer qu'il était impossible de soumettre les opérateurs privés à des obligations trop importantes, car cela remettrait en cause la libre disponibilité de leurs finalités d'entreprise, ainsi que la liberté d'expression. Cette conception se rapprocherait d'une vision « subjective », selon laquelle le service public audiovisuel devrait être obligatoirement pris en charge par la personne publique, au contraire de la conception objective aujourd'hui dominante du service public en Italie. En Grande-Bretagne, imposer des obligations de service public aux opérateurs privés ne semble pas poser de problèmes, car l'ITV et Channel 4 se sont vues imposer ces obligations depuis fort longtemps. Toutefois, depuis le rapport Peacock de 1986, de nombreux auteurs plaident pour une libéralisation totale de l'audiovisuel qui devrait n'être plus fondée que sur le marché. Dans ce cadre, c'est la carence des opérateurs privés à fournir certains « *merit goods* »¹⁴¹⁰ qui justifierait l'intervention de la personne publique. Ce modèle appelé *market failure* présente toutefois des inconvénients majeurs (§2).

¹⁴⁰⁹ S. FOIS, « Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo », Giur. Cost, 1960, p. 1127 mais surtout P.A. CAPOSTOSI, « Modelli normativi della concessione radiotelevisiva : Il problema del servizio pubblico », Op cit, p. 107s dans lequel l'auteur s'appuie sur le modèle de *res communis* dégagé par Giannini pour légitimer le monopole technique de la transmission (la gestion des fréquences et des équipements) qui ne s'opposerait pas à l'article 21 de la Constitution.

¹⁴¹⁰ Le concept de « merit good » a été introduit en économie par Richard Musgrave en 1957. Il désigne un bien, une marchandise, dont il est considéré qu'un individu ou une société devrait pouvoir bénéficier, indépendamment de sa capacité ou de sa volonté à payer pour lui.

§2 Le rejet de la simple « market failure » en Grande-Bretagne

447. En 2003, le livre vert sur la révision de la charte suggère que « *la BBC doit aspirer à compléter ce qui est disponible sur les chaînes commerciales, plutôt que de rivaliser directement avec elles* »¹⁴¹¹. Le rapport Davies de 1999 arguait qu'« *il est impossible de défendre une chaîne de service public audiovisuel avant que soit démontrée une défaillance du marché (market failure)* »¹⁴¹². Dans cette perspective, le marché est considéré comme le moyen naturel pour fournir des programmes audiovisuels. La nécessité d'une chaîne publique découle de la carence des chaînes privées sur le marché. La chaîne publique n'a qu'un rôle subsidiaire, celui de combler les trous laissés par le marché quant à la fourniture de services considérés comme essentiels. Autrement dit, ce n'est pas parce que les services sont considérés comme fondamentaux que la puissance publique peut et doit intervenir, mais parce que le marché ne permet pas de fournir ces biens considérés comme primordiaux. La nécessité de l'intervention de la puissance publique intervient donc non pas a priori, mais a posteriori. Deux conceptions de la « market failure » peuvent cependant être dégagées.

448. Dans une première conception, les services devant être fournis par la puissance publique sont des programmes considérés comme particulièrement nécessaires au développement de la conscience sociale et de la citoyenneté, qui ne sont pas fournis par les opérateurs privés. C'est la conception dégagée dans le rapport Davies de 1999. Ce modèle est susceptible de laisser un rôle substantiel au service public audiovisuel. Les défaillances du marché peuvent en effet être nombreuses et c'est pourquoi Davies écrit que « *Nous croyons que le service public audiovisuel peut jouer un rôle important dans l'environnement complexe et compétitif du futur numérique. Il y a de bonnes raisons de supposer que le marché, laissé à lui-même ne pourra fournir l'audiovisuel que notre société voudrait promouvoir. L'intervention publique peut corriger les tendances du marché à pousser trop loin dans la direction opposée* »¹⁴¹³. Dans cette perspective,

¹⁴¹¹ DCMS, *Review of the BBC's Royal Charter: A Strong BBC, Independent of Government*, Green Paper. March 2005, London, §1.23

¹⁴¹² DCMS, *The future funding of the BBC : Report of the independent review chanel*, Chairman Gavin Davies, 1999, p. 137

¹⁴¹³ Ibid.

c'est encore la puissance publique qui doit définir ce qui est nécessaire pour la société, même si elle intervient a posteriori et non a priori.

449. Le deuxième modèle de la *market failure* est celui décrit par A. Peacock dans son rapport de 1986. Dans ce modèle, ce qui prime est la « souveraineté du consommateur », et on considère que l'« intérêt public » ne peut pas être défini par la puissance publique : le service public devra combler les attentes des consommateurs qui ne peuvent pas être satisfaits par le marché. L'intérêt public coïncide donc avec la volonté du consommateur-télé spectateur, et la puissance publique est là pour satisfaire cette volonté¹⁴¹⁴. Ce modèle réduit au minimum le rôle de la puissance publique pour la fourniture de services audiovisuels.

Dans les deux cas, on pourra qualifier cette perspective de « microperspective », en ce qu'elle s'attache à la fourniture de programmes individualisés, et non à une programmation globale de la chaîne de service public. La question s'est posée de savoir si la *market failure* demeurerait à l'âge du numérique. Pour certains auteurs, le développement des chaînes thématiques et des chaînes payantes pourrait entraîner une plus grande réponse des chaînes aux préférences de l'audience¹⁴¹⁵. Pourtant, comme le soulignent d'autres auteurs, il existe de nombreuses raisons de penser que l'environnement digital et numérique ne permettra pas d'atteindre une diversité de choix en termes de genres de programmes¹⁴¹⁶. Les chaînes continueront de rechercher les économies d'échelle et la maximisation de l'audience et de présenter en conséquence des programmes assez homogènes en termes de contenu¹⁴¹⁷.

450. Les risques de cette perspective de *market failure* sont, dans ce contexte, soulignés par de

¹⁴¹⁴ A. PEACOCK, « Public service broadcasting without BBC », in A. PEACOCK(ed), *Public service without BBC*, Op cit, p. 36s

¹⁴¹⁵ M. AMSTRONG, « Public service broadcasting », in *Fiscal Studies*, 2005(26), p. 281

¹⁴¹⁶ A. GRAHAM et G. DAVIES, *Broadcasting society and policy in the multimedia age*, University of Luton Press, 1997

¹⁴¹⁷ M. HARKER, « The transformation of public broadcasting : Public service broadcasting, the BBC and the distortion of new medias markets », *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2011(4), p. 553 spéc, p. 556

nombreux auteurs¹⁴¹⁸. Pourraient être créées à l'intérieur du marché des « niches » pour les diffuseurs privés offrant des programmes de qualité. Ces programmes, relativement onéreux et attirant peu de téléspectateurs, n'intéresseraient pas les publicitaires et ne pourraient donc pas être financés par la publicité. Le financement de ces programmes par des fonds publics, compte tenu du faible impact de ceux-ci sur les téléspectateurs, serait difficilement justifiable d'un point de vue de la théorie du marché. Ils seraient susceptibles d'être fournis sur la base d'un abonnement. Or, la volonté de payer un abonnement réside non pas sur le seul intérêt pour le produit, mais également sur la capacité à payer des téléspectateurs. Ce processus aurait pour conséquence de fait de réserver les programmes onéreux aux catégories de téléspectateurs les plus riches. Il mènerait à ce que G. Born et T. Prosser appellent une « ghettoisation »¹⁴¹⁹, qui mettrait en danger l'universalité du contenu, et l'égalité entre les citoyens pour un accès de chacun à tous les types de programmes. Même si les programmes tels que les *merit goods* étaient toujours diffusés par la BBC, comme proposé dans le premier modèle de *market failure* ci-dessus, l'universalité du service public audiovisuel pourrait être remise en cause tout de même : dans ce modèle, il ne serait en effet pas légitime pour la BBC de diffuser des programmes de divertissement très onéreux qui ne sont pas considérés comme des *merit goods*. Ainsi, les films américains à succès ou les grands événements sportifs seront susceptibles d'être diffusés sur des chaînes par abonnement et réservés à un public riche capable de se payer cet abonnement¹⁴²⁰.

Conclusion §2 :

451. Dans un modèle dans lequel l'existence d'une personne publique pour mettre en œuvre certaines missions serait fondée sur la *market failure*, le rôle de cette personne publique ne serait que résiduel puisqu'elle devrait intervenir strictement lorsque les personnes privées sur le marché

¹⁴¹⁸ G. BORN et T. PROSSER, « Culture and consumerism : Citizenship, Public Service broadcasting and the BBC's fair trading obligations », *Modern Law Review*, 2001, Vol 64, p. 657 ; M. HARKER, « The transformation of broadcasting : public service broadcasting, the BBC and the distortion of new media markets », *Op cit*, p. 553 ; M. FEINTUCK et M. VARNEY, « The Market, Public Service and Regulation », in *Media regulation, public interest and the law*, *Op cit*, p. 36

¹⁴¹⁹ Cette expression est reprise par G. CAPELLO, quand elle se réfère au modèle italien de la « complémentarité » des chaînes publiques par rapport aux chaînes privées, complémentarité qui pourrait s'apparenter au premier modèle de la « market failure » proposé ici. voir G. CAPELLO, *Il concetto di servizio pubblico radiotelevisivo : l'evoluzione del dibattito su missione, impresa et programmazione*, RAI, ERI, 2004, p. 17

¹⁴²⁰ OFCOM, 2004b

ne fourniraient pas certains biens considérés comme importants. Ce modèle pose des problèmes non seulement théoriques, mais surtout empiriques. Certains auteurs ont alors développé pour répondre à cette carence de la *market failure* un modèle fondé sur l'opposition ontologique à la logique de marché (§3).

§3 Le modèle fondé sur l'opposition à la logique de marché

452. Ce modèle, appelé le modèle « culturel » ou citoyen, est également fondé sur la carence des chaînes privées, mais dans une macro-perspective et non plus une microperspective. Comme l'explique Tony Prosser, dans ce modèle, la volonté des consommateurs n'est pas considérée comme devant être prise en compte à tout prix, comme dans une logique de marché. Au contraire, la logique du service public audiovisuel doit être d'aider à développer et former les goûts des téléspectateurs. En ce sens, ce modèle précède le marché, au lieu de combler les vides laissés par celui-ci¹⁴²¹. Born et Prosser, dans leur remarquable article sur ce modèle de service public « culturel », opposent les deux conceptions en considérant que dans un cas, le spectateur « est considéré comme un consommateur souverain effectuant un choix entre plusieurs services proposés par le marché » et dans l'autre, « comme un citoyen, participant à une culture ayant pour but son développement personnel tout comme le développement de la société dont il est membre, en tant que citoyen »¹⁴²². Ce modèle rejoint la théorie habermassienne de l'espace public. Pour Habermas, les médias privés ne peuvent jouer le rôle de formation d'une opinion publique rationnelle pourtant nécessaire à la démocratie : le marché est vu comme une menace contre l'espace public, car sur le marché, les individus suivent leur intérêt privé, alors que dans l'espace public, leurs actions sont orientées vers la volonté d'atteindre un accord sans contrainte concernant le bien public¹⁴²³.

453. Pour Garnham, qui s'appuie sur la théorie habermassienne, la force du service public audiovisuel basée sur les impératifs de l'espace public est que celui-ci présuppose et essaie de

¹⁴²¹ T. PROSSER, « Public service Broadcasting, A special case » in *The limits of competition law : Markets and public services*, Op Cit, p. 208s

¹⁴²² G. BORN et T. PROSSER, Op cit, p. 657

¹⁴²³ N. GARNHAM, *Emancipation, the media and Modernity*, OUP, 2000, p. 176

développer en pratique un ensemble de relations sociales qui sont politiques plutôt qu'économiques, en même temps qu'il tente de se protéger lui-même du contrôle par l'État¹⁴²⁴. Pour Habermas, le risque est grand d'une « reféodalisation » de la sphère publique par des groupes d'intérêt si on laissait les intérêts privés sur le marché prendre le pas sur les intérêts publics. C'est pourquoi le service public audiovisuel joue un rôle primordial dans la formation de l'opinion publique dans la théorie habermassienne de l'espace public. Cette conception citoyenne du service public audiovisuel, et le rejet par la loi du modèle fondé sur la *market failure* entraînent l'attribution d'une mission large à la personne publique, au Royaume-Uni.

454. C'est en des termes presque habermassiens que le Conseil Constitutionnel français déclare dans sa décision de 1986 précitée « *qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché* ». L'ingérence, tant des pouvoirs publics que des intérêts privés dans la diffusion constituent donc des risques pour la liberté de communication et le pluralisme. L'ingérence des personnes privées est mise sur le même plan que celle des pouvoirs publics quant aux dangers qu'elles représentent pour le pluralisme, alors que le courant libéral originaire ne prenait en compte que les menaces publiques à la liberté d'expression¹⁴²⁵. Ainsi, écrit P. Waschmann, pour le Conseil constitutionnel, « *le pouvoir est partout, ce n'est pas qu'il englobe tout, c'est qu'il vient de partout* »¹⁴²⁶. Il ne faut pas que les décisions des téléspectateurs puissent faire l'objet d'un marché. En mettant en exergue les risques que pourrait entraîner la privatisation du secteur, le conseil rééquilibre le projet de loi et donne en partie raison à l'opposition, qui était concernée par le fait que la privatisation entraînerait l'appauvrissement de la diversité, la raréfaction du pluralisme en soumettant

¹⁴²⁴ N. GARNHAM, « The Media and the public sphere », In C. CALHOUN (Ed), *Habermas and the Public Sphere*, MIT Press, 1992, p. 359, spéc, p. 360–361

¹⁴²⁵ V. P. WASCHMANN, note sous CC, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, Op cit, p. 111

¹⁴²⁶ M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 122, cité par P. WASCHMANN, Op cit, p. 112

l'audiovisuel à la seule loi du marché¹⁴²⁷.

455. En l'espèce, le législateur avait décidé de céder la Première chaîne à un diffuseur privé, en dehors de toute concession de service public, mais dans le seul cadre d'une autorisation administrative. L'opposition de gauche considérait cette disposition inconstitutionnelle en s'appuyant sur l'idée que le domaine hertzien appartenant au domaine public, l'audiovisuel constituait un service public par nature. Toutefois, ses arguments sont aussi de nature politique. L'opposition considérait en effet que le service public était le meilleur moyen d'assurer la liberté de communication : la privatisation menant à l'étouffement de la télévision par des groupes d'intérêts privés puissants. Le Conseil donne d'abord raison à la majorité en considérant que « *le législateur n'est pas tenu de soumettre l'ensemble de la télévision par voie hertzienne au régime juridique applicable aux services publics ni d'adopter un régime de concession* », car « *ce mode de communication ne constitue pas une activité de service public ayant son fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle* ». De ce fait, il est possible d'envisager la privatisation d'une ou de plusieurs chaînes et de faire sortir ces chaînes de la mission de service public.

456. Toutefois, la formulation employée par le Conseil à cet égard est intéressante. En utilisant la formule « l'ensemble de la télévision », le conseil laisse-t-il entendre que le législateur serait tenu, pour la conciliation des objectifs précédemment cités, de conserver au moins une chaîne de service public ? De même, dans son considérant 11, le Conseil considère que « *la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information* ». Le Conseil, en envisageant le secteur public et privé séparément, comme des univers clos¹⁴²⁸, au sein desquels le pluralisme doit être assuré sous peine que la liberté de l'article 11 ne soit pas respectée, laisse entendre qu'est indispensable un secteur public à la

¹⁴²⁷ J. CHEVALLIER, « Le nouveau statut de la liberté de communication », AJDA, 1987, p. 58 spéc p. 63

¹⁴²⁸ P. WASCHMANN, Op cit, p. 113

réalisation de cette liberté¹⁴²⁹.

Conclusion §3 :

457. L'argument de la *market failure* est rejeté explicitement au Royaume-Uni, puisqu'il mènerait à restreindre considérablement les programmes pouvant être diffusés par la BBC, qui devrait se contenter des programmes non transmis par les chaînes privées, donc non rentables. En France, l'argument de la *market failure* n'est évoqué que très rarement dans les débats parlementaires, souvent par les Parlementaires de l'opposition, mais il est toujours repoussé. Comme au Royaume-Uni, c'est une conception globalisante de l'existence de la chaîne publique qui est retenue : l'existence de chaînes privées, uniquement, ne permettrait pas aux téléspectateurs d'effectuer des choix libres et non soumis à des intérêts commerciaux.

Conclusion Section 2 :

458. Plusieurs arguments peuvent expliquer la carence des privés à mettre en œuvre les principes fondamentaux de l'ordre juridique développés dans la section 1. En Italie, la majorité des auteurs ont mis en exergue les principes de liberté d'entreprendre et de liberté d'expression pour expliquer l'impossibilité d'imposer des obligations trop poussées aux télévisions privées dans le secteur. Au Royaume-Uni, l'argument de la carence des privées fut expliqué dans les années 80, par la *market failure* : du fait du financement par la publicité, les privés, dont la recherche du bénéfice est la finalité ultime, délaisseraient de manière quasi nécessaire les programmes attirant le moins les annonceurs, et ce mouvement conduirait à exclure de leur programmation certains programmes au coût élevé et n'attirant que peu les annonceurs. Les faiblesses conceptuelles de cette conception de la carence des personnes privées ont été démontrées par de nombreux auteurs, et notamment par T. Prosser et G. Born qui développeront une vision du service public audiovisuel dans laquelle la carence des personnes privées ne résulte pas seulement de la *market failure*. Dans cette conception, le marché est perçu comme ontologiquement incapable de répondre aux besoins des téléspectateurs liés aux libertés

¹⁴²⁹ Voir Contra J. CHEVALLIER, « le nouveau statut de la liberté de communication », AJDA, 1987, p 58 spé p 70 : « néanmoins pour le Conseil Constitutionnel, la réalisation du pluralisme n'implique pas pour autant nécessairement la médiation du service public : elle peut être aussi bien garantie par des mécanismes d'encadrement de l'initiative privée ».

fondamentales évoquées dans la Section 1.

Conclusion Chapitre 2 :

459. La sauvegarde d'une télévision publique financée par des fonds publics après la libéralisation du secteur est donc justifiée par l'impossibilité ontologique des personnes privées à assurer la mise en œuvre de principes fondamentaux dans les ordres juridiques : le principe de pluralisme, élevé au rang de principe constitutionnel par la Cour constitutionnelle, et d'objectif de valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel, qui peut alors être qualifié de liberté fondamentale. Dans ce contexte, il est intéressant de mettre en avant le rôle que peut jouer la puissance publique non seulement pour la mise en œuvre des droits-créances, mais également pour la mise en œuvre de droits politiques, qui sont pourtant souvent réputés ne nécessiter qu'une abstention de la part de la puissance publique¹⁴³⁰.

460. En France, cette opposition entre libertés politiques, qui en consacrant pour l'individu des « pouvoirs d'agir »¹⁴³¹ ne nécessiteraient qu'une abstention de l'État, et « pouvoirs d'exiger »¹⁴³² correspondants « à une dette étatique de nature positive, à une obligation d'action ou de prestation positive »¹⁴³³ est matérialisée par leur consécration par deux textes différents, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen d'un côté, et le préambule de la Constitution de

¹⁴³⁰ Cette opposition est classiquement formulée par la doctrine dans tous les Etats. Comme le note C. Boyer-Capelle, « Ce dualisme se reflète particulièrement dans la distinction opérée par Georg Jellinek entre « *droits de statut négatif* », à savoir les droits-libertés ne requérant pour s'exercer que l'abstention de l'Etat, et les « *droits de statut positif* », désignant les droits réclamant une intervention positive de l'Etat (les « *droits de statut actif* » se ramenant, quant à eux, aux droits politiques de participation) », C. BOYER-CAPELLE, Op cit, p. 183 ; V. aussi T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et les doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, 2003, p. 216 ; F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », G. KOUBI (ed), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 169 et P.H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvres droits, Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », RDP, 1989, p. 742

¹⁴³¹ J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, Tome 1, PUF, 9ème ed, 2003, p. 86

¹⁴³² Ibid.

¹⁴³³ L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, 2007, p. 9

1946 de l'autre¹⁴³⁴. La doctrine met l'accent sur le caractère différent des droits reconnus par le préambule de 1946 : le catalogue de libertés traditionnelles s'enrichit de droits à vocation économique et sociale qui « *ne sont plus ceux de l'Homme, de l'individu abstrait : ils bénéficient à l'Homme situé* »¹⁴³⁵. Cette opposition doit être nuancée, voire contestée, et il est intéressant de noter que le droit des médias fut l'un des premiers à reconnaître la nécessité d'une intervention positive de l'État par le biais d'aides financières, pour assurer la mise en œuvre effective de la liberté d'expression¹⁴³⁶. Au Royaume-Uni, ce débat est encore plus d'actualité. De nombreux auteurs ont conceptualisé, à partir d'une vision constructive de la *rule of Law*, la nécessité pour l'Etat, non seulement de s'abstenir de toute intervention entravant l'exercice des libertés politiques, mais également d'intervenir positivement pour permettre l'exercice effectif de ces libertés, à travers la mise en œuvre de droits économiques, sociaux et culturels.

¹⁴³⁴ Comme le note C. Boyer-Capelle, « *contrairement à une idée largement répandue, une telle exigence est déjà formalisée à l'époque révolutionnaire. Dès cette époque, un rôle actif des pouvoirs publics, même s'il est compris à minima, de par le cadre libéral auquel s'attache alors la conception des droits et libertés, est envisagé. Cette demande d'intervention positive trouve ainsi place implicitement au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen lorsque cette dernière prévoit l'instauration d'une force publique indispensable à la garantie des droits énoncés* », C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits fondamentaux*, Op cit, p. 35. M. Borgetto note que dès l'époque révolutionnaire, est consacrée l'idée qu'à certains droits de l'individu répond un devoir de l'Etat, qui s'assimile à un droit créance V. M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, L.G.D.J., 1993, p. 179 et s. et L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Op cit, p. 50

¹⁴³⁵ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 3ème ed, LGDJ, 1966, p. 19

¹⁴³⁶ V. C. BOYER-CAPELLE, Op cit, p. 184 : « *Cette prestation positive prend par la suite souvent la forme d'une aide financière, ce qu'illustre parfaitement l'exemple de la liberté de la presse. Revendiquée face au pouvoir politique, en réaction à la censure royale, cette liberté, consacrée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, défend le droit d'imprimer et de diffuser librement livres, journaux ou imprimés. Mais le danger que peut constituer le pouvoir envers la liberté de la presse, s'il doit continuer à susciter une certaine vigilance, a peu à peu cédé devant une autre menace. Les activités de presse ont en effet progressivement acquis un poids économique tel que cela a entraîné certains bouleversements. L'activité d'imprimerie a ainsi progressivement perdu son caractère artisanal, laissant place à une véritable industrie, soumise au risque de concentration des entreprises de presse. La liberté d'imprimer est devenue, concrètement, un simple mot pour ceux ne disposant pas des moyens suffisants pour la mettre en œuvre, les libertés d'expression et d'information s'en trouvant réduites d'autant. Par ailleurs, les contraintes économiques ont de plus en plus pesé sur les publications déjà créées, au point de rendre leur existence incertaine. Face à ce danger, l'Etat n'est plus alors apparu comme une menace, mais comme un adjuvant : l'aide financière publique, par l'instauration, par exemple, de régimes fiscaux avantageux, de la prise en charge d'une partie du transport postal de la presse ou bien encore d'aides directes est même devenue essentielle à sa survie. Par ces prestations pécuniaires, les pouvoirs publics luttent pour la création et la pérennité de publications, écartent les menaces des faillites, et favorisent alors le pluralisme, défendant dans le même temps la libre communication des pensées et des opinions qui « ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents (...) » La liberté de la presse ne saurait ainsi aujourd'hui se passer de ces interventions pécuniaires publiques. »*

Conclusion Titre 2 :

461. Il existe donc une spécificité du secteur de l'audiovisuel vis-à-vis des autres secteurs libéralisés, spécificité protégée par le droit de l'Union lui-même. L'utilisation du terme de service public pour qualifier l'audiovisuel public dans le protocole annexé au Traité d'Amsterdam est à cet égard caractéristique : loin de n'être qu'une expression utilisée au hasard de la rédaction des traités, elle semble être révélatrice d'une différence de conception par rapport aux secteurs qualifiés de Services d'intérêt économique général. Le droit de l'Union a profondément bouleversé la conception du service public dans les États membres. Les services d'intérêt économique général renvoient aujourd'hui à des obligations particulières, imposées à des entreprises, publiques ou privées. Ce n'est donc plus l'activité qui est qualifiée de service public, mais les obligations circonscrites, qui sont mises par la puissance publique à la charge des entreprises, en plus de leur activité normale sur le marché. Or, le service public audiovisuel, tel qu'il est envisagé par le protocole, et organisé dans les États membres, ne correspond pas à cette conception, mais semble renvoyer à l'acception traditionnelle du service public telle qu'elle existait dans les États membres avant l'introduction du droit de l'Union. La protection d'un secteur public de la télévision par le protocole, et ce alors que le droit de l'Union est normalement indifférent à la nature publique ou privée des entreprises, est à cet égard caractéristique, puisqu'il renvoie à une période où critère organique et critère matériel étaient nécessaires pour conclure à la qualification de service public. De même, l'acception globale de la mission de service public, avalisée par la Cour de Justice de l'Union lorsqu'elle contrôle la proportionnalité du financement public des chaînes publiques¹⁴³⁷, nous montre que c'est bien à l'activité dans son entier, et non seulement à des obligations déterminées, que renvoie la qualification de service public audiovisuel.

462. Le service public dans sa forme organique est donc dans le secteur considéré comme indispensable à la garantie des droits et libertés, ce qui témoigne paradoxalement d'une

¹⁴³⁷ Expliqué dans l'introduction

relégitimation du service public à travers le prisme de la mise en œuvre des droits et libertés¹⁴³⁸. Toutefois, s'il existe bien une spécificité du service public audiovisuel en droit de l'Union, les principes légitimant un financement public continuent de s'appliquer : le service public ne se justifie qu'au regard de la prestation qu'il délivre¹⁴³⁹, celle-ci devant être différente des personnes privées. Cela implique de rechercher une définition précise, par la puissance publique, des missions que doivent mettre en œuvre les opérateurs publics chargés de la mission de service public, ce qui, étant donné le caractère subjectif et qualitatif des activités du secteur, n'est pas sans poser de difficulté (Titre 3).

¹⁴³⁸ V. C. BOYER-CAPELLE, Op cit, p. 164s. Le droit communautaire reconnaît d'ailleurs, à travers l'article 16 du TFUE, l'importance des activités de service public pour la mise en oeuvre des droits et libertés. A. LYON-CAEN, « Proposition pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », *Service public et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, p. 87 et s. et V. V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », AJDA 1999, p. 963 ; J.-M. RAINAUD, *La crise du service public français*, PUF, 1999, p. 122

¹⁴³⁹ C. BOYER-CAPELLE, Op cit, p. 167

Titre 3 : La définition de la notion de service public audiovisuel en droit positif

463. La sauvegarde d'un service public audiovisuel après la libéralisation s'explique par le rôle fondamental que joue la télévision publique pour la mise en œuvre du principe de pluralisme (en France et en Italie) ou pour la formation de l'opinion publique et de l'unité de la Nation dans l'ordre juridique anglais. Pourtant, si l'importance que joue la télévision de service public est constamment mise en exergue par des textes supra-législatifs ou la jurisprudence constitutionnelle, ou les livres blancs gouvernementaux au Royaume-Uni, la définition précise de du contenu matériel de la notion de service public « *a été délaissée par les décideurs politiques (par conviction néo-libérale ou par faiblesse) et que les juristes se contentent en la matière d'une approche pragmatique* »¹⁴⁴⁰. Or, comme nous l'avons expliqué en introduction, en droit de l'Union, le versement d'une aide financière par l'État peut être considérée comme conforme aux règles du traité à condition que l'aide en question ne vise qu'à compenser les surcoûts engendrés par l'accomplissement de la mission particulière incombant à l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général¹⁴⁴¹. Dans ce dispositif juridique, la définition des missions de service public joue un rôle primordial : elle est absolument nécessaire pour légitimer le financement public, et vérifier que celui-ci est effectivement proportionnel à ces missions. La Cour de Justice considère ainsi que les règles du traité sont violées lorsque les obligations de service public à remplir par le fournisseur de service ne sont pas spécifiées de façon adéquate¹⁴⁴². Cette importance de la définition précise des missions de service public est rappelée dans la Communication de la Commission¹⁴⁴³.

464. Le choix d'un cadre méthodologique issu du normativisme juridique pour analyser

¹⁴⁴⁰ B. MIEGE, *L'information-communication, objet de connaissance*, de Boeck – INA, 2004, p. 215

¹⁴⁴¹ TPICE, *FFSA.*, Aff. T-106/95, point 178

¹⁴⁴² CJCE, 11 avril 1989, *Silver Line Reisebüro* Aff.C-66/86

¹⁴⁴³ Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, 2009, Op cit, §43 : « *Ce n'est que lorsqu'elle pourra s'appuyer sur une définition officielle que la Commission pourra apprécier avec une certitude juridique suffisante si la dérogation prévue à l'article 86, paragraphe 2, du traité est applicable* ».

l'effectivité des normes encadrant la prestation de service public a des conséquences sur la méthode adoptée pour conceptualiser les missions des chaînes publiques. Elle impose de rejeter la théorie prescriptive duguiste du service public. Pour Duguit, en effet, le service public représente « *l'activité que les gouvernants doivent obligatoirement exercer dans l'intérêt des gouvernés* »¹⁴⁴⁴. Pour lui, le rôle du juriste est en partie d'expliquer au législateur quel doit être le droit¹⁴⁴⁵. Au contraire, la définition fonctionnelle que nous avons adoptée du service public prend d'abord en compte l'intention des gouvernants et se rapproche en ce sens de la définition dégagée par G. Jèze, selon lequel « *sont uniquement, exclusivement services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné ont décidé de satisfaire par le procédé du service public* »¹⁴⁴⁶. Dans cette conception du service public, il ne peut être fait référence à l'« essence » du service public audiovisuel.

465. Le mode de détermination du service public exclut d'emblée toute possibilité d'une détermination objective ou intrinsèque : le service public n'existe pas en soi, mais exclusivement en fonction de la volonté de ses promoteurs¹⁴⁴⁷, ou plutôt, dirons-nous, de la volonté des représentants du peuple souverain. De ce fait, il n'est possible de définir « ce que doit être le service public » qu'au regard des textes juridiques qui l'instaurent. Sa définition résulte des textes supranationaux, constitutionnels, législatifs et réglementaires. Ce rejet d'une conception objectiviste du service public audiovisuel permettra de relativiser au maximum les biais axiologiques qui pousseraient l'auteur à substituer à la définition du service public audiovisuel par les textes sa propre vision de ce que devrait être le service public audiovisuel¹⁴⁴⁸. L'adoption d'une certaine « neutralité axiologique » ou Wertfreiheit¹⁴⁴⁹, pour reprendre le concept bien connu de Weber, dans la conceptualisation des missions de service public en se fondant sur les

¹⁴⁴⁴ L. DUGUIT, « De la situation des particuliers à l'égard des services publics », RDP, 1907, p. 411, spéc p. 417

¹⁴⁴⁵ L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, 1928, p. 74

¹⁴⁴⁶ G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Giard & Brière, 2ème ed, 1914, p. 247

¹⁴⁴⁷ J. CHEVALLIER, *Le service public*, Op cit, p. 43

¹⁴⁴⁸ J. Bourdon note qu'« *En général, l'analyse du service public ne répond pas au principe wébérien de neutralité axiologique. Aux chercheurs post-modernes qui s'engagent contre la notion, répondent ceux qui défendent le service public en s'associant parfois à la nostalgie de certains professionnels* ». V. J. BOURDON, « Le service public de la radiotélévision : l'histoire d'une idéalisation », Op cit, p. 15

¹⁴⁴⁹ La traduction littérale de ce concept est : « absence de jugements de valeur ».

textes de loi se heurte toutefois à certaines limites. Ces limites sont particulièrement prégnantes pour l'étude du secteur de l'audiovisuel, étant donné le caractère particulièrement subjectif de certaines notions contenues dans les obligations de service public. Un autre obstacle entrave une conceptualisation du devoir-être du service public audiovisuel : l'instabilité des textes législatifs encadrant cette prestation, ainsi que la relative homogénéisation des obligations imposées aux émetteurs publics avec celles des privés.

466. Pour dépasser l'indétermination des missions de service public audiovisuel, nous nous proposons d'abord de rechercher dans les textes de loi et les textes réglementaires les particularités des missions conférées aux personnes publiques. Cette recherche nous poussera à mettre en exergue le paradoxe de la difficile distinction des missions propres au secteur public dans les trois Etats (Chapitre 1). En nous fondant sur les particularités dégagées dans ces textes de nature législative et réglementaire, ainsi que sur les droits et libertés dégagés dans le Titre 2 de cette partie, nous tenterons de formuler et de définir des concepts prenant la forme d'« équivalents fonctionnels » qui constituent le devoir-être de la prestation de service public audiovisuel dans les trois États (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La difficile définition des missions propres au secteur public dans les trois États

467. Dans notre Titre 2, nous avons pu dégager des principes ayant valeur supra-législative qui légitiment le maintien d'un secteur public après la libéralisation. Si ces concepts constituent sans aucun doute une source du service public audiovisuel, ils entraînent nécessairement et concomitamment des obligations précises mises à la charge de l'opérateur public pour assurer leur effectivité. Ils sont donc concrétisés dans chaque pays par une réglementation législative et réglementaire interne qui les développe et les précise. Toutefois, le degré important de régulation du secteur privé après la libéralisation, ainsi que les hésitations législatives quant aux missions devant être mises en œuvre par les opérateurs publics, ont mené à une banalisation du critère matérielle du service public audiovisuel, ainsi qu'à une instabilité importante des dispositions législatives qui régissent ces missions. Nous avons choisi d'adopter, de nouveau dans ce chapitre, une approche chronologique - car la redéfinition du critère matériel du service public audiovisuel après la libéralisation est progressive, mais pas linéaire. Les développements archéologiques de notre première partie nous permettront d'expliquer en partie cette difficile redéfinition. L'homogénéité des missions confiées aux opérateurs publics est particulièrement prégnante dans la période qui suit la libéralisation du secteur, mais elle a des causes différentes en fonction des États, qui trouvent leurs sources dans l'histoire du service public (Section 1). Malgré l'homogénéisation des missions entre chaînes du secteur public et chaînes du secteur privé, il sera nécessaire de rechercher les obligations spécifiques qui sont confiées aux opérateurs publics (Section 2).

Section 1 : La banalisation des missions confiées aux opérateurs publics dans un contexte libéralisé

La banalisation des missions présente des formes et des degrés différents en fonction de l'histoire audiovisuelle de chaque État, histoire que nous avons développée dans le Chapitre 2 du Titre 1. En Grande-Bretagne, cette banalisation résulte de la très forte régulation pesant sur les chaînes privées due au duopole de service public mis en place après la libéralisation (§1). En

France, elle résulte de l'incertitude du statut de la télévision publique après la libéralisation (§2). En Italie, au contraire, elle résulte de l'incertitude concernant les obligations pouvant être imposées aux opérateurs privés (§3).

§1 En Grande-Bretagne, l'héritage d'un duopole de service public

Si la libéralisation est intervenue très tôt dans l'histoire de la télévision britannique, permettant de remplacer le monopole de la BBC par un duopole, c'est au prix d'un très grand contrôle sur les chaînes privées¹⁴⁵⁰ (A) persistant aujourd'hui et matérialisé par la qualification de service public des entreprises privées dans la Communication Act de 2003 (B).

A) Des missions de service public imposées aux personnes privées dès la libéralisation

468. Comme nous l'avons souligné dans le premier chapitre, des missions de service public ont été conférées aux opérateurs privés à la libéralisation du secteur. Si la *Television Act* de 1954 ne fait pas mention de la notion de « Public Service Broadcasting » pour les chaînes privées, les missions conférées à la nouvelle ITV sont très proches de celles conférées à la BBC. La section 3 de la loi de 1954 prévoit que l'ITA, la nouvelle autorité de régulation, doit s'assurer que les programmes de l'ITV ne contiennent, entre autres, aucune offense au bon goût ou à la décence, maintiennent une balance quant aux sujets traités, et un haut standard de qualité, présentent des informations avec exactitude et impartialité, préservent l'impartialité en ce qui concerne les sujets liés à des controverses politiques et industrielles, n'inclut aucune matière propre à favoriser un parti politique¹⁴⁵¹. Aux termes de la Communication Act 1990, Channel 3 (ITV) doit produire un code détaillé de programmes supervisé par l'IBA, la nouvelle autorité de régulation qui remplace l'ITA. Aux termes de cette loi, la licence ne peut être attribuée que si certaines conditions sont respectées, notamment qu'un temps suffisant est attribué à des informations de bonne qualité et des programmes concernant les affaires courantes, mais également qu'une

¹⁴⁵⁰ V. par exemple M. FEINTUCK et M. VARNEY, « The market, Public service and regulation », Op cit, p. 40

¹⁴⁵¹ Sur ce sujet, voir D. LLOYD, « Some comments on the British Television Act, 1954 », *Law and contemporary Problems*, 1958(25)

quantité suffisante de temps est allouée à d'autres programmes de bonne qualité¹⁴⁵².

469. L'introduction de Channel 4 en 1982 est également représentative de ce mouvement d'homogénéisation des obligations législatives entre chaînes publiques et chaînes privées. Le *Broadcasting Act* de 1990 prévoit que les programmes de Channel 4 doivent comprendre une proportion appropriée de sujets qui répondent aux goûts et intérêts non pris en considération par Channel 3¹⁴⁵³ (ITV). L'innovation et les expériences dans la forme et le contenu des programmes sont également encouragés¹⁴⁵⁴, car la chaîne doit avoir « un caractère unique ». Enfin, Channel 4 fournit également un « service public » pour « disséminer information, éducation et divertissement »¹⁴⁵⁵, ce qui n'est évidemment pas sans rappeler les missions conférées à la BBC depuis sa création. Si la volonté de dérégulation qui a touché les chaînes privées durant les années 80 et 90 a réduit la régulation pesant sur les chaînes privées, on assiste, dans les années 2000 à une revalorisation de la notion de service public, qui touche les chaînes privées comme publiques (B).

B) Des chaînes privées expressément chargées de la mission de service public

470. La Communication Act de 2003 ira jusqu'à introduire la notion de « Public service Broadcasting » appliquée indifféremment à la BBC et aux chaînes privées. Dès l'article 3, il est précisé que l'une des fonctions de l'OFCOM est de « *promouvoir l'accomplissement des objectifs de la télévision de service public en Grande-Bretagne* »¹⁴⁵⁶. L'article 264(4), qui s'adresse aux télévisions publiques comme privées, prévoit notamment que l'un des objectifs du service public audiovisuel en Grande-Bretagne est la fourniture de services télévisuels pertinents¹⁴⁵⁷ qui garantissent que des programmes traitant d'un large éventail de thème sont disponibles à la vision et que ces services soient susceptibles de rencontrer les besoins et

¹⁴⁵² T. PROSSER, « Public service Broadcasting, a special case », Op cit, p. 228

¹⁴⁵³ Section 25(1a) CA1990

¹⁴⁵⁴ Section 25(1b) CA 1990

¹⁴⁵⁵ Section 25(2a) CA 1990

¹⁴⁵⁶ art 3(4a) CA 2003

¹⁴⁵⁷ Traduction de « relevant television services ».

satisfaire les intérêts de différentes audiences aussi larges que possibles. Ces services télévisuels, considérés dans leur ensemble doivent maintenir un haut standard général quant au contenu des programmes et à la qualité de leur réalisation (d).

471. L'article 264(6) va encore plus loin dans l'homogénéisation entre les chaînes publiques et privées en disposant qu' « *une façon de satisfaire les objectifs du Public Service Broadcasting est compatible avec cette subsection si elle assure que les services de télévision (pris dans leur ensemble) comprennent un service public pour la diffusion d'information et pour la fourniture d'éducation et de divertissement* »¹⁴⁵⁸. Cet article inclut presque mot pour mot la formule inventée par Lord Reith appliquée jusqu'alors uniquement à la BBC qui devait informer, éduquer et distraire. Il prévoit également que « *l'activité culturelle en Grande-Bretagne, et sa diversité, sont reflétés, supportés et stimulés par la représentation dans ces services, pris tous ensemble, de drames, comédies et musique, par l'inclusion de long-métrages dans ces services et par le traitement d'autres arts visuels et vivants* »¹⁴⁵⁹. S'en suivent d'autres obligations que doivent respecter les opérateurs tels que la provision de programmes facilitant des débats bien informés et l'engagement civique, un large éventail de programmes concernant l'éducation, de sciences, religion et autres croyances, ainsi que de programmes destinés à la jeunesse, et des programmes reflétant la diversité des communautés et des traditions à l'intérieur de la Grande-Bretagne.

472. La liste est donc extensive. Elle inclut des obligations de service public relativement traditionnelles et qui font consensus, telles que l'obligation de rencontrer une large audience et maintenir des programmes de bonne qualité, ainsi que de faciliter la compréhension citoyenne et les débats bien informés¹⁴⁶⁰. Cependant, la loi va au-delà de ces obligations traditionnelles en se référant directement à des activités culturelles « populaires » telles que les drames, comédies ou la musique¹⁴⁶¹. C'est ce qui fera dire à T. Prosser que « *pour la première fois, (nous avons) une définition du mandat de service public qui s'applique à tous les opérateurs de service public en*

¹⁴⁵⁸ Section 264(6)(a).

¹⁴⁵⁹ Section 264(6)(b).

¹⁴⁶⁰ M. FEINTUCK, « Public Interest in Regulatory Practice : The UK » in *The public interest in Regulation*, University Press, Oxford, 2004, p. 108

¹⁴⁶¹ Ibid.

*Grande-Bretagne, et un mandat qui va bien plus loin que le modèle de « market failure » pour faire appel à une conception culturelle plus large de ce que requiert le service public de l'audiovisuel »*¹⁴⁶², conception plus large qui avait été largement encouragée par cet auteur dans un article précité¹⁴⁶³.

473. M. Feintuck propose trois hypothèses pour expliquer cette énumération assez précise des obligations de service public. Premièrement, cette énumération pourrait permettre de réduire et structurer le pouvoir discrétionnaire accordé à l'OFCOM en proposant des indicateurs de performance des chaînes de service public sur lesquels l'autorité de régulation pourrait se reposer pour effectuer son contrôle¹⁴⁶⁴. Deuxièmement, l'auteur se demande si une définition aussi précise ne permettrait pas de dissimuler le fait que les caractéristiques du service public dégagées par Reith sont déjà dépassées. Cela permettrait de masquer les difficultés de définition qui caractérisent le concept de service public¹⁴⁶⁵, notamment à l'heure des changements substantiels que connaît le paysage audiovisuel avec l'introduction de nouvelles technologies. Enfin, selon l'auteur, cette définition très précise des obligations de service public pourrait servir à masquer l'absence de définition de ce que serait « l'intérêt public » ou « l'intérêt des citoyens » et l'absence de prise en compte par l'OFCOM de ces intérêts¹⁴⁶⁶. Si cet effort de définition des obligations de service public est salué par les différents auteurs ayant commenté la loi de 2003, leur application aux opérateurs privés comme publics pose toutefois la question de la place et la légitimité de la BBC, légitimité qui ne peut découler que de sa spécificité.

Conclusion §1 :

474. La description archéologique des faits historiques du Titre 1 nous permet d'expliquer les causes de l'homogénéisation des missions entre opérateurs privés et opérateurs publics qui subsiste aujourd'hui. Comme nous l'avons expliqué dans le titre premier, la libéralisation très

¹⁴⁶² T. PROSSER, Op cit, p. 228

¹⁴⁶³ Voir T. PROSSER et G. BORN, « Culture and consumerism and the BBC fair treaty obligations », Op cit.

¹⁴⁶⁴ M. FEINTUCK, « Public interest in Regulatory Practice : the UK », Op cit, p. 112

¹⁴⁶⁵ J. HARRISON, « Interactive Digital Television and the Expansion of the Public Service Tradition », *Communications Law*, 8/6 (2003), 401, cité par M. FEINTUCK, Ibid, p. 112

¹⁴⁶⁶ Ibid, p. 112

précoce du secteur dans les années 50 a eu lieu au prix d'une régulation très forte pesant sur les personnes privées. Il est intéressant de noter que cette régulation n'a pas été considérée comme portant atteinte à la liberté d'entreprendre des personnes privées. Ceci peut s'expliquer par l'absence d'une constitution écrite qui protègerait les libertés économiques, le législateur étant souverain pour imposer des obligations aux personnes privées en dérogeant au *common law*. En France, au contraire, les réformes contradictoires à la libéralisation du secteur semblent refléter la difficulté du législateur à arbitrer entre libertés économiques et notion de service public (§2).

§2 En France, des réformes contradictoires à la libéralisation du secteur

La loi de 1982 qui proclame la liberté de communication audiovisuelle ne remet pas en cause les missions du secteur public de l'audiovisuel (A) tandis que la loi de 1986 qui prévoit la privatisation de TF1 signe la quasi-disparition de la notion de service public (B).

A) Des missions de service public sauvegardées à la libéralisation du secteur

475. Si la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982¹⁴⁶⁷ supprime le monopole du secteur de l'audiovisuel en proclamant que « *La communication audiovisuelle est libre* », la notion de service public ne disparaît pas pour autant du cadre législatif. Ainsi, l'article 4 dispose que « *la liberté proclamée à l'article 1er de la loi et les principes qui en découlent sont garantis notamment par les conditions de fonctionnement du service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision* ». L'article 5 de la loi dispose quant à lui que « *le service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision, dans son cadre national et régional, a pour mission de servir l'intérêt général* ». Toutefois, aux termes du dernier alinéa de cet article 5, cette mission est assurée « *notamment* » par les établissements publics et les sociétés prévues au titre III de la présente loi, ce qui signifie que cette mission pourrait être exercée également par les entreprises privées, sans que cela soit proclamé expressément.

476. Le législateur, dans cet article 5, fait un effort de définition des missions de service public

¹⁴⁶⁷ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, JORF, 30 juillet 1982, p. 2431 ; V. D. TRUCHET, « Une loi de la dernière chance ? La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle », JCP 1983, I, p. 3120 ; J. CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuelle », Op cit.

en adoptant une « démarche didactique »¹⁴⁶⁸, « ambitieuse et novatrice ». Aux termes de ce texte, le service public doit notamment assurer « *l'honnêteté, l'indépendance et le pluralisme de l'information* », ainsi que la diversité régionale ; répondre aux « *besoins contemporains en matière d'éducation, de distraction et de culture des différentes composantes de la population, en vue d'accroître les connaissances et de développer l'initiative et les responsabilités des citoyens* » ; contribuer « *à la production et à la diffusion des œuvres de l'esprit* » ; favoriser le rayonnement de la culture française à l'étranger et de répondre aux besoins des Français à l'étranger, ou encore prendre en considération la demande des usagers en matière technologique »¹⁴⁶⁹. Il semble que soit donc revalorisé l'élément matériel du service public, tandis que l'élément organique est remis en cause par la possibilité pour les opérateurs privés d'exercer une mission de service public.

477. Pourtant, le chapitre 2 du titre III de la loi, qui s'adresse spécifiquement aux sociétés nationales de programmes, s'intitule « *L'organisation nationale du service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision* ». Certains auteurs parlent donc d'une revalorisation du critère organique¹⁴⁷⁰ puisque les chaînes du secteur public semblent être assimilées au service public. Cette revalorisation n'a en réalité pas d'intérêt puisque le critère organique n'est pas déterminant au regard de la finalité des missions à accomplir¹⁴⁷¹. D'autres auteurs parlent d'une remise en cause de la notion de service public audiovisuel dans la mesure où les entreprises privées sont désormais associées à la mise en œuvre de cette mission¹⁴⁷², ôtant par là une part de leur légitimité aux sociétés nationales de programme¹⁴⁷³. Cet argument nous semble assez faible puisque, comme nous l'avons vu en Grande-Bretagne, il est possible d'attribuer des missions de service public aux personnes privées, d'autant plus que cela justifierait, en droit français, le choix

¹⁴⁶⁸ K. FAVRO, « Secteur public de la communication et service public », Op cit, p. 241

¹⁴⁶⁹ Article 5 de la loi du 29 juillet 1982.

¹⁴⁷⁰ J. MANT, Op cit, p. 18

¹⁴⁷¹ K. FAVRO, Op cit, p. 243

¹⁴⁷² D. TRUCHET, « Une loi de la dernière chance? La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle », Op cit, p. 3120 : « *Il n'y a plus de monopole, le service public est largement décentralisé, la radiodiffusion-télévision n'est plus qu'une des formes de la communication audiovisuelle* ».

¹⁴⁷³ H. RONY, « Radio-télévision. Quelques réflexions sur la notion de service public », Légipresse, 1993, n° 103, p. 63

de la concession pour les entreprises privées¹⁴⁷⁴. Toutefois, alors que la loi de 1982 faisait du service public la pierre angulaire du système audiovisuel, la loi de 1986 va au contraire réduire la notion de service public à peau de chagrin (B).

B) La quasi-disparition de la notion de service public dans la loi Léo tard de 1986

478. La loi du 30 septembre 1986¹⁴⁷⁵ dite loi Léo tard, rédigée par un gouvernement de droite, a pour objectif affiché d'organiser effectivement la liberté de communication et la concurrence entre les chaînes de télévision. Elle met fin au monopole public qui existait encore de fait par la privatisation de la Première chaîne. Le ministre de la Communication F. Léo tard exprime ouvertement son hostilité au service public de l'audiovisuel avec cette formule retentissante : « *le service public, comme vous le dites, est un astre mort, c'est-à-dire un astre dont la lumière nous parvient encore, mais qui est mort* »¹⁴⁷⁶. On retrouve dans la loi des occurrences à la notion de service public, mais elles s'avèrent peu représentatives. L'article 1er dispose que les exigences de service public sont au nombre des critères qui permettent de limiter la liberté de communication. L'article 3 introduit une « Commission nationale de la Communication et des libertés » qui a pour mission de veiller au respect des principes formulés à l'article 1, dont font partie les « missions de service public ». Aussi serait-il possible d'en déduire que ces missions de service public sont conférées aux opérateurs publics comme privés, puisque la CNCL est chargée de réguler l'ensemble du secteur.

479. Cependant, ces missions ne sont pas définies expressément par la loi, le législateur n'ayant pas réitéré l'effort de définition de la loi de 1982¹⁴⁷⁷. Aucune autre mention n'est faite expressément à la notion de mission de service public. Pour J. Chevallier, cette absence pourrait résulter du fait que la majorité de droite considérait que la liberté de communication, reconnue

¹⁴⁷⁴ J-P. DUBOIS, « La loi, le juge et le marché : concession de service public et communication audiovisuelle », RDP, 1987, p. 362, V. également l'intervention de F. LEOTARD, Sénat, JO Débats, Séance du jeudi 26 juin 1986, p. 2013 sur la distinction entre « concession » dans le cadre du service public et « autorisation » dans le cadre d'une liberté de communication.

¹⁴⁷⁵ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, V. RFDA, dossier sur La nouvelle réforme de l'audiovisuel, 1987, p. 343 et E. DERIEUX, « Le nouveau statut de la communication », RDP, 1987, p. 338

¹⁴⁷⁶ F. LEOTARD, Sénat, JO Débats Ass. nat., Séance du jeudi 26 juin 1986, p. 2013

¹⁴⁷⁷ K. FAVRO, Op cit, p. 243

pleinement pour la première fois dans la loi de 1986, était incompatible avec le service public de l'audiovisuel, l'information n'étant un service public en soi, mais une liberté¹⁴⁷⁸. L'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 dispose en outre que des missions d'intérêt général sont dévolues tant aux organismes du secteur public qu'aux différentes catégories de services de communication audiovisuelle, diffusés par voie hertzienne ou par satellite. Certaines missions, telles que l'égalité de traitement, l'expression pluraliste des courants d'opinion, ainsi que le respect et la défense de la langue française, qualifiées par les lois antérieures de missions de service public, doivent désormais en vertu de l'article 3 être assurées par l'ensemble des entreprises du secteur. Le secteur public et le secteur privé sont également régis par des règles quasiment identiques en ce qui concerne la limitation des messages publicitaires et de parrainage, de la diffusion et la production des œuvres cinématographiques et audiovisuelles.

480. Toutefois, l'hésitation du législateur quant au statut à donner aux chaînes publiques se retrouve à l'article 26 alinéa 4 qui fait référence, pour déterminer le contrôle que doit exercer la CNCL, à « *l'accomplissement par les sociétés nationales de programme de leurs missions de service public* »¹⁴⁷⁹. Ces missions doivent être, selon l'alinéa 3, définies dans leur cahier des charges. Les entreprises privées n'ayant pas de cahier des charges, cela laisse penser que les missions de service public des chaînes publiques seront plus développées que celles du secteur privé. K. Favro observe donc que « *les obligations qui pèsent sur le concessionnaire sont peu contraignantes et sans rapport avec le contenu des sociétés nationales de programme* »¹⁴⁸⁰. Le législateur semble avoir voulu symboliquement donner peu d'importance au service public, qui est dans la loi simplement qualifié de « secteur public », tout en faisant toujours peser sur lui des missions plus importantes que celles des privées. On peut ainsi reprendre les mots de J. Chevallier, selon lequel « *Après avoir été « chassé par la porte », le service public ressurgit par la fenêtre* »¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁸ J. CHEVALLIER, « Le nouveau statut de la liberté de communication », Op cit, p. 72

¹⁴⁷⁹ J. CHEVALLIER, « De la CNCL au Conseil supérieur de l'audiovisuel », AJDA, 1989, p. 59

¹⁴⁸⁰ K. FAVRO, Op cit, p. 243

¹⁴⁸¹ J. CHEVALLIER, « Le nouveau statut de la communication audiovisuelle », AJDA., 1987, p.70

481. La loi n° 89-45 du 17 janvier 1989¹⁴⁸² change de paradigme, sans permettre d'éclaircir le flou législatif qui caractérise le secteur après la libéralisation. Le législateur de gauche introduit dans l'article 1 de nouvelles limites à la liberté de communication, qui viennent renforcer les contraintes pesant sur les entreprises du secteur public comme du secteur privé¹⁴⁸³. Ces missions se rapprochent des missions autrefois conférées au seul secteur public de la radiodiffusion. Il s'agit du respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion. Aux termes du quatrième alinéa de l'article 1er, la nouvelle autorité de communication, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) doit veiller à la qualité et à la diversité des programmes, au développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ainsi qu'à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture française. Il peut formuler des propositions sur l'amélioration de la qualité des programmes. Le législateur renforce donc la convergence des missions incombant au secteur public et au secteur privé¹⁴⁸⁴.

482. Cette homogénéisation des obligations législatives des chaînes du secteur public et du secteur privé est toutefois critiquée, car elle « mènerait à une uniformisation par le bas et à la banalisation du message audiovisuel »¹⁴⁸⁵, d'autant plus que la logique de service public est désormais directement confrontée à la logique commerciale des chaînes privées¹⁴⁸⁶. Pour certains, cette homogénéisation conduit à une « désacralisation du service public »¹⁴⁸⁷. La soumission des entreprises du secteur privé à des règles qualifiées par un auteur d' « intérêt public »¹⁴⁸⁸ remet en cause la spécificité du secteur public de l'audiovisuel¹⁴⁸⁹. Or, c'est bien la

¹⁴⁸² Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989, JORF, 18 janvier 1989, p. 728 ; V. G. DROUOT, « Le statut de l'entreprise de communication audiovisuelle en France », RIDC, 1989, p. 449 ; E. DERIEUX, « Réforme du statut de la communication audiovisuelle en France, la loi du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel », RDP, 1990, p. 133 ; G. DROUOT : « La loi relative à la liberté de communication », Actualité législative, D. 1987, p.75

¹⁴⁸³ K. FAVRO, Op cit, p. 244

¹⁴⁸⁴ Ibid.

¹⁴⁸⁵ Ibid.

¹⁴⁸⁶ H. RONY, « Radio-télévision : quelques réflexions sur la notion de service public », Op cit, p. 57

¹⁴⁸⁷ G. DROUOT : « La loi relative à la liberté de communication », Actualité législative, D. 1987, p. 75

¹⁴⁸⁸ E. DERIEUX, « L'intérêt public en droit de la communication », Légipresse, n°115, 1994, p. 7

¹⁴⁸⁹ J. MANT, Op cit, p. 20

spécificité des missions du secteur public qui permet de justifier son existence¹⁴⁹⁰. Une telle homogénéisation semble de plus être en contradiction avec les déclarations de Jack Lang, ministre de la Culture de l'époque, pour qui « *La télévision publique est une idée d'avenir* »¹⁴⁹¹ et qui souhaitait à ce titre que la France puisse « *disposer d'un service public télévisuel de grande qualité, de grande ambition (...) pour que les beaux mots de service public enfin à nouveau prononcés avec plaisir (...) ne soient pas seulement des mots, mais deviennent une réalité vivante (...)* »¹⁴⁹².

483. Comme le souligne K. Favro, « *c'est [cependant] en grande partie dans le cahier des charges que l'on retrouv(e) l'esprit du service public* ». Le CSA doit en effet veiller tout particulièrement à l'indépendance et l'impartialité du secteur public dans l'exercice de ses missions, répertoriées dans le cahier des charges. L'article 48 de la loi, au titre III intitulé « Du secteur public », prévoit qu'« *un cahier des charges fixé par décret définit les obligations de chacune des sociétés nationales de programme, et notamment celles qui sont liées à leur mission éducative, culturelle et sociale* ». Cette disposition était déjà présente dans la loi de 1986, alors que dans la loi de 1982, c'était l'article 32 qui prévoyait que « *Pour chaque organisme prévu au présent titre (Titre III concernant les Sociétés nationales de programme), les obligations de service public sont prévues dans un cahier des charges* ». Il y a donc une délégation au pouvoir réglementaire de la définition des obligations particulières de service public mises en œuvre uniquement par le secteur public. La valeur réglementaire de ces missions de service public n'a pas été jugée suffisante par le législateur qui dans une loi de 2000 met de nouveau en exergue la spécificité du secteur public au regard de la mise en œuvre des missions de service public¹⁴⁹³.

Conclusion §2 :

484. L'intervention tardive de la libéralisation en France renforcera paradoxalement le doute sur le rôle que doit continuer de jouer le secteur public après la libéralisation, ainsi que la place

¹⁴⁹⁰ Ibid.

¹⁴⁹¹ J. Lang : « Déclaration du gouvernement », Doc. Ass. Nat., n°651, seconde session ordinaire 1988-1989 », p. 3

¹⁴⁹² Ibid, p.4

¹⁴⁹³ V. Infra, Section 2.

que peut occuper le service public face au nouveau principe de liberté de communication. La période est marquée par des réformes contradictoires dues à des positions opposées des deux principaux groupes parlementaires concernant le sort qui doit être réservé à la notion de service public. Le législateur, qui ne qualifie à aucun moment la mission des opérateurs privés en termes de service public, utilise cependant la notion d'intérêt général appliquée à tout le secteur, et impose des obligations aux personnes privées, en termes d'aide à la création, de diffusion de certains types de programmes, ainsi que de limitation de la publicité. À côté de cela, les missions du secteur public, qui ne sont plus qualifiées expressément de « service public », sont définies a minima, bien que toujours plus importantes que celles des opérateurs privés. La situation italienne est assez comparable à la situation française, puisque le secteur public, contrairement au secteur privé, est qualifié de service public, tandis que les personnes privées se voient toutefois confier certaines missions d'intérêt général (§3).

§3 Une faible distinction public/privé découlant de la loi Mammi en Italie

La loi Mammi permet d'officialiser législativement le système mixte (A), mais la situation qui découle de cette nouvelle réglementation est largement critiquée par la doctrine (B).

A) La loi Mammi et l'officialisation législative du système mixte

485. C'est la loi n° 223 du 6 août 1990¹⁴⁹⁴ qui introduit la dualité public/privé dans le système législatif, mais cette loi ne fait en réalité, que photographier l'existence du système mixte qui avait été créé après le Far West audiovisuel, et le coup de force du gouvernement Craxi pour protéger S. Berlusconi. Confirmant la fin de la réserve étatique sur le secteur de la télévision, et la fin du monopole de service public, le législateur abandonne le terme de service public essentiel pour désigner l'activité radiotélévisuelle. Celle-ci revêt désormais le « caractère de prééminent intérêt général » (article 1§1 de la loi Mammi). L'article 1§2 de la loi Mammi reprend en la complétant la formule de la loi de 1975 qui s'appliquait seulement au service public

¹⁴⁹⁴ Legge n° 223 del 6 agosto 1990, *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, dite « Loi Mammi », GU Serie Generale n.185 del 09-08-1990 - Suppl. Ordinario n. 53. Pour un commentaire de cette loi V. E. ROPPO e R. ZACCARIA, *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Giuffrè, 1991

audiovisuel dans le cadre du monopole : « *Le pluralisme, l'objectivité, la complétude et l'impartialité de l'information, l'ouverture aux diverses opinions, tendances politiques, sociales et culturelles, religieuses, dans le respect de la liberté et des droits garantis par la Constitution représentent les principes fondamentaux du système radiotélévisuel, qui s'accomplit avec le concours des personnes publiques et privées au sens de la présente loi* ». Cette formulation aurait pu annoncer une réglementation unitaire du système radiotélévisuel, s'appliquant communément aux opérateurs publics et privés¹⁴⁹⁵. L'article 2 de la même loi prévoit cependant dans son paragraphe 2 que « *le service public radiotélévisuel est confié à une société par actions à totale participation publique* ».

486. Le législateur semble donc introduire une scission dans la définition de la nature de l'activité accomplie d'une part par les personnes privées, qui mettent en œuvre un intérêt général prééminent, d'autre part par la personne publique titulaire de la concession¹⁴⁹⁶ qui doit mettre en œuvre le service public. La loi de 1990 n'abroge par ailleurs pas la loi de 1975 et le service public audiovisuel reste soumis à cette loi et au principe de l'article 1er selon lequel : « *L'indépendance, l'objectivité et l'ouverture aux diverses tendances politiques, sociales et culturelles dans le respect des libertés garanties par la Constitution sont les principes fondamentaux de la discipline du service public audiovisuel* ». Le service public, anciennement essentiel, a selon cette loi pour but « *d'élargir la participation des citoyens et de participer au développement social et culturel du pays en conformité avec les principes prévus par la Constitution* ». Les dispositions législatives résultant de la combinaison des lois de 1990 et de 1975 dressent une réglementation assez particulière puisque l'opérateur public reste qualifié de « service public » et en cette qualité soumis à de nombreux principes (définis par l'article 1er de la loi de 1975), principes auxquels sont également soumis les opérateurs privés sur le fondement de l'article 1§2 de la loi Mammi. Cette situation a été vivement commentée par les auteurs (B).

¹⁴⁹⁵ P. CARETTI, « Televisione », Op cit.

¹⁴⁹⁶ Ibid.

B) Une réglementation donnant lieu à de nombreuses critiques doctrinales

487. Cette formulation législative fait l'objet de nombreuses critiques en doctrine. A. Pace déclare qu'il est illogique que la programmation des chaînes privées soit soumise aux mêmes obligations et contenus que celles auxquelles sont légitimement soumises les émetteurs publics¹⁴⁹⁷. P. Caretti critique également l'insuffisante distinction des rôles entre les émetteurs privés et publics : de tels rôles se distinguent seulement par des obligations d'intensité différente mises à la charge des opérateurs privés et publics¹⁴⁹⁸.

488. Pour R. Zaccaria au contraire, la configuration du secteur de la radiodiffusion dans son entier comme service public aurait été en cohérence avec la jurisprudence constitutionnelle antérieure à la loi de 1990 selon laquelle prévalait une vision objective du service public audiovisuel. Il propose qu'à l'intérieur de cette conception générale soit reconnue une conception subjective plus restreinte : de cette façon la RAI pourrait être soumise à des obligations supplémentaires sans que ces obligations soient toutefois trop différentes de celles imposées aux privés¹⁴⁹⁹. Il s'appuie pour renforcer son propos sur la décision n° 148/1981 qui retient une notion objective du service public fondée sur la nature du phénomène radio-télévisuel et la capacité de diffusion particulière du médium¹⁵⁰⁰. Toutefois, l'auteur souligne lui-même qu'une décision beaucoup plus récente de 2002 repousse la conception proprement objective du service public, au sens italien du terme, c'est-à-dire centrée sur l'activité en cause et non l'organe chargé de la mettre en œuvre. Pour la Cour, la disparition du monopole étatique n'a pas mené à une disparition du service public « *exercé par un concessionnaire prévu à cet effet, du fait de la structure et du mode de formation des organes de direction et de gestion, dans la sphère publique* », entérinant une conception subjective du service public audiovisuel. La Cour ajoute d'une manière encore plus claire, que « *l'existence d'un service public radio-télévisuel, c'est-à-*

¹⁴⁹⁷ A. PACE, « Verso la fine del servizio pubblico », Op cit.

¹⁴⁹⁸ P. CARETTI, « L'evoluzione del servizio pubblico in Italia », Le istituzioni del federalismo, Supplemento 1, 2006, p. 27, spéc p. 32

¹⁴⁹⁹ R. ZACCARIA, « Servizio pubblico radiotelevisivo, garanzia al diritto all'informazione e istituzioni di effettiva tutela », Op cit, p. 933

¹⁵⁰⁰ V. Corte Cost, n° 148/1981.

dire d'un service promu et organisé par l'État, dans le cadre d'un système mixte public-privé, se justifie seulement si l'entreprise chargée d'exécuter ce service n'est pas seulement tenue d'opérer comme n'importe quelle autre des personnes sur le marché, dans le simple des principes généraux du système qui doivent être respectés par tous. L'existence d'un tel service se justifie au contraire par la mission spécifique qu'il remplit, « pour la meilleure satisfaction du droit des citoyens à l'information et pour la diffusion de la culture, avec pour but d'élargir la participation des citoyens et de participer au développement culturel du pays », comme exprimé à l'article 1 de la loi n° 103/1975. Dans ce cadre, il semble en effet curieux que les principes législatifs s'appliquant au concessionnaire public soient les mêmes que ceux appliqués aux personnes privées.

489. Un autre problème est relevé par P. Caretti : la loi en se contentant de photographier le système mixte déjà existant, n'a pas permis de concrétiser un réel pluralisme externe comme le réclamait la Cour¹⁵⁰¹. La combinaison de cet échec à légiférer sur le pluralisme externe avec des formulations législatives assez similaires entre opérateurs privés et publics a conduit à interpréter leur « concours » comme une concurrence. Cela a conduit, selon l'auteur, l'émetteur public à fonder sa légitimité non plus sur une différence de contenu, mais sur sa capacité, par sa simple existence, à assurer le pluralisme externe et ainsi un pluralisme de sources d'information¹⁵⁰². Cela a pour conséquence de considérer que tous les programmes de l'émetteur public sont des programmes de service public, alors que la qualité des programmes ne répond pas forcément à la définition de ce qu'est le service public audiovisuel¹⁵⁰³. Dans une loi successive n° 206 de

¹⁵⁰¹ P. CARETTI, Op cit, p. 33

¹⁵⁰² Ibid : « La cohabitation entre émetteur public et émetteur privé aurait dû se jouer sur la distinction entre les contenus de leur programmation respective, à travers la valorisation d'une notion substantielle et fonctionnelle du service public. Au contraire, elle a été interprétée et mise en oeuvre comme une concurrence sur tout : des ressources financières au public, en passant par les formats et ainsi de suite. Une concurrence qui a fini par pousser progressivement, et de manière toujours plus marquée l'émetteur publique sur le terrain du pluralisme externe, et non sur celui qui aurait dû le caractériser, du pluralisme interne. En somme, l'émetteur public a fini par trouver, comme dans le passé, la raison d'être de sa propre existence, face à un pluralisme externe inexistant. Il était alors considéré comme un élément propre à assurer ce minimum de pluralisme (et non le maximum, comme avait proclamé la Cour) qu'un système radio-télévisuel doit maintenir. Mais ainsi s'est perdue cette idée de complémentarité dans la différenciation des contenus informatifs et a été restauré l'axiome passé selon lequel est service public tout ce que fait l'émetteur public, indépendamment de la qualité du service rendu ».

¹⁵⁰³ Ibid.

1993¹⁵⁰⁴, il est fait renvoi pour une définition plus détaillée des obligations de service public du concessionnaire public (la RAI) à une convention « RAI-Stato » (article 4 de la loi). La convention doit permettre de préciser les obligations et devoirs pesant sur l'émetteur public. En renforçant ces obligations, il s'agissait de renforcer la distinction existante entre l'opérateur public et les opérateurs privés. L'article 3 de la première convention « RAI-Stato », entrée en vigueur après décret du président de la République le 28 mars 1994, renvoie à la nécessaire adoption d'un « contrat de service » renouvelable tous les trois ans. Selon l'auteur, les contrats de service adoptés au fil des années, qui avaient pour but de rendre les obligations du concessionnaire public plus spécifiques, n'ont pas réussi à inverser cette tendance¹⁵⁰⁵. Il est donc nécessaire de reconstruire un rapport entre service public et émetteurs privés établi sur une différenciation substantielle entre l'émetteur public et les émetteurs privés.

Conclusion §3 :

490. En Italie, la législation issue de la libéralisation *de facto* photographie le système existant. Elle établit un système difficile à comprendre : la loi Mammi de 1990 encadre la prestation de tous les opérateurs du secteur, tandis que la loi de 1975 qui s'applique seulement à l'opérateur public reste en vigueur, les deux lois prévoyant des obligations assez semblables telles que le pluralisme, l'objectivité, l'indépendance. Ce système ne semble pas satisfaisant, car il ne permet pas de dégager le critère matériel du service public audiovisuel après la libéralisation.

Conclusion Sous-section 1 :

491. On assiste suite à la libéralisation et à la période de dérégulation du secteur, une homogénéisation des obligations pesant sur les opérateurs privés et publics. On constate également des hésitations du législateur quant aux missions qu'ils veulent imposer aux opérateurs privés comme publics, ainsi qu'à la qualification de ces missions. Au Royaume-Uni, les missions de service public sont dévolues aux opérateurs privés comme publics. En Italie,

¹⁵⁰⁴ Legge del 25 giugno 1993, n° 206 « Disposizioni sulla società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo », GU n° 148 del 26-03-1993

¹⁵⁰⁵ Ibid.

comme la situation prévalant en Espagne¹⁵⁰⁶, elles sont dévolues au secteur public, tandis que le secteur privé doit poursuivre des finalités d'intérêt général. Enfin, en France, la notion de service public disparaît du cadre législatif, tandis que des obligations assez importantes sont également imposées aux opérateurs privés. Dans tous les États, on assiste donc à une homogénéité des missions des opérateurs publics et privés, mais pour des raisons différentes. Au Royaume-Uni, cette homogénéité des missions conférées aux opérateurs privés et publics résulte de l'héritage du duopole durant lequel les chaînes privées étaient déjà soumises à une régulation importante. En Italie, elle peut s'expliquer par l'absence d'une réelle conceptualisation législative des missions que doivent jouer les chaînes privées, du fait de la simple photographie *a posteriori* par le législateur du système libéralisé. En France, c'est la notion même de service public audiovisuel qui est questionnée par le législateur, questionnement renforcé par l'alternance politique entre Parti socialiste et RPR en 1986, ce qui explique l'incertitude des missions conférées au secteur public.

492. Cette banalisation de la mission de service public dévolue aux opérateurs publics n'est pas sans poser des problèmes juridiques - et dans une moindre mesure sociologique. D'abord juridiquement, la philosophie du droit de l'Union, rappelée dans la Communication sur le financement du service public audiovisuel, implique que le financement public corresponde à une mission différente, et a fortiori, une prestation différente de celle conférée aux entreprises qui ne sont pas financées publiquement. L'homogénéisation des missions entre opérateurs privés et publics pose indéniablement problème en ce qui concerne la légitimité du financement public pour les seules chaînes publiques. Une autre conséquence néfaste de l'homogénéisation des obligations résulte, paradoxalement, d'un risque d'uniformisation du message audiovisuel¹⁵⁰⁷ et

¹⁵⁰⁶ V. la loi 17/2006, de 5 de junio, de la radio y de la televisión estatal (BOE, n° 134 de 5 de junio de 2006, p. 21207s) qui dispose que le service public de la télévision est confié à la seule corporation de « Radio y Televisión Española », ce qui exclut évidemment toute autre entreprise. La loi 7/2010 *General de la Comunicación Audiovisual* (BOE, n° 79 del 1 de Abril de 2004, p. 5292) dispose que « *les services de communication audiovisuelle radiophoniques, télévisuels, et interactifs sont des services d'intérêt général* », ce qui permet d'établir une distinction entre le service public, qui est confié exclusivement à la RTVE et qualifié de « service public de titularidad étatique » et le service d'intérêt général, qui est confié à toutes les entreprises chargées de la communication audiovisuelle. V. en doctrine C. CHINCHILLA-MARIN, « La reforma de la radio y la televisión públicas de titularidad la ley 17/2006, de 5 de junio », *Revista de administración pública*, 2006/174, p. 293 ; S. GIL-DELGADO, « Fundamentos del régimen jurídico de la televisión y de la radio privadas », *Revista de administración pública*, 2011/185, p. 165

¹⁵⁰⁷ K. FAVRO, *Op cit*, p. 246

plus encore, d'un nivellement par le bas du contenu des programmes. Ce risque de « confusion des genres » résulte du fait que le secteur public audiovisuel est directement confronté à la logique commerciale poursuivie par les services privés¹⁵⁰⁸. Le mode de financement du secteur privé étant peu compatible avec la poursuite d'objectifs non commerciaux, l'homogénéisation des missions imposées aux privés et au secteur public pourrait conduire à un certain suivisme des chaînes publiques envers les personnes privées. Les législateurs des trois Etats sont donc intervenus pour remédier à ce problème juridique (Section 2).

Section 2 : À la recherche de la spécificité des missions confiées aux opérateurs publics

493. L'homogénéisation des missions constatées dans la Section 1 posait des problèmes juridiques importants, remettant en cause la légitimité du financement étatique, à travers la redevance télévisuelle existant dans les trois États. Elle risquait également de conduire à une homogénéisation du contenu des programmes, car les opérateurs publics, soumis aux mêmes obligations que les privés, pouvaient être tentés de les suivre sur le domaine commercial¹⁵⁰⁹. La prégnance du secteur privé dans le paysage audiovisuel a d'ailleurs contribué à remettre en cause les conditions dans lesquelles les missions quantitatives de service public ont vocation à s'exercer¹⁵¹⁰, notamment en Italie et en France, le Royaume-Uni résistant d'autant plus que ce système avait été mis en place dans les années 50. En Italie, l'exigence d'une prestation différente entre les personnes publiques et privées découlait également de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui avait réaffirmé la nécessité d'un service public jouant un rôle fonctionnel substantiellement différent de celui des personnes privées¹⁵¹¹. Les législateurs des trois pays ont donc utilisé divers mécanismes pour tenter de revaloriser les obligations pesant sur les opérateurs publics, tout en réaffirmant clairement leur caractère de télévision de service public. En France (§1) et en Italie (§2), cette revalorisation passe par des modifications

¹⁵⁰⁸ Ibid.

¹⁵⁰⁹ Ibid.

¹⁵¹⁰ Ibid.

¹⁵¹¹ V. P. CARETTI, Op cit, p. 33

législatives substantielles. Au Royaume-Uni, elle résulte d'une définition beaucoup plus fine des missions dans la Charte royale (§3).

§1 Une tentative de clarification des missions du secteur public de l'audiovisuel en France

La loi de 2000 permet la revalorisation législative de la spécificité du secteur public (A), mais l'homogénéisation des obligations entre émetteurs privés et publics se retrouve dans les textes réglementaires (B).

A) La revalorisation relative de la spécificité du secteur public

En France, la revalorisation de la spécificité du secteur public de l'audiovisuel passe par une modification substantielle de la loi Léotard au début des années 2000 (1), mais cette revalorisation manque de cohérence interne (2) et ne permet pas de discerner le rôle spécifique dévolu aux personnes publiques.

1) La tentative de revalorisation par la loi de la notion de service public

494. C'est la loi n° 2000-719 du 1er août 2000¹⁵¹² qui rétablira en apparence la convergence entre critère organique et critère matériel du service public, en affirmant dans son article 43-11, placé en ouverture du titre III consacré au secteur public de la communication audiovisuelle que « *Les sociétés énumérées aux articles 44 et 45 poursuivent, dans l'intérêt général, des missions de service public* ». Cet article est très clair, contrairement aux formulations des législations précédentes. Il illustre symboliquement le but mis en avant par Catherine Trautmann, alors ministre de la Culture et de la Communication, pour qui le projet de loi avait pour vocation « *de donner les moyens réglementaires et financiers au secteur public de retrouver une identité quelque peu estompée par les dérapages de ligne stratégique [...] ou par les impératifs de*

¹⁵¹² Loi n° 2000-719 du 1 août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JO n° 177 du 2 août 2000, p. 11903

gestion »¹⁵¹³.

495. Le législateur décrit de manière assez longue la mission de service public qui incombe aux chaînes du secteur public, renouant ainsi avec la vocation didactique de la loi qui dictait au téléspectateur ses besoins en termes de programmes¹⁵¹⁴. Celles-ci doivent tout d'abord « *offrir au public, pris dans toutes ses composantes, un ensemble de programmes et de services qui se caractérisent par leur diversité et leur pluralisme, leur exigence de qualité et d'innovation, le respect des droits de la personne et des principes démocratiques constitutionnellement définis* »¹⁵¹⁵. Cet alinéa semble présenter les grands principes selon lesquels doivent être construites les grilles des programmes. S'en suit une énumération d'obligations assez hétéroclites, avec des obligations tenant à la diversité des programmes¹⁵¹⁶, des obligations tenant à l'exercice de la citoyenneté¹⁵¹⁷, des obligations tenant à la culture française¹⁵¹⁸ et à l'éducation¹⁵¹⁹. Les chaînes publiques ont également des obligations quant à l'accessibilité de tous à la programmation¹⁵²⁰ et des obligations quant au pluralisme politique et à l'honnêteté de l'information¹⁵²¹. Enfin, pour l'exercice de leur mission, elles doivent « *contribuer à l'action audiovisuelle extérieure, au rayonnement de la francophonie et à la diffusion de la culture et de la langue françaises dans le monde* » et « *développer les nouveaux services susceptibles d'enrichir ou de compléter leur offre de programmes ainsi que les nouvelles techniques de*

¹⁵¹³ Avis présenté, au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, par Yves Cochet, Doc. AN n° 1586

¹⁵¹⁴ K. FAVRO, Op cit, p. 251 et D. TRUCHET, « Une loi de la dernière chance ? », Op cit, p. 4

¹⁵¹⁵ Article 43-11 de la loi Léotard modifiée par la loi n° 2000-719.

¹⁵¹⁶ « *présenter une offre diversifiée de programmes en modes analogique et numérique dans les domaines de l'information, de la culture, de la connaissance, du divertissement et du sport* ».

¹⁵¹⁷ « *favoriser le débat démocratique, les échanges entre les différentes parties de la population ainsi que l'insertion sociale et la citoyenneté* ».

¹⁵¹⁸ Assurer « *la promotion de la langue française et mettent en valeur le patrimoine culturel et linguistique dans sa diversité régionale et locale* ».

¹⁵¹⁹ « *concourir au développement et à la diffusion de la création intellectuelle et artistique et des connaissances civiques, économiques, sociales, scientifiques et techniques ainsi qu'à l'éducation à l'audiovisuel et aux médias* ».

¹⁵²⁰ « *favoriser, par des dispositifs adaptés, l'accès des personnes sourdes et malentendantes aux programmes qu'elles diffusent* ».

¹⁵²¹ « *assurer l'honnêteté, l'indépendance et le pluralisme de l'information ainsi que l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion* ».

production et de diffusion des programmes et services de communication audiovisuelle ». La loi n° 2014-873 du 4 août 2014¹⁵²² rajoute à ces missions celles de lutter contre les discriminations sexistes et les violences faites aux femmes¹⁵²³. L'énumération d'obligations de nature différente ne permet pas de dégager la spécificité de la mission de service public, le texte législatif manquant de cohérence interne (2).

2) Un texte législatif manquant de cohérence interne

496. Bien que particulièrement fourni, l'article 43-11 ne fait pas œuvre d'une grande originalité. Comme le souligne K. Favro, le législateur semble reprendre les orientations comprises dans les cahiers des charges précédentes, ainsi que dans l'article 1er de la loi de 1986 modifié¹⁵²⁴. Cette « *énumération hétéroclite d'objectifs, d'exigences et d'adjurations* »¹⁵²⁵, manquant de cohérence interne, ne semble pas permettre d'identifier la raison d'être du service audiovisuel, notamment du fait de la juxtaposition d'obligations d'ordre bien différent sans aucune classification. Par ailleurs, alors que la formulation de l'article 43-11 est précise quant à l'identification du critère organique et du critère matériel, le contenu réel de la loi ne permet pas de résoudre le flou concernant la distinction entre obligations des personnes publiques et obligations des personnes privées qui découlait de la formulation des lois précédentes.

497. De nombreux principes et obligations présents à l'article 43-11 se retrouvent également dans d'autres articles de la loi Létard modifiée par la loi de 2000 puis de 2014, qui concernent eux toutes les entreprises audiovisuelles, qu'elles soient publiques ou privées. L'article 1er de la loi Létard du 30 septembre 1986, modifié par la loi n° du 1er août 2000 dispose par exemple que la liberté de communication audiovisuelle peut être limitée par « *le respect de la personne*

¹⁵²² Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n°0179 du 5 août 2014 p. 12949

¹⁵²³ « *promouvoir l'égalité entre les femmes et les hommes et à lutter contre les préjugés sexistes, les violences faites aux femmes et les violences commises au sein du couple* » et « *proposer une programmation reflétant la diversité de la société française* »

¹⁵²⁴ K. FAVRO, Op cit, p. 250

¹⁵²⁵ J. MANT, Op cit, p. 26

humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion », des limitations qui s'imposent aux opérateurs privés comme publics. L'alinéa 4 qui résulte de la modification du 1er août 2000 dispose que le CSA « assure l'égalité de traitement ; il garantit l'indépendance et l'impartialité du secteur public de la radiodiffusion sonore et de la télévision ; il veille à favoriser la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services ; il veille à la qualité et à la diversité des programmes, au développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ainsi qu'à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture françaises. Il peut formuler des propositions sur l'amélioration de la qualité des programmes »¹⁵²⁶. Le CSA, qui exerce un contrôle sur les entreprises privées comme publiques, doit veiller à l'application de ces principes par toutes les entreprises, d'où il résulte que les entreprises privées devront appliquer les principes généraux énumérés qui sont assez semblables à ceux énumérés par l'article 43-11. Les obligations imposées aux personnes privées comme publiques consistent également en une énumération de principes non ordonnés, ce qui n'améliore pas la compréhension et la cohérence des dispositions législatives, et ne permet pas la conceptualisation de la distinction entre obligations des personnes privées et obligations des personnes publiques. En plus de cette confusion législative toujours non résolue, les actes réglementaires et contractuels auxquels fait référence la loi recréent cette homogénéisation entre mission de service public et obligations pesant sur les personnes privées (B).

B) Des sources réglementaires et contractuelles recréant l'homogénéisation entre missions de service public et obligations pesant sur les personnes privées

Si la loi prévoit l'existence d'un cahier des charges pour préciser les obligations des opérateurs publics (1), elle prévoit aussi l'existence d'une convention passée entre les opérateurs privés et l'État encadrant l'autorisation d'émettre (2).

¹⁵²⁶ Les alinéas 3 et 4 de l'article 1er issu des modifications de la loi n° 2000-719 du 1er août 2000 sont transférés à l'article 3-1 de la loi Léotard par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (JORF n°0143 du 22 juin 2004 p. 11168)

1) La dévolution d'obligations quantitatives par le cahier des charges

498. Les dispositions législatives relatives aux missions de service public devant être assurées par les « Sociétés nationales de programmes » sont complétées, en vertu de l'article 48 de la Loi Léotard dans sa rédaction issue de la loi du 1er août 2000 par un cahier des charges, ainsi qu'en vertu de l'article 53, par des contrats d'objectif et de moyens.

L'article 53 prévoit la conclusion de « contrats d'objectifs et de moyens » conclus entre l'État et chacune des sociétés France Télévision, Réseau France outre-mer, Radio France et Radio France Internationale, ainsi que la société Arte et l'Institut national de l'audiovisuel, pour une durée de trois à cinq ans. Il s'agit de véritables engagements bilatéraux qui sont négociés entre l'État et les chaînes publiques : ils ont donc vocation à définir une véritable stratégie d'entreprise, en fixant les axes prioritaires du développement des sociétés nationales de programme et doivent comprendre divers éléments fixés par la loi : les engagements pris au titre de la diversité et l'innovation dans la création, le coût prévisionnel de ses activités pour chacune des années concernées et les indicateurs quantitatifs et qualitatifs d'exécution et de résultats qui sont retenus », le montant des ressources publiques qui lui sont affectées ainsi que le budget consacré en priorité au développement des programmes, le montant des ressources commerciales.

499. L'article 48 issu de la loi de 2000 prévoit qu' « *un cahier des charges fixé par décret définit les obligations de chacune des sociétés nationales de programme et notamment celles qui sont liées à leur « mission éducative, culturelle et sociale* »¹⁵²⁷.

Ces cahiers des charges sont des textes réglementaires édictés par le gouvernement et soumis pour avis obligatoire au CSA, susceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. Ces textes réglementaires, adoptés unilatéralement par le gouvernement constituent des documents très importants pour la mise en oeuvre des obligations législatives, car ils permettent de compléter et de préciser les missions de service public énumérées par le législateur, qui comme nous l'avons souligné plus haut, manquent de cohérence d'ensemble.

¹⁵²⁷ Cet article a été modifié plusieurs fois, par l'Ordonnance n°2006-596 du 23 mai 2006 - art. 6 JORF 25 mai 2006 qui lui rajoute aux impératifs de la défense nationale, de la sécurité publique et de la communication gouvernementale en temps de crise.

500. K. Favro salue le recours au cahier des charges, car la définition trop précise du législateur laisserait trop peu de marge de manoeuvre aux sociétés nationales de programme pour l'élaboration de leur grille de programmes¹⁵²⁸. Celle-ci s'appuie sur l'article bien connu de P. Delvolvé pour qui le service public constitue une menace de par la restriction des activités privées¹⁵²⁹, en l'occurrence la liberté d'entreprendre, mais aussi la liberté d'expression. On ne souscrit pas à cette critique : les Sociétés Nationales de Programmes, même si leur statut est privé, sont des entreprises publiques dont le capital est détenu à 100% par l'État. Elles sont financées par des fonds publics. Leur marge de manoeuvre est dès lors par essence limitée, et cette limite doit être fixée par le législateur. On peut donc regretter que des obligations législatives formulées de manière trop large doivent être complétées par un cahier des charges adopté unilatéralement par le gouvernement qui impose des obligations beaucoup plus précises aux Sociétés Nationales de Programmes. Le Conseil avait en effet jugé en 1964 que le secteur de l'audiovisuel relève des libertés publiques et que les garanties fondamentales relèvent du pouvoir législatif en vertu de l'article 34 de la Constitution¹⁵³⁰. Ce d'autant plus que de nombreux autres articles de la loi de 1986 modifiée par la loi de 2000 renvoient aux cahiers des charges des sociétés nationales de programme pour que soient précisées les modalités de mise en oeuvre de la loi¹⁵³¹.

¹⁵²⁸ K.FAVRO, p. 254s

¹⁵²⁹ P. DELVOLVÉ, « Service public et libertés publiques », Op cit, p. 3

¹⁵³⁰ V. CC, 17 mars 1964, Décision n° 64-27 L

¹⁵³¹ Ainsi, l'article 16 précise-t-il que les prestations fournies par les sociétés nationales de programme dans le cadre de leur obligation de production et de programmation des émissions relatives aux campagnes électorales doivent faire l'objet de dispositions insérées dans leur cahier des charges. Il en va de même au titre de l'article 16-1 pour les prestations de diffusion des messages d'alerte sanitaire émis par le ministre chargé de la santé. L'article 44 renvoie ensuite aux cahiers des missions et des charges des sociétés nationales de programme ou de leurs filiales le soin de préciser les modalités de production pour elles-mêmes et à titre accessoire des œuvres et documents audiovisuels et celles concernant leur participation à des accords de coproduction. Les modalités de programmation des émissions publicitaires comme de parrainage des sociétés nationales de programme doivent, également, être précisées par leurs cahiers des charges. De la même façon, la contribution des sociétés nationales de programme au développement des activités cinématographiques nationales doit s'opérer selon des modalités fixées par leur cahier des charges. Enfin, l'article 56 précise que les frais de réalisation des émissions à caractère religieux consacrées aux principaux cultes pratiqués en France sont pris en charge par la société France 2 dans la limite d'un plafond fixé par les dispositions annuelles de son cahier des charges.

2) L'existence d'une convention entre l'État et les personnes privées

501. A priori, l'établissement d'obligations plus précises dans le cahier des charges devrait permettre d'asseoir la spécificité du secteur public de l'audiovisuel vis-à-vis des chaînes privées, comme sous l'empire des lois précédentes. C'est sans compter l'article 28 de la loi Léotard modifiée par la loi de 2000, et ensuite par la loi de 2016, qui prévoit que « *La délivrance des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique pour chaque nouveau service diffusé par voie hertzienne terrestre autre que ceux exploités par les sociétés nationales de programme, est subordonnée à la conclusion d'une convention passée entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel au nom de l'État et la personne qui demande l'autorisation* ». Il convient donc d'effectuer une comparaison entre les obligations présentes dans le cahier des charges et celles présentes dans les conventions passées entre le CSA et la chaîne privée, comparaison dont découle le constat d'une ressemblance entre de nombreuses obligations du cahier des charges¹⁵³².

502. Enfin, les règles encadrant la diffusion de la publicité et du parrainage, ainsi que la contribution à la production d'oeuvres cinématographiques s'appliquent sans distinction au secteur public et au secteur privé. L'article 27 prévoit que des décrets en conseil d'État fixent les principes généraux définissant les obligations concernant notamment la publicité, la diffusion d'oeuvres audiovisuelles européennes pour au moins 60% et d'oeuvres audiovisuelles françaises pour au moins 40%, la contribution des éditeurs de service au développement de la production d'oeuvres cinématographiques et audiovisuelles. Si les règles peuvent être différentes selon que la diffusion est en clair ou non, ou selon l'étendue de la zone géographique desservie¹⁵³³, il n'est pas prévu que ces règles puissent être différentes selon qu'elles s'adressent à une Société Nationale de Programme ou à une entreprise autorisée. Les décrets pris pour application de cet article 27 ne font donc pas de distinction entre les entreprises du secteur public et les entreprises

Voir les mots de K. FAVRO déjà cités : « *c'est en grande partie dans le cahier des charges que l'on retrouve l'esprit du service public* ».

¹⁵³² V. Annexe I.

¹⁵³³ Cet article 27 prévoit par suite que « *Ces décrets peuvent fixer des règles différentes selon que la diffusion a lieu en clair ou fait appel à une rémunération de la part des usagers, ou selon l'étendue de la zone géographique desservie et pourront prévoir une application progressive en fonction du développement de la télévision numérique de terre. Ils peuvent également définir des obligations adaptées à la nature particulière des services de médias audiovisuels à la demande et les exonérer de l'application de certaines des règles prévues pour les autres services* ».

du secteur privé. Par exemple, le décret n°92-280 du 27 mars 1992 fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat prévoit dans son article 1er que « le présent décret est applicable aux éditeurs de service de télévision ». Les obligations qui en découlent sont donc similaires pour le secteur public et pour le secteur privé. Le décret n° 2010-747 du 2 juillet 2010 relatif à la contribution à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre prévoit également dans son article 1er que ses dispositions sont applicables aux services de télévision diffusés en clair, sans que soient faites de distinctions entre Sociétés Nationales de Programme et Services de diffusion autorisés.

Conclusion §2 :

503. La tentative de revalorisation du service public audiovisuel par le législateur se solde par un relatif échec. Certes, la réintroduction du terme de service public pour désigner la mission, ainsi que l'institution du secteur public de l'audiovisuel constitue une avancée, puisque la loi reconnaît désormais la spécificité du secteur public vis-à-vis du secteur privé. Si les obligations législatives attenantes à cette mission sont désormais clairement énoncées, celles-ci ne se distinguent que très peu des obligations du secteur privé, toujours soumis à une régulation importante. Malgré l'apparente volonté du législateur, et malgré la rédaction de la loi qui laisse penser qu'une mission particulière est conférée au secteur public, l'homogénéisation persiste entre le secteur public et le secteur privé, ce qui pose bien sûr la question de la légitimité de l'existence même d'un secteur public de l'audiovisuel. En Italie, au contraire, le législateur, dans les années 2000, revalorise de manière effective les obligations attenantes à la mission de service public confiée au secteur public (§2).

§2 La revalorisation des obligations du concessionnaire public par la loi Gasparri en Italie

Face aux critiques émanant de l'Union européenne et de la doctrine, la loi Gasparri, adoptée en 2004, suivie par le Texte unique sur la radiodiffusion, adopté en 2005, consacre la spécificité des missions de service public mises en oeuvre par le concessionnaire public (A). La

loi, qui précise ces obligations, prévoit également l'adoption d'un « contrat de service », plus flexible et qui permet de préciser les obligations du concessionnaire (B).

A) La consécration des missions spécifiques de service public

504. La loi Gasparri n° 112/04¹⁵³⁴ est présentée par le gouvernement comme une loi devant redéfinir l'entièreté du système. L'article 16 de cette loi avait cependant délégué au gouvernement la compétence d'adopter, avec l'accord préalable de l'AGCOM, un décret législatif prévoyant un texte unique contenant toutes les dispositions législatives relatives au secteur de la radiodiffusion. Nous ferons donc ici référence aux articles de la loi Gasparri, et à la nouvelle numérotation adoptée par le texte unique. L'article 27 de la loi Gasparri abroge tout d'abord les articles 1 et 2 de la loi 223/90 concernant la distinction entre service de prééminent intérêt général (article 1) et service public (article 2). Elle abroge également la loi n° 206/1993 et l'article 1 §1 et 2 de la loi de 1975 concernant les obligations de service public des chaînes publiques.

L'article 6 (article 7 du texte unique) de la loi reprend la distinction entre service d'intérêt général et service public qui avait été créée par la loi n° 223/90 : le paragraphe 1 dispose que « *L'activité d'information télévisuelle, exercée par n'importe quel média, constitue un service d'intérêt général mis en oeuvre dans le respect des principes exprimés dans le présent chapitre* » tandis que l'article 6§4 dispose que « *La loi identifie les devoirs et obligations supplémentaires et spécifiques de service public que la société concessionnaire du service public général radiotélévisé est tenue de respecter dans le cadre de sa programmation globale* ».

505. L'article 3 (article 3 du texte unique) reprend en les complétant les principes fondamentaux régissant l'entièreté du système, déjà dégagés par la loi 223/1990 dans son article

¹⁵³⁴ La legge 3 maggio 2004 n. 112 « Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI - Radiotelevisione italiana S.p.A., nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione », anche detta legge Gasparri, GU serie generale n° 104 del 5-05-2004

1§2¹⁵³⁵. Ces obligations sont de nature diverse, et leur énumération et juxtaposition dans un seul article de loi ne nous semble pas contribuer à une bonne intelligibilité des principes régissant le système. L'article regroupe des obligations tenant aux conceptions active et passive de la liberté d'expression (« *la protection de la liberté d'expression de chaque individu, qui inclue la liberté d'opinion et celle de recevoir des informations ou des idées sans limites de frontière* »), à l'honnêteté et l'impartialité de l'information (« *l'objectivité, la complétude, la loyauté et l'impartialité de l'information* »), au pluralisme des courants de pensée (« *l'ouverture aux diverses opinions, tendances politiques, sociales et culturelles, religieuses* »), ainsi qu'à la protection de la culture (« *la sauvegarde de la diversité ethnique et du patrimoine culturel, artistique, environnemental, au niveau national et local* »). Ces obligations s'exercent dans le respect du principe de dignité de la personne humaine qui comprend « *la promotion et de la protection du bien-être, de la santé, et du développement physique, psychique et moral harmonieux des mineurs* ».

506. Au Chapitre IV de la loi (titre VIII du texte unique) sont exprimés les principes s'appliquant uniquement à l'émetteur public, qui sont beaucoup plus développés que ceux prévus par la loi de 1975. Ce chapitre répond à une volonté avérée de régler la question laissée sans réponse depuis 1990 du rôle et de la nécessité d'un service public audiovisuel mis en oeuvre par une société concessionnaire publique. Il développe des principes fortement différenciés de ceux applicables aux personnes privées qui donnent tout son sens au service public. L'article 17§2 (article 45 du texte unique) énumère notamment des obligations en termes d'accessibilité territoriale¹⁵³⁶, des obligations tenant au genre de programmes, qui excluent les programmes de

¹⁵³⁵ « *La garantie de la liberté et du pluralisme des moyens de communication audiovisuels, la protection de la liberté d'expression de chaque individu, qui inclue la liberté d'opinion et celle de recevoir des informations ou des idées sans limites de frontière, l'objectivité, la complétude, la loyauté et l'impartialité de l'information, l'ouverture aux diverses opinions, tendances politiques, sociales et culturelles, religieuses et la sauvegarde de la diversité ethnique et du patrimoine culturel, artistique, environnemental, au niveau national et local, dans le respect de la liberté et des droits, en particulier de la dignité de la personne, de la promotion et de la protection du bien-être, de la santé, et du développement physique, psychique et moral harmonieux des mineurs (...) sont les principes fondamentaux du système de radiotélévision* ».

¹⁵³⁶ « *le service public général radiotélévisé au sens de l'article 6§4 (article 7§4 du texte unique) (c'est-à-dire seul l'émetteur public) garantit "la diffusion de toutes les transmissions télévisuelles et radiophoniques de service public de la société concessionnaire, avec la couverture intégral du territoire national, en tant que permises par l'état de la science et de la technique"* ».

divertissement pour se focaliser sur l'information et l'éducation¹⁵³⁷ ainsi que la culture¹⁵³⁸ et enfin des obligations précises relatives au pluralisme des courants de pensée et d'opinion¹⁵³⁹.

Si ces principes posent les bases des missions que doit remplir le concessionnaire, leur généralité aurait pu conférer à celui-ci une trop grande marge de manoeuvre. Les dispositions législatives renvoient donc à des outils infralégislatifs (B).

B) Les dispositions infra-législatives encadrant la prestation du concessionnaire

Deux outils juridiques infra-législatifs encadrent la prestation du concessionnaire : les contrats de service (1) et les linee-guide (2).

1) Les contrats de service

507. Les contrats de service entre le ministre de la Communication et la société concessionnaire¹⁵⁴⁰ sont introduits pour la première fois à travers la loi du 25 juin 1993 n° 206 et l'article 17 de la loi Gasparri (article 45 du texte unique) maintient leur existence¹⁵⁴¹. La nécessité de définir avec plus de détails les obligations du concessionnaire avait été soulignée par le garant pour la radio-télévision et l'édition, dans un rapport au parlement de 1992¹⁵⁴², ainsi que

¹⁵³⁷ « un nombre adéquat d'heure de diffusion télévisuelle et radiophoniques dédiées à l'éducation, à l'information, à la formation, à la promotion culturelle ».

¹⁵³⁸ « et en particulier à la valorisation des oeuvres théâtrales, cinématographiques, télévisuelles, même en langue originale ; ainsi que des oeuvres musicales reconnues de haut niveau artistique ou innovantes ».

¹⁵³⁹ « L'accès à la programmation, dans les limites et selon les modalités prévues par la loi des partis et des groupes représentés au Parlement et dans les assemblée et conseils régionaux, ainsi que des organisations associatives des communautés locales, des syndicats nationaux, des mouvements politiques, des organismes et des associations politiques et culturelles ».

¹⁵⁴⁰ P. CARETTI, « Il contratto di servizio nel sistema delle fonti che disciplinano il servizio pubblico radiotelevisivo », *Diritto della Radiodiffusione e delle Telecomunicazioni*, 2000/3, p. 723 ; P. SILLETTI, « Definizione degli obblighi del servizio pubblico radiotelevisivo : Il contratto di servizio RAI-Stato », in A. PACE, R. ZACCARIA, G. DE MINICO (ed), *Mezzi di comunicazione e Riservatezza*, JOVENE, 2008, p. 117 ; G. MALINCONICO, « Il contratto di servizio 2000-2002: l'esame da parte del Parlamento » *Diritto della radiodiffusione e delle telecomunicazioni*, 2000/3, p. 767 ; E. DEL PIANTA, « Il Contratto di servizio nel rapporto Stato-RAI », in R. ZACCARIA(ed), *Informazione e telecomunicazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. XXVIII, Cedam, 1999

¹⁵⁴¹ L'article 17§1 prévoit donc que « le service public radiotélévisée général est confié par concession à une société par action, qui le remplit sur la base d'un contrat national de service avec le ministère de la communication ».

¹⁵⁴² P. SILLETTI, « Definizione degli obblighi del servizio pubblico radiotelevisivo : Il contratto di servizio RAI-Stato », *Op cit*, p. 119

par la Commission européenne qui avait souligné la nécessité de définir avec plus de détails la mission de service public du concessionnaire¹⁵⁴³.

508. R. Zaccaria souligne et approuve la création d'un outil plus souple que la loi pour détailler précisément les devoirs et obligations du concessionnaire et la mise en oeuvre concrète de la mission de service public¹⁵⁴⁴. C'est au législateur que revient la compétence de définir les finalités et les objectifs du service public de radiodiffusion, mais l'introduction d'un outil réglementaire renouvelable périodiquement permet d'entrer dans les détails tout en prenant en compte les changements sociaux et culturels du pays, mais aussi les évolutions technologiques¹⁵⁴⁵ pour réévaluer et redéfinir les devoirs du concessionnaire. Cet outil est qualifié par la loi de « contrat de service passé entre le ministère de la Communication et la société concessionnaire », une qualification qui rappelle celle de la convention passée entre le CSA et les personnes privées. C. Calabro souligne toutefois le caractère inégalitaire d'un tel contrat qui doit s'imbriquer dans des dispositions législatives et réglementaires, adoptées unilatéralement. Les volontés des deux parties à ce contrat ne peuvent être mises sur le même plan¹⁵⁴⁶, et ce contrat de service s'apparente donc au cahier des charges français, adopté unilatéralement par le gouvernement.

509. En vertu de l'article 1§6 b) n° 10 de la loi du 31 juin 1997¹⁵⁴⁷, qui n'a pas été abrogée par le texte unique, la commission parlementaire est tenue de rendre un avis obligatoire sur le contrat

¹⁵⁴³ Ibid.

¹⁵⁴⁴ R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 5ème ed, 2007, Roma, p. 318 : « *da tempo era stata sottolineata l'esigenza di individuare uno strumento che consentisse di valutare periodicamente, in prospettiva pluriennale e nei molteplici profili, l'attività e i compiti della concessionaria che richiedono un continuo processo di aggiornamento e di ridefinizione delle priorità* ».

¹⁵⁴⁵ P. SILLETTI, « Definizione degli obblighi del servizio pubblico radiotelevisivo : Il contratto di servizio RAI-Stato », Op cit, p. 117

¹⁵⁴⁶ C. CALABRÓ, Op cit. P. Caretti a mis en avant la nature hybride du contrat de service : celui-ci se présente comme un contrat synallagmatique mais avec la nécessité du décret présidentiel, il prend la forme d'un acte administratif. P. CARETTI, « Il contratto di servizio nel sistema delle fonti che disciplinano il servizio pubblico radiotelevisivo », Op cit, p. 723

¹⁵⁴⁷ Legge 31 luglio 1997, n° 249 « Istituzione dell'Autorita' per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo », detta legge Maccanico, GU n° 177 del 31 luglio 1997

de service tel que présenté par le Ministère¹⁵⁴⁸. G. Malinconico souligne que si l'avis obligatoire n'est pas juridiquement contraignant, les propositions de modification qui sont adoptées pendant la délibération parlementaire sont en pratique considérées comme de véritables amendements au texte proposé¹⁵⁴⁹. L'article 17§4 de la loi Gasparri, repris par l'article 45§4 du texte unique introduit par ailleurs un nouvel instrument juridique dans les sources réglementant le secteur de l'audiovisuel : les *linee guide* (2).

2) Les *linee-guide*

510. Ces *linee-guide* (lignes-guide) sont fixées par délibération conjointe de l'autorité (AGCOM) et du ministre des Communications, avant le renouvellement du contrat national de service qui intervient tous les trois ans¹⁵⁵⁰. Le président de l'AGCOM notait en 2007 que le législateur a prévu que la loi définit les obligations minimales du concessionnaire, mais réserve aux *linee-guide*, approuvées par l'AGCOM la fixation d'obligations supplémentaires au concessionnaire, en lien avec le développement des marchés, le progrès technologiques et aux exigences culturelles changeantes du pays et des régions¹⁵⁵¹. Ces dispositions donnaient donc un rôle important à l'autorité de régulation.

511. La réforme intervenue par la loi n° 220/2015¹⁵⁵² modifie toutefois cet état de fait. Le nouvel article 45§1 prévoit que le contrat de service est adopté après délibération du Conseil des ministres, ce qui a renforcé considérablement le rôle du gouvernement et a jeté le trouble sur la procédure à respecter pour l'adoption du contrat de service. Le gouvernement soutient en effet aujourd'hui que cette modification législative a rendu caduques les dispositions sur l'adoption

¹⁵⁴⁸ « *La commission exprime dans les trente jours un avis obligatoire sur l'ébauche du contrat de convention (aujourd'hui abrogé) et sur le contrat de service (adopté) avec le concessionnaire public ; Il surveille en outre l'exécution des finalités du service public pré-cité* ».

¹⁵⁴⁹ G. MALINCONICO, Op cit, p. 767. On ne sait pas cependant si la Commission parlementaire s'exprimera sur le nouveau texte, car celui-ci est actuellement en cours d'élaboration.

¹⁵⁵⁰ Article 45§4 du texte unique : « *Par délibération conjointe de l'autorité (l'AGCOM) et du ministre des communications, avant chaque renouvellement triennal du contrat nationale de service, sont fixées les lignes guides sur le contenu des obligations supplémentaires du service public général radiotélévisuel* ».

¹⁵⁵¹ C. CALABRÓ, Commissione bicamerale Vigilanza RAI del 27 gennaio 2007.

¹⁵⁵² Legge del 28 dicembre 2015, n° 220, « *Riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo* », GU Serie Generale n.11 del 15-01-2016)

des *linee-guide*, l'AGCOM soutenant le contraire¹⁵⁵³. Cette controverse n'est pas anodine : étant donnée l'importance du jeu partisan en Italie, ainsi que l'histoire de la domination partisane du parti démocrate-chrétien sur la télévision, l'exclusion de l'AGCOM du processus de révision de contrat de service pourrait avoir des conséquences non négligeables sur le contenu du Contrat de service ainsi que sur le contrôle par le Parti au pouvoir des missions de la chaîne publique.

Conclusion §2 :

512. L'introduction du contrat de service et des *linee-guide* a permis de renforcer la distinction entre les obligations imposées aux chaînes privées et celles imposées aux chaînes publiques, malgré la grande généralité des obligations législatives. Il n'existe pas, en Italie, et du fait de l'importance donnée aux libertés fondamentales que sont la liberté d'expression et la liberté d'initiative privée, de contrats comparables aux conventions passées entre les opérateurs privés et l'Etat en France. Il est toutefois étonnant, étant donné la qualification du secteur entier de la radiodiffusion comme étant d'intérêt général prééminent, que les chaînes privées ne soient pas soumises à des obligations précisées par un texte réglementaire ou contractuel. L'Italie est désormais, des trois Etats, le système dans lequel les concessionnaires privés sont soumis à la moins grande régulation. Au Royaume-Uni, du fait de la qualification des opérateurs privés opérant sur le réseau hertzien comme des *Public service broadcasters*, et de la très grande régulation pesant sur eux, la question de la spécificité des missions confiées à la BBC a fait couler beaucoup d'encre. La tentative de revalorisation de la mission de service public conférée au seul secteur public passe par une définition plus claire de ces missions dans la Charte royale (§3).

§3 De la spécificité de la BBC

513. Les chaînes privées sont soumises à de nombreuses obligations de service public et sont qualifiées par la loi de 2003 de « Public service Broadcasters », la chaîne de service public par excellence est toutefois la chaîne financée entièrement par des fonds publics, la British Broadcasting Corporation (BBC). Face aux critiques portant sur la légitimité du financement

¹⁵⁵³ Information issue d'un entretien avec G. Gangemi et T. Perrucci, membres de l'AGCOM.

étatique de la BBC, le gouvernement a voulu revaloriser la spécificité de la programmation en précisant les obligations contenues dans la charte royale (A). C'est toutefois sur le caractère public de la corporation que repose la spécificité de la BBC (B).

A) Une définition plus fine des obligations dans la charte royale

Cet effort de définition des buts d'intérêt public (public purposes dans le texte original) s'inscrit dans un contexte de crise au sein de la BBC (1), qui poussera à une définition plus précise des missions dans la charte royale et autres textes réglementaires, pour améliorer le contrôle de l'effectivité de la mise en oeuvre des obligations (2).

1) Une nouvelle crise durant le processus de renouvellement de la charte royale en 2005¹⁵⁵⁴

514. Alors que l'énoncé général des buts de la chaîne publique avait pu suffire dans le passé, sous la forme du triptyque bien connu « informer, éduquer, distraire », cette formulation large pose aujourd'hui problème : celle-ci aurait récemment permis à la BBC de se soustraire à son rôle principal, celui de poursuivre l'intérêt public¹⁵⁵⁵. Dans le livre vert pour la révision de la charte royale, le Ministère de la Culture, des Médias et des Sports (Department for Culture Media and Sport, DCMS) soulignait que des études conduites sur des groupes de téléspectateurs montrent que ceux-ci considéraient que les standards de programmation de BBC TV étaient en train de décliner¹⁵⁵⁶. « *En particulier, souligne le rapport, il existe des préoccupations concernant le nombre de rediffusions, ainsi que l'étendue du nivellement par le bas des programmes, des programmes d'imitation ainsi que dérivés* »¹⁵⁵⁷.

515. L'OFCOM, dans sa première phase d'examen de la prestation des opérateurs publics, soulignait également que les téléspectateurs sont inquiets de la concurrence directe entre des programmes programmés aux mêmes horaires engagée par les principales chaînes hertziennes.

¹⁵⁵⁴ Pour un résumé des problèmes de légitimité auxquels a fait face la BBC durant le processus de renouvellement de la charte royale en 2005, V. P. SMITH, « The Politics of UK Television Policy: BBC Charter Renewal and the 'Crisis' of Public Service Broadcasting (Again) », Op cit ; M. FEINTUCK, M. VARNEY, Op cit, p. 42

¹⁵⁵⁵ M. FEINTUCK, M. VARNEY, « The market, Public service and regulation », Op cit, p. 41 et 46-47

¹⁵⁵⁶ DCMS, Review of the BBC's Royal Charter, 2005, §1:23

¹⁵⁵⁷ Ibid.

La baisse des standards de la BBC pose évidemment question par rapport à notre hypothèse de départ, selon laquelle les télévisions publiques sont financées par des fonds publics pour fournir une prestation différente de celles des personnes privées. Pour répondre à des critiques antérieures portant sur la situation privilégiée dans laquelle était placée la BBC, l'agrément signé entre la BBC et le secrétaire d'État¹⁵⁵⁸ en 1996 exigeait de la BBC d'observer des règles de transparence et de responsabilité plus proches de celles appliquées aux opérateurs privés¹⁵⁵⁹.

516. La BBC reçoit une somme d'argent public considérable par rapport aux opérateurs privés¹⁵⁶⁰. Le livre vert « for the review of royal Charter » estime la somme induite de la redevance à 3 milliards¹⁵⁶¹. Certes, comme le rappelle le rapport de l'OFCOM de 2004 pour l'examen de la télévision de service public¹⁵⁶² édicté en vertu de l'article 264 de la Communication Act de 2003, « *Aux opérateurs commerciaux, ITV1 and 5, sont accordés l'accès au spectre analogique, qui est une ressource rare, et d'autres privilèges, en échange de leur engagement de poursuivre certaines obligations concernant les programmes. Channel 4, bien que financée par la publicité est guidée par son mandat de service public, et non par l'objectif de dégager des profits pour ses actionnaires* »¹⁵⁶³. Pourtant, il découle des explications fournies dans le chapitre 3 de l'analyse menée par l'OFCOM qu'aucun des opérateurs privés ne reçoit autant d'argent et d'aides de l'État que la BBC¹⁵⁶⁴. Pour renforcer la légitimité du financement de la BBC, et répondre aux critiques, le gouvernement a donc décidé d'imposer des obligations plus précises à l'opérateur public lors du renouvellement de la charte royale en 2006 (2).

¹⁵⁵⁸ Department of National Heritage, Copy of the Agreement Dated the 25th Day of January 1996 Between Her Majesty's Secretary of State for National Heritage and the British Broadcasting Corporation, Cm 3152 (1996)

¹⁵⁵⁹ T. PROSSER et G. BORN, Op cit, p. 662

¹⁵⁶⁰ M. FEINTUCK, M. VARNEY, Op cit, p. 44

¹⁵⁶¹ DCMS, *Review of the BBC's Royal Charter*, 2005, §1.1

¹⁵⁶² OFCOM, *Review of Public Service Television Broadcasting: Phase 2 – Meeting the Digital Challenge*, OFCOM 2004(2).

¹⁵⁶³ Ibid, §3.2

¹⁵⁶⁴ Ibid.

2) Une définition des missions en entonnoir pour assurer une plus grande transparence et responsabilité

517. L'activité de la Corporation n'est pas encadrée par une loi, mais par une charte royale, renouvelée tous les dix ans, complétée par un agrément avec le secrétaire d'État compétent (« agreement with the Secretary of State »). Depuis 1924, les missions de service public que contenait la charte étaient limitées au triptyque historique : proposer information, éducation et divertissement. Ces missions sont rappelées dès l'introduction de la charte, adoptée en 2006¹⁵⁶⁵. Cette charte ne contient pas la notion de « public service », contrairement à celle de 1997¹⁵⁶⁶, mais elle doit permettre une distinction plus claire dans le contenu des programmes entre les opérateurs privés et publics, fondée sur les principes de transparence et de responsabilité.

518. Pour mettre en oeuvre le principe de transparence, le paragraphe 3 de la charte dispose très clairement que « *La BBC existe pour servir un intérêt public* »¹⁵⁶⁷ et que « *le principal objet de la BBC est la promotion de buts d'intérêt public* »¹⁵⁶⁸. Le paragraphe 4 de la charte de 2006 énonce quant à lui pour la première fois ces buts d'intérêt public (*public purposes*) qui sont les suivants : « *soutenir la citoyenneté et la société civile* » ; « *promouvoir l'éducation et l'apprentissage* » ; « *stimuler la créativité et l'excellence culturelle* » ; « *représenter la Grande-Bretagne, ses nations, régions et communautés* » ; « *amener le Royaume-Uni au monde et le monde au Royaume-Uni* » ; « *promouvoir ses autres buts, aider à délivrer au public les bénéfices des technologies de communications émergentes et avoir un rôle de leader dans le passage à la télévision numérique* »¹⁵⁶⁹.

¹⁵⁶⁵ DCMS, Copy of Royal Charter for the Continuance of the British Broadcasting Corporation, Cm 6925, Octobre 2006

¹⁵⁶⁶ Department of National Heritage, Copy of Royal Charter for the Continuance of the British Broadcasting Corporation, Cm 3248 (1996), §3(1). La BBC est déjà qualifiée de « Public Service Broadcaster » par la loi de 2003.

¹⁵⁶⁷ Royale Charter 2006, §3(1)

¹⁵⁶⁸Royale Charter 2006, §3(2)

¹⁵⁶⁹ C'est le livre vert pour la révision de la Royale Charter de la BBC, en 2005 qui avait défini ces objectifs (excepté le dernier). L'effort de définition des buts d'intérêt public de la BBC dans la Royale Charter, repris et approfondis par l'agrément, découle de cette volonté de pouvoir rendre l'activité de la BBC transparente. DCMS, *Review of the BBC's Royal Charter: A Strong BBC, Independent of Government*, Green Paper. March 2005.

519. Pour mettre en oeuvre le principe de responsabilité, la loi donne au Trust, le nouvel organe de régulation interne de la BBC, la fonction de concevoir des « objectifs pluriannuels » (*pluriannual purpose remit*)¹⁵⁷⁰ et de « définir des critères de performance appropriés grâce auxquels sera jugée la promotion effective des buts d'intérêt général »¹⁵⁷¹. L'article 5 de l'agrément signé entre la BBC et le secrétaire d'État du DCMS en 2006¹⁵⁷² prévoit qu'en édictant chacun des objectifs, le Trust doit définir des priorités et spécifier comment les performances de la BBC seront jugées par rapport à ces priorités, eu égard à la façon dont la BBC promeut ses « buts d'intérêt général ». Il est aussi prévu que le Trust doive maintenir sous surveillance ces objectifs et les amender. L'introduction de ce contrôle par le Trust permet de mettre effectivement en oeuvre ces principes de responsabilité et de transparence, tout en distinguant le rôle BBC de celui des chaînes privées.

520. En 2016, avant la révision de la charte royale, le Comité de la communication de la chambre des Lords publia un rapport, issu d'une enquête sur le fonctionnement de la BBC, son financement et ses missions¹⁵⁷³, alors que le Ministère de la Communication, des Médias et des Sports publia son livre blanc qui portait sur la gouvernance, la transparence et l'efficacité de l'entreprise. Le rapport de la chambre des Lords portait le nom symbolique de « *BBC charter review : Reith not Revolution* », ce qui témoignait de la volonté de l'assemblée de s'inscrire dans la continuité du triptyque historique. Le comité note que le BBC Trust avait salué la création des buts d'intérêt public par la charte de 2006, car ils étaient une « *articulation plus détaillée de la mission durable de la BBC d'informer, d'éduquer et de divertir* »¹⁵⁷⁴, tandis que le Professeur Beveridge saluait la tentative de définir un cadre, des indicateurs et des repères grâce auquel la performance de la BBC peut être mesurée¹⁵⁷⁵. Le comité se prononça en faveur d'un tel cadre

¹⁵⁷⁰ Royal Charter 2006 §24.2(a)

¹⁵⁷¹ Ibid, §24.2(b).

¹⁵⁷² DCMS, Agreement between her majesty's secretary of States for Culture, Media and Sport and the British Broadcasting Corporation, July 2006, Cm 6872

¹⁵⁷³ House of Lords, Select Committee on Communications, 1st Report of Session 2015–16, Published by the Authority of the House of Lords, 24 February 2016, HL 96

¹⁵⁷⁴ House of Lords, Op cit, p. 19

¹⁵⁷⁵ Ibid.

favorisant une plus grande responsabilité de la BBC, mais regrette que ce cadre, constitué des « *public purposes, purposes remits, purpose priorities* » soit bien trop complexe¹⁵⁷⁶. Par ailleurs, le comité rappelait que les six buts d'intérêt général recoupaient les buts¹⁵⁷⁷ qui avaient été définis par l'OFCOM, dans son rapport sur le service public audiovisuel¹⁵⁷⁸ édicté en vertu de l'article 264 de la Communication Act, et qui s'appliquaient à tous les opérateurs, privés comme publics¹⁵⁷⁹. Le comité proposait donc de supprimer ces différents buts d'intérêt général pour les remplacer par un nouvel éventail de valeurs qui devraient guider de manière sous-jacente la politique éditoriale de la BBC¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁶ Ibid, p. 20 : « *We support the principle of an accountability framework. However, we conclude that the current accountability system of mission statement, unique Public Purposes, Purpose Remits, Purpose Priorities and very detailed service licences is far too complex. This complexity makes the practical interpretation and assessment of delivery difficult. We recommend a much simpler and more transparent approach* ».

¹⁵⁷⁷ « *Purpose 1: Informing our understanding of the world—To inform ourselves and others and to increase our understanding of the world through news, information and analysis of current events and ideas.
Purpose 2: Stimulating knowledge and learning—To stimulate our interest in and knowledge of arts, science, history and other topics, through content that is accessible and can encourage informal learning.
Purpose 3: Reflecting UK cultural identity—To reflect and strengthen our cultural identity through original programming at UK, national and regional level; on occasion, bringing audiences together for shared experiences.
Purpose 4: Representing diversity and alternative viewpoints—To make us aware of different cultures and alternative viewpoints, through programmes that reflect the lives of other people and other communities, both within the UK and elsewhere* »

¹⁵⁷⁸ OFCOM, Ofcom 1st Review of Public Service Television Broadcasting, Phase 3 – Competition for Quality (London: Ofcom, February 2005 ; Pour un commentaire de ce rapport V. S. HARVEY, « Ofcom's first year and neoliberalism's blind spot: attacking the culture of production », Screen, 2006/1, p. 91

¹⁵⁷⁹ Le livre vert pour la révision de la Royale Charter de la BBC, en 2005 (DCMS, Review of the BBC's charter, 2005, §1.21 et §1.22) proposait d'aller plus loin pour la BBC. En plus de poursuivre les buts d'intérêt général définis plus hauts, chaque programme de la BBC aurait du, d'après le livre vert présenter au moins une des caractéristiques de « distinction et d'excellence » définies par l'OFCOM dans son rapport de 2004. Ces propositions n'ont été retenues ni dans la Charte Royale ni dans l'agrément signé avec le secrétaire d'Etat. Elles s'appuyaient en effet sur des arguments caractéristiques de la *market failure*. Dans cette lignée, le §1.23 du livre vert prévoyait par exemple que la BBC devrait « *viser à compléter (les programmes) proposés sur les chaînes commerciales, plutôt que de toujours rivaliser avec elles* ». Une telle vision reposant sur la « market failure » aurait été contraire à la définition plus étendue des missions de service public proposée par la Communication Act de 2003, telle que nous l'avons présentée précédemment.

¹⁵⁸⁰ House of Lords, Op cit, p. 22, §50 : « *We welcome the suggestion made by the BBC Trust that the BBC should have a new set of values or duties. These underlying values should permeate through the BBC and be apparent in all the content it produces. These new values will help to assess whether the BBC is performing as is required, give clearer guidance to BBC staff about the behaviours expected of them and reinforce the principle of BBC independence. The BBC's executive body, in consultation with the independent regulator, should have the responsibility, in the next Charter period, to establish these values or duties* ».

521. Cette proposition n'est pas retenue par le gouvernement qui, dans la charte royale adoptée en décembre 2016¹⁵⁸¹, définit de nouveaux buts d'intérêt général qui sont : « *Fournir des informations impartiales pour aider les individus à comprendre et à s'intéresser au monde qui les entoure ; soutenir l'apprentissage pour les individus de tout âge, montrer la plus grande créativité, la meilleure qualité et les services et créations les plus originaux : refléter, représenter et servir les diverses communautés de toutes les nations et régions du Royaume-Uni, et ce faisant, soutenir l'économie de la création à travers le pays ; refléter le Royaume-Uni, sa culture et ses valeurs à l'extérieur du pays* »¹⁵⁸². Du fait de la suppression du BBC Trust et de son remplacement par l'OFCOM comme régulateur de la BBC¹⁵⁸³, les « objectifs pluri-annuels » sont supprimés, ce qui simplifie toutefois le cadre normatif. En échange, chaque but d'intérêt public est détaillé au sein même de la charte royale¹⁵⁸⁴.

On peut douter du fait que ces buts d'intérêt public, bien que détaillés, suffisent à différencier la BBC des autres opérateurs du secteur. En 2017, P. Ramsey constate d'ailleurs que les missions de service public mises à la charge de certaines chaînes commerciales, ainsi que la régulation mise en oeuvre par l'OFCOM, ont eu des conséquences positives sur la programmation de ces chaînes, qui peuvent être distinguées des chaînes commerciales qui ne mettent pas en oeuvre des missions de service public¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁸¹ Copy of Royal Charter for the continuance of the British Broadcasting Corporation, Presented to Parliament by the Secretary of State for Culture, Media and Sport by Command of Her Majesty, December 2016, Cm 9365

¹⁵⁸² Ibid, §6.

¹⁵⁸³ V. infra Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁵⁸⁴ Il est par exemple prévu que « *pour fournir des informations impartiales pour aider les individus à comprendre et s'intéresser au monde qui les entoure, la BBC doit fournir des informations dûment impartiales et précises, des programmes concernant les affaires courantes et des documentaires, pour construire la compréhension, par les individus de toutes les parties du Royaume-Uni et du monde. Ses contenus doivent être soumis au plus haut standard éditorial. Ils doivent offrir un éventail d'analyses et de contenus approfondis, qui ne sont pas largement offertes par les autres médias du Royaume-Uni, en utilisant des présentateurs et des journalistes du plus haut calibre, et en soutenant la liberté d'expression, pour que l'audience puisse s'impliquer pleinement dans les débats et les questions locales, régionales, nationales ainsi que mondiales. Cela devra leur permettre de participer au processus démocratique à tous les niveaux comme des citoyens actifs et informés* », §6(1).

¹⁵⁸⁵ P. RAMSEY, « Commercial Public Service Broadcasting in the United Kingdom: Public Service Television, Regulation, and the Market », *Television & new media*, 2017(7), p. 639

B) Une spécificité fondée sur le caractère public de la chaîne

522. L'adoption d'une conception « large » des obligations de service public s'éloigne du modèle de market failure proposé par les auteurs les plus libéraux pour légitimer l'existence de la BBC¹⁵⁸⁶. L'amalgame entre les missions de service public qui doivent être mises en oeuvre par les opérateurs privés et publics rend la différenciation difficile à saisir dans les textes.

Pourtant, la BBC est toujours mise sur un piédestal. Elle est qualifiée par le ministre de la Communication J. Whittingdale d'une des « *institutions les plus précieuses de la Nation* », *une institution qui « joue un rôle dans presque toutes nos vies »*¹⁵⁸⁷. Le livre vert précédant la révision de la charte royale en 2006 reprenait le raisonnement juridique que nous avons conduit dans le Chapitre 2 du Titre 2. Il mettait en exergue l'importance de l'audiovisuel dans nos sociétés actuelles d'une part, et l'incapacité des opérateurs commerciaux à répondre aux besoins existants d'autre part : « *L'audiovisuel peut apporter à nos sociétés plus que n'importe quel autre média, et en tant que citoyens, nous n'obtiendrions pas tout ce que nous pouvons attendre de l'audiovisuel si nous comptons seulement sur les prestataires commerciaux* »¹⁵⁸⁸. Le rapport préparé par la chambre des Lords dans le contexte du renouvellement de la Charte royale en 2016 met l'accent sur l'importance des valeurs pour distinguer la BBC des opérateurs privés.

523. En réalité, ce sont des arguments de nature économique qui expliquent et justifient le financement public de la BBC et son maintien. Le rapport de l'OFCOM de 2004¹⁵⁸⁹ s'appuyait sur le contexte économique réel pour justifier la nécessité d'un opérateur public financé par des fonds publics : avec la multiplication des chaînes avec l'extension des ressources à l'ère du numérique pour expliquer l'augmentation de la pression publicitaire sur les chaînes commerciales : celles-ci seraient tenues de programmer des contenus aptes à attirer les publicitaires, ce qui pourrait compromettre leur capacité à délivrer des programmes de service

¹⁵⁸⁶ V. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

¹⁵⁸⁷ J. WITTINGDALE, « Foreword », in DCMS, *BBC charter review - public consultation*, 2015, p. 1

¹⁵⁸⁸ DCMS, 2005, §1.1

¹⁵⁸⁹ OFCOM, 2004(2)

public de haute qualité¹⁵⁹⁰.

524. La différenciation est inhérente aux caractéristiques du secteur : les diffuseurs privés ont pour but de maximiser les profits pour leurs actionnaires, la BBC existe seulement pour maximiser l'intérêt public¹⁵⁹¹. Dans un paragraphe intitulé « la valeur publique de la BBC », C. Fairban explique qu'« il y a de grandes raisons de penser que dans un futur numérique, la valeur du caractère public dans le paysage audiovisuel soit encore plus importante. Pendant que la fragmentation de l'audience et de l'industrie va se consolider, une institution de service public indépendante sera essentielle si l'audiovisuel britannique doit continuer de délivrer la qualité et l'éventail de service que nous valorisons en tant que consommateurs et citoyens »¹⁵⁹². C'est donc le fait que la BBC joue comme une référence sur le marché qui fait d'elle une institution si importante. Comme le met en exergue un auteur, auditionné par le gouvernement et cité dans le rapport « Funding the BBC » de 2014, « si la BBC opérait sous couvert de la market failure, ce serait contre-productif puisque la compétition assurée par la BBC est largement reconnue comme encourageant les autres opérateurs de service public (commerciaux) à relever le défi de la compétitivité et diffuser des contenus de meilleure qualité »¹⁵⁹³. Selon le comité de research de la BBC, « la BBC aide à créer « une compétition pour la qualité » entre les différentes institutions qui constituent le marché [...] Elle complète et renforce les standards éditoriaux et la prise de risque du reste du marché »¹⁵⁹⁴.

Conclusion §3 :

525. Tout comme en France, les obligations importantes imposées aux opérateurs privés par la loi posent la question de la spécificité du secteur public audiovisuel, et donc de sa légitimité. Tout comme en France, l'apparente revalorisation des missions de service public à travers une définition plus fine des missions dans la Charte royale et l'agrément signé entre le secrétaire

¹⁵⁹⁰ OFCOM, 2004(2)

¹⁵⁹¹ C. FAIRBAIRN, « Cometary : Why broadcasting is still special », in A. PEACOCK, *Public service without the BBC*, Op cit, p. 64

¹⁵⁹² *Ibid*, p 65

¹⁵⁹³ Prof. Beveridge cité dans House of commons, CMS Committee, *Future of the BBC*, Fourth report Of session 2014-2015, p. 17

¹⁵⁹⁴ CMS Committee, Op cit, p. 17

d'État et la BBC se heurte à l'existence des mêmes obligations pour les personnes privées dans la loi. En réalité, l'argument développé dans la majorité des rapports et par la majorité des auteurs est celui de la référence qu'est la BBC par rapport aux opérateurs opérant sur le marché de la publicité.

Conclusion Section 2 :

526. Malgré une tentative de revalorisation des obligations des opérateurs publics, et malgré la diversité des textes juridiques adoptés - charte royale, cahiers des charges - on observe encore une homogénéité entre obligations pesant sur les opérateurs privés et missions de service public. Face à cette évolution, un nouvel argument est apparu, qui met en valeur une sorte d'équilibre de marché entre secteur privé et secteur public, cet équilibre ayant des vertus politiques. Cet objectif de régulation interne du système est mis en avant notamment dans le rapport de la Mission d'audit dirigée par Jean-Michel Bloch-Lainé de juillet 1996 : « *La coexistence de deux secteurs de masses critiques équivalentes est une garantie de pluralisme. Elle est utile à l'un et à l'autre : le secteur privé aiguillonne le secteur public, l'empêche de s'installer dans l'autosatisfaction, la quiétude et le corporatisme ; le secteur public, de son côté, peut maintenir une pression de qualité, d'exigence, qui sert aussi d'aiguillon, dans l'intérêt de tous* »¹⁵⁹⁵. Au Royaume-Uni, les statuts non commerciaux de la BBC et le financement public sont mis en avant comme permettant de jouer ce rôle de « benchmark » sur le marché, et ce pour tous les genres de programmes, tels que la comédie, les drames, les programmes pour enfants¹⁵⁹⁶. De ce postulat se dégage encore une fois la spécificité du secteur de l'audiovisuel par rapport aux autres secteurs récemment libéralisés dans lesquels la libéralisation a conduit à séparer le critère organique du critère matériel. Au contraire, dans l'audiovisuel, la possibilité de mise en oeuvre du critère matériel découle du critère organique, ainsi que des prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire principalement du financement public.

Conclusion Chapitre 1 :

¹⁵⁹⁵ Cité par J-F. MISSIKA, « Les entreprises publiques de télévision et les missions de service public », Rapport de mission au ministère de la culture et de la communication, Décembre 1997, p. 16

¹⁵⁹⁶ Ibid, p. 17

527. On assiste donc, après les années 1980 à une homogénéisation des obligations pesant sur les opérateurs publics et privés. Cette homogénéisation résulte au Royaume-Uni de l'héritage du duopole de service public, établi en 1953, mais en France et en Italie, elle résulte de la banalisation de l'institution du service public audiovisuel. Le processus de libéralisation, en mettant l'accent sur la liberté de communication a dans ces deux pays rendu le service public audiovisuel suspect. Cette suspicion résulte également bien évidemment du contrôle politique qui a pesé sur le service public durant le monopole. Cette banalisation du service public posant problème en raison du financement public du secteur public de l'audiovisuel, le législateur sera amené, dans les trois pays, à revaloriser la mission de service public en renforçant les obligations qui pèsent sur les opérateurs publics. Nous avons vu que cette revalorisation législative et infra-législative de ces obligations se solde par un relatif échec, notamment en France et au Royaume-Uni, où les textes définissant la mission de service public reprennent en fait des termes déjà associés aux personnes privées.

528. Les auteurs, ainsi que les acteurs publics, ont toutefois mis en avant des arguments de nature économique pour justifier l'importance du secteur public de l'audiovisuel arguant de l'impossibilité du secteur privé à assurer une véritable programmation de qualité du fait du mode de financement par la publicité. Cet argument est assez étonnant : il laisse à penser qu'il est acquis que les règles de droit ne seront pas effectives et n'auront pas d'influence sur le comportement des personnes privées sur le marché, certains auteurs arguant même que « *la règle de droit n'a pas vocation à saisir tous les comportements au risque de tuer l'initiative et la créativité* »¹⁵⁹⁷. Cette position est évidemment gênante, lorsqu'elle semble aller de soi, mais force est de constater qu'elle reflète une certaine réalité. Pour diverses raisons, dont nous traiterons dans la partie Seconde, les personnes privées sont loin de refléter le « mieux-disant culturel » pourtant prôné par F. Léotard à la privatisation de TF1. Si l'on peut s'étonner de la volonté du législateur d'imposer des obligations aux opérateurs privés dont il sait qu'elles ne seront pas tenues, il faut reconnaître que les personnes publiques ont effectivement un rôle à jouer pour le respect des droits et libertés énoncées au Chapitre 3, du fait de leur mode de

¹⁵⁹⁷ K. FAVRO, Op cit, p. 251

financement par des fonds publics. Ainsi, dans le secteur, le critère organique, lié à l'absence de finalités de type commerciales, est primordial. Toutefois, ce critère n'est pas suffisant : il n'est légitime que si ce financement dérogatoire permet aux chaînes publiques de fournir une prestation de service public effectivement différente de la prestation fournie par les chaînes privées. Dans un contexte libéralisé, les chaînes publiques ne peuvent retrouver leur raison d'être qu'à travers la définition d'une mission de service public claire. C'est pourquoi nous tenterons, dans la section 2 de ce chapitre, de dégager, de définir et donc de conceptualiser, à partir des textes de loi précédemment analysés, des principes-force permettant de distinguer les missions de service public audiovisuel (Chapitre 2).

Chapitre 2 : Un essai de conceptualisation des missions des chaînes publiques de l'audiovisuel

529. Le droit de l'Union impose, en contrepartie du financement public d'une entreprise, publique ou privée, que celle-ci soit explicitement chargée du mandat de service public, mais également que ses missions soient clairement définies¹⁵⁹⁸. Le législateur des trois pays étudiés a décidé de faire du secteur public de l'audiovisuel un service public, par une qualification législative explicite. Il a également tenté de définir les missions de service public que les opérateurs publics doivent mettre en oeuvre. Cette définition n'est pas sans poser problème, car elle ne permet pas toujours de répondre à la question de ce qui devrait être le contenu des programmes correspondant à une mission de service public.

530. Le service public de l'audiovisuel se distingue de nombreux autres secteurs concernés pour lesquels la prestation de service public est objectivement mesurable, car quantifiable¹⁵⁹⁹. Le caractère qualitatif des obligations de service public audiovisuel est un obstacle à l'interprétation des textes de loi et donc à la conceptualisation précise des missions de service public. Toutefois, cet obstacle n'est pas insurmontable, et il doit d'ailleurs être surmonté, car l'indétermination de la signification des termes utilisés dans les textes juridiques et encadrant le devoir-être de la prestation de service public audiovisuel entrave l'efficacité du contrôle de cette prestation par les autorités compétentes. Elle sert même parfois d'excuse juridique à l'absence de contrôle par les autorités compétentes.

531. L'étude de droit comparé nous a montré que si les problématiques ne sont pas toujours les mêmes selon les pays, il existe une convergence dans les justifications juridiques de la sauvegarde d'une chaîne publique financée par des fonds publics. Ces justifications sont avant tout constitutionnelles en France et en Italie, et elles découlent au Royaume-Uni d'un consensus sociétal autour de l'importance de l'audiovisuel pour la constitution de la citoyenneté de chaque

¹⁵⁹⁸ Communication de la commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat, Op cit, Point 37

¹⁵⁹⁹ W. RUMPHORST, « Radiodiffusion de service public : des malentendus persistants », *Diffusion UER* printemps 1998, p. 47

individu et du débat public.

Mais c'est surtout dans les sources législatives et réglementaires que l'on observe une convergence des missions que doit mettre en oeuvre l'émetteur public, qui constituent le socle de légitimation de son existence. Il est possible, face à l'observation des textes législatifs et réglementaires, de dégager des équivalents fonctionnels qui permettent de créer un cadre assez flexible pour mettre en exergue les différences et les ressemblances entre les États dans la mise en oeuvre de certains principes communs. Le caractère qualitatif, et non quantitatif de ces principes, pose la question de leur interprétation. Nous nous proposons de faire appel à des travaux sociologiques pour expliquer à quoi se réfère le législateur quand il utilise telle expression plutôt qu'une autre.

Face à l'observation et la systématisation des textes législatifs et réglementaires dans les trois pays, nous avons identifié deux grands principes devant être mis en oeuvre par les chaînes publiques. Celles-ci doivent d'abord promouvoir la citoyenneté par la mise en oeuvre d'un pluralisme politique et culturel. Il s'agit alors d'assurer que l'audiovisuel public joue bien son rôle dans la circulation des idées (Section 1). Elles doivent ensuite assurer un pluralisme non plus des idées, mais du contenu des programmes, tout en fournissant des contenus considérés comme de meilleure qualité que ceux des opérateurs privés (Sous-section 2).

Section 1 : Promouvoir la citoyenneté par la circulation des idées

532. Le principe de pluralisme est une source du service public audiovisuel en droit de l'Union, en droit français et en droit italien. Il est défini par la Cour constitutionnelle italienne comme « *la possibilité concrète de choix, pour tous les citoyens, entre une multiplicité de sources d'information ; choix qui ne serait pas effectif si le public auquel est destiné les moyens de communication audiovisuelle n'était pas en condition de disposer, tant dans le secteur public que privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances à caractère hétérogène* »¹⁶⁰⁰. Le Conseil constitutionnel, comme à son habitude, est plus concis que la Cour constitutionnelle italienne dans l'expression de son raisonnement. Si le respect du pluralisme est

¹⁶⁰⁰ Les développements de la Cour Constitutionnelle, du Conseil ainsi que les textes législatifs pré-cités sont rappelés ici pour les besoins du raisonnement.

« une des conditions de la démocratie » aux termes de la décision du 18 septembre 1986, il précise seulement les conditions de réalisation de ce principe, qui s'adressent aux opérateurs privés comme publics : « *le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle doit être à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information* »¹⁶⁰¹.

533. Le principe de pluralisme n'existe pas en droit britannique. Toutefois, le principe de citoyenneté que nous avons dégagé comme concept légitimant la sauvegarde de la BBC semble inclure l'obligation d'une représentation pluraliste des courants de pensée, nécessaire à la prise de décision. Le principe de citoyenneté a ceci d'intéressant qu'il pourrait être également utilisé dans les autres systèmes juridiques. En effet, si la Cour Constitutionnelle italienne et le Conseil constitutionnel français font découler, dans une interprétation constructive, le principe de pluralisme de la liberté d'expression, il serait possible de revenir à une lecture plus littérale des termes de la Constitution, s'appuyant non sur la liberté d'expression, mais sur les droits dits créance.

534. Comme le note R. Craufurd-Smith, le Conseil constitutionnel aurait pu s'appuyer sur le paragraphe 10 du préambule de 1946 qui prévoit que « *la Nation assure aux individus et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* » ou sur l'article 13 qui prévoit que « *La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture* ». Encore plus précise est la Constitution italienne qui dans son article 3, affirme qu' « *il est du devoir de la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui, limitant de fait la liberté et l'égalité des citoyens, empêchent le développement complet de la personne humaine et l'effective participation de tous les « travailleurs » à l'organisation politique, économique et sociale du pays* ». Cette formulation semble renvoyer à la conception marshallienne de la citoyenneté, puisque l'État est sommé d'intervenir pour assurer une participation effective du citoyen à la vie politique. Comme le souligne R. Craufurd-Smith, cette formulation n'est pas non plus indifférente à une conception

¹⁶⁰¹ CC, 18 septembre 1986, Op cit.

libérale du rôle de l'État dans la société. Dans une telle conception, les individus sont considérés comme les meilleurs juges pour décider comment mener leur vie et pour rechercher ce qui est bon pour eux : la formulation choisie par le constituant italien laisserait entendre que pour que la réalisation effective d'une telle conception soit possible, les individus doivent être suffisamment éduqués¹⁶⁰² et informés.

535. La conception libérale du pluralisme est définie par C. Mouffe comme suit : « *La théorie libérale reconnaît que nous vivons dans un monde où co-existe une multiplicité de perspectives et de valeurs et elle accepte qu'il est impossible à chacun de nous de les adopter toutes, pour des raisons qu'elle croit empiriques ; néanmoins, elle s'imagine que, mises ensemble, ces perspectives et ces valeurs constituent un tout harmonieux et non conflictuel* »¹⁶⁰³. C'est de cette conception libérale dont s'inspire J. Habermas lorsqu'il théorise les conditions nécessaires de la délibération fondée sur un processus rationnel. Celle-ci est reprise par les textes législatifs dans les trois Etats qui protègent un équivalent fonctionnel que nous avons intitulé « *l'honnêteté et le pluralisme de l'information* » (§1). Cette vision purement rationnelle de la délibération politique a été critiquée par de nombreux auteurs, dont C. Mouffe, qui mettent en avant le facteur de l'appartenance à un groupe - social, ethnique, culturel ou religieux - dans le processus de choix politique des citoyens. C'est la raison pour laquelle les textes législatifs protègent aujourd'hui la représentation de tels groupes dans l'espace public audiovisuel, à travers l'exigence de ce que nous avons appelé le « *pluralisme culturel* » (§2).

§1 L'honnêteté et le pluralisme de l'information

536. S'il n'existe pas de principe de pluralisme au sens propre du terme en droit britannique, le principe d'expression pluraliste des points de vue et d'honnêteté de l'information n'est pas absent du système juridique, sous la forme des principes de *due accuracy* (exactitude des faits présentés) et de *due impartiality* (impartialité appropriée). Comme nous le verrons dans la suite du développement, le principe d'impartialité appropriée tel qu'il est défini par les textes porte en

¹⁶⁰² R. CRAUFURD-SMITH, « Pluralisme and freedom of Expression : Constitutional Imperatives for a New Audiovisual Order », in *Broadcasting Law and Fundamental Rights*, Op cit, p. 100

¹⁶⁰³ C. MOUFFE, « Politique et agonisme », Rue Descartes, 2010/1, n° 67, p. 18

lui-même l'impératif de présentation pluraliste des différents courants de pensée et d'opinion. Le principe d'exactitude des faits pourrait renvoyer au principe d'honnêteté de l'information existant également en droit italien et en droit français.

537. Ces deux conditions, qui semblent primordiales pour la diffusion du message audiovisuel et la protection du téléspectateur-citoyen¹⁶⁰⁴ renvoient aux conditions nécessaires pour la mise en oeuvre de la démocratie délibérative d'Habermas. Habermas, avec ce concept de « démocratie délibérative » tente de repenser en termes de procédures la souveraineté populaire en démocratie. L'idée fondamentale, développée par l'auteur dans *Droit et Démocratie : Entre Faits et Normes*¹⁶⁰⁵ est fondée sur une éthique de la discussion développée dans *la théorie de l'agir communicationnel*¹⁶⁰⁶. Dans la démocratie délibérative d'Habermas, « sont valides strictement les normes d'action sur lesquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées d'une façon ou d'une autre pourraient se mettre d'accord en tant que participants à des discussions rationnelles »¹⁶⁰⁷. Sa vision de la démocratie est radicalement procédurale, et elle l'est en un double sens : d'une part, elle fait reposer la légitimité politique sur les procédures effectives de discussion qui contribuent à façonner l'opinion publique et la volonté politique¹⁶⁰⁸. Ceci implique la nécessité « d'une procédure idéale de délibération et décision » : comme le souligne G. Murdock, le concept de délibération suppose que les citoyens reconnaissent que leurs connaissances et leur compréhension sont incomplètes, et qu'ils entrent dans un dialogue pour découvrir d'autres « perspectives partiales qui peuvent être tissées à l'intérieur d'un nouveau tout »¹⁶⁰⁹. Ce processus de délibération vise donc à fournir aux citoyens les informations nécessaires pour que ceux-ci puissent effectuer leur choix de manière la mieux informée

¹⁶⁰⁴ V. la distinction que fait K. Favro dans sa thèse entre téléspectateur-consommateur et téléspectateur-citoyen, K. FAVRO, *Téléspectateur et message audiovisuel. Contribution à l'étude des droits des téléspectateurs*, LGDJ, 2001

¹⁶⁰⁵ J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, Première publication en allemand 1992

¹⁶⁰⁶ J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987, Première publication en allemand 1981

¹⁶⁰⁷ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Op cit, p. 123

¹⁶⁰⁸ C. GIRARD, « La démocratie par la délibération ? », *Idées économiques et sociales*, 2013(3), p. 8

¹⁶⁰⁹ G. MURDOCK, « Rights and representation : Public discourse and cultural citizenship » in J. GRIPSRUD (ed), *Television and common knowledge* », Routledge, 1999, p. 7 spec p. 10

possible, ou la plus rationnelle¹⁶¹⁰. Il doit remplir deux conditions : il faut d'abord selon lui qu'il soit accordé à toutes les opinions une opportunité égale de se faire entendre, même si leurs affirmations contredisent les croyances des autres participants au débat. Cette condition s'apparente au critère de pluralisme de l'information dégagé ci-dessus. La deuxième condition pour une démocratie délibérative effective est que les intervenants au débat soutiennent leur affirmation par des faits avérés, sincèrement et ouvertement, et sans coercition, d'aucune part. Cette condition s'apparente à l'honnêteté de l'information. Si ces conditions sont respectées, elles doivent permettre de faire du médium télévision un espace public politique, au sein duquel les citoyens pourront, aux termes d'un débat ouvert et honnête former rationnellement leur propre opinion.

538. Comme le souligne Q. Epron, le pluralisme hors périodes électorales fait l'objet d'une réglementation très hétérogène entre les États¹⁶¹¹. Les règles de pluralisme politique peuvent être purement qualitatives, comme c'est le cas au Royaume-Uni et en Italie, ou quantitatives, comme c'est le cas en France. Cette différence a des implications concrètes sur la façon dont est envisagée l'honnêteté de l'information. Au Royaume-Uni, la conception qualitative de « l'impartialité appropriée » permet de considérer que l'impartialité, le pluralisme et l'honnêteté de l'information sont étroitement liés (A) tout comme en Italie (B). En France, l'acception quantitative du principe de pluralisme n'est pas sans poser problème (C).

A) En Grande-Bretagne, la connotation qualitative du principe de « due impartiality »

539. Comme nous l'avons souligné, il n'existe pas de principe de « pluralisme » à proprement parlé en Grande-Bretagne, mais les principes de *due impartiality* et *due accuracy*, omniprésents dans les textes législatifs et réglementaires, peuvent toutefois servir d'équivalent fonctionnel au

¹⁶¹⁰ V. par exemple J. HABERMAS, « La souveraineté populaire comme procédure », in C. GIRARD et A. LE GOFF, *La démocratie délibérative, anthologie de textes fondamentaux*, Herman, p. 163 : « *Les procédures démocratiques de l'Etat de droit ont la tâche d'institutionnaliser les formes de communication nécessaires à une formation rationnelle de la volonté* ».

¹⁶¹¹ Q. EPRON, « Le temps de parole des personnalités politiques », *Jus Politicum*, 2010, n° 4. Nous n'analyserons pas ici les règles de pluralisme durant les périodes électorales. Se référer sur ce sujet aux travaux de R. RAMBAUD

principe de pluralisme et d'honnêteté de l'information. L'article 264(6) c) de la Communication Act dispose, dans un langage très habermassien qu' « *Une manière de mettre en oeuvre les buts du service public audiovisuel de télévision au Royaume-Uni est compatible avec cette subsection s'il assure : que ces services (pris tous ensemble) assurent, dans une mesure appropriée à faciliter la compréhension civique et un débat juste et bien informé sur les informations et les affaires courantes, une couverture globale et officielle des informations et affaires courantes du Royaume-Uni, des différentes parties du pays,*

540. Dans la mise en oeuvre de ces missions, les chaînes de télévision doivent respecter les principes d'impartialité appropriée et d'exactitude des faits, comme cité à l'article 319 de la Communication Act. Ces principes s'appliquent aux personnes publiques comme aux personnes privées, mais découlent de deux codes différents : les personnes privées sont soumises au respect de ces principes tels que définis par l'OFCOM dans son *Broadcasting Code*¹⁶¹², alors que les personnes publiques devaient, jusqu'à l'entrée en vigueur de la charte de 2017, respecter les *guidelines* définies par le *BBC Trust*¹⁶¹³. La section 5 de l'*OFCOM Broadcasting Code*¹⁶¹⁴ en vigueur, édicté en juillet 2015 s'intitule : « *impartialité et exactitude de l'information et prédominance injustifiée de certains points de vue et opinions* »¹⁶¹⁵. Cette section a le mérite de faire ensuite l'objet d'un exigent travail de définition des termes employés¹⁶¹⁶. Il comprend en plus des principes d'impartialité et d'exactitude l'information celui de « *Undue prominence to*

¹⁶¹² L'article 319 du Communication Act prévoit que l'OFCOM doit établir des standards relatifs au contenu des programmes (article 319(1)), qui doivent faire l'objet d'un « code » (article 319(3)). Les principes de *due impartiality* et de *due accuracy* sont cités parmi les principes devant faire l'objet d'une réglementation spécifique à l'intérieur de ce code.

¹⁶¹³ Ce n'est toutefois plus le cas depuis l'adoption de la nouvelle charte royale en 2017, du fait de la suppression du BBC Trust.

¹⁶¹⁴ OFCOM, OFCOM Broadcasting Code, Mai 2016, disponible en ligne, https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0024/49308/Ofcom-broadcast-code-May-2016.pdd

¹⁶¹⁵ « *Due impartiality and due accuracy and undue prominence of views and Opinions* ».

¹⁶¹⁶ L'article 5.1 prévoit que « *les informations, quelque forme qu'elles prennent sont rapportées avec exactitude et présentées avec impartialité.* » L'article 5.2 qui semble renvoyer au principe de « *due accuracy* » prévoit que « *les erreurs significatives dans les informations doivent être normalement reconnues et corrigées rapidement sur les ondes* ». Il est précisé que « *l'impartialité signifie ne pas favoriser une partie ou une autre.* « *Due* » signifie *adéquat ou approprié au sujet ou à la nature du programme.* Donc « *due impartiality* » ne signifie pas une division égale du temps qui est donné à toutes les opinions, ou que chaque argument ou chaque facette de tous les arguments doivent être représentés. L'approche de « *due impartiality* » peut varier en fonction de la nature du sujet, du type de programme et de chaînes, les attentes probables des téléspectateurs à satisfaire et la mesure dans laquelle le contenu et l'approche sont signalés à l'audience »

the views and opinions » défini comme suit à l'article 5.13 : « *Une prédominance exagérée est un déséquilibre significatif des opinions transmises sur les ondes lors de la couverture de controverses politiques ou industrielles ou de questions relatives à la politique publique actuelle* ».

541. Le principe de *due impartiality* est également défini par le « BBC Trust » dans ses « Editorial guidelines »¹⁶¹⁷, et ce aux termes de l'article 44 de l'agrément entre le Secretary of State et la BBC adopté en 2006. Ce texte va beaucoup plus loin que celui issu du Broadcasting code de l'OFCOM. Il fait de l'impartialité et donc du pluralisme une valeur phare de la BBC, permettant ainsi de mettre en exergue la différence avec les privés¹⁶¹⁸. L'article 4.4.2 précise que « *L'impartialité ne requiert pas que l'éventail de perspectives ou d'opinions soit représenté dans des proportions égales soit à travers notre production dans son ensemble, soit dans un seul programme. En revanche, nous devons chercher à atteindre « la pondération nécessaire ». Par exemple, les opinions minoritaires ne devraient pas nécessairement se voir accorder un poids égal (...) Cependant, l'omission d'une perspective importante, dans un contexte particulier, est susceptible de compromettre la perception de l'impartialité de la BBC. Les décisions concernant l'inclusion ou l'omission de perspectives doivent être raisonnables et soigneusement examinées* ». Ici, comme dans le code de l'OFCOM, il semble que les principes d'impartialité appropriée, d'exacte présentation des faits, et de l'importance exagérée à des vues et opinions se rejoignent.

542. Cette conception qualitative du principe de *due impartiality* avait été définie dans le rapport Annan de 1977. Selon Annan, ce principe ne pouvait pas être assimilé à une balance strictement mathématique selon laquelle tous les points de vue un temps se verraient accorder un temps égal. Il implique au contraire le choix des journalistes de la chaîne et ne peut donc pas être réduit à des règles rigides. Il doit cependant permettre aux citoyens de parvenir à une « évaluation raisonnable » pour atteindre leur intérêt personnel et leur idée du bien commun¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁷ BBC Editorial Guidelines, 2010, en ligne http://downloads.bbc.co.uk/guidelines/editorialguidelines/pdfs/Editorial_Guidelines_in_full.pdf

¹⁶¹⁸ « *L'impartialité est au coeur du service public et est le noyau de l'engagement de la BBC auprès de ses publics. Nous devons être inclusif, en adoptant une perspective globale et assurant que l'existence d'une variété de points de vue est reflétée de manière appropriée.* »

¹⁶¹⁹ H. DAVIS, *Political Freedom, Associations, Political Purposes and the law*, Continuum, 2010, p. 269

Le fait que l'impartialité appropriée, qui correspond en droit anglais à notre équivalent fonctionnel de pluralisme politique, soit liée à l'exactitude des faits présentés est intéressant, tout comme le fait que le pluralisme en droit anglais n'oblige pas les journalistes à faire parler directement les hommes et femmes politiques ou représentants de certains courants. Elle repose sur une évaluation qualitative, par le journaliste lui-même des avis importants, et sur la façon qu'a le journaliste de présenter ces avis divergents. Cette évaluation fait finalement partie de l'honnêteté de l'information telle qu'elle est formulée en droit français. Elle s'apparente également à la vision qualitative dégagée par la « Fairness Doctrine », introduite en 1949 par la Federal Communication Commission, aux États-Unis, qui imposait aux éditeurs de fournir une couverture adéquate des sujets d'intérêt public et d'assurer que cette couverture représente équitablement les positions contraires¹⁶²⁰.

543. Après l'entrée en vigueur de la nouvelle Charte royale en 2017, le BBC Trust est supprimé, et avec lui, théoriquement, ses *guidelines*. Le nouvel agrément passé entre le secrétaire d'État et la BBC¹⁶²¹ dispose, à l'article 2 du Schedule 3, que les *editorial guidelines* sont désormais adoptées par la BBC elle-même, suivant en cela le modèle d'autorégulation qui s'appliquait déjà aux opérateurs privés en vertu de la Communication Act de 2003¹⁶²². Ces guidelines doivent incorporer les règles qui ont été adoptées par l'OFCOM, citées ci-dessus, mais rien n'empêche la BBC d'aller plus loin et d'adopter des règles plus strictes¹⁶²³. En Italie, tout comme au Royaume-Uni, c'est une conception qualitative de l'impératif de pluralisme et

¹⁶²⁰ Cette doctrine fut déclarée constitutionnelle par la Cour suprême dans la décision *Red Lion Broadcasting vs FCC* de 1969 Supreme Court of the United States of America, *Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission*, 395 U.S. 367 (1969). La liberté d'expression des éditeurs pouvant être limitée par le droit des auditeurs et téléspectateurs à recevoir une information honnête et diversifiée : « *A license permits broadcasting, but the licensee has no constitutional right to be the one who holds the license or to monopolize a radio frequency to the exclusion of his fellow citizens. There is nothing in the First Amendment which prevents the Government from requiring a licensee to share his frequency with others.... It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount* ». Elle fut révoquée par la FCC elle-même en 1987, dans une décision *Syracuse Peace Council (FCC, Syracuse Peace Council, 99.2d 1389, 1401 (1984))*.

¹⁶²¹ Agreement Between Her Majesty's Secretary of State for Culture, Media and Sport and the British Broadcasting Corporation Presented to Parliament by the Secretary of State for CMS by Command of Her Majesty, December 2016, Cm 9365

¹⁶²² V. Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

¹⁶²³ A ce jour, les *guidelines* adoptées par le Trust semblent encore en vigueur, car la BBC n'a pas encore adopté son propre code.

d'honnêteté de l'information qui est retenue (B).

B) En Italie, une conception également qualitative

544. L'article 3 de la loi Gasparri, repris par l'article 3 du texte unique dispose que : « *Les principes fondamentaux du système audiovisuel sont la garantie de la liberté et du pluralisme des moyens de communication radiotélévisée, la protection de la liberté d'expression de chaque individu, qui inclut la liberté d'opinion et celle de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans limites de frontières ; l'objectivité, la complétude et la loyauté et l'impartialité de l'information, l'ouverture aux diverses opinions et tendances politiques, sociales, culturelles et religieuses du pays* ». L'article 7 (2) de la loi Gasparri, repris par l'article 7 du texte unique dispose que la législation sur l'information radiotélévisée doit garantir : (a) « *la présentation véridique des faits et des événements, de manière à favoriser la liberté de formation des opinions, et donc en ne permettant pas la sponsorisation des informations* » et (c) « *L'accès de tous les sujets politiques aux transmissions d'information et de propagande électorale et politique en condition de parité de traitement et d'impartialité dans les formes et sous les modalités indiquées par la loi* ». À la lecture de ces deux alinéas, semble se dégager une conception large du pluralisme de l'information au sein de laquelle la présentation impartiale des événements, la représentation des partis politiques et l'honnêteté de l'information sont complémentaires. L'article 7(3) prévoit que l'autorité établit des règles supplémentaires pour rendre effective l'observation des principes visés au présent chapitre pour les programmes d'information et de propagande¹⁶²⁴.

545. C'est en réalité la loi n°28/2000 qui régleme les programmes d'information et la communication politique, en distinguant selon deux périodes distinctes : les périodes non électorales (article 1-1 de la loi) et électorales (article 1-2 de la loi). L'article 2-5 de la loi prévoit que la Commission parlementaire de Vigilance et l'AGCOM, chacune dans le cadre de leur compétence, déterminent les règles pour l'application des principes d'équité et d'impartialité

¹⁶²⁴ L'accès à la programmation, « *dans les limites et selon les modalités indiquées par la loi, en faveur notamment des partis et des groupes représentés au parlement, des organisations associatives des collectivités et des syndicats nationaux* » est également prévu à l'article 45 de la loi Gasparri qui concernent les missions du concessionnaire public.

prévus à cet article¹⁶²⁵. Dans une directive du 11 mars 2003, la Commission édicte donc les règles qui doivent s'appliquer à la RAI¹⁶²⁶. Cette directive prévoit notamment que « *Tous les programmes d'information, du journal télévisé aux programmes d'approfondissement, doivent respecter rigoureusement, en accord avec l'exactitude de l'information, la pluralité des points de vue et la nécessité du contradictoire ; aux directeurs, présentateurs et tous les journalistes qui opèrent dans l'entreprise concessionnaire du service public, il est demandé d'orienter leur activité vers le respect de l'impartialité, avec comme critère unique celui de fournir aux citoyens usagers le maximum d'informations, vérifiées et fondées, avec le maximum de clarté* »¹⁶²⁷. Cet article révèle l'approche globale de l'honnêteté de l'information et du pluralisme : encore une fois, la présentation pluraliste des points de vue, l'impartialité et la véracité des informations sont liées. Elle fait aussi référence à la nécessité, pour respecter le principe d'impartialité de ne pas mêler politique et divertissement de manière fréquente, en rappelant l'histoire du service public audiovisuel en Italie, dans laquelle les hommes et femmes politiques intervenaient dans tous les genres d'émission pour faire leur promotion. Elle demande donc aux chaînes d'éviter d'inviter des hommes et femmes politiques dans les émissions de divertissement. Quand c'est le cas, l'intervention de l'homme ou de la femme politique doit être fondée sur les nécessités du programme, et doit s'insérer dans une séquence d'information au sein même du programme de divertissement.

546. L'AGCOM a elle adopté, pour les chaînes privées, une délibération n° 22/06 intitulée « *Dispositions d'application des normes et des principes en vigueur en matière de*

¹⁶²⁵ Sur le fondement de l'article 1§3 de la loi n° 103/1975 toujours en vigueur, et de l'article 50 du Texte unique, la Commission parlementaire a toujours la compétence de déterminer l'orientation générale et l'exercice de surveillance des services publics radiotélévisés. L'article 14 du règlement intérieur de cette instance prévoit que celle-ci puisse adopter des résolutions contenant des directives pour la société concessionnaire.

¹⁶²⁶ Atto di indizito sulle garanzie del pluralismo nel servizio pubblico radiotelevisivo (testo approvato dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi nella seduta dell'11 marzo 2003). En ligne : http://www.parlamento.it/application/xmanager/projects/parlamento/file/commissione_servizi_radiotelevisivi_14leg/Attopluralismo.pdf

¹⁶²⁷ « *Tutte le trasmissioni di informazione - dai telegiornali ai programmi di approfondimento - devono rispettare rigorosamente, con la completezza dell'informazione, la pluralità dei punti di vista e la necessità del contraddittorio; ai direttori, ai conduttori, a tutti i giornalisti che operano nell'azienda concessionaria del servizio pubblico, si chiede di orientare la loro attività al rispetto dell'imparzialità, avendo come unico criterio quello di fornire ai cittadini utenti il massimo di informazioni, verificate e fondate, con il massimo di chiarezza* ».

communication politique et de parité d'accès aux moyens d'information en période non électorale»¹⁶²⁸. Fait intéressant, l'Autorité retient la recommandation de la Commission parlementaire pour l'étendre aux émetteurs privés¹⁶²⁹. Cette recommandation ne trouve en réalité que très peu de concrétisation, les opérateurs privés étant dans les faits laissés complètement libres du contenu de l'information qu'ils présentent.

547. Comme au Royaume-Uni, c'est donc une conception qualitative du principe de pluralisme qui a été adoptée, conception qualitative dans laquelle la présentation pluraliste des points de vue fait partie intégrante de l'honnêteté de l'information. Le principe de pluralisme et d'honnêteté de l'information, s'il doit être respecté par les chaînes publiques comme privées, est particulièrement surveillé sur les chaînes publiques qui y trouvent leur raison d'être. Cette conception qualitative repose majoritairement sur le jugement des journalistes des chaînes, et elle lie scrupuleusement le principe d'impartialité à celui d'honnêteté de l'information. Elle n'a pas été adoptée en France. Dans ce pays, une méthode quantitative a été adoptée pour faire respecter le pluralisme politique qui repose sur des décomptes systématiques du temps de parole des femmes et hommes politiques (C).

C) En France, des obligations quantitatives de représentation des courants politique

¹⁶²⁸ « 2. La présence de représentants politiques dans les programmes de divertissement, quand elle est fréquente et habituelle alimente la sensation que le caractère public du service consiste dans la symbiose avec la politique. Elle doit être normalement évitée et elle doit de toute façon être motivée par la compétence particulière quant aux arguments dont il est question dans ledit programme, configurant une fenêtre informative à l'intérieur du cadre du programme de divertissement, auquel s'applique donc la recommandation précédente. Ainsi sera préservée la finalité du service public ». Traduction de « *La presenza di esponenti politici nei programmi di intrattenimento, quando è frequente e abituale, alimenta la sensazione che il carattere pubblico del servizio consista nella simbiosi con la politica. Va quindi normalmente evitata, e deve – comunque - trovare motivazione nella particolare competenza e responsabilità degli invitati su argomenti trattati nel programma stesso, configurando una finestra informativa nell'ambito del programma di intrattenimento alla quale si applica dunque la raccomandazione precedente. In tal modo vengono salvaguardate le finalità del servizio pubblico* ».

¹⁶²⁹ « RITENUTO di fare propria la citata raccomandazione della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi dell'11 marzo 2003 e di estenderla alle emittenti radiotelevisive nazionali private ». Cette délibération est pourtant moins précise que la recommandation de la Commission parlementaire. Elle prévoit que « *Toutes les transmissions d'information, y compris le journal télé, les rubriques et les émissions d'approfondissement doivent respecter les principes de complétude et exactitude de l'information, l'objectivité, l'équité, la loyauté, l'impartialité, la pluralité des points de vue et la parité de traitement* » et que « *Dans les programmes d'information et d'approfondissement, l'équilibre doit être présent et doit être assuré durant le cycle de la transmission, avec, quand c'est possible, l'annonce préalable des interventions programmées* ».

548. Comme le souligne Q. Epron, la concrétisation française du principe de pluralisme est sans doute la plus artificialisée qui soit : contrairement au régime britannique qui comme nous l'avons vu laisse une grande place au jugement de la rédaction des chaînes, « *le pluralisme en France est moins un milieu naturel qu'une règle imposée* ». Elle implique une grande technicité des règles de répartition de tempos de parole audiovisuels¹⁶³⁰, mais cette technicité découle d'une conception idiosyncrasique de la formation de l'opinion publique, « *qui tente de concilier la représentation de la diversité des expressions politiques avec la formation de la volonté de la Nation* »¹⁶³¹.

549. Aux termes de l'article 3 de la loi Léotard, « *le Conseil supérieur de l'audiovisuel garantit l'honnêteté, l'indépendance et le pluralisme de l'information et des programmes qui y concourent* ». Aux termes de l'article 13 de la loi précitée, l'autorité de régulation assure « le respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des services de radiodiffusion sonore et de télévision, en particulier pour les émissions d'information politique et générale (...) »¹⁶³². De cet article découle une compétence pour le CSA de déterminer les règles concrétisant cette notion constitutionnelle de pluralisme¹⁶³³ qui s'adresse à toutes les chaînes, privées ou publiques. La règle des trois tiers, représentative de l'idiosyncrasie française entre libéralisme politique et souveraineté de la nation.

¹⁶³⁰ Q. EPRON, Op cit.

¹⁶³¹ Ibid.

¹⁶³² Loi n°64-621 du 27 juin 1964 portant statut de l'Office de radiodiffusion-télévision française, JORF, 28 juin 1964, p. 5636. La suite de l'article est : « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel communique chaque mois aux présidents de chaque assemblée et aux responsables des différents partis politiques représentés au Parlement le relevé des temps d'intervention des personnalités politiques dans les journaux et les bulletins d'information, les magazines et les autres émissions des programmes* ».

¹⁶³³ V. cependant le commentaire très pertinent de Q. Epron, Op cit : « *La situation dans laquelle le CSA se trouve contraint de définir une nouvelle règle de répartition en s'appuyant sur une loi – celle de 1986 – qui ne dit quasiment rien du pluralisme interne, n'est pas satisfaisante. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, en introduisant à l'article 34 de la Constitution, dans la définition du domaine de la loi, « la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias », incitait à l'adoption d'un texte législatif. Or ni l'Assemblée nationale, ni le Sénat n'ont cru bon de répondre à cette sollicitation du pouvoir constituant. La prudence du législateur est, certes, compréhensible ; mais il n'est pas certain que son abstention soit ici pertinente. Pour que le CSA puisse exercer à bien son rôle d'autorité de régulation, il est nécessaire que ses compétences soient délimitées par un cadre législatif qui définit avec suffisamment de précision ses missions. La régulation est utile pour assurer l'exercice impartial d'un pouvoir administratif ; elle ne saurait l'être autant si elle devait se substituer à la carence du pouvoir législatif.* »

550. Le CSA a d'abord adopté, à sa création, la règle dite des trois tiers¹⁶³⁴ qui était déjà en vigueur avant la fin du monopole. Cette règle est issue d'une directive de l'ORTF du 12 novembre 1969 qui prévoyait que « *Dans la représentation des points de vue, l'équilibre entre les représentants des pouvoirs publics, ceux qui les approuvent et ceux qui les critiquent, lorsqu'il ne sera pas obtenu en un seul jour au cours de la même émission, devra l'être sur une période raisonnablement calculée* »¹⁶³⁵. Cette directive avait été prise sur le fondement de la loi du 27 juin 1964 qui donnait au Conseil d'administration de l'ORTF la compétence de vérifier que « les principales tendances de pensée et les grands courants d'opinion peuvent s'exprimer par l'intermédiaire de l'Office »¹⁶³⁶.

551. Ce principe repose sur une appréciation quantitative et un décompte systématique des propos tenus par les responsables politiques du gouvernement, de la majorité gouvernementale et de l'opposition. Il constitua, comme on peut s'en douter à l'époque de l'ORTF une véritable avancée démocratique, puisque sous la quatrième République, la télévision avait été considérée comme des outils d'expression du pouvoir politique en place¹⁶³⁷. La règle telle qu'elle était édictée par le CSA, qui en avait hérité de la haute autorité, posait toutefois des problèmes de fond, que nous présenterons brièvement. Elle reposait d'abord sur une opposition binaire entre opposition et majorité, et laissait de côté les partis non représentés au Parlement (1). Elle laissait également de côté les interventions du Président de la République, ce qui au regard du rôle

¹⁶³⁴ La lettre du CSA, n°1, octobre 1989, p. 17 ; Après le démantèlement de l'ORTF en 1974, cette règle des trois-tiers fut reprise par les sociétés nationales de programmes qui résultèrent du démantèlement. Elle fut reprise par la Haute autorité de la Communauté audiovisuel dans son troisième rapport publié en 1985, par la Commission nationale de la communication et des libertés dans son rapport annuel de Novembre 1986 - novembre 1987 : « *Comme l'avait fait la Haute Autorité de la communication audiovisuelle, la CNCL a décidé de reconduire l'application de la règle des trois tiers qui remonte aux directives du conseil d'administration de l'ORTF du 12 novembre 1969 et qui doit se traduire par une égalité entre les temps d'intervention du Gouvernement, de la majorité et de l'opposition parlementaires. La majorité parlementaire regroupe le RPR et l'UDF. Par opposition parlementaire, il y a lieu d'entendre les partis ayant refusé la confiance au Gouvernement lors du débat de politique générale (PS-MRG-PC-FN). Les interventions du Président de la République ne sont pas prises en compte – et ne l'ont jamais été – dans la règle des trois tiers.* »

¹⁶³⁵ Directive du 12 novembre 1969 du Conseil d'administration de l'Office de Radiodiffusion Télévision Française (ORTF)

¹⁶³⁶ Loi n°64-621 du 27 juin 1964 portant statut de l'Office de radiodiffusion-télévision française, JO, 28 juin 1964, p.5636

¹⁶³⁷ E. COHEN, « L'information entre contrôle, censure et liberté. 1954-1974 », in É. COHEN et M-F LEVY, *La télévision des Trente glorieuses. Culture et politique*, CNRS éditions, 2007, pp.20-21, cité par Q. EPRON, Op cit.

politique joué par celui-ci dans notre pays était incohérent (2).

1) Les problèmes posés par la distinction stricte opposition/majorité

552. Le principe tel que pensé avant 2000 emportait une « double exclusion »¹⁶³⁸ : il exclut de ce décompte les interventions du président de la République et il ignore les formations ou les courants de pensée qui pourraient ne pas être représentés au Parlement, tels que les syndicats ou les intellectuels¹⁶³⁹. Aucune obligation n'existant pour la représentation de ceux-ci, il revient aux chaînes de décider si elles souhaitent donner la parole à ces formations. Cette conception découlait d'une vision du pluralisme lié à la souveraineté nationale : puisque le Parlement est représentant de la Nation souveraine, il est normal que seules ses composantes se voient représentées dans les médias. Cette règle a cependant dû être modifiée pour s'insérer dans une conception plus habermassienne de la formation de l'intérêt général, dans laquelle celle-ci se forgerait également à l'extérieur du Parlement, dans une sphère neutre et non dépendante du pouvoir politique¹⁶⁴⁰. La délibération de 2000 et le principe de référence introduisent l'obligation pour les chaînes de représenter les partis non présents au Parlement¹⁶⁴¹. Elle prévoit que « les éditeurs doivent veiller à assurer un temps d'intervention équitable aux personnalités appartenant à des formations politiques non représentées au Parlement ». Leur temps de parole n'est donc pas défini quantitativement et relève de l'appréciation des éditeurs, mais une présence doit être assurée.

553. Un autre problème découlant de cette règle est celui d'une conception binaire du parlement, partagé entre « majorité » et « opposition ». La délibération de 2000 prévoyait que : « sauf exception justifiée par l'actualité, le temps d'intervention des personnalités de l'opposition

¹⁶³⁸ Q. EPRON, Op cit.

¹⁶³⁹ Ibid.

¹⁶⁴⁰ J. HABERMAS propose d'ailleurs la notion de « patriotisme constitutionnel » pour dépasser le lien entre citoyenneté et républicanisme. Il crée la notion de citoyenneté démocratique selon laquelle « *le lien entre les citoyens n'est pas fondé sur l'appartenance à une communauté culturelle mais sur la pratique démocratique elle-même* », V. S.HEINE, « Patriotisme constitutionnel » in DicoPo, en ligne <http://www.dicopo.fr/spip.php?article94> ; J. HABERMAS, « The European Nation-State : its achievements and its limits. On the past and future of Sovereignty and Citizenship », Ratio Juris, 1996(2), p. 125

¹⁶⁴¹ Délibération du 8 février 2000 relative aux modalités concernant l'évaluation du respect du pluralisme politique dans les médias.

parlementaire ne peut être inférieur à la moitié du temps d'intervention cumulé des membres du gouvernement et des personnalités de la majorité parlementaire ». Or, il existe aujourd'hui des formations qui estiment ne relever ni de la majorité parlementaire ni de l'opposition, comme c'est le cas du parti de François Bayrou par exemple¹⁶⁴². Cet exemple, parmi tant d'autres, montre que les concepts de « majorité » et d' « opposition » sont relatifs et difficiles à objectiver. De plus, cela pourrait pousser les chaînes à privilégier une des formations d'opposition parmi d'autres sans être sanctionnées. En 2006, le CSA doit d'ailleurs faire face à une situation inédite : onze députés UDF, assimilés jusqu'alors à la majorité, votent une motion de censure avec l'opposition parlementaire PS contre le gouvernement UMP. Dans une décision du 13 juin 2006, l'autorité de régulation réagit en incorporant le temps de parole de ces députés à celle de l'opposition parlementaire¹⁶⁴³. Cette décision eut pour conséquence de réduire automatiquement le temps de parole des formations d'opposition de gauche au Parlement. Les critiques suscitées par ce nouveau positionnement poussèrent le CSA à revenir sur la règle des trois tiers dans une décision du 20 juin 2006¹⁶⁴⁴, en décidant de n'imputer le temps de parole des Membres de l'UDF ni à celui de la majorité, ni de l'opposition, ce qui aboutit à créer de facto une nouvelle catégorie parmi celles déjà existantes. Dans une décision du 5 septembre 2006, le CSA officialise cette nouvelle catégorie¹⁶⁴⁵. C'est toutefois l'exclusion du temps de parole du Président de la République du décompte qui posait le plus de problèmes et semblait aller à l'encontre de la conception qualitative du pluralisme telle qu'elle était envisagée (2).

¹⁶⁴² E. ALAIN, Pluralisme politique et audiovisuel : vers de nouvelles règles d'évaluation? in [juristic.net http://www.juristic.net/Pluralisme-politique-et](http://www.juristic.net/Pluralisme-politique-et), article consulté le 24/11/2016

¹⁶⁴³ Décision du 13 juin 2006, La lettre du CSA, n° 197, juillet 2006, p. 21-22 : « *Le Conseil estime que la Constitution de la Vème République lui permet d'évaluer l'appartenance d'une formation politique à la majorité ou à l'opposition parlementaires à la lumière de l'attitude adoptée par cette formation lorsque la responsabilité du gouvernement est engagée selon les procédures prévues par son article 49, alinéa 1, 2, 3. Il a ainsi considéré que le vote de la motion de censure créait une situation nouvelle justifiant que l'appartenance de certaines personnalités politiques de l'UDF à la catégorie "majorité parlementaire" de son principe de référence en matière de pluralisme soit reconsidérée.* »

¹⁶⁴⁴ La lettre du CSA, n°197, juillet 2006, p. 22

¹⁶⁴⁵ La lettre du CSA, n°199, octobre 2006, p.19

2) Les problèmes posés par le décompte de l'intervention du Président de la République

554. En ce qui concerne l'intervention du Président de la République, le CSA est amené à réaliser, en 2009, un changement censé réformer en profondeur la règle dite des trois tiers. Cette nouvelle règle remet en cause la non-incorporation du temps de parole du Président de la République. L'exclusion du temps de parole du Président de la République, à la base de la règle des trois tiers lorsqu'elle avait été édictée en 1969, était restée incontestée jusqu'alors¹⁶⁴⁶. L'article 5 de la Constitution, qui prévoit que le Président de la République est un « arbitre » permettait d'expliquer pourquoi ses interventions n'étaient pas décomptées, puisque celui-ci n'était pas censé entrer dans le jeu partisan¹⁶⁴⁷. Cette éviction du Président de la République du décompte des temps de parole était en accord avec la conception gaullienne de la fonction du Président de la République, selon laquelle le président a le pouvoir de « s'adresser » directement à la Nation¹⁶⁴⁸, mais elle ignorait l'utilisation qui avait été faite de la fonction présidentielle par les Présidents de la cinquième République¹⁶⁴⁹. Elle était indifférente au fait que même si les textes prévoyaient que le Président devait jouer un rôle d'« arbitre », dans les faits, il gouvernait¹⁶⁵⁰.

¹⁶⁴⁶ La Haute Autorité de la communication audiovisuelle l'énonce explicitement dans son 3ème Rapport, p.58 : « *Les interventions du président de la République ne sont pas prises en compte – et ne l'ont jamais été – dans la règle des trois tiers.* »

¹⁶⁴⁷ Puisque le Président doit « *assurer, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat* ».

¹⁶⁴⁸ Le petit écran étant un outil primordial pour ce faire, comme le révèlent De Gaulle dans ses mémoires : « *Mais à présent, les téléspectateurs regardent de Gaulle sur l'écran en l'entendant sur les ondes. Pour être fidèle à mon personnage, il me faut m'adresser à eux comme si c'était les yeux dans les yeux, sans papier et sans lunettes [...]* Maintes fois en ces quatre ans, les Français par millions rencontrent ainsi le Général de Gaulle... » (Charles de Gaulle, *Mémoires d'espoir*, cité par Évelyne Cohen, « *Télévision, pouvoir et citoyenneté* », in Marie-Françoise Lévy, *La télévision dans la République. Les années 50*, éditions Complexe, 1999, p.32).

¹⁶⁴⁹ V. notamment P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, PUF, 1997, p. 46

¹⁶⁵⁰ Sur la distinction entre règles de droit et pratique dans la fonction du Président de la République sous la Constitution de la cinquième V. M-A. COHENDET, *La cohabitation, leçons d'une expérience*, PUF, 1993 ; M-A. COHENDET, *Le président de la République*, Dalloz, 2002 ; B. FRANCOIS, « *Le déséquilibre présidentiel* », in *Le régime politique de la Cinquième République*, La découverte, 2011, p. 63 ; L. SPONCHIADO, *La compétence de nomination du Président de la Cinquième République*, Dalloz, 2017

555. Cette règle fut d'abord justifiée par le Conseil d'État, dans sa décision *Hoffer* du 13 mai 2005¹⁶⁵¹, intervenue dans le contexte de la campagne électorale du referendum du 29 mai 2005 sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Le Conseil d'État énonça dans cet arrêt « qu'en raison de la place qui, conformément à la tradition républicaine, est celle du chef de l'État dans l'organisation constitutionnelle des pouvoirs publics, le Président de la République ne s'exprime pas au nom d'un parti ou d'un groupement politique (...) le CSA a donc exclu à bon droit la prise en compte dans ce cadre des interventions du Président de la République ».

556. Dans un arrêt *Hollande et Mathus* du 8 avril 2009¹⁶⁵², le Conseil d'État annule la décision du CSA qui était intervenue en réponse à la saisine de F. Hollande et D. Mathus sur le décompte du temps de parole du Président en période électorale. Cette décision généralisait la règle adoptée par *Hoffer*, car « celle-ci avait le caractère général d'une décision de principe ». L'annulation intervient sur le fondement de l'erreur de droit : le Conseil d'État considère que ni la Constitution ni la loi ne prévoient d'exclusion générale de l'intervention du président de la République du décompte des temps de parole. Toutefois, le Conseil d'État va incidemment encadrer le CSA dans sa compétence en disposant que : « *les interventions du chef de l'État ne peuvent être regardées comme étrangères par principe et sans aucune distinction selon leur contenu et leur contexte au débat politique et national et par conséquent à l'appréciation de l'équilibre à rechercher entre les courants d'opinion politiques* ».

557. La délibération du 21 juillet 2009¹⁶⁵³ a marqué une rupture importante avec la doctrine établissant, de longue date, l'absence de toute prise en compte du temps de parole présidentiel. Suite aux décisions précitées, le CSA adopte un nouveau « principe de pluralisme » qui remplace le principe du référent édicté en 2000. Désormais, les prises de parole du Président de La République qui relèvent non des fonctions régaliennes de celui-ci, mais du débat politique

¹⁶⁵¹ CE, 13 mai 2005, *Hofner*, req. n°279259

¹⁶⁵² CE ass, 8 avril 2009, *MM. Hollande et Mathus*, req. n°311136, RFDA, 2009, p. 351, conclusions de Salins ; note Camby, RDP, 2009, p. 1705 ; note Lieber et Botteghi, « Quand le président de la République parle, ça compte », AJDA, 2009, p. 1096

¹⁶⁵³ CSA, Délibération n°2009-60 du 21 juillet 2009 relative au principe de pluralisme politique dans les services de radio et de télévision (disponible sur le site internet du CSA).

nationale doivent être prises en compte comme faisant partie du bloc « majorité »¹⁶⁵⁴. Le nouveau principe de pluralisme prévoit en effet que « Le temps d'intervention des personnalités appartenant à l'opposition parlementaire ne peut être inférieur à la moitié du temps d'intervention résultant du cumul, d'une part, des interventions du Président de la République [relevant du débat politique national] et, d'autre part, des interventions des membres du Gouvernement, des personnalités appartenant à la majorité parlementaire et des collaborateurs du Président de la République ».

558. Malgré les réformes apportées par le CSA pour répondre aux plus importants déséquilibres nés de la règle des trois tiers, cette conception quantitative du pluralisme de l'information pose question, pour deux raisons essentielles. Elle laisse d'abord penser que seuls les femmes et hommes politiques seraient susceptibles de permettre la formation de la volonté générale¹⁶⁵⁵. Selon cette conception, assez datée¹⁶⁵⁶, une trop grande liberté donnée à l'opinion publique remettrait en cause les fondements du régime représentatif dans lequel seuls les organes constitutionnels peuvent « vouloir pour la Nation »¹⁶⁵⁷. La crise contemporaine de la démocratie représentative, ainsi que l'avènement de la théorie de l'espace public d'Habermas permettent de souligner les limites actuelles de cette conception, puisque bien d'autres acteurs que les hommes et femmes politiques participent aujourd'hui au débat d'idées et à la formation de l'opinion publique. Le fait que le pluralisme politique ne soit concrétisé en droit français qu'à travers la règle des trois tiers laisse une grande marge de manoeuvre aux chaînes pour inviter des acteurs n'appartenant pas à un parti politique, mais formulant des analyses partisans, sans que celles-ci soient prises en compte comme tel.

¹⁶⁵⁴ « Les éditeurs prennent en compte celles des interventions du Président de la République qui, en raison de leur contenu ou de leur contexte, relèvent du débat politique national, au sens de la décision du Conseil d'État du 8 avril 2009 ».

¹⁶⁵⁵ Cette idée se retrouve à l'article 4 de la Constitution sur le rôle des partis politiques pour la vie démocratique de la Nation. Voir P. AVRIL « L'article 4 : explication d'un paradoxe », in D. MAUS, L. FAVOREU, J-L. PARODI (ed), *L'écriture de la Constitution*, Economica – PUAM, 1993, p.718, cité par Q. EPRON, Op cit.

¹⁶⁵⁶ Q. EPRON explique bien que cette règle de comptage découle d'une réserve à l'égard de ce que Carré de Malberg nomme « un gouvernement d'opinion » qui est une cause d'altération du régime représentatif. Voir R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. II, Sirey, 1922, réédit. Dalloz, 2004, §397, p. 371-373

¹⁶⁵⁷ R. CAPITANT, « Carré de Malberg et le régime parlementaire », in *Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg (Strasbourg, 1961)*, Dalloz, 1966, p. 134-135, cité par Q. EPRON, Op cit.

559. L'autre problème d'importance, qu'il nous est permis de souligner grâce à la comparaison avec les modèles anglais et italien, est que cette règle laisse de côté les propos tenus par les journalistes eux-mêmes. En faisant reposer le principe de pluralisme sur un simple décompte des temps de parole des seuls hommes et femmes politiques, elle permet aux journalistes de surreprésenter, dans leurs discours, certains courants, sans que cela soit considéré en droit comme violant la règle des trois tiers, et donc le principe de pluralisme. Enfin, contrairement aux modèles anglais et italien, les principes d'honnêteté de l'information et de pluralisme sont considérés comme deux principes distincts. Le pluralisme est concrétisé presque uniquement à travers la règle des trois tiers, tandis que l'honnêteté de l'information se voit donner, dans le cahier des charges de France Télévisions, une définition assez restrictive¹⁶⁵⁸ : celle-ci se focalise sur les modalités techniques auxquelles pourraient avoir recours les journalistes pour instrumentaliser les images et les sons présentés, mais elle laisse de côté le propos même des journalistes ainsi que les éventuels partis-pris de ceux-ci.

Conclusion §1 :

560. La comparaison du système anglais, italien et français nous montre à quel point la conception quantitative du pluralisme pose problème en France. D'abord, parce que la règle des trois tiers, telle qu'elle a été réformée par le Conseil d'État ne permet pas de donner à tous, de droit, un accès au média télévisé, les journalistes décidant souverainement à quel membre de l'opposition donner la parole. L'opposition systématique entre « majorité » et « opposition » n'a d'ailleurs aujourd'hui plus qu'un sens limité, l'opposition étant composée de membres très hétéroclites.

561. L'autre problème tient à la concrétisation de notre équivalent fonctionnel de l'honnêteté et du pluralisme de l'information en France. Dans le système italien et anglais, le principe

¹⁶⁵⁸ Article 35§4, 5 et 6 du cahier des charges : « Dans les émissions d'information, la société s'interdit de recourir à des procédés technologiques permettant de modifier le sens et le contenu des images. Dans les autres émissions, le public est averti de l'usage de ces procédés lorsque leur utilisation peut prêter à confusion. La société fait preuve de rigueur dans la présentation et le traitement de l'information. Elle vérifie le bien-fondé et les sources de l'information. L'information incertaine est présentée au conditionnel. Elle veille à l'adéquation entre le contexte dans lequel des images ont été recueillies et le sujet qu'elles viennent illustrer. Toute utilisation d'images d'archives est annoncée par une incrustation à l'écran, éventuellement répétée. Si nécessaire, mention est faite de l'origine des images ».

législatif d'honnêteté et de pluralisme de l'information est concrétisé par des textes infralégislatifs qui lient de manière systématique le pluralisme politique, c'est-à-dire le fait de donner la parole à tous les représentants politiques, l'impartialité des journalistes et l'honnêteté de l'information. La présentation des différentes tendances d'opinion est considérée comme une condition nécessaire, mais pas suffisante, pour mettre en oeuvre correctement cet équivalent fonctionnel. Pour que celui-ci soit effectif, il est nécessaire que les journalistes présentent ces informations de manière impartiale, c'est-à-dire que ceux-ci *ne prennent pas parti* quand bien même ils donneraient la parole à diverses tendances d'opinion. Cette impartialité est également considérée comme profondément liée à l'honnêteté de l'information.

562. Au contraire, en France, notre équivalent fonctionnel d'honnêteté et du pluralisme de l'information est concrétisé, dans les textes infralégislatifs, par une séparation entre les principes d'honnêteté de l'information et celui de pluralisme. Le pluralisme n'est presque concrétisé qu'à travers la règle des trois tiers, règle qui ignore la représentation des courants de pensée qui ne sont pas représentés au Parlement, ni la parole des journalistes. L'honnêteté de l'information est définie, quant à elle, dans le cahier des charges de France Télévisions, presque uniquement par des éléments techniques. Cette séparation entre pluralisme et honnêteté a pour conséquence de laisser de côté l'impératif d'impartialité des journalistes, qui n'est pas définie et ne semble être rattachée ni à l'un ni à l'autre des principes.

563. Cette conception quantitative pose d'autant plus problème que le pluralisme de l'information s'insère dans une théorie de la démocratie reposant sur la rationalité du téléspectateur-citoyen. Dans la théorie d'Habermas, le processus de délibération, au sein duquel sont présentés les différents courants de pensée, est la base de la souveraineté, il est ce qui justifie l'adoption et légitime la décision¹⁶⁵⁹. Le principe d'honnêteté et de pluralisme de l'information fut donc une idée précurseur en droit de la communication audiovisuelle, et elle demeure le principe fondamental guidant la représentation des informations, de l'actualité¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁹ V. par exemple J. HABERMAS, « La souveraineté populaire comme procédure », in C. GIRARD et A. LE GOFF, *La démocratie délibérative, anthologie de textes fondamentaux*, Herman, 2010, p. 163

¹⁶⁶⁰ J. BARATA i MIR, « Capitulo II, La formación de la opinión pública libre en el Estado Postmoderno », in *Democracia y audiovisual, Fundamentos normativos para una reforma del sistema español*, Marcial Pons, 2006

Toutefois, aujourd'hui, nombreux sont les auteurs à critiquer cette vision pour sa trop grande simplicité. Cette conception habermassienne implique que les individus soient conscients de leur propre raisonnement. Elle implique que leurs valeurs et leurs buts soient construits rationnellement et que les agents soient désireux de changer leurs préférences ou leurs choix si on leur présente une option rationnellement plus valable. D. Hook et B. Rienstra considèrent qu'Habermas en attend trop des individus présents dans ce processus de délibération. Les individus seraient selon eux, contrôlés par leurs émotions et par des désirs qui ne correspondent pas au modèle de rationalité tel que décrit par Habermas¹⁶⁶¹. Il est donc nécessaire de faire appel à des critères autres que la pure rationalité pour un dialogue effectif et efficient. Les textes de lois reprennent cette conception en mettant désormais en avant la représentation de la diversité culturelle pour faire de l'espace public un espace d'échanges entre individus dont la différence est reconnue et considérée, quand elle est médiatisée, comme un facteur permettant d'améliorer le processus de décision¹⁶⁶² (§2).

§2 La représentation de la diversité culturelle

564. Deux problèmes fondamentaux peuvent être dégagés de la théorie de la démocratie délibérative telle qu'elle a été conceptualisée par Habermas, et d'autres auteurs. C. Mouffe reproche à la théorie habermassienne d'éliminer, à travers la notion de rationalité et de consensus, la notion de pouvoir qui existe dans toute organisation sociale¹⁶⁶³. Puisque dans la théorie habermassienne, la légitimité repose sur la rationalité et le consensus et non sur les intérêts privés, l'auteur effacerait toute trace de liens entre pouvoir et légitimité¹⁶⁶⁴. Si l'on va plus loin dans ce raisonnement, on peut en déduire qu'en ignorant la notion de pouvoir qui est au

¹⁶⁶¹ B. RIENSTRA, D. HOOK, « Weakening Habermas : the undoing of communicative rationality », *Politikon : South African journal of political studies*, 33(3) p. 313, V. aussi F. LORDON, *Les affects de la politique*, Seuil, Paris.

¹⁶⁶² V. notamment J. BOHNAM, « Raison publique et pluralisme culturel. Le libéralisme et la question du conflit moral », in C. GIRARD et A. LE GOFF, *La démocratie délibérative, anthologie de textes fondamentaux*, Op cit, p. 247 et I. M. YOUNG, « Communication et altérité. Au-delà de la démocratie délibérative », in C. GIRARD et A. LE GOFF, Op cit, p. 297

¹⁶⁶³ C. MOUFFE, « Deliberative democracy or agonistic pluralism? », *Social Research*, 1999(3), p. 37

¹⁶⁶⁴ V. aussi en ce sens I. M. YOUNG, « Communication et altérité. Au-delà de la démocratie délibérative », Op cit, p. 304 : « *Les théoriciens de la délibération tendent à supposer que la mise entre parenthèses des rapports de pouvoir politiques et économiques est suffisant pour rendre les participants égaux* ».

centre des relations sociales, le modèle de la démocratie délibérative permet de légitimer le pouvoir hégémonique d'un groupe qui serait considéré comme « légitime » aux termes d'un processus de délibération prétendument rationnel, mais qui comporterait en réalité par essence un biais axiologique¹⁶⁶⁵.

565. L'autre problème concerne la notion de « consensus ». En se fondant sur Wittgenstein et Lacan, C. Mouffe met en exergue l'impossibilité non seulement empirique, mais surtout ontologique d'une mise en oeuvre de la « délibération » au sens habermassien du terme, car « *les questions proprement politiques impliquent toujours des décisions qui exigent de faire un choix entre des alternatives qui sont indécidables d'un point de vue strictement rationnel* »¹⁶⁶⁶. E. Forcella mentionnait déjà cette idée en 1977, en écrivant que le pluralisme « *ne doit pas être considéré comme instrument d'organisation du consensus (c'est-à-dire de manière manipulatrice par la force politique dominante qui contrôle les règles du jeu) [...] Le pluralisme doit au contraire être conçu comme capacité de refléter les processus réels, les contradictions et les évolutions en cours dans le Pays ; comme capacité de donner la parole aux participants de ces processus et de les appeler à s'exprimer d'eux-mêmes* »¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁵ Dans le même sens V. I. M. YOUNG, « Communication et altérité. Au-delà de la démocratie délibérative », Op cit, p. 297 : « *En réduisant de façon restrictive la discussion démocratique à l'argumentation critique, la plupart des théoriciens de la délibération présupposent une conception de la discussion qui est culturellement biaisé et tend à dévaloriser certaines personnes et certains groupes et à leur imposer silence* ». Plus loin l'auteure développe son propos (p. 307) : « *La prise de parole qui se fait sur le mode de l'affirmation et de la confrontation est ici plus valorisée que celle qui s'accomplit sur le mode de l'essai, de l'exploration et de la conciliation. Dans la plupart des cas, cela privilégie la façon masculine plus que la façon féminine de prendre la parole. Une littérature en voie de développement vise à prouver que les filles et femmes parlent moins que les garçons et les hommes dans les situations de prise de parole valorisant l'assurance et la compétition des arguments. Quand les femmes interviennent dans ces situations elles tendent en outre à donner des informations et à poser des questions plutôt qu'à initier des controverses. Dans beaucoup de situations formelles, les individus les mieux éduqués, blancs et appartenant à la classe moyenne agissent souvent en outre comme s'ils avaient le droit de parler et comme si leurs paroles faisaient autorité, tandis que ceux des autres groupes se sentent souvent intimidés par les pré-requis de l'argumentation, les formes et règles des procédures parlementaires, de sorte qu'ils ne parlent pas ou parlent seulement d'une manière que ceux qui sont au pouvoir trouvent "intempestive". Les normes de la prise de parole autoritaire, de la combativité et celles qui impliquent de s'exprimer selon les règles de la confrontation (ou de la dispute?) contribuent fortement à imposer le silence ou à évaluer le discours dans beaucoup de situations effectives de prise de parole mettant au prise des groupes socialement et culturellement différenciés* ».

¹⁶⁶⁶ C. MOUFFE, « Politique et agonisme », Rue Descartes 2010/1, p. 18 , spéc p. 19

¹⁶⁶⁷ E. FORCELLA, « Il potere, l'informazione et la cultura », Problemi dell'informazione, Gennaio-marzo 1977, p. 7-8

566. Pour C. Mouffe, comme pour d'autres auteurs¹⁶⁶⁸, certains points de vue opposés ne peuvent être réconciliés, car ils reposent sur des intérêts distincts en fonction des origines ethniques, sociales, religieuses, culturelles. La question qu'elle se pose est donc celle d'envisager des formes de pouvoir qui soient compatibles avec la démocratie, et qui ne mènent pas à l'hégémonie d'un groupe sur les autres. Sa théorie de la démocratie se résume finalement à défendre « *le maximum de pluralisme, avec pour but de respecter les droits de groupes les plus larges possible, sans détruire l'armature de la communauté politique telle qu'elle est constituée par les institutions et les pratiques qui caractérisent les démocraties modernes et permettent d'identifier notre identité en tant que citoyens* »¹⁶⁶⁹. Un autre point découle de la théorie de C. Mouffe : les identités multiples, ou pluralistes ne sont pas prédéfinies ou préconstituées. C'est le rôle de la démocratie que de les rendre publiques, de les laisser s'affronter, pour leur permettre de se constituer. Dans cette théorie, la télévision a un rôle à jouer, en « *fournissant un forum dans lequel les identités multiples pourraient émerger et négocier leur antagonisme* »¹⁶⁷⁰. L'espace est toujours public, mais il doit être entendu au-delà de la conception habermassienne du terme pour s'étendre à la dimension culturelle de la citoyenneté.

567. P. Scannell souligne qu'historiquement, le rôle démocratique de la BBC a tenu plus à la représentation de la culture que de la politique, le but étant à l'époque de créer une culture commune qui pouvait être partagée par des individus et des communautés de différentes origines. Selon lui, l'espace public doit aujourd'hui permettre la médiation des identités collectives comme individuelles¹⁶⁷¹. L'espace public que créent les médias ne doit pas être conçu seulement comme une sphère informationnelle, mais aussi comme une sphère culturelle qui permet la construction des identités, individuelles ou communes¹⁶⁷². Dans un contexte de démocratie et

¹⁶⁶⁸ V. notamment J. BOHNAM, « Raison publique et pluralisme culturel. Le libéralisme politique et la question du conflit moral », Op cit.

¹⁶⁶⁹ C. MOUFFE, « Democratic politics today » in C. MOUFFE (ed), *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community*, Verso, 1992, p. 3

¹⁶⁷⁰ J. ELLIS, « Public service broadcasting: beyond consensus », European film and Television Studies Conference, 1994

¹⁶⁷¹ P. SCANNELL, « Britain: public service broadcasting, from national culture to multiculturalism » in M. RABOY, *Public Broadcasting for the Twenty-First Century*, John Libbey, 1996, p. 9

¹⁶⁷² J. ALEXANDER et R. JACOBS, « Mass communication, ritual and civil society » in T. LIEBES and J. CURRAN (ed), *Media, Ritual and Identity*, Routledge, 1998, p. 23

citoyenneté pluraliste, continue-t-il, « *l'audiovisuel a maintenant un rôle majeur à jouer pour réimaginer la nation : non pas en cherchant à réimposer une unité et une homogénéité qui a depuis longtemps disparu, mais en devenant (...) le théâtre, dans lequel la diversité culturelle britannique est produite, exposée et présentée. Cela reste le rôle culturel clé de l'audiovisuel, un rôle qui ne peut être soutenu à moins qu'il existe une idée de service public et un système modelé par des objectifs de service public pour le soutenir* »¹⁶⁷³. Cette vision a été intégrée, de manière variable, à la législation des États étudiés.

568. Des sociologues anglais utilisent d'ailleurs le critère de « *la représentation et des préoccupations des minorités ethniques dans le mandat donné aux télévisions de service public* » dans leur construction de la typologie du multiculturalisme selon les États¹⁶⁷⁴. Selon A. Rattansi, s'il n'est pas possible de parler de « différents modèles » de multiculturalisme, il est possible d'affirmer que la réception et la trajectoire du multiculturalisme ont varié selon les États, et ce pour de nombreuses raisons¹⁶⁷⁵. Cela se retrouve dans la conception adoptée par les États de la représentation du pluralisme culturelle. Ainsi, la Grande-Bretagne fait une large part à la représentation des communautés à la télévision (A), tandis que la France préfère parler de diversité (B). En Italie, le concept de pluralisme culturel est encore très peu développé (C).

A) En Grande-Bretagne, la nécessité d'une représentation des diverses communautés

569. Cette obligation de représenter la diversité à la télévision se retrouve également dans la Charte de la BBC dans sa version de 2009 et de 2016 et dans l'agrément avec le secrétaire d'État. L'article 4 de la charte prévoit que l'un des buts d'intérêt public de la chaîne est de « *refléter, représenter et servir les diverses communautés présentes à travers les régions et les*

¹⁶⁷³ P. SCANNELL, « Britain: public service broadcasting, from national culture to multiculturalism », Op cit.

¹⁶⁷⁴ W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship : A liberal theory of Minority Rights*, OUP, 2005 ; Dans cette perspective, le multi-culturalisme est entendu comme un pays « ayant adopté des politiques multiculturelles », c'est-à-dire des politiques qui « *reconnaissent et promeuvent le pluralisme culturel (...) la variété culturelle, par exemple les langages minoritaires. En même temps, (ces politiques) se concentrent sur la relation inégale entre les minorités et la culture dominante* » (*Dictionary of Sociology*, Harper Collins cité par A. RATTANSI, *Multiculturalism : A very Short Introduction*, OUP, 2010, p. 11)

¹⁶⁷⁵ A. RATTANSI, Op cit, p. 11

nations du Royaume-Uni ». Dans le protocole établi par le Trust en mars 2013 qui établissait les « objectifs » pour chaque but d'intérêt public¹⁶⁷⁶, le BBC Trust fait un travail intéressant de définition de la représentation culturelle du Royaume-Uni, notamment dans le « Public purpose » intitulé : *Représenter la Grande-Bretagne*. La conception du pluralisme culturel contenue dans ces objectifs renvoie à une dialectique permanente entre la représentation de la différence, la construction des identités particulières, le dialogue entre les différentes cultures, mais aussi l'inclusion de ces différentes cultures à l'intérieur d'un tout¹⁶⁷⁷.

570. Suite à la suppression du BBC Trust et des *purpose remits*, le *public purpose* consacré à la représentation des diverses communautés fut précisé à l'intérieur même de la Charte. Il dispose que « *La BBC doit représenter la diversité du Royaume-Uni à la fois dans ses productions et dans ses services. Ce faisant, la BBC doit représenter et présenter, de manière authentique et correcte, la vie des individus appartenant au Royaume-Uni aujourd'hui, en faisant prendre conscience à l'opinion publique des différentes cultures et des points de vue alternatifs qui constituent la société. Il doit assurer que les productions et les services satisfont aux besoins des nations, régions et communautés du Royaume-Uni. La BBC doit rassembler les individus pour des expériences partagées et contribuer ainsi à la cohésion sociale et au bien-être au Royaume-Uni. En commandant et en fournissant les productions, la BBC doit investir dans les économies de création de chacune des Nations et contribuer ainsi à leur développement* ».

Les deux premières phrases renvoient à la représentation des communautés à l'intérieur du Royaume-Uni, et consacrent donc la vision d'une société multiculturelle. Elles reconnaissent que l'appartenance à une communauté, quelle qu'elle soit, entraîne des intérêts communs, intérêts qui peuvent avoir des conséquences politiques sur le choix des membres de ces communautés¹⁶⁷⁸. Il

¹⁶⁷⁶ V. supra, Titre 3, Chapitre 1, Section 2.

¹⁶⁷⁷ Cette conception renvoie au principe de citoyenneté si bien décrit par T. PROSSER et G. BORN, Op cit, p. 673 : « *Commonality or consensus and plurality, in other words, must be understood dialectically in terms both of the display of difference, and of the dialogue between different perspectives that may or may not achieve consensus* »

¹⁶⁷⁸ L'article 4.4.1 des *editorial guidelines* concernant le principe de *due impartiality* dispose également que « *L'éventail et la diversité des opinions pourrait exiger non seulement un éventail politique et culturel, mais de temps en temps, le reflet de la différence entre urbain et ruraux, les plus jeunes et les plus vieux, les plus pauvres et les plus riches, l'innovation et le statu quo. Cela devrait impliquer l'exploration des perspectives dans différentes communautés, des groupes d'intérêt et des aires géographiques.* »

est alors important que celles-ci puissent s'exprimer librement¹⁶⁷⁹ pour présenter leurs conditions de vie et leurs opinions.

571. Cette conception a été conceptualisée par de nombreux sociologues. J. Tully considère par exemple que les groupes désavantagés doivent pouvoir « plaider leur cause » et s'exprimer d'eux-mêmes à la télévision pour qu'un dialogue effectif avec les autres minorités intervienne. Cette pratique d'autoreprésentation¹⁶⁸⁰ et d'auto-expression des minorités ou des groupes désavantagés permet ainsi un dialogue intersubjectif effectif¹⁶⁸¹. Assimilée à la « *pratique de tolérance* »¹⁶⁸² ou à la « *politique de la reconnaissance* »¹⁶⁸³, elle doit avoir un impact sur le dialogue au sein de la société. A. Philipps va plus loin avec sa théorie intitulée « Politics of presence » qui s'oppose, ou complète ce qu'elle intitule « Politics of ideas ». Dans sa théorie de la démocratie, A. Philipps considère que le débat d'idées n'est pas suffisant à faire une place aux minorités diverses, notamment les plus marginalisées. Il est nécessaire de leur faire une place à l'intérieur même du processus de décision¹⁶⁸⁴, et donc à l'échelle de la BBC, aux producteurs et aux programmeurs des chaînes. La dernière phrase de ce public purpose présente une conception à mi-chemin : en prévoyant que la BBC doive investir dans l'économie de création de chacune des Nations, elle n'impose pas que le processus de sélection soit décentralisé, mais que la production le soit.

572. La troisième phrase renvoie aux besoins spécifiques de chaque communauté. Les productions destinées à des communautés spécifiques doivent aider à la formation de cette

¹⁶⁷⁹ Cette conception était encore plus poussée dans les public purposes établies par le BBC Trust qui insistait sur le dialogue entre les différentes communautés en prévoyant que « *la BBC doit fournir des productions (...) qui donnent une image fidèle des communautés qui forment la Grande-Bretagne. Elle alimente notre compréhension et stimule la discussion concernant leur préoccupation* ».

¹⁶⁸⁰ Traduction littérale du terme anglais de « self-représentation ».

¹⁶⁸¹ G. TULLY, *Strange Multiplicity : Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge University Press, 1995, p. 5, 10 et 205.

¹⁶⁸² O. O'NEILL, « Practices of toleration » in J. LICHTENBERG (ed) *Democracy and the Mass Media*, Cambridge University Press, 1990, p. 173 et 167 cité par G. BORN, « Digitizing Democracy », *Political Quarterly*, 2005, 76, p. 102

¹⁶⁸³ C. TAYLOR, *Multiculturalism and the politics of recognition*, Princeton University Press, 1994

¹⁶⁸⁴ A. PHILIPPS, « Dealing with difference: a politics of ideas, or a politics of presence? », in S. BENHABIB, *Democracy and Difference, Contesting the boundaries of the political*, Princeton University Press, 1996, p. 141

identité. La BBC ne doit pas rester à l'extérieur de ces communautés, mais tout comme elle arbitre le débat politique national, elle doit aider à la médiatisation du débat à l'intérieur de ces communautés. Ceci était encore plus présent dans les objectifs établis par le Trust qui notait que « *La BBC doit prévoir des forums à l'intérieur desquels ces communautés peuvent débattre entre elles* ». Cette perspective découle de la transformation de la citoyenneté décrite par certains politistes¹⁶⁸⁵, vers une conception moins universelle ou inclusive, faisant au contraire la place aux identités individuelles ou communautaires.

573. La construction d'une identité commune n'est toutefois pas absente de ce texte puisque le troisième paragraphe prévoit que « *La BBC doit transmettre des programmes spécifiques qui rassemblent un éventail très large de personnes, par exemple de grands événements étatiques, des événements sportifs nationaux d'importance, et des divertissements de haute qualité* ». En plus de son rôle de médiateur entre les différentes cultures, la BBC doit donc continuer à offrir des programmes qui favorisent l'inclusion et les similitudes¹⁶⁸⁶. Ces événements peuvent prendre la forme de rituels de solidarité sociale et d'unité nationale¹⁶⁸⁷, incluant des divertissements populaires sur les chaînes gratuites nationales.

574. La vision adoptée par la BBC Trust et reprise par la charte royale semble en accord avec le multiculturalisme telle qu'il est défini par D. Lassale : « *le concept [du multiculturalisme] s'appuie sur trois notions fondamentales : la diversité culturelle est une bonne chose et la cohésion nationale ne nécessite pas l'adhésion de tous à la culture dominante ; toutes les cultures sont égales en dignité, ce qui implique que toute minorité est fondée à ne pas se laisser submerger par la culture majoritaire : en renonçant, par exemple, à l'expression publique de sa langue et de ses coutumes ; conserver et préserver sa culture est un droit de l'individu au même titre que sa liberté d'opinion. Cependant, les approches sont tellement diversifiées qu'on utilise*

¹⁶⁸⁵ S. COLEMAN, « The transformation of citizenship », In B. AXFORD and R. HUGGINS (eds) *New Media and Politics*, Sage, 2001, p. 109

¹⁶⁸⁶ G. BORN, T. PROSSER, Op cit, p. 163

¹⁶⁸⁷ Pour une analyse des rituels à la télévision V. D. DAYAN and E. KATZ, *Media Events*, Harvard University Press, 1992

*maintenant l'expression au pluriel : « les multiculturalismes »*¹⁶⁸⁸. Cependant, d'autres auteurs ont mis en exergue, à juste titre, le risque de réduire le multiculturalisme à de l'essentialisme, en postulant que l'appartenance à une communauté entraîne forcément des traits communs bien délimités¹⁶⁸⁹, réduisant ainsi un individu à son appartenance à la communauté. Par ailleurs, la signification même du terme de « communauté » est particulièrement nébuleuse, et il n'est pas aisé de savoir à quel moment un groupe social forme une communauté¹⁶⁹⁰. En France, le rejet du « communautarisme » ne permet pas une conception aussi poussée du multiculturalisme. Il est en effet très peu concevable, dans notre conception républicaine, d'envisager que la télévision publique s'adresse, de manière fragmentée à différentes communautés¹⁶⁹¹. C'est pourquoi le terme employé est celui de « diversité » (B).

B) En France, la représentation de la diversité

575. Bien que quasiment absente de la jurisprudence constitutionnelle française, cette autre dimension du pluralisme a été introduite dans la législation par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances. Cette loi insère une nouvelle mission à l'article 3-1 de la loi Létotard de 1986 : « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel contribue aux actions en faveur de la cohésion sociale et à la lutte contre les discriminations dans le domaine de la communication audiovisuelle. Il veille, notamment, auprès des éditeurs de services de radio et de télévision, compte tenu de la nature de leurs programmes, à ce que la programmation reflète la diversité de la société française. Il rend compte dans son rapport annuel de l'action des éditeurs de services dans ce domaine.* » La loi est plus précise pour les opérateurs publics. L'article 43-11 issu de la loi n° 2000-719 du 1er août 2000 dispose que « *Elles [les sociétés nationales de programmes] favorisent le débat démocratique, les échanges entre les différentes parties de la population ainsi*

¹⁶⁸⁸ D. LASSALLE, *L'intégration au Royaume-Uni. Réussites et limites du multiculturalisme*, Éditions Ophrys, 2009, p. 98

¹⁶⁸⁹ A. RATTANSI, *Multiculturalism : A very short Introduction*, Op cit, p. 27

¹⁶⁹⁰ Ibid, p. 97-98

¹⁶⁹¹ Pour une explication sur les différents acceptions de la citoyenneté et du multi-culturalisme en fonction des Etats, et notamment sur la distinction France-Royaume-Uni, V. D. SCHNAPPER, *Qu'est ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, 2000

que l'insertion sociale et la citoyenneté. »¹⁶⁹² La loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 dite pour l'égalité des chances insère deux nouvelles phrases dans cet article : « *Elles mettent en oeuvre des actions en faveur de la cohésion sociale, de la diversité culturelle et de la lutte contre les discriminations et proposent une programmation reflétant la diversité de la société française. (...) Elles assurent la promotion de la langue française et mettent en valeur le patrimoine culturel et linguistique dans sa diversité régionale et locale* »¹⁶⁹³.

576. En réponse à cette nouvelle disposition législative, et sous l'impulsion de son nouveau conseiller chargé de la diversité, Rachid Arhab, le CSA crée en 2007 l'Observatoire de la diversité « *afin de suivre les actions mises en oeuvre par les chaînes de télévision et les radios en faveur de la promotion de la diversité de la société française et pour lutter contre les discriminations* ». Cet observatoire de la diversité lance une nouvelle étude sur la représentation de la diversité à la télévision, confiée au sociologue Éric Macé¹⁶⁹⁴. La loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 renforce les compétences du Conseil en la matière en prévoyant que « *Il rend compte chaque année au Parlement des actions des éditeurs de services de télévision en matière de programmation reflétant la diversité de la société française et propose les mesures adaptées pour améliorer l'effectivité de cette diversité dans tous les genres de programmes* ». Le Conseil a adopté, le 10 novembre 2009, une délibération fixant le cadre des engagements annuels des diffuseurs, en vertu de laquelle l'éditeur s'engage, au regard des caractéristiques de sa programmation, à améliorer significativement la représentation de la diversité de la société française sur son antenne. Aux termes de l'article A du I de cette délibération, « *La diversité de la société française s'entend dans son acception la plus large. Elle concerne notamment les*

¹⁶⁹² Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi (N°s 1187-1541) modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, PAR M. Didier Mathus, p 93, « *En ce qui concerne les radiodiffuseurs publics, cette obligation prend une dimension particulière puisque le deuxième alinéa précise que ces sociétés « favorisent les échanges entre les différentes parties de la population ainsi que l'insertion sociale.* » *Il s'agit donc d'aller plus loin que la simple liberté d'expression des courants de pensée et d'opinion en contribuant à l'enrichissement du débat social et à la lutte contre tous les types d'exclusion.* »

¹⁶⁹³ A noter que c'est un gouvernement de droite, le gouvernement de Dominique de Villepin qui fait adopter ces nouvelles dispositions, ce qui laisse penser qu'un consensus est enfin intervenu en ce qui concerne les missions du secteur public de l'audiovisuel.

¹⁶⁹⁴ E. MACE, *Perception de la diversité dans les programmes de la télévision française*, rapport au CSA, Paris, 2008.

*catégories socioprofessionnelles, le sexe, l'origine et le handicap. L'éditeur propose au conseil, chaque année, en fonction des spécificités de sa programmation et des insuffisances relevées par les baromètres de la diversité à la télévision, des engagements qui peuvent être concertés avec d'autres éditeurs sur les points suivants »*¹⁶⁹⁵.

577. Le choix de la notion de diversité est intéressant, car elle s'oppose à la notion de communauté telle qu'elle est présentée dans la charte royale au Royaume-Uni. Il s'agit en effet de la diversité *de* la société française, et non à *l'intérieur de celle-ci*, contrairement au terme employé par la charte royale et le BBC Trust. Pour J. Laffont, auteure d'une thèse sur la représentation de la diversité à la télévision, « *la notion de diversité correspondant a priori parfaitement à l'idée d'une nation, d'une **société unique et indivisible** dans laquelle chaque citoyen possède ses propres caractéristiques, qu'elles soient d'ordre culturel, cultuel, de préférence sexuelle, de genre, social, physique, politique, professionnel ou géographique (issus de la même région, de la même ville, village ou quartier), etc.* »¹⁶⁹⁶. Elle est donc entendue « *dans son acception la plus large* » et permet, plus que celle de communauté, de renvoyer à des caractéristiques diverses telles que la préférence sexuelle, l'origine sociale, en plus de l'origine ethnique. Le terme de communauté n'est, bien sûr, pas utilisé par le CSA.

578. Cette conception diffère aussi de la conception présentée par le Trust pour la BBC puisqu'elle ne comporte aucune référence au critère d'autoreprésentation. Contrairement aux textes législatifs anglais, rien n'est précisé sur la nécessité d'une représentation des préoccupations particulières des personnes issues de la diversité. J. Laffont considère ainsi que « *L'apparition de héros noirs, arabes ou asiatiques (ou dans un autre ordre d'idée, féminins ou*

¹⁶⁹⁵ Aux termes du 1) de cette partie, « (...) l'éditeur fait en sorte que pour les fictions commandées, une proportion significative des rôles soit interprété perçus comme contribuant à la représentation de la diversité de la société française, dans le respect des contextes historiques et littéraires ». Aux termes du 20 intitulé « A l'antenne », il est prévu que « *compte tenu de la nature de sa programmation, l'éditeur s'engage à ce que la diversité de la société française soit représentée dans tous les genres de programmes mis à l'antenne. Il apporte une attention particulière à trois types de programmes : l'actualité française dans les journaux télévisés, les divertissements et les fictions inédites françaises. Il s'engage à faire progresser la représentation de la diversité sur ces trois types de programmes* ».

¹⁶⁹⁶ J. LAFFONT. *Représentations de la diversité dans les séries télévisées : analyse comparative France – Grande-Bretagne*. Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur, Sciences de l'information et de la communication. Université Michel de Montaigne - Bordeaux III, 2016, p. 133

homosexuels) n'aura très longtemps pour objectif que de répondre à des politiques d'incitation à la diversité ou au « politiquement correct ». Très longtemps la télévision montrera des difficultés à traiter des problèmes spécifiques à ces Français que l'on catalogue toujours comme avant tout « issus de l'immigration » sans parler de leur véritable vécu quotidien. Cette visibilité artificielle et non problématisée, d'un côté, réduit les personnages à leur simple apparence sans intégrer leurs spécificité culturelles par exemple. De l'autre, on refuse le droit aux Français qu'ils sont censés représenter à l'écran de voir les problèmes d'intégration ou de reconnaissance qu'ils vivent au quotidien traités dans l'espace médiatique national »¹⁶⁹⁷. Plus loin dans la thèse, elle déplore qu'« Encore trop nombreux [soient] les responsables de casting pensant qu'un juste traitement de la diversité sur les écrans ne suppose rien de plus que d'offrir au spectateur une variété de visages, de physiques et d'origines affirmées ou supposées. Pourtant, lorsque la diversité n'est pas ouvertement discutée, qu'elle n'est que l'expression d'un politiquement correct, d'un volontarisme économique (attirer de nouveaux publics), elle perd sa raison d'être, son efficacité et sa crédibilité. Il arrive même qu'elle puisse attiser des sentiments de gêne, d'agacement. Plus simplement, il arrive aussi que le ridicule ou la caricature (non voulue) de la représentation prête même à rire »¹⁶⁹⁸.

579. Suite à l'adoption de la loi de 2009 et pour continuer le travail commencé dans le cadre de l'observatoire de la diversité, le CSA a adopté a décidé de publier un « Baromètre de la Diversité » pour médiatiser le travail effectué par l'Observatoire de la diversité. Il ne permet pas de résoudre les problèmes exposés au-dessus, puisqu'il s'intéresse seulement à la « représentation » de la diversité sur les chaînes, mais utilise une méthodologie particulièrement intéressante. Contrairement à la Grande-Bretagne, qui va jusqu'à adopter des quotas pour s'assurer d'une représentation à l'écran proportionnelle à la population anglaise, il n'est possible en France d'utiliser une politique quantitative renvoyant aux quotas que pour l'identité de

¹⁶⁹⁷ Ibid, p. 35

¹⁶⁹⁸ Ibid, p. 403

sexe¹⁶⁹⁹. La loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 punit en effet de 5 ans de prison et 300 000 euros d'amende le fait de recueillir et d'enregistrer des informations relatives aux origines ethniques ou à l'appartenance religieuse des personnes interrogées. La loi du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile modifiait en partie la loi de 1978 en prévoyant dans son article 63 que pour la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines, de la discrimination et de l'intégration, et sous réserve d'une autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, il soit permis « *la réalisation de traitements de données à caractère personnel faisant apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques* » des personnes ». Dans une décision du 15 novembre 2007¹⁷⁰⁰, le Conseil censure cet article qui a été adopté au terme d'une procédure irrégulière (il s'agissait d'un cavalier législatif). Il décide tout de même de traiter au fond la constitutionnalité de cet article, et considère que « *si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race* ».

580. Pour contourner l'interdiction des traitements de données faisant apparaître les origines raciales ou ethniques des personnes, l'observatoire de la diversité a adopté le critère de « origine perçue » en se référant aux traits physiques des personnes apparaissant à l'antenne, mais aussi en s'appuyant sur la consonance de leurs noms ou prénoms ou d'autres indices recueillis dans les

¹⁶⁹⁹ Le Conseil constitutionnel a d'abord déclaré inconstitutionnel la mise en place de quota de femme sur les listes électorales, en considérant que l'article 3 de la Constitution s'opposait « à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles » (CC, 18 novembre 1982, *Quota par sexe*, décision 82-146 DC) et CC, 14 janvier 1999, Quotas par sexe II, Décision n° 98-407DC). La loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999 ajouta, pour dépasser cette inconstitutionnalité, à l'article 3 de la Constitution un 5ème alinéa qui dispose que « « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ». Il a ensuite déclaré inconstitutionnel le quota de sexe établi par la loi organique fixant la composition du Conseil supérieur de la Magistrature (CC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature* décision 2001-445 DC) et les quotas dans les conseils d'administration et conseils de surveillance des sociétés privées CC, 16 mars 2006, *Loi relative à légalité salariale entre les femmes et les hommes*, Décision n° 2006-533 DC), du fait du caractère strictement dérogatoire de la disposition relative aux quotas, et s'appliquant seulement au droit électoral.

¹⁷⁰⁰ CC, 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Décision n° 2007-557 DC, note Carcassonne « Les tests ADN : Trois questions à Guy Carcassonne », D. 2007, n° 42, p. 2992 ; note Verpeaux, « Des jurisprudences classiques au service de la prudence du juge. A propos de la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile », La Semaine juridique. Édition générale, 2008, n° 1, p. 20-24 ; note Turpin, « La décision n° 557 DC du Conseil constitutionnel sur la loi relative à l'immigration et à l'asile : le moustique et le chameau », D., 2008, n° 24, p. 1638-1644

commentaires ou par autodésignation. La méthodologie utilisée est de type pondérateur : toutes les apparitions à l'écran ne sont pas considérées comme aussi importantes¹⁷⁰¹. J. Laffont, dans une partie de sa thèse intitulée « une typologie des régimes de stéréotypes », observe que des progrès ont été effectués dans la reconnaissance d'une certaine identité aux protagonistes non blancs, sous l'effet des politiques volontaristes. Elle observe que « *les stéréotypes sont encore présents, mais les héros « Non-Blancs » deviennent plus fréquents. Les origines ne sont pas toujours problématisées, mais davantage abordées ouvertement par les personnages. Le multiculturalisme national est assumé, voire mis en avant* »¹⁷⁰².

581. Cependant, la vague du Baromètre des diversités (Vague 2015) est moins optimiste. Pour la première fois, l'observatoire de la diversité utilise la notion d'intersectionnalité¹⁷⁰³ des discriminations, pour approfondir l'appréhension de la représentation de la diversité, notamment des origines « perçues », à la télévision. Ainsi, « *L'étude montre, si l'on croise l'origine avec les données relatives à la catégorie socioprofessionnelle, que le taux de personnes perçues comme non blanches est à 17% pour les CSP- alors qu'il est à 11% pour les CSP+. En combinant le critère de l'âge avec l'origine perçue, on peut notamment remarquer que les personnes perçues comme « non blanches » sont nettement plus représentées chez les moins de 20 ans (18%) qu'au sein de la tranche d'âge « 65 ans et plus » (4%). L'étude du baromètre montre que les personnes*

¹⁷⁰¹ Le conseil compte le nombre de personnes issues des catégories sus-mentionnées, mais utilise ensuite une pondération permettant de donner plus ou moins d'importance à cette apparition à l'écran suivant le rôle que le personnage issu de la diversité joue dans la fonction, ainsi que la durée de l'émission. Ainsi, en ce qui concerne la durée de l'émission, une distinction a été faite entre les « programmes courts » (moins de 5 minutes) et les « programmes longs » (plus de 5 minutes). En ce qui concerne le rôle des individus indexés, au sens qualitatif du terme, le CSA a créé trois catégories : « héros » (le personnage central pour les fictions), « personnage principal » (un des personnages principaux de l'intrigue et « personnage secondaire ». La pondération intervient après cette classification : Un « héros » avait une valeur de coefficient 6 pour les programmes de plus de 5 minutes et un coefficient 5 pour les programmes de moins de 5 minutes ;, Personnages principaux : coefficient 4 pour les programmes de plus de 5 minutes et un coefficient 3 pour les programmes de moins de 5 minutes ; Personnages secondaires : coefficient 1.

¹⁷⁰² J. LAFFONT, Op cit, p. 258

¹⁷⁰³ Cette notion a été pour la première fois utilisée par Kimberlé Crenshaw dans une enquête portant sur les violences contre les femmes noires dans les milieux défavorisés aux Etats-Unis. Voir « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », Stanford Law Review, 1991(6), p. 1241) Cette notion, étendue aujourd'hui aux discriminations fondées sur d'autres critères, permet de « croiser » les discriminations. Elle a pour postulat le fait qu'une identité est rarement unique, et qu'un individu appartient généralement à plusieurs catégories qui renvoient à des catégories différentes (le sexe, la race, l'orientation sexuelle). Les rapports de domination sociale sont généralement fondés sur plusieurs critères qui se croisent entre elles pour renforcer les discriminations. L'homophobie, le sexisme ou le racisme ne peuvent être compris que dans une appréhension globale des discriminations.

perçues comme « non blanches » sont plus représentées par des hommes (16%) que par des femmes (13%). En termes de rôles, si le taux de personnes perçues comme « non blanches » est de 21% pour les figurants, il n'est que de 9% pour les héros. De la même manière, s'agissant des attitudes, celles qui sont négatives sont incarnées à 29% par des personnes perçues comme « non blanches » alors que les attitudes positives ne le sont qu'à 12% pour les personnes perçues comme « non blanches »¹⁷⁰⁴. Cette nouvelle approche du CSA fondée sur l'intersectionnalité est bienvenue, puisqu'elle permet de rappeler que la représentation de la diversité à la télévision n'a de sens que si elle permet de lutter effectivement contre les stéréotypes. En Italie, l'approche à la diversité est, contrairement au Royaume-Uni et dans une moindre mesure à la France, minimaliste.

C) En Italie, une conception minimaliste de la diversité

582. Dans une décision n°194/1987, la Cour constitutionnelle avait déjà souligné l'exigence de sauvegarder « cette valeur que le service doit viser à promouvoir en relation à toutes les manifestations du pluralisme social et idéologique, y compris, et même particulièrement, les tendances minoritaires ou celles dépourvues de représentation au Parlement »¹⁷⁰⁵. De même, la Cour répète dans toutes ses décisions que le service public audiovisuel doit garantir l'accès au plus grand nombre possible d'opinions, de tendances, de courants de pensée politique, **sociaux et culturels**¹⁷⁰⁶. Cette conception du pluralisme n'a pas été relevée par de nombreux auteurs, qui préfèrent se référer au seul pluralisme politique. Pourtant, comme le souligne P. Caretti, l'exigence de pluralisme culturel est peut-être plus forte que dans le passé. Il relève « les problèmes (d'ordre social et culturel), liés à la transformation de notre société en une société multiethnique, multilingue et multireligieuse, avec tout ce que cela comporte en termes d'éducation à la tolérance et à la connaissance et l'acceptation de la diversité »¹⁷⁰⁷.

¹⁷⁰⁴ CSA, Baromètre de la diversité, Vague 2015, 12 octobre 2015, en ligne <http://www.csa.fr/Etudes-et-publications/Les-observatoires/L-observatoire-de-la-diversite/Les-resultats-de-la-vague-2015-du-barometre-de-la-diversite-a-la-television>

¹⁷⁰⁵ C. Cost, 25 maggio de 1987, n° 194/1987

¹⁷⁰⁶ Souligné par l'auteure.

¹⁷⁰⁷ P. CARETTI, « Comunicazione ed informazione », Op cit.

583. L'article 45 de la loi Gasparri repris par le texte unique dispose que parmi les missions du concessionnaire public comptent la représentation « *des confessions religieuses, des organismes et des associations politiques et culturelles, des associations nationales du mouvement coopératif juridiquement reconnu, des associations de promotion sociale inscrites au registre national et régional, des groupes ethniques et linguistiques et des autres groupes d'intérêt social relevant qui en font la demande* ». Ce même article renvoie à la définition des droits et obligations de la société concessionnaire à un contrat national de service conclu avec le ministre. Seuls deux contrats de service ont été adoptés jusqu'à ce jour, l'un pour la période 2007-2009 et l'autre pour la période 2009-2012. Nous nous fonderons sur ce dernier pour identifier les principes qui pourraient renvoyer au pluralisme culturel. L'article 1.2 de ce texte prévoit notamment que « *La mission de service public consiste à (...) assurer le pluralisme, dont la diversité culturelle et linguistique italienne dans le cadre de l'identité italienne plus large, en confirmant cependant le principe indiscutable de la cohésion nationale* ». L'article 2§3 a) de ce même texte prévoit « *qu'un des objectifs prioritaires de la société concessionnaire est celui de garantir le pluralisme en respectant notamment « la sauvegarde de l'identité nationale, de la mémoire historique du pays (...), locale et des minorités linguistiques ainsi que la diversité ethnoculturelle.* »

584. La mise sur un piédestal du concept d'identité nationale est distincte de la conception du pluralisme culturel développé au Royaume-Uni. Il renvoie à la conception qu'avait développée J. Reith pour la BBC en 1923. G. Capello, dans une sous-partie intitulée de manière très représentative « Servizio e identità nazionale » se réfère d'ailleurs directement à la littérature anglaise, en citant D. Morley : « *La télévision a toujours eu un rôle central dans la promotion de l'unité nationale à un niveau symbolique en créant des liens entre les individus et leurs familles et en les mettant au centre de la vie nationale. L'audience se voit alors présenter une image d'elle-même et de la Nation comme communauté connue [...]. Le médium audiovisuel se présente alors soit comme représentation de l'identité du pays et de ses diverses composantes socioculturelles, soit comme catalyseur de la cohésion nationale et comme terrain symbolique dans lequel les différences se recomposent dans une communauté unitaire* »¹⁷⁰⁸.

¹⁷⁰⁸ D. MORLEY, non renseigné, cité par G. CAPELLO, *Il concetto di servizio pubblico radiotelevisivo : l'evoluzione del dibattito su missione, impresa e programmazione*, RAI, ERI, 2004, p. 24-25

585. L'auteure ajoute plus loin que « *Le service public a toujours joué un rôle crucial dans la création de [cette] mémoire historique commune, de ce sens d'appartenance collective* »¹⁷⁰⁹, conception probablement dépassée au Royaume-Uni, comme nous l'avons vu précédemment, mais dont la persistance peut s'expliquer en Italie par l'unification tardive du pays¹⁷¹⁰, et la faiblesse du sentiment national qui en découle¹⁷¹¹. La promotion des cultures locales ne peut alors se faire que dans le cadre de la promotion de l'identité nationale italienne et de la cohésion nationale du pays tout entier. De même, lorsqu'il est fait référence à la diversité culturelle et ethnique à l'article 2.3k), celle-ci ne peut s'entendre que « *dans l'optique de l'intégration et de la cohésion sociale et nationale* ». ¹⁷¹² La reconnaissance de la société multiethnique italienne se fait ici à demi-mot et la conception du multiculturalisme semble assez peu conceptualisée¹⁷¹³.

G. Capello reconnaît toutefois que « *le terme d'identité se voit de plus en plus substituer par celui d'identification, renvoyant au processus de métamorphose continue et d'adaptation de l'identité collective et individuelle* »¹⁷¹⁴. En réalité, la phrase édictée par la Cour Constitutionnelle et reprise dans la législation « *l'ouverture aux diverses opinions et tendances politiques, sociales, culturelles et religieuses et la sauvegarde de la diversité linguistique* » ne trouve que peu de concrétisation dans les recommandations de l'AGCOM et de la Commission

¹⁷⁰⁹ Ibid.

¹⁷¹⁰ V. P. GUICHONNET, *L'unité italienne*, PUF, Que-sais-je, 2006 ; Le Risorgimento ou « unification italienne », débuta officiellement en 1848 avec la première guerre d'indépendance du Royaume de Sardaigne contre l'Autriche. En 1861 est proclamé le Royaume d'Italie, qui est issu du Royaume de Sardaigne dominé par ma maison Savoie, qui a oeuvré, lors des guerres d'indépendance, pour l'annexion du Royaume-Lombard-Vénitien, du duché de Parme, du duché de Modène, du grand duché de Naples et du Royaume des deux-siciles.

¹⁷¹¹ M. CACIAGLI, « Sur la faiblesse du sentiment national des italiens », in *Pôle Sud*, n° 14 Mai 2001, p. 29

¹⁷¹² A. FERRARI, « Laïcité et multiculturalisme à l'italienne », *Archives des sciences sociales des religions*, Janvier-Mars 2008, p. 133, spéc p. 136 : « *Si la société italienne peut, de plus en plus, être qualifiée de société multiculturelle, il est plus difficile d'établir si l'Italie est (ou non) un État multiculturaliste, c'est-à-dire un État qui serait conscient de sa propre composition sociale ; qui choisirait de reconnaître, valoriser et d'inscrire dans le droit les différences culturelles et religieuses existantes en son sein, en les posant au centre de politiques visant à favoriser le « vivre ensemble ».*

¹⁷¹³ Voir les mots d'E. LEVINAS, *Paix et proximité*, 1996, p. 165 : « *On doit précisément remettre en question la conception selon laquelle, dans la multiplicité humaine, l'Ego peut être réduit à une partie du Tout... dont l'unité est la cohésion de ses membres ou de sa structure globale. Il est nécessaire de se demander.... si l'altérité d'autrui n'a pas un caractère absolu... si la paix, alors, au lieu d'être le résultat d'une absorption ou d'une disparition de l'altérité, ne serait pas au contraire le mode fraternel d'une proximité à autrui* » cité par C.AUDARD, « L'idée de citoyenneté multiculturelle et la politique de la reconnaissance », *Rue Descartes*, 2002, 3, p. 19-30

¹⁷¹⁴ G. CAPELLO, *Op cit*, p. 23

parlementaire¹⁷¹⁵. Cela peut s'expliquer par la difficulté du pays à réellement envisager une politique multiculturelle¹⁷¹⁶.

Conclusion §2 :

Les diverses approches face au pluralisme culturel peuvent s'expliquer par les traditions multiculturelles des pays étudiés. Au Royaume-Uni, l'approche communautariste de la citoyenneté, telle que l'explique D. Schnapper, permet la représentation à l'intérieur même de la Nation de diverses communautés, et la reconnaissance d'intérêts propres aux citoyens en faisant partie. En France, du fait de la conception républicaine de l'intégration, la loi insiste sur la nécessité de représenter la diversité des origines réelles ou perçues pour favoriser l'intégration des personnes non blanches, mais elle ne va pas jusqu'à reconnaître l'existence d'intérêts propres à certaines catégories de population. Dans l'approche intégrationniste à la française, il n'est en effet pas (encore) possible de penser ces intérêts, à l'exception d'une nécessité de bonne intégration des différentes générations issues de l'immigration, ou encore des territoires d'outre-mer. Enfin, en Italie, du fait de la tardive unification nationale, ce sont encore les différentes cultures régionales qui sont valorisées à la télévision, et non les cultures issues de l'immigration. L'absence de réel intérêt de la loi envers ces questions de représentation de la diversité, notamment physique, peut avoir des répercussions négatives sur la perception de cette diversité, qui existe, par la société italienne.

Conclusion Section 1 :

586. Comme nous l'avons exprimé dans la première Sous-section de cette Section, le principe de pluralisme tel que défini par la Cour Constitutionnelle italienne, le Conseil Constitutionnel et la loi anglaise renferme plus que la simple notion de pluralisme politique. Le pluralisme et l'honnêteté de l'information sont souvent mis sur un piédestal, tant par les Cours que par la

¹⁷¹⁵ L'acte d'orientation sur la garantie du pluralisme dans le service public radiotélévisé, adopté par la Commission parlementaire le 11 mars 2003, rappelle que « *le pluralisme doit s'étendre à toutes les conditions et options (sociales, culturelles et politiques) qui alimentent les orientations des citoyens et qui ne s'épuisent pas dans les positions représentées par les partis* ». Toutefois, les recommandations qui suivent concernent uniquement les programmes d'informations et semblent renvoyer au pluralisme politique tel que dégagé plus avant.

¹⁷¹⁶ Notamment parce que « *l'Italie était, jusqu'à une date récente, plus habituée à exporter ses pauvres qu'à en recevoir en provenance d'autres pays* », M. MARTINIELLO, « *Italie 1990 : Vers la société multiculturelle* », Hommes et migrations, Novembre 1990, p. 15

doctrine, pour leur importance dans la formation de l' « opinion publique ». Nous avons toutefois souligné les limites du modèle habermassien d'espace public, en ce qu'il met uniquement en exergue la raison, la rationalité, l'objectivité et ignore les concepts d'hégémonie et d'identité. Ces limites, ainsi que la nécessité de représenter les différentes identités à l'intérieur des États se retrouvent dans la législation des trois pays. L'équivalent fonctionnel de « pluralisme des identités culturelles » dégagé dans le §2 de la Section permet d'analyser le cadre législatif que les États ont développé pour compléter l'idée de « débat d'idées » par celle de « représentation ». Pour la concrétisation de notre équivalent fonctionnel d'honnêteté et le pluralisme de l'information, on peut opposer le modèle quantitatif français d'un côté au modèle qualitatif anglais et italien. Pour la concrétisation de l'équivalent fonctionnel de « pluralisme des identités culturelles », on peut opposer le modèle italien, dans lequel le pluralisme des identités culturelles renvoie presque exclusivement aux diverses régions italiennes et est mis au service de la construction de l'identité italienne aux modèles anglais et français qui mettent l'accent sur l'origine ethnique réelle ou perçue.

587. La représentation du pluralisme culturel renvoie à l'idée assez neuve de « citoyenneté culturelle », mais il n'en est pas l'apanage, car cette notion contient plus qu'une simple représentation de la diversité ou des différentes communautés qui composent une Nation. En 1991, F. Jameson écrivait que bien que la citoyenneté politique soit le concept le plus développé et conceptualisé, il est devenu très insatisfaisant (et incomplet) face à la rapide « culturalisation » de la société¹⁷¹⁷. Ce néologisme renvoie au fait que la culture, entendue au sens esthétique (ou artistique) et anthropologique du terme¹⁷¹⁸ est devenue le terrain au sein duquel se déroulent les grands débats contemporains¹⁷¹⁹. La citoyenneté culturelle, entendue globalement, c'est-à-dire à travers ces deux conceptions esthétique et anthropologique, renvoie au développement de la filiation culturelle d'une société à travers l'éducation, les coutumes le langage, la religion, ainsi

¹⁷¹⁷ F. JAMESON, *Post-modernism or the cultural Logic of Late Capitalism*, Verso, 1991, page non précisée cité par D. ROWE, *Ibid*, p. 383

¹⁷¹⁸ Sur les deux conceptions du terme de culture, V. D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, La découverte, 2004, p. 10s.

¹⁷¹⁹ D. ROWE, *Ibid*, p. 383

que la reconnaissance des différences à l'intérieur, et en dehors de la culture dominante¹⁷²⁰. Plus précisément, il constitue pour chaque individu, un droit d'accès à la culture et au devoir pour les institutions de favoriser l'épanouissement, mais aussi l'expression culturelle du plus grand nombre¹⁷²¹. L'audiovisuel public, en plus de l'information et la médiation des identités collectives a donc un rôle à jouer pour la transmission de la culture, au sens individuel (culture générale) et collectif (mythes et histoire d'un groupe). La mission culturelle du service public se retrouve dans les textes législatifs et réglementaires selon lesquels les programmes doivent être variés et de qualité (Section 2).

Section 2 : Le pluralisme et la qualité du contenu des programmes

Nous traiterons d'abord de la l'obligation de présenter des programmes variés, qui se retrouve dans les trois Etats (§1), et ensuite de l'obligation de présenter des programmes de qualité (§2).

§1 Le pluralisme de la programmation

La reconnaissance du pluralisme de la programmation à travers l'obligation législative de diffuser des programmes de genres différents a pour fondement la reconnaissance de droits et libertés de nature culturelle (A), mais elle implique également l'adoption d'une conception large du service public audiovisuel dans laquelle tous les genres de programmes peuvent trouver leur raison d'être, de fait éloignée d'une conception élitiste du service public audiovisuel (B).

A) La plus ou moins grande reconnaissance d'un droit d'accès à la culture via l'audiovisuel public

La reconnaissance de droits culturels mis en oeuvre grâce à la télévision diffère d'un pays à un autre. Au Royaume-Uni, le paternalisme a été rejeté progressivement (1), alors qu'en Italie

¹⁷²⁰ T. MILLER et G. YUDICE, *Cultural policy*, SAGE, 2002, p. 25

¹⁷²¹ T. MILLER, Manuscrit non publié, 2014, p. 14 cité par D. ROWE, « Fulfilling « the cultural mission ». Popular genre and public remit », *European Journal of Cultural Studies*, 2004, 7(3), p 381-399, spéc p. 382 ; voir également B. TURNER, « Outline of a theory of citizenship » in C. MOUFFE, *Dimensions of radical democracy, Pluralism, Citizenship, Community*, Verso, 1992

la reconnaissance de la mise en oeuvre de droits culturels grâce à la télévision perdue (2). En France, la reconnaissance de tels droits culturels est d'ordre législative et non constitutionnelle (3).

1) Au Royaume-Uni, le rejet progressif du « paternalisme culturel »

588. Au Royaume-Uni, comme nous l'avons déjà souligné, l'importance de la télévision publique pour la diffusion de programmes culturels et éducatifs avait été exposée dès la naissance de la BBC par les nombreux rapports concernant l'audiovisuel. T. Burns, auteur de l'histoire de l'audiovisuel au Royaume-Uni écrit que « *Pour Reith et le Parti conservateur, les produits de l'industrie culturelle représentaient les conséquences du fait de « donner au public ce qu'il veut » [...]. L'audiovisuel devait, d'une façon ou d'une autre, être développé dans la direction complètement opposée* »¹⁷²². Cette mission, bien sûr empreinte de paternalisme, était d'ailleurs au fondement de ce que Reith appelait la « brute force du monopole », car seul le monopole pouvait permettre aux téléspectateurs de se concentrer sur des programmes autres que de simple divertissement. Elle supposait la diffusion de programmes éducatifs et culturels en période de pointe¹⁷²³, éventuellement entre deux programmes de divertissement, pour obliger le téléspectateur à visionner ce programme¹⁷²⁴.

589. Ce paternalisme culturel fut remis en cause à partir des années 60's, avec le rapport Pilkington qui reconnaît l'importance des goûts des téléspectateurs : « *Bien que des standards existent et soient reconnaissables, l'audiovisuel est plus un art qu'une science exacte. Il fait face*

¹⁷²² T. BURNS, *The BBC: Public Institution Private World*, Macmillan, 1977, p. 42

¹⁷²³ D. BERG, « Taking a horse to water ? Delivering public service broadcasting in a digital universe » in D. TAMBINI, J. COWLING, *From Public Service Broadcasting to Public service Communication*, Institute for Public Policy Research, 2004, p. 5 L'auteur ajoute que : « *Nous appelons cela « hammocking » : le fait de programmer une émission de service public digne (traduction de « worthy), telle que les affaires courantes, les arts ou la religion entre des programmes plus populaires tels que du divertissement, dans l'espoir que les téléspectateurs tomberont accidentellement dessus et découvriront la voie de la connaissance* ».

¹⁷²⁴ D. TAMBINI, « The passing of paternalism : public service television and increasing channel choice », *From Public Service Broadcasting to Public Service Communication*, Ibid, p. 46, spéc p. 50 : « *Plus le « couch potato » était apathique, moins il était susceptible de « zapper » après qu'il soit tombé dans l'embuscade après « the generation game » (programme de divertissement anglais)* ».

aux goûts et valeurs [des téléspectateurs] qui ne sont pas définissables¹⁷²⁵ [...]. Le service utilisera le média avec la conscience de son pouvoir d'influence sur les valeurs et les standards moraux ; il respectera le droit du public à choisir parmi un large éventail de sujets, traités dans un but précis ; il sera en même temps conscient des goûts et des attitudes du public dans toute sa variété ; et sera constamment sur ses gardes et prêt à essayer le nouveau et l'inhabituel »¹⁷²⁶. Le rapport Pilkington ne remet toutefois pas en cause la nécessité que les choix des programmeurs préexistent à ceux du téléspectateur : « personne n'a contesté [parce que cela reposerait sur une dose de paternalisme et serait par conséquent une doctrine inadmissible en démocratie], la nécessité de s'écarter du fait de « donner au public ce qu'il veut ». Nous avons tous accepté qu'il y ait une responsabilité à aider l'élargissement et l'approfondissement des goûts du public »¹⁷²⁷.

590. Vingt ans plus tard, Robin Scott, qui préside le « Report of the Working Party on New technologies » affirme l'abandon et le rejet du paternalisme culturel : « La difficulté insurmontable qui reste cependant est que l'appréciation [des programmes audiovisuels] est faite en référence aux goûts et opinions qui eux-mêmes changent et évoluent. En conséquence, il est impossible de dicter la condition indispensable [au service public audiovisuel]. Dans une société libre, n'importe quelle tentative de l'imposer unilatéralement serait ressentie avec amertume et farouchement combattue : et à juste titre, puisque cette route mène à l'emprisonnement culturel. [...] » À ce titre, le bon ou mauvais service de radiodiffusion peut être défini par les émetteurs en référence à l'évolution des pratiques et il peut être reconnu et confirmé par l'opinion »¹⁷²⁸. Dans cette conception est abandonnée l'idée d'un téléspectateur « assigné à une place secondaire et circonscrite par l'intention des producteurs, des exégètes et de la structure du message »¹⁷²⁹ : ce sont les programmeurs et les producteurs qui sont

¹⁷²⁵ Postmaster-General, Report of the Committee on Broadcasting, 1960, Cmnd. 1753, London: HMSO, 1962 (Pilkington Report), 13, para. 34.

¹⁷²⁶ Pilkington Report, 121, para. 402

¹⁷²⁷ Pilkington Report, 19–20, paras. 50–3

¹⁷²⁸ R. SCOTT, *The Working Party on New Technologies*, Broadcasting Research Unit, 1983, p. 6–7

¹⁷²⁹ B. LE GRIGNOU, *Du Côté du public. Usages et réceptions de la télévision*, Economica, 2003, spéc p. 21

circonscrits par le choix des téléspectateurs¹⁷³⁰. Bien que cette conception de « paternalisme culturel » n'ait pas été conceptualisée si précisément qu'au Royaume-Uni, il ne fait aucun doute que les télévisions publiques françaises et italiennes l'aient également mise en oeuvre, avant même la définition législative de leurs missions¹⁷³¹. Toutefois, au moment où la Cour constitutionnelle et le Conseil constitutionnel s'emparent du sujet, c'est pour reconnaître le droit du téléspectateur à une programmation diversifiée (2).

2) En Italie, la reconnaissance de droits culturels sur le fondement du pluralisme interne

591. La Cour constitutionnelle italienne a été la plus prompte à reconnaître l'importance du service public audiovisuel pour le développement culturel du pays. Dans sa décision n° 225/1974 précitée, la Cour relevait déjà entre autre que « *La radiotélévision concourt au développement culturel du pays* ». Dans sa décision n° 153/1987, la Cour rappelle que « *l'État doit promouvoir, par la reconnaissance de l'opérateur public, le développement social et culturel de la société* » à travers le pluralisme interne. Cela laisse donc penser qu'une pluralité de programmes, entendue comme une pluralité de « genres » de programmes est nécessaire à la mise en oeuvre du pluralisme. Cet argument est repris dans sa décision n° 826/1988 et est très bien expliquée par la doctrine italienne : « *C'est seulement lorsque la logique qui guide les choix de programmation est différente de la logique commerciale de la chasse à l'audience qu'il est possible de faire des efforts dans la direction de la construction d'une télévision culturelle, ou au moins, d'une télévision qui soit capable d'offrir également des expériences de type culturel à ses*

¹⁷³⁰ Ce renversement n'est pas indifférent aux avancées des recherches sociologiques dans le domaine de la télévision et notamment l'avènement du courant « fonctionnaliste » s'inscrit en réaction aux théories précédentes sur les médias de masse, qui ne s'intéressait qu'au produit diffusé et postulait une totale passivité du téléspectateur. Cette idée de passivité du téléspectateur avait notamment été défendue par les théoriciens de l'école de Francfort (V. notamment T. ADORNO et M. HORKEIMER, « La production industrielle de biens culturels », article pré-cité. Voir aussi pour une analyse des masses avant la théorie fonctionnaliste G.LEBON, *Psychologie des foules*, 1895). Les fonctionnalistes réhabilitent au contraire le rôle du téléspectateur « actif », qui cherche dans un usage choisi du média à remplir un besoin. Les différents théoriciens de l'école fonctionnaliste se sont ensuite évertués à dresser une typologie des besoins, ou des fonctions que jouent le média sur le récepteur. Laswell met en exergue la surveillance de l'environnement, la mise en relation des composantes des composantes de la société, et la transmission de l'héritage social et de la hiérarchie. V. H. LASWELL, *Power and personality*, 1948 ; P. Lazarsfeld a rajouté à cette typologie la fonction d'« entertainment ». voir P. LAZARSFELD, I. KATZ, *Personal influence. The part played by people in the flow of mass communications. A report of the Bureau of Applied Social Research, Columbia University, The Free Press, 1955*

¹⁷³¹ Aldo Grasso fait référence à une phrase célèbre qu'aurait prononcée Ettore Barnabei, directeur général de la RAI de 1960 à 1969 (après avoir été longtemps rédacteur-en-chef d'*Il Popolo*, le journal du Parti Chrétien Démocrate) : la mission de la RAI était de « faire descendre les Italiens des arbres » V. P. MUSSO et PINEAU, Op cit, p. 24

spectateurs »¹⁷³². En France, le Conseil constitutionnel a été volontairement imprécis quant à l'affirmation d'une obligation de transmettre des programmes culturels (3).

3) En France, l'imprécision volontaire du Conseil Constitutionnel

592. Le Conseil constitutionnel a lui refusé de se référer directement à l'alinéa 13 du préambule de la Constitution de 1946¹⁷³³ qui prévoit que la Nation et par suite l'État « *doit garantir l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, la formation professionnelle et la culture* ». Robert Badinter, président du Conseil lors de l'examen de la loi Léotard, avait suggéré, au regard de l'obligation contenue dans l'alinéa 13 du préambule de 1946, d'imposer à l'État de prendre en compte dans le cahier des charges des sociétés nationales de programme la nécessité de l'existence d'émissions culturelles et éducatives. Monsieur Vedel lui avait rétorqué que « *cette obligation est déjà prise en compte par la loi, et le service public audiovisuel trouve justement là son fondement. Si le secteur public doit remplir cette obligation, à l'inverse le secteur privé doit pouvoir être plus libre. Dès lors, il est prudent dans l'attente des lois à venir, de ne pas se référer explicitement à cette obligation qui à ses yeux a seulement valeur législative, du moins en ce qui concerne le secteur privé* ». Cette argumentation juridique nous semble critiquable. Le fait que l'obligation de diffuser des programmes culturels et éducatifs soit un objectif législatif n'aurait en rien empêché le Conseil d'en faire, tout comme le pluralisme, un objectif de valeur constitutionnel. Par ailleurs, Monsieur Vedel, pour rejeter la prise en compte du préambule de 1946, souligne que l' « *article 11 pose seulement la règle selon laquelle on répond a posteriori de l'abus d'une liberté. Dès lors il ne [lui] semble pas qu'il faille se référer au préambule de 1946* ». Encore une fois, cet argument est critiquable, car le préambule de la Constitution de 1946 est un texte autonome, qui fait partie du préambule de la Constitution de 1958 et a donc valeur constitutionnelle tout comme la DDHC.

¹⁷³² B-G. GIACCARDI, *Televisione culturale e servizio pubblico*, RAI-ERI, 1997, p. 10

¹⁷³³ Voir CC, Compte-rendu de la séance du 18 septembre 1986, Examen de la loi relative à la liberté de communication, n° 86-217 DC, p 18. Le rapporteur Meyer avait inséré cette référence dans son projet de décision du 18 septembre 1986, mais celle-ci fut supprimée suite à la contestation de Messieurs Marcihacy et Vedel.

593. La formulation de l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est le « *pluralisme des courants d'expression socioculturels* » laisse toutefois penser que le principe de pluralisme ne s'applique pas seulement au pluralisme politique, mais renferme aussi la nécessité de présentation de la culture au sens artistique et anthropologique du terme. La deuxième phrase du paragraphe 11 de la décision de 1986, bien que très floue, laisse également entendre qu'il existe un droit à des programmes d'un certain type de contenus. Le conseil considère que « *l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que **ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché*** »¹⁷³⁴. La formulation de cette phrase est intéressante, bien qu'assez peu claire. Le conseil ne précise pas à quel type de décisions il fait référence : des décisions de nature politique, ou des décisions en termes de choix des programmes. La référence au marché permet toutefois d'éclairer le raisonnement. Les émissions culturelles ou pédagogiques sont les plus promptes à être menacées par celui-ci et dans ce contexte, assurer le libre choix des téléspectateurs renvoie sans aucun doute à son droit à avoir accès à des programmes dont le contenu n'est pas dicté par l'impératif d'audience.

594. La séance de délibération du 18 septembre 1986 laisse toutefois persister un doute sur ce point. Les débats sur l'article 28, 30 et 31 laissent en effet penser que les membres du conseil se réfèrent simplement au pluralisme politique quand ils utilisent le terme de pluralisme : la comparaison entre la Croix et L'Humanité, comportant des lignes éditoriales différentes (en termes de choix politiques et non en termes de genres) renforce cette impression. Ce flou peut s'expliquer par la volonté, notamment de G. Vedel, de traiter l'opérateur privé et public de la même façon, et donc de ne pas reconnaître de spécificité à l'opérateur public. La jurisprudence du Conseil Constitutionnel est bien moins claire que ses homologues italiens et allemands qui ont toujours souligné la particularité de la télévision publique pour la vie culturelle de la Nation et il

¹⁷³⁴ CC, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, alinéa 11. Souligné par nous.

semble que la présence de George Vedel lors de cette délibération n'y soit pas étrangère¹⁷³⁵.

595. Un autre élément permet d'expliquer le minimalisme des formulations du Conseil constitutionnel sur ce point : il semble que la doctrine juridique française ait été moins nombreuse que la doctrine italienne ou anglaise à souligner les effets négatifs que pourrait avoir la dictature de l'audience sur le contenu des programmes¹⁷³⁶. En tout état de cause, et comme le souligne le doyen Vedel lui-même, le pluralisme des programmes et la diffusion de programmes « culturels et pédagogiques » est une mission prévue par la loi. Cette mission particulière avait, entre autres, été soulignée avec vigueur par le Sénateur Adolphe Chauvin, membre de la commission spéciale de l'audiovisuel, durant les débats parlementaires précédant l'adoption de la loi Léotard. Celui-ci mettait en exergue l'impossibilité ontologique du secteur privé d'assurer la programmation de programmes « chers et pointus »¹⁷³⁷. Évidemment, le pluralisme du contenu des programmes implique la diffusion de programmes de type culturel, au sens élitiste du terme, qui ne seront pas diffusés par les émetteurs privés, mais il implique également de rejeter ce que

¹⁷³⁵ V. sur ce point la position du doyen Vedel sur le rôle du juge constitutionnel dans l'interprétation d'un texte : G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », in T. MARSHALL(ed), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel*, Éditions de l'Espace européen, 1992, p. 311 : « *La fonction sociale du droit et la crédibilité de l'ordre juridique sont beaucoup mieux assurées... par un juge qui croit au maximum de contrainte dans l'accomplissement de sa mission que par celui qui croirait à un maximum de liberté* » cité par M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n° 22, juin 2007

¹⁷³⁶ Comme exception notoire, à notre connaissance, V. S. REGOURD, « La dualité public/privé et le droit de la communication audiovisuelle », Op cit ; S. REGOURD, *Vers la fin de la télévision publique. Traité de Savoir-vivre du service public audiovisuel*, Op cit ; M. LOMBARD, « A propos des avatars de la télévision : ambigüités de la distinction entre public et privé », Op cit.

¹⁷³⁷ « *Or, le service public se doit de répondre à certaines exigences étrangères aux notions de rentabilité ou d'audience. La plupart d'entre elles ne sauraient être imposées au secteur commercial. Le premier devoir du service public est de s'adresser à toutes les catégories de téléspectateurs, quitte à répondre à tour de rôle à l'attente des minorités. Cette notion est très éloignée de la logique des télévisions commerciales : celles-ci ne parlent qu'en termes d'audience. C'est l'écoute qui attire les annonceurs, et ce sont eux qui financent la chaîne. [...] L'expérience prouve malheureusement que les émissions les plus « pointues » sont les plus chères et que les tarifs • horaires de production sont tels qu'il est largement plus avantageux d'acheter des productions étrangères. Deux exemples illustrent mon propos : « le Jeu de la vérité », émission de variétés à large audience - 30 p. 100 des téléspectateurs en moyenne - ne coûte que cinq centimes par téléspectateur alors que « le Magazine littéraire », de Pierre Dumayet, revient à 1,80 franc, pour une audience de 1,4 p. 100 ; quant au film de Jean-Marie Drot, « l'Enfant fusillé », il a coûté 6 millions de francs, alors qu'une heure de la série « Dallas » vaut 300 000 francs. Une autre exigence culturelle implique le respect des oeuvres. Les seules considérations de rentabilité conduiraient à restreindre la création et la fiction et à couper les films diffusés par des écrans publicitaires. C'est l'honneur du service public que d'obéir à des critères qui dépassent ceux de l'audience et de la rentabilité.* », JORF, Sénat Débats parlementaires, séance du vendredi 26 juin 1986, p. 1975

D. Wolton appelle « la forme prestigieuse de la télévision fragmentée »¹⁷³⁸, une télévision thématique, et d'adopter au contraire une conception large du service public audiovisuel (B).

B) L'adoption d'une conception généraliste du service public audiovisuel

596. Nous avons déjà abordé le risque que fait peser la vision restrictive de la *market failure* (ou modèle de complémentarité, utilisé dans la littérature italienne) sur l'universalité de l'accès au média cathodique¹⁷³⁹. Le premier modèle de *market failure* développé dans le chapitre 3, notamment par le rapport Davies, aurait pour conséquence de faire de la télévision publique une télévision ghetto. Le deuxième modèle de *market failure* présenté (celui défendu par Peacock) pourrait conduire à une rupture de l'universalité du service public audiovisuel avec le risque de création de chaînes à péages soit pour les programmes les plus onéreux et les moins regardés, soit pour les programmes les plus populaires. Ce principe d'universalité a pour fondement le principe d'égalité, principe découlant des lois de Rolland en France et de la « *rule of law* » entendue au sens substantiel en Grande-Bretagne. Il repose en Italie sur le paiement de la redevance : le service public audiovisuel, financé par des fonds publics et directement par une taxe parafiscale¹⁷⁴⁰ doit ainsi répondre aux besoins diversifiés de ses usagers, c'est-à-dire toutes les catégories de la population (en termes d'âge, de milieu social, etc.).

597. Les auteurs vont plus loin pour légitimer l'adoption d'une acception large du service public audiovisuel. P. Dahlgren met par exemple en avant la dimension imaginative, expressive et affective de l'audiovisuel pour la formation d'une identité individuelle et une meilleure assimilation des connaissances¹⁷⁴¹. G. Bechelloni l'explique encore plus clairement : « *Les modes d'utilisation de cet objet qu'est la télévision ou les multiples décodifications d'un même programme renvoient à une pluralité de réactions et de comportements parallèles - en ce qui*

¹⁷³⁸ L'auteur explicite bien les risques que fait peser la télévision « culturelle » sur la cohésion nationale : « La télévision culturelle est probablement la forme la plus prestigieuse de télévision fragmentée : elle incarne la légitimité de la culture et stigmatise dans le même temps cette tendance opposée, éminemment contestable, que représente la télévision de masse », D. WOLTON, *Eloge du grand public*, Flam, 1990, p. 163 et dans le même sens V. « ARTE, la culture et la télévision », *Le Monde*, 23 septembre 1992

¹⁷³⁹ Voir Section 2, Chapitre 2, Titre 2.

¹⁷⁴⁰ J-P. CAMBY, « La télévision : Impôt, redevance, taxe parafiscale, ou prix », *AJDA*, 1992, p. 467

¹⁷⁴¹ P. DAHLGREN, *Television and the Public Sphere*, Sage, 1995

concerne les effets imaginaires et cognitifs qui se produisent dans la tête du spectateur [...] La télévision produit donc deux types d'effets, qui peuvent se différencier au niveau analytique, mais pratiquement inséparables et entremêlés : un effet « masse » et un effet « individu ». La télévision peut favoriser [...] la construction et le renforcement de nouvelles identités collectives et de nouvelles identités individuelles »¹⁷⁴². Dans cette nouvelle vision de l'espace public, les programmes informatifs éducatifs ou culturels (au sens élitiste du terme) ne suffisent pas : les fictions, ou programmes de divertissement fournissent aussi un cadre adéquat pour la construction de l'imagination collective et des identités individuelles. Cette conception généraliste se retrouve dans le droit positif des trois États : au Royaume-Uni, les missions développées dans la charte royale s'inspirent encore du triptyque informer, éduquer et distraire (1). En France, la loi et les textes réglementaires prévoient que France Télévisions doit présenter une offre diversifiée susceptible de rassembler tous les publics (2). En Italie, toutefois, la conception est encore relativement paternaliste (3).

1) Un développement des missions autour du triptyque informer, éduquer, distraire au Royaume-Uni

598. Comme le souligne M. Tracey, c'est au Royaume-Uni le Broadcasting Act de 1981 qui établit pour la première fois la nécessité pour les émetteurs de service public de fournir des programmes d'information, d'éducation et de divertissement (article 2(2)a)). Ceux-ci doivent assurer « *un juste équilibre et un large éventail de sujets traités* ». Cette obligation n'est pas reprise dans la Charte de la BBC de 1981 qui prévoit seulement que la BBC doit diffuser des programmes d'information, d'éducation et de divertissement, mais l'annexe et l'agrément avec le secrétaire d'État reconnaissent les mêmes obligations de variétés et d'équilibre des programmes¹⁷⁴³. La Communication Act de 2003 va plus loin et de manière plus précise concernant la variété de programmes que doivent fournir les émetteurs de service public. L'article 264(4) prévoit (a) que les émetteurs de service public doivent assurer « *la fourniture de*

¹⁷⁴² G. BECHELLONI, « Le tre televisioni. Limiti e poteri della TV », Op cit.

¹⁷⁴³ Ces documents ne sont, à notre connaissance, pas disponibles au public. M. TRACEY, « Principles of Public Service Broadcasting », in *The decline and fall of Public Service Broadcasting*, OUP, 1998, p. 21

services [...] qui garantissent des programmes traitant d'un large éventail de thème » (a) [...] et (b) « la fourniture de services télévisuels qui [...] sont susceptibles de rencontrer les besoins et satisfaire les intérêts de différentes audiences aussi larges que possible ».

599. La Charte royale de 2006 dispose, parmi les *public purposes* que la BBC doit promouvoir l'éducation et l'apprentissage (article (4)(b)). Elle doit également « stimuler la créativité et l'excellence culturelle » (article (4)(c)). C'est cependant dans l'établissement des « *purpose remits* » établis par le Trust sur le fondement de l'article 24 de la Charte royale que l'on retrouve la nécessité d'adapter les programmes aux attentes et aux besoins du public, tout en ne renonçant pas à la vocation du service Public audiovisuel d'élargir les goûts et les connaissances de celui-ci. Ainsi, pour l'accomplissement de la fonction d'éducation et d'apprentissage, la BBC doit « *stimuler l'apprentissage informel à travers un large éventail de sujets et de questions pour toutes les audiences. La BBC doit permettre aux gens d'apprendre au sujet de nombreux sujets d'une façon qui leur semble accessible, amusant et stimulante* ». Elle doit également « *promouvoir et encourager des buts éducatifs formels pour les enfants et les adolescents et encourager l'éducation des adultes, en particulier en relation avec le développement des compétences. Elle doit maintenir son rôle clé dans la fourniture de programmes d'éducation formelle pour tous au Royaume-Uni, notamment les compétences pour l'apprentissage, le travail et la vie [...]* ».

600. La distinction entre « éducation formelle » et « éducation informelle » est sur ce point très intéressante. La BBC ne doit pas renoncer à ses missions originelles formelles. Toutefois, elle doit également inventer de nouvelles façons de s'adresser au public pour sa mission éducative, en prenant en compte non seulement les besoins, mais surtout les envies des téléspectateurs. Le terme « informel » pourrait même renvoyer à la programmation d'émissions ayant un but éducatif, sans que les téléspectateurs en soient forcément conscients. La définition des objectifs pour le troisième but d'intérêt général (qui prévoit que la BBC stimule la créativité et l'excellence culturelle) reflète le même mouvement de prise en compte des besoins et envies des téléspectateurs pour la mise en oeuvre de missions auparavant entendues dans un sens paternaliste. Ainsi, pour le Trust, « *la BBC doit promouvoir l'intérêt, l'engagement et la*

participation aux activités culturelles d'une audience nouvelle » et doit assurer une « *couverture appropriée du sport* ». « *La programmation de la BBC doit encourager les individus à prendre part à un large éventail d'évènements et activités culturelles et sportives* ». Cette phrase introduit le concept de réciprocité dans la mise en oeuvre des projets culturels : le téléspectateur n'est plus considéré comme passif, mais devient acteur de ce qu'il visionne. L'abandon de la vision élitiste de la culture est officiellement marqué. Enfin, la dernière phrase prévoit que « *Le divertissement doit rester une priorité pour la BBC. Les programmes de la BBC doivent distraire au sens d'engager, de passionner, de stimuler, ou encore de réjouir les audiences d'une façon manifestant l'excellence créative* ». Le divertissement peut être vu ici comme permettant d'attirer les spectateurs vers la création culturelle, mais il peut également être vu comme stimulant l'imaginaire collectif du public¹⁷⁴⁴.

La charte royale adoptée en 2016 reprend peu ou prou les mêmes conceptions. Le deuxième *public purpose* énoncé par la charte reprend la distinction entre contenus éducatifs spécialisés (ou formels)¹⁷⁴⁵ et contenus éducatifs informels¹⁷⁴⁶. La BBC doit fournir des productions de haute qualité dans beaucoup de genres différents et parmi un éventail de plateformes qui fixent les standards à l'intérieur du Royaume-Uni et à l'étranger. Ses services doivent être différents de ceux qui sont fournis ailleurs et doivent prendre des risques créatifs¹⁷⁴⁷. C'est une conception similaire qui est retenue en France par le législateur à partir des années 2000 (2).

2) Une offre diversifiée qui doit réunir tous les publics en France

601. En France, la loi Léotard de 1986 dispose dans sa version initiale qu' « *un cahier des charges fixé par décret définit les obligations des sociétés nationales de programmes et notamment celles qui sont liées à leur mission éducative, culturelle et sociale* ». Elle n'exprime

¹⁷⁴⁴ G. CAPELLO, *Il concetto di servizio pubblico radiotelevisivo*, Op cit, p. 19-20

¹⁷⁴⁵ « *La BBC doit fournir des contenus éducatifs spécialisés pour encourager l'apprentissage des enfants et des adolescents à travers le Royaume-Uni* ».

¹⁷⁴⁶ « *La BBC doit encourager l'apprentissage pour les individus de tout âge. Elle doit aider tout les individus à apprendre sur des sujets divers, par des moyens que ceux-ci trouveront accessibles, inspirants et stimulants* ».

¹⁷⁴⁷ La BBC doit « *Montrer la plus grande créativité, la meilleure qualité et des productions et services uniques* ».

alors pas encore de conceptualisation de la diversité des programmes et des publics qui aille plus loin que le triptyque originel. C'est la loi n° 2000-719 du 1er août 2000 qui introduit une définition pluraliste des missions de service public de l'émetteur public. L'article 43-11 de la loi Léotard dispose que France Télévision doit « *présenter une offre diversifiée de programmes en modes analogique et numérique dans les domaines de l'information, de la culture, de la connaissance, du divertissement et du sport* ».

602. Comme l'avait souligné K. Favro¹⁷⁴⁸, cette phrase n'exprime pas de vision conceptualisée de la mission de service public. Elle permet cependant d'introduire l'idée de diversité de programmes, diversité explicitée plus clairement par le cahier des charges de France Télévision. Il est ainsi inscrit dans le préambule de celui-ci que : « *[l'audiovisuel public] doit toucher le plus grand nombre de téléspectateurs possible, jouer de tous les genres et n'abandonner aucun public. Ses différentes antennes seront les instruments de sa diversité.* » Ce texte fait pour la première référence aux « genres » de programmes, qui doivent être divers, voire même exhaustifs. L'article 3 prévoit plus particulièrement que France 2 est une « *chaîne généraliste de la communauté nationale dont l'ambition est de réunir tous les publics autour d'une offre large et variée*¹⁷⁴⁹, se nourrissant *de toutes les formes de programmes dans leur dimension la plus fédératrice* ». Cette vision qui insiste sur la dimension populaire du média rappelle une phrase de Simons : « *il existe une relation nécessaire et structurelle entre la popularisation de la culture et la démocratisation de la politique* »¹⁷⁵⁰. En Italie, la conception généraliste du service public audiovisuel a encore des accents paternalistes (3).

3) Une conception encore assez paternaliste en Italie

603. Encore une fois, l'Italie se démarque légèrement des deux autres États en mettant surtout en exergue les programmes de genres « nobles » tels que les oeuvres théâtrales,

¹⁷⁴⁸ K.FAVRO, « Secteur public de la communication audiovisuelle et service public », Op cit, p. 250

¹⁷⁴⁹ Souligné par nous.

¹⁷⁵⁰ J. SIMONS, « Popular Culture and Mediated Politics: Intellectuals, Elites and Democracy », in J. CORNER et D. PELS (ed), *Media and the Restyling of Politics*, Sage, 2003, p. 171 spéc p. 186-7 cité par P. DAHLGREN, « Television, Public spheres and civic cultures », in J. WASKO, *A companion to television*, Blackwell companions in cultural studies, 2010, p. 411, spéc p. 418

cinématographiques : l'article 17§2 de la loi Gasparri repris par l'article 45§2 du Texte Unique dispose en effet qu' « *un nombre adéquat d'heures de diffusion télévisuelle et radiophonique dédiées à l'éducation, à l'information, à la formation, à la promotion culturelle, et en particulier à la valorisation des oeuvres théâtrales, cinématographiques, télévisuelles, même en langue originale ; ainsi que des oeuvres musicales reconnues de haut niveau artistique ou innovantes. Le nombre d'heures dédiées à ces programmes est défini tous les trois ans sur délibération de l'AGCOM. La diffusion des programmes cités à la lettre b) d'une façon proportionnée à toutes les plages horaires, incluant les heures de plus grande écoute...* ». Cette obligation législative de diffuser des programmes de genre « noble » aux heures de plus grande écoute n'est pas sans rappeler la pratique du « hammocking » dans la BBC de Reith. On retrouve toutefois la conception généraliste du service public audiovisuel dès l'article 1 du Contratto di Servizio 2010-2012 de la RAI. Celui-ci prévoit dans son 2 que « *La mission de service public consiste dans la garantie pour tous les téléspectateurs à un large éventail de programmation et une offre de transmissions équilibrées et variées, de tous genres [...]* ». Elle est surtout renforcée par la pratique, comme nous le verrons dans le chapitre 4.

Conclusion §1 :

604. L'expression d' « espace public », affranchie de sa connotation habermassienne, reste pertinente pour analyser le média cathodique¹⁷⁵¹ à travers la fonction culturelle et non seulement politique. P. Scannell met en avant la fonction essentielle de la télévision pour « resocialiser » la vie privée autour d'une culture publique et partagée¹⁷⁵². C. Giaccardi commente ce phénomène : « *Non seulement ce qui se produit dans un espace et un temps publics est ramené à une dimension privée, mais la sphère privée participe aussi de l'évènement public, elle en fait partie, elle constitue un tout avec lui [...]* »¹⁷⁵³. C. Bechelloni explique également que « *la télévision crée un lien social entre les personnes, en faisant de celles-ci un agrégat qui peut être*

¹⁷⁵¹ Idée également développée par J. DOVEY, *Freakshow: First Person Media and Factual Television*, Pluto Press, London, 2000 cité par P. DAHLGREN, *Ibid*, p. 415

¹⁷⁵² P. SCANNELL, *Radio, Television and Modern life*, Blackwell, London, 1996, cité par P. DAHLGREN, *Ibid*, p. 415

¹⁷⁵³ C. GIACCARDI, A. MANZATO, G. SIMONELLI, *Il paese catodico. Televisione e identità nazione in Gran-Bretagna, Italia e Svizzera Italiana*, Franco Angeli, 1998, p. 28

*sociologiquement appelé « masse »*¹⁷⁵⁴. La télévision ne peut jouer son rôle de lien social que s'il s'agit d'une télévision grand public, c'est-à-dire d'une télévision qui précisément s'adresse aux masses, et ce à travers une programmation variée et populaire, présentant tous les genres de programmes.

605. La qualité des programmes ne saurait donc être appréciée à travers le seul prisme de la place réservée à la culture classique préexistante que d'aucuns peuvent qualifier de « culture d'élite » ou de « culture académique », car on courrait alors le risque de voir la télévision reproduire les inégalités inhérentes à une définition normative de la culture, et les phénomènes d'inclusion/exclusion qui en résultent¹⁷⁵⁵. Mais comment, dès lors, qualifier la qualité, si elle ne peut être résumée à la culture d' « élite »? Dans la lettre du CSA, en mars 2008, le Conseil mettait bien en avant l'impossibilité d'adopter une conception « genrée » de la qualité. Il écrit ainsi que la première idée qui doit être écartée pour définir la programmation de service public serait « d'interdire certains genres aux chaînes publiques : pourquoi serait-il illégitime qu'elles diffusent des séries étrangères, des grands événements sportifs ou certains types de divertissement ? Ce qui est essentiel, c'est que le contenu même des émissions exprime la différence du service public¹⁷⁵⁶ (§2).

§2 La qualité du contenu des programmes

606. L'adoption d'une conception généraliste de la mission devant être mise en oeuvre par les chaînes publiques pose problème au regard de la différenciation de leur prestation avec celle des chaînes privées. Si les chaînes publiques doivent proposer des programmes de divertissement, de sport et de fiction, c'est aussi le cas des chaînes privées dont la programmation s'organise principalement autour des émissions de jeux, de magazines de société et de fictions. La mise en concurrence entre les chaînes, combinée à l'adoption d'une conception généraliste de la mission

¹⁷⁵⁴ G. BECHELLONI, « Le tre televisioni. Limiti e poteri della TV », *Problemi dell'informazione*, 1984, p. 156 cité par G. CAPELLO, *Il concetto di servizio pubblico radiotelevisivo*, Op cit, p. 26-27

¹⁷⁵⁵ Ou de « violence symbolique » pour reprendre les termes de Bourdieu V. P. BOURDIEU, J-C. PASSERON, *La Reproduction. Éléments pour une théorie du système d'enseignement*, Les éditions de minuit, 1970, et V. aussi P. BOURDIEU et J-C. PASSERON, *Les héritiers*, Les éditions de minuit, 1964.

¹⁷⁵⁶ CSA, La lettre, « Quelles exigences pour la télévision publique », Mars 2008, n° 214

de service public peut pousser les opérateurs publics à aligner leurs programmes sur ceux des chaînes privées. Si les genres de programmes proposés peuvent être les mêmes, il faut se demander ce qui peut différencier, au sein d'un même genre, deux programmes différents. La réponse se trouve dans le concept de qualité, qui bien qu'il soit communément employé par les textes de loi pour décrire le contenu des programmes des chaînes publiques, n'est jamais défini par ces mêmes textes. La tentative de définition du concept de qualité audiovisuelle constitue pourtant un objet de recherche important en sociologie de la communication, comme en atteste la quantité de travaux publiés sur ce sujet¹⁷⁵⁷. De l'aveu même des chercheurs sur le sujet, le concept de qualité émancipé de sa conception « genrée » est toutefois difficile à saisir, et donc à définir. Certains auteurs mettent en avant la dimension commerciale de l'utilisation même du concept de qualité : en suivant l'exemple américain de HBO¹⁷⁵⁸, certaines chaînes ont brandi leur réputation de produire des programmes de qualité comme une « marque »¹⁷⁵⁹, ce qui leur permettrait de se distinguer des chaînes commerciales, et de distinguer les programmes populaires des chaînes publiques de celles des chaînes privées. Pourtant, cette conception de la qualité, et encore plus le slogan d'HBO « It is not TV, it is HBO » emporte elle-même un dédain vis-à-vis du médium.

607. Définir la qualité de genres de programmes dits « populaires » tels que les divertissements et les fictions pourrait sembler une contradiction en soi. Le service public audiovisuel est lié à la tradition des Lumières et à la recherche de la rationalité et la croyance dans la capacité des individus à prendre le contrôle de leur vie¹⁷⁶⁰. La culture populaire qui prend

¹⁷⁵⁷ V. F. JOST(ed), *Pour une télévision de qualité*, INA éditions, 2014 ; Dossiers de l'audiovisuel, n° 61, INA/La documentation Française, mai/juin 1995 ; G. CAPPELLO, *Il concetto di servizio pubblico radiotelevisivo : l'evoluzione del dibattito su missione, impresa e programmazione*, RAI-ERI, 2001 ; F. ISEPI, V. BOSSI, *Il ruolo e la missione del servizio pubblico radiotelevisivo e l'etica di impresa*, RAI-ERI, 1988 ; dans la littérature anglo-saxonne, V. par exemple *European Journal of Cultural Studies*, 2004, Vol 7(3) consacré à la qualité audiovisuelle. V. notamment : L. VAN ZOONEN, « Popular qualities in public broadcasting », p. 275 ; D. ROWE, « Fulfilling the cultural mission. Popular genre and public remit », p. 381 ; D. BILTEREYST, « Public service broadcasting, popular entertainment and the construction of trust », p. 341

¹⁷⁵⁸ La chaîne HBO a bâti sa réputation sur la « Quality television » et adopte en 1997 le slogan : « It is not TV, it's HBO », ce qui permettait de mettre les programmes produits par HBO au-dessus de la mêlée, en battant en brèche l'idée selon laquelle la télévision serait un « art mineur ». V. K. AKASS et J. McCARE, « It's Not TV, It's Quality TV: Refining Television at HBO », en ligne.

¹⁷⁵⁹ J. ELLIS, « Scheduling : The last creative act on television », *Media, culture & society*, 2000(1), p. 25

¹⁷⁶⁰ L. VAN ZOONEN, *Op cit*, p. 277

ses racines dans l'oralité, le folklore et les coutumes a souvent été regardée comme à l'opposé de cette tradition, et a ensuite été associée au plaisir accessible sans réflexion¹⁷⁶¹, et à la consommation¹⁷⁶². Ainsi, l'inclusion de programmes dits « populaires » a d'abord été considérée comme un « mal nécessaire »¹⁷⁶³ ou encore « *une locomotive qui tirent les charriots qui comptent vraiment à l'intérieur de la station* »¹⁷⁶⁴.

608. Pourtant, cette conception a été remise en cause à partir du milieu des années 70. De nombreux auteurs ont montré comment la culture du quotidien répondait elle-même à une forme de rationalité, une rationalité plus diffuse et moins théorisée. Dans cette conception, mise en avant notamment par M. De Certeau, le mythe est loin d'être quelque chose de négatif : il constitue la totalité des références d'une société, le ciment social des idéologies collectives. Pour l'auteur, pionnier des études d'anthropologie de la culture, la culture au sens anthropologique du terme est tout ce qui résiste à la standardisation, à la vision imposée d'en haut par le pouvoir. Cette culture transcende la hiérarchie culturelle en créant une poétique sociale, et donne à l'existence collective et singulière, un sens profond à la vie¹⁷⁶⁵. Ainsi, pour J. Bianchi, à l'occasion de la fréquentation d'un feuilleton, « *chaque téléspectateur produit du sens pour sa propre existence plutôt qu'il ne cueille ce sens tout fait dans le matériel signifiant du feuilleton* »¹⁷⁶⁶. Pour l'auteur, l'injection dans la vie quotidienne, d'imaginaire par le feuilleton semble avoir un effet réalisant plutôt que déréalisant¹⁷⁶⁷. Dans l'expérience du feuilleton, Bianchi voit

¹⁷⁶¹ Les travaux de l'école de Francfort ont renforcé cette conception puisqu'ils considéraient les programmes de divertissement comme ayant pour but de détruire la conscience sociale, et la conscience qu'ont les individus de leur propre situation.

¹⁷⁶² L. VAN ZONEN, Op cit, p. 277

¹⁷⁶³ Ibid.

¹⁷⁶⁴ G. WOLFFENSBERGER, directeur de la chaîne publique néerlandaise in « The future of public broadcasting », guest lecture at the Department of Communication, University of Amsterdam, 14 mai 2001, cité par L. VAN ZONEN, Op cit, p. 277

¹⁷⁶⁵ V. M. DE CERTEAU, *La Culture au pluriel*, recueil d'articles, 1974 ; 3^e éd. corrigée et présentée par Luce Giard, Le Seuil, 1993 ; M. DE CERTEAU, *L'invention du quotidien, 1 : Arts et faire*, Gallimard, 1980 dans lequel l'auteur s'attache à mettre en lumière les comportements et les usages du téléspectateur qui fabrique du sens à partir de ce qu'il reçoit : ces travaux conduisent « *non seulement à mettre en lumière des pratiques disséminées, masquées par la prolifération des produits, mais aussi à concevoir la consommation comme une production, une poétique* » ; V. aussi C. JAVEAU, *Sociologie de la vie quotidienne*, PUF, 2^eme ed, 2011

¹⁷⁶⁶ J. BIANCHI, « La promesse du feuilleton. Structure d'une réception télévisuelle », *Réseaux*, n° 39, 1990, *L'invention du spectateur*, p. 7, spéc p. 8

¹⁷⁶⁷ Ibid, p. 16

une expérience liminale¹⁷⁶⁸, c'est-à-dire une expérience couplant de manière simultanée implication et recul, investissement et distance¹⁷⁶⁹. Ainsi, D. Pasquier considère-t-elle qu'au lieu d'être une perception cognitive, la consommation de séries télévisuelles est un réalisme émotionnel fondé sur des expériences personnelles. Pour elle, « *ce n'est pas une connaissance du monde, mais une expérience du monde* »¹⁷⁷⁰.

609. Ces quelques réflexions liminaires peuvent nous éclairer sur ce que signifie la qualité à l'intérieur d'une conception généraliste de la mission de service public. L'absence d'une définition, par les textes, de ce à quoi renvoie le concept de qualité, nous pousse à rechercher la définition communément acceptée du terme qualité. Pour le Larousse, la qualité renvoie à différentes acceptions : il peut s'agir de « *l'Aspect, manière d'être de quelque chose, ensemble des modalités sous lesquelles quelque chose se présente* », de « *l'ensemble des caractères, des propriétés qui font que quelque chose correspond bien ou mal à sa nature, à ce qu'on en attend* », de « *ce qui rend quelque chose supérieur à la moyenne : Préférer la qualité à la quantité* », et enfin de « *Chacun des aspects positifs de quelque chose qui font qu'il correspond au mieux à ce qu'on en attend : Cette voiture a de nombreuses qualités* », « *Trait de caractère, manière de faire, d'être que l'on juge positivement : Qualités morales. Des qualités de cœur* »¹⁷⁷¹. La première acception renvoie à l'essence de quelque chose, c'est-à-dire à ce que cette chose est, tandis que les quatre autres acceptions ont en commun la référence à une norme existant a priori pour déterminer ce qui est positif dans un objet donné. La première acception doit être écartée, car elle ne serait pas cohérente dans le contexte. Il est impossible qu'une norme juridique, ayant

¹⁷⁶⁸ La liminalité est un concept inventé par l'africaniste Turner et désigne, au sein des rites de passage, la phase intermédiaire, qui implique que les jeunes hommes puissent retourner au village et jouer le jeu des institutions et des hiérarchies sociales, le retrait provisoire des fonctionnements sociaux qui permet l'intense expérience des symboliques fondatrices. V. V. TURNER, *The ritual process*, Routledge and Kegan Paul, 1969, Repris en Penguin Books depuis 1974.

¹⁷⁶⁹ Ibid, p. 10

¹⁷⁷⁰ D. PASQUIER, « Les travaux sur la réception. Introduction » in P. BEAUD(ed), *Sociologie de la communication, Réseaux-CNET*, p. 735, spéc p. 740 ; V. aussi D. PASQUIER, « Télévision et apprentissages sociaux : les séries pour adolescents », in P. BEAUD(ed), *Sociologie de la communication*, Op cit, p. 811 et D. PASQUIER, *La culture des sentiments. L'expérience télévisuelle des adolescents*, Editions de la MHS, 1999

¹⁷⁷¹ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/qualité/65477?q=qualité#64734> consulté le 27/06/2018

pour fonction de prescrire des comportements, renvoie à l'essence de cette chose pour prescrire comment cette chose doit se présenter : cela reviendrait à formuler une tautologie.

610. Il faut donc d'abord reconnaître que la qualité est, dans le contexte de l'audiovisuel, un concept normatif¹⁷⁷², c'est-à-dire qu'elle renvoie à « *l'instrument de la volonté de substitution d'un état des choses des choses satisfaisant à un état des choses décevant* »¹⁷⁷³. À ce titre, la première norme que l'on pourrait dégager pour la définition du concept de « qualité des programmes » est évidemment la norme juridique, et donc le « *respect des engagements législatifs et du cahier des charges* »¹⁷⁷⁴. Cette définition est toutefois loin d'être suffisante. Considérer que le concept de qualité renverrait seulement au respect des normes juridiques reviendrait, pour le législateur à réaffirmer que les normes qu'il a adoptées doivent être respectées, ce qui va sans dire¹⁷⁷⁵. Il nous faut alors reconnaître que la qualité renvoie, pour le législateur, à des normes extérieures au système juridique, ce qui crée le problème, laissé sans réponse par le législateur des trois pays, de l'autorité compétente pour déterminer les critères de qualité.

611. Certains auteurs soulignent la possibilité de renvoyer cette définition aux experts¹⁷⁷⁶, aux spectateurs¹⁷⁷⁷, ou encore aux chaînes de télévision elles-mêmes¹⁷⁷⁸. Si la représentation de la qualité pour le public, les chaînes ou les journalistes est évidemment à prendre en compte, il

¹⁷⁷² En ce sens, V. F. JOST, « Comment parler de la qualité », in F. JOST(ed), *Pour une télévision de qualité*, INA, 2014, p. 11

¹⁷⁷³ G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, première édition 1966, PUF, 2015, 12^e édition, cité par F. JOST, *ibid.*

¹⁷⁷⁴ F. JOST, *Op cit*, p. 18 qui note que cette définition de la qualité avait été retenue par le Commissaire aux comptes pour qui la Commission d'appréciation de la qualité mise en place en 1976 devra « *accorder une importance à la conception d'ensemble des programmes, à leur équilibre, à leur conformité au cahier des charges, c'est-à-dire à leur fidélité à la mission que les sociétés de programmes doivent assurer auprès du public* » : CAC n° 1981 0124, article 101, sans date, sans doute 1976 ; V. aussi E. PUJADAS, « Télévision de qualité : thèmes et nouvelles perspectives ». in F. JOST(ed), *Op cit*, p. 29, spéc p. 34

¹⁷⁷⁵ Sur la multiplication des normes sans caractère prescriptif et ses effets pervers V. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996

¹⁷⁷⁶ G. CAPPELLO, *Op cit*, « 4) la qualità dal punto di vista degli esperti », p. 51

¹⁷⁷⁷ *Ibid*, « 3) La qualità dal punto di vista del telespettatore », p. 37 ; D'HAENENS, « Réalisations, réceptions et recherches. Optimiser le dialogue communicateur-télespectateur : un rôle pour le chercheur », *Réseaux*, 1996, n° 71, p. 112

¹⁷⁷⁸ *Ibid*, 5) « La qualità dal punto di vista dei broadcasters », p. 61

semble impossible pour le juriste, de choisir une de ces catégories qui soit compétente pour déterminer ce qu'est la qualité, auquel cas le législateur aurait renvoyé directement à cette catégorie. De plus, le renvoi à une norme posée par un groupe social en particulier semble poser problème épistologiquement. Cette difficulté est parfaitement exprimée par E. Cintra Torres¹⁷⁷⁹ : « *Alors que l'évaluation de la qualité s'opère quantitativement ou qualitativement dans plusieurs activités économiques, sociales, scientifiques et culturelles, nous avons historiquement non seulement bien des difficultés à évaluer les contenus et la télévision elle-même, mais en amont, à nous mettre d'accord sur la façon de le faire et même sur le bien-fondé d'une telle démarche (...). Il y a une certaine attitude de démissions dans l'univers scientifique à entreprendre cette tâche (...). On s'aperçoit qu'il y a un véritable désistement des scientifiques lorsqu'il est question d'évaluation. Elle est du ressort, nous dit-on du marché, ou tout du moins le marché doit être partie prenante de l'évaluation du fait que la télévision est une industrie (...). On remet ainsi l'évaluation dans les mains de l'audience, la démarche n'appartenant pas aux universitaires. Par conséquent, un des critères d'évaluation est, inéluctablement, le succès auprès des audiences, c'est-à-dire que dans la pratique, "le critère de l'audience devance(ra)it toute notion de qualité intrinsèque"*¹⁷⁸⁰ ». Or, comme le souligne l'auteure précitée, si l'univers scientifique admet le succès auprès des audiences comme un critère de qualité valable en substitution de critères qui lui soient propres, on accepte le critère du marché qui consiste à donner au public ce qu'il veut, balayant de la sorte la critique qu'adresse Aristote aux poètes qui « *suivent le public et s'accommodent à son goût* »¹⁷⁸¹. En ce qui concerne les critères définis par les chaînes elles-mêmes, ou les producteurs, elle n'est pas suffisante, car « *il est bizarre de s'évaluer soi-même dans une évaluation que l'on souhaite indépendante* »¹⁷⁸².

612. En l'absence d'une définition reposant sur des critères définis *extérieurement* disponibles juridiquement ou qui soit suffisante épistologiquement, la juriste que nous sommes doit

¹⁷⁷⁹ E. CINTRA-TORRES, « Comprendre et dépasser les difficultés de l'évaluation académique de la qualité à la télévision », in F. JOST(ed), *Pour une télévision de qualité*, Op cit, p. 43, spéc p. 52-53

¹⁷⁸⁰ D. McQUAIL, *Mass communication theory*, SAGE, 2010, p. 118, cité par E. CINTRA-TORRES, Op cit, p. 51

¹⁷⁸¹ ARISTOTE, *La poétique*, cité par E. CINTRA-TORRES, Ibid.

¹⁷⁸² E. CINTRA-TORRES, Ibid.

reconnaître, avec les sociologues de la télévision, que la qualité peut et doit être définie à travers des critères internes au média télévisuel¹⁷⁸³ et que les chercheurs ont un rôle central à jouer pour définir les critères de cette définition¹⁷⁸⁴. Avant de tenter de rassembler les critères qui ont été dégagés par les chercheurs, il nous faut exclure un critère que nous retrouverons dans la seconde partie. Il s'agit de la diversité, à l'intérieur de la grille de programmes, des genres de programmes, de leur contenu, de leur typologie et de leur style¹⁷⁸⁵. Ce critère renvoie en effet à la mesure de la qualité d'une chaîne de télévision, ou encore du système audiovisuel dans son ensemble, mais ne permet pas de saisir ce que pourrait être la qualité d'un programme en particulier. Or, ce avec quoi le téléspectateur est vraiment en contact, c'est le programme et non la programmation dans son ensemble¹⁷⁸⁶. Il semble que pour analyser la qualité d'un programme en particulier, il faille se référer au texte de ce programme, car il s'agit du « *seul matériel que le spectateur reçoit effectivement* »¹⁷⁸⁷. Il s'agit donc de s'appuyer sur les mots, les sons, les images, les décors, la réalisation, de la bande-son, du montage, et aussi du scénario, du récit, de la structure, du sujet et du ton et enfin de la présentation ou la performance des journalistes et des intervenants. Ces éléments internes au texte permettent d'analyser « la cohérence et l'intégrité stylistiques »¹⁷⁸⁸ de l'ensemble, son édification (vue comme un mixte de lisibilité et de complexité) ainsi que son originalité¹⁷⁸⁹. Ces critères ont l'avantage de pouvoir s'appliquer à tous les genres, car chaque genre a sa propre éthique et les textes peuvent donc être confrontés à l'éthique du genre dans lequel il est rangé¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸³ V. E. PUJADAS, Op cit, p. 34-35 : « Dans la seconde approche de la qualité des programmes, celle qui se concentre sur des critères internes, il existe un consensus préalable : le refus de toute notion de qualité qui ne prendrait pas en compte la spécificité du langage télévisuel ». Dans le même sens V. G. CAPPELLO, Op cit, p. 76

¹⁷⁸⁴ E. CINTRA-TORRES, Op cit, p. 51

¹⁷⁸⁵ V. C. LASAGNI, G. RICHERI, « La qualité de la programmation télévisuelle. Points de vues et critères de mesure dans le débat international », Réseaux, n° 70, 1995, p. 143, spéc p. 146

E. PUJADAS, « Télévision de qualité : thèmes et nouvelles perspectives », Op cit, p. 30-31

¹⁷⁸⁶ E. CINTRA-TORRES, Op cit, p. 54-55

¹⁷⁸⁷ Ibid, p. 57

¹⁷⁸⁸ S. CARDWELL, « Is quality television any good ? Generic distinction, evaluations and the troubling matter on critical judgment » in K. ASSAS et J. McCABE(ed), *Quality TV : contemporary American television and beyond*, Tauris, 2007, p. 30, cité par E. CINTRA-TORRES, Op cit, p. 54-55

¹⁷⁸⁹ L. JULLIER, *Qu'est-ce qu'un bon film ?*, La dispute, 2002, p. 46

¹⁷⁹⁰ E. CINTRA-TORRES, Op cit, p. 57

613. La qualité peut ainsi être analysée à l'orée de la capacité du programme à respecter les promesses ontologiques faites par la chaîne¹⁷⁹¹, tout en créant un texte original qui s'inscrit dans un processus de création, pour minimiser les phénomènes de standardisation inhérents à la télévision commerciale¹⁷⁹². La répétition des formes ou de la techné, c'est-à-dire des mêmes sortes d'images, de présentation, de réalisation ou encore de récits a en effet un impact direct sur le message diffusé et la façon dont le téléspectateur peut recevoir ce message.

614. Un autre critère dégagé par certains auteurs est celui de la relation entre le contenu du message et la réalité¹⁷⁹³. Ce critère ne concerne plus la forme, mais le contenu même du message transmis. Il s'agit de la capacité descriptive du programme, et de sa capacité à accéder au plus près possible à la réalité. Cette capacité descriptive est évidemment primordiale dans les programmes d'information et les programmes éducatifs, mais elle tient également un rôle majeur dans les programmes de fiction : une série ou un film peut être jugé par sa capacité à représenter de manière non erronée la réalité, ce qui permet au téléspectateur d'approfondir sa connaissance du monde intersubjectif¹⁷⁹⁴.

615. Cette relation entre contenu du programme et réalité, tout comme le respect par la chaîne de ses promesses ontologiques a un impact sur un autre critère mis en avant par certains auteurs : le concept de confiance¹⁷⁹⁵. La confiance est, dans nos sociétés, liée au capital social, car il permet à un groupe de personnes ou à une Nation de se retrouver autour d'une « autorité »,

¹⁷⁹¹ V. F. JOST, « La promesse du genre », Réseaux, n°81, 1997, p. 11, spéc p. 16 L'auteur donne un exemple de ce que peut constituer la promesse de la chaîne : « Soit une annonce de Bas les masques empruntant la forme suivante : « Mireille Dumas donne la parole aux exclus... ». Cette affirmation est un acte de discours indirect : sous l'assertion se cache la promesse que l'émission va (enfin) permettre à ceux qui sont d'habitude privés de parole de parler. Si, maintenant en tant que téléspectateur, je regarde l'émission avec un œil critique, il apparaît clairement que l'acte promissif passe par la qualification d'une relation de la télévision et de l'animatrice au monde - Mireille Dumas est une simple médiation entre les exclus et nous - qui occulte le geste génétique de la production de programme, à savoir le fait que l'enregistrement a été raccourci au montage, notamment en mettant l'accent sur l'écoute de l'animatrice, ce qui pourrait se dire autrement : grâce au montage, Mireille Dumas coupe la parole aux exclus... »

¹⁷⁹² G. CAPPELLO, Op cit, p. 20

Terme utilisé notamment par les grecs de l'antiquité qui désigne la production ou la fabrication matérielle. Elle s'oppose chez Aristote à la praxis, l'action concrète.

¹⁷⁹³ V. G. CAPPELLO, Op cit, 2) La quality come relazione tra contenuto e realtà, p. 31s

¹⁷⁹⁴ Ibid.

¹⁷⁹⁵ V. D. BILTEREYST, « Public service broadcasting, popular entertainment and the construction of the trust », European journal of cultural studies, 2004, p. 341

entendue comme un point de référence pour les connaissances¹⁷⁹⁶ et de partager des références communes. Dans les sociétés post-modernes, toutes les relations sociales sont basées sur une forme de confiance qui légitime ou délégitime les institutions. Cette confiance est basée sur une présomption tenant au caractère de l'institution (l'honnêteté, la fiabilité ou les bonnes intentions) ou aux compétences techniques (la qualité, les aptitudes, les connaissances)¹⁷⁹⁷. La présomption est toutefois réversible, car cette confiance inclut des formes d'incertitude, ou un risque d'être déçu. La qualité peut donc être également perçue à l'aune de la capacité à étendre la relation de confiance entre une chaîne et son public¹⁷⁹⁸. Les programmes dits « populaires » peuvent contribuer à ce processus en permettant à la communauté de se rassembler autour des programmes de référence.

Conclusion §2 :

616. L'absence d'une définition de la qualité par le législateur des trois pays, et l'impossibilité de définir la qualité seulement à travers le respect du cahier des charges nous a poussés à utiliser la sociologie de la communication pour rechercher les critères qui sont proposés par les auteurs. Il importe d'abord de reconnaître que la qualité ne peut être analysée qu'en référence à une norme, posée a priori, avec des critères. La qualité d'un programme, émancipé de la référence à un genre précis, peut être définie en rapport aux différents caractères du texte du programme, et notamment les caractères liés à la réalisation, à la narration et aux performances des acteurs/présentateurs ou journalistes. Ceux-ci peuvent être jugés par rapport à leur cohérence stylistique, leur lisibilité combinée à une forme de complexité, et enfin leur originalité. La qualité peut

¹⁷⁹⁶ Ibid, p. 349 qui s'appuie sur les travaux de A. GIDDENS, et notamment *Modernity and self-identity*, Polity Press, 1991 et « *Living in a post-traditional Society* », in U. BECK, A. GIDDENS et S. LASH(ed), *Reflexive modernization*, Polity Press, 1994, p. 56. Cet auteur conçoit la confiance comme liée à l'autorité et à la participation. Le rituel est important pour la confiance, car il fournit des preuves d'une communauté culturelle partagée. Dans les sociétés traditionnelles, l'autorité, entendue à la fois comme la capacité de commander sur les autres membres du groupe, et d'agir comme un point de référence pour la connaissance, est détenue par des « gardiens » qui sont doués de la sagesse et possèdent le pouvoir de formuler la vérité. Dans les sociétés post-traditionnelles, ces gardiens sont questionnés et remplacés par les experts, ce qui ouvre la voie à une autorité rationnelle et légale. La vérité autrefois basée sur des formules est remplacée par la croyance dans la possibilité de « remplacer » le savoir et la confiance est donc plus difficile à générer.

¹⁷⁹⁷ J.B. THOMSON, *Political scandal : Power and visibility in the Media Age*, Polity Press, 2000, p. 98 qui étudie en particulier la confiance dans les politiques, mais les assertions qu'il pose peuvent être étendues à la culture populaire.

¹⁷⁹⁸ V. D. BILTEREYST, Op cit, p. 351

ensuite être analysée à l'aune de la confiance qu'un programme permet de tisser entre la chaîne et ses téléspectateurs. À cet égard, le respect des promesses ontologiques de la chaîne sur son programme, combiné à une capacité à créer des effets de surprise qui s'inscrivent dans le pacte communicationnel doit être valorisé. Enfin, le lien effectif entre contenu et réalité doit être valorisé, car il participe à étendre le lien de confiance entre la chaîne et le téléspectateur, en permettant à celle-ci de se constituer comme un point de référence ou encore une institution d'autorité.

Conclusion Section 2 :

617. Le fameux triptyque informer, cultiver, distraire trouvera une consécration constitutionnelle à travers le principe de pluralisme interne. D'abord entendu dans son sens politique, comme la nécessité de donner voix à toutes les composantes de la société, le principe de pluralisme des programmes sera, après la libéralisation, considéré comme un avatar de la qualité de la programmation d'une chaîne. Face aux télévisions privées, qui, guidées par la recherche de l'audience, présentent une programmation homogène, se concentrant sur les genres engendrant le plus de bénéfices, les chaînes publiques doivent se distinguer en présentant une offre diversifiée.

618. Durant l'ère de la paléotélévision, au sein du triptyque informer, cultiver et distraire, les fonctions informatives et culturelles sont sans nul doute privilégiées par les gouvernants, la distraction n'étant considérée que comme une fonction nécessaire pour capter l'attention du public et l'attirer vers les genres nobles de l'information et des documentaires¹⁷⁹⁹. La réhabilitation de la culture populaire par les chercheurs, la crise de la définition de la culture d'élite¹⁸⁰⁰ après la Seconde Guerre mondiale ainsi que la reconnaissance de l'importance de la culture, populaire ou non, pour la construction des identités redonnera du crédit aux genres considérés comme moins nobles tels que les fictions et les jeux. Ceci pousse le législateur et le

¹⁷⁹⁹ V. L. VAN ZOONEN, « Popular qualities in public broadcasting », Op cit, p. 276 et I. ANG, *Desperately seeking the audience*, Routledge, 1991.

¹⁸⁰⁰ E. HOBBSBAWN, *L'âge des extrêmes : une histoire du court XXème siècle*, Complexe, 2000, première publication en anglais 1994, p. 645s ; V. aussi H. ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972, notamment p. 270s

pouvoir réglementaire à émanciper le principe de qualité de son acception genrée. Ceci n'aboutit toutefois pas à la reconnaissance de l'impossibilité de hiérarchiser les programmes entre eux¹⁸⁰¹. Il existe des critères disponibles pour distinguer les programmes qui, à l'intérieur de chaque genre, se distinguent des autres par leur niveau de qualité.

Conclusion Chapitre 2 :

619. Les équivalents fonctionnels que nous avons dégagés dans la section 2 de ce chapitre nous permettent de mettre en exergue ce que doit être le rôle des opérateurs publics dans un environnement libéralisé. Face à la multiplication des sources d'information avec le développement d'internet, mais aussi devant le développement des *fake news*¹⁸⁰², la télévision constitue le modèle type de l'espace public habermassien¹⁸⁰³. Alors que l'accès à l'information est de plus en plus fragmenté, l'audiovisuel public doit constituer un espace où tous les citoyens pourront exprimer des idées différentes et avoir accès à ces idées, en suivant un modèle rationnel. Sa légitimité, et son caractère universel doivent reposer sur la confiance que les téléspectateurs peuvent avoir dans les informations diffusées¹⁸⁰⁴, qui découle de l'honnêteté, du pluralisme et de l'indépendance de l'information vis-à-vis du pouvoir politique, mais aussi économique. Du fait de son caractère central dans la diffusion de l'information, il doit aussi jouer un rôle précurseur dans la façon dont les informations sont diffusées et dans le type d'informations diffusées pour

¹⁸⁰¹ V. C. BAKER, *Cultural studies : Theory and practice*, Sage, 2000, p. 259s qui voit dans la télévision un médiateur puissant pour la formation des identités et l'intégration sociale.

¹⁸⁰² Sur le phénomène des « fake news », V. Par exemple M. D'ANCONA, *Post-vérité, guide survie à l'ère des fake news*, Plein jour, 2018

¹⁸⁰³ Ainsi E. Macé écrit-il que « *Comme tout objet social, la télévision est une forme particulière de traduction des rapports sociaux en représentations culturelles. Faisons donc l'hypothèse, comme le suggère Antoine Hennion, que le média télévision doit être considérée comme une médiation, c'est-à-dire comme une forme spécifique de construction de la réalité sociale à travers les relations, les associations et les conflits multiples de l'ensemble des acteurs qui concourent à sa production* », E. MACÉ « Qu'est-ce qu'une sociologie de la télévision ? Esquisse d'une théorie des rapports sociaux médiatisés. 1. La configuration médiatique de la réalité », *Réseaux*, n°104, 2000, p. 245 ; V. aussi A. HENNION, « De l'étude des médias à l'analyse de la médiation », *Médiaspouvoirs*, n° 20, 1990, p. 39

¹⁸⁰⁴ D. BILTEREYST, « Public service broadcasting, popular entertainment and the construction of the trust », *European Journal of cultural studies*, 2004, p. 341 spéc p. 342

participer aux changements sociétaux, les accompagner et parfois les impulser¹⁸⁰⁵. C'est pourquoi les textes législatifs font aujourd'hui référence au principe de pluralisme culturel et non plus seulement au pluralisme d'opinions. Face à des sociétés de plus en plus multiculturelles, l'audiovisuel public doit encourager la compréhension des différentes cultures au sein d'une même société, tout en continuant à jouer un rôle inclusif pour la construction de la Nation.

620. La libéralisation et la multiplication des chaînes privées, dont le but premier est la recherche de l'audience la plus large, donnent également au service public audiovisuel une autre raison d'être. Financée par des fonds publics, non dépendante des annonceurs, celle-ci est la mieux à même de proposer une programmation diversifiée, au sein de laquelle les genres dits « populaires » ou de divertissement, cohabitent avec des programmes ayant une visée informative, mais aussi éducative, de façon formelle, mais surtout informelle. L'adoption d'une conception « large » du service public audiovisuel coïncide avec la réhabilitation par le courant sociologique des *Cultural Studies* de la culture populaire, mais surtout de la capacité des classes populaires à prendre de la distance avec ce qu'elles reçoivent, c'est-à-dire à interpréter, à décoder les contenus médiatiques en fonction de leur mode de vie et de leur vécu¹⁸⁰⁶. Les programmes de divertissement sont ainsi considérés comme nécessaires non seulement pour attirer les téléspectateurs vers d'autres genres considérés comme plus « nobles », mais également pour aider à la construction de la personnalité des individus, et pour la création de mythes communs à tous les individus constitués en Nation¹⁸⁰⁷.

Conclusion Titre 3 :

621. Nous avons tenté, dans ce titre, de dégager la spécificité de la mission du service public audiovisuel telle qu'elle résulte des textes législatifs et réglementaires. Cette spécificité est, après

¹⁸⁰⁵ E. Macé note toutefois, dans l'article pré-cité que « *la médiation de la télévision de masse ne reflète ni le monde « tel qu'il est » ni l'idéologie des groupes sociaux dominants, mais les ambivalences et les compromis produits par le conflit des représentations qui oppose dans l'espace public des acteurs inscrits dans des rapports sociaux de pouvoir et de domination* ». Cela signifie que si la télévision a effectivement des effets importants sur la construction de l'opinion publique, les rapports sociaux de conflits et de domination ont également un effet sur les produits diffusés à la télévision.

¹⁸⁰⁶ S. HALL, « Codage/décodage », première publication 1980, publié en français dans Réseaux, n° 68, 1994

¹⁸⁰⁷ V. D. ROWE, « Fulfilling the cultural mission », European journal of cultural studies, Op cit, p. 384s, qui analyse la diffusion du sport sur les chaînes de service public.

la libéralisation et la dérégulation ayant touché le secteur difficile à établir. La définition des missions de service public est, au sortir de cette période, très instable, les législateurs des trois pays semblant hésiter quant au rôle à donner à celui-ci, et ce malgré la consécration européenne et constitutionnelle de l'importance du rôle de la télévision publique dans la mise en oeuvre du pluralisme démocratique. La difficulté à dégager la spécificité des missions du service public audiovisuel résulte également de la régulation qui pèse encore sur les chaînes privées.

622. À partir des années 2000, il semble pourtant possible de dégager certaines spécificités dans les missions conférées aux chaînes publiques. Cette définition résiste aux démonstrations de certains courants économiques qui voudraient envisager les missions de service public en termes de « market failure » et impose, dans les trois États, une conception large du service public audiovisuel. Celui-ci est toujours considéré, au vu des textes législatifs, comme un espace public, au sein duquel les individus peuvent échanger des arguments honnêtes et divers pour former rationnellement une opinion. Le service public audiovisuel doit également contribuer, selon les textes législatifs et réglementaires, à la médiation des identités, grâce à la dialectique entre identités individuelles et identités collectives. Il doit donc assurer une représentation sociale des groupes d'individus les moins visibles de la société¹⁸⁰⁸.

623. Ces impératifs relatifs à la formation de la citoyenneté ne sont cependant pas suffisants les seuls à fonder la légitimité et la spécificité du service public audiovisuel. Face à l'homogénéisation des programmes qui découle de la dépendance des chaînes privées aux annonceurs, le service public, financé par des fonds publics, a pour vocation de proposer une grille de programmes diversifiés, c'est-à-dire appartenant à des genres différents et proposant des points de vue différents. Le principe de pluralisme ne comporte pas seulement, à la libéralisation du secteur, une dimension politique, mais s'applique aussi à la programmation même. L'adoption d'une conception large du service public audiovisuel pose toutefois problème vis-à-vis de ce pluralisme : si la légitimité de la diffusion de documentaires et de programmes d'information ne

¹⁸⁰⁸ Pour une définition de la représentation sociale V. D. JODELET, « Représentations sociales : un domaine en expansion », in D. JODELET (ed), *Les représentations sociales*, PUF, 2003, p. 45, spéc p. 53 : « C'est une forme de connaissance, socialement élaborée et partagée, ayant une visée pratique et concourant à la construction d'une réalité commune à un ensemble social ».

peut pas être remise en cause, c'est au contraire le cas des programmes de divertissement, qui appartiennent à des genres diffusés sur les chaînes privées. C'est pourquoi il est nécessaire d'adopter, dans l'analyse des programmes télévisuels des chaînes publiques comme des chaînes privées, une approche qui dépasse celle relative aux genres de programmes. Il est en effet possible, au sein de chaque genre, de dégager des critères pour évaluer la qualité d'un programme. Le principe de qualité est désormais émancipé de son ancien corollaire, la culture d'élite. Proposer une culture plurielle tout en maintenant un haut degré de confiance et de considération pour le public est aujourd'hui le défi du service public audiovisuel.

Conclusion Partie 1 :

624. La mise en place de la néo-télévision après la Seconde Guerre mondiale n'est pas sans faire écho à la théorie hauriouiste de l'institution, aux termes de laquelle l'institution est définie comme une « *idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social. Pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* »¹⁸⁰⁹. Dans cette théorie, l'institution d'un pouvoir organisé est le résultat d'une « *réaction subjective de certains individus*¹⁸¹⁰(en règle générale, les gouvernants) à *l'idée objective de l'oeuvre, il doit permettre à l'idée de se réaliser, et donc à l'entreprise de s'objectiver*¹⁸¹¹ : *d'acquérir une dimension sociale* »¹⁸¹².

625. La paléotélévision répond sans aucun doute à cette description : les gouvernants, réagissant à la nécessité d'éduquer la population (*idée d'oeuvre*), mettent en place la télévision publique, sous la forme d'un monopole (*un pouvoir avec des organes*), le tout constituant la « *réaction subjective des gouvernants* » à l'idée objective de l'oeuvre. Ces organes sont les mieux

¹⁸⁰⁹ M. HAURIOU, «*La théorie de l'institution et de la fondation*», in Cahiers de la nouvelle journée, p. 1-147, 1925

¹⁸¹⁰ E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », Droit et société, 1995, p. 381, spéc p. 395

¹⁸¹¹ Pour Hauriou, la société est composée d'éléments subjectifs et d'éléments objectifs, ces derniers étant entendus comme les éléments qui « *dépassent les consciences individuelles* », M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel* 1ère édition, 1923, Op cit, p. 59

¹⁸¹² E. MILLARD, Op cit, p. 395

à même de déterminer comment réaliser l'idée qui bénéficiera ensuite à l'ensemble de la population et acquerra donc une dimension sociale. Les manifestations de communion, qui doivent dans la théorie hauriouiste traduire l'adhésion des différents membres du groupe au fonctionnement général de l'institution¹⁸¹³, prennent la forme d'un assentiment de la majorité aux décisions de la minorité, que composent les gouvernants. Or, le fait même que les citoyens se fassent auditeurs ou téléspectateurs réguliers des chaînes du service public audiovisuel pendant le monopole pourrait être considéré dans la théorie haurouiste, comme une manifestation de communion, nonobstant l'absence de choix des téléspectateurs entre plusieurs services audiovisuels¹⁸¹⁴. Dans cette conception, une définition précise de la mission de service public n'est pas nécessaire, puisque les gouvernants sont supposés compétents pour permettre à l'idée de s'objectiver.

626. En réalité, cette conception, adoptée en France et en Italie, limite grandement le contrôle que les citoyens peuvent exercer sur la mise en oeuvre des missions de service public et elle permettra aux gouvernants d'utiliser l'institution du service public audiovisuel pour servir leurs finalités politiques et contrôler politiquement la télévision. Cette conception du service public audiovisuel ne résistera donc pas à la libéralisation du secteur et au passage de la paléo à la néo-télévision.

627. La libéralisation du secteur emporte à la fois une fragilisation du service public audiovisuel, mais également un renforcement des fondements normatifs de celui-ci, face à la nécessité de légitimation de la sauvegarde de la télévision publique. Le processus de dérégulation impulsé par le droit de l'Union européenne ainsi que la prévalence des doctrines néo-libérales a, à la fin du XXe siècle a conduit à des attaques répétées contre les services publics et a poussé les opérateurs publics à justifier leurs activités, et même leur existence¹⁸¹⁵. Toutefois, le secteur de l'audiovisuel ne répond pas à la même dynamique que d'autres secteurs libéralisés tels que

¹⁸¹³ Ibid, p. 398

¹⁸¹⁴ Dans la paléo-télévision, les spectateurs d'une émission constituaient un public ; mieux, une collectivité unie par la mobilisation d'un même tiers symbolisant (= par la mise en oeuvre des mêmes opérations de production de sens et d'affects) ; regarder la télévision était alors un acte social ; mieux, une opération de socialisation.

¹⁸¹⁵ D. ROWE, « Fulfilling the cultural mission », *European Journal of Cultural Studies*, Op cit, p. 382

l'électricité, le gaz, l'eau, et ce pour deux raisons. D'abord, parce que dans le secteur de l'audiovisuel, le financement public, du fait des caractéristiques économiques et sociologiques du secteur, a une influence directe non pas sur la survie économique des entreprises chargées de le mettre en oeuvre, mais sur la prestation proposée par ces entreprises et donc sur le contenu de la programmation et des programmes. C'est pourquoi le droit de l'Union européenne protège, à travers son protocole sur système de radiodiffusion publique dans les États membres, le financement public des entreprises publiques audiovisuelles chargées d'une mission de service public.

628. Comme nous l'avons vu, le principe de pluralisme érigé par la Cour constitutionnelle italienne et le Conseil constitutionnel français comme principe constitutionnel, ainsi que le principe d'égal accès à la citoyenneté au Royaume-Uni sont également des sources juridiques importantes pour protéger l'existence d'une télévision publique assurée et financée par l'État, mais aussi pour le contenu des programmes assuré par celle-ci. Le législateur a ensuite été amené à définir de manière beaucoup plus précise les missions que les opérateurs publics devaient mettre en oeuvre. Cette définition est, comme nous l'avons vu en introduction générale, et comme dans tous les secteurs régulés, une condition sine qua non de la légalité du financement public des entreprises publiques de radiodiffusion. Toutefois, si cette définition précise par l'État est une condition *indispensable*, elle n'est pas une condition *suffisante*. Il est en effet nécessaire que les opérateurs publics sus-mentionnés respectent effectivement les missions de service public telles qu'elles sont conférées par la loi et le pouvoir réglementaire, mais aussi que ce financement soit proportionnel aux missions de service public effectivement mises en oeuvre. C'est pourquoi il nous faudra, dans une seconde partie, nous intéresser aux modalités de mise en oeuvre, de contrôle de l'effectivité de la prestation, et de contrôle de la proportionnalité du financement public. Cette étude nous permettra de mettre en exergue le degré et les raisons de l'ineffectivité des normes encadrant la prestation de service public audiovisuel (Partie 2).

Partie 2 : La mise en œuvre de la notion de service public audiovisuel

629. L'étude que nous nous proposons de mener est une étude de l'effectivité des normes encadrant la prestation de service public audiovisuel, dont nous postulons qu'elle conditionne la légitimité du financement étatique de la télévision publique. En 1962, Paul Amselek relevait que la notion d'effectivité était trop mal définie pour être retenue par la science du droit¹⁸¹⁶. Si la notion est si hermétique, c'est probablement qu'elle renvoie à un nombre de sens important¹⁸¹⁷. Il s'agit alors d'envisager une définition stipulative, c'est-à-dire que l'on donnera à ce mot un sens spécifique pour les besoins de la discussion, dans un contexte donné¹⁸¹⁸. Cette définition ne sera alors « ni vraie, ni fausse, mais seulement opératoire pour un problème spécifique »¹⁸¹⁹.

630. Pour M-A. Cohendet, « *l'effectivité de la norme est la relation de conformité entre les comportements qu'elle décrit et les comportements réels* »¹⁸²⁰. Est « *effective une règle qui est respectée* ». Deux problèmes peuvent être soulevés par rapport à cette définition. D'une part, celle-ci fait écho aux critiques émises par J. Carbonnier dans son article « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit ». Celui-ci regrettait que « *l'on raisonne comme si l' (ineffectivité) n'était jamais que l'absence totale d'effectivité, ce qui supposerait, de son côté que l'effectivité est toujours parfaite, alors qu'il y a, en réalité toute une série d'états*

¹⁸¹⁶ P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, thèse, droit, Paris, 1962

¹⁸¹⁷ J. BETAÏLLE, Op cit, p. 14

¹⁸¹⁸ P-J. HURLEY, *A Concise Introduction to Logic*, Cengage Learning, 2007

¹⁸¹⁹ M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, 1989, n° 10, p. 102, la même remarque est faite par P-J. HURLEY, Op cit.

¹⁸²⁰ M-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité, validité », Op cit, p. 203

intermédiaires »¹⁸²¹. Pour Jean Carbonnier, l'ineffectivité est faite de degrés¹⁸²². J. Bétaille considère cette idée de degré comme primordiale pour la définition qu'il adopte de l'effectivité¹⁸²³ car la sociologie juridique enseigne en effet la nécessité « *de prendre une distance critique vis-à-vis de toutes les approches dichotomiques qui raisonnent en termes de respect/violation* »¹⁸²⁴. Il n'est pas possible de considérer avec M-A. Cohendet qu'est effective une règle qui est respectée, car la relation de conformité peut être analysée en des termes autres que binaires. Cette définition implique une opposition ferme entre Conformité-Non conformité, ou Respect-Non respect¹⁸²⁵, alors qu'une règle de droit peut-être respectée à certains égards, et non-respectée sur d'autres. « *Une norme n'est pas effective ou ineffective, elle est plus ou moins effective* » écrit l'auteur¹⁸²⁶.

631. S'interroger sur le respect de la norme implique de se demander si « *les comportements des destinataires de la norme, ou les normes qui lui sont inférieures sont conformes à la prescription que celle-ci induit* »¹⁸²⁷. Ainsi que le souligne J. Bétaille, l'effectivité de la norme semble être une notion plus large car « *un texte peut être apparemment appliqué sans qu'il produise des effets qui apparaissent comme recherchés (du fait de ses effets pervers)* »¹⁸²⁸. La notion d'effectivité implique donc de prendre en compte les effets recherchés, et de comparer les

¹⁸²¹ J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », L'année sociologique, Troisième série, Volume 9, p. 3

¹⁸²² J. CARBONNIER, Op cit, p. 17 : « *il apparaît que si le manquement à la règle est susceptible d'appréciation, c'est que l'ineffectivité de la règle est susceptible de degré. Croit-on que la règle qui impose à un débiteur de payer ses dettes soit d'une application indivisible ? Beaucoup de débiteurs paient mal, parce qu'ils paient en retard, quoiqu'ils paient. Dans les déclarations à l'enregistrement, les insuffisances (qui traduisent, en somme, une ineffectivité partielle de la loi fiscale), sont aussi fréquentes que les omissions (qui représentent une ineffectivité totale)* ».

¹⁸²³ J. BETAÏLLE, Op cit, p. 15-16

¹⁸²⁴ P. LASCOUMES, « L'analyse sociologique des effets de la norme juridique : de la contrainte à l'interaction », in A. LAJOIE et al. (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, Bruylant, 1998, p. 156, cité par J. BETAÏLLE, Ibid.

¹⁸²⁵ J. BETAÏLLE, Ibid, p. 16

¹⁸²⁶ Ibid. L'auteur cite à l'appui J. Carbonnier : « *Entre l'effectivité totale et l'ineffectivité totale, également exceptionnelles, c'est la grisaille de l'ineffectivité partielle qui domine* », J. CARBONNIER, Op cit, p. 116

¹⁸²⁷ J. BETAÏLLE, Op cit, p. 19

¹⁸²⁸ E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Op cit, p. 53

effets recherchés aux effets produits par cette norme dans la réalité sociale¹⁸²⁹. Nous adopterons donc, dans le cadre de cette étude, la définition de J. Betaille, pour qui l'effectivité est : « *le degré d'influence qu'exerce la norme sur les faits au regard de sa propre finalité* »¹⁸³⁰.

632. La recherche sur l'effectivité ou la-non-effectivité des normes, si elle intervient dans un premier temps n'est évidemment pas suffisante à notre étude. Il faut nous interroger ensuite sur la facteurs juridiques qui expliquent celle-ci. Durant notre recherche, nous avons été amené à dégager deux types d'explications à l'inaffectivité de la norme dans le secteur de l'audiovisuel public. Nous avons mis en avant des problèmes institutionnels, liés à l'encadrement dont font preuve les entreprises publiques de radiotélévision, et des problèmes liées au régime de financement, qui sont également représentatifs de la façon dont les pouvoirs publics considèrent le service public audiovisuel.

633. Dans un premier temps, nous nous intéresserons au problème de l'encadrement institutionnel de l'action de ces entreprises publiques. Nous mettrons en avant que l'encadrement de celles-ci par les autorités administratives indépendantes chargées de contrôler le respect de la norme par les entreprises présente des lacunes juridiques de taille, notamment en France. La gouvernance de ces entreprises est aujourd'hui insatisfaisante, car elle oscille, dans les trois pays, entre une dépendance à l'exécutif et un modèle tiré des entreprises privées. Or l'audiovisuel n'est pas une marchandise comme les autres et le service public est chargé de mettre en oeuvre les libertés fondamentales des citoyens.

¹⁸²⁹ Cette acception de l'effectivité ne doit pas être confondue avec l'efficacité de la norme, qui implique que les objectifs affichés, en amont, pour une loi, soient effectivement obtenus. L'efficacité d'une norme vise le rapport entre le discours sur la loi, et notamment les objectifs qui sont fixés par les gouvernants, et les effets qui résultent du dispositif. Autrement dit, l'efficacité « *renvoie au résultat de l'application – aux effets de l'effet* ». Alors que l'effectivité de la norme vise uniquement les conduites humaines, l'efficacité fait référence aux conséquences qui résultent de la norme une fois celle-ci appliquée effectivement. P. CONTE, « Effectivité, Inefficacité, Sous-effectivité, Sureffectivité... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle - Études offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2001, p. 128, cité par J. BETAÏLLE, Op cit, p. 19. Prenons pour exemple la loi supprimant la publicité sur les chaînes publiques après vingt heures qui a pour objectif affiché d'améliorer la qualité des programmes diffusés après vingt heures en les émancipant de la pression publicitaire. Cette norme est effective car elle a effectivement conduit les chaînes publiques à supprimer les pages de publicité après vingt heures, mais elle est complètement inefficace car elle n'a pas permis d'améliorer la qualité du contenu des programmes, ce qui était pourtant l'objectif affiché.

¹⁸³⁰ J. BETAÏLLE, Op cit, p. 17 P. Lascoumes définit ainsi l'effectivité comme le « *degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit* ». P. LASCOUMES, entrée « effectivité », in A-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2èd, LGDJ, 1993, p. 217

634. Dans un second temps, nous nous intéresserons au régime de financement du service public audiovisuel dans les trois Etats. Nous mettrons en avant, au niveau de l'Union européenne, et au niveau interne, les différences qui existent entre le discours juridique sur l'objet et son régime de financement.

Après avoir montré, avec des outils sociologiques, que les normes encadrant la prestation de service public audiovisuel sont relativement ineffectives (Titre 1), nous traiterons donc des explications institutionnelles de l'ineffectivité (Titre 2) et des explications liées au financement (Titre 3).

Titre 1 : L'effectivité relative du service public audiovisuel

635. Comme nous le rappelions dans l'introduction de cette partie, l'étude de l'effectivité de la norme implique de s'intéresser à la sphère sociale dans laquelle la norme est mise en oeuvre. Pour ce faire, le juriste doit s'approprier certains savoirs et outils des sociologues sans toutefois avoir pour but de créer un contenu de type sociologique. Il ne s'agira donc pas ici de tenter de créer des théories sociologiques sur la télévision, mais d'utiliser des savoirs formulés par des sociologues, pour améliorer notre connaissance juridique. Notre analyse aura donc pour objet d'étudier l'effectivité des normes législatives et réglementaires à travers des outils appartenant à l'analyse de contenu et aux sciences de la communication, pour répondre à la question de l'efficacité du contrôle effectué par les autorités de régulation.

636. Les sociologues rappellent que la difficulté de la méthode sociologique réside l'apparente discontinuité des multiples faits sociaux qui s'expriment dans la réalité sociale (la réalité sociale est multiple, et les différents faits, cadres ou échelles sont apparemment sans rapport les uns avec les autres). Pour autant, ces différents cadres sociaux ne prennent sens, et ne peuvent être expliqués sociologiquement que si ils sont replacés dans « phénomène social total »¹⁸³¹, qu'ils expriment toujours mais seulement *imparfaitement*¹⁸³². Il est donc nécessaire pour le sociologue de concilier l'adoption d'un plan d'attaque particulier (il est impossible d'étudier de manière exhaustive tous les aspects de la réalité sociale) tout en leur appliquant une vue d'ensemble qui

¹⁸³¹ Ce concept de phénomène social total a été forgé par M. Mauss dans *Essai sur le don*. V. M. MAUSS, *Essai sur le don. Formes et raisons de l'échange dans les sociétés primitives*, édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>, p. 102.

¹⁸³² V. G. GRANAI, *Technique de l'enquête sociologique*. in G. GURVITCH, *Traité de sociologie*, Tome I, chapitre VII, p. 135, PUF, 3e ed, 1967 : « Mais quel que soit le plan d'attaque choisi dans la réalité sociale, le sociologue doit demeurer fidèle à une intention méthodologique qui ne cesse d'être identique à elle-même en dépit de l'apparente diversité de l'objet auquel elle s'applique. Car la diversité des aspects saisis dans la réalité sociale suppose en même temps que soit reconnue l'unité profonde qui commande leur jeu complexe. Ici se fait jour cette contradiction (qui n'est qu'apparente) du phénomène social, qui commande le principe fondamental de la méthode sociologique : d'une part, la réalité sociale se spécifie en cadres, échelles, aspects divers, irréductibles les uns aux autres et discontinus les uns par rapport aux autres ; mais, d'autre part, ces cadres sociaux, ces échelles, ces aspects ne prennent leur signification véritable (et ne sont susceptibles, dès lors, d'être expliqués par le sociologue) que dans la mesure où l'investigation permet de les replacer dans le dont ils sont solidaires et qu'ils expriment toujours *imparfaitement* ».

permette d'analyser les faits sociaux observés¹⁸³³. Pour qu'elle soit valide, l'étude sociologique doit toutefois permettre de recouvrir les différents paliers, échelles et aspects de la réalité sociale¹⁸³⁴. Comme l'écrit E. Morin, *il est impossible de saisir la totalité des connaissances dans chaque sphère de la réalité sociale, et il est donc nécessaire de concentrer son effort sur les connaissances cruciales, les points stratégiques ou encore les articulations organisationnelles entre des sphères disjointes*¹⁸³⁵. Il est impossible d'analyser l'ensemble de la grille des programmes, tout comme l'ensemble des contenus de ces programmes. Il est donc nécessaire de mettre au point une méthode qui permette de répondre globalement et précisément à la question de l'effectivité des normes encadrant le service public audiovisuel sans étudier de manière exhaustive la grille des programmes. Le choix du plan d'attaque est donc primordiale.

637. Ce plan d'attaque a été mis au point suite à une observation libre, qui comme l'écrit C. Granai, *« fait largement place à l'intuition de l'enquêteur qui saisit les phénomènes auxquels ils s'intéresse dans leur double liaison avec l'ensemble social encore confusément perçu, d'une part, avec son expérience propre, d'autre part ; elle permet une organisation progressive des hypothèses de recherche et une première et provisoire délimitation du champ d'étude qui rend ainsi possible l'observation méthodique »*¹⁸³⁶. Cette phase « phénoménologique » de l'enquête est inévitable. Elle consiste en une observation globale du sujet étudié et permet de formuler des hypothèses de recherche à partir des points considérés comme cruciaux par l'enquêteur. L'observation libre laisse ensuite place à l'observation directe méthodique, qui est un procédé d'observation contrôlé¹⁸³⁷. *Ce procédé d'observation contrôlé intervient après que des*

¹⁸³³ Ibid : « La nature objective de la réalité sociale conduit donc le sociologue à envisager des totalités, quel que soit le plan d'attaque particulier qu'il adopte dans sa recherche. L'enquête ne saurait être sociologique qu'à la condition de n'opérer aucune mise entre parenthèse mutilante d'un aspect quelconque de la réalité sociale ».

¹⁸³⁴ V. G. GURVITCH, *La vocation actuelle de la sociologie*, 3^e éd., vol. I, Paris, 1963, p. 8 : « Cette nécessité de prendre en considération, comme l'indique ici-même Georges Gurvitch, « tous les paliers, toutes les échelles et aspects de la réalité sociale à la fois, d'emblée, en leur appliquant une vue d'ensemble » ».

¹⁸³⁵ V. E. MORIN, *La Méthode. La nature de la nature*, v. I, Seuil, Paris 1977, p. 19 La citation exacte est celle-ci : « L'effort portera donc, non pas sur la totalité des connaissances dans chaque sphère, mais sur les connaissances cruciales, les points stratégiques, les nœuds de communication, les articulations organisationnelles entre les sphères disjointes. Dans ce sens, l'idée d'organisation, en se développant, va constituer comme le rameau de Salzbourg autour duquel pourront se consteller et se cristalliser les concepts scientifiques clés »

¹⁸³⁶ G. GRANAI, *Op cit*, p. 138

¹⁸³⁷ Ibid, p. 138

*hypothèses de recherche ont été formulées, ce qui permet d'élaborer un plan raisonné d'observation*¹⁸³⁸.

638. Après le processus d'observation libre que nous avons réalisé durant les deux premières années, nous avons dégagé deux types de méthodologie nécessaire pour réaliser l'observation méthodologique contrôlée. D'un côté, il est nécessaire pour déterminer si la prestation proposée par les chaînes est effectivement diverse, de s'intéresser à l'entièreté de la grille des programmes. Cette première implique d'adopter une méthodologie majoritairement fondée sur l'observation globale de la grille des programmes (Chapitre 1), et non sur l'observation des contenus des programmes eux-mêmes. L'analyse du contenu des programmes devra intervenir dans une deuxième partie pour compléter l'observation globale de la grille des programmes (Chapitre 2).

¹⁸³⁸ Ibid, p. 138 : « *Il suppose que des hypothèses de recherche aient été formulées, à partir desquelles un plan raisonné d'observation pourra être élaboré. L'observation des phénomènes sociaux n'est pas, comme on pourrait le croire à première vue, un pur procédé narratif. La sociologie doit faire plus que de décrire les faits, elle doit, en réalité, les constituer. Les phénomènes sociaux, plus que tous autres, ne peuvent être étudiés en une fois dans tous leurs détails, tous leurs rapports. Ils sont trop complexes pour qu'on ne procède pas par abstractions et par divisions successives des difficultés* ».

Chapitre 1 : Analyse sociologique de la grille des programmes

639. Suite au processus d'observation libre, nous avons émis l'hypothèse selon laquelle le pluralisme de la programmation était loin d'être respecté. Autrement dit, nous avons émis l'hypothèse, durant la phase d'observation libre, d'une homogénéisation importante du contenu des programmes entre les chaînes publiques et les chaînes privées, mais également à l'intérieur même de la grille des programmes des chaînes publiques. Le pluralisme de la programmation est une mission qui est présente dans les trois Etats. L'article 3 du cahier des charges dispose que « *France 2 : chaîne généraliste de la communauté nationale dont l'ambition est de réunir tous les publics autour d'une offre large et variée, se nourrissant de toutes les formes de programmes dans leur dimension la plus fédératrice* ». Cette obligation est également présente en Italie, à travers la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les obligations législatives, et reprise par l'Article 2 du contrat de service 2010-2012 qui dispose que « *La mission de service public, en particulier consiste à garantir à l'ensemble des utilisateurs une gamme importante de programmes et une offre de transmissions équilibrées et variées, de tous les genres* ». Cette obligation est reprise par l'Article 3 du contrat de service de 2018 : « *La Rai en outre tenue de promouvoir l'amélioration de la qualité de l'ensemble de son offre, qu'elle doit poursuivre à travers les objectifs suivants :*

- a) *atteindre les divers publics à travers une variété de l'ensemble de la programmation, avec une attention particulière aux offres qui favorisent la cohésion sociale ;*
- b) *expérimenter avec une approche originale, des nouveaux formats et langages visuels et textuels* ».

La diversité de programmation est une obligation également présente au Royaume-Uni, bien qu'elle soit formulée de manière plus diffuse. Ainsi le troisième but d'intérêt public formulé dans la charte royale dispose que la BBC doit « *montrer les services et les programmes les plus créatifs, de la plus grande qualité : elle doit fournir des programmes de grande qualité, de différents genres et parmi un éventail de services et de plateformes qui posent les standards à l'intérieur du Royaume-Uni et à l'international* ».

640. Deux types d'observation directe méthodique ont d'abord été formulées, c'est-à-dire que

nous avons élaboré deux plans raisonnés d'observation pour déterminer si l'impératif de pluralisme de la programmation était respecté. Comme le rappellent les sociologues de la télévision, le sens à la télévision s'organise d'abord en fonction des genres de programmes¹⁸³⁹, celui-ci constituant une porte d'entrée à l'analyse de la programmation. Le classement par genre peut être défini comme l'inclusion d'une émission à l'intérieur d'une catégorie générale préalablement définie¹⁸⁴⁰. Nous avons considéré que les formulations utilisées dans les différents textes et décisions française¹⁸⁴¹ et italienne¹⁸⁴², même si elles ne contiennent pas le terme « genre » en Italie), et pouvait renvoyer à une analyse sociologique en terme de genre. Ce classement en terme de genre, qui à la base de notre premier plan raisonné d'observation présente deux avantages en terme de méthodologie : il permet de donner une première réponse assez globale à la question de savoir si le pluralisme de la programmation est respectée et il facilite l'adoption d'une méthodologie quantitative.

641. Le premier plan raisonné consistait à calculer le pourcentage de temps d'antenne dédié à chacun des genres sur les deux chaînes publiques les plus regardées de chaque Etat. C'est la méthodologie que nous avons utilisée pour analyser les programmes en journée dans les trois Etats et pour déterminer si l'impératif de diversité de programmation était effectif (Section 1). En France, le cahier des charges formule des obligations très précises concernant les différents genres de programmes devant être présentés au public, ce qui n'est pas le cas dans les autres Etats. Notre deuxième plan raisonné d'observation a donc eu pour base les dispositions du cahier des charges relatives aux types de programmes devant être diffusés par les chaînes publiques. Il consiste en une observation planifiée et raisonnée, de la grille de programmation sur un an pour y rechercher les programmes diffusés pour répondre à ces obligations (Section 2).

¹⁸³⁹ V. notamment F. JOST, *Introduction à l'analyse de la télévision*, Ellipses, 3ème ed, 2007, p. 20s ; F. JOST, *Comprendre la télévision et ses programmes*, Armand Collin, 2ème ed, 2009, p. 39s ; J. BOURDON, « Proposition pour une sémiologie des genres audiovisuels », *Quaderni*, 1988, n°4. *Les mises en scène télévisuelles*, p. 19 et F. JOST, « La promesse du genre », *Réseaux*, 1997, n° 81. *Le genre télévisuel*, p. 11

¹⁸⁴⁰ J. BOURDON, Op cit, p. 19

¹⁸⁴¹ « *l'offre large et variée se nourrissant de toutes les formes de programmes* » à l'article 3 du cahier des charges.

¹⁸⁴² « *une variété de l'ensemble de la programmation (...)une approche originale, des nouveaux formats et langages visuels et textuels* » à l'article 3 du Contrat de service de la RAI.

Section 1 : Analyse de la grille des programmes en journée avec méthode quantitative

642. Suite à l'observation libre que nous avons réalisé, nous avons formulé l'hypothèse selon laquelle il existait, sur les deux chaînes publiques les plus regardées dans chaque Etat, une homogénéisation des programmes entre eux. Nous nous sommes d'abord appuyés, comme le préconisent les sociologues de la télévision, sur le genre des programmes pour tenter de prouver notre hypothèse (§1). Toutefois, comme l'expliquent les sociologues de la télévision, le genre n'est aujourd'hui plus suffisant à déterminer le contenu d'un programme, puisque certains genres, tels que le magazine, recouvrent des contenus très hétérogènes. Suite à cette observation quantitative s'appuyant exclusivement sur le genre des programmes, nous nous sommes intéressés au thème dominant de chaque magazine, pour déterminer si les thèmes abordés étaient différents les uns des autres (§2).

§1 Analyse purement quantitative fondée sur le genre des programmes diffusés

Nous expliciterons dans un premier temps la méthode utilisée (A) puis nous nous intéresserons aux résultats de l'analyse (B).

A) Méthodologie utilisée pour le premier plan méthodique raisonné

643. Le premier plan méthodique raisonné consistait en une analyse quantitative : il s'agissait de déterminer la part consacrée à chaque genre dominant dans la programmation totale en journée. Il fallait donc pour cela :

1) Ranger chaque programme à l'intérieur d'un genre. Les catégories furent déterminées à partir de l'exemple français en prenant en compte les genres utilisés par le CSA, ainsi que ceux utilisés par les magazines comportant la programmation télévisuelle. Nous avons observé que ces catégories se retrouvaient également sur la BBC et sur la RAI. Le choix des catégories découle d'une première grande distinction, très importante pour l'étude de la télévision : celle de

l'opposition entre programmes de flux et programmes de stock. Tandis que les programmes de flux sont destinés à être vus une seule fois, après quoi ils perdent leur valeur première¹⁸⁴³, les programmes de stock (aussi appelés programmes de catalogue) conservent leur valeur indépendamment du nombre de diffusions¹⁸⁴⁴. Les programmes de flux comprennent les émissions de plateaux ainsi que le sport, tandis que les programmes de stock sont des programmes qui ne sont pas construits à partir d'un plateau et avec des présentateurs. Il s'agit principalement des fictions et des documentaires. À partir de cette *summa divisio*, nous avons retenu les genres suivants : information (journaux télévisés), fiction (programmes de stocks représentant des faits fictifs), documentaire (programmes de stocks ayant pour objet des faits réels), magazine (programmes de flux, faisant intervenir des présentateurs, et visant à apporter une connaissance spécifique au spectateur. Il inclut les talk-shows non politiques) magazine d'information (programmes de flux faisant intervenir des présentateurs et/ou des invités sur des sujets d'actualité), spectacles vivants (programmes de flux dédiés aux arts vivants), télé-réalité (programmes de flux faisant intervenir des participants dont le spectateur peut suivre la vie réelle), jeux (programme de flux incluant une compétition entre plusieurs participants), sports, émission jeunesse (dessins animés, programmes de stock).

2) Calculer le nombre de minutes de diffusion pour chaque genre.

3) Calculer le nombre de minutes de diffusion totale de la programmation « journée » sur une chaîne. Ce calcul repose sur un choix, celui d'exclure les programmes de soirée, car la programmation varie en soirée d'un jour à l'autre, tandis qu'elle est la même tous les jours pour les programmes de journée. Il a fallu également déterminer l'heure à partir de laquelle terminait la programmation « journée ». Ce choix a été différent dans les trois États, pour des raisons sociologiques liées aux horaires, de dîner et de soirée. Ainsi, la programmation « soirée » commence en France à 21 heures, après le Journal télévisé, tandis qu'elle commence au Royaume-Uni après le dîner, aux alentours de 19 heures.

¹⁸⁴³ V. « Programmes de flux et programmes de stock », in Les clés de l'audiovisuel, en ligne : <https://clesdelaudiovisuel.fr/Connaitre/Les-programmes-audiovisuels/Programmes-de-flux-et-programmes-de-stock>

¹⁸⁴⁴ Ibid.

4) Effectuer un pourcentage à partir du nombre de minutes de diffusion consacré à chaque genre divisé par le nombre de minutes total de la programmation « journée ». Le calcul du pourcentage dédié à chaque genre, dans une journée, sur chaque chaîne était la première étape de notre raisonnement pour déterminer s'il existait effectivement une diversité des genres présentés au public comme le prévoient les textes législatifs et réglementaires. Il nous faut présenter les résultats obtenus (B).

B) Résultats obtenus : une plus ou moins grande homogénéité des genres selon les États

644. Sur France 2, on observe que le genre Magazine représente 56,9% du temps d'antenne total entre 6 heures et 21 heures. Les jeux représentent 26,3% du temps d'antenne total, l'information 14% et la fiction 2,8%. Il y a donc une prédominance très importante du genre « magazine » diffusé sur cette chaîne, ce qui ne favorise pas, a priori le pluralisme des contenus. Sur France 3, 39,7% sont dédiés aux magazines (33% aux magazines concernant la culture régionale contre 6,7% aux magazines autres), 18,6% dédiée à la fiction (15,5% à la fiction non française contre 3,1% à la fiction française), 17% aux jeux, 13,9% dédié aux émissions de jeunesse et 8,8% aux informations. Le pluralisme des contenus semble plus important sur cette chaîne puisque les magazines ne représentent « que » 39,7%, et la proportion consacrée à chacun des autres genres (notamment la fiction, les émissions de jeunesse, et les jeux) est plus équilibrée.

645. Sur la BBC 1, on observe que 36 % du temps total d'antenne en journée (jusqu'à 20 heures) est consacré aux informations, tandis que 30% sont consacrées aux magazines de divertissement, 16% aux jeux, 13% à la fiction et 6% à la télé-réalité. La programmation semble donc à première vue assez diversifiée, et on note que contrairement au cas français, c'est à l'information que la chaîne consacre le plus de temps pendant la journée. Sur la BBC 2, c'est aux magazines de divertissement qu'est consacrée la part la plus importante d'antenne durant la journée avec 25% de temps d'antenne, suivi de près par les magazines d'information avec 24% de temps d'antenne, suivis eux-mêmes de près par les jeux (19%) et les documentaires (17%).

5% du temps d'antenne total est consacré à la télé-réalité et 3% à l'information (pages d'information qui ne font pas partie des magazines d'information).

646. Sur la RAI 1, ce sont les magazines de divertissement qui représentent la plus grande part de temps d'antenne en journée avec 47%, suivis par les magazines d'information avec 19%, les informations elles-mêmes avec 17%, les jeux (11%) et les fictions (6%). Sur la RAI 2, ce sont les fictions qui représentent la plus grande part de temps d'antenne en journée avec 36%, suivies par les magazines de divertissement avec 34% du temps d'antenne, les magazines d'information (10%), les pages d'information (7%), les jeux (3%) et le sport (3%).

647. De toutes ces chaînes, c'est la BBC 2 semble présenter le profil le plus diversifié jusqu'à présent, quatre genres dépassent les 15% (les magazines de divertissement, les magazines d'information, les jeux et les documentaires). Aucun de ces genres ne dépasse les 30%. La BBC 2 est également la seule chaîne à présenter des documentaires en journée. Sur BBC 1, trois genres dépassent les 15% (les jeux, les magazines de divertissement, et l'information) dont deux dépassent les 30%. On note que 5 genres sont représentés durant la journée. La RAI 1 présente un profil moins diversifié : seuls trois genres dépassent les 15% (les informations, les magazines de divertissement et les magazines d'information), dont un dépasse les 40% (les magazines de divertissement). Si l'on additionne les pages d'information avec les magazines d'information, on réalise que seuls deux genres dépassent les 15% : les informations et les magazines de divertissement. Ces deux genres atteignent à eux deux 83% du temps d'antenne. Sur la RAI 2, seuls deux genres dépassent les 15% (les fictions et les magazines de divertissement). Toutefois si l'on additionne les magazines d'information avec les pages d'information elles-mêmes, on arrive à un total de 17%, ce qui signifie que trois genres pourraient dépasser les 15%. La RAI 2 semble présenter un profil plus diversifié que RAI 1. Les chaînes françaises semblent présenter le profil le moins diversifié. Sur France 3, trois genres dépassent les 15%, mais l'un atteint presque les 40% tandis que les deux autres plafonnent entre 15 et 20%. Sur France 2, seuls deux genres atteignent les 15% (les magazines de divertissement et les jeux), dont l'un dépasse le seuil de 50% d'antenne (les magazines de divertissement). Il faut également souligner que France 2 et France 3 sont les seules chaînes sur lesquelles les informations, combinées aux magazines

d'information n'atteignent pas 15% de temps d'antenne, ce qui pour des chaînes de service public est assez préoccupant.

Conclusion §1 :

648. Pour résumer, sur la RAI 1, une place très importante est donnée aux magazines d'information et aux magazines de divertissement. Sur RAI 2, les magazines de divertissement et d'information sont complétés par les fictions. Sur la BBC 1, les magazines de divertissement et d'information ne sont pas complétés par des fictions, mais par des jeux. La BBC 2 semble présenter le profil le plus diversifié puisque les magazines d'information et de divertissement sont complétés par les jeux et les documentaires. France 2 et France 3 présentent un profil différent, car une place moindre est donnée à l'information. Ce sont les magazines de divertissement et les jeux qui remplissent presque entièrement les cases « journée » sur France 2, tandis que sur France 3, les magazines de divertissement et les jeux sont complétés par les fictions, et les émissions jeunesse (les dessins animés).

649. Cette étude nous donne des indices importants sur la composition globale de la programmation. Elle met notamment en avant la place très importante donnée au genre du magazine de divertissement, qui est une émission de flux, dans les trois États et sur toutes les chaînes. Elle met également en avant la singularité du modèle français, qui contrairement au Royaume-Uni et à l'Italie ne donne pas une place importante à l'information et aux magazines d'information politique, ni sur France 2 ni sur France 3. Cette étude met également en avant le fait que la BBC présente le profil le plus diversifié en termes de genres de programmes, et que la BBC 2 est la seule à présenter des documentaires durant la journée.

650. Toutefois, cette étude purement quantitative n'est pas suffisante. À partir du moment où il est le fait de l'inclusion d'une émission à l'intérieur d'une catégorie *préalablement définie* par l'auteure, le classement par genre est réducteur, puisqu'à l'intérieur d'un même genre (par exemple les magazines) peuvent se côtoyer des programmes dédiés à différents sujets sans aucun lien les uns avec les autres¹⁸⁴⁵. La prééminence des magazines que nous retrouvons sur toutes les

¹⁸⁴⁵ V. F. JOST, *Comprendre la télévision et ses programmes*, Op cit, p. 50 et 109

chaînes, tous États confondus doit nous pousser à nous intéresser plus précisément au thème que permettent d'aborder ces magazines. En d'autres termes, il est nécessaire de s'intéresser plus précisément à la nature du programme présenté, à l'intérieur de la catégorie du genre choisie. Cette méthode a fait apparaître une grande homogénéité des thèmes abordés dans les programmes de journée dans chaque pays (§2).

§2 Une grande homogénéité des thèmes abordés dans les trois États

Si la prééminence d'un ou deux genres de programmes peut laisser penser que l'obligation de présenter des programmes diversifiés n'est pas remplie, il est nécessaire de s'intéresser au contenu textuel des programmes diffusés : un magazine peut en effet présenter de nombreuses caractéristiques différentes, et il est possible que la RAI, la BBC comme France Télévisions présentent des magazines très divers tout au long de la journée. Nous étudierons dans un premier temps les thèmes des différents programmes de la journée au Royaume-Uni (A) puis en France (B) et enfin en Italie (C).

A) Thèmes des programmes au Royaume-Uni

Nous présenterons d'abord les thèmes des programmes sur BBC 1 (1) et ensuite sur BBC 2 (2).

1) La très grande homogénéité des thèmes abordés sur BBC 1

651. Le premier magazine de divertissement de la journée est intitulé « Countryfile winter diaries » se concentre sur les animaux : une équipe de journalistes est chargée de partir se renseigner sur des anecdotes, historiques ou contemporaines concernant des animaux, apprivoisés ou en liberté, au Royaume-Uni, mais aussi dans le monde entier¹⁸⁴⁶. Un des magazines, intitulé « Home under the Hammer » a pour objet la découverte de belles propriétés en Europe. Les journalistes vont à la découverte de ces magnifiques propriétés¹⁸⁴⁷. Dans le

¹⁸⁴⁶ V. le site de l'émission « Countryfile winter diaries » sur le site de la BBC : <https://www.bbc.co.uk/programmes/b08fnwry>

¹⁸⁴⁷ V. le site de « Home under the Hammer » sur le site de la BBC : <https://www.bbc.co.uk/iplayer/episode/b0c43d3c/homes-under-the-hammer-series-22-episode-76>

magazine « Escape to the country »¹⁸⁴⁸, les présentateurs aident des familles à trouver la maison de leur rêve dans tout le pays, avec une somme limite. Dans « Flog it », le présentateur accompagné d'antiquaires visite des endroits historiques du Royaume-Uni. Les antiquaires présentent des pièces qui sont mises aux enchères telles que des bagues royales, des scripts d'une série, des vinyles ayant appartenu aux Beatles. Le présentateur en profite pour effectuer une présentation historique (très rapide) de certains endroits¹⁸⁴⁹. Le magazine « Claimed and shamed »¹⁸⁵⁰ présente des fraudeurs aux assurances qui sont surpris par la caméra. Lors d'une émission, par exemple, un demandeur « se fait passer un savon »¹⁸⁵¹ lorsqu'il tente de réclamer deux fois pour une paire d'écouteurs de très bonne qualité.

652. En ce qui concerne la catégorie « jeux », l'un d'entre eux, « Best House in Town »¹⁸⁵² consiste en une compétition entre des propriétaires pour déterminer qui a la plus belle maison de la ville. Dans « Bargain Hunt », deux équipes s'affrontent pour trouver des objets susceptibles de réaliser les meilleurs profits durant une vente aux enchères¹⁸⁵³. Le jeu « Pointless » consiste en un test dans lequel les participants doivent « sonder les profondeurs de leur culture générale »¹⁸⁵⁴ en tombant sur la réponse à laquelle personne n'aura pensé. Enfin, l'émission de télé-réalité « Wanted down under revisited » est la continuation de la précédente émission « Wanted Down Under » dans laquelle les présentateurs suivaient des familles anglaises tentant de s'installer à l'étranger. Au total, si l'on additionne les jeux et les magazines, on constate que trois émissions ont pour thème la décoration ou l'achat de maisons (« Home under the Hammer », « Escape to the country », « Best house in town ») tandis que deux émissions ont pour thème les antiquités et les enchères (« Bargain Hunt » et « Flog it »). Sur BBC 2, les thèmes semblent être plus diversifiés (2).

¹⁸⁴⁸ V. <https://www.bbc.co.uk/iplayer/episode/b0b6118y/escape-to-the-country-series-18-52-gloucestershire>

¹⁸⁴⁹ V. <https://www.bbc.co.uk/iplayer/episode/b0c4crvm/flog-it-series-16-22-glemham-33>

¹⁸⁵⁰ V. <https://www.bbc.co.uk/iplayer/episode/b0c47ncz/claimed-and-shamed-series-10-30-minute-versions-episode-15>

¹⁸⁵¹ Traduction littérale de l'expression utilisée sur le site.

¹⁸⁵² <https://www.bbc.co.uk/iplayer/episode/m0002pcc/best-house-in-town-series-1-9-st-albans-wildcard>

¹⁸⁵³ <https://www.bbc.co.uk/programmes/b006nb9z>

¹⁸⁵⁴ Traduction littérale de l'expression utilisée sur le site.

2) Des thèmes plus diversifiés sur BBC 2

653. Sur BBC 2, deux magazines traitent également de biens historiques et d'antiquités à l'intérieur du Royaume-Uni : « Antique roadshow » et « Antique roadtrip », le second étant focalisé sur la recherche d'antiquités à vendre aux enchères. L'un des jeux est une rediffusion du jeu « Best house in town » qui est diffusé sur BBC 1. Les thèmes sont toutefois plus diversifiés sur cette chaîne : le magazine « Full stream ahead » est une série qui explore l'expansion des chemins de fer sous l'ère victorienne. Trois émissions sont consacrées à la nature : deux séries de documentaires sur les animaux « The wonder of animals »¹⁸⁵⁵ et « Natural world »¹⁸⁵⁶ et un magazine traitant de géologie et d'océanographie (« Richard Hammond's Journey to »¹⁸⁵⁷). Le programme « Think tank » est un jeu de chance et de connaissance. Enfin, le programme considéré comme de la télé-réalité s'intitule « Saving Life at sea » : il consiste dans l'exploration de l'institution « the royal national lifeboat institution » qui sauve les citoyens en mer. Le magazine suit, durant chaque épisode, une tentative de sauvetage, tout en expliquant, mais aussi en dramatisant celle-ci.

654. L'observation des thèmes des programmes permet de relativiser l'affirmation selon laquelle les programmes de la BBC sont diversifiés. On observe en effet une grande redondance dans les thèmes évoqués dans les magazines, notamment sur la BBC 1, où au cours d'une même journée, 3 programmes ont pour thème des maisons et deux émissions les antiquités aux enchères. Si l'on y ajoute le programme de la BBC 2, ce sont quatre émissions qui sont dédiées aux antiquités et aux enchères au cours d'une même journée. En France, les thèmes abordés semblent plus diversifiés (B).

¹⁸⁵⁵ <https://www.bbc.co.uk/programmes/b04n1npr>

¹⁸⁵⁶ <https://www.bbc.co.uk/programmes/b060kw1s>

¹⁸⁵⁷ <https://www.bbc.co.uk/programmes/b00x7fdp>

B) L'apparence de la diversité des thèmes sur France Télévisions

655. Sur France 2, le premier magazine de la journée est Télé-matin : il s'agit d'un magazine regroupant culture, information et divertissement. Il est suivi du magazine « C'est au programme » qui est un magazine de mode, beauté et bien-être (recettes, sports, conseils quant à la consommation) qui est présenté par S. Davant.

L'après-midi, après le Journal Télé deux magazines s'intéressent à des thèmes concernant la vie privée et l'intime : « ça commence aujourd'hui » est un talk-show avec une animatrice accueillant une personne non connue qui a vécu une expérience singulière dans sa vie privée. Ce magazine est suivi d'un autre : « Je t'aime, etc. » qui est un talk-show sur l'amour et le sexe.

Ces deux magazines sur l'intime sont suivis du programme « Affaire conclue, tout le monde a quelque chose à vendre », qui est un magazine dans lequel la présentatrice (S. Davant) accueille des propriétaires qui veulent vendre leurs objets à tout prix.

Les thèmes des magazines semblent être plus diversifiés sur France 2 que sur la BBC. On compte deux magazines sur les sentiments et les histoires personnelles, un magazine sur la vie des objets, un magazine de culture et divertissement et un magazine consacré à la vie de tous les jours et au bien-être. On observe toutefois que trois magazines sur cinq sont très centrés sur l'individu et la réalisation individuelle.

Le phénomène d'homogénéité s'accroît si l'on prend également en compte les jeux télévisés. Durant une journée, deux jeux présentés par Nagui : « Tout le monde veut prendre sa place » et « N'oubliez pas les paroles ». Deux jeux de mots sont également diffusés (« Motus » et « Tout le monde a son mot à dire »), et un jeu consacré à des couples, sur leur intimité (Les z'amours). Ainsi sur France 2, durant une journée, ce sont trois émissions qui sont dédiées à l'amour, deux jeux présentés par Nagui, et deux émissions présentées par S. Davant.

656. Sur France 3, un tiers des programmes, et tous les magazines, sont consacrés aux « informations régionales ». Ces magazines ont tous pour thème la cuisine, le paysage et les monuments historiques. La fiction est représentée seulement par le programme « Rex », une série policière autrichienne diffusée quotidiennement depuis 1997. Il semble alors que le programme journalier de France 3 soit moins diversifié que celui de France 2. En Italie, les thèmes semblent

plus diversifiés qu'en France et au Royaume-Uni (C).

C) En Italie, une plus grande homogénéité des thèmes

657. En ce qui concerne la RAI 1, le premier magazine de la journée est « Storie italiane », une émission de faits divers commentés par des experts en plateau. Ce magazine est suivi d'un autre, « La prova del cuoco », une émission culinaire dans laquelle le présentateur accueille des chefs qui réalisent des recettes italiennes. L'après-midi, on retrouve un autre magazine « Vieni da me », dans lequel la présentatrice reçoit des personnages connus en Italie pour une interview intimiste. Le plus important magazine de la journée est « La Vita in diretta », une émission de talk-show avec plusieurs chroniqueurs qui traite de thèmes de société, de cuisine, d'actualité des stars et de beauté.

658. Sur RAI 2, on trouve « Sereno variabili », un magazine géographique dans lequel le présentateur fait découvrir aux téléspectateurs des lieux, avec leur culture locale et l'histoire que ces lieux renferment. On retrouve ensuite « I fatti vostri », un magazine dans lequel les présentateurs traitent de l'actualité politique, de l'actualité des divertissements et de la culture. On retrouve après le journal du midi l'émission « TG 2 costume e società » (Journal télé de coutumes et de société) qui est le journal télé traitant de l'actualité des stars, dans lequel le parcours de ces stars est décrypté. Le dernier magazine de la journée est « Detto fatto » qui est un magazine traitant de thèmes divers tels que le mariage, la beauté, le maquillage et la cuisine.

A priori, la diversité est plus présente sur la RAI : les magazines traitent de thèmes divers qui vont de la cuisine, la vie intime des stars, les faits divers et la géographie. Toutefois, si l'on combine les deux chaînes, on s'aperçoit qu'il existe trois magazines (« La Vita in diretta »), « TG 2 costume e società » et « Detto fatto » qui traitent de thèmes relatifs à la beauté et aux stars.

Sur RAI 2, les fictions présentées ne semblent pas très diverses non plus, au moins de par leur origine. Excepté une tele-novela brésilienne, « Legami » ne sont diffusés que des séries ou des téléfilms américains.

Conclusion §2 :

659. L'étude des thèmes couplée à celle des genres nous a permis de relativiser l'affirmation selon laquelle il existerait une véritable diversité de la programmation sur la BBC et la RAI. On observe sur la BBC une extrême homogénéisation des thèmes abordés, à l'intérieur du genre des magazines, mais également si l'on combine les jeux et les magazines : l'habitat et les antiquités vendues aux enchères sont des thèmes redondants. En Italie, sur la RAI, les thèmes abordés semblent légèrement plus diversifiés, mais l'on observe toutefois une grande propension de temps d'antenne dédiée aux magazines traitant de beauté et des stars, américaines ou italiennes. En France, c'est le thème de la vie intime qui est prédominant. La différence entre les États quant aux thèmes abordés s'explique bien entendu par la culture populaire de chaque État, mais ce phénomène d'homogénéisation des thèmes existe bien dans les trois États, ce qui pose évidemment problème par rapport à l'objectif législatif et réglementaire de diversité de l'offre que l'on retrouve dans les trois États.

Conclusion Section 1 :

660. L'analyse quantitative de la grille des programmes en fonction des genres révèle deux aspects importants. D'un côté, la BBC semble avoir la programmation « journée » la plus variée en termes de genres, puisqu'elle mixe les magazines d'information, les magazines de divertissement, la télé-réalité, les documentaires et les jeux. La RAI semble également présenter une présentation plus variée en termes de genres que France Télévisions. On observe également que les chaînes françaises sont les deux seules chaînes, sur les six étudiées, sur lesquelles les magazines d'information, couplée à l'information elle-même, ne dépassent pas 15% du temps d'antenne de la programmation journée. Cette analyse en termes de genre n'est toutefois pas suffisante, notamment pour l'analyse de divertissement puisque les genres regroupent aujourd'hui des composantes diverses. L'analyse des thèmes des programmes permet de compléter cette étude quantitative quant à la diversité de la programmation, et elle permet de nuancer grandement l'affirmation selon laquelle la BBC présenterait une plus grande diversité de programmes. Si l'obligation de diversité des programmes est présente dans les trois États, la France est le seul État dans lequel sont établies des dispositions précises et quantitatives

concernant les genres et les thèmes devant être abordés obligatoirement. C'est pourquoi notre deuxième section consistera en une analyse du respect du cahier des charges par France Télévisions (Section 2).

Section 2 : Analyse du respect du cahier des charges en France

661. Durant notre phase d'observation libre, nous avons dégagé l'hypothèse selon laquelle France Télévisions, bien que respectant les dispositions du Cahier des charges édicté par le pouvoir réglementaire, adoptait des comportements qui n'étaient pas ceux visés par l'auteur de ce texte. Le préambule du cahier des charges dispose que « *[La] télévision publique [le] service public (...) porte des missions particulières, une exigence, une ambition pour tout le pays. Intéresser sans ennuyer. Distraire et amuser sans jamais être vulgaire ou complaisant. Informer. Accueillir le débat, l'organiser. Offrir un espace privilégié à la création, et notamment à la création audiovisuelle. Contribuer à la vitalité et à la richesse de notre cinéma. Refléter notre société dans ses différentes composantes. Inviter chaque foyer à découvrir concerts, pièces de théâtre, opéras* ». C'est pour répondre à cette mission particulière que sont édictées les dispositions précises concernant les genres, les formats et les thèmes devant être abordés par les chaînes publiques. Durant la phase d'observation libre, nous avons noté que dans la mise en oeuvre des obligations prévues par le cahier des charges, qui sont censées constituer la spécificité de France Télévisions vis-à-vis des chaînes privées, l'entreprise adoptait de manière répétée des procédés semblables à ceux utilisés par les chaînes commerciales pour attirer le plus d'audience, quitte à dénaturer la mission de service public dont elle est chargée.

662. Pour valider cette hypothèse, nous avons édicté le plan méthodique d'observation suivant : nous avons dégagé les obligations du cahier des charges relatives aux programmes et nous avons recherché, dans la programmation et sur une année, quels étaient les programmes censés mettre en oeuvre ces obligations. Nous avons ensuite comparé le contenu de ces programmes avec le contenu des obligations prévues par le texte du cahier des charges. Le laps de temps choisi pour effectuer cette recherche a été la période entre juillet 2017 et juillet 2018 (moment où a été conclue cette étude). Ne pouvant présenter dans cette étude une analyse exhaustive de toute

la programmation censée mettre en oeuvre les obligations du cahier des charges, nous avons choisi de réduire notre présentation à certains genres : nous avons choisi les genres dont nous pensons qu'ils sont les plus représentatifs de cette stratégie de France Télévisions de respecter les dispositions du cahier des charges sans pour autant rendre les dispositions du cahier des charges effectives. Nous étudierons ainsi successivement les émissions à caractère musical et les spectacles (§1), les fictions (§2) et les documentaires (§3).

§1 Les émissions à caractère musical et les spectacles vivants

Il nous faudra d'abord analyser si les émissions à caractère musical permettent effectivement de « *faire connaître aux téléspectateurs les diverses formes de musique et de promouvoir les nouveaux talents* » (A), pour s'intéresser ensuite à l'effectivité des dispositions concernant les concerts de musique classique (B) et enfin à celles concernant la diffusion de spectacles vivants (C).

A) Effectivité très partielle des dispositions concernant les émissions à caractère musical

663. L'article 5 du cahier des charges dispose que France Télévisions doit diffuser des émissions à caractère musical de manière régulière, et que ces émissions doivent notamment permettre de faire connaître aux téléspectateurs les diverses formes de musique, les nouveaux talents, et l'actualité musicale¹⁸⁵⁸. Le cahier des charges insiste sur la diversité des formes de musique que doit présenter France Télévisions¹⁸⁵⁹. Si des émissions sont effectivement consacrées comme le prévoit le cahier des charges, à l'actualité musicale et aux nouveaux talents (1), la diversité musicale se réduit considérablement pour les émissions diffusées en Prime Time (2). Un autre problème, encore plus préoccupant par rapport aux impératifs législatifs de

¹⁸⁵⁸ « *France Télévisions diffuse régulièrement des émissions à caractère musical. Le contenu de ces émissions doit permettre de faire connaître aux téléspectateurs les diverses formes de musique, de rendre compte de l'actualité musicale et de promouvoir les nouveaux talents* ».

¹⁸⁵⁹ « *Elle veille à illustrer toutes les formes d'expression de la musique vivante en ouvrant largement ses programmes aux retransmissions de spectacles publics présentés en France, notamment sur France 4, ou en région sur France 3 et sur RFO* ».

cohésion sociale, est celui de la ghettoïsation de la musique dite « du monde » sur une chaîne dédiée spécialement à la diversité (3).

1) Des émissions effectivement consacrées à l'actualité musicale et aux nouveaux talents

664. La programmation de France Télévisions comporte des émissions permettant de rendre compte de l'actualité musicale grâce à l'émission *Alcaline*, diffusée tous les jours à 20h40 sur France 2 (6 min) qui traite de toutes les formes de musique¹⁸⁶⁰. L'émission « Monte le son », diffusée sur France 4 chaque jour à 20h50, permet également de rendre compte de l'actualité musicale et s'intéresse en particulier aux nouveaux et aux jeunes talents, ce qui est en cohérence avec le public visé par la chaîne. L'émission *Taratata*, qui propose une programmation plus équilibrée en termes de genres de musiques et de nouveaux/anciens talents est programmée chaque mois sur France Télévisions, mais diffusée en deuxième partie de soirée. France 2 propose également la retransmission de concerts, dans son émission *Alcaline*. Ces émissions font la part belle à de nouveaux talents français à tels que, en 2018, Vianney¹⁸⁶¹, Juliette Armanet¹⁸⁶², Eddy De Pretto¹⁸⁶³ ou Shakka Ponk¹⁸⁶⁴. Ceux-ci sont toutefois diffusés à 00h45 ce qui limite grandement le public disponible et la capacité de France Télévisions de faire effectivement connaître ces talents à un public élargi, comme le prévoient les dispositions du cahier des charges.

2) La quasi-absence de diversité musicale en première partie de soirée

665. La diversité musicale se réduit cependant quand il s'agit de la diffusion en première partie de soirée. Tout en respectant le deuxième alinéa de l'article 5 concernant « *la place majoritaire de la chanson française* », ces émissions de variétés font une place prééminente à la variété française très connue et peu tournée vers les nouveaux talents. À titre d'exemple, les

¹⁸⁶⁰ A titre d'exemple, au mois de juin, des émissions sont consacrées à Coeur de pirate, chanteuse de variété française, Leon Bridges, chanteur de soul américaine, Hyphen Hyphen, groupe de pop-rock américain, Kimberose, chanteur de soul française, Florence and the machine, groupe de rock britannique, Dadju, chanteur de rap français.

¹⁸⁶¹ Diffusé le 22 juin 2018.

¹⁸⁶² Le 8 juin 2018.

¹⁸⁶³ Le 15 juin 2018.

¹⁸⁶⁴ Le 21 juin 2018.

émissions de variété musicale diffusées en Prime Time sur France 2 entre décembre 2017 et juillet 2018 sont le concert d'adieu de M. Sardou¹⁸⁶⁵, un programme de trois heures dédié à Line Renaud¹⁸⁶⁶, la transmission du spectacle de Stars 80, avec l'intervention des artistes français représentatifs de cette génération¹⁸⁶⁷. Ces diverses émissions font appel au même type de réalisation et de mise en scène, ne permettant pas de « *renouveler les écritures audiovisuelles* » ni de « *promouvoir les nouveaux talents* ». Le 19 septembre 2017, suite à l'ouragan Irma qui toucha largement les îles des Antilles, France 2 organisa un concert de solidarité diffusé en direct du casino de Paris. Celui-ci rassemble les artistes français les plus connus, pour rassembler des dons de la part des téléspectateurs. Durant ce concert, quelques chansons sont interprétées par des artistes antillais, mais une seule en créole. Ce concert constitue pourtant une exception. Il est rare de voir des artistes antillais en Prime Time sur une chaîne généraliste, car la représentation de ceux-ci est la plupart du temps réservée à la chaîne de la diversité, France Ô (3).

3) Musiques du monde

666. Les styles de musique plus divers (c'est-à-dire autres que de la variété française ou américaine) sont relégués à des périodes de diffusion peu appropriées pour faire effectivement découvrir ces musiques au plus grand public. Des concerts de saxophonistes de funk ou de jazz ont été diffusés sur France Ô dans la nuit (à 1 h 25 ou 2h25), comme ceux de Maceo Parker, Avishai Cohen ou Calypso Rose. Les émissions de rap, de soul, de musique créole sont également diffusées systématiquement sur France Ô en dernières parties de soirée, reléguant ainsi la représentation de la diversité musicale à la chaîne de la « mixité et de la diversité culturelle », et ce à des heures auxquelles le public n'est pas devant la télévision. Comment faire connaître aux téléspectateurs des genres tels que le rap, la soul ou les musiques créoles si ceux-ci sont systématiquement diffusés après minuit ?

667. Un autre problème, moins juridique concerne la représentation de la diversité à la télévision. Peut-on, comme le fait France Télévisions, reléguer la représentation de la diversité,

¹⁸⁶⁵ Le 11 juillet 2018 à 21h00 sur France 2.

¹⁸⁶⁶ Le 3 juillet 2018 à 21 heures sur France 2.

¹⁸⁶⁷ Le 2 décembre 2017 à 21h00 sur France 2.

entendue au sens ethnique du terme, à une seule chaîne créée spécialement à cet effet, qui réalise seulement 0,7% des parts d'audience? Cette stratégie avait été critiquée publiquement par la membre du CSA Mémona Hintermann¹⁸⁶⁸. Depuis l'annonce par la ministre de la Culture de la suppression de France Ô, on peut également se demander si ces concerts vont désormais être diffusés sur une chaîne généraliste, et à des heures de grande écoute. Si elle respecte les prescriptions formulées par le cahier des charges, on peut donc se poser la question de savoir si cette programmation permet de rendre effectif les dispositions du cahier des charges qui prévoient que France Télévisions « *doit faire connaître aux téléspectateurs les diverses formes de musique, de rendre compte de l'actualité musicale et de promouvoir les nouveaux talents* ». Cette stratégie de France Télévisions de diffuser les programmes qui lui sont demandés par le cahier des charges, mais qui ne sont pas susceptibles de rassembler une audience importante durant la nuit se retrouve avec la musique classique (B).

B) L'effectivité relative des obligations liées à la musique classique

668. En ce qui concerne la diffusion de musique classique, l'article 5 du cahier des charges dispose qu' « *En outre, la société diffuse chaque année des concerts de musique classique interprétés par des orchestres européens et français, nationaux et régionaux, parmi lesquels figurent ceux de Radio France dans des conditions conjointement définies entre les deux sociétés* ». Si les victoires de la musique ont été diffusées en Prime Time en direct sur France 3 le 23 février 2018, la plupart des concerts ont été diffusés dans la nuit. Ainsi en va-t-il du concert d'adieu de Myung-Whun Chung avec l'Orchestre philharmonique de Radio France à Orange¹⁸⁶⁹, tout comme la Symphonie n° 8 d'Antonin Dvorak interprétée par l'orchestre philharmonique de Radio France¹⁸⁷⁰, ou le concert estival de l'orchestre philharmonique de Vienne, au coeur des jardins baroques du château de Schönbrunn¹⁸⁷¹. Le concert du Nouvel An de L'Orchestre philharmonique de Vienne a été diffusé à onze heures du matin. Tout comme les émissions

¹⁸⁶⁸ V. M. HINTERMANN : « France Ô ne doit pas être la bonne conscience de France Télévisions », Propos recueillis par Emmanuelle Skyvington, Telerama, 15 avril 2014.

¹⁸⁶⁹ Diffusé à 2h10 le 8 juillet 2018

¹⁸⁷⁰ Diffusée sur France 2 le vendredi 13 avril 2018 à minuit.

¹⁸⁷¹ Diffusé le vendredi 8 septembre 2017 à 0h20

relatives aux autres formes de musique, les concerts de musique classique les moins connus, qui sont parfois les plus difficiles d'accès du fait du peu d'éducation sur ces questions sont relégués à une diffusion la nuit, ce qui ne permet a priori pas au public novice de découvrir ces programmes : ceux-ci sont effectivement disponibles en replay¹⁸⁷², mais la pratique du Replay et son public sont bien différents du public qui choisit un programme en Prime Time. On retrouve cette stratégie avec les spectacles lyriques, chorégraphiques et dramatiques (C).

C) L'effectivité très relative des dispositions relatives à la diffusion des spectacles lyriques, chorégraphiques et dramatiques

669. L'article 6 du cahier des charges dispose que « *France Télévisions diffuse des spectacles lyriques, chorégraphiques et dramatiques en veillant à ce que cette programmation traite de manière équitable chacun de ces trois genres* ». Les spectacles lyriques sont des opéras, les spectacles chorégraphiques incluent la danse et le cirque et les spectacles dramatiques renvoient au théâtre. Pour assurer l'effectivité de ces dispositions, et surtout la visibilité de ces programmes, un dispositif par points a été introduit. Le Conseil d'administration de France Télévisions fixe un seuil de point que la société doit atteindre chaque année. L'alinéa 5 établit une distinction entre les différentes périodes de diffusion : ce dispositif vise à limiter le procédé qui consiste à diffuser les spectacles les plus difficiles d'accès à des heures de faible écoute. Ainsi, lorsqu'un spectacle lyrique, chorégraphique ou dramatique est diffusé « *en première partie de soirée, les après-midi du samedi, du dimanche, des jours de vacances scolaires et des jours fériés* », il rapporte trois points. Lorsqu'il est diffusé entre 10 heures et 22 h 45, à l'exception des après-midi du samedi, du dimanche, des jours de vacances scolaires et des jours fériés, il rapporte deux points. Lorsqu'il est diffusé après 22h45 et avant dix heures du matin, elle rapporte seulement un point. En établissant cette distinction entre les différentes périodes de diffusion, le pouvoir réglementaire semble reconnaître la pratique de France Télévisions qui vise à s'acquitter de ses obligations à des heures de faible écoute, et tente d'en limiter la portée. Il semble pourtant que ces dispositions n'aient eu que peu d'influence sur les pratiques de France

¹⁸⁷² C'est-à-dire sur internet.

Télévisions. Nous nous intéresserons d'abord aux spectacles lyriques et chorégraphiques (1) puis au théâtre et aux humoristes (2).

1) Les spectacles lyriques et chorégraphiques

670. En ce qui concerne les pièces de danse classique¹⁸⁷³, elles ont toutes été diffusées entre 00h00 et 6 heures du matin, tout comme les opéras¹⁸⁷⁴. La soirée « Musiques en fête », en direct du théâtre antique d'Orange, avec des chanteurs lyriques fut également diffusée en troisième partie de soirée¹⁸⁷⁵. Un concert de musique lyrique avait toutefois été diffusé par France 2 le 14 juillet à 20h40, pour la fête nationale. Le 25 décembre, le festival du Cirque de Monte-Carlo fut diffusé en première partie de soirée sur France 3, et le spectacle Saison d'or, du cirque Nikouline de Moscou fut diffusé à 0h35 le 31 décembre. Le théâtre semble plus présent sur les chaînes de France Télévisions (2).

2) Les spectacles dramatiques

On peut distinguer les pièces de théâtre (a) des spectacles d'humoristes (b).

a) Les pièces de théâtre

671. Du 28 mai au 3 juin, France Télévisions a réservé une place très importante au théâtre, à l'occasion de l'événement exclusif « Coups de théâtre ». Deux pièces furent à cette occasion programmées en Prime Time : la pièce à succès « La Garçonnière », une comédie interprétée par Guillaume De Tonquédec, Claire Keim et Jean-Pierre Lorit et inspirée du chef oeuvre de Billy Wonder, est diffusée en direct du théâtre de Paris¹⁸⁷⁶ et « Cher Trésor », une comédie inspirée du célèbre film « Le dîner de cons »¹⁸⁷⁷. Deux pièces furent également diffusées en deuxième partie

¹⁸⁷³ Tel que Le lac des cygnes à le 28 mai 2018 à 1h30 sur France 2, Casse Noisette le 8 avril 2018 à 00h25, Tatjana le 23 mars 2018 à 00h15 ou encore Anna Karenine le 21 janvier 2018 à 00h30 sur France 3.

¹⁸⁷⁴ Tel que Don Giovanni le 29 juin 2018 à 00h40 sur France 2, Le vaisseau fantôme le 24 juin 2018 à 00h40 sur France 3, Carmen le 20 mai 2018 à 00h35 sur France 3, Guerre et Paix le 25 février 2018 à 00h30 sur France 3.

¹⁸⁷⁵ Le 24 septembre 2017 à 00h40.

¹⁸⁷⁶ Le lundi 28 mai 2018 sur France 2.

¹⁸⁷⁷ Le mardi 29 mai à 20h50 sur France 4.

de soirée : « Un petit jeu sans conséquence », une pièce sur le couple de Ladislav Chollat avec Bruno Solo et Bruno Salomon¹⁸⁷⁸, et « Columbo - Meurtre sous prescription », avec Martin Lamotte et Stéphane Boutet¹⁸⁷⁹.

Deux comédies furent également proposées durant la nuit : « Deux hommes tout nus »¹⁸⁸⁰, « Le plus beau jour »¹⁸⁸¹. Trois pièces de théâtre classique furent proposées au public, mais dans la nuit¹⁸⁸². En dehors de cet événement, trois pièces furent également programmées en Prime Time : « Paprika »¹⁸⁸³, une comédie de boulevard signée Pierre Palmade avec V. Abril et J-B. Meunier, « L'heureux élu », une autre comédie avec Bruno Solo et enfin « On refait le boulevard »¹⁸⁸⁴, une comédie reprenant tous les meilleurs sketches du théâtre des années 50 aux années 80, mise en scène par Pierre Palmade. On peut réitérer en ce qui concerne le théâtre la conclusion qui a été faite pour la musique : les oeuvres les plus difficiles d'accès, car demandant des explications ou des réflexions, sont reléguées à une diffusion pendant la nuit, tandis que les comédies qui visent au divertissement immédiat du spectateur sont diffusées en première ou deuxième partie de soirée. Des spectacles d'humoristes ont également été diffusés (b).

b) Les spectacles d'humoristes

Le gala de clôture du festival de Montreux, avec divers sketches d'humoristes et de nouveaux talents fut diffusé en première partie de soirée¹⁸⁸⁵.

672. Toutefois, les autres spectacles d'humoristes diffusés en première ou deuxième partie de soirée concernent des humoristes, certes très populaires, mais ayant déjà une très longue carrière

¹⁸⁷⁸ Le mercredi 30 mai 2019 à 22h50 sur France 4.

¹⁸⁷⁹ Le 31 mai à 22h50 sur France 4.

¹⁸⁸⁰ le mardi 29 mai 2018 à 2h30 sur France 2.

¹⁸⁸¹ Le mardi 29 mai 2018 à 1h15.

¹⁸⁸² « Trissotin ou les femmes savantes » de M. Makeïeff fut diffusé le 3 juin 2018 à 1h25 sur France 3, « Les rustres », pièce écrite par l'auteur Vénitien Carlo Goldoni (1707-1793) et interprétée par la comédie française fut diffusée sur France 2 le 1er juin 2018 à 00h10. « La nuit des Rois », reprise de Shakespeare par une compagnie africaine fut diffusé sur France O à 2h40.

¹⁸⁸³ Le mardi 3 avril 2018 à 20h55 sur France 2.

¹⁸⁸⁴ Le 21 avril 2017 à 20h55 sur France 2.

¹⁸⁸⁵ Le 4 décembre 2017 sur France 4

derrière eux. Le spectacle d'Anne Roumanoff a été diffusé en Prime Time¹⁸⁸⁶. Une émission spéciale a été consacrée à l'humoriste à l'occasion de ses 30 ans de carrière¹⁸⁸⁷.

Le spectacle de Pierre Palmade, Michèle Laroque et Muriel Robin « Ils s'aiment depuis vingt ans » fut diffusé sur France 4 en deuxième partie de soirée¹⁸⁸⁸. Le spectacle joué par M. Laroque et M. Robin, « Elles s'aiment depuis vingt ans », qui traite du même sujet, les mésaventures d'un couple, mais à l'intérieur d'un couple de femmes fut diffusé en première partie de soirée¹⁸⁸⁹. France 3 diffusa en Prime Time un florilège de sketches qui retracent différentes étapes de la vie amoureuse et met encore en avant ... P. Palmade et M. Laroque¹⁸⁹⁰. Durant l'été 2018, une émission spéciale est consacrée aux trente ans de carrière de P. Palmade, avec d'autres humoristes réinterprétant ses sketches les plus célèbres¹⁸⁹¹. En une année France Télévisions a présenté deux spectacles d'Anne Roumanoff et 6 spectacles auxquels a participé de manière active P. Palmade. Les autres pièces présentées en première ou deuxième partie de soirée font aussi appel à des acteurs très attractifs pour le grand public comme A. Delon¹⁸⁹², L. Renaud¹⁸⁹³ ou G. Jugnot, et ce sont systématiquement des comédies ou du théâtre de boulevard.

673. L'article 6 du cahier des charges est a priori respecté, puisque le total de 100 points fixé par le Conseil d'administration est effectivement atteint, à travers la diffusion de spectacles de théâtres, d'humoristes, de cirque, d'opéras et de ballets. Toutefois, il semble que l'objectif affiché par le texte ne soit lui absolument pas respecté. Le but de ce dispositif par points est de s'assurer que ces spectacles sont diffusés à des heures de grande écoute pour que le public puisse effectivement avoir accès à la diversité des formes de spectacle. Or, les ballets, les opéras ainsi que les concerts de musique classique et le théâtre classique sont presque tous diffusés lors de période « à un point », c'est-à-dire débutant avant 10 heures du matin ou après 22h45, tandis que

¹⁸⁸⁶ Le 18 juin 2018 à 20h55 sur France 4.

¹⁸⁸⁷ Le 8 janvier 2018 sur France 2.

¹⁸⁸⁸ Le 2 janvier 2018 à 22h45 sur France 4.

¹⁸⁸⁹ le 7 janvier 2018 sur France 2.

¹⁸⁹⁰ Le 3 janvier sur France 3.

¹⁸⁹¹ Le vendredi 6 juillet 2018 fut diffusé sur France 3 à 23h05.

¹⁸⁹² « Une famille ordinaire », avec A. Delon et sa fille, à 23h15 sur France 4.

¹⁸⁹³ « Pleins feux » avec L. Renaud.

les pièces de théâtre comiques et les spectacles d'humoristes sont eux diffusés en première ou deuxième partie de soirée. Par ailleurs, en plus de diffuser des genres de spectacles plus populaires en première partie de soirée, France Télévisions a recours à des humoristes, acteurs ou metteurs en scène très connus et populaires, et fait appel à ceux-ci de manière répétée tout au long de l'année. La diversité et l'originalité ne sont donc pas des critères remplis par France Télévisions dans le choix des spectacles d'humoristes et des comédies. Il ne semble pas exister pas de volonté de France Télévisions de se différencier effectivement des chaînes privées, puisque Anne Roumanoff est chroniqueuse dans la matinale d'Europe 1, tandis que Pierre Palmade est lui sociétaire des grosses têtes de RTL.

Conclusion §1 :

674. Le préambule du cahier des charges fait référence à la mission d'élargir les goûts du public en disposant qu'une des ambitions de France Télévisions est « d'inviter chaque foyer à découvrir concerts, pièces de théâtre, opéras ». Il n'existe donc pas une obligation de résultat, puisqu'il est évidemment impossible d'obliger chaque foyer à regarder les programmes que propose France Télévisions, mais bien une obligation de moyens : France Télévisions doit mettre à disposition ces programmes à des horaires qui permettront d'« inviter » chaque foyer de les découvrir effectivement. Au contraire, il semble que France Télévisions fasse volontairement appel à des spectacles très populaires et déjà connus aux heures de Prime Time pour attirer le spectateur sans afficher aucune volonté d'ouvrir sa programmation pour tenter d'élargir les goûts de ceux-ci.

§2 Les fictions

675. L'article 11 du cahier des charges dispose que « *France Télévisions développe une action ambitieuse en matière de fiction audiovisuelle, en s'efforçant de proposer une offre originale et complémentaire sur ses services de télévision. Elle favorise le renouvellement des écritures, des formats et des thèmes. L'effort doit porter notamment sur l'adaptation du patrimoine littéraire français et sur l'écriture de fictions abordant et éclairant les problématiques et les évolutions de la société contemporaine. La fiction doit également refléter toute la diversité de la société*

française ». L'effectivité de cette obligation réglementaire est particulièrement difficile à vérifier, car il existe des manières très diverses de « *favoriser le renouvellement des écritures, des formats et des thèmes* ». Encore plus ouverte est la formulation : « *développer une action ambitieuse en matière de fiction audiovisuelle* ». Ces formulations laissent une marge d'action très importante aux acteurs de la société. Cette marge d'action est totalement compréhensible : le pouvoir législatif ni le pouvoir réglementaire ne peuvent imposer à la société des thèmes particuliers, sans quoi on risquerait de tomber dans une forme d'art politique ou étatique. Pour tenter d'analyser la façon dont France Télévisions mettait en oeuvre ces obligations, nous nous sommes référés aux promesses formulées de manière officielle par l'entreprise, et donc aux maquettes présentées par celles-ci.

676. Dans sa maquette sur les fictions 2017/2018, France Télévisions présente la répartition des missions des différentes chaînes, et cette présentation constitue une promesse. Or, comme l'explique F. Jost, « *l'acte promissif est un acte d'abord unilatéral et performatif : en d'autres termes, il n'est pas besoin de l'accord de l'autre pour promettre ; le seul fait de dire « je promets » constitue la promesse. Néanmoins, l'autre n'est nullement obligé de la croire. Il est même de son devoir d'exiger que celui qui a promis tienne sa promesse. Rapportées à la télévision, ces propriétés de l'acte processif ont comme conséquence que le téléspectateur ne doit pas forcément accepter les propositions du sens de la chaîne, il doit les confronter au produit fini, l'émission, au lieu de les regarder avec les œillères imposées par la chaîne : d'où la nécessité d'un regard distancé, d'une analyse* »¹⁸⁹⁴. Il nous faudra d'abord présenter la promesse de France 2 et analyser la mise en oeuvre de cette promesse pour déterminer si la promesse a été remplie (A). Le même travail sera effectué avec France 3 (B).

A) Promesse éditoriale de France 2 et mise en oeuvre de cette promesse

¹⁸⁹⁴ F. JOST, *Comprendre la télévision et ses programmes*, Op cit p. 50

677. La promesse de France 2 est de « *Raconter le monde et la société* », « *incarner notre époque* », « *fédérer les différents publics et générations autour d'œuvres créatives et originales de grande qualité* », « *y compris en abordant des sujets difficiles ou délicats* ». La chaîne a une « *vocation à créer du lien, des débats, à être passeur d'émotions, de culture* ». Elle propose dans ses fictions une « *diversité des univers, variété des formats, exigence de contenu, renouvellement des visages : (...) une fiction (...) populaire, moderne, humaine, elle cultive un esprit vif et une ouverture sur le monde profondément ancrés dans notre identité* » : cette promesse est a priori conforme aux obligations posées par le cahier des charges. « Créer du lien, des débats » sont des termes présents dans le préambule du cahier des charges. La promesse renvoie à l'idée que la fiction permettra « *d'éclairer les problématiques et les évolutions de la société contemporaine. La fiction doit également refléter toute la diversité de la société française* », comme le dispose l'article 11 du cahier des charges consacré à la fiction. La phrase « *Diversité des univers, variété des formats, exigence de contenu, renouvellement des visages* » laisse penser que l'oeuvre présentée sera « *originale et complémentaire* » et favorisera le « *renouvellement des écritures, des formats et des thèmes* » comme le prévoit ce même article. En analysant les fictions originales françaises diffusées sur France 2 durant la saison 2017/2018, il est permis de douter que les programmes de fiction pris dans leur ensemble remplissent vraiment cette promesse.

678. Parmi les séries mises en avant par France Télévisions dans sa maquette, huit sur treize sont des séries policières¹⁸⁹⁵ dans lesquelles les héros doivent résoudre des enquêtes pour des crimes. Le genre est décliné avec des héros féminins et masculins, un handicapé¹⁸⁹⁶, un policier retiré du monde à la montagne¹⁸⁹⁷, et un personnage originaire du Maghreb¹⁸⁹⁸. Si ces séries sont effectivement tournées dans divers endroits et si l'histoire personnelle de chacun des héros est effectivement différente, elles ne représentent pas vraiment une « diversité des univers » puisque le commissariat est surreprésenté. Le scénario a presque constamment pour objet de représenter des héros dans leur contexte professionnel qui doivent faire avec leurs équipiers pour résoudre

¹⁸⁹⁵ Les petits meurtres d'Agatha Christie, Alex Hugo, Cherif, Cain, Candice Renoir, Le chalet, L'art du crime, Ben.

¹⁸⁹⁶ Cain.

¹⁸⁹⁷ Alex Hugo.

¹⁸⁹⁸ Cheriff.

des crimes¹⁸⁹⁹. On peut donc douter que ces fictions soient réellement « originales » et qu'elles favorisent le « renouvellement des écritures » comme le voudrait pourtant le cahier des charges.

679. Deux séries concernent des avocates femmes¹⁹⁰⁰. Si l'on peut saluer le fait que ces avocates soient des femmes, l'angle d'attaque choisi ne semble pas spécialement innovant. L'une des deux séries se concentre sur deux femmes se battant pour recevoir l'héritage de leur ex-mari commun, ce qui peut rappeler certains stéréotypes sur la femme¹⁹⁰¹. Deux autres séries représentent des femmes, encore une fois dans leur milieu professionnel. Nina traite d'une femme qui reprend son travail d'infirmière à l'hôpital. Censée représenter le monde de l'hôpital, elle en donne une image idyllique, alors même que l'état des hôpitaux français s'est plus que dégradé¹⁹⁰². Elle se concentre, en parallèle des cas traités sur les histoires de cœur des deux personnages centraux (encore une fois, la femme infirmière doit travailler avec son ex-mari qui est lui chirurgien). Seules les séries *10 pour cent* et *Speakerine* semblent présenter une véritable originalité quant au sujet traité et à la façon dont il est traité. *Speakerine* a pour objet l'émancipation d'une présentatrice de télévision de la RTF dans une France divisée par la guerre d'Algérie et au sein de la chaîne contrôlée par le pouvoir. *10 pour cent* traite de la vie d'agents

¹⁸⁹⁹ Les petits meurtres d'Agatha Christie, Chérif, L'art du crime, Candice Renoir, Cain, Ben.

¹⁹⁰⁰ « Lebowitz contre Lebowitz » et On va s'aimer un peu.. beaucoup.

¹⁹⁰¹ V. la définition de stéréotype dans le *Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, A. Colin, Paris, 2005, p. 532 : « Les stéréotypes représentent « des clichés, images préconçues et figées, sommaires et tranchées, des choses et des êtres que se fait l'individu sous l'influence de son milieu social (famille, entourage, études, professions, fréquentations, média de masse, etc.) et qui déterminent à un plus ou moins grand degré ses manières de penser, de sentir et d'agir ». Les stéréotypes correspondent donc « à des traits ou des comportements que l'on attribue à autrui de façon arbitraire ». V. « Questions du genre dans le travail social », Les politiques sociales, n°1 et 2, Bruxelles, 2008, p.10. Or, comme le note E. Daréoux, l'un des stéréotypes récurrents dans les contes de fée « décrit des filles qui apparaissent comme n'étant pas sujettes de leur propre histoire, mais agies, dépendant de personnages masculins (le père, le prince charmant) ». V. E. DAREOUX, « Des stéréotypes de genre omniprésents dans l'éducation des enfants », *Empan*, 2007/1 (n° 65), p. 89

¹⁹⁰² V. Télérama, critique du 24 septembre 2016 : « Il faut saluer le savoir-faire des scénaristes qui parviennent à faire du monde hospitalier un cocon aseptisé aussi ancré dans le réel que la cafétéria d'Hélène et les garçons ». V. également la critique acerbe de certaines infirmières contre cette série : « Nina, caricature en blouse blanche », in Dorothée Barba, Captures d'écran, France inter, mercredi 15 décembre 2017 : « C'est très caricatural parce que *Nina*, en fait, c'est la super infirmière. Elle est partout, elle comprend tout. Les diagnostics qui ne sont pas trouvés par les médecins du service, elle, elle les comprend. On voit des gestes techniques mais vraiment de manière très, très faible. En fait, on a du mal à imaginer qu'elle est vraiment dans un cœur de métier très ardu, comme c'est en réalité dans les services hospitaliers. Ce n'est pas très sérieux (...) Je ne vois pas pourquoi on aurait honte d'être simplement infirmière par rapport à un médecin, reprend-elle. Ce n'est pas du tout le même métier. Aujourd'hui les compétences sont multiples et la reconnaissance est en attente aussi pour une profession qui s'est beaucoup technicisée. Franchement, c'est navrant ! ».

artistiques et donne une vision saluée comme réaliste et parfois cynique du monde du show-biz et de la célébrité.

680. Au total, la promesse de France 2 de « *Raconter le monde et la société, incarner notre époque* » est difficilement effective, sauf à penser que la moitié de la France est confrontée à des meurtres de façon quotidienne. De même, si la vocation de France Télévisions à créer des débats et du lien est bien mise en oeuvre à travers les fictions « Harcelées » (consacrée au harcèlement sexuel en entreprise) et « L'épreuve d'amour » (sur la transidentité), il est regrettable que les questions économiques et sociales ne soient jamais abordées. Aucun des personnages principaux des séries ne rencontre de problèmes d'argent et la vocation « feel-good »¹⁹⁰³ des programmes est mise en avant dans la promesse sur chaque programme, bien plus que celle de description de la réalité sociale.

B) Promesse de France 3 et mise en oeuvre de cette promesse

683. La promesse de France 3 est : « *La fiction de France 3 continue à se diversifier, tout en respectant l'ADN de la chaîne et en orientant la ligne éditoriale vers des créations plus audacieuses* ». France 3 présente la dernière saison d'« Un village français », des épisodes de 52 min retraçant la vie d'un village français sous Vichy. Cette série a été saluée unanimement par la critique et par les historiens pour la véracité de la reconstruction historique et de la psychologie des personnages¹⁹⁰⁴. Elle est incarnée par des acteurs venant principalement du théâtre et du cinéma. Suite à la réussite de cette série historique, France 3 a également diffusé « La vie devant elles », une reconstitution historique des années Valerie Giscard d'Estaing, qui était également une fresque sociale sur les miniers. Cette série est toutefois interrompue au bout de deux saisons, car par manque d'audience. Une autre fresque sociale est présentée à travers l'adaptation du roman de l'écrivain Nicolas Mathieu : « Aux animaux la guerre », qui raconte « *le destin d'ouvriers laissés sur le carreau après la fermeture de leur usine dans les Vosges, sans aucune*

¹⁹⁰³ Expression utilisée pour décrire une fiction qui fait « se sentir bien », qui « réchauffe le coeur ».

¹⁹⁰⁴ V. par exemple I. BOITTE, « Un village français, une fiction qui résiste aux clichés », *Telerama*, 10 novembre 2017 ; M. DELAHAYE, « Un village français, des personnages pris dans le chaos de l'occupation », *Le Monde*, 21 décembre 2018 ; B. PAPIN, *Un village français, l'Histoire au risque de la fiction*, Atlande, 2017

autre perspective d'avenir ». Autre fiction réaliste, « Plus Belle la Vie », qui traite, tous les jours de sujets de société à travers la reconstitution de la vie d'un quartier marseillais. Si l'on peut regretter que les sujets sociaux et économiques ne soient pas assez présents dans cette série¹⁹⁰⁵, celle-ci est louée pour sa capacité à, non pas seulement suivre les sujets sociétaux, mais également à les anticiper et à les décrire sans caricatures et sans tabou¹⁹⁰⁶.

684. La surreprésentation des téléfilms et séries policières ne fait toutefois pas exception sur France 3 : Ainsi « Capitaine Marleau », « La Stagiaire », ou « Cassandra » représentent-elles des femmes gendarmes, juges ou policières, qui souvent doivent concilier leur vie de famille avec leur travail, tout comme le faisait déjà il y a vingt-cinq ans « Julie Lescaut » (diffusé sur TF1 de 1992 à 2014). La richesse des régions est représentée à travers les collections de Téléfilms « Meurtres à ». Ces téléfilms ne peuvent pas être qualifiés d'originaux puisque c'est le même type de scénario qui est répété dans chaque numéro. On peut donc douter de l'effectivité du renouvellement des écritures, puisque la majorité des fictions sont construites autour d'un personnage principal qui doit mener une enquête tout en gérant sa vie de famille.

685. Enfin, comme nous l'avons déjà évoqué l'obligation de « *refléter la diversité de la société française* », présente dans le cahier des charges n'est pas effective. Non seulement la diversité sociale n'est pas présente à l'antenne (aucun des héros n'a de problèmes économiques), mais la diversité ethnique n'est pas assez représentée puisqu'un seul des « héros » a des origines apparemment du Maghreb, et aucun d'eux n'a la peau noire. Seule « Plus belle la vie » présente quelques personnages à la peau noire. Le plus important, Djawad, est un jeune homme né dans les banlieues parisiennes et qui a eu des problèmes avec la justice pour des faits de délinquance. De même, l'un des deux protagonistes ayant des origines maghrébines a constamment des problèmes avec la justice. La série quotidienne « Cut », sur France ô, qui se déroule à la Réunion, est, selon la maquette des fictions de France Télévisions le reflet de la richesse d'une

¹⁹⁰⁵ M. ROUX, « Vraiment si belle, la vie ? », in *Le Monde diplomatique*, décembre 2008, p. 31

¹⁹⁰⁶ V. C. HERZOG, « La série de France 3 « Plus belle la vie » aborde la question de la transidentité », *Le monde*, 9/03/2018, en ligne.

société multiculturelle. Mais la société multiculturelle n'existe-t-elle que dans les Outre-mer en France ?

Conclusion §2 :

686. La promesse de France 2 et de France 3 concernant les oeuvres de fiction présentées sur les chaînes nous semble conforme aux objectifs formulés dans le cahier des charges. Toutefois, il existe un phénomène de distorsion très important entre la promesse qui est faite par France Télévisions, et la réalisation de cette promesse. Cette distorsion pose un problème évident de confiance entre le téléspectateur et la chaîne, mais aussi entre le législateur et le concessionnaire de service public. La formulation de la promesse faite par France Télévisions pourrait laisser penser que celle-ci n'est qu'une description de la programmation présentée par la chaîne. Elle présente cette programmation de telle façon à ce que celle-ci soit conforme au cahier des charges, duquel elle est la concrétisation. Or, le caractère performatif de la promesse de France Télévisions pose problème parce qu'il ne l'est pas réellement. Le fait de dire que cette programmation permet de « *Raconter le monde et la société, incarner notre époque* », ou de « *représenter la société française* » ne suffit pas à faire que la programmation le permette effectivement. La formulation de cette promesse joue cependant sur la dilution des fictions dans la grille de programmation annuelle, ainsi que sur l'ambiguïté et la difficulté à définir les termes présents dans la promesse et dans le cahier des charges. L'ineffectivité des promesses faites par l'entreprise est cependant encore plus palpable en ce qui concerne les documentaires, car ce sont alors ici des promesses matériellement vérifiables, qui ne sont en réalité pas respectées (§3).

§3 Les promesses non remplies relatives aux documentaires

687. En ce qui concerne les documentaires, l'article 12 du cahier des charges dispose que « *La société assure une programmation diversifiée en matière de documentaires et renforce la diffusion de ceux-ci sur l'ensemble de ses services notamment en première partie de soirée sur France 2 et France 3 et tout au long de la journée sur France 5 afin de contribuer à faire connaître et apprécier ce genre par un nombre croissant de téléspectateurs* ». La définition du

documentaire est délicate¹⁹⁰⁷. C'est d'abord un genre, qui, pour reprendre l'opposition de G. Genette, n'appartient pas à la fiction, mais présente des éléments factuels¹⁹⁰⁸. La distinction avec les reportages et les magazines d'information est plus difficile. La différence peut se trouver dans le statut qu'ont les personnages filmés. Dans les reportages et magazines, les personnages filmés sont *objets*, « *ils contribuent à l'information dans l'apparence de leur comportement sociétal, dans leur démarcation du quotidien ou par la parole qu'ils délivrent en tant qu'acteurs ou témoins d'une situation particulière...* » Dans les documentaires, les personnages filmés sont *sujets* : ils sont traités dans la compréhension de leur subjectivité et des interrelations complexes qui se tissent entre celle-ci, l'auteur et le spectateur potentiel¹⁹⁰⁹. Un élément important qui permet de distinguer les reportages des documentaires repose sur « *la forte empreinte de la personnalité d'un réalisateur et (ou) d'un auteur sur le film documentaire* »¹⁹¹⁰ : le documentaire reflète la pensée du réalisateur dans l'interprétation qu'il offre des choses¹⁹¹¹. Nous nous intéresserons d'abord à France 2 (A) puis à France 3 (B), car nous nous intéressons ici aux documentaires susceptibles d'être vus par de nombreux téléspectateurs, donc diffusés en première ou deuxième partie de soirées.

A) Les promesses grossissantes de France 2

Les promesses de France 2 concernent d'abord la case hebdomadaire « Infrarouges » (1), mais également la promesse de diffuser des documentaires historiques en première partie de soirée (2).

¹⁹⁰⁷ V. S. BARREAU-BROUSTE, « Le documentaire télévisé : les enjeux d'une définition controversée » in E-dossier : le documentaire, un genre multi-forme, INA, 2013, p. 13

¹⁹⁰⁸ G. GENETTE, « récit fictionnel, récit factuel », *Fiction et diction*, Seuil, 2004 (1ère éd. 1979), p. 141-168

¹⁹⁰⁹ S. BARREAU-BROUSTE, Op cit, p. 18

¹⁹¹⁰ T. SCHMITT « Le cinéma documentaire à la télévision », in Laurent Creton (dir), *Le Cinéma à l'épreuve du système télévisuel*, Paris, CNRS Édition, 2002, p. 208

¹⁹¹¹ D. MELH, « La Fenêtre et le Miroir. La télévision et ses programmes », Paris, Payot, collection « Documents », 1992, p. 156

1) La case hebdomadaire « Infrarouges »

688. Dans ses lignes éditoriales¹⁹¹², France 2 écrit que « *Cette rentrée sur France 2 s'est aussi distinguée par le renforcement de notre case hebdomadaire de deuxième partie de soirée « Infrarouge ». Désormais présentée tous les mardis par Marie Drucker, elle réserve également une fois par mois, après un film inédit, un espace de discussion animé par Marie, une sorte de zone d'atterrissage pour le public* ». En réalité, le rendez-vous « Infrarouges » est bien moins régulier que ne le laisse entendre France 2. C'est seulement à partir de fin octobre, donc deux mois après la rentrée que le rendez-vous « Infrarouge » démarre : un documentaire sur Prévert est diffusé le 24 octobre dans le cadre de l'émission et sur Erasmus 7 novembre, mais le mardi 31 novembre, sans doute du fait de la soirée qui précède un jour férié, on ne retrouve pas M. Drucker, mais le film « Hercule »¹⁹¹³. À partir 7 novembre, le rendez-vous Infrarouge devient plus régulier. « Apocalypse Staline » est diffusé le 7 novembre, suivi le 21 novembre de « Magda Gobbels les enfants du troisième Reich », et d'« Excision, le plaisir interdit » le 28 novembre. Le 14 novembre, le magazine historique « Secrets d'histoire », présenté par S. Bern, remplace Infrarouge, et le 5 décembre c'est le magazine géographique/people « Rendez-vous en terre inconnue ». On retrouve toutefois le rendez-vous documentaire avec « Syrie le cri étouffé », le 12 décembre, précédé d'un magazine d'information sur le même thème présenté par L. Delahousse en première partie de soirée.

À partir du mardi 19 décembre, du fait des vacances scolaires, le rendez-vous Infrarouge est remplacé par des émissions de divertissement telles que « Les grosses têtes » le 19 décembre, « Les rois du bêtisier » le 26 décembre suivi d'un concert de J. Halliday, un spectacle de P. Palmade le 2 janvier, et un magazine de divertissement sur France Gall, du fait de son décès le 9 janvier.

Le 16 janvier, après un mois d'interruption, Infrarouge reprend avec la diffusion des «

¹⁹¹² A consulter ici : <https://www.francetelevisions.fr/creation-documentaire-france2>

¹⁹¹³ Ainsi, le mardi 29 août, 5 septembre, 12 septembre, et 26 septembre, France 2 diffuse t-il en deuxième partie de soirée l'émission « Dans les yeux d'Olivier », qui retrace certains parcours individuels, et qui doit être qualifié de magazine de société et non de documentaire du fait de la présence omniprésente du journaliste, qui ne peut être comparé à un réalisateur de films documentaire Certains mardis soirs, en deuxième partie de soirée, France 2 diffuse également des films comme « Nous irons tous au paradis le mardi 10 octobre.

Revenantes », sur les femmes djihadistes. Le rendez-vous est effectif entre le 16 janvier et le 1er mai¹⁹¹⁴, excepté les mardi 10 avril où est diffusé « Rendez-vous en terre inconnue » et le mardi 24 avril où le magazine « Secrets d'histoire » présenté par S. Bern est diffusé. À noter la diffusion le mardi 20 février d'un documentaire sur les boat-people sauvés par la France lors de la guerre du Viet Nam (« L'île de lumière ») qui fait écho à la situation des migrants en Méditerranée et qui répond à la promesse faite par FT de diffuser dans la case infrarouge « *des films documentaires à la dramaturgie unique qui font écho à notre présent tels que Les Derniers Vestiges du goulag* ». Ce dernier film n'a toutefois pas encore été diffusé.

À partir du 8 mai, la case documentaire Infrarouge alterne beaucoup plus systématiquement avec des magazines d'information du type « Cellule de crise »¹⁹¹⁵.

689. Si le renforcement de la case documentaire Infrarouge est réel, il est faux de dire que celle-ci intervient tous les mardis, France 2 n'hésitant pas à remplacer le rendez-vous par des émissions plus populaires, durant les vacances scolaires, lorsque le public est plus à même de regarder la télévision, ou même sans raison apparente, tout au long de l'année, par des magazines qui ne répondent pas à la définition du documentaire. Le côté aléatoire de cette programmation doit également être souligné : il empêche le spectateur de se repérer de manière efficace dans la grille de programmation. La promesse de France 2 de renforcer la diffusion de documentaire en première partie de soirée est elle aussi très relativement effective (2).

2) Les promesses concernant la première partie de soirée

690. L'autre promesse correspond aux obligations du cahier des charges de diffuser des documentaires sur France 2 en première partie de soirée « *avec, comme défi, de parler au plus grand nombre avec ambition et en continuant à innover et à surprendre* ». France 2 promet de diffuser en prime « *de grands films 100 % archives qui racontent la grande histoire du monde,*

¹⁹¹⁴ Mardi 6 mars : « Sexe sans consentement » ; mardi 13 mars : « Père Hamel Martyr de la République », mardi 20 mars : « Le mystère de la mort d'Hitler », mardi 27 mars : « C'est l'heure du bilan » sur la reconversion professionnelle, mardi 3 avril : « le courage de grandir » sur les enfants surdoués, mardi 17 avril : « Les Hommes de Clignacourt », mardi 1er mai « Ils ont tué mon fils », mardi 15 mai « Elisabeth II, histoire d'un couronnement »

¹⁹¹⁵ Le mardi 8 mai, le 22 mai et la diffusion 19 juin : « Les pionniers de Tremargat », sur les néo-ruraux et la vie dans les villages ; 12 juin « Roman d'une adoption » ; 5 juin, « Nous nous sommes tant aimés » sur la coupe du monde 1998 ; « Latifa une femme dans la République », 14 mars 2018 à 1h10.

terreau de notre histoire contemporaine », et des documentaires consacrés à « *notre récit national, notre histoire de France reliée à celle du monde et ses soubresauts* ». Enfin France 2 souhaite offrir des films permettant de contribuer à la compréhension « *de la vie et des drames de notre République* ». La promesse de retrouver en prime Time des documentaires constitués d'images d'archive est mise en oeuvre à travers la diffusion de « *Jeunesses hitlériennes, l'endoctrinement d'une Nation* », le mardi 21 novembre 2017. Le mardi 17 avril est diffusé 68, sur les événements qui ont marqué l'année 68 dans le monde, avec des images d'archives. Le 1er février, c'est un documentaire sur la Corée du Nord, suivi d'un documentaire sur la Corée du Sud est programmé en Prime Time. Contrairement à ce qui est annoncé par la chaîne, la majorité des documentaires constitués de 100% d'archives ne sont diffusés, durant la saison 2017-2018 qu'en troisième partie de soirée : ainsi en va-t-il de la saison 4 d'Apocalypse sur la Seconde Guerre mondiale diffusée à 00h00 puis 1h15) les vendredis en novembre et décembre 2017. Le choix de ces horaires est d'autant plus étonnant que le choix qui a été fait de coloriser des archives de la Seconde Guerre mondiale avait pour but de sensibiliser les jeunes et séduire le grand public¹⁹¹⁶.

691. La deuxième promesse de France Télévisions concernant l'histoire nationale est mise en oeuvre à travers la seule diffusion de « *12 juillet 1998, un jour parfait* », sur la réception populaire de la coupe du monde 98. Le choix d'un documentaire sportif pour représenter l'histoire nationale en Prime Time montre la volonté de rassembler une large audience, au détriment, peut-être de la diffusion de documentaires sur des pans de l'histoire commune moins connue, et de la distinction avec le privé. Un tel documentaire sur l'équipe de France 98 a en effet également été diffusé sur TF1. Les samedis 21 et 28 avril à 20 h 55 est diffusé « *Planète bleue* », un documentaire de la BBC sur l'éco-sphère de l'océan¹⁹¹⁷.

¹⁹¹⁶ Ce choix a d'ailleurs été vivement critiqué par certains historiens qui parlent de manipulation historique. V. L. VERAY, « *Apocalypse, une manipulation de l'histoire qui tourne à la manipulation* », *Télérama*, 25 mars 2014, en ligne : <https://www.telerama.fr/television/apocalypse-une-modernisation-de-l-histoire-qui-tourne-a-la-manipulation-selon-l-historien-laurent-veray,110388.php>

¹⁹¹⁷ Qui répond à la promesse de « *proposer, en première partie de soirée, des documentaires novateurs et exigeants pour partager avec le plus grand nombre la beauté et la fragilité de notre Terre. Nous continuerons à proposer avec force des soirées événementielles de grands films de découverte, fruit de notre collaboration avec nos partenaires BBC, mais aussi de grands films français tels que le prochain opus du Plus Beau Pays du monde ou encore L'Odyssée du loup* ».

692. La case documentaire « 25 nuances de doc » est le seul rendez-vous qui soit effectivement hebdomadaire. Elle présente des documentaires français, mais aussi étrangers et présentés en version originale sous titrée, qui contrairement à la case documentaire Infrarouges, présentent des sujets autant économiques, sociaux, sociétaux, et les conditions de vie des catégories de la population beaucoup moins souvent représentées à la télévision¹⁹¹⁸ ou sur des pans de l'histoire inconnus¹⁹¹⁹. Ces documentaires ont souvent été récompensés par des prix internationaux, mais malgré le label de qualité qu'ils ont reçu, ils sont diffusés durant la nuit. Les promesses formulées par France 3 sont elles, encore moins réalisées (B).

B) Les promesses ineffectives de France 3

Il faudra interroger de manière successive la promesse d'offrir des documentaires portant sur la question de l'environnement (1), puis celle consacrée à l'histoire (2) et enfin celle consacrée à la culture populaire (3).

1) La promesse ineffectif sur les documentaires environnementaux

693. La promesse de France 3 est d'offrir, « [dès la rentrée], le lundi, en alternance avec ses magazines emblématiques (*Thalassa*, *Faut pas rêver...*), de grands documentaires de prime time posant la question de l'impact de l'homme sur son environnement. Ainsi, écrit la chaîne, « nous nous immergerons comme jamais dans les profondeurs de nos forêts avec France Terre sauvage. Avec *Opération océan*, nous partirons aux confins de notre domaine maritime, le plus vaste au monde, et nous accompagnerons Céline Cousteau sur les traces des expéditions de son grand-père ». Cette promesse est loin d'être effective. Si, « *Thalassa* » et « *Faut pas rêver* » sont effectivement programmés en alternance, ils le sont au mois de septembre, avec des films, puis à partir de novembre, avec d'autres magazines sur la géographie, et l'environnement, tels que « *Le*

¹⁹¹⁸ Tels que « *Quest* » qui présente la vie d'une famille noire américaine vivant dans un quartier pauvre de Philadelphie, « *Quelque chose de grand* », sur les conditions de travail d'ouvriers du bâtiment sur un chantier, « *Les élèves de madame Kiet* » sur l'apprentissage du néerlandais par des enfants réfugiés au Pays-Bas, « *Norilsk, l'étreinte de glace* », sur la vie des habitants d'une ville industrielle aux conditions climatiques extrêmes en Russie.

¹⁹¹⁹ « *Moi, Gargarine* », sur la naissance des rave-parties à Moscou durant la transition démocratique, « *La conquête de Clichy* » sur un candidat RPR à l'assaut des banlieues rouges du 93, « *Happy birthday Mr Mograbi* » sur la « *Nakba* » palestinienne, « *Fame* », sur la naissance et la mort d'un festival de street-art en Italie du sud, ou encore « *The act of killing* », sur le massacre de plus d'un million d'opposants politiques 1965 en Indonésie.

monde de Jamy », un magazine pédagogique dont le concept est issu de l'émission emblématique (mais supprimée l'année passée) « C'est pas sorcier », ainsi que Chanee, une émission qui entraîne une célébrité pour découvrir une espèce animale menacée d'extinction. Si ces émissions ne sont pas techniquement des documentaires, elles posent effectivement la question de l'impact de l'homme sur son environnement, et vice-versa. À partir de janvier, toutefois, ces émissions ne sont même plus programmées. Le 8 janvier, France 3 diffuse un documentaire sur France Gall et Michel Berger, le reste des lundis est consacré à des émissions n'ayant aucun rapport avec la nature. À partir du mois de février, les magazines « Le monde de Jamy » et « Chanee » deviennent plus réguliers. Dès la fin du mois d'avril, toutefois, France 3 abandonne sa case spéciale environnement. En conclusion, France 3 aura fini la saison sans avoir programmé un seul réel documentaire sur la nature. Bien qu'elle-même documentariste, la petite fille de Jean-Jacques Cousteau ne fera qu'accompagner le numéro de Thalassa dédié à son grand-père. La promesse relative à l'histoire est elle, relativement effective (2).

2) Promesse concernant les documentaires historiques

694. La deuxième promesse de France 3 concerne l'histoire. « *Le mercredi - écrit la chaîne - place à notre histoire, celle de la vie des Français, qui prendra des couleurs inédites au cours de soirées continues. Un nouveau procédé, celui de la « photo-fiction », nous surprendra dans un grand film illustrant comment le peuple de France tout entier s'est mobilisé au cours de La Grande Guerre* ». En effet, des documentaires historiques sont programmés dès la rentrée avec « Hitler et Churchill, le combat de l'aigle et du lion » suivi des « Pouponnières du III Reich », le mercredi 20 septembre et le mercredi 18 octobre, « 1917, il était une fois la Révolution ».

Toutefois, la majorité des Prime Time du mercredi soir est dédiée au magazine géographique « Des racines et des ailes » qui présente la diversité des régions. À partir de novembre, les documentaires proposés concernent des chanteurs connus tels que J. Brel le 22 novembre, Sardou le 20 décembre. Les documentaires reprennent à partir du 21 mars avec « Pédophilie, un silence de cathédrale », puis « Dans la tête des SS » et « Résistantes », le 9 mai suivi de « La bataille du charbon » sur les mineurs français après la Seconde Guerre mondiale.

Le 23 mai, c'est un documentaire sur « De Gaulle et Pompidou » puis sur les soixante-huitards de droite, le 30 mai sur « Françoise Dolto », le 27 juin sur Simon Veil.

695. Le mercredi 30 avril, un documentaire sur les policiers durant mai 68 est diffusé, avec des images d'archives et des témoignages inédits, suivi d'une émission étonnante reconstituant les grèves de Mai 68 ... en direct sur un plateau. Ce programme, malgré ses faiblesses¹⁹²⁰, a toutefois le mérite d'évoquer en particulier les grèves ouvrières qui sont moins souvent évoquées dans les médias que les grèves étudiantes. S'en suit, le 7 mai, un documentaire sur la première année de mandat d'E. Macron, qui évoque la mise en scène de la mythologie macronienne. Il a été reproché à ce documentaire son manque de recul par rapport au discours du chef de l'État¹⁹²¹. Un mois plus tard, le 13 juin 2018, c'est un documentaire dédié à ... Brigitte Macron qui est diffusé en Prime-Time. La diffusion d'un programme sur la première dame, qui n'a pas de statut particulier sous la cinquième République interroge. La promesse de France 3 de diffuser des documentaires sur l'histoire est effective, même si la formulation de la promesse éditoriale peut porter à confusion : « Le mercredi, écrit la chaîne, place à l'histoire ». Cette formulation laisse entendre que tous les mercredis, une émission consacrée à l'histoire serait diffusée, ce qui n'a pas été le cas. La seule promesse effective semble concerner la culture populaire (3).

3) La promesse effective des documentaires consacrés à la culture populaire

696. Enfin, France 3 s'est également engagé à diffuser, le vendredi « *des signatures du documentaire comme de jeunes talents qui revisiteront la vie et l'œuvre des grands artistes de la culture populaire, de Marcel Pagnol à Charlie Chaplin en passant par Mireille Darc et Julien Clerc* ». Cette promesse est effective. Ainsi, le 6 octobre 2017, France 3 diffuse en Prime Time un documentaire sur Laurent Gerra, qualifié de « miroir de son époque ». Le 20 octobre, la chaîne diffuse un documentaire sur les vies, croisées de J. Birkin, Françoise Hardy et V. Samson, et le 17 novembre, un documentaire sur Coluche. Le 12 janvier, la chaîne diffuse, suite au décès

¹⁹²⁰ V. la critique de D. KOURTCHINE, « 68, la grève du siècle », Téléràma, 24 avril 2018.

¹⁹²¹ V. A. DASSONVILLE, « “Macron président, la fin de l'innocence”... et de tout sens critique », Téléràma, 7 mai 2018. Ce documentaire est d'ailleurs réalisé par B. DELAIS qui sera ensuite nommé, par F. DE RUGY, président de la Chaîne parlementaire.

de F. Gall, un documentaire sur Starmania. Le 19 et le 26, c'est au tour de la télévision d'être au centre de l'attention avec « La télé des années 80, la télévision qui change tout », le 16 février un documentaire sur Claude François est diffusé.

Il est intéressant de noter que parmi les promesses de France Télévisions, celle relative à la transmission d'émissions « populaires » est la plus effective. Parmi les grands artistes de la culture populaire, ce sont les chanteurs et les humoristes les plus populaires qui sont toutefois retenus, le genre littéraire et le cinéma n'étant pas représentés. Aucun documentaire sur Marcel Pagnol ni sur Charlie Chaplin ne fut diffusé malgré ce que semblait indiquer la promesse de la chaîne.

Conclusion §3 :

698. Le Manifeste pour le documentaire, édité par France Télévisions en 2012 dispose que « *Le genre documentaire est central. Sa présence ne tient pas à une question d'obligation de quotas ou de contraintes. Il est au coeur de la notion même de service public, au coeur de la création* »¹⁹²². Le groupe conserve effectivement sa première place dans le documentaire, et maintient l'écart avec les chaînes privées et diffuse effectivement des documentaires en première et deuxième partie de soirée sur France 2 et France 3, comme le prévoit l'article 12 du cahier des charges. Toutefois, France Télévisions ne répond pas aux promesses formulées dans ses lignes éditoriales. On assiste à un phénomène paradoxal de dilution des obligations et des promesses : les promesses éditoriales sont censées préciser la façon dont seront mises en place les obligations du cahier des charges. Ces promesses, qui sont ambitieuses, ne sont pas respectées, mais aucune sanction ne peut être appliquée puisqu'elles constituent des engagements internes à France Télévisions. Elles sont toutefois largement publicisées, ce qui est paradoxal, puisqu'elles peuvent alors être considérées comme des faits, alors qu'elles ne constituent en réalité que des promesses et ne reflètent pas effectivement la programmation.

¹⁹²² Cité par I. REPITON, « Le documentaire cherche sa voie dans un paysage télévisuel mutant », in E-dossier de l'audiovisuel : le documentaire, un genre multiforme, Op cit, p. 33, spéc p. 38

699. Par ailleurs, plusieurs procédés sont utilisés par les chaînes pour respecter les obligations du cahier des charges tout en en déviant le sens et la portée. Le choix des thèmes constitue l'un des procédés les plus utilisés : les thèmes les plus populaires et les plus faciles d'accès (telles que la culture populaire, le sport et le story-telling politique) sont privilégiés par rapport aux thèmes plus exigeants tels que l'histoire ou les documentaires environnementaux. Les films mettant le plus l'accent sur ce qui fait la particularité du documentaire tel que nous l'avons définie dans l'introduction, l'empreinte de la personnalité du réalisateur, le regard que celui-ci porte sur son objet, qui devient alors sujet, sont relégués aux horaires de nuit. On observe une « *tentation de faire du documentaire un spectacle ou un divertissement, à l'image de l'info-spectacle, déjà installée depuis longtemps* »¹⁹²³.

Conclusion Section 2 :

700. Les procédés utilisés par France Télévisions pour respecter les obligations du cahier des charges tout en n'en respectant pas l'esprit sont nombreux. Les programmes les plus difficiles d'accès, mais qui sont imposés par le cahier des charges sont programmés aux heures de moindre écoute, notamment pendant la nuit. Cela ne permet pas de rendre effective l'obligation d'apporter ces programmes au plus grand nombre, comme le prévoit pourtant le cahier des charges. Lorsque les genres les plus difficiles d'accès sont diffusés aux heures de plus grande écoute, comme le théâtre, les chaînes les plus regardées font appel à des personnalités très populaires, pour attirer le public, prenant ainsi le risque que le téléspectateur soit plus attiré par la prestation de l'acteur que par le scénario et la mise en scène. C'est également le cas pour la musique : la variété

¹⁹²³ V. l'importante interview de J. XAVIER-DE-LESTRADE, "Le documentaire télévisé ne s'arrête plus sur les silences", Le Monde, 07 mars 2012 : « *Oui, on ressent bien cette tentation de faire du documentaire un spectacle ou un divertissement, à l'image de l'info-spectacle, déjà installée depuis longtemps. Les séries américaines, omniprésentes et rediffusées à l'envi, ont leur part de responsabilité. Construites sur un rythme extrêmement vif, nerveux, dramatisé, elles habituent le public à une forme de consommation télévisuelle qui, à mon sens, change son regard. On l'habitue à une excitation cérébrale continue qui me semble inquiétante. Ce mouvement général, on le ressent même dans Apocalypse (2009), le film emblématique sur la seconde guerre mondiale d'Isabelle Clarke et Daniel Costelle : ils ont mis un point d'honneur à ce que pas un seul plan ne dure plus de cinq secondes. Pas une seconde de silence non plus ! Aucune interruption entre bruit de fond de canons, archives bruiées et commentaires très rythmés* ». Pour le documentariste, qui a obtenu l'Oscar du meilleur documentaire pour « Un coupable idéal » (2002), le documentaire consiste normalement à « *donner le temps au spectateur d'entrer dans le film pour qu'il devienne acteur face à ce qu'il regarde. Un exemple : faire durer les plans au lieu de les couper abruptement l'amène à s'interroger, à percevoir des détails, à nouer un dialogue singulier avec le film ; à le faire vivre en soi plutôt qu'à le subir passivement* ». Il regrette que « *L'on n'observe plus la vie des gens sans événement, alors qu'au départ, c'était ça, le propre du documentaire : filmer des paysans comme l'a fait Raymond Depardon, s'arrêter sur le temps qu'il fait, les regards, les silences. Autant de choses quasiment bannies de la télévision* ».

française très populaire est diffusée en première partie de soirée, mais les musiques du monde sont reléguées à la chaîne France Ô et diffusées à des heures nocturnes. Difficile, alors, de considérer qu'est effective l'obligation de « *faire connaître aux téléspectateurs les diverses formes de musique* ». Le préambule du cahier des charges perd lui tout son sens. On peut difficilement considérer qu'est effective l'obligation de France Télévisions d'inviter « chaque foyer à découvrir concerts, pièces de théâtre, opéras », lorsque ces spectacles sont diffusés majoritairement durant la nuit. De même, ce préambule dispose que France Télévisions doit « prendre des risques ». En favorisant les thèmes les plus populaires et les plus accessibles, avec des acteurs, des chanteurs et des thèmes déjà, extrêmement populaires, il est difficile de considérer que cette obligation est effective.

Conclusion Chapitre 1 :

701. Les deux premiers plans méthodiques raisonnés que nous avons mis au point nous ont permis d'avoir une première approche globale de la grille des programmes dans les trois États. Les résultats obtenus confirment largement nos hypothèses de départ. On observe d'abord dans les trois États, une homogénéisation des programmes présentés en journée. Le genre dominant est sur toutes les chaînes le magazine, un programme de flux qui permet le débat. Ceci aurait pu permettre une certaine diversité des thèmes et des débats à l'intérieur même du genre, mais l'étude des thèmes de ces magazines nous a montré que c'est loin d'être le cas. Les thèmes abordés dans ces magazines sont en effet très proches les uns des autres, et si certains magazines dénotent avec des thèmes différents, ils ne suffisent pas à assurer une véritable diversité dans la grille de programmes. Cette stratégie, celle de mettre en avant certains programmes, souvent isolés, pour prouver la bonne mise en oeuvre des obligations législatives ou réglementaires se retrouve également pour France Télévisions dans l'analyse que nous avons menée des programmes de soirée. On observe ainsi une tendance de France Télévisions à mettre en avant certains programmes phares, censés représenter la grille entière des programmes, pour prouver qu'elle respecte les obligations énoncées par les textes. Or, ces programmes sont souvent peu représentatifs du reste de la grille de programmation. On observe également une distorsion entre les mots utilisés par France Télévisions pour qualifier son offre de programmes, des mots qui

sont souvent gratifiants et mélioratifs, et le contenu réel des programmes. Toutefois, cette analyse globale de la grille des programmes n'est pas suffisante à déterminer si les dispositions législatives et réglementaires qui encadrent la prestation de service public sont effectives. Il est nécessaire de faire appel à l'analyse de contenu pour interpréter et analyser le contenu textuel à l'intérieur même de chaque programme (Chapitre 2).

Chapitre 2 : Analyse du contenu des programmes

702. Durant la phase d'observation libre, nous avons bien entendu porté une attention importante non seulement aux programmes envisagés dans un tout, qui est celui de la programmation, mais également aux programmes en eux-mêmes, au contenu à l'intérieur même de ceux-ci et au discours véhiculé par chaque programme. Pour déterminer notre plan méthodique raisonné, nous avons lu les méthodologies proposées par les sociologues de la communication. Ces méthodes sont principalement l'analyse de contenu, et l'analyse de discours. L'analyse de contenu est définie par son initiateur, B. Berelson, comme « *une technique de recherche pour la description objective, systématique et quantitative du contenu manifeste des communications, ayant pour but de les interpréter* »¹⁹²⁴. L'analyse de discours s'oppose à l'analyse de contenu par son refus du postulat de base : la séparation entre l'énoncé et l'énonciation¹⁹²⁵. L'analyse de contenu a pour but de mettre au jour « le contenu manifeste des communications ». Ce contenu manifeste constitue un champ d'études en lui-même, et il n'est pas rapporté à la situation de l'énonciateur. Au contraire, l'analyse de discours se fonde sur le postulat selon lequel l'énoncé ne peut être compris que s'il est analysé dans son contexte énonciatif¹⁹²⁶. Du fait de leurs postulats différents, les approches impliquent des méthodologies différentes dans l'observation des programmes. L'analyse de contenu « *postule la transparence du discours par rapport au réel* » tandis que l'analyse de discours postule « *l'opacité d'un discours autonome par rapport au réel* »¹⁹²⁷. Dans l'analyse de contenu, les critères d'analyse sont « *exogènes au discours étudié, ils sont définis a priori* »¹⁹²⁸, tandis que dans l'analyse de discours, les critères d'analyse sont « *endogènes, nés de la lecture du texte analysé* »¹⁹²⁹.

¹⁹²⁴ B. BERELSON, *Content analysis in communication research*, Glencoe III : Free Press, 1952, p. 18, repris par M. GRAWITZ, *Méthode des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 1972

¹⁹²⁵ V. M. COULOMB-GULLY, « Propositions pour une méthode d'analyse du discours télévisuel », *Mots. Les langages du politique*, 2002(70), en ligne.

¹⁹²⁶ V. notamment P. FAVRE, « Analyse de contenu et analyse de discours – Sur quelques critères distinctifs », in *Études offertes au Professeur É. de Lagrange*, Université de Clermont I, 1978.

¹⁹²⁷ M. COULOMB-GULLY, Op cit qui reprend les critères établis par P. FAVRE, Op cit.

¹⁹²⁸ Ibid.

¹⁹²⁹ Ibid.

L'analyse de contenu utilise principalement une approche quantitative, notamment dans le comptage des mots et expressions établis a priori, tandis que l'analyse de contenu utilise une approche qualitative, qui s'appuie sur l'interprétation des mots et expressions utilisées. Le corpus doit, dans l'analyse de contenu être exhaustif, tandis que cette exhaustivité n'est pas nécessaire dans l'analyse de discours¹⁹³⁰. Enfin, la méthodologie utilisée dans l'analyse de contenu est reproductible, puisqu'elle est définie avant l'observation du discours, tandis que la méthodologie utilisée dans l'analyse de discours n'est pas reproductible, puisque celle-ci est définie durant l'observation du discours¹⁹³¹.

703. Nous n'avions pas, dans notre phase d'observation, de préjugés quant à la meilleure méthode à utiliser pour analyser le contenu des programmes présentés, d'autant plus que comme le reconnaissent les sociologues, ces deux méthodes ne sont pas excluables l'une de l'autre¹⁹³². Toutefois, après un visionnage assez large de différentes émissions, appartenant à des genres différents et abordant différents thèmes, il nous est apparu d'une part qu'il semblait impossible de définir des critères a priori : l'analyse se révélait beaucoup plus fructueuse si l'on partait du texte étudié pour dégager des critères durant l'analyse. D'autre part, il nous est apparu impossible de s'engager dans une analyse exhaustive et homogène, du fait du nombre presque infini d'émissions que nous aurions pu analyser et de l'hétérogénéité de leur contenu. Enfin, il nous est apparu que le postulat de base de l'analyse de contenu, qui distingue l'analyse de l'énoncé de la position d'énonciation ne nous est pas apparu pertinent durant la phase d'observation libre, car comme le soulève M. Coulomb-Gully, « *les conditions de production du discours télévisuel, les conditions de circulation et de réception ne sont pas de simples circonstances annexes au discours, qui exerceraient sur lui des contraintes extérieures, mais elles sont structurantes, constitutives de ce discours, elles l'informent, au sens de « donner*

¹⁹³⁰ Ibid.

¹⁹³¹ Ibid.

¹⁹³² V. Ibid : « *Ces oppositions sont évidemment schématiques, d'autant plus que les deux paradigmes semblent de moins en moins étanches (l'AC tente de prendre en compte la question de la réception et de la production des discours qu'elle étudie, bien qu'elle le fasse de façon externe à l'analyse proprement dite, qui continue de se déployer de façon autonome)* ».

forme » »¹⁹³³. Nous avons donc décidé d'analyser le contenu proposé à travers la méthodologie de l'analyse de discours et de tenter de présenter le contenu comme lié à ses conditions de production. Cette méthodologie nous a poussés à choisir certains programmes qui nous paraissaient les plus représentatifs de certains traits redondants des émissions télévisuelles que nous voudrions mettre ici en avant. Pour faciliter l'approche comparative, nous avons choisi d'analyser de manière parallèle des programmes intervenant aux mêmes heures de la journée dans les trois États. Nous avons d'abord choisi les programmes que l'on appelle communément les « matinales » sur France 2, la RAI 1 et BBC 1 (Section 1), puis nous nous sommes intéressés à des magazines emblématiques de l'après-midi (Section 2). Nous nous sommes ensuite intéressés plus particulièrement aux journaux télévisés et à l'information politique (Section 3).

Section 1 : Les magazines du matin, mêlant information et divertissement

704. Comme nous l'avons dit en introduction de ce chapitre, le choix de la méthodologie de l'analyse de discours nous a poussés à ne pas déterminer de critères *a priori* pour aborder l'analyse. Ces critères se sont précisés au fur et à mesure du visionnage parallèle des émissions sur les chaînes françaises, italiennes et britanniques. Pour déterminer les critères les plus importants, nous avons couplé le visionnage de ces émissions à la lecture d'ouvrages et d'articles décrivant les traits dominants de la télévision aujourd'hui. À la lecture de ces textes, nous avons pu qualifier les matinales sur France 2, la RAI 1 et BBC 1 de magazines mêlant information et divertissement (magazines d'infotainment)¹⁹³⁴. Ces magazines ont pour caractéristique de mêler les genres d'information et de la variété, ou encore d'utiliser les informations pour continuer à distraire le téléspectateur¹⁹³⁵.

¹⁹³³ Ibid.

¹⁹³⁴ Le terme d'infotainment est un néologisme qui est une contradiction des termes anglais d'« information » et d'« entertainment ».

¹⁹³⁵ C. FRECCERO, *Televisione*, Bollati Bolinghieri, 2013, p. 90

705. On peut distinguer deux formes d'infotainment. Tout d'abord, il peut s'agir d'une analyse de l'information et de l'actualité par des comiques, qui nous font rire de l'information. Ce procédé n'est pas nouveau : dans les sociétés d'ancien régime, la critique du Roi était confiée au comique ou à la satire¹⁹³⁶, mais elle pose problème dans les sociétés actuelles dans la mesure où le comique devient le seul « critique » de l'information. Elle n'est pas la plus présente sur la télévision publique (ni privée d'ailleurs), car c'est l'autre forme d'« infotainment » qui lui est préférée : celle de la présentation simultanée (ou presque) d'informations dites « hautes », qui sont des enquêtes et des reportages avec la présentation d'informations dites « basses » qui concernent ce qu'on appelle en anglais les « gossips » ou « potins »¹⁹³⁷.

706. Ces magazines qui mélangent différents types d'information peuvent également être qualifiés de « magazine omnibus » du fait de leur structure qui renforce ce que l'on a appelé, dans la première partie, l'effet de flux. Le terme omnibus vient du latin « omnis » qui signifie « pour tous », omnibus étant la déclinaison au datif pluriel de ce mot omnis. Ce terme renvoie donc au fait que ces émissions visent tout le monde, tous les publics. A priori, les magazines omnibus permettraient donc de satisfaire les obligations réglementaires d'offrir des programmes qui s'adressent à un large public, qui sont fédérateurs (cahier des charges de France Télévisions) et qui favorisent la « cohésion sociale » (contrat de service de la RAI). Le choix de mêler information et divertissement, s'il peut favoriser la fédération d'un large public et attirer le téléspectateur vers l'information, peut également se révéler défavorable au débat démocratique. C'est notamment la thèse qu'avance N. Postman, dans son ouvrage important « Se distraire à en mourir ». Pour l'auteur, le bombardement de messages unidirectionnels a un impact sur notre façon de recevoir, mais surtout de penser l'information¹⁹³⁸. La rapidité avec laquelle les

¹⁹³⁶ Ibid, p. 89

¹⁹³⁷ On peut également définir le magazine d'infotainment avec Casetti et Odin : « *le traditionnel découpage en genres fait place au métissage généralisé : une émission de variétés consacrée au chanteur Balavoine est l'occasion de parler doctement du vin avec des experts ; un reportage sur une course de motos est entrecoupé de chansons et de divers jeux plus ou moins ouvertement publicitaires, etc. Émissions attrape-tout ; émissions à tout faire. La néo-télévision, c'est (...) le syncrétisme érigés en principe organisateur* ». V. F. CASSETTI, R. ODIN, « De la paléo à la néo-télévision », Op cit, p.12

¹⁹³⁸ V. N. POSTMAN, *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*, 1985. Traduction française : *Se distraire à en mourir*; Nova, 2010

journalistes passent d'un message à l'autre ne permet pas, comme le permet la presse écrite¹⁹³⁹ d'analyser l'information de manière rationnelle, en utilisant l'exposition des faits, l'argumentation, l'explication et enfin la contradiction. Elle ne permet ni le débat ni la dialectique¹⁹⁴⁰ et est donc défavorable au débat démocratique. L'auteur considère que cette caractéristique, le déferlement d'information est inhérente à l'écologie du média télévisuel, qui ne peut que mener à présenter tous les messages comme un spectacle, un divertissement. Il reprend en ce sens la thèse de McLuhan, pour qui « Le média est le message »¹⁹⁴¹, c'est-à-dire que le canal de transmission du message a un impact nécessaire sur le contenu du message lui-même. Nous avons toutefois noté, durant le visionnage comparatif des différents programmes que la succession et le flot d'information dont parle Postman, tout comme le caractère hybride des informations présentées et du ton du programme peuvent être plus ou moins accentué. Entre les enquêtes et les « potins », il existe une échelle de l'information, du plus sérieux au plus divertissant. Il peut également exister des « rythmes » différents sur lesquels s'enchaînent les informations. C'est pourquoi nous avons, durant l'observation méthodique, porté une attention particulière à la structure des programmes, au ton employé par les animateurs et au caractère hybride des informations présentées. La date des émissions étudiées a été choisie de manière arbitraire, elle correspond à l'émission diffusée le jour où nous avons réalisé cette étude.

Si chaque émission présente évidemment des informations et des actualités différentes, la structure du programme ainsi que l'hybridité des informations et le ton employé par les animateurs est le même chaque jour. Notre but est ici de mettre en avant « *des passages spécifiques d'un corpus, des lignes de fracture où s'exprime au mieux le lien entre énoncé et*

¹⁹³⁹ Cette distinction entre la presse écrite et les médias postérieurs, notamment la radio et la télévision, a été analysée par M. McLuhan dans *La galaxie Gutenberg : la genèse de l'homme typographique* (trad. Jean Paré), HMH, 1967. Titre original : *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, University of Toronto Press, 1962. N. POSTMAN reprendra la thèse de McLuhan, mais alors que ce dernier ne portait pas de jugement de valeur sur les différents types de médias, Postman s'en servira pour formuler une critique sans appel de la télévision.

¹⁹⁴⁰ V. N. POSTMAN, Op cit.

¹⁹⁴¹ M. McLuhan, *Understanding Media: The extensions of man*, 1964, Traduction française : *Pour comprendre les médias*, Points seuil, 2015, p. 37s : « *en réalité et en pratique, le vrai message, c'est le médium lui-même, c'est-à-dire, tout simplement, que les effets d'un médium sur l'individu ou sur la société dépendent du changement d'échelle que produit chaque nouvelle technologie, chaque prolongement de nous-mêmes, dans notre vie* ».

énonciation, le rapport entre émission, production et réception »¹⁹⁴², ce qui justifie de ne s'intéresser qu'à un seul programme. Nous expliciterons d'abord les résultats obtenus avec le magazine « Télé-matin » (§1), puis le magazine « Uno mattina estate » (§2) et enfin BBC Breakfast (§3).

§1 En France, l'exemple de télé-matin

Sur France 2, Télématin occupe la case horaire de 6h30 à 9h30. Il s'agit d'un magazine mêlant des moments d'information, mais aussi de divertissement, avec des chroniques touchant à la culture ou à la vie quotidienne. Nous avons analysé la structure de l'émission du 20 juillet 2018. Il est d'abord nécessaire d'analyser la structure globale du magazine (A), pour s'intéresser ensuite au ton employé par les journalistes (B).

A) la structure du programme

708. L'émission du 20 juillet 2018 commence à 6h30 par la page d'information qui dure douze minutes. 2¹⁹⁴³ minutes sont dédiées à l'affaire Benalla, 3 minutes pour le reste de l'actualité, 2 minutes à la météo, puis 5 minutes au journal des sports.

6 minutes sont ensuite dédiées à un reportage sur Arthur H puis 6 min à la sortie d'un livre sur une méthode de développement personnel permettant de « trouver le bonheur ».

15 minutes sont ensuite consacrées de nouveau aux informations. À l'intérieur de cette page d'information, 2 minutes sont consacrées à la météo, 2 minutes sont consacrées à l'affaire Benalla, 1 minute au malus automobile, 1 minute à l'encadrement des loyers à Paris, 20 secondes à la rencontre entre Trump et Poutine, 1 minute à la libération du français Michael Blanc en Indonésie, 1 minute au football, avec l'annonce de Neymar et celles des joueurs français qui redistribuent leur prime après leur victoire au mondial et 1 minute au tour de France. 1 minute est ensuite consacrée à la répartition des charges entre hommes et femmes pendant les vacances et 1

¹⁹⁴² V. M. COULOMB-GULLY, Op cit : Dans l'analyse de discours, « *l'exhaustivité, pas plus que l'homogénéité ne sont pour elle un objectif ; ce sont plutôt des moments privilégiés, des passages spécifiques d'un corpus qui l'intéressent, des lignes de fracture où s'exprime au mieux le lien entre énoncé et énonciation, le rapport entre émission, production et réception* ».

¹⁹⁴³ Nous avons ici opté pour une présentation numérique des chiffres et des nombres, pour faciliter l'intelligibilité du propos.

minute sur le paléo-space, une plage contenant des vestiges archéologiques. 3 minutes sont ensuite consacrées au Brexit et plus particulièrement au débat du Parlement britannique et à la position de Theresa May. Le journal télévisé semble se refermer, sans que la rupture soit très claire entre ce qui relève de l'information et ce qui n'en relève pas.

709. On peut déjà observer l'absence de structure apparente dans ce Journal Télévisé. Les actualités françaises sont présentées en premier, mais le sport est présenté avant l'information européenne concernant le Brexit, mais après l'actualité internationale. Après le journal, 5 minutes à une exposition sur Monet et Boudin. 3 minutes sont ensuite consacrées à la revue de presse française, et 7 minutes sont plus tard consacrées à l'interview du Président du groupe Modem à l'Assemblée nationale, sur le sujet de l'affaire Benalla. Les chroniqueurs se succèdent sur le plateau, coloré avec des couleurs chaudes réconfortantes pour présenter des informations qui semblent toutes mises sur le même plan : le ton du présentateur ne change pas selon qu'il annonce les informations politiques et relatives à la vie démocratique du pays, et celles qui concernent des informations plus futiles ou liées à la culture et au divertissement.

710. Cette succession d'informations de nature différente sur un temps court a été critiquée par Postman¹⁹⁴⁴ et les sociologues s'inscrivant dans sa lancée, qui ont montré qu'en « bombardant » de messages le téléspectateur, et en présentant ces messages de façon groupée, ces émissions de télévision tendent à mettre sur le même plan le futile et le dramatique, l'information sérieuse et les nouvelles sans grand intérêt, ce qui nuit à l'intelligibilité et à la vie démocratique du pays.

La présentation simultanée d'information du type « potin » avec des informations plus sérieuses a deux conséquences très néfastes : elle peut pousser le téléspectateur à ne pas hiérarchiser l'information (ce qui est d'ailleurs normalement le rôle du journaliste) entre ce qui relève du divertissement et ce qui relève de l'information devant être analysée, et elle renforce le désir de « consommer » l'information comme sont consommés les « potins ». Il semble que dans Télé-matin cette succession d'informations de nature différente présentée de la même façon soit particulièrement accentuée. La difficulté à hiérarchiser entre ce qui relève de l'information touchant à la vie de la Nation et ce qui relève du divertissement se caractérise non seulement par

¹⁹⁴⁴ V. introduction de cette Section.

la structure, mais également par la façon dont les présentateurs introduisent et illustrent les informations importantes. C'est ce que nous avons qualifié de « caractère hybride de l'information » (B).

B) Le caractère hybride du ton des présentateurs

Nous avons noté le côté hybride de la présentation des informations par les animateurs, à l'extérieur du journal télévisé. Ceux-ci n'hésitent pas à présenter de manière dramatique (relatif au théâtre), et de jouer des informations qui sont pourtant censées être sérieuses. Nous prendrons d'abord l'exemple de la revue de presse présentée à 7h20 par Patrick Romedienne (1) puis la présentation d'une information en Inde (2).

1) La revue de presse du 20 juillet 2018

711. La chronique commence par une musique de générique qui semble destinée à faire monter la pression, ou pour le moins, à annoncer un contenu à suspense, qui fait un peu peur. Le chroniqueur commence à parler en utilisant le champ lexical du conte qui révèle sa volonté de mettre en récit l'épisode politique qu'il va raconter : *« C'est une histoire qui se passe en l'an 2018 de notre ère. Une histoire où le pays de France vivait une époque enchantée, faite de communion et de fierté qui portait haut les valeurs patriotiques. Une époque que l'on aurait pu appeler « la période bleue » et en ce temps-là, voyez-vous, la vie était une oeuvre d'art. Et puis le pouvoir avait même déposé les armes de la présidence jupitérienne pour se mêler au peuple, en fusion. »*. En même temps que ce discours, des unes de presse de la victoire de l'équipe de France à la coupe du Monde sont diffusées sur l'écran, celles de Didier Deschamps tenant la coupe du monde avec un grand sourire, et celle, encore plus emblématique, de la foule sur les Champs-Élysées, avec en fond l'Arc de Triomphe.

Le journaliste continue sa chronique en changeant brutalement de registre de langage, et de champ lexical : *« Et puis soudain, la cata, la boulette. Aussi forte et enivrante qu'elle pût être, la période se referma, balayée par une tornade médiatique, une tornade politique et une tornade judiciaire [pause]. Alors il doit l'avoir mauvaise E. Macron, aussitôt revisités les meilleurs*

moments du mondial, et bien il se retrouve avec une affaire, une grosse, une « Affaire d'État » dit-on dans les coulisses du pouvoir. Ce matin c'est la curée et la presse oscille entre ironie, colère et inquiétude ». Il n'hésite pas à utiliser des hyperboles, cette figure de style qui consiste à utiliser des procédés linguistiques pour exagérer l'expression d'une idée ou d'une réalité. Ainsi, la répétition du terme « tornade » permet de renforcer encore le sens de ce mot, qui déjà, assimile l'épisode touchant E. Macron à un phénomène climatique imprévisible et irrépessible. Il utilise également des mots appartenant au registre de langage familier, tels que « cata », boulette, « l'avoir mauvaise ».

712. Ce qui attire l'attention dans cette chronique est le contraste entre la gravité de la crise institutionnelle qui touche le pays et le ton employé par le chroniqueur qui termine sa chronique par ces mots : « Et dire que la prochaine coupe du monde, c'est dans quatre ans, et qu'en plus on n'est pas certain de la gagner ». Cette information est « storytillée », grâce à sa structure narrative. Le « storytelling », qui ne trouve pas de traduction française équivalente¹⁹⁴⁵, est né aux États-Unis dans les années 90¹⁹⁴⁶. C'est une technique de communication qui permet l'utilisation de procédés narratifs particuliers pour renforcer l'adhésion au fond du discours¹⁹⁴⁷. Cette technique se base sur des recherches scientifiques qui montrent que l'émotion rend plus réceptif à la réception de messages. Les scientifiques montrent en effet que la compréhension narrative fait fonctionner des régions du cerveau différentes, et plus puissantes que celles qu'utilise la compréhension d'unités sémantiques telles que les mots et les phrases¹⁹⁴⁸. L'utilisation du storytelling en politique est très controversée, car cette technique permet de s'appuyer sur les sentiments, parfois inconscients du destinataire de l'information pour faire adhérer à un contenu¹⁹⁴⁹. Pour C. Salmon, le storytelling mène à un appauvrissement de la démocratie, car

¹⁹⁴⁵ La Commission générale de terminologie et de néologie québécoise recommande d'utiliser le terme « mise en récit » pour traduire le storytelling, tandis qu'en France elle peut être traduite par le terme « communication narrative ».

¹⁹⁴⁶ P. BOLLON, « Le « storytelling », ou l'art du mensonge ? », *Le Magazine Littéraire*, N° 471, 1er janvier 2010, p. 24–25

¹⁹⁴⁷ F. PLASSE, *Storytelling : Enjeux, méthodes et cas pratiques de communication narrative*, Territorial Editions, 2011

¹⁹⁴⁸ V. M. DEGHANI, R. BOGHRATI, K. MAN et J. HOOVER, « Decoding the neural representation of story meanings across languages », *Human Brain Mapping*, vol. 38, n° 12, 1er décembre 2017, p. 6096–6106

¹⁹⁴⁹ C. SALMON, *Storytelling la machine à fabriquer des histoires et à formater les esprits*, La Découverte, 2007

cela mène les citoyens à effectuer des choix non plus sur une base rationnelle, mais sur une base émotionnelle¹⁹⁵⁰. Cette technique du « storytelling » semble particulièrement employée dans Télé-matin. Dans un autre exemple, datant du 17 juillet 2018, la traite d'enfants en Inde est abordée à travers un tweet (2).

2) Un groupe d'enfants sauvé de la traite sexuelle par un tweet

713. Dans l'émission Télé-matin du 17 juillet 2018, une chroniqueuse vient présenter, le sourire aux lèvres, l'histoire d'un groupe de petites filles sauvées, lors d'un voyage en train au nord de l'Inde d'un réseau de trafic d'enfants par un « tweet » d'un autre voyageur. Même si ce sujet pourrait permettre d'aborder le problème du trafic d'enfants en Inde, pas question de ternir l'ambiance de l'émission : c'est sur le tweet que se concentre donc la chroniqueuse en mettant en avant le caractère de « héros » de l'homme qui a tweeté. Ce qui pourrait être traité comme un problème (la traite des enfants en Inde) est en fait traité ici comme un simple fait divers. A la fin de la chronique (qui a duré 45 secondes), un autre intervenant commente cette histoire avec un ton de voix rieur : « *Ce qui est surréaliste, c'est de s'imaginer que le gars qui fait du trafic d'enfants se balade tranquille dans le train* ». Ce commentaire faisant sourire, cela permet de dédramatiser et de passer, sans transition, à la chronique suivante sur Jeanne Moreau (qui durera 6 minutes contre 1 minute pour la chronique sur les fillettes). L'analyse de la matinale italienne montre que la structure du programme, ainsi que les changements de ton sont primordiaux pour séparer les informations importantes des informations relevant du divertissement (§2).

§2 L'exemple italien avec Unomattina estate

Nous avons réalisé la même étude avec l'émission « Unomattina Estate » qui est diffusée à la même heure sur la RAI. La structure de ce magazine d'infotainment est différente.

714. Dès le début du magazine, les journalistes annoncent les titres des informations qui vont être traitées de manière approfondie durant la suite du programme.

10 minutes sont consacrées à la mort, il y a 26 ans jour pour jour, du juge antimafia Paolo

¹⁹⁵⁰ Ceci a notamment pour conséquence de privilégier les Hommes politiques plutôt que les idées.

Borsellino, tué dans l'explosion d'une voiture piégée à Palerme. Pour évoquer ce sujet, deux invités sont réunis, sur le plateau ou par vidéo interposée : un magistrat appartenant au conseil supérieur de la magistrature italien, le chef de la direction d'investigation antimafia. Durant ces 10 minutes, et pour répondre au magistrat qui explique la difficulté de mener une enquête contre la mafia, est diffusée une interview de la fille du juge Borsellino, qui s'indigne contre la lenteur de la procédure et qui demande que justice soit faite. Les invités ont l'occasion de répondre tous les deux à cette vidéo.

6 minutes sont ensuite consacrées à l'amende de Google infligée par l'Union européenne qui fait intervenir un professeur de droit privé à l'université Luis de Rome, et un journaliste suivant les affaires à Bruxelles.

Les deux présentateurs laissent ensuite la place au journal de 8 heures, qui dure 30 minutes (contre quinze minutes en France).

Durant ce journal, 2 minutes sont d'abord consacrées au décret Di Maio sur l'augmentation de la protection des employés en contrat à durée déterminée. 1 minute est ensuite consacrée à l'activité du Parlement.

2 minutes sont ensuite consacrées au débat concernant la légalisation du port d'armes dans le pays.

1 minute 30 est ensuite consacrée au sauvetage de migrants par un bateau, avec les réactions des ONG et du gouvernement italien, et 1 minute 30 aux réactions concernant la nouvelle politique italienne sur ce sujet au sein de l'Union européenne.

1 minute est ensuite consacrée à la visite du ministre des Affaires étrangères en Azerbaïdjan et 3 minutes à la mort du juge Borsellino et à la lutte contre la corruption. Une minute trente est ensuite consacrée à la mort d'un patient à l'hôpital du fait d'une machine défectueuse, 2 minutes à la rencontre entre Trump et Poutine, puis 2 minutes à l'amende de Google.

Le temps imparti à chaque information est plus important en Italie qu'en France, ce qui laisse le temps au spectateur de s'approprier l'information, mais également au journaliste d'approfondir le sujet. Les thèmes abordés sont également différents : les sujets concernent avant

tout la politique, française et internationale, qui concernent la vie démocratique du pays et non des sujets sociétaux ou de consommation comment France (1 min était consacrée au malus automobile, 1 minute à l'encadrement des loyers, 3 minutes à la répartition des charges entre hommes et femmes pendant les vacances).

Après le journal, les deux présentateurs reviennent pour présenter un sujet de 8 minutes sur la mort d'une jeune fille suite à un choc anaphylactique et les techniques existant pour prévenir ceux-ci, puis consacrent 1 minute à la revue de presse internationale présentée par une chroniqueuse. Le ton change ensuite soudainement : une musique festive introduit la page consacrée à la cuisine. Le décor change lui aussi : au fond d'écran bleu foncé succèdent des couleurs plus vives : orange, bleu ciel, bleu turquoise et vert. 10 minutes sont consacrées à la qualité des pâtes, à leur fabrication, et aux condiments pouvant être utilisés. Le ton redevient plus sérieux par la suite pour expliquer les conséquences d'une décision de la Cour de cassation sur le mariage, durant sept minutes.

715. On constate que la structure autour de laquelle est organisée la matinale de la RAI est différente de celle de France 2. Tout d'abord, les sujets abordés sont différents. Alors que sur Télématin, ce sont aux informations culturelles qu'est consacré le plus de temps, ce n'est pas le cas dans Unomattina qui consacre plus de temps aux informations politiques et sociétales (la mafia, l'amende de Google, le mariage). Chaque sujet semble traité de manière plus approfondie dans l'émission italienne, car plus de temps est accordé à chaque sujet, ce qui atténue l'impression de passer d'un sujet à l'autre et d'être « bombardé » d'informations. Les informations politiques sont présentées de manière groupée en début d'émission, contrairement à l'émission française dans laquelle les sujets sont présentés sans ordre apparent. Dans l'émission italienne, le changement de ton des animateurs permet également de distinguer les informations qui concernent le divertissement (par exemple, la fabrication des pâtes) et celles qui ne le sont pas (la mafia, l'amende de Google), ce qui atténue l'effet d'hybridité du programme, puisque les différents genres sont bien séparés les uns des autres. Le journal télé dure également plus de temps : trente minutes contre quinze minutes dans le cas français. En Italie, 10 minutes sont consacrées à la politique nationale, avec des sujets particulièrement importants tels que le port

d'armes, la réforme du droit du travail et la politique migratoire. Dans le cas français, seules 2 minutes sont consacrées à l'affaire Benalla, et une minute consacrée respectivement au malus automobile et à l'encadrement du prix des loyers, c'est-à-dire des sujets qui sont certes des choix politiques, mais qui touchent de près la vie des Français¹⁹⁵¹.

§3 L'exemple anglais avec BBC Breakfast

716. BBC Breakfast est diffusé sur BBC 1 de 6 heures du matin à 9h15 en semaine. Elle constitue, comme Uno Mattina pour la RAI et Télé Matin pour France 2 la matinale de BBC. Nous avons analysé la structure du magazine du 7 janvier 2019 entre 6 heures et 6h30. Le choix d'un si court extrait repose sur le fait que l'émission est une matinale d'info en continu : les mêmes actualités sont reprises en boucle entre 6 heures et 9 heures. A l'intérieur de l'émission il est toutefois possible d'observer une répétition de séquences, c'est pourquoi nous avons décidé d'étudier une séquence de trente minutes qui constitue la base de ce qui sera ensuite diffusé durant trois heures.

A 6 heures du matin, 1 minute est d'abord consacrée à la présentation des titres par deux présentateurs, une femme et un homme, assis sur un canapé. Ceux-ci concernent le NHS, un meurtre commis dans un train, les problèmes de régulation de l'industrie de la voiture suite au Brexit, le succès des acteurs britanniques au Golden globes, le football et la météo. Ce sont les présentateurs qui se chargent de présenter eux-mêmes les sujets.

2 minutes 30 sont consacrées au sujet sur le NHS, 1 minute sur le meurtre, 30 secondes sur un joueur de football saoul. 2 minutes 30 sont ensuite consacrées au Golden Globes et à la diversité des représentants britanniques durant la cérémonie. 2 minutes 30 sont ensuite consacrées au Brexit.

Pour le sport, une nouvelle journaliste arrive. S'en suit 1 minute de blague sur ses habits et certains épisodes récents de sa vie, et 1 minute de présentation de l'actualité des sports (qui concerne surtout le football).

Pour la météo, les présentateurs renvoient à une journaliste qui n'est pas présente sur le plateau, mais en duplex. Celle-ci dure 2 minutes 30.

¹⁹⁵¹ Nous reviendrons sur les types d'informations présentées par le journal télé dans une autre partie.

Après la météo, les journalistes font la revue des unes de différents journaux quotidiens : le Mirror, le Daily mail, le Telegraph et The times. Il est nécessaire de souligner que les trois journaux choisis sont tous étiquetés « conservateurs ». Ceux-ci ont tous pour « Une » le succès des acteurs britanniques à la Cérémonie des Golden Globes.

Le ton change ensuite, les présentateurs font des blagues et accueillent une nouvelle présentatrice pour présenter des articles issus de journaux nationaux et locaux. Chaque présentateur présente l'article qu'il a choisi, et chaque article choisi concerne des faits divers assez banals, qui introduisent des discussions entre les présentateurs. 3 minutes 30 sont consacrées à cet épisode.

1 minute 30 est ensuite consacrée à des lettres de téléspectateurs adressés à des journalistes.

3 minutes 30 sont ensuite consacrées à un sketch d'humour très britannique sur le Brexit : il s'agit d'une parodie du film « Un jour sans fin » laissant entendre que les jours passent et se ressemblent sans qu'aucune solution ne soit trouvée. 2 minutes 30 de reportage sont ensuite consacrées à un mémorial de guerre à Sheffield.

717. Que peut-on conclure de l'observation de ces trente minutes de programmes, qui tourneront presque en boucle durant trois heures ? D'abord, comme en France, les actualités sont assez vite traitées : le temps maximum destiné à une information est de 2 min 30, ce qui contribue au phénomène décrit par Postman de « déferlement de l'information », un déferlement qui ne permet pas au téléspectateur de penser l'information, et plus important encore de construire un raisonnement à partir de celle-ci. Ce déferlement est renforcé sur le magazine BBC Breakfast par la répétition des mêmes informations entre 6 heures et 9 h15. Le décor du plateau ne change pas, contrairement au cas italien, selon que les journalistes présentent des informations nécessaires à la vie démocratique de la Nation ou non. Toutefois, il semble que le changement de ton des animateurs soit plus marqué que dans le cas français, les phases d'humour et de sérieux étant bien délimitées.

Conclusion Section 1 :

718. La néo-télévision est en effet pour les auteurs le royaume de l'insert : « inserts temporels

découpant le flux en micro-segments, inserts spatiaux (incrustations) donnant à l'écran une structure tabulaire »¹⁹⁵². Un même « programme global » draine la totalité des productions télévisuelles ce qui a des effets sur l'autre dimension du langage selon les chercheurs en psychologie de la communication : la dimension paradigmatique (la dimension du choix entre chaînes) disparaît : la logique de la néo-télévision est la logique de l'équivalence et de l'indécidabilité¹⁹⁵³. Toutefois, comme on l'a vu, les inserts temporels et spatiaux peuvent prendre des formes différentes, et ces formes sont effectivement différentes en fonction des États. En France, le ton des animateurs et le décor changent très peu en fonction du type d'information présentée, et les inserts sont beaucoup plus rapides qu'en Italie, où la distinction entre les différents types d'information est particulièrement marquée. Il semble que l'émission italienne d'infotainment permette plus au spectateur d'identifier ce qui relève des informations et ce qui relève du divertissement, autrement dit de hiérarchiser les informations transmises. Cette possibilité d'identifier le discours peut être reliée au concept de qualité que nous avons défini dans la première partie de cette thèse. BBC Breakfast, le magazine diffusé le matin sur la BBC, semble être à mi-chemin entre le magazine français et le magazine anglais. Sans tomber dans l'hybridité du cas français, le magazine présente toutefois des informations assez courtes avec beaucoup d'échanges détendus entre les animateurs. Si les magazines omnibus semblent donc respecter des règles plus strictes en Italie, tel n'est pas le cas des magazines de divertissement dans lesquels la convivialité est presque constamment privilégiée à l'apprentissage (Section 2).

Section 2 : Les émissions de divertissement

¹⁹⁵² F. CASSETTI, R. ODIN, « De la paléo à la néo-télévision », Op cit, p. 18

¹⁹⁵³ Ibid, p. 18

719. Nous avons d'abord procédé à un visionnage libre de différentes émissions de France Télévisions, de la RAI et de la BBC, en nous focalisant notamment sur les magazines de divertissement de l'après-midi. Suite au visionnage libre, et en accord avec la méthodologie de l'analyse de discours que nous avons retenue, nous avons tenté de dégager certains traits caractéristiques de ces émissions qui nous semblent rompre avec les obligations prévues par les textes législatifs et réglementaires. Il faut toutefois noter qu'il est, en France, impossible d'avoir accès au visionnaire de la BBC, cet accès étant réservé aux personnes présentes physiquement sur le sol britannique. D'autre part, la télévision étant ancrée dans la culture populaire d'une société, des connaissances concernant la culture populaire de cette société nous semblaient indispensables à l'analyse et la critique qualitative du contenu des émissions. Si nous possédions ces connaissances pour la France et l'Italie, elles étaient limitées concernant la société anglaise, ce qui a rendu l'analyse des bouts de programmes auxquels nous avons eu accès difficile.

Nous voudrions d'abord mettre en avant des caractéristiques communes aux émissions italiennes et françaises de l'après-midi qui nous semblent trancher avec les obligations législatives et réglementaires : il s'agit notamment du fait que la convivialité est systématiquement privilégiée par rapport à l'apprentissage (§1). Nous voudrions ensuite présenter certaines caractéristiques propres à l'Italie et à la France, qui nous semblent également être en rupture avec les obligations textuelles. Il s'agit en Italie du rapport à la femme et à son corps (§2) et en France, de l'omniprésence de certains animateurs, qui peut constituer une capture du service public par des intérêts privés (§3).

§1 La convivialité privilégiée par rapport à l'apprentissage

720. Les magazines et les jeux qui sont présentés sur la France 2 et RAI 1 l'après-midi sont la concrétisation par excellence de ce que les auteurs appellent la « néo-télévision »¹⁹⁵⁴ : des talk-shows hybrides dans lesquels « *Il n'est plus question de transmettre un savoir, mais de laisser libre cours à l'échange et à la confrontation d'opinions* »¹⁹⁵⁵.

L'après-midi, sur France 2, les magazines sont consacrés aux histoires personnelles.

¹⁹⁵⁴ Ibid, p.12

¹⁹⁵⁵ Ibid.

L'émission « ça commence aujourd'hui », diffusée sur France 2 à 14 heures représente cette dynamique de convivialité : c'est un talk-show, qualifié de magazine, qui permet à des individus inconnus de venir présenter des histoires personnelles qui ont marqué leur vie. L'émission suivante, « Je t'aime, etc. » est consacrée à l'amour : des individus posent des questions à des journalistes/présentateurs sur le sexe, la psychologie et sur leur vie personnelle. Les présentateurs répondent de manière très décontractée et fortuite à ces questions, sachant qu'ils n'ont pas de qualifications particulières pour ce faire. Le côté « expertise » n'est pas privilégié, puisque la plupart du temps les animateurs se contentent de répondre aux questions en parlant pour eux-mêmes et en présentant leur avis personnel. Ces réponses pourraient être celles faites entre amis lors d'une conversation normale.

721. Sur la RAI, ce sont les émissions de « gossip » qui sont privilégiées. L'après-midi, durant 3 heures, c'est le programme « La Vita in diretta » qui est diffusé sur RAI 1. Dans les trois émissions que nous venons de présenter, *« peu importe que l'on ne soit pas spécialiste, peu importe même que l'on ignore tout du sujet proposé, l'essentiel est d'en parler, l'essentiel est de parler. Débats et dialogues tournent aux discussions style « Café du Commerce » ; le contenu des échanges (leur banalité, leur platitude, leur bêtise même) importe peu, et l'on ne craint ni les redites, ni les hésitations, ni le bafouillage. La néo-télévision s'affiche comme la prolongation des papotages de la vie quotidienne »*¹⁹⁵⁶. Ce n'est pas la présentation de type journalistique des informations qui est recherchée ni la vérité : celle-ci est décrétée aux termes des débats entre les participants présents sur le plateau, des participants qui sont aussi spontanés et imparfaits que les spectateurs devant leur petit écran.

722. Dans l'émission du 12 juillet 2018 de « La Vita in diretta », les individus présents sur le plateau vont ainsi discuter durant 30 minutes des tenues portées par Meghan Markle. Un débat s'installe alors : est-ce normal de changer de tenues si souvent ? La famille royale anglaise est-elle mieux vêtue que la famille royale monégasque ? Vient ensuite un mini-reportage sur une actrice hollywoodienne venue en Italie pour satisfaire sa passion de la mode, ce qui permet aux participants sur le plateau de souligner à quel point l'Italie est le premier pays de la mode dans le

¹⁹⁵⁶ Ibid.

Monde. Cela rejoint les commentaires précédents d'une journaliste, en direct d'un concours de beauté « *La beauté italienne n'a pas d'âge, parce que, justement, elle est italienne* ». Peu importe qu'il s'agisse d'une vérité très relative de décréter que les plus belles femmes du monde sont italiennes, peu importe que cette affirmation ne soit pas vérifiable : la présentatrice peut être de mauvaise foi, car ce qui importe est qu'elle soit le reflet de ce que pensent les femmes italiennes devant leur petit écran.

723. Dans les jeux télé présentés sur France 2, le lien de convivialité entre l'animateur et les participants se traduit par un lien amuseur-amusé, bien loin des jeux « pédagogiques » que promet la chaîne et le cahier des charges¹⁹⁵⁷. Dans l'émission « Tout le monde veut prendre sa place » programmée à midi, c'est la convivialité qui règne et la mise sur un piédestal des expériences individuelles. Nagui, le présentateur vedette de la chaîne, interroge chaque candidat (ils sont 6) pendant une minute et demie à deux minutes sur certains épisodes de leur vie, tandis que la séquence concernant la question posée au candidat dure de trente secondes à quarante secondes. Ces émissions de jeu font de la télévision non plus un espace de connaissances s'inscrivant « dans le prolongement de l'école »¹⁹⁵⁸, mais un prolongement du lieu de vie. Contrairement à ce que prévoit le cahier des charges, ce n'est ni « l'imagination », ni la « découverte », ni les « connaissances » qui sont valorisées, mais la banalité¹⁹⁵⁹.

724. La télévision de service public, malgré les textes qui encadrent sa prestation, ne joue pas un rôle de modèle : les animateurs ne marquent pas, dans les émissions de divertissement, leur différence de statut avec les téléspectateurs, ils veulent en être le reflet. Ce côté « familial » et les discussions type « café du commerce » est un impératif implicite, et intériorisé par les acteurs, mais il engendre bien souvent des dérapages, qui permettent en réalité de faire le buzz et d'attirer l'attention du téléspectateur. Ces débats conduisent à mettre sur un piédestal l'individu, au détriment de la société dans son ensemble (B).

¹⁹⁵⁷ L'article 18 du cahier des charges prévoit en effet que « *Les émissions de jeux que diffuse la société privilégient l'imagination, la découverte et la connaissance et permettent d'explorer les domaines historiques, culturels, économiques et scientifiques* ».

¹⁹⁵⁸

¹⁹⁵⁹ F. CASETTI, R. ODIN, « De la paléo à la néo-télévision », Op cit, p. 15

B) L'individualisme exacerbé

Il nous faut d'abord présenter les caractéristiques que prend cet individualisme (1) pour dégager ensuite les conséquences néfastes sur la cohésion sociale (2).

1) Les caractéristiques de l'individualisme sur la télévision publique

725. Une caractéristique de la néo-télévision est que le personnage central n'est plus le présentateur, représentant de l'institution, mais le spectateur lui-même, qui est soit devant son poste, soit sur le plateau¹⁹⁶⁰ pour parler de son expérience personnelle. Si la paléotélévision était fondée sur la relation entre expert et récepteur du savoir, entre maître et élève, la néo-télévision est fondée sur une mission nouvelle que doit¹⁹⁶¹ remplir la télévision: « *celle de gérer les crises, non pas de la société, mais des individus* »¹⁹⁶².

726. L'émission « ça commence aujourd'hui », diffusée sur France 2 à 14 heures est représentante de cette dynamique. La promesse de la chaîne étant de « partager, d'avancer, et de vivre beaucoup d'émotions ». Le 17 juillet 2018, l'émission est intitulée « Premier amour : une passion inoubliable » dans laquelle l'invitée Isabelle présente sa première histoire d'amour, les larmes aux yeux, en racontant tous les détails de celle-ci sous l'oeil maternel de Faustine Bollaert, la présentatrice, qui joue alors le rôle d'une confidente. Dans cette émission, l'intrusion d'un individu à la télévision est légitimée par l'expérience personnelle de l'intéressé.

727. Dans le jeu télé « Tout le monde veut prendre sa place » du 18 juillet 2017, Nagui questionne la candidate sur sa rencontre fortuite avec un présentateur radio, un collègue de Nagui sur France Inter, ce qui entraîne des blagues sur cette personne. Il questionne ensuite Pascal, commercial, qui raconte le jour où il tomba, durant ses heures de travail, dans une bouche d'égout. Aucune honte sur ce plateau, « on est entre nous ». La question posée n'est finalement plus qu'un « insert » entre deux discussions sur la vie des candidats. Un autre jeu diffusé sur

¹⁹⁶⁰ J-L. MISSIKA, *La fin de la télévision*, Seuil, 2006, p. 23

¹⁹⁶¹ Le terme doit étant utilisé ici comme une norme sociale et non juridique.

¹⁹⁶² Ibid, p. 29 ; U. ECO, *La guerre du faux*, Op cit, p.141

France 2, « les z'Amours » a pour but est de questionner les connaissances de chacun des partenaires d'un couple sur l'autre, ce qui permet à l'animateur de faire des blagues sur certains aspects de la vie des participants. Les gens ordinaires ne sont plus exclus de la télévision, ils y ont leur place et la télévision peut désormais satisfaire leurs désirs et leurs besoins individuels d'être reconnus et mis sur un piédestal, même en l'absence de singularité.

728. On retrouve cette caractéristique en Italie, même si la RAI est plus tournée vers les émissions de « gossip » que vers les histoires personnelles¹⁹⁶³. Dans l'émission présentée le matin sur RAI1, « Quelle brave ragazza », les invités « stars » viennent confier aux présentatrices leurs secrets ou leur parcours, comme si elles étaient entre elles, dans un café. Les « stars » invitées ont d'ailleurs souvent accédé au statut de stars ... grâce à la télévision, où elles ont été présentatrices par exemple Eva Grimaldi¹⁹⁶⁴ ou Justine Mattera¹⁹⁶⁵, ce qui renforce l'idée que ce dont parle le petit écran, c'est finalement de lui-même. Ces caractéristiques peuvent poser problème par rapport à certaines obligations légales et réglementaires, notamment celles relatives à la cohésion sociale (2).

2) Les conséquences néfastes sur la cohésion sociale

729. La paléotélévision fonctionnait comme un projet de « communication », en faisant appel à un contrat, un processus par lequel les spectateurs sont invités à effectuer un ensemble structuré d'opérations de production de sens et d'affects¹⁹⁶⁶. Selon les auteurs, l'objectif de la paléotélévision était donc de s'assurer que le spectateur (le destinataire) était amené à comprendre et à ressentir ce qui a été prévu par le Destinateur lors de la réalisation des

¹⁹⁶³ Bien que les deux se recoupent, car souvent, un invité « connu » vient parler de sa vie.

¹⁹⁶⁴ Emission du 13 juin.

¹⁹⁶⁵ Emission du 19 juin.

¹⁹⁶⁶ V. F. CASETTI et R. ODIN, « Du spectateur fictionnalisant au nouveau spectateur : approche sémiopragmatique », Iris, « Cinéma & narration 2 », 1988, p. 121. A titre d'exemple, le contrat fictionnalisant qui fait qu'un film sera lu comme un film de fiction se définit comme une invitation à effectuer les opérations suivantes : figurativisation (construction d'une image analogique), diégétisation (construction d'un monde), narrativisation (construction d'une histoire, d'un récit), monstration (production de l'illusion de réalité), fictivisation (construction d'un énonciateur fictif), mise en phase narrative (= vibrer au rythme des événements racontés).

émissions¹⁹⁶⁷. Au contraire, la néo-télévision n'invite pas ses spectateurs à mettre en œuvre un ensemble d'opérations de production de sens et d'affects, mais tout simplement à vivre ou à vibrer avec la télévision. Ces programmes créent un phénomène d'identification : « *cette personne que je vois sur le petit écran pourrait être moi* »¹⁹⁶⁸. Ces programmes répondent certes à la décomposition des liens sociaux qui touchent la société, mais elles y répondent en créant un nouvel individualisme, qui confine à « *l'affirmation narcissique de l'identité individuelle* »¹⁹⁶⁹. Devant ces programmes, l'ensemble des téléspectateurs ne constitue plus une collectivité, mais une collection d'individus.

730. Dans la paléotélévision, écrivent Casetti et Odin, « *les spectateurs d'une émission constituaient un public ; mieux, une collectivité unie par la mobilisation d'un même tiers symbolisant (= par la mise en œuvre des mêmes opérations de production de sens et d'affects) ; regarder la télévision était alors un acte social ; mieux, une opération de socialisation. A la néo-télévision, le processus relationnel est fondamentalement individualiste ; même si tous les spectateurs vibrent au même rythme, c'est individuellement que s'effectue la mise en phase énergétique aux images et aux sons (le zapping ne fait qu'accentuer le caractère solitaire de cette relation) ; même s'ils participent d'un même processus convivial, c'est encore individuellement que s'effectue le contact émotionnel qui ne repose sur aucun affect partagé* »¹⁹⁷⁰. La relation contractuelle à trois pôles est remplacée par une relation directe entre le spectateur et ses alter ego sur l'écran (spectateurs invités et présentateur) ou entre le spectateur et le flux visuel et sonore ; passer de la paléo à la néo-télévision, c'est passer d'un fonctionnement en termes de contrat de communication à un fonctionnement en termes de contacts¹⁹⁷¹ et ceci a des impacts

¹⁹⁶⁷ « La difficulté de cette opération vient de ce que le processus de « communication » (contrairement à ce que le terme lui-même laisse entendre) ne consiste pas en une opération de transmission d'un message d'un émetteur à un récepteur mais dans un double processus de production de sens et d'affects : l'un dans l'espace de la réalisation, l'autre dans celui de la « réception », et qu'il n'y a a priori aucune raison pour que ces deux processus soient identiques. C'est le rôle des contrats de communication que d'inviter les spectateurs à effectuer le même ensemble structuré d'opérations de production de sens et d'affects que celui qui a été mis en œuvre dans l'espace de la réalisation. ».

¹⁹⁶⁸ J-L. MISSIKA, Op cit, p. 26

¹⁹⁶⁹ Ibid.

¹⁹⁷⁰ F. CASETTI, R. ODIN, « De la paléo à la néo-télévision », Op cit, p. 20 qui se réfèrent à J. BAUDRILLARD, *A l'ombre des majorités silencieuses*, Gonthier, « Médiations », 1982, p. 87.

¹⁹⁷¹ Ibid.

négatifs sur le processus de formation de la cohésion sociale. Selon J-L. Missika, cette évolution n'est pas seulement le fruit d'un processus endogène : il est le reflet d'évolutions qui sont celles de la société dans son entier. La décomposition des liens sociaux traditionnels a conduit au déploiement d'un individualisme narcissique dans la sphère publique¹⁹⁷². Il n'en demeure pas moins que les télévisions publiques, en adoptant les codes des télévisions privées rompent les obligations législatives qui sont les leurs, celles de favoriser la cohésion sociale.

Conclusion §1 :

731. Le passage de la paléotélévision à la néo-télévision se traduit ainsi par le passage d'un espace de « formation des esprits » à un « espace de convivialité » : cet espace de convivialité se traduit également par la focalisation sur le lien créé entre la chaîne et son public, un lien qui existe en soi, sans référence au monde extérieur : celui-ci ne trouve plus sa légitimité à l'extérieur, mais à l'intérieur. Ainsi, écrit U. Eco, « *la caractéristique principale de la néo-télévision est qu'elle parle toujours moins du monde extérieur. Elle parle d'elle-même et du lien qu'elle est en train de créer avec son public* »¹⁹⁷³, ce que les auteurs ont appelé l'autoréférentialité¹⁹⁷⁴. Le règne de l'individualité qui a d'abord gagné les chaînes privées avec, notamment, la télé-réalité a infusé les chaînes publiques. D'autres caractères impulsés par la télévision privée se retrouvent sur les chaînes publiques. Nous voudrions mettre en avant des caractéristiques propres à l'Italie et à la France qui nous semblent rompre avec les dispositions textuelles qui encadrent la prestation de service public. Il s'agit pour l'Italie des stéréotypes féminins véhiculés par la télévision (§2).

§2 Les dérapages italiens quant au statut de la femme

La libéralisation et l'emprise de S. Berlusconi sur la télévision privée italienne ont eu une

¹⁹⁷² J-L. MISSIKA, Op cit, p. 27

¹⁹⁷³ U. ECO, Op cit, p. 141

¹⁹⁷⁴ J-L. MISSIKA, Op cit, p. 29

conséquence, nous l'avons dit, sur la nature des programmes proposés. L'une des conséquences les plus étonnantes, et néfastes, est le surgissement du corps de la femme comme objet omniprésent à la télévision (1) et cela a des conséquences sur la façon dont la femme est envisagée sur les chaînes publiques (2).

1) L'omniprésence du corps féminin à la télévision

732. La télévision berlusconienne met en scène « *des femmes à moitié nues, de plus en plus jeunes au fil des années, belles, minces, souriantes et surtout, muettes* »¹⁹⁷⁵, et ce même dans des émissions où cette présence n'a aucun rapport avec l'objet de l'émission. Cette télévision est qualifiée par G. Amato de télévision « *tette-culi* » (télévision seins-fesses)¹⁹⁷⁶. Le corps féminin est ainsi « *toujours représenté comme un corps idéal – un corps toujours jeune, sous contrôle, artificiel et plastifié – qui devient une norme pour les spectatrices et surtout pour les femmes qui travaillent à la télévision, de la soubrette [velina] aux journalistes* »¹⁹⁷⁷. Cette image de la femme, présentée d'abord par rapport à son physique, ou par la séduction qu'elle peut exercer sur les Hommes, a été véhiculée notamment par S. Berlusconi lui-même, de manière répétée, dans des commentaires politiques¹⁹⁷⁸.

733. Cette libération de la parole et de la représentation stéréotypée de la femme a infusé, comme bien d'autres pratiques venant des chaînes privées, la télévision publique italienne. La parole sur le corps de la femme est omniprésente comme en témoignent les émissions de « *potins* » de l'après-midi dont le sujet tourne souvent autour de l'apparence de celles-ci : dans

¹⁹⁷⁵ L. VULLO, « La représentation des femmes à la télévision italienne », Mémoire de Séminaire, IEP Lyon, 5 septembre 2011, p. 20 En ligne.

¹⁹⁷⁶ G. CAMPANI, *Veline, Nyokke e Cilici*, Ed Odoya, 2009, p. 74

¹⁹⁷⁷ S. CAPECCHI, *Identità di Genere e Media*, Ed. Carocci, p. 78

¹⁹⁷⁸ « *Les femmes ? Vous êtes le plus beau cadeau que Dieu nous ait donné, à nous, les hommes. Trop de femmes dans le gouvernement Zapatero ? Comment pouviez-vous penser que le président italien, le président, disons-le clairement - de la patrie des meilleurs amants, la patrie des Casanova, la patrie des playboy, aurait pu dire quelque chose de négatif à l'égard de femmes ministres ?* », suite à ses déclarations en 2008 : il avait en effet fait savoir qu'il y avait trop de femmes dans le gouvernement Zapatero et qu'en conséquence, ce nouveau gouvernement serait « difficile à gérer ». C. SOFFICI, *Ma le Donne No*, Ed. Feltrinelli, 2010, p.143; « *Les compétences des femmes dans le domaine de la politique sont en réalité souvent remises en cause* écrit L. Vullo : *en témoignent les réflexions de Silvio Berlusconi, durant les élections d'avril 2008, affirmant que l'Italie n'était « pas prête » pour voir un pourcentage de femmes candidates sur les listes équivalent aux hommes* ». L. VULLO, Op cit, p. 26

« La Vita in diretta » que nous venons de décrire, les participant(e)s ont passé au moins trente minutes à débattre du degré de beauté et de classe de M. Markle, des femmes monégasques, et de la femme italienne dans son ensemble. L'obsession pour le corps de la femme a pour conséquence de faire dépendre leur statut de leur beauté, puisque c'est ce qui semble être le plus valorisé. De ce fait, quand la femme cesse d'être belle (c'est-à-dire conforme aux canons de beauté établis par la société) ou qu'elle vieillit, elle en devient inintéressante.

734. Mais cette obsession pour le corps de la femme va encore plus loin comme l'explique P. Bourdieu : « *La domination masculine, qui constitue les femmes en objets symboliques, dont l'être (esse) est un être-perçu (percipi), a pour effet de les placer dans un état permanent d'insécurité corporelle ou, mieux, de dépendance symbolique : elles existent d'abord par et pour le regard des autres, c'est-à-dire en tant qu'objets accueillants, attrayants, disponibles. On attend d'elles qu'elles soient « féminines », c'est-à-dire souriantes, sympathiques, attentionnées, soumises, discrètes, retenues, voire effacées.* »¹⁹⁷⁹. Cette dépendance symbolique au regard des Hommes se retrouve sur les chaînes publiques (2).

2) Le renforcement des stéréotypes féminins sur la RAI

735. Le g) de l'article 3 du nouveau contrat de service de la RAI dispose que la RAI doit « *dépasser les stéréotypes de genres, afin de promouvoir la parité et de respecter l'image et la dignité de la femme selon le principe de non-discrimination* ». Nous avons précédemment défini les stéréotypes comme « *des clichés, images préconçues et figées, sommaires et tranchées, des choses et des êtres que se fait l'individu sous l'influence de son milieu social (famille, entourage, études, professions, fréquentations, média de masse, etc.) et qui déterminent à un plus ou moins grand degré ses manières de penser, de sentir et d'agir* »¹⁹⁸⁰.

736. Il semble que les chaînes publiques n'hésitent pas à utiliser ces images préconçues et figées pour caractériser les femmes. Une concrétisation explicite et extrême de ces stéréotypes se retrouve dans un passage de « La Vita in diretta », le programme phare de l'après-midi, durant

¹⁹⁷⁹ P. BOURDIEU, *La Domination Masculine*, Seuil, 2002, p. 94

¹⁹⁸⁰ *Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, A. Colin, Paris, 2005, p. 532

lequel la question posée était : « Pourquoi les Hommes italiens préfèrent les étrangères », et plus particulièrement les femmes de l'est. Le présentateur du débat n'a pas hésité à diffuser et une liste avec des arguments tels que « elles pardonnent l'infidélité » ou « elles sont toutes maman, mais après avoir accouché elles récupèrent un physique exceptionnel ». Comme l'explique un journaliste de la presse écrite, le débat dans le studio prit un tour irréel puisque les présentateurs s'interrogèrent de manière très sérieuse sur chacun des arguments présentés sans une ombre d'indignation¹⁹⁸¹, pour répondre à la question : les femmes de l'est sont-elles des voleuses de maris (rubamariti en italien) ou des épouses parfaites ? Au-delà de l'image de la femme-objet, qui est réduite à sa beauté et à son corps, le discours télévisuel de la RAI véhicule de nombreux stéréotypes sur la personnalité des femmes.

737. Le programme « Quelle brave ragazza » diffusé sur la La RAI 1 le matin est ainsi présenté comme « *quatre présentatrices, quatre caractères divers, quatre amies de la matinée de RAI pour amuser, commenter l'actualité et accompagner le public à travers le monde d'aujourd'hui avec une perspective, une sensibilité et un goût éminemment féminins* ». Il y aurait donc une façon féminine d'être au monde et d'interpréter l'actualité. Et puisque les présentatrices sont entre elles, avec leur public féminin, elles peuvent même s'autoriser à des généralités, comme de s'interroger sur la raison pour laquelle les femmes aiment plus le conflit que les Hommes¹⁹⁸², ce qui est également une image préconçue, sommaire et tranchée qui peut avoir des répercussions sur la façon dont le téléspectateur façonnera sa propre image des femmes, notamment dans le couple.

Conclusion §2 :

738. Il serait faux d'affirmer que les programmes de divertissement de la télévision publique sont autant focalisés sur le corps des femmes que ne le sont les programmes de la télévision

¹⁹⁸¹ <http://www.liberoquotidiano.it/news/spettacoli/12334577/rai-parliamone-sabato-lista-motivi-uomini-preferiscono-donne-est-paola-perego.html>

¹⁹⁸² V. « Quelle brave ragazza, sondaggio-choc in Rai: "Perché le donne...?". Una nuova bufera », in [liberoquotidiano.it](http://www.liberoquotidiano.it), 14 luglio 2018.

privée. Les émissions proposées par la télévision privée, indépendamment des genres et des thèmes des programmes présentent des femmes parfois en très petite tenue, souvent teintes en blondes, avec une poitrine généreuse, et des robes mettant avant tout en avant leur corps parfait, ce qui constitue une représentation grotesque, vulgaire et humiliante¹⁹⁸³. Si l'on ne trouve pas, aux heures de grande écoute sur la RAI de femmes en petite tenue, si les femmes ne sont pas (toujours) réduites à leur corps et présentent des émissions d'information ou peuvent être valorisées pour leurs réalisations personnelles, la vision de la femme sur le média berlusconien a sans conteste eu des répercussions dommageables sur le média de service public. Ces répercussions dommageables concernent le physique des femmes (les femmes présentant correspondent en général aux standards de beauté qui sont ceux des chaînes privées, et nombreuses sont celles qui semblent avoir eu recours à la chirurgie esthétique), mais également la libération des discours concernant le rôle que la femme est censée jouer dans les foyers. Les obligations du cahier des charges concernant la lutte contre les stéréotypes de genres semblent donc bien loin d'être respectées. En France, ces stéréotypes de genres sont beaucoup moins marqués. La particularité que l'on voudrait mettre en avant est celle de l'omniprésence de certains animateurs, extrêmement bien payés, qui créent une convivialité factice avec des participants n'appartenant pas au même monde (§3).

§3 Une convivialité factice entre des animateurs omniprésents et des participants « lambda »

L'omniprésence des signes de convivialité entre les participants et les présentateurs cachent mal le statut profondément différent qui existe entre les deux (A). Cette impression est en France renforcée par l'omniprésence de certains présentateurs sur les chaînes publiques (B).

A) Une convivialité factice ?

¹⁹⁸³ V. le résumé du film de L. ZANARDO et M. MALFI CHIDEMI, *Il corpo delle donne*, 2010. Film disponible à cette adresse : <http://tvbruits.org/spip.php?article1443>

739. Comme l'explique J.L. Missika, il y a quelque chose de factice dans la connivence entre animateur et public, et entre animateur et invité. Même si l'animateur penche désormais du côté du public, il n'en demeure pas moins qu'il existe un dominant et un dominé dans cette relation, et que les animateurs sont toujours aristocratiquement différents du public qu'ils sont censés représenter¹⁹⁸⁴.

Ce processus est expliqué par Casetti et Odin en des termes très durs : « *La façon dont la néo-télévision conçoit l'interactivité est très significative à cet égard ; certes, le spectateur est en permanence consulté, mais il ne s'agit que d'un simulacre de consultation : d'une part, parce que l'interactivité se résume le plus souvent à des questions à choix multiples (c'est-à-dire à choix limité) ou à des jeux de questions à présupposés (exemple : « Pourquoi aimez-vous tel ou tel produit ? ») ; l'interactivité n'est alors qu'un procédé de plus de manipulation déguisée. Il y a moins d'interactivité réelle dans ces processus interactifs que dans le visionnement des films de fiction, dont l'interactivité « fantasmatique » est hautement productive de sens et d'affects* »¹⁹⁸⁵.

Le caractère factice de cette convivialité est renforcé en France par l'omniprésence de certains animateurs présentés comme « Stars », ce qui empêche toute diversité, mais également la recherche de nouveaux talents (B).

B) Des animateurs stars omniprésents, empêchant l'éclosion de nouveaux talents

740. Cette « aristocratie » symbolique des présentateurs, normalement censée représenter les participants est renforcée, en France par l'omniprésence de certains animateurs sur la chaîne, des animateurs qui peuvent présenter des émissions n'ayant rien à voir les unes avec les autres.

Après les émissions de type sentimental de Faustine Bollaert et Daphné Burki, on retrouve S. Davant, dans une émission intitulée « Affaire conclue, tout le monde a quelque chose à vendre » sur les bons plans pour vendre des objets de brocante. Celle-ci présentait auparavant sur la même chaîne « Toute une histoire », une émission de talk-show conçue sur le même modèle que l'émission de Faustine Bollaert, avec des invités inconnus venant parler de leurs problèmes.

¹⁹⁸⁴ J-L. MISSIKA, Op cit, p. 21

¹⁹⁸⁵ Sur ce sujet V. G. BETTETINI, *La conversazione audiovisiva, problemi dell'enunciazione filmica e televisiva*, Bompiani, 1984.

Cette même animatrice présente également un autre magazine le matin. De même, on retrouve le présentateur de jeux Nagui à midi, pour le jeu précédant le journal télévisé de 13 heures et à 18h50, pour le jeu précédant le journal télévisé de 20 heures. Si ces deux présentateurs sont des habitués de France 2 sur lequel ils ont réalisé toute sa carrière, on peut se demander si le fait qu'un animateur présente deux émissions par jour sur la même chaîne permet effectivement de contribuer à la diversité qui doit caractériser le service public audiovisuel. Plus grave, ces animateurs considérés comme « stars » reçoivent des cachets extrêmement importants pour chaque émission présentée. Nagui, qui présente deux émissions par jour, durant toute l'année scolaire reçoit deux cachets par jour, tout comme S. Davant. On peut donc légitimement se demander à qui profite le plus le fait que ces animateurs soient omniprésents à la télévision : aux téléspectateurs, usagers du service public ou à ces animateurs et à leur boîte de production ?

741. Cette hypothèse de capture du service public par des intérêts privés est renforcée par l'interchangeabilité des animateurs entre les chaînes publiques et les chaînes privées. Tout comme Faustine Bollaert, Daphné Burki, qui présente « Je t'aime, etc. » a largement officié sur des chaînes privées. Ainsi celle-ci avait-elle été chroniqueuse « mode et tendance » dans l'émission « Nous ne sommes pas des anges » et dans « L'édition spéciale » sur Canal +. Elle a également présenté l'émission « 26 minutes de célébrités », une émission de « potins » consacrée au « people ». Celle-ci est une habituée des émissions mettant en scène la vie privée. Ainsi a-t-elle présenté une émission de télé-réalité, intitulée Dilemme sur W9, tout comme Accès privé, un magazine sur les people, tout comme « Le meilleur pâtissier » sur M6 qui avait atteint de bonnes audiences. Ces présentatrices animent également des émissions sur les chaînes de radio privées telles qu'Europe 1. Le chassé-croisé de ces présentateurs pose question. D'une part, leur participation à des émissions qui ne pourraient pas être présentées sur les chaînes de service public n'aide pas à renforcer l'identité de ces chaînes. D'autre part, alors que les chaînes privées ont pour but premier le profit, souvent au détriment de la qualité, ce n'est normalement pas le cas des chaînes publiques. Pourquoi faire appel à de telles personnalités, quand la télévision publique pourrait faire éclore ses propres animateurs, dont l'éthique correspondrait entièrement à celle du service public ?

Conclusion §3 :

742. En plus d'être totalement contraire aux obligations législatives et réglementaires de diversité et de renouvellement des genres, l'omniprésence de certains téléspectateurs a la télévision publique laisse penser à un processus de capture du service public par des intérêts qui ne sont pas ceux des citoyens-téléspectateurs. Cette omniprésence de présentateurs qui sont présentés comme des « stars » pose la question des sommes dépensées pour attirer de tels animateurs. Alors que l'on assiste à des impératifs de réduction budgétaires, on peut se demander si l'intérêt des téléspectateurs ne serait pas que des sommes importantes soient allouées aux informations et aux magazines d'information, plutôt qu'au salaire de présentateurs stars qui pourraient aussi bien officier sur les chaînes privées. Après les magazines matinaux et les magazines de divertissements (et les jeux), nous avons porté notre attention sur les journaux télévisés et les magazines politiques (Section 3).

Section 3 : L'analyse des journaux télévisés et des magazines politiques

743. Il existe en France, et dans une perspective comparative vis-à-vis des autres pays étudiés une dérive dans la façon dont est présentée l'information. Celle-ci se caractérise par une prééminence, toujours en comparaison avec les autres États, sur des sujets de type « magazine de sociétés » durant le journal télévisé (§1), mais également par l'absence de neutralité dans le traitement des actualités ou des interviews « politiques » en lien avec la vie démocratique du pays (§2).

§1 La prééminence des magazines de société durant le journal télévisé

Nous avons d'abord observé la structure des journaux télévisés français en comparaison avec les journaux télévisés italiens et anglais (A) et tenter d'analyser les différences à l'aune de théories développées par des sociologues du journalisme (B).

A) Structure du journal télévisé

Nous présenterons successivement la structure et les thèmes abordés dans le journal de 20 heures de France 2 (1), puis de la RAI 1 (2) et enfin de BBC 1 (3).

1) Journal de 20 heures de France 2

744. Nous avons choisi, de façon arbitraire le journal télévisé du jeudi 19 juillet 2018 (le jour précédant la réalisation de cette étude). Le journal commence avec l'annonce des titres : il s'agit du « silence du Président dans l'affaire Benalla » et du tollé dans la classe politique. Dans le reste de l'actualité ce soir : « le flop de la taxe sur les signes extérieurs de richesse » et les « nouvelles mesures pour favoriser l'acquisition d'une HLM », « la Chine à l'heure du tout électrique » et « le nouveau sacre du Britannique Gueren Thomas dans le Tour de France ».

10 minutes sont donc consacrées à l'affaire Benalla.

Un reportage de 2 minutes est diffusé qui contient les images de la scène de la place de la Contrescarpe lors du premier mai, avec des interviews des témoins de la scène, l'intervention du Porte-parole de la présidence de la République ainsi que l'intervention du Président Macron qui répond que « la République est inattaquable ».

Un reportage de 2 minutes est ensuite diffusé pour expliquer les questions qui se posent quant à cette affaire, les règles juridiques qui encadrent la participation d'un observateur dans une intervention de police, ainsi que l'article 40 du Code de procédure pénale qui oblige toute autorité constituée à prévenir le procureur de la République lorsqu'elle acquiert la connaissance d'un délit ou d'un crime.

1 minute 30 de reportage est ensuite consacrée à la réaction des diverses forces politiques, avec l'intervention d'un député communiste, un député de la France insoumise, de l'UDI, des Républicains et enfin du Premier secrétaire du parti socialiste, ainsi qu'un responsable du syndicat Alliance. Un journaliste, posté à l'Élysée est ensuite interrogé pour savoir pourquoi Emmanuel Macron ne s'est pas encore expliqué.

1 minute 30 est ensuite consacrée à la réaction de la majorité (ce qui respecte donc la règle des trois tiers édictée par le CSA).

Deux minutes de reportage sont ensuite consacrées à la personnalité de Benalla et à ses rapports avec le Président Macron.

745. Après avoir refermé l'affaire Benalla, le journaliste poursuit avec cette phrase rituelle ... « Dans le reste de l'actualité ce soir »¹⁹⁸⁶. Un reportage de 1 minute 30 est consacré à la taxe sur les objets de luxe, qui aurait fait un « flop »¹⁹⁸⁷, c'est-à-dire qu'elle n'aurait pas permis de rassembler une somme importante.

1 minute 30 est ensuite consacrée à un rapport qui révèle que l'augmentation de la CSG, qui devait, selon le gouvernement, être compensée par la suppression de la taxe d'habitation, ne sera en réalité pas compensée par celle-ci puisque la taxe d'habitation commencera à diminuer en 2019. Le présentateur du journal demande à la journaliste : « Qui sont les perdants, et combien sont-ils ? ». A la première question, nous n'aurons pas de réponse, la journaliste égrainant seulement des chiffres sur le nombre de perdants en 2019, puis en 2020.

1 minute 30 est ensuite consacrée à la pénurie de bitume qui est due à la grève de la SNCF, qui a paralysé le fret ferroviaire et retardé les livraisons sur les chantiers. La situation est très critique selon la journaliste.

2 minutes sont consacrées à un plan du gouvernement qui souhaite favoriser la vente de HLM. Le journaliste présente l'angle du sujet qui est « Est-ce un achat judicieux ? ». Le sujet semble ainsi présenté dans une perspective individualiste puisque l'information tourne majoritairement autour de l'expérience personnelle de certains acheteurs, pour savoir si l'achat d'un HLM constitue effectivement une bonne affaire. Le reporter fait bien référence à la nécessité de trouver des acheteurs, qui serait « une question de survie pour les bailleurs sociaux », mais il n'explique pas pourquoi, ni pourquoi le gouvernement incite les bailleurs sociaux à vendre 40 000 logements par an.

30 secondes sont ensuite consacrées à la réforme de l'audiovisuel public pour annoncer la suppression de France ô et de France 4 annoncée par le gouvernement.

¹⁹⁸⁶ Cette phrase semble trompeuse, car comme nous le verrons, les reportages suivants ne concernent pas l'actualité du soir, mais des sujets de société dont la temporalité est bien plus longue. Elle peut être qualifiée de ce que Bourdieu appelle : les rites d'institution. D'après lui, tous les discours d'institutions (médiatiques, politiques, religieux, etc.) sont des discours *autorisés* et *d'autorité* (termes équivalents pour Bourdieu). Les rituels, notamment langagiers, ont alors pour fonction de légitimer le discours en manifestant ostensiblement le caractère institutionnel de celui-ci. « Pour que le rituel fonctionne et opère, il faut d'abord qu'il se donne et soit perçu comme légitime, la symbolique stéréotypée étant là précisément pour manifester que l'agent n'agit pas en son nom personnel et de sa propre autorité mais en tant que dépositaire mandaté » (P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, Fayard, 1982, p. 115)

¹⁹⁸⁷ Pour reprendre les termes du journaliste.

On passe ensuite à un sujet de 3 minutes sur les pickpockets, dans lequel on nous explique comment la vidéosurveillance est utilisée par les policiers pour surveiller et empêcher les pickpockets d'agir. On suit donc les policiers dans leur surveillance et sur le terrain pour arrêter ces personnes. Encore une fois, une seule facette est présentée, aucune remarque n'est faite concernant les critiques de la vidéosurveillance, qui touchent pourtant aux libertés publiques. La suite du reportage consiste en l'interview d'un homme indien victime qui dit qu'il ne reviendra jamais à Paris, et de trois Chinoises qui expliquent comment elles se protègent, en collant leur sac contre elles. On peut se demander si cette information est suffisamment importante pour être diffusée dans le journal de vingt heures et faire l'objet d'un reportage de 3 minutes.

Dans l'information internationale, 20 secondes sont consacrées à la loi fondamentale votée par le parlement israélien qui fait de l'État Israël le foyer exclusif du peuple juif, et 1 minute 30 sur le retour des requins sur la côte atlantique américaine, avec des interviews d'une victime de ces requins.

3 minutes 30 sont ensuite consacrées sur le passage au bus électrique en Chine, avec notamment deux interviews de citoyens chinois qui vont exactement dans le même sens et qui se réjouissent que ces bus électriques fassent moins de bruit et réduisent la pollution. Encore une fois, on peut se demander s'il était bien nécessaire d'interviewer des citoyens pour leur demander s'ils sont contents d'une réduction de la pollution. Un chauffeur de bus est ensuite interviewé, et lui aussi est content de ce changement, car rien ne changera dans sa façon de conduire.

2 minutes sont ensuite consacrées au tour de France.

746. Le journal se termine avec l'« analyse » d'une photo prise en 1968 : celle des coureurs noirs américains sur le podium des Jeux Olympiques d'été de Mexico, qui lèvent le bras contre la « discrimination raciale » qui touche leur pays. La présentation de cette information est incomplète. Cette information aurait permis au journaliste d'expliquer qu'aux États-Unis, jusqu'en 1967, existait un système de ségrégation raciale organisé juridiquement, et que ce système a été remis en cause grâce à l'opposition de groupes organisés tels que les Black Panthers, groupe auquel les deux athlètes rendent en réalité hommage lorsqu'ils lèvent le poing.

Il aurait également pu évoquer le fait que l'année 68 marque également la date de l'assassinat de M. Luther King, dont la lutte pacifique avait contribué à la remise en cause des lois ségrégationnistes.

2) Analyse du TG 1, ore 20:00

747. Celui-ci dure, comme le journal de 20 heures sur France 2 environ 35 minutes.

Durant ces 35 minutes, 6 minutes d'abord sont consacrées aux feux de forêt en Grèce.

3 sont consacrées à l'abandon par le nouveau gouvernement (alliance du Mouvement 5 étoiles et de la Lega Del Nord) de la réforme sur les écoutes téléphoniques qu'avait tenté de mettre en place le gouvernement du Partito democratico Matteo Renzi. Le reporter explique les faits durant 20 secondes, tandis que 1 minute est consacrée aux arguments favorables à cet abandon, dont 30 secondes d'intervention du ministre de la Justice et 15 secondes d'un juge. 1 minute est ensuite consacrée aux arguments défavorables à cet abandon, avec notamment l'intervention de Matteo Renzi qui attaque le gouvernement (30 secondes) et le résumé, par le journaliste, de l'intervention d'un député de Forza Italia, selon lequel cet abandon « transforme le pays en un terrain de jeu pour les juges d'instruction ».

3 minutes sont consacrées au problème de l'immigration en Italie, et au refus de M. Salvini, ministre de l'Intérieur d'accueillir les Migrants. 1 minute 30 est consacrée aux propositions faites par la Commission européenne d'indemniser les pays accueillant les migrants de 6000 euros. Une interview de 30 secondes M. Salvini est ensuite diffusée pour expliquer qu'un migrant coûte au contribuable italien entre 30 et 40 000 euros, tandis que cinquante secondes sont consacrées aux oppositions parlementaires à M. Salvini qui a selon eux, criminalisé les ONG et compliqué encore plus la situation.

2 min sont ensuite consacrées au décret « Dignità » qui vise à protéger les citoyens contre le licenciement et la précarité. 1 minute est consacrée aux arguments du gouvernement et 1 minute est consacrée aux arguments de l'opposition.

1 minute 30 est ensuite consacrée aux rapports de l'entreprise Arcelor Mittal avec le gouvernement italien, et notamment aux engagements d'Arcelor Mittal pour l'environnement. 1 minute est ensuite consacrée aux comptes de Fiat, dont le PDG venait de décéder, puis 1 minutes

30 sur un jugement de la Cour d'appel de Turin concernant un détournement de fond par des conseillers régionaux de la région Piémont, avec la question de savoir si le jugement était politique. 2 minutes sont consacrées à l'attaque d'une petite fille rom, dont il est suspecté qu'il s'agit d'une attaque raciste, puis 2 minutes 30 aux risques météorologiques aux zones à risque en Italie, 1 minutes 30 sur l'usage du Viagra pour les femmes durant la grossesse pour augmenter le fœtus, 1 minute 30 sur la conférence AIDS avec l'intervention d'E. Johns contre l'homophobie en Russie et 1 minute 30 sur la loi sur les vaccins et la couverture vaccinale en Italie. 7 minutes sont consacrées au sport à la fin du journal.

Quelles différences et analyse peut-on tirer de ces observations ? (B)

B) Analyse comparée à l'aide de théories de sociologie des médias

748. On observe des différences dans la présentation, la hiérarchie et le type d'informations présentées. On peut analyser ces différences sous l'angle de plusieurs théories. Dans la théorie qu'ont établie Ringoot et Utard¹⁹⁸⁸, il existe une différence de nature entre « *information générale destinée à alimenter la vie démocratique et une information pratique et utilitaire rendant service à l'activité économique ou à la vie quotidienne*¹⁹⁸⁹ ».

En France, seules 12 min du journal sont consacrées directement à l'information générale destinée à alimenter la vie démocratique (l'affaire Benalla, les résultats de la taxe sur les objets de luxe, la nouvelle concernant France Télévision, et celle concernant l'État d'Israël et éventuellement le sujet sur le manque de bitume, car il est une des conséquences de la grève à la SNCF) et 13 minutes concernent des sujets qui ont trait à la vie quotidienne ou l'activité économique. En Italie, 16 minutes concernent la vie démocratique du pays, et durant ces seize minutes, au moins quatre lois et débats internes sont abordés par les présentateurs et les journalistes.

¹⁹⁸⁸ R. RINGOOT, J-M. UTARD, *Le journalisme en invention. Nouvelles pratiques, nouveaux acteurs*, 2005, Presse Universitaires de Rennes, p. 115 cité par E. MARTY, Op cit, p. 108

¹⁹⁸⁹ Les auteurs utilisent ces expressions pour distinguer deux types d'information dans la Presse quotidienne Nationale : la première, d'information générale, est destinée aux lecteurs « historiques » des journaux tels que Le Monde, Libération tandis que les deuxièmes répondent aux intérêts des annonceurs, car contrairement aux analyses politiques, elles ne sont pas clivantes et ne risquent pas de couper le journal de l'adhésion de certains lecteurs qui ne seraient pas en accord avec la ligne éditoriale.

749. E. Neveu fait lui une distinction entre les « hard news » et les « soft news ». Les hard news renvoient à ce que les personnes interviewées par l'auteur dans le cadre de son étude qualifient de « substance des journaux télévisés ». « *Par exemple, écrit ce dernier, un rédacteur en chef de la télévision a cité en exemple le catalogue suivant de sujets d'actualité classiques : « les « hard news », ce sont le message gouvernemental au parlement, le discours sur l'état de l'Union prononcé par le Président devant le Congrès, l'accident entre un train et un camion, le meurtre, le braquage de banque, la proposition législative... et demain, l'incendie* ». Les « Soft news » renvoient, elles par opposition aux « *informations non directement rattachées à l'actualité chaude : portrait, tranche de vie, information pratique ou consumériste* »¹⁹⁹⁰.

Si l'on reprend cette distinction, il semble qu'en France, au moins 13 minutes soient destinées aux « soft news » durant le journal télévisé. Il s'agit notamment du sujet sur la vente de HLM, le sujet sur les bus électriques en Chine, le sujet sur les pickpockets à Paris, le sujet sur le retour des requins sur la côte atlantique des États-Unis et l'analyse de la photo qui termine le journal télé. La différence est frappante avec l'Italie, puisque dans le journal télévisé de RAI 1, la quasi-totalité des informations est des « hard news », c'est-à-dire qu'elles ont trait à l'actualité du jour ou de la veille (réforme des écoutes téléphoniques, problème des migrants avec intervention de la Commission européenne, adoption du décret « Dignità », déclarations et engagements de l'entreprise Arcelor Mittal, feux en Grèce, jugement de la Cour d'appel de Turin, attaque de la petite fille rom, conférence internationale sur le SIDA, réforme de la couverture vaccinale).

750. La dynamique qui pousse les journalistes à privilégier des sujets de type magazine par rapport aux sujets de type « hard news » est expliquée par E. Neveu : « *l'évolution du métier accompagne et encourage un déplacement de l'intérêt public vers la recherche du bonheur privé. Le transfert s'opère au détriment de l'attention portée au politique. A l'époque du journalisme d'opinion, le journaliste avait un rôle de magistère affirmé. C'était lui qui formulait l'opinion latente de ses lecteurs, qui la revenait de mots, l'illustrait d'exemples. Ce rôle s'est transformé dans le journalisme d'information. Le journaliste dit à son public non tant ce qu'il doit penser, mais quels sont les sujets qui méritent de retenir son attention* ». Il semble donc que le journal

¹⁹⁹⁰ E. NEVEU, *Sociologie du journalisme*, La Découverte, 2013, p. 7-8

télévisé italien contribue bien plus que le journal télévisé française à la vie démocratique du pays.

Il semble également particulièrement surprenant que France Télévisions privilégie des informations de type « magazine » ou de consommation. Ce déplacement des informations concernant la vie démocratique du pays à des informations de type économique, poussant à la consommation, ou qui ont un impact sur la vie quotidienne a été expliqué dans la presse écrite par les relations entre instances éditoriales et instances de financement dans les rédactions. Les financeurs qui peuvent être la publicité ou des grands industriels influent évidemment sur le type de journaliste et en premier lieu sur le type de sujets traités¹⁹⁹¹. Or, le financement public de la télévision publique, ainsi que la suppression de la télévision après vingt heures, qui avait pour but officiel d'améliorer le contenu des programmes en détachant ceux-ci complètement de la logique commerciale devrait permettre aux rédacteurs en chef du journal de 20 heures d'être libre dans leur approche des sujets. Cette structuration du journal télévisé pose évidemment problème, car il éloigne les citoyens du but du journal télévisé : être informé de la vie démocratique de la Nation.

751. P. Bourdieu expliquait cette banalisation des informations par la concurrence pour les parts de marché « *Poussées par la concurrence pour les parts de marché, écrivait-il, les télévisions recourent de plus en plus aux vieilles ficelles des journaux à sensation, donnant la première place, quand ce n'est pas toute la place, aux faits divers ou aux nouvelles sportives (...), sans parler des catastrophes naturelles, des accidents, des incendies, bref, tout ce qui peut susciter un intérêt de simple curiosité, et qui ne demande aucune compétence spécifique préalable, politique notamment* »¹⁹⁹². Par ailleurs, analyser l'économie sous un angle « micro-économique », c'est-à dire par les impacts directs sur la vie quotidienne est moins clivant que tenter d'expliquer aux téléspectateurs l'économie sous un angle macro-économique.

¹⁹⁹¹ E. MARTY, Op cit, p. 105 : « *Ce degré de dépendance, ou d'interdépendance entre le milieu du journalisme et les milieux d'affaires peut bien évidemment aller, dans certains cas généralement identifiés, jusqu'à la collusion. Smyrnaioi (op. cit.) rappelle ainsi quelques ouvrages ayant mis au grand jour certaines affaires de collusion politico-médiatique, ou illustrant plus largement l'appartenance des « grands » journalistes contemporains à un milieu clos où ils côtoient quotidiennement les grandes puissances économiques et politiques* ».

¹⁹⁹² P. BOURDIEU, *Sur la télévision*, Raisons d'Agir, 1996, p. 58

Les sujets de fond facilitent également le contrôle du travail, car les événements qui font des sujets de fond sont généralement programmés. La programmation est implicite dans la définition par les journalistes des sujets de fond en tant que « série d'articles sur un même sujet, basés sur des événements se produisant dans la durée ». Parce qu'ils sont programmés, les sujets de fond aident les journalistes et les organisations médiatiques à réguler leurs propres activités : elles libèrent des journalistes afin qu'ils puissent faire face aux exigences de ce qui est expressément imprévisible¹⁹⁹³.

Conclusion §1 :

752. L'analyse comparée des journaux télévisés des trois États permet de mettre en évidence la médiocrité du journal télévisé français et l'absence d'effectivité des normes selon lesquelles France Télévisions doit informer, chaque jour, les citoyens, pour créer le débat et l'encadrer. Alors que dans le journal télévisé italien et anglais, tous les sujets de politique interne sont abordés, avec la présentation systématique des arguments de deux parties, tel n'est que très peu le cas sur France Télévisions qui privilégie des sujets peu clivants (tels que les bus électriques en Chine ou les pickpockets), mais qui ne permettent pas d'apporter aux citoyens-télespectateurs les informations nécessaires à la compréhension de la politique interne, ce qui est pourtant le but affiché du journal télévisé. Il semble exister, sur France 2, un déséquilibre entre les deux finalités principales que doivent concilier les journalistes : la finalité éthique et la finalité commerciale¹⁹⁹⁴. La finalité éthique de transmission d'informations au nom de valeurs démocratiques implique de devoir informer le citoyen pour qu'il prenne part à la vie publique ; la finalité commerciale consiste en la conquête du plus grand nombre de lecteurs, auditeurs, télespectateurs, puisque l'organe d'information est soumis à la concurrence et ne peut vivre (survivre) qu'à la condition de vendre (ou d'enregistrer des recettes publicitaires). La finalité éthique oblige l'instance de production à traiter l'information, à rapporter et commenter les événements de la façon la plus crédible possible : elle se trouve surdéterminée par un enjeu de

¹⁹⁹³ G. TUCHMAN, « Travailler à la fabrique de l'information, ou comment l'imprévu devient une routine », *Temporalités* [En ligne], 23 | 2016, mis en ligne le 10 octobre 2016, consulté le 27 juillet 2018

¹⁹⁹⁴ P. CHARAUDEAU « Discours journalistique et positionnements énonciatifs. Frontières et dérives », Op cit, qui renvoie à P. CHARAUDEAU, *Les médias et l'information. L'impossible transparence du discours*, De Boeck-Ina, 2005, p. 73

crédibilité¹⁹⁹⁵, tandis que la finalité commerciale oblige l'instance médiatique à traiter l'information de façon à capter le plus grand nombre de récepteurs possible : elle se trouve surdéterminée par un enjeu de captation. Si ce déséquilibre et la priorité apparemment donnée à la finalité commerciale se manifestent par la structure du journal télévisé et les sujets abordés, il se retrouve également dans la structure du discours des journalistes, qui est qualifié de « contrat d'énonciation journalistique ». Il sera donc nécessaire, dans un deuxième temps et pour approfondir notre analyse, d'utiliser des méthodes issues de la sémiologie pour analyser le discours des journalistes sur France 2 (§2).

§2 Analyse sémiologique des discours journalistiques sur France 2

753. L'article 43-11 de la loi Léotard dispose que « *Elles assurent l'honnêteté, l'indépendance et le pluralisme de l'information ainsi que l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans le respect du principe d'égalité de traitement et des recommandations du Conseil supérieur de l'audiovisuel* ».

L'article 44 alinéa 7 dispose que « *Lorsqu'ils diffusent des journaux télévisés, les services de la société France Télévisions disposent d'une ligne éditoriale indépendante* ». Pour l'analyse de l'honnêteté des journalistes, notamment en ce qui concerne les sujets « politiques », nous avons eu recours à des méthodes inspirées de la sémiologie, et de la sociologie de la communication pour analyser le « contrat d'énonciation journalistique » c'est-à-dire « à la façon dont l'énonciateur journaliste met en scène le discours d'information à l'adresse d'un destinataire »¹⁹⁹⁶.

754. P. Charaudeau nous explique que « *Le positionnement du journaliste énonciateur ne doit pas être évalué à la seule aune des marques d'énonciation explicite qu'il emploie. Son positionnement peut être révélé en partie par celle-ci, mais ce serait une attitude naïve de l'analyste du discours de s'en tenir là. Le positionnement du sujet énonciateur, d'abord n'est pas*

¹⁹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁹⁶ V. P. CHARAUDEAU, « Discours journalistique et positionnements énonciatifs. Frontières et dérives », *Semen*, 2006(22), en ligne.

*toujours manifesté de façon explicite, et peut même jouer sur des apparences trompeuses en ayant l'air de s'effacer dans l'instant même où il impose son point de vue en assignant certaines places à son destinataire »*¹⁹⁹⁷. Il s'agit donc d'essayer de déterminer s'il n'y a pas, dans le discours du journaliste, certaines dérives qui peuvent être dommageables pour une bonne réception de l'information, et peuvent contribuer à tromper le récepteur¹⁹⁹⁸. Nous avons pris comme étude de cas le discours du journaliste suivant le Président de la République après l'affaire Benalla, à partir du 19 juillet et notamment les interventions de Jeff Wittenberg, un journaliste politique à France 2 (A) pour nous intéresser ensuite à d'autres exemples qui constituent selon nous une entorse au principe d'impartialité, ayant eu lieu au long de l'année (B).

A) Traitement de l'affaire Benalla par France 2

755. Le choix du traitement de l'affaire Benalla résulte du moment où a été réalisée cette étude, fin juillet 2018.

Le 19 juillet, avant de refermer la page « Benalla », le présentateur interroge le journaliste posté à l'Élysée sur l'absence d'intervention d'E. Macron face à cette affaire. Décrivons les faits.

Le présentateur demande au journaliste : « *Est-ce que cette situation est tenable pour le président de la République ?* ». Celui-ci répond : « *Rien n'oblige le président de la République à licencier A. Benalla. Vous connaissez l'expression qu'affectionne E. Macron. Il est le « maître des horloges ». Il prendra son temps ou il décidera vite, lui seul le sait. Trancher sous la pression, on le sait, ce n'est ni son caractère ni sa conception du pouvoir présidentiel. Le contenu de la décision qu'il prendra, en revanche (...) si les enquêtes confirment ce que la vidéo montre déjà avec évidence, on a du mal à imaginer autre chose qu'un départ de celui par qui le scandale arrive* ».

Les raisons apportées par le journaliste pour expliquer l'absence d'intervention du Président de la République mériteraient d'être assorties d'une analyse critique. La façon dont le

¹⁹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁹⁸ Etant entendu que notre hypothèse de recherche, fondée sur la lecture d'articles de presse et le visionnage de certains programmes, était qu'il existe un biais journalistique beaucoup plus marqué en France que dans les autres pays étudiés, l'Italie et le Royaume-Uni.

journaliste parle du pouvoir présidentiel laisse en effet entendre qu'E. Macron serait le seul fondé à déterminer les conditions d'exercice de celui-ci, omettant ainsi les règles constitutionnelles qui encadrent le pouvoir du président de la République. La référence à la personnalité d'E. Macron peut également être critiquée. Les règles constitutionnelles ne sont-elles pas là pour permettre que tout Homme qui a du pouvoir ne soit pas porté à en abuser, et ce, en dépit de son caractère ou de sa volonté d'exercice du pouvoir ?

Le problème de ce discours nous semble résider dans l'impression de confusion que peut créer le discours du journaliste pour le récepteur, une confusion entre les différents niveaux discursifs du journaliste, c'est-à-dire les divers niveaux d'énonciation, mais également dans une absence d'esprit critique.

756. Pour confirmer cette hypothèse, nous avons visionné les journaux télé postérieurs à celui du 19 juillet. Ainsi, dans l'édition du vendredi 20 juillet, la même question est posée à J. Wittenberg, « *Comment expliquer ce silence persistant d'E. Macron ? C'est une vraie indifférence, c'est de la sérénité ?* » « *Autour de lui, on vous explique qu'il parle, le Président, par personnes interposées (...). S'exprimer lui directement, ce serait, je cite, interférer sur le cours de la justice, et ce serait accepter de répondre aux provocations de ses opposants. Bref, garder le silence, c'est garder un peu de hauteur. On nous dit aussi que la sanction clémentine prise par le directeur de cabinet est une mauvaise décision, une décision qui rejaillit sur le Président, qui d'autant plus, je vous le rappelle, était en Australie lors du Premier mai, pour un voyage officiel* ».

À plusieurs reprises il rappelle qu'il cite les propos de l'entourage du chef de l'État, mais son discours n'est pas dénué d'ambiguïtés : durant toute son intervention, il déroule l'argumentaire de celui-ci, sans prendre jamais de recul avec ce discours, selon un processus qualifié « d'engagement neutre » par les chercheurs en sciences de la communication¹⁹⁹⁹. Le choix de « l'engagement neutre », ou pour le dire autrement de la neutralité et de l'effacement du

¹⁹⁹⁹ E. MARTY, « Journalismes, discours et publics: une approche comparative de trois types de presse, de la production à la réception de l'information » Sciences de l'Homme et Société. Université Toulouse le Mirail - Toulouse II, 2010, p. 83 ; V. R. KOREN, « Argumentation, enjeux et pratique de « l'engagement neutre » : le cas de l'écriture de presse », Semen, 2004(17), en ligne.

processus de ré-énonciation journalistique découle « *des instructions sur le positionnement énonciatif, au regard du possible « engagement » du sujet énonçant* » : l'enjeu de crédibilité exige de celui-ci qu'il ne prenne pas parti. D'où une délocutivité obligée de l'attitude énonciative qui devrait faire disparaître le Je sous des constructions phrastiques impersonnelles et nominalisées. Ce n'est pas à proprement parler de l'objectivité, mais c'est le jeu de l'objectivité par l'effacement énonciatif»²⁰⁰⁰.

757. Or, comme le rappellent les auteurs en sciences de la communication, « *Assimiler l'absence d'implication énonciative à de l'objectivité serait lapidaire, étant entendu que la parole rapportée charrie un sens qui ne peut être neutre, et que la mise en scène des discours, si elle peut être pluraliste, ne peut prétendre être exhaustive. La stratégie d'objectivation n'est donc pas un gage d'objectivité, mais une stratégie de masquage de la subjectivité* »²⁰⁰¹.

On retrouve le même journaliste en direct de l'Élysée le lundi 20 juillet avec toujours la même question : pourquoi le président n'a-t-il pas parlé ? Le journaliste répond : « *Le président considère qu'aujourd'hui on n'a rien appris de nouveau à l'Assemblée nationale, que notamment (fait-il en hochant de la tête) G. Collomb s'est montré aussi exhaustif que possible (c'est l'Élysée qui nous exprime cette conviction). Silences. Et il considère aussi que lorsque le préfet de police a parlé de copinages malsains, il ne visait pas l'Élysée. Vous savez aussi que depuis hier le Président a annoncé une réorganisation des services. Quand parlera-t-il c'est toute la question, ce qu'on peut dire ce soir, c'est qu'il ne parlera pas sur le tour de France (Silence). Officiellement, c'est une correction dans son agenda, mais on comprend qu'il ne voulait peut-être pas mêler une ambiance de fête autour de la grande boucle à cette affaire, qui on l'admet même ici, présente quand même une certaine gravité* ».

²⁰⁰⁰ P. CHARAUDEAU « Discours journalistique et positionnements énonciatifs. Frontières et dérives », Op cit. Sur l'effacement énonciatif V. A. RABATEL : « L'effacement énonciatif dans les discours rapportés et ses effets pragmatiques », *Langages*, 2004, n° 156, p. 3-17 ; A. RABATEL « Effacement énonciatif et effets argumentatifs indirects dans l'incipit du *Mort qu'il faut* de Semprun », *Semen*, 2004(17), en ligne.

²⁰⁰¹ E. MARTY, Op cit, p. 85 V. aussi R. RINGOOT, J.M. UTARD, *Journalisme en invention. Nouvelles pratiques, nouveaux acteurs*. Presse Universitaires de Rennes : « *L'activité journalistique ne peut se réduire à la médiation de la parole des autres témoins ou acteurs des événements, ou encore experts. (...) Le journalisme est une pratique de construction sociale de la réalité au même titre que l'activité scientifique, celle de l'écrivain ou du communicant, parfois à côté d'elle, parfois en concurrence, souvent en interaction* ».

758. Ici encore, le contrat d'énonciation est tout sauf clair. Le journaliste passe du discours rapporté : « Le président considère » à des faits précis « Le président a annoncé une réorganisation des services », comme si les deux événements étaient liés, ou qu'elles faisaient partie d'une même stratégie d'argumentation. Est-ce alors l'argumentaire du journaliste, ou du Président de la République ? L'ambiguïté demeure. Le journaliste utilise ici encore une fois des procédés décrits par les linguistes comme faisant partie de l'effacement énonciatif²⁰⁰² : énoncés désembrayés, (c'est-à-dire avec des « hésitations » d'un plan à l'autre, mais aussi des degrés de distanciation plus ou moins typés, plus ou moins marqués, qui font que seule la notion d'ambiguïté/hétérogénéité énonciative peut rendre compte dans tous les cas, de cette complexité²⁰⁰³), « mises en description dynamisant les objets, narration hétérodiégétique avec narrateur anonyme, argumentation avec énonciateur générique (...) »²⁰⁰⁴ Le journaliste tente « d'“objectiviser” son discours en “gommant” non seulement les marques les plus manifestes de sa présence (les embrayeurs), mais également le marquage de toute source énonciative identifiable »²⁰⁰⁵, et utilise donc encore l'effacement énonciatif²⁰⁰⁶. Pour reprendre les mots, peut-être plus clairs, de P. Charaudeau, le journaliste se met dans une position où « *il fait croire à son interlocuteur qu'il témoigne de la façon dont les discours du monde (le tiers) s'imposent à lui. Il en résulte une énonciation apparemment objective (au sens de « déliée de la subjectivité du locuteur ») qui laisse apparaître sur la scène de l'acte de communication des Propos et des Textes qui n'appartiennent pas au sujet parlant (point de vue externe) »*²⁰⁰⁷.

759. En ce qui concerne les faits que rapporte le journaliste, la majorité des médias dominants ont considéré que G. Collomb avait été évasif et n'avait répondu à aucune des questions posées par la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale en répondant qu'il ne savait rien. Il est

²⁰⁰² A. RABATEL, « L'effacement énonciatif dans les discours rapportés et ses effets pragmatiques », Op cit, p. 4

²⁰⁰³ O. DUCROT, *Dire et ne pas dire, Principes de sémantique linguistique*, 1988, Éditions Hermann

²⁰⁰⁴ A. RABATEL, Op cit, p. 4

²⁰⁰⁵ Ibid.

²⁰⁰⁶ Charaudeau va jusqu'à qualifier ce procédé de « simulacre énonciatif lorsqu'il évoque « un “jeu” que joue le sujet parlant, comme s'il lui était possible de ne pas avoir de *point de vue*, de disparaître complètement de l'acte d'énonciation, et de laisser parler le discours par lui-même », P. CHARAUDEAU, *Grammaire du sens et de l'expression*, Hachette, 1992, p. 649-650

²⁰⁰⁷ Ibid, p. 650

évidemment nécessaire de retranscrire les arguments de l'entourage du président de la République, mais le travail d'un journaliste politique n'est-il pas ensuite d'analyser ce discours ? Lorsqu'il tente d'expliquer pourquoi le Président de la République a annulé sa participation au Tour de France, le journaliste recourt à un euphémisme en se mettant encore une fois dans la tête du président de la République : le Président ferait cela pour ne pas « gâcher » la fête du Tour de France. À aucun moment, le journaliste n'évoque l'hypothèse que celui-ci n'ait toujours pas envie de s'exprimer et surtout ne veuille pas faire face aux critiques du public.

Or, comme l'explique P. Charaudeau, « *Le discours journalistique ne peut se contenter de rapporter des faits et des dits, son rôle est également d'en expliquer le pourquoi et le comment, afin d'éclairer le citoyen. D'où une activité discursive qui consiste à proposer un questionnement, élucider différentes positions et tenter d'évaluer chacune de celles-ci* »²⁰⁰⁸. Cette pratique nous semble témoigner d'un manque d'impartialité dans la retranscription des faits. Or, ce manque d'impartialité des journalistes politiques de service public est récurrent (B).

B) Un manque d'impartialité récurrent

760. Ce manque de rigueur dans la couverture des informations relatives au président de la République n'est pas un cas isolé. L'interview du Président par le journaliste L. Delahousse, avait, en décembre 2017, été vivement critiqué du fait du ton employé par le journaliste, un ton mêlant révérence et admiration (1). L'émission politique est une émission qui peut également donner lieu à la critique notamment dans la place qu'elle donne aux « sentiments » des Hommes politiques et du public, en comparaison aux arguments rationnels (2). Enfin, nous traiterons de la dramatisation et de la peur de la radicalisation qu'exprime de manière répétée Nathalie Saint-Cricq, la chef du service politique de France Télévisions, qui devrait pourtant adopter un comportement neutre et apporter une information honnête (3).

1) L'interview très critiquée de L. Delahousse

²⁰⁰⁸ P. CHARAUDEAU, « Une éthique du discours médiatique est-elle possible ? », Communication, Vol 27(2), Éditions Nota Bene, Québec, 2009, consulté le 30 juillet 2018 sur le site de *Patrick Charaudeau - Livres, articles, publications*.

761. Suite au discours du Président sur l'environnement, le journaliste déclare, devant le président que celui-ci a « provoqué une Révolution » : « *Vous avez échangé, monsieur le Président finalement votre statut, vous n'êtes plus simplement président de la République là, depuis quelques jours (...) Vous êtes un leveur de fond pour la planète (...) C'est votre héroïsme politique qui revient, là.* » ». L'utilisation du terme « Révolution » est pour le moins exagérée. Ce terme renvoie à un changement très important dans la société, dans l'histoire. Si le discours d'E. Macron prononcé lors du sommet sur le climat en décembre 2017 était important, il est difficile de penser que le Président, seul, ait provoqué un changement très important dans l'histoire du Monde, d'autant plus que les conséquences de ce discours ne sont pas encore connues. Ce terme est pourtant employé au moins quatre fois durant l'interview.

L'utilisation du terme « héroïsme » renvoie encore une fois à la volonté de mettre des mots non pas sur l'action du Président, mais sur son caractère, comme le fait J. Wittenberg lorsqu'il essaie d'expliquer pourquoi le Président n'a pas encore parlé.

Durant cette interview, le journaliste n'aborde à aucun moment des sujets de politique intérieure telle que la crise des migrants, la loi travail, la crise syrienne.

On peut également reprocher à la chaîne la façon dont a été mené l'interview : déambulant à travers l'Élysée, le Président se faisait hôte et permettait à L. Delahousse de se faire guide historique sur la façon dont M. Macron et ses prédécesseurs occupaient le Palais présidentiel.

762. Encore plus que les mots utilisés, qui sont inappropriés pour décrire l'action internationale du Président de la République, c'est le mélange des genres dans la façon de rapporter l'information qui semble poser problème par rapport à l'impératif législatif et réglementaire d'honnêteté de l'information. La mise en scène, le fait de marcher à l'intérieur de l'Élysée et de mélanger des informations telles que « Dans quel bureau travaille E. Macron », « à quelle heure envoie-t-il des SMS », « dans quel bureau a-t-il rencontré D. Trump », ne permet pas de hiérarchiser l'information et laisse entendre que ces informations personnelles sont aussi importantes que les questions sur la politique du Président. Ce mélange d'information entre ce qui relève des faits politiques, importants pour la vie démocratique de la Nation et des faits de peu d'importance, se double d'une psychologisation de la vie politique. Étant donné

l'impossibilité de mener une étude exhaustive, nous avons choisi de nous focaliser sur l'émission politique phare du service public, « L'émission politique » (2).

2) « *La psychologisation de la vie politique* »

763. Cette obsession des journalistes pour la psychologie des Hommes politiques, leurs ressentis, réels ou supposés, et surtout la personnalisation du discours journalistique sur la politique peut être illustrée par d'autres exemples.

Le 15 mars 2018, lors de « l'émission politique » consacrée à G. Darmanin, ministre du Budget, l'intervention de N. Saint Cricq doit clôturer le débat. Certaines de ses questions sont tournées, encore une fois, vers la psychologie, ou les ressentis personnels du ministre : « *Dernière séquence, le baromètre. Bonsoir Nathalie. D'abord, la question de la chef du service politique de France Télévisions.* » « *Il y en a un qui s'est acharné sur vous, qui est allé jusqu'à demander votre démission, c'est Laurent Wauquiez, rapporte Nathalie Saint-Cricq. Comment vous expliquez cela ? C'est un problème de haine personnelle, de rivalité ?... Est-ce qu'il y a quelque chose d'irrationnel dans votre relation ?* ». La quatrième question est celle-ci : « *Vous avez déclaré "Il y a beaucoup de Sarkozy en Macron et vice-versa." Une question simple : qu'est-ce que Macron a de plus que Sarkozy ?* » « *Je dirais le calme...* ». Léa Salamé rebondit : « *Et qu'est-ce qu'il a de moins ?* » « *Je dirais le calme...* ». Puis, la cinquième question : « *Dernière question, Gérald Darmanin, est-ce que vous êtes heureux ?* » « *Oui.* » « *Je vous la pose parce que vous avez déclaré dans une interview : "Le ministère, ça m'enferme, je ne suis pas extrêmement heureux »*²⁰⁰⁹.

764. Ce discours reflète le fait que les journalistes, sur France 2, privilégient souvent les enjeux de personnes aux enjeux proprement politiques. Cette tendance avait déjà été soulignée par R. M. Entam pour qui les journalistes « *tendent à réduire l'argumentation politique à un affrontement de slogans et un jeu entre personnalités* »²⁰¹⁰. Ainsi, écrit Entamn, « *le réel biais*

²⁰⁰⁹ La retranscription des dialogues est issue de S. GONTIER, « Gérard Darmanin, si beau dans le miroir de l'invité surprise », Ma vie au poste, disponible ici : <https://www.telarama.fr/television/gerald-darmanin,-si-beau-dans-le-miroir-de-linvite-surprise.n5529925.php>. Seuls les dialogues retranscrits sont utilisés dans notre analyse, l'analyse de l'auteur du blog, aussi intéressante soit-elle ne répondant pas aux critères d'une recherche objective.

²⁰¹⁰ E. MARTY, Op cit, p. 74

des médias favorise la simplicité par rapport à la complexité, les personnes par rapport aux processus institutionnels, l'émotion par rapport aux faits, et, encore plus important, le jeu par rapport à la substance ». ²⁰¹¹ Indépendamment de la question de savoir qui des acteurs politiques gagne ou perd du fait de ce biais, ce dernier décourage inévitablement la citoyenneté active et informée en détournant le public du débat de fond ²⁰¹².

765. Encore plus grave, France 2 est allé jusqu'à utiliser le jeu de la coupure au montage pour illustrer son discours concernant le « moral » d'un parti politique française, en sortant les propos de leur contexte, et ce faisant, en détournant leur sens. Le 25 novembre 2017, un sujet est consacré au moral « en berne » des militants de la France insoumise suite à l'adoption de la loi travail et à l'échec des manifestations. Deux extraits de l'intervention de J-L. Mélenchon avaient été diffusés, dont l'un où l'on voyait l'Homme politique dire : « *Nous venons de subir un revers. Il paraît que si je le dis, eh bien, je démoralise. Non, je le dis parce qu'on est démoralisés* », suivis d'applaudissement du public. En réalité, J.L. Mélenchon ne parlait pas du mouvement de la France insoumise, mais de certaines catégories de la population : « *Nous venons de subir un revers. Il paraît que si je le dis, je démoralise. Non. Je le dis, parce qu'on est démoralisé dans certains secteurs de la société. Parce que cette bataille a été conduite en dépit du bon sens, et que je n'ai pas peur de la dire, et je le répète : la division syndicale nous a nui d'une manière*

²⁰¹¹ R.M. ENTMAN, « Reporting Environmental Policy Debate. The real Media Biases », *The Harvard International Journal of Press/Politics*, 1996(3), p. 77, spéc p. 78, cité par E. MARTY, Op cit, p.74 : « *The real media biases favor simplicity over complexity, persons over institutional processes, emotion over facts, and, most important, game over substance* ».

²⁰¹² Ibid.

incroyable dans la bataille »²⁰¹³. Le fait de couper quatre mots à la fin de la phrase de l'homme politique en change le sens, d'autant plus que France 2 avait rajouté à la fin de l'extrait diffusé les applaudissements qui étaient intervenus durant le discours à la fin de la phrase de l'ancien candidat. Le dernier exemple qui nous semble représentatif de cette tendance concerne le discours de la chef du service politique de France 2, qui se laisse souvent aller à des commentaires qui semblent relever de son opinion et non de son analyse journalistique (3).

3) Le discours non journalistique de Nathalie Saint-Cricq

766. Ce manque d'objectivité et d'honnêteté de l'information vis-à-vis de la politique intérieure se retrouve dans certains discours de la responsable du service politique de France 2, Nathalie St Cricq, qui ne dépend pas du journal télévisé. Celle-ci intervient par exemple en cette qualité de responsable du service politique de France 2 dans l'émission de France 5 C'est dans l'air, et lors d'une émission sur J-L. Mélenchon²⁰¹⁴, elle se laisse par exemple aller à des analyses qui semblaient relever plus de ses opinions personnelles que d'une analyse journalistique.

Ainsi, à la question « Mélenchon est-il un adversaire pratique ? », celle-ci répond : « *Oui c'est un adversaire pratique, car il est en quelque sorte caricatural, c'est-à-dire extrême, et on le voit à*

²⁰¹³ Le paragraphe choisi du discours était celui-ci : « *Le président Macron mène une charge d'une incroyable violence, tout en même temps, au point de suffoquer. Et c'est fait pour ça. Les oppositions n'ont pas le temps de se constituer. Et nous venons de subir un revers. Il paraît que si je le dis, je démoralise. Non. Je le dis, parce qu'on est démoralisé dans certains secteurs de la société. Parce que cette bataille a été conduite en dépit du bon sens, et que je n'ai pas peur de la dire, et je le répète : la division syndicale nous a nui d'une manière incroyable dans la bataille. Honte à ceux qui en sont responsables, pas à ceux qui en ont été les victimes. Et par dessus le marché, le dogme de la séparation entre les syndicats et la politique est absurde, surtout au nom d'un texte qui a plus de cent ans et qui dit exactement le contraire de ce qu'on lui fait dire aujourd'hui. Il faut absolument, par rapport aux batailles qui s'annoncent, qu'elles soient sur le plan social, écologique, que la convergence se fasse, chacun dans son rôle, chacun dans son identité, chacun dans ses responsabilités vis à vis de ses mandants. Mais que la convergence se fasse! Nous avons besoin de plate-formes de résistance populaire, qui rassemblent tous ceux qui sont prêts à se battre, peu importe l'étiquette sous laquelle ils sont prêts à se battre. Parce que c'est ça qui va rallier tous les autres et leur donner du courage. Quant à nous, nous avons fait notre devoir. Quand on nous disait que par le choix de notre marche du 23, peut-être nous marchions sur les plate-bandes des syndicats, nous leur avons dit ! "passez devant, prenez la tête, nous vous suivrons, nous aiderons!" Que s'est il passé. Rien. Alors il paraît que je suis dépressif. Non, je vais très bien. La lucidité, moi, ne me rend pas dépressif. C'est le contraire. C'est l'aveuglement devant la réalité qui souvent peut conduire à l'abattement. Il faut appeler par leur nom les problèmes qui se posent si on veut les régler. Je dis que la division entre le mouvement social, le mouvement associatif et le mouvement politique que nous incarnons nous condamne à la défaite, et que le rassemblement nous permet la victoire. En trois mois, le code du travail a été renversé. La bataille était d'une difficulté terrifiante, parce que pendant qu'on expliquait aux gens ce qu'étaient la hiérarchie des normes et le principe de faveur, ce qui n'est pas facile, vous en aviez d'autres qui étaient pourtant censés être les chefs de la lutte, qui venaient expliquer que, pas du tout, le problème ne se posait pas* ».

²⁰¹⁴ V. L'émission en intégrale ici : <https://www.marianne.net/medias/quand-l-emission-c-dans-l-air-se-vautre-dans-un-melenchon-bashing-sans-nuance>

chaque fois qu'il prend position ». Les termes caricatural et extrême ne sont pas des mots synonymes, ils renvoient à deux choses différentes. Mais, outre, les imprécisions linguistiques de la journaliste, le manque d'honnêteté de l'information est ici surtout caractérisé par cette affirmation tranchée, qui disqualifie dès la première minute de l'émission M. Mélenchon, sans aucun exemple à l'appui. Dans la suite de l'émission, le discours de la journaliste se drapera d'un champ lexical très négatif pour parler du mouvement de J-L. Mélenchon. « *Théoriser, dézinguer, infiltrer, maîtriser le système, profiter du système, aucun complexe, entrisme, niches médiatiques, ils vont partout* », tels sont les actions de J-L. Mélenchon vis-à-vis des médias selon N. St Cricq. Ce champ lexical relatif à l'infiltration peut laisser penser que la stratégie de Mélenchon est un phénomène occulte, qui vise simplement au renversement du système, notamment médiatique, actuel. La journaliste semble par ailleurs très remontée puisqu'elle qualifie cette situation d'« aberration absolue » qui « pose des problèmes idéologiques ».

Un autre journaliste intervient ensuite pour aller dans son sens « *Comme le disait Lénine, les capitalistes nous vendront jusqu'à la corde qui servira à les pendre* ». Cette phrase, sortie de son contexte, peut porter à confusion. D'abord parce que Lénine écrivait cette phrase à un moment où il préparait la révolution de 1917, une révolution violente. Ensuite, parce que J. L. Mélenchon ne semble pas avoir fait référence à Lénine dans ses discours. Le journaliste, en se servant de la phrase de Lénine pour décrire la stratégie politique laisse non seulement entendre que Mélenchon se revendique de celui-ci, mais également que Mr Mélenchon serait prêt à recourir à la violence pour sonner la fin du capitalisme, ce qui à notre connaissance, n'a jamais été évoqué par ce dernier.

767. Cette référence à la violence physique est également perceptible dans les propos suivants de N. St Cricq : « *Il fait preuve d'autosatisfaction (...) c'est un leader charismatique, mais autocratique (...)* ». Outre le fait que le mot autocrate impliquerait que J-L. Mélenchon gouverne effectivement, la journaliste se laisse encore aller à une psychologisation, sans aucun exemple à l'appui. Elle continue : « *Il fait des appels à la rue. Des appels à la rue, répète-t-elle en levant les yeux, en lançant ensuite la comparaison avec l'extrême droite : N'importe quelle personne du front national ferait des appels à la rue, on dirait qu'on ne respecte pas les institutions et que*

cela rappelle le 6 février 1934. Il y a donc une sorte de dérive ». L'argumentaire de la journaliste est encore une fois étonnant : le fait que Mélenchon appelle les gens à descendre dans les rues rappellerait inévitablement la manifestation antiparlementaires organisée par les ligues d'extrême droite²⁰¹⁵, comme s'il n'y avait pas eu d'autres manifestations plus importantes, en termes de conséquences durant l'histoire du XXe siècle.

La journaliste recourt ici à un procédé relevant de l'amalgame, qui est pour P. Charaudeau, une forme de dramatisation excessive ou de « surdramatisation » : « *L'amalgame, écrit-il, est, pourrait-on dire, un procédé d'analogie abusif : deux événements, deux faits, deux phénomènes sont rapprochés sans mise à distance qui permettrait que cette comparaison eût un effet explicatif* »²⁰¹⁶.

768. Malgré ce discours très négatif à l'égard du dirigeant d'un parti qui a atteint 20% des voix à la présidentielle, N. St Cricq considère qu'on (les journalistes) fait preuve « *d'une bienveillance, car il a un talent incroyable. C'est quelqu'un qui anime la vie politique française. Mais sur le fond, c'est quelqu'un qui est grisé par lui-même et qui a cette espèce d'obsession pour l'élection présidentielle et qui adore toute cette espèce de période pré-médiatique qui va avec (...)* Il a aussi des convictions, il faut le reconnaître, car on ne peut pas le créditer simplement d'être « *un leader Maximo dangereux* ». Le mot « créditer » semble ici très mal choisi, car il signifie « Reconnaître quelque chose de favorable à quelqu'un ». Or, « un leader maximo dangereux » n'est pas une caractéristique positive, mais négative. En plus des

²⁰¹⁵ Dramatique entendue comme « *un processus de stratégie discursive qui consiste à toucher l'affect du destinataire* ».

²⁰¹⁶ « *En effet, lorsqu'une comparaison n'est pas d'ordre objectif, c'est-à-dire vérifiable (« Il est aussi grand que son père »), elle ne peut être explicative qu'à la condition de préciser le point de vue qui doit être pris en considération en mettant tous les autres à distance (« Il est aussi organisé que son père », sous-entendu seulement de ce point de vue). Les médias, en faisant des rapprochements entre des événements différents afin d'apporter une explication à leur existence, sans préciser l'aspect sur lequel il y a similitude, produisent un effet de globalisation qui empêche l'intervention de l'esprit critique : ici, ce sera l'analogie entre la découverte de camps de prisonniers en Bosnie et les camps de concentration nazis, ce qui aura pour effet de faire se confondre la purification ethnique serbe avec la shoah ; là, particulièrement à l'étranger, ce sera l'amalgame entre les récents événements des banlieues et les révoltes sociales dont la France serait coutumière, là encore le rapprochement entre la menace d'une épidémie de grippe aviaire et la pandémie de la grippe espagnole du siècle dernier. Ce procédé est d'autant plus pernicieux et malhonnête au regard de l'éthique de l'information qu'il suit la pente dite « naturelle » du processus d'interprétation étudié par la psychosociologie, à savoir : s'appuyer sur une mémoire globale, non-discriminante, qui met tout dans le même panier d'une émotion interprétative, et évite de se livrer à un effort d'analyse. L'effet est encore d'essentialisation » auquel on a fait allusion plus haut. Ainsi le procédé d'amalgame est-il un moyen, pour l'énonciateur de garantir l'effet de sa visée de captation, tout en ayant l'air de s'effacer ». P. CHARAUDEAU, Op cit.*

imprécisions linguistiques qui caractérisent le langage de la journaliste, celle-ci fait une comparaison inappropriée : si on ne peut pas le qualifier « simplement » de leader maximo dangereux, cela signifie t-il que l'on peut le qualifier de cela et d'autre chose ? Ce discours n'est pas isolé.

769. Le 24 mai 2016, la journaliste avait déjà fait part, lors du journal de vingt heures, de sa peur de la radicalisation. A la question : « *Est-ce qu'on assiste là à une radicalisation de la CGT ?* » de M. Pujadas, celle-ci avait répondu : « *Clairement oui, David (...). Une radicalisation tous azimuts et une technique révolutionnaire bien orchestrée (...). Ou comment paralyser un pays malgré une base rabougrie et même si le mouvement s'essouffle. La CGT de Philippe Martinez veut tout faire sauter quand celle de Bernard Thibault laissait toujours une petite porte entrouverte et quand la CFDT a choisi la voie de la réforme négociée* ». A la question « *Pourquoi cette stratégie ?* », posée par D. Pujadas, celle-ci répond : « *Cette stratégie est justifiée par un score en chute libre à la CGT* ». (sans préciser de quel score il s'agit).

Ces propos semblent corroborer les conclusions que tire E. Neveu de son étude sur le discours médiatique des mouvements sociaux : « *l'un des traits constitutifs du discours médiatique tient dans la grande rareté des "cadres d'action collective" qu'il véhicule. Les conditions sociales de production du discours journalistique lui font éviter les problématisations en termes d'injustice, d'imputation de responsabilité à des institutions ou des personnes désignées avec précision. Elles ne valorisent pas davantage l'idée de l'action collective comme source efficace et légitime de changement social* »²⁰¹⁷.

Conclusion §2 :

770. L'impératif d'honnêteté de l'information semble donc remis en cause par ces différentes caractéristiques du discours journalistiques : il existe d'abord une ambiguïté (volontaire, ou non) entre les différents registres de discours (qui parle, est-ce le journaliste, ou l'Homme politique ; le journaliste ou le citoyen engagé qu'il est aussi ?) ; il existe aussi une tendance à affirmer des vérités sans s'appuyer sur des faits tangibles, ou sans, au moins citer les faits exacts ; il existe un recours constant à la dramatisation et à la personnalisation de la vie politique qui ont pour

²⁰¹⁷ E. NEVEU, « Médias, mouvements sociaux, espaces publics », Réseaux, 1999(98), p. 17, spéc p. 36

conséquence de rendre inexistants les enjeux idéologiques. Ces différents procédés semblent avoir une finalité, celle de captation bien décrite par P. Charaudeau : « *Il vise à faire entrer l'interlocuteur dans l'univers de discours du sujet parlant, celui-ci se demandant : « Comment faire pour que l'autre adhère à ce que je dis ? »*. L'enjeu de captation est donc complètement tourné vers l'interlocuteur de façon à ce que celui-ci en arrive à se dire, symétriquement : « *Comment ne pas adhérer à ce qui est dit ? »* »²⁰¹⁸.

Comment expliquer, sociologiquement, cette prise de partie, cette absence d'honnêteté de l'information ? Les acteurs sont-ils conscients de leurs pratiques, et cela participe-t-il d'une volonté consciente de leur part ? A cette question, P. Charaudeau répond : « *? Difficile de le dire, parce que la machine médiatique surdétermine souvent l'intention de ses acteurs et qu'il est difficile de faire le départ entre l'intentionnalité consciente, non consciente et inconsciente de ces acteurs. L'excellent ouvrage du sociologue Cyril Lemieux²⁰¹⁹ montre que les journalistes sont loin d'avoir conscience de la totalité de leur pratique* »²⁰²⁰.

771. Ces pratiques et ce manque d'honnêteté dans la présentation de l'information s'expliquent également par la proximité entre les journalistes et les hommes et femmes politiques. Le sociologue E. Neveu rappelle à cet égard que les écoles de journalisme les plus recherchées sont majoritairement fréquentées par des jeunes issus de familles favorisées, côtoyant une partie des futurs décideurs de l'administration, du politique et des entreprises²⁰²¹. Ce lien entre journalistes influents et hommes de pouvoir, qualifié par certains auteurs d' « incestueux »²⁰²², est, selon les sociologues, nocif non seulement pour la mission citoyenne du journalisme, particulièrement envers les classes populaires, mais aussi pour sa légitimité, sur

²⁰¹⁸ P. CHARAUDEAU, « De l'argumentation entre les visées d'influence de la situation de communication », in *Argumentation, Manipulation, Persuasion*, L'Harmattan, Paris, 2007, consulté le 30 juillet 2018 sur le site de Patrick Charaudeau - Livres, articles, publications.

²⁰¹⁹ C. LEMIEUX, *Mauvaise presse*, Métailié, 2000

²⁰²⁰ P. CHARAUDEAU « Réplique à Daniel Dayan : quelle vérité pour les médias ? Quelle vérité pour le chercheur ? », *Revue Questions de communication* n°9, Presses Universitaires de Nancy, Nancy, 2006, consulté le 31 juillet 2018 sur le site de Patrick Charaudeau - Livres, articles, publications.

²⁰²¹ E. NEVEU, *Sociologie du journalisme*, La Découverte, 2009

²⁰²² G. MULHMANN, *Du journalisme en démocratie*, Payot, 2004

laquelle repose au bout du compte sa stabilité financière²⁰²³.

Conclusion Section 3 :

772. On observe une particularité française dans la présentation de l'information. Cette particularité se manifeste de deux façons principales : d'une part, on observe que durant le journal télévisé, les sujets de type magazine, qui touchent à la vie quotidienne ou à la vie économique sont légion, au détriment des sujets touchant directement à la vie démocratique de la Nation ; d'autre part, on observe que le contrat d'énonciation journalistique, c'est-à-dire la façon dont à la façon dont l'énonciateur journaliste met en scène le discours d'information à l'adresse d'un destinataire comporte de nombreuses ambiguïtés, ambiguïtés qui ont pour effet de remettre en cause la crédibilité du discours des journalistes. Le recours à des procédés ayant pour effet de brouiller le contrat d'énonciation journalistique est susceptible de rendre ineffectives les obligations constitutionnelles législatives et réglementaires d'honnêteté, de transparence, d'indépendance et de pluralisme de l'information²⁰²⁴. L'ineffectivité des obligations d'honnêteté et de transparence de l'information a des conséquences très importantes sur la vie démocratique de la Nation. Les chaînes privées appartiennent à des groupes financiers ayant des intérêts économiques, ce qui a des conséquences sur la façon dont est traitée l'information²⁰²⁵. Dans ce contexte, les médias financés par des fonds publics peuvent fournir des informations qui ne sont dépendantes ni d'intérêts publicitaires ni d'intérêts économiques privés. Lorsqu'ils ne le font pas, cela altère l'une des composantes importantes du bon fonctionnement démocratique du pays.

Conclusion Chapitre 2 :

773. L'analyse du contenu des programmes dans les trois États grâce à des techniques qualitatives a permis de compléter l'analyse quantitative qui a été menée dans le Chapitre 1. Cette analyse nous montre qu'en plus de ne pas respecter l'obligation de diversité et de pluralisme de genres et de thèmes des programmes, les chaînes publiques produisent des contenus dont certains ont pour effet de rendre ineffectives certaines obligations légales et

²⁰²³ E. MARTY, Op cit, p. 106

²⁰²⁴ Article 35 du cahier des charges.

²⁰²⁵ V. J. CAGE, *Sauver les médias*, Seuil, 2015 ;

réglementaires. Ces contenus, et les entorses aux obligations légales et réglementaires sont, du fait du caractère profondément culturel de la télévision, propres à chaque État. Dans les trois États, on observe toutefois une banalisation du discours des présentateurs et des journalistes, discours qui se fond désormais dans celui de la vie quotidienne et privée. Le discours ne vise pas, dans la majorité des cas, l'apprentissage, mais le divertissement ; il met souvent sur un piédestal l'individu et ses expériences factuelles ou émotives singulières au détriment de l'expérience collective et de la cohésion sociale. En Italie, l'une des principales ruptures que l'on observe vis-à-vis des obligations législatives et réglementaires concerne la diffusion de stéréotypes de genre, ainsi qu'une image du physique de la femme qui n'est pas ancrée dans la réalité. Au Royaume-Uni, on observe surtout une grande homogénéisation des thèmes des programmes, qui se focalisent sur des aspects liés à la consommation et à l'habitat.

774. En France, le problème principal concerne l'information, la façon dont elle est présentée ainsi que son contenu. De nombreux procédés sont utilisés pour banaliser l'information concernant la vie démocratique du pays : absence de hiérarchisation entre informations importantes et informations secondaires, prévalence des reportages de société, confusion du contrat d'énonciation journalistique. Plus grave encore, l'obligation législative d'impartialité et d'honnêteté dans la présentation de l'information est loin d'être effective. La rupture de ces obligations a des conséquences importantes : l'accès des citoyens à une information pluraliste étant l'une des conditions de la démocratie, le fait que les médias de service public rompent leur obligation d'honnêteté et d'impartialité a des conséquences directes sur la vie démocratique du pays.

Conclusion Titre 1 :

775. L'analyse, grâce à des méthodes et savoirs sociologiques, de la grille des programmes des chaînes publiques les plus regardées dans les trois États ne pouvait être exhaustive. Les exemples que nous avons choisis expriment, imparfaitement, un phénomène social global, celui de l'inaffectivité des dispositions législatives et réglementaires encadrant la mission de service public. Notre analyse a visé les « différents paliers, échelles et aspects de la réalité sociale », c'est-à-dire que nous avons analysé les programmes télévisés à différentes échelles.

776. Grâce à l'analyse globale de la grille des programmes, nous avons mis en exergue la grande homogénéité des genres et des thèmes des programmes et constaté l'ineffectivité relative des dispositions imposant aux chaînes publiques de transmettre des programmes diversifiés. Cette homogénéité est la plus grande au Royaume-Uni. Nous avons ensuite mis en exergue l'ineffectivité relative des dispositions du cahier des charges de France Télévisions. Cette analyse majoritairement quantitative nous a également permis de mettre en exergue les comportements des chaînes qui proclament qu'elles respectent les obligations législatives et réglementaires, tout en adoptant des comportements qui rendent ineffectives certaines de ces dispositions. Les chaînes publiques adoptent des comportements qui sont souvent très proches de ceux adoptés par les chaînes privées, tout en proclamant leur différence et leur spécificité, qui est difficilement vérifiable.

777. Cette homogénéité des programmes entre chaînes publiques et chaînes privées se retrouve également à un niveau micro, c'est-à-dire dans le contenu même des programmes, indépendamment de leur place dans la grille quotidienne. Grâce à la méthode de l'analyse des discours, nous avons mis en exergue que le contenu des programmes rompait souvent les obligations législatives et réglementaires. L'une des hypothèses qui peut être formulée est que les opérateurs comptent sur la dilution de ces contenus à l'intérieur de la grille prise globalement pour rendre la rupture de ces obligations inaperçues. S'il est possible de formuler des hypothèses sociologiques permettant d'expliquer l'ineffectivité relative des dispositions législatives et réglementaires (donc, du *sollen*), ce sont toutefois les explications juridiques qui nous intéressent, en tant que chercheur en droit. Deux types d'explications juridiques peuvent être dégagées : les explications institutionnelles (Titre 1) et les explications liées au régime de financement (Titre 2).

Titre 2 : Les explications institutionnelles de l'ineffectivité

778. Nous avons prouvé dans le Titre 1, grâce à des outils sociologiques, que les entreprises de service public audiovisuel rompaient certaines de leurs obligations de service public, ce qui pouvait affecter la bonne mise en oeuvre de leur mission, entendue globalement. Nous voudrions désormais mettre en avant les raisons juridiques qui expliquent que les chaînes puissent rompre ces obligations, sans être sanctionnées, et ce, de manière répétée.

Deux types de facteurs institutionnels peuvent être mis en avant, deux types d'encadrement a priori défailants : l'encadrement externe, celui des autorités de régulation le contrôle exercé par les autorités de régulation qui sont aujourd'hui garantes du respect de ces règles et qui sont les autorités compétentes pour sanctionner le non-respect par les entreprises de leurs obligations et l'encadrement interne, celui qui dans un État de droit permet de s'assurer que les décisions sont bien prises dans l'intérêt commun.

L'irruption des autorités de régulation est concomitante, dans les trois États, au processus de libéralisation. Elle a permis de séparer l'organe titulaire du pouvoir de sanction de l'organe qui prenait les décisions, et de rendre celui-ci responsable devant autre chose que le pouvoir politique. La notion de régulation présente toutefois une certaine indétermination. Sa finalité, dans un contexte de libéralisation, serait la satisfaction des besoins collectifs telle qu'elle ne pourrait être assurée par le simple jeu du marché, sans intervention de la puissance publique²⁰²⁶. Elle introduit également une nouvelle forme de normativité, car nombreuses des activités du régulateur sont pour la plupart des activités publiques non contraignantes, non impératives, de persuasion, recommandation, concertation, orientation, le pouvoir de sanction n'étant mis en oeuvre qu'en dernier recours.

779. Si le contrôle incomplet par les autorités de régulation permet en grande partie d'expliquer l'ineffectivité des normes encadrant la prestation de service public audiovisuel, il nous faudra également nous concentrer sur l'organisation interne du service public audiovisuel qui semble pouvoir expliquer la plus ou moins bonne qualité des programmes. C. Eisenmann a

²⁰²⁶ G. MARCOU in *Droit de la régulation, Service public et intégration régionale*, Tome 2, Editions l'Harmattan, Collections « Logique juridique », Paris, 2005, p 30

dégagé, de manière descriptive, une tendance de la doctrine majoritaire française à mettre au premier plan la question du rôle et de la place des organes dans la compréhension du droit administratif, tout en négligeant en même temps la question de l'organisation administrative²⁰²⁷. Le fait que la BBC ait connu un système stable, dont la gouvernance était conceptualisée, avec un Board of Governors représentant les intérêts des citoyens a sans conteste participé à son histoire glorieuse, et à la qualité des programmes proposés. Au contraire, l'instabilité permanente du système français a non seulement empêché le législateur de se concentrer sur la définition de la mission, mais surtout empêcher de conceptualiser le service public audiovisuel de manière globale, avec des procédures permettant d'assurer que l'organe représente effectivement les intérêts des citoyens. Les récentes réformes engagées en Italie et au Royaume-Uni sont représentatives des incertitudes qui entourent la façon dont doit être encadré le service public aujourd'hui. Nous traiterons donc dans un premier temps de l'ineffectivité de la régulation en droit(s) interne(s) (Chapitre 1), puis des attermolements autour de la gouvernance du service public audiovisuel (Chapitre 2).

²⁰²⁷ V. les développements sur les théories des auteurs que Eisenmann qualifie de la « doctrine dominante » dans la thèse de N. Chiffot : N. CHIFFLOT, Op cit, p. 21s

Chapitre 1 : L'ineffectivité de la régulation en droit(s) interne(s)

780. La Commission européenne rappelle, dans sa communication, et ce en conformité avec le protocole d'Amsterdam, que c'est à l'État membre, qu'il appartient de choisir le mécanisme garantissant un contrôle efficace de l'accomplissement des obligations de service public. Ce contrôle ne pourrait toutefois être considéré comme efficace « *que s'il était effectué par un organe effectivement indépendant du gestionnaire de l'organisme public de radiodiffusion, qui soit doté des compétences et des capacités et ressources nécessaires pour procéder à des contrôles réguliers et qui soit à l'origine de l'imposition de mesures correctives adéquates dans la mesure où cela serait nécessaire pour assurer le respect des obligations de service public* »²⁰²⁸. Le droit européen renvoie donc à la nécessité de mettre en place des institutions indépendantes du gestionnaire du service public audiovisuel, et donc de l'État. Il résulte toutefois des dispositions européennes une liberté relative des États membres pour la mise en place d'institutions chargées de ce contrôle. Une telle liberté découle de « *l'autonomie institutionnelle et [aux] obligations constitutionnelles des États membres ou [au] principe de neutralité en ce qui concerne le régime de la propriété dans les États membres, conformément à l'article 295 du traité* »²⁰²⁹. L'étude d'une telle exigence se heurte donc, en droit comparé à la grande diversité des institutions mises en place en droit interne, ainsi qu'à l'absence d'une conceptualisation juridique de ces autorités²⁰³⁰.

781. On peut toutefois, avec T. Perroud reconnaître la possibilité de créer une catégorie homogène à partir du critère organique, l'indépendance vis-à-vis de l'État et des opérateurs publics comme privés, leur fonction, celle du contrôle de la mise en oeuvre des obligations de

²⁰²⁸ Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, 2009, Op cit, §54 ; Cette exigence a été exprimée par le droit de l'Union dans différentes directives sectorielles : ainsi en est-il de la directive concernant les services postaux qui énonce que « *conformément au principe de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, les États membres devraient garantir l'indépendance de leurs autorités réglementaires nationales afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions* », Directive 2008/6/CE du 20 février 2008 modifiant la directive 96/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, JOUE, 27 février 2008, L 52, p. 3s, Point 47. Une formulation similaire se trouve au point 11 de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOUE, 24 avril 2002, L 108, p. 33.

²⁰²⁹ V. considérant n° 11 de la directive n° 2002/21/CE.

²⁰³⁰ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 70

service public, et leurs pouvoirs, l'imposition de mesures correctrices. Dans les trois États étudiés, cette fonction de contrôle, ainsi que la possibilité d'imposer des mesures correctrices sont désormais confiées à des autorités indépendantes, qui disposent d'un pouvoir de sanction, mais aussi d'un pouvoir réglementaire.

782. La mise en place de ces autorités pose toutefois des enjeux très importants. Premièrement, elle témoigne de l'introduction d'une nouvelle fonction attribuée à l'administration. Comme le souligne T. Perroud, « *Les systèmes juridiques des démocraties libérales reposaient traditionnellement sur une séparation nette entre les fonctions répressives, de règlement des litiges privés, et l'activité administrative* »²⁰³¹. L'Administration devait alors faire appel au juge répressif pour sanctionner la non-application de ses règlements. À cet égard, « *la fonction contentieuse des autorités de régulation dans le domaine des services publics apparaît donc bien comme une rupture dans les traditions juridiques de ces pays* »²⁰³². Deuxièmement, l'introduction de ces autorités s'accompagne d'une évolution du phénomène normatif : on assiste à l'introduction, dans les systèmes juridiques, parallèlement aux normes juridiques dont la juridicité repose sur la relation d'imputation d'une sanction à un comportement²⁰³³, d'énoncés, a priori juridiques, dont le respect ne repose pas sur un mécanisme de sanction, mais sur celui d'incitation à agir dans un sens donné.

783. Il nous faudra répondre à la question de savoir si ces autorités sont effectivement « *dotées des compétences et des capacités et ressources nécessaires pour procéder à des contrôles réguliers et qui soient à l'origine de l'imposition de mesures correctives adéquates dans la mesure où cela serait nécessaire pour assurer le respect des obligations de service public* », mais aussi si elles mettent effectivement en oeuvre ces pouvoirs. Pour cela, et parce que l'étude de droit comparé doit nous permettre d'approfondir notre connaissance des droits internes, nous identifierons les ressemblances et les différences des autorités chargées du contrôle de la mise en

²⁰³¹ T. PERROUD, Op cit, p. 12

²⁰³² Ibid.

²⁰³³ Pour H. KELSEN, « *les systèmes juridiques sont « essentiellement des ordres de contraintes, c'est-à-dire des ordres qui entendent privilégier un comportement humain déterminé et prescrire, dans le cas d'un comportement contraire, non conforme au droit, un acte de contrainte, c'est-à-dire une sanction* », in « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », Op cit.

oeuvre des obligations de service public dans les trois États. Dans un premier temps, nous nous intéresserons aux raisons et à la nature de l'indépendance de ces autorités (Section 1), dans un deuxième temps, à leur pouvoir de sanction (Section 2), et dans un troisième temps nous mettrons en avant la préférence de ces autorités pour le droit souple, qui ne permet pas toujours d'assurer l'effectivité des normes encadrant les missions de service public (Section 3).

Section 1 : La mise en place d'autorités indépendantes

784. Comme le souligne G. Eckert, il résulte des dispositions européennes une grande liberté des États dans la mise en oeuvre de cette exigence²⁰³⁴. Le législateur des trois pays a donc doté ces autorités d'une indépendance organique et fonctionnelle variable vis-à-vis des gouvernants, pour permettre à ces autorités de remplir la fonction de protection et de garantie qui leur était assignée. La création de ces autorités, dites indépendantes (Sous-section 1) soulève des questions en ce qui concerne les principes fondamentaux de démocratie politique (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Justification et critères de l'indépendance

Ces autorités remettent en cause le modèle administratif existant, car elles ne sont pas liées par le principe hiérarchique, bien qu'appartenant à l'administration (§1). Elles présentent des caractéristiques d'indépendance organique et fonctionnelle, mais ces caractéristiques sont variables en fonction des États (§2).

§1 La remise en cause du modèle administratif dominant

La création de ces autorités, appartenant à l'administration, mais non liées par le principe hiérarchique (B) répond à des besoins nouveaux à l'intérieur de l'administration ainsi qu'à des dynamiques économiques et politiques nouvelles (A).

²⁰³⁴ G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », RFAP, 2012(3), p. 629, spéc p. 632

A) Genèse de ces autorités indépendantes

785. La nécessité de mettre en place des autorités indépendantes apparaît au moment où l'on observe, dans les États développés, une crise de l'État-providence : ces autorités doivent permettre de dépolitiser les choix concernant les secteurs économiques (1). Elle répond également à la nécessité de rendre l'État impartial dans les secteurs où celui-ci agit comme opérateur et comme régulateur (2). Elles doivent enfin permettre de protéger les libertés fondamentales des citoyens et ce face à l'activité des opérateurs privés comme des opérateurs publics (3).

1) L'ambition de dépolitisation de secteurs clés de la vie économique

786. La mise en place des autorités indépendantes répond à une évolution des formes de l'action publique que l'on observe dans tous les pays européens à partir des années 80, et a fortiori dans les trois États étudiés²⁰³⁵. Cette évolution est consécutive à l'apparition de certains phénomènes qui doivent être explicités ici. On assiste dans tous les pays à une crise des formes traditionnelles de l'intervention publique²⁰³⁶, crise qui apparaît d'abord dans la gestion des

²⁰³⁵ Parmi la littérature abondante sur le sujet, V. en italien : A. DE LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Il Mulino, 2000 ; S. CASSESE. « L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato », RTDP, 2001, p. 601 ; A LA SPINA, S. CAVOTORTO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, 2008 ; En anglais : M. LOUGHLIN, C. SCOTT, « The Regulatory State » In P. DUNLEAVY, A. GAMBLE, I. HOLIDAY, G. PEELE(ed) *Developments in British Politics* 5, Palgrave, 1997, p. 205 ; T. PROSSER, *Law and the regulators*, OUP, 1997 ; O. DAWN, T. PROSSER, R. RAWLINGS, *The regulatory State*, Hardback, 2010 ; G. MAJONE, « From the positive to the regulatory State : Causes and conséquences of changes in mode of gouvernante », *Journal of Public Policy*, 17(2), 1997, p 139 ; G. MAJONE, *The development of social regulation in the European Community : Policy externalities*, Transaction Costs, Motivational Factors, EUI Working paper, SPS, n° 95/2, 1995, R. BALDWIN, C. SCOTT, C. HOOD (ed), *A Reader on regulation*, OUP, 1998 ; A. OGUS (ed), *Regulation, Economics and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2001. En français : J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, 3^e ed, 2008 ; P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », RDP, 1982 p. 275 ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *La semaine juridique Ed générale*, n° 30, 6 août 1986, I 3254 ; C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », in in C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT(ed), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, p. 26 ; G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », RFAP, n° 78, 1996, p. 375 ; G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, PUF, 1997

²⁰³⁶ R. BALDWIN, C. SCOTT, C. HOOD (ed), *A Reader on regulation*, Oxford University Press, 1998 ; A. OGUS, *Regulation : Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, 2004 ; G. TEUBNER, « After Legal Instrumentalism ? Strategic Models of Post-Regulatory Law », *International Journal of the Sociology of Law*, 1984(12), p. 792

services publics et que l'on qualifie plus généralement de « crise de l'État-providence »²⁰³⁷. Le développement et la multiplication des services publics, liés, comme l'avait prédit Duguit, au développement économique avait mené, durant toute la seconde moitié du XXe siècle à l'accroissement considérable de l'intervention de l'État dans l'économie, notamment sous la forme de la propriété publique. Cette forme d'intervention est remise en cause à partir des années 80, sous la pression de facteurs technologiques, économiques, idéologiques²⁰³⁸.

787. Le développement de la prestation directe par l'État de services publics a complexifié considérablement l'appareil étatique réputé monolithique²⁰³⁹ ; l'État se serait par ailleurs alourdi avec la prise en charge de services qu'il n'était pas à même de mettre en oeuvre dans le respect du principe d'efficacité et est accusé de gaspillage dans la gestion de ces activités. Le modèle bureaucratique typique décrit par Weber²⁰⁴⁰ est donc critiqué pour son manque d'efficacité et d'adaptabilité²⁰⁴¹ face à la complexification de la vie sociale²⁰⁴². En conséquence, on peut noter

²⁰³⁷ V. notamment P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat-providence*, Seuil, 1981. Il est nécessaire de noter que l'Etat-providence, fortement lié à l'idée d'Etat social, et de démocratie économique, faisait prévaloir l'exigence de soumettre les décisions de nature économique, déterminantes pour le développement de l'Etat, à l'intérêt général tel qu'il était formulé par les organes représentatifs. V. F. GALGANO, « La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali », in F. GALGANO (ed), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, p. 518

²⁰³⁸ C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », Op cit, p 28 ; N. MONFREDA, « Le autorità amministrative indipendenti, caratteristiche generali e natura giuridica », in [diritto.it](https://www.diritto.it/n-monfreda-le-autorita-amministrative-indipendenti-caratteristiche-generalie-natura-giuridica/) à cette adresse : <https://www.diritto.it/n-monfreda-le-autorita-amministrative-indipendenti-caratteristiche-generalie-natura-giuridica/>, 2005 ; Sur les raisons du développement des QUANGO's au Royaume-Uni, V. V. FLINDERS et M.J. SMITH, *Quangos, Accountability and Reform*, Basingstoke, 1999, ch. 3. Sur l'évolution des « quangos » et de l'administration publique, voir R.A.W. RHODES (ed), *Transforming British Government*, 2000.

²⁰³⁹ V. par exemple S. CASSESE, « Poteri indipendenti, Stati, relazione ultrastatali », in Foro it, Gennaio 1966 qui évoque la crise du principe d'unité de l'Etat et la « fragmentation » des pouvoirs publics. G. TIMSIT qualifie toutefois de « mythe de l'unité » l'idée d'un appareil exécutif monolithique qui n'aurait selon lui jamais réellement existé. V. G. TIMSIT, *Les nouveaux modèles d'administration*, EDCE, 1978-1979 ; V. dans le même sens J-B. AUBY, « Remarques terminales », RFDA, 2010, p. 931. B. DELCROS, dans sa thèse sur *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, LGDJ, 1976 remarque également que la vision commune de l'unité de l'Etat ne nous permet pas, au moins en France, de conceptualiser les « formes d'individualisation juridique au sein de l'Etat ».

²⁰⁴⁰ M. WEBER, *Économie et société, Tome 1 : Les catégories de la sociologie*, 1^{re} édition, en allemand, 1921

²⁰⁴¹ V. notamment les travaux de M. CROZIER, *Le phénomène bureaucratique*, Seuil, 1963 ; *La société bloquée*, Seuil, 1971

²⁰⁴² M. Manetti met en avant deux grandes critiques récurrentes à cet égard : les distorsions au pluralisme causées par un Etat néo-corporatiste, qui met en lumière l'irréalisme des pouvoirs publics dans le processus de négociation commerciales ; et les critiques sur l'inefficacité et le gaspillage des ressources causées par la trop grande ingérence des partis et de la bureaucratie dans l'économie. V. M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, 1994, p. 7s

la bataille de la doctrine pour faire prévaloir, à partir des années 70, des critères d'efficacité proches de ceux appliqués aux entreprises privées²⁰⁴³. Ces critères servent non seulement à assurer une meilleure utilisation des deniers publics, mais surtout à assurer une certaine « neutralité » alors que les objectifs liés à l'intérêt général sont considérés comme « politiques » et donc moins pertinents ou légitimes²⁰⁴⁴. La politisation des institutions administratives traditionnelles faisait en effet l'objet de critiques : l'intervention de l'État dans la vie sociale ne saurait dégénérer en « mainmise partisane »²⁰⁴⁵. L'État ne souhaite plus apparaître comme trop interventionniste ou dirigiste pour éviter cette politisation.

788. Les autorités indépendantes sont des organes qui sont caractérisés par la présence d'experts, et qui trouvent leur raison d'être dans l'application de critères techniques et non politiques²⁰⁴⁶. Ainsi, écrit J. Bell, pour expliquer la multiplication des Quangos au Royaume-Uni, « *on a essayé ainsi de mettre le service public à l'abri des interventions conjoncturelles des hommes politiques et d'offrir aux investisseurs plus de sécurité sur le fait que les décisions prises par la société exploitante seront essentiellement dictées par un motif économique* »²⁰⁴⁷. Les autorités, qualifiées d'indépendantes, permettent de créer une interface, un filtre, entre le pouvoir politique et les activités gérées par lui²⁰⁴⁸.

²⁰⁴³ V. OTTAVIANO, « Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata », RTDP, 1962, p. 267 ; M. MANETTI, Op cit, p. 21 : « *A cet égard, il nous faut surtout nous rappeler des vicissitudes des entreprises publiques. Nées pour réaliser une activité économique au service de la collectivité, elles finissent par être réduites à des critères techniques d'efficacité à tous points analogues à ceux des entreprises privées. La doctrine engage en fait une véritable bataille pour faire prévaloir la neutralité de tels critères sur la politisation des objectifs, lesquels sont en conséquence rétrogradés à des motifs non pertinents, comme le sont les motivations personnelles et les finalités de l'entrepreneur privé par rapport au but typique qu'est le profit* ». Traduction libre de : « *Al riguardo, sono inanzitutto da ricordare le vicende delle imprese pubbliche. Nate per realizzare un'attività economica al servizio della collettività, finiscono con l'essere ricondotte a criteri tecnici di efficienza del tutto analoghi a quelli delle imprese private. La dottrina ingaggia anzi una vera battaglia per fare prevalere la neutralità di tali criteri sulla politicità degli obiettivi, i quali vengono in definitiva retrocessi a motivi irrilevanti, così come lo sono le personali motivazioni e finalità del privato imprenditore rispetto allo scopo tipico del profitto* ».

²⁰⁴⁴ M. MANETTI, Op cit, p. 21s

²⁰⁴⁵ J. CHEVALLIER, Op cit, p. 7

C. TEITGEN-COLLY, Op cit, p. 32

²⁰⁴⁶ M. MANETTI, Op cit, p. 21

²⁰⁴⁷ J. BELL, « L'expérience britannique en matière d'autorités administratives indépendantes », EDCE, n° 52, La documentation française, 2011, p. 401

²⁰⁴⁸ C. TEITGEN-COLLY, Op cit, p. 32 ; V. CAIANIELLO, « Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile », Rassegna giuridica dell'energia elettrica, 1997, p. 35

789. Comme le notent les théoriciens de la régulation, notamment anglo-saxons, la mise en place des autorités administratives indépendantes peut donc être analysée comme une opération de façade de la part du pouvoir politique, qui souhaite effacer sa présence qui peut paraître encombrante aux yeux des citoyens et fuir les responsabilités qui lui incombent²⁰⁴⁹. Cette thèse est d'ailleurs reprise par les auteurs français et appliquée au contexte particulier de la cinquième République : « *il y a certainement un lien, note C. Teitgen-Colly, entre foisonnement des autorités administratives indépendantes sous la Vème république et la montée de l'exécutif, ces autorités constituant pour le pouvoir politique dont la trop grande puissance pouvait être mal tolérée, un moyen astucieux de délestage sans pour autant qu'il y ait pour celui-ci une véritable perte de maîtrise du secteur régulé* »²⁰⁵⁰. De même en Italie, A. Predieri soutient que « *les autorités administratives indépendantes sont l'effet d'une crise de la représentation, aggravée par la crise du système italien des Partis politiques*²⁰⁵¹ *qui pousse à l'exigence d'une réponse technique et indépendante, qui ne soit pas politique, aux questions de la société* »²⁰⁵². À cet égard, comme le note M. Manetti, on assiste à un retournement profond du paradigme prégnant depuis la Seconde Guerre mondiale, selon lequel les décisions de nature économique doivent être soumises à l'intérêt général tel qu'il a été formulé par les représentants du peuple²⁰⁵³.

790. Mais la création de ces autorités répond également à des motifs idéologiques et économiques : réduire la taille du secteur public²⁰⁵⁴ et améliorer l'efficacité de celui-ci, des thèmes qui sont portés par l'émergence du *new public management*²⁰⁵⁵. Cette interface est enfin rendue nécessaire par le mouvement de libéralisation qui concrétise en quelque sorte cette méfiance à l'égard de la capacité de l'État de mettre en oeuvre de manière efficace les services

²⁰⁴⁹ R. BALDWIN, *Regulation and public law (law in context)*, Weidenfeld & Nicolson, 1987

²⁰⁵⁰ C. TEITGEN-COLLY, Op cit, p. 33

²⁰⁵¹ Après l'opération « mani pulite » de 1993.

²⁰⁵² A. PREDIERI, *L'eromper delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli editore, 1997, p. 40

²⁰⁵³ M. MANETTI, Op cit, p. 30s

²⁰⁵⁴ J. BELL, Op cit, p. 404 ; M. GRAHAM, T. PROSSER, *Waiving the rules : the Constitution under Thatcherism*, Philadelphia, 1988

²⁰⁵⁵ V. notamment P. BEZES, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 2009 ; M.O. BARUCH, P. BEZÈS, « Généalogies de la réforme de l'État. Introduction au numéro spécial », RFAP, n°120, 2006, p. 625

au public. Elle doit permettre d'assurer l'impartialité de l'État en séparant les fonctions politiques et opérationnelles²⁰⁵⁶ (2).

2) La nécessité d'indépendance dans les secteurs où l'État agit comme opérateur et comme régulateur

791. L'indépendance des autorités de régulation est rendue nécessaire, au moment de la libéralisation de la majorité des secteurs, par l'existence d'un secteur dual où l'État agit aussi comme opérateur en concurrence avec d'autres opérateurs sur un marché. Il est donc nécessaire que celui-ci ne soit pas juge et partie, d'où la mise à distance des activités de régulation des secteurs libéralisés²⁰⁵⁷. Cette idée est par exemple mise en avant au Royaume-Uni dès la fin des années 60, au moment de la création de Civil Aviation Authority²⁰⁵⁸. La Commission Edwards, chargée de faire des recommandations sur l'avenir du transport aérien, privilégia l'idée d'une autorité qui échappait à l'autorité du ministre, car les compagnies indépendantes auraient pu craindre de n'être pas traitées de manière impartiale vis-à-vis du secteur public du transport aérien²⁰⁵⁹. Le livre blanc du gouvernement²⁰⁶⁰ reprit à son compte les propositions du rapport Edwards, convaincu par l'idée que la dualité des opérateurs publics et privés doit pousser le législateur à confier les compétences de réglementation du secteur à une autorité indépendante, car une telle autorité « *pourra parler avec autorité à et au nom de l'industrie* »²⁰⁶¹. À la suite de cette décision politique de création d'une autorité indépendante dans le secteur aérien, les années 80 verront se systématiser l'idée d'une séparation de principe entre les fonctions d'exécution, de

²⁰⁵⁶ T. PERROUD, « L'indépendance des autorités de régulation au Royaume-Uni », RFAP, 2012(3), p. 735

²⁰⁵⁷ Argument soulevé par exemple par G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *Revue française d'administration publique* 2012/3, p. 629 et V. Également la thèse de H. DELZANGUES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielle*, Thèse Bordeaux III, 2008

²⁰⁵⁸ Sur cet épisode, V. T. PERROUD, Op cit, p. 738s

²⁰⁵⁹ Report of the Committee of Inquiry into Civil Air Transport, Chairman: Professor Sir Ronald Edwards, British Air Transport in the Seventies, Session: 1968-69, Cmnd 4018, Chap 19, §1002

²⁰⁶⁰ Board of Trade, Civil aviation policy, 1969-70, Cmnd 4213

²⁰⁶¹ Board of Trade, Civil aviation policy, p. 29-30, §89

réglementation, et les fonctions politiques de contrôle et d'évaluation²⁰⁶².

792. Ce principe s'est donc, au Royaume-Uni, imposé naturellement avant qu'il ne soit mis en exergue par le droit de l'Union européenne, notamment dans la jurisprudence de la Cour de Justice. Dans une importante décision dite *British Telecom* de 1985²⁰⁶³, la Cour condamne le cumul, par l'entreprise British Telecom, de ses fonctions d'opérateur sur le marché et de réglementation des tarifs du secteur des télécommunications²⁰⁶⁴. Cette nécessité de séparer les fonctions d'opérateur sur le marché et de réglementation a ensuite été reprise par la directive du 16 mai 1988 relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications²⁰⁶⁵ qui dispose dans son article 6 que les réglementations et agréments doivent être adoptés par « une entité indépendante des entreprises publiques ou privées offrant des biens et/ou des services dans le domaine des télécommunications », et la Cour a avalisé cette exigence au nom de l'égalité des chances entre les différents opérateurs intervenant sur un marché²⁰⁶⁶.

793. On assiste donc à un changement de paradigme dans la vision des relations entre l'administration et le citoyen²⁰⁶⁷. Weber établissait une *summa divisio* entre le pouvoir rationnel de type bureaucratique des personnes publiques, et l'agir économique rationnel des personnes privées²⁰⁶⁸. Les premières bénéficiaient d'un pouvoir de commande pour mettre en oeuvre leurs missions, tandis que les deuxièmes pouvaient leur opposer leurs droits fondamentaux. Cette vision de l'administration était une vision duale, dans laquelle le conflit opposait de manière

²⁰⁶² G. MARCOU, « Agences : les équivoques de la réforme de la gestion publique à la lumière des expériences françaises et étrangères », RFFP, 2009, p. 149 ; D. FAIRGRIEVE, « Pragmatism or Principle? The Use of Agencies in Public Service Provision in the United Kingdom », in R. CARANTA, M. ANDEANS, D. FAIRGRIEVE (ed), *Independent Administrative Authorities*, B.I.I.C.L., 2004, p. 193

²⁰⁶³ CJCE, 20 mars 1985, *République Italienne c/ Commission*, dite « British Telecom », aff. 41/83, Rec, p. 873

²⁰⁶⁴ Sur le rôle de la Cour dans la mise en place de ces autorités de régulation indépendantes V. la thèse de H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergies et postes*, Thèse Bordeaux IV, 2008 ; H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », RJEP, 2011, n° 692, p. 4 ; H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », AJDA, 2014, p. 1021 ;

²⁰⁶⁵ Directive 88/301/CEE, JOCE, L 131 p. 73

²⁰⁶⁶ CJCE, 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, aff. C-202/88, Rec, p. I-1223

²⁰⁶⁷ S. CASSESE, « L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato », RTDP, 2001, p. 601 ; V. aussi J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Op cit.

²⁰⁶⁸ M. WEBER, Op cit.

systematique l'administration à ses administrés²⁰⁶⁹. Giannini fut l'un des premiers à souligner qu'il pouvait exister un conflit qui ne soit pas celui de l'administration vis-à-vis des personnes privées, mais qui inclut une relation triangulaire entre l'administration et plusieurs personnes privées entre qui celle-ci devait trancher²⁰⁷⁰. Cette idée d'une relation triangulaire est reprise par les auteurs à partir des années 90, relation triangulaire qui peut notamment impliquer l'autorité de régulation, les personnes en charge du service et les utilisateurs²⁰⁷¹. Si ces autorités doivent permettre d'assurer l'impartialité de l'État vis-à-vis des opérateurs sur le marché, elles permettent aussi d'assurer son impartialité vis-à-vis des citoyens, et ce pour la protection de leurs libertés fondamentales (3).

3) La protection des libertés fondamentales des citoyens

794. Cet écran entre le pouvoir politique et les activités mises en commun est enfin plus que nécessaire lorsque c'est ce pouvoir qui est susceptible de porter atteinte aux libertés publiques en jeu dans le secteur d'activité²⁰⁷². Le développement des autorités administratives indépendantes découle de la prise de conscience que les citoyens « *ont tout autant besoin d'être protégés contre l'arbitraire politique que contre la pression des intérêts économiques* »²⁰⁷³. Il s'agit donc d'abord de domaines sensibles qui doivent être particulièrement protégés des groupes d'intérêt et de l'emprise du pouvoir politique²⁰⁷⁴. L'audiovisuel est évidemment le secteur le plus caractéristique, et il n'est pas surprenant qu'en France, la Haute autorité de la Communication audiovisuelle soit l'une des premières autorités administratives indépendantes créées par le législateur²⁰⁷⁵. La haute autorité doit permettre d'assurer l'émancipation politique de

²⁰⁶⁹ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930, p. 83 ; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 71

²⁰⁷⁰ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, 1939

²⁰⁷¹ V. M. FREEDLAND, « Labour Law, Public Services and Citizenship - New Domains, New Regimes? », M. FREEDLAND(ed), *Public Services and Citizenship in European Law*, Op cit, p. 10s ; D. ARCHIBUGGI et al, « Relazioni triangolari nell'economia dei servizi pubblici », *Economia pubblica*, 2000(5).

²⁰⁷² Ibid.

²⁰⁷³ J. CHEVALLIER, Op cit, p. 7

²⁰⁷⁴ Ibid.

²⁰⁷⁵ Après la CNIL. En ce sens, V. C. TEITGEN-COLLY, Op cit, p. 30

l'audiovisuel, et de soustraire le secteur aux pressions de toutes sortes²⁰⁷⁶ : ainsi l'exposé des motifs du projet de loi sur la liberté de communication dispose-t-il que « *pour garantir l'exercice de la liberté de communication* », la Haute autorité doit être « *une institution indépendante et puissante, apte à la fois à définir les règles du jeu admises par tous et veiller à leur application* »²⁰⁷⁷. En Italie, l'attribution à partir de 1981 au garant de l'édition de la compétence de vérifier l'application correcte de la loi répond à l'exigence d'assurer « la pleine transparence du secteur de l'information »²⁰⁷⁸, et en l'espèce, de la presse écrite, en mettant à distance le pouvoir politique. La création de ces autorités répond à la « *reconnaissance solennelle que le pouvoir politique élu ne pouvait être considéré comme le gérant impartial de l'intérêt général dans le domaine hautement sensible de l'information et de la communication, le pouvoir politique renonçant ainsi volontairement à une de ses prérogatives antérieures pour reconquérir une légitimité ébranlée* »²⁰⁷⁹.

795. On assiste donc à une dépolitisation, mais sûrement pas à une désétatisation²⁰⁸⁰ : l'absence d'intervention directe de l'Etat (qui doit d'ailleurs être grandement nuancée) a pour conséquence une dissociation entre l'Etat pouvoir politique et l'Etat personne morale²⁰⁸¹, mais l'Etat garde toutes ses responsabilités vis-à-vis du secteur concerné. Le rapport Moinot sur l'audiovisuel soulignait d'ailleurs qu'il était nécessaire d'établir la différence entre responsabilité de l'Etat et tutelle du pouvoir exécutif²⁰⁸². Ce nouveau paradigme pose toutefois problème, puisque ces autorités ne peuvent pas être soumises au principe hiérarchique du fait de leur indépendance, mais elles restent attachées à l'administration (B).

²⁰⁷⁶ Ibid.

²⁰⁷⁷ Exposé des motifs, projet de loi sur la liberté de communication, Rapport Sénat n° 402

²⁰⁷⁸ C. FRANCHINI, « Le autorità amministrative indipendenti », RTDP, 1988, p. 559

²⁰⁷⁹ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, p. 130

²⁰⁸⁰ M. MANETTI, Op cit, p. 95s

²⁰⁸¹ Cette dissociation est relevée par tous les auteurs. V. par exemple C. TEITGEN-COLLY, Op cit, p. 32 et J. CHEVALLIER, Op cit, p. 8

²⁰⁸² Rapport Moinot, « Pour une réforme de l'audiovisuel », 1981 p. 14

B) Des autorités formellement rattachées à l'administration, mais non liées par le principe hiérarchique

En France et en Italie, une nouvelle catégorie juridique a dû être créée pour insérer ces autorités aux caractéristiques particulières dans le système administratif (1) alors qu'au Royaume-Uni, les catégories juridiques déjà existantes permettaient d'assurer l'indépendance de ces autorités (2).

1) En France et en Italie, la création d'une nouvelle catégorie juridique : Les autorités administratives indépendantes

Ces autorités nouvelles sont caractérisées en premier lieu, en France et en Italie²⁰⁸³, par leur indépendance organique, c'est-à-dire qu'elles ne s'inscrivent pas dans l'ensemble articulé et cohérent qui caractérisait l'administration jusqu'alors²⁰⁸⁴. Il est nécessaire de comprendre dans quelle mesure elle représente une nouveauté (a) et de s'interroger ensuite sur leurs qualifications institutionnelles (b).

a) La création d'une nouvelle catégorie juridique apparue nécessaire

796. Ces autorités échappent, en France et en Italie au lien de hiérarchie, qui prend la forme de rapports de subordination directe et à celui de tutelle, qui soumet les organes personnalisés au contrôle de l'État²⁰⁸⁵. En France, la création d'une nouvelle catégorie juridique, d'autorités dites indépendantes, est nécessaire pour la protection des libertés des citoyens vis-à-vis de l'État, puisqu'en vertu de l'article 20 de la Constitution, l'administration est normalement subordonnée au gouvernement en place.

²⁰⁸³ V. F. MARTUCCI, Op cit, p. 724 qui fait un rapprochement entre le modèle français et italien des Autorités administratives indépendantes.

²⁰⁸⁴ J. CHEVALLIER, Op cit, p. 1 ; J-B. AUBY, « Remarques terminales », Op cit, p. 931

²⁰⁸⁵ Ibid, C. TEITGEN-COLLY, Op cit, p. 30 ; M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, « Le autorità indipendenti : un catalogo delle questioni aperte », Interventi al Convento di Nexus, Il sistema delle Autorità indipendenti : problemi e prospettive, 2006, publié en ligne : http://eprints.luiss.it/128/1/Clarich_2006_01_OPEN.pdf, p 1

797. En Italie²⁰⁸⁶, la situation est différente : la doctrine s'est un temps interrogée sur les raisons qui ont poussé le législateur à confier à des autorités dites indépendantes des fonctions administratives qui auraient pu être confiées à l'administration elle-même²⁰⁸⁷. La majorité de la doctrine distinguait en effet typiquement, avec M. Nigro, trois conceptions de l'administration qui découle de la Constitution²⁰⁸⁸ : alors que l'article 95 vise l'administration « au service du gouvernement », les articles 97 et 98 de la Constitution prévoient que l'ordre administratif s'inspire du principe de la séparation de l'administration et de la politique, tandis que l'article 5 de la Constitution vise l'administration autonome. L'article 97 dispose notamment que l'administration doit être impartiale²⁰⁸⁹, c'est-à-dire qu'elle doit traiter de manière égale les différents intérêts en jeu²⁰⁹⁰, ce qui aurait dû, selon certains auteurs, suffire pour attribuer des fonctions sensibles à celles-ci. L'ordre administratif italien s'inspirerait ainsi du principe de séparation entre l'administration et la politique²⁰⁹¹ : même appartenant formellement au pouvoir exécutif, l'administration devrait être organisée selon des formes qui permettent d'assurer un degré d'impartialité important²⁰⁹².

798. Pourtant, comme le souligne M. Manetti, même si la Constitution attribue un statut d'impartialité et d'indépendance à l'administration vis-à-vis du politique, celle-ci est dépendante de fait, dans l'exercice de ses fonctions, des décisions prises par le pouvoir politique, qu'elle doit appliquer²⁰⁹³. Contrairement à ce que laissait entendre M. Nigro, il ne fait pas non plus de doute

²⁰⁸⁶ Pour un bref résumé sur le sujet, V. F. MARTUCCI, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », RFAP, 2012/3, p. 723 ; Pour la littérature en italien, V. en particulier L. PAGANETTO (ed), *Authorities. Imparzialità e indipendenza*, Donzelli, 2007 ; F. GRASSINI (ed), *L'indipendenza delle autorità*, Il Mulino, 2001.

²⁰⁸⁷ V. CAIANIELLO, « Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti », *Il diritto dell'economia*, 1998, p. 258

²⁰⁸⁸ M. NIGRO « La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale », *Rivista trimestriale di procedura civile*, 1985, p. 162

²⁰⁸⁹ Article 97 : « I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. »

²⁰⁹⁰ V. CAIANIELLO, Op cit.

²⁰⁹¹ A-M. SANDULLI, « Governo e amministrazione », RTDP, 1966, p. 737 ; S. CASSESE, « Poteri indipendenti, Stati, relazione ultrastatali, » in *Foro it*, Gennaio 1966 ; Et plus récemment, V. CAIANIELLO, « Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile », Op cit.

²⁰⁹² V. CAIANIELLO, « Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti », Op cit.

²⁰⁹³ M. MANETTI, Op cit, p. 110, 117 et p. 140s ; V. aussi A.M. SANDULLI, « Governo e amministrazione », Op cit, p. 737

que l'administration impartiale à laquelle se réfère l'article 97 coïncide, au moins en partie, avec l'administration sujette à l'autorité du ministre, et pour laquelle celui-ci est politiquement responsable²⁰⁹⁴. Le principe de responsabilité ministérielle, qui remonte à loi Cavour de 1853, est un principe fondamental pour l'organisation de l'administration, et elle implique que chaque unité de l'administration dépende d'un ministre qui puisse répondre de ses actes devant le Parlement²⁰⁹⁵. Il était donc nécessaire, comme en France de créer des structures qui échappent à ce principe de responsabilité ministérielle pour assurer leur indépendance et leur prise de décision indépendante de toute décision ministérielle²⁰⁹⁶.

799. La constitutionnalisation de ces autorités, et donc de leur indépendance, a même été débattue par la doctrine²⁰⁹⁷ et devant le Parlement²⁰⁹⁸. Les révisions constitutionnelles, qui visaient un domaine bien plus large que les seules autorités indépendantes, ne furent jamais adoptées. La doctrine considéra toutefois qu'il était possible de « *rattacher l'indépendance des autorités indépendantes aux dispositions constitutionnelles à la garantie desquelles ces autorités contribuent* »²⁰⁹⁹, c'est-à-dire que la garantie de la liberté protégée par la Constitution dépendait de l'effectivité de l'indépendance de l'autorité, ce que la Cour constitutionnelle a reconnu implicitement²¹⁰⁰. L'indépendance de l'autorité est donc protégée par la liberté fondamentale qu'elle est censée garantir. Déjà, en 1995, la Cour avait reconnu que l'indépendance de l'autorité

²⁰⁹⁴ En ce sens, M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, « Le autorità indipendenti : un catalogo delle questioni aperte », Interventi al Convento di Nexus, Il sistema delle Autorità indipendenti : problemi e prospettive, 2006, publié en ligne : http://eprints.luiss.it/128/1/Clarich_2006_01_OPEN.pdf, p. 7

²⁰⁹⁵ Ibid, p. 7

²⁰⁹⁶ Contra V. CANAIELLO, Op cit, p. 353 « *La neutralité se réfère à l'indifférence de l'organe qui agit par rapport aux intérêts en jeu, tandis que l'impartialité fait référence à l'exigence de se comporter vis-à-vis de tous les sujets destinataires de l'action de l'administration sans discriminations arbitraires. Les exigences d'impartialité et de technicité apparaissent donc inaptés à justifier en soi la création des autorités indépendantes, parce que l'administration au sens traditionnel pourrait satisfaire à ces exigences, si ces deux attributs étaient renforcés à l'intérieur de celle-ci* ».

²⁰⁹⁷ En faveur d'une constitutionnalisation, A. PIZZORUSSO, *La costituzione. I valori, le regole da cambiare*, Einaudi, 1996, p. 148 ; contra, V. G. d'AMATO, « Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia », Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1997, p. 645

²⁰⁹⁸ La constitutionnalisation des autorités de régulation a été proposée à deux reprises, en 1997 et en 2005, mais les projets de loi n'ont jamais été adoptés. V. F. MARTUCCI, Op cit, p. 726

²⁰⁹⁹ F. MARTUCCI, Op cit, p. 726 ; Pour plus de détails sur les relations entre les autorités indépendantes et les libertés constitutionnellement garanties V. M. CUNIBERTI, « Autorità indipendenti e libertà costituzionali », Amministrare, 2000(1-2), p. 89

²¹⁰⁰ Corte Cost, 10 febbraio 2010, 52/2010, §10.3

de surveillance des travaux publics devait être configurée en fonction de la mission que celle-ci devait exercer²¹⁰¹. L'insertion de ces autorités dans le système institutionnel caractérisé par une répartition entre trois pouvoirs distincts posait alors question (b).

b) Quelles qualifications institutionnelles pour ces autorités indépendantes ?

800. La doctrine s'est interrogée sur les caractéristiques institutionnelles de ces autorités : puisqu'elles ne s'inscrivaient pas dans le cadre des liens traditionnellement existants entre les différents organes de l'Etat (tutelle, pouvoir hiérarchique, contrôle administratif), permettant de garantir le maintien du caractère unitaire de l'État²¹⁰², elles sont hors de la hiérarchie administrative²¹⁰³ et se pose alors la question de leur nature institutionnelle. Il était indéniable que ces autorités appartenaient à l'État : alimentées par les seuls fonds publics²¹⁰⁴, régies par le droit public, elles sont pour la plupart dépourvues de la personne morale, car elles agissent au nom de l'État, qui est responsable, juridiquement, de leurs agissements. L'indépendance des autorités pose sans conteste des débats à l'égard de sa compatibilité avec sa constitution. Selon G. Braibant, les termes d'autorité administrative indépendante seraient contradictoires, car « *une autorité ne peut à la fois être considérée comme administrative et bénéficier d'un statut d'indépendance qui est traditionnellement réservé à l'autorité judiciaire* »²¹⁰⁵. Cette indépendance poserait des problèmes à l'égard de l'article 20 de la Constitution qui dispose que « le gouvernement dispose de l'Administration », et qui repose sur le principe de responsabilité gouvernementale²¹⁰⁶.

²¹⁰¹ C.cost, 23/10/1995, Sentenza N. 482, pt. 9 (*Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*).

²¹⁰² V. J. CHEVALLIER, Op cit, p. 4

²¹⁰³ C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », Op cit, p. 46

²¹⁰⁴ Elles sont inscrites au budget de l'Etat et bénéficient d'une dotation annuelle.

²¹⁰⁵ G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », *Service public et libertés : Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Ed Emile Paul, 1981, p. 703. Intervention in C-A. COLLIARD, G. TIMSIT, *Les Autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988, p. 290

²¹⁰⁶ J-L. AUTIN, JCl. Adm, fasc 75 « Autorités administratives indépendantes », 2010, n° 23 ; V. aussi C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la constitution », RDP 1990, p. 228

801. Leur nature administrative se déduit, elle, d'un syllogisme²¹⁰⁷, qui permet d'exclure l'appartenance des AAI au pouvoir législatif, en raison de leur indépendance fonctionnelle et organique vis-à-vis du Parlement, mais également leur appartenance au pouvoir judiciaire en raison de l'absence d'autorité de chose jugée de leurs décisions²¹⁰⁸. Si ces autorités n'appartiennent ni au pouvoir législatif ni au pouvoir judiciaire, elles ne peuvent relever que du pouvoir exécutif²¹⁰⁹. C'est en réalité sans doute par pragmatisme que le juge administratif français a rattaché explicitement ces autorités administratives à l'administration, pour assurer la soumission de celles-ci au contrôle du tribunal administratif. La soumission de l'administration au droit est en effet une « garantie essentielle du droit public français »²¹¹⁰ et il aurait été difficile d'envisager que les citoyens soient dépourvus de la possibilité de tout recours contre les actes de ces autorités. Le juge administratif reconnaît dès lors, le caractère administratif des diverses autorités qualifiées d'indépendantes et sa compétence de principe pour statuer sur leurs actes²¹¹¹. Selon J. Chevallier, la reconnaissance de ce polycentrisme s'inscrit dans un mouvement de fond qui affecte l'ensemble de l'administration française, et qui se manifeste également à travers la

²¹⁰⁷ C. TEITGEN-COLLY, Op cit, p. 50 ; V. aussi J. CHEVALLIER, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », SGEJ, 1986, n° 30, I, p. 3254, spéc p. 3259 : « *Le caractère administratif des autorités administratives indépendantes se déduit par voie d'éliminations successives. Ces autorités ne peuvent entrer que dans la catégorie résiduelle des autorités administratives. Néanmoins au sein de cette catégorie, elles disposent d'un statut spécifique dans la mesure où échappant à la subordination hiérarchique, elles se situent hors tout appareil : il s'agit d'autorités administratives isolées, trouvant en elles-mêmes leur propre fondement* ».

²¹⁰⁸ C. TEITGEN-COLLY, Ibid.

²¹⁰⁹ Le commissaire du Gouvernement France note dans ses conclusions sous l'arrêt CE Ass, 10 juillet 1981, *Sieur Retail*, note que : « *Ce n'est pas céder nécessairement à un cartésianisme coupable que de tenter de rattacher cette institution à l'un des trois pouvoirs sur lesquels est fondée notre organisation étatique depuis que notre pays connaît des constitutions écrites et que Montesquieu inspire plus ou moins leurs auteurs* ». Au contraire, certains auteurs plaide pour une interprétation plus libre de la séparation des pouvoirs : ainsi Y. Gaudemet écrit-il qu'« *aucun obstacle logique à l'existence d'institutions publiques qui échappent à la classification tripartite* » (Y. GAUDEMET, « Le médiateur est-il une autorité administrative ? » in *Mélanges Charlier*, 1981, p. 1187) tandis que J-P. Costa va encore plus loin en notant qu'« *on pourrait se poser la question de savoir si la classification du baron de la Brède suffit encore à décrire l'ensemble des catégories de notre droit public. [...] Le seul principe constitutionnel serait celui de la séparation des pouvoirs mais non celui de leur trilogie* » (J-P COSTA, « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », AJDA, 1987, p. 347).

²¹¹⁰ TC, 23 mai 1927, *Koch c. Etat*, Rec, p. 587

²¹¹¹ Pour le médiateur : CE, 10 juillet 1981, *Retail*, AJDA, 1981, p. 467, RDP, 1981, p. 1441, conclusions Franc ; note Auby, RDP, 1981, p. 1687s et note Rials, Rev. adm, n° 203, p. 493s ; Pour la CNIL : CE, 12 mars 1982, *CGT*, AJDA, 1982 p. 541, Conclusions Dondoux, ; note Auby, RDP, 1982, p. 1697 ; Pour la Commission des sondages : CE, 22 décembre 1985, *D'Orcival*, AJDA, 1983, p. 321 ; CE, 5 juillet 1985 *SARL Ipsos*, AJDA, 1985. p 555, conclusions Jeanneney ; CE, 27 novembre 1985, *Société Indice*, note Pacteau, Rev. adm, n° 230. p. 140

politique de décentralisation menée sur le plan territorial²¹¹².

802. En Italie, la doctrine s'est également interrogée, dans le silence de la Constitution, sur les rapports de ces autorités avec les autres pouvoirs qui constituent l'État²¹¹³. La Cour constitutionnelle n'a pas été aussi claire que le juge administratif français et a maintenu l'ambiguïté quant à la nature exacte de ces autorités : ainsi a-t-elle qualifié l'autorité de surveillance des travaux publics d'« *instance indépendante, étrangère à l'appareil du gouvernement d'État* »²¹¹⁴ et a-t-elle évoqué la nécessité de confier les missions de surveillance du secteur bancaire à des autorités évoluant « en dehors du circuit gouvernemental »²¹¹⁵. Au Royaume-Uni, comme l'explique T. Perroud²¹¹⁶, l'indépendance de ces autorités, et comme l'organisation de la plupart des institutions, relève plus du pragmatisme et de l'improvisation²¹¹⁷, et la forme juridique de chacune des autorités s'inscrit dans des catégories préexistantes (2).

2) L'utilisation de catégories déjà existantes au Royaume-Uni

803. Contrairement aux modèles italien et français, le législateur anglais a inscrit ces autorités dans des catégories de droit déjà existantes, mais n'a pas homogénéisé leur nature institutionnelle, qui dépend de chaque autorité de régulation et qui se prête donc difficilement à

²¹¹² J. CHEVALLIER, Op cit, p. 9 : « *Ce polycentrisme semble être au demeurant un mouvement de fond, qui affecte l'ensemble de l'Administration française, en prenant des formes très diversifiées. On a déjà cité le cas des administrations de mission qui, court-circuitant les lourds appareils de gestion, disposent d'une liberté de mouvements enviable et échappent au carcan bureaucratique. La politique de décentralisation menée sur le plan territorial contribue elle aussi à ce mouvement de fragmentation de l'appareil administratif, en donnant aux collectivités locales une autonomie nouvelle de décision traduite par l'élargissement de leur sphère d'attributions et la réduction de leur dépendance par rapport au niveau central* ».

²¹¹³ V. F. RIGANO, « Le Autorità indipendenti nel sistema costituzionale », *Analisi giuridica dell'economia*, 2002(2), p. 359 ; M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, « Le autorità indipendenti : un catalogo delle questioni aperte », Intervento al Convento di Nexus, *Il sistema delle Autorità indipendenti : problemi e prospettive*, 2006, publié en ligne : http://eprints.luiss.it/128/1/Clarich_2006_01_OPEN.pdf

²¹¹⁴ C. Cost, 23 octobre 1995, Sentenza N. 482, pt. 9

²¹¹⁵ C. Cost, 10 février 2010, Sentenza N. 52, pt. 10.3

²¹¹⁶ T. PERROUD, « L'indépendance des autorités de régulation au Royaume-Uni », Op cit, p. 735

²¹¹⁷ Expression utilisée par C. GRAHAM, « Privatization - The United Kingdom Experience (Symposium: Comparative Models of Privatization: Paradigms and Politics) », *Brooklyn Journal of International Law*, 1995-1996(21) p. 207

la systématisation²¹¹⁸. Ainsi, si la grande majorité des autorités de régulation sont des public bodies (l'attribution de la personne morale de droit privé est rare²¹¹⁹), elles peuvent être soit des « non departmental public bodies »²¹²⁰, aussi appelés « QUANGO's » pour « Quasi autonomous non governmental organisations »²¹²¹, soit des « non-ministerial government departments », ou encore des « public corporations ». De l'avis de certains auteurs, la première catégorie n'est pas réellement opérationnelle²¹²². Elle regroupe en effet elle-même des entités assez différentes telles que les *executive bodies*, les *advisory bodies* et les *Tribunals*²¹²³. Pour comprendre à quoi se réfère l'expression *non Departmental Public Bodies*, il est nécessaire de comprendre ce que signifient les *government department* : il s'agit des branches de l'administration centrale qui sont composées de fonctionnaires, payés directement par le Trésor public et dirigés par un ministre responsable devant le Parlement²¹²⁴. Au contraire, les NDPB sont des entités extérieures à l'administration centrale, et ne sont pas constitués de « civil servants », fonctionnaires. Contrairement aux *government departments*²¹²⁵, les employés ne sont donc pas, dans les NDPBs, directement responsables devant le ministre, qui n'est pas lui-même directement responsable

²¹¹⁸ T. PERROUD, Op cit, p. 742 ; V. aussi A. W. BRADLEY and K. D. EWING, *Constitutional and administrative law*, Op cit, Chapitre 14 : « Public bodies and regulatory agencies ».

²¹¹⁹ T. PERROUD cite la *Financial Service Authority* qui est une société à responsabilité limitée en garantie. Le recours à cette forme institutionnelle témoigne de la volonté d'inscrire la régulation financière dans un cadre résolument privé.

²¹²⁰ Terme créé par Sir L. Pliatsky dans son rapport sur ces organismes éponymes : L. PLIATSKY, *Report on Non-Departmental Public Bodies*, janvier 1980, Cmnd 7797

²¹²¹ Le terme QUANGO's était à l'origine utilisé plus largement, mais le premier rapport du Committee on standards in Public Life (Rapport Nolan déjà cité utilisa ce terme pour se référer aux simples NDPBs (Cm 2850-I, 1995, p 65). V. aussi P. HOLLAND, *The governance of QUANGO's*, Adam Smith Institute, 1991 ; G. DREWRY, *Public Law*, 1982, p. 384

²¹²² B. W. HOOGWOG, « The 'Growth' of Quangos : Evidence and Explanations », *Parliamentary Affairs*, 48(2), p. 207

²¹²³ J. BELL, « L'expérience britannique en matière d'autorité administrative indépendante », EDCE n° 52, notamment p. 401- 402

²¹²⁴ A. W. BRADLEY and K. D. EWING, Op cit, p. 279

²¹²⁵ Pour une explication détaillée du « government department » V. House of Common Paper, 27-II (1993-4), p. 188 : « While the term 'government department' has no precise meaning in law, The Minister in charge of a department is the only person who may be said to be ultimately accountable for the work of his department. It is usually on the Secretary of State as minister that Parliament has conferred powers, and Parliament calls on ministers to be accountable for the policy, actions and resources of their departments and the use of those powers. While ministers may delegate much of the day to day work of their departments, often now to agencies, they remain ultimately accountable to Parliament for all that is done under their power. Civil servants, except in those particular cases where statute confers powers on them directly, cannot take decisions or actions except insofar as they act on behalf of ministers. Civil servants are accountable to ministers, ministers are accountable to Parliament. »

devant le Parlement pour l'action de ces entités. Toutefois, le ministre reste responsable, indirectement, non pas des actions au jour le jour de ces entités, mais de leur efficacité, de leur bonne gouvernance et de leur raison d'être²¹²⁶.

804. La majorité des autorités de régulation appartiennent à la catégorie des *non-ministerial government departments*²¹²⁷. Le terme indique que ces organismes regroupent des entités qui sont des départements gouvernementaux, mais sans être dirigés par un ministre. Le personnel de ces organes est composé de fonctionnaires qui sont payés par le Trésor public, mais le budget ne dépend pas d'un ministre de tutelle. Ces organes échappent également au principe de responsabilité ministérielle, et ils sont, selon certains auteurs, les plus à l'abri de toute influence politique²¹²⁸.

Conclusion §1 :

805. Les catégories hybrides sont beaucoup plus communes au Royaume-Uni qu'en France ou en Italie comme le prouve l'acceptation naturelle par le droit public britannique de l'existence d'un nombre significatif d'entités qui sont intermédiaires entre l'administration et la juridiction : les *tribunals*²¹²⁹. C'est la raison pour laquelle la création en France et en Italie d'autorités administratives *indépendantes* non soumises au pouvoir hiérarchique du ministre a été beaucoup plus discutée en doctrine. Par ailleurs, si les autorités administratives indépendantes ne doivent rendre aucun compte au gouvernement, au Royaume-Uni, le ministre reste responsable, en dernier lieu, de la bonne gestion des autorités de régulation. Si ces autorités ne sont pas liées par le principe hiérarchique, leur indépendance organique et fonctionnelle présente toutefois des

²¹²⁶ A. W. BRADLEY and K. D. EWING, Op cit, p. 300 : « Thus, while ministers do not directly administer the affairs of these bodies, ministers have an underlying but indirect responsibility to Parliament for their efficiency and effectiveness. Many of these bodies were created by legislation and many are wholly or mainly supported by public funds. If one of these bodies antagonises public opinion, overspends the funds available to it, is badly administered or has outlived its usefulness, the minister can be asked in Parliament to introduce legislation abolishing the body or reforming its powers, to appoint a new governing body or to take other steps for improving the position ».

²¹²⁷ T. PERROUD, Op cit, p. 741

²¹²⁸ R. MACRORY, *Regulation, Enforcement and Governance in Environmental Law*, Cameron May, 2008, p. 296, § 5.9 ; C. GRAHAM, « Socio-economic Rights and Essential Services : A New Challenge for the Regulatory State », in D. OLIVER, T. PROSSER, R. RAWLINGS(ed), *The Regulatory State*, OUP, 2010, p. 177

²¹²⁹ Sur le développement des « tribunaux » en droit administratif anglais, V. A. W. BRADLEY, K. D. EWING, *Constitutional and Administrative Law*, Longman, 13th ed, 2003 pp. 668–676 ; G. MARSHALL, « The Frank report on Administrative tribunals and enquiries », *Public Administration*, 1957 (35)4, p. 347

degrés variables (§2).

§2 Une indépendance organique et fonctionnelle à degrés variables

806. En France, le Conseil d'État décrit ces autorités comme des « *autorités ayant en commun [...] d'agir au nom de l'État sans être subordonnées au gouvernement et de bénéficier, pour le bon exercice de leurs missions, de garanties qui leur permettent d'agir en pleine autonomie sans que leur action puisse être orientée ou censurée, si ce n'est par le juge* »²¹³⁰. Proclamer cette autonomie, ou cette indépendance n'est évidemment pas suffisant : il est nécessaire de doter effectivement ces autorités des attributs leur permettant d'exercer leur fonction avec indépendance. Certains critères ont alors été dégagés par la doctrine pour garantir cette et ont été reproduits pour les différentes autorités. Ceux-ci ne s'avèrent toutefois pas suffisants pour dresser un cadre homogène de l'indépendance des autorités de régulation : au contraire, les dispositions relatives à chaque secteur semblent, entre elles, assez hétérogènes²¹³¹. On peut toutefois tenter une ébauche de systématisation en analysant les différents attributs qui permettent de préserver l'indépendance de ces autorités. On distingue traditionnellement le caractère organique de l'indépendance (A) du caractère fonctionnel de celle-ci (B).

A) La plus ou moins grande indépendance organique

807. Les modèles italiens et français doivent encore une fois être distingués du modèle anglais. Alors que l'indépendance est assurée par des mécanismes précis en Italie et en France (1), rien dans les lois anglaises ne vient généralement affirmer l'indépendance des autorités de régulation²¹³². C'est davantage le critère de séparation vis-à-vis de l'exécutif qui est affirmé²¹³³ (2).

²¹³⁰ Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, EDCE 2001, n° 52, p. 257

²¹³¹ Pour l'hétérogénéité en France V. G. ECKERT, *Op cit*, p. 636 ; et pour l'Italie V. F. MARTUCCI, *Op cit*, p. 725 : « *Les autorités de régulation italiennes se caractérisent par une hétérogénéité, attisée par une approche résolument sectorielle [...] Produire ici un effort de systématisation, qui consisterait à dégager une « indépendance à l'italienne » des autorités de régulation, constituerait un défi, d'autant moins aisé à relever que nous sommes parvenus à la conclusion d'une très forte diversité ; plus précisément, si un socle de règles d'indépendance se dégage, la mise en œuvre de ces règles diffèrent d'une autorité à l'autre* ».

²¹³² T. PERROUD, *Op cit*, p. 743

²¹³³ *Ibid.*

1) Les conditions de l'indépendance en Italie et en France

808. Pour assurer cette indépendance, la durée du mandat, qui doit être fixe et longue, et le caractère non renouvelable de celui-ci sont en France²¹³⁴ et en Italie affirmés. Les autorités de régulation sont également, pour la plupart, collégiales et constituées, à l'origine, de cinq à neuf membres. Cette collégialité est importante, car elle permet d'assurer une délibération collective sur des sujets sensibles ou des questions complexes, ce qui représente une garantie d'objectivité et de sérieux²¹³⁵. Par un décret-loi n° 201/2011, le législateur italien a cependant choisi, pour des raisons budgétaires, de réduire à trois le nombre de membres des collèges de ces autorités, ce qui ne semble pas aller dans le sens d'une plus grande indépendance²¹³⁶. Une autre différence réside dans la procédure de nomination des membres de ces autorités. Alors qu'en France, la collégialité permet également d'assurer que le pouvoir de nomination est confié à plusieurs institutions d'équilibrer l'influence des différentes instances de désignation²¹³⁷, ce n'est pas toujours le cas en Italie.

809. Le pouvoir de nomination des membres des autorités de régulation peut en effet être confié au seul exécutif : lorsqu'ils sont nommés par décret du Président de la République, c'est sur proposition du Président du Conseil après délibération du conseil des ministres (c'est le cas des membres de la CONSOB, de l'AEEG et du COVIP par exemple). Lorsque le décret de nomination émane du Président du Conseil, c'est souvent sur proposition du ministre du secteur concerné, comme c'est le cas avec l'ISVAP et l'ANSF. Le pouvoir exécutif dispose d'une très grande marge de manoeuvre : le législateur n'a encadré ce pouvoir que par des formules incantatoires concernant la compétence sectorielle ou la moralité des personnes choisies²¹³⁸. Nombreux sont les auteurs à soulever des doutes concernant l'indépendance effective des

²¹³⁴ On peut noter l'exception de l'AMF.

²¹³⁵ M. LOMBARD, « Régulateurs indépendants, mode d'emploi », in M. LOMBARD(ed), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2004, p. 201, spéc p. 204

²¹³⁶ M. CLARICH, « Indipendenza e autonomia delle autorità amministrative indipendenti », Intervento al Convegno « Le autorità amministrative indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati », En ligne, p. 4

²¹³⁷ J-L. AUTIN, JCl. Adm, fasc 75 « Autorités administratives indépendantes », 2010, n° 33

²¹³⁸ F. MARTUCCI, Op cit, p. 729

autorités qui ont émergé, suite à la nomination par le pouvoir exécutif de certains membres dont les prérequis d'indépendance et de compétences prévus par la loi n'étaient pas respectés²¹³⁹. Cette procédure de nomination est d'ailleurs étonnante, car elle ne se distingue que très peu de celle qui caractérise des autorités administratives qui ne sont pas déclarées indépendantes. Comme dans le cas français, la nomination par le pouvoir politique continue de poser questions sur la réalité de l'indépendance des autorités²¹⁴⁰. C'est ce qui pousse M. Manetti à se demander si l'indépendance proclamée de ces autorités trouve une réelle concrétisation à travers des modalités réellement spécifiques, ou si cette proclamation n'a pas seulement une vertu performative, pour exhorter les autorités à exercer leurs pouvoirs avec neutralité²¹⁴¹. Le juge administratif s'est déclaré compétent pour connaître de la légalité de cet acte, car le décret présidentiel est un acte administratif qui doit donc pouvoir être contesté²¹⁴². Le caractère discrétionnaire de l'acte limite toutefois grandement la portée du contrôle par le juge²¹⁴³.

810. La nomination des membres de l'AGCOM répond à une procédure plus pluraliste que les autres autorités de régulation, sans doute du fait de la sensibilité du secteur. L'article 3 de la loi n° 249/1997 qui instaurait l'autorité prévoyait que celle-ci était composée de neuf membres, dont quatre élus directement par le Sénat, et quatre autres élus par la Chambre des députés, le Président étant nommé par décret présidentiel, sur proposition du Président du Conseil, en accord avec le ministre des Télécommunications, soumis à l'avis des commissions parlementaires compétentes. Le caractère politique de ces nominations au moment de la dévolution de la mission doit être nécessairement dépassé au moment de l'exercice des compétences, pour rendre effectives l'autonomie et l'indépendance de l'autorité²¹⁴⁴. Une partie de la doctrine²¹⁴⁵ italienne a toutefois qualifié l'AGCOM d'autorité « semi-indépendante » du fait de sa nomination par des

²¹³⁹ M. CLARICH, Op cit, p. 4

²¹⁴⁰ V. CAIANIELLO « Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile », Op cit, p. 341

²¹⁴¹ M. MANETTI, Op cit, p. 170

²¹⁴² V. Tribunale di Roma, 2 mai 2007, *Foro it.*, 2008, I, p. 1346, note G. d'Auria

²¹⁴³ V. sur la question : F. BLANDO, « Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti », *Forum di quaderni costituzionali* (revue en ligne), 13 juillet 2009

²¹⁴⁴ G. D'AMATO, E. CHELI, Entrée « AGCOM », *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, [agg. IV, 2000].

²¹⁴⁵ G. AMATO, « Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia », RTDP, 1997, n. 3, p. 645 spéc p. 650

organes uniquement politiques²¹⁴⁶. Suite à la réforme de 2011²¹⁴⁷ et la réduction du nombre de membres des autorités, l'AGCOM est composé de cinq « commissaires », dont deux élus par le Sénat, deux élus par la chambre des représentants, et le Président, nommé, par décret du Président de la République, suivant la procédure déjà explicitée.

811. En France, au contraire, le pouvoir de nomination des membres est de manière systématique réparti entre différentes institutions pour assurer une plus grande impartialité, sauf lorsque l'autorité administrative indépendante réside dans une seule personnalité. La nomination peut dès lors être très pluraliste : certains membres peuvent être nommés parmi les membres de la Cour de cassation, du Conseil d'État, parmi les parlementaires, ou parmi des personnalités qualifiées nommées par les présidents du Sénat, de l'Assemblée nationale et de la République. Le caractère hétérogène de leur composition ne peut toutefois, selon J-L. Autin, manquer de surprendre²¹⁴⁸. La procédure de nomination des membres du Conseil Supérieur de l'audiovisuel²¹⁴⁹ telle qu'elle résulte de la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013²¹⁵⁰ se rapproche énormément de la procédure de nomination de l'AGCOM. Au nombre de neuf depuis la loi du 17 janvier 1989, ils sont désormais 7, du fait de l'objectif affiché par le gouvernement « *d'améliorer la cohérence de l'action de l'autorité de régulation* »²¹⁵¹. L'article 4 de la loi Léotard dans sa rédaction issue de la loi de 1989 prévoyait que 3 des Conseillers étaient désignés par le Président de la République, trois autres par le président du Sénat et trois autres par le président de l'Assemblée nationale. Le nouvel article 4 issue de la loi de 2013 prévoit que le Président de la République ne désigne qu'un seul membre, le président qui est nommé après avis public des commissions des affaires culturelles de chaque assemblée²¹⁵². Les trois membres nommés par le

²¹⁴⁶ E. MARTINELLI, « Autorità indipendenti e politica », Op cit, p. 130 écrit très justement : « *La politique est-elle en mesure de donner naissance à un pouvoir qui devrait ou pourrait tout de suivre être neutre ?* »

²¹⁴⁷ Decreto-Legge D.L. 201/2011, dit « Salva Italia ».

²¹⁴⁸ J-L. AUTIN, JCI n° 35

²¹⁴⁹ S. MIANNAY, « Le statut du Conseil supérieur de l'audiovisuel : texte et pratique de l'indépendance », in L. CALANDRI, S. REGOURD, Op cit, p. 33s

²¹⁵⁰ LOI n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, JORF du 16 novembre 2013 p.18622

²¹⁵¹ Exposé des motifs du projet de loi relatif à l'indépendance de l'audiovisuel public, p. 3.

²¹⁵² Selon la procédure prévue par la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, déjà explicitée dans le Chapitre 1er.

Président du Sénat et par le Président de l'Assemblée nationale doivent désormais être nommés après avis conforme des commissions culturelles de chaque assemblée, à la majorité des trois cinquièmes. Ce choix s'explique par la volonté affichée par la majorité présidentielle de favoriser « *le choix, non-partisan, de personnalités susceptibles de dégager le consensus le plus large* »²¹⁵³. Au Royaume-Uni, le principe d'indépendance n'est pas le plus important : c'est la séparation vis-à-vis de l'exécutif qui est mise en avant (2).

2) Le principe de séparation vis-à-vis de l'exécutif au Royaume-Uni

812. Le Royaume-Uni répond, comme souvent, à un modèle différent. Les *offices* créés dans les années 80 l'ont été sous la forme d'autorités de régulation personnalisées, c'est-à-dire qu'elles avaient à leur tête un directeur général qui était à lui seul le régulateur²¹⁵⁴. Comme l'explique T. Perroud, c'est l'Office of Fair Trading qui avait servi de référence pour la création des autres *Offices* et cet office était présidé par un directeur général, qui nommait à son tour, et de manière discrétionnaire, un bureau ou un Board²¹⁵⁵.

813. Ce modèle s'explique par l'infusion du principe de responsabilité ministériel²¹⁵⁶ et reflétait la forme très personnelle de l'organisation des ministères au Royaume-Uni²¹⁵⁷ : « *au même titre que l'exécution des politiques doit être imputable à une personnalité responsable*, écrit T. Perroud, *il sembla important que la régulation s'incarnat en une personne, responsable aussi pour son action devant les représentants du peuple* »²¹⁵⁸. L'auteur voit également dans cette personnalisation de l'autorité une influence de l'idéologie managériale²¹⁵⁹, dont on sait qu'elle était prisée par le gouvernement Thatcher qui mit en place ces agences, ce que rappelle

²¹⁵³ Rapport n° 1275 de M. ROGEMONT, au nom de la commission des affaires culturelles et de l'éducation.

²¹⁵⁴ T. PERROUD, Op cit, p. 748

²¹⁵⁵ T. PERROUD, Op cit, p. 737

²¹⁵⁶ Ce principe est une convention constitutionnelle selon laquelle les ministres du gouvernement sont responsables, devant le Parlement, pour l'action de son département : A. W. BRADLEY, K. D. EWING, *Constitutional and administrative law*, Op cit, 2004, chapitre 7, p. 107 à 122

²¹⁵⁷ T. PROSSER, « Regulation and legitimacy », in J. JOWELL, D. OLIVER(ed), *The changing constitution*, Op cit, p. 329, spéc p. 332

²¹⁵⁸ T. PERROUD, Op cit, p. 737

²¹⁵⁹ Ibid.

l'emploi du terme « Directeur général » pour qualifier le régulateur. Ce modèle fut remis en cause par le Labour, lors du mandat de Tony Blair, au début des années 2000 : la proposition de faire de ces autorités des entités collégiales était contenue dans un livre blanc publié en 1998²¹⁶⁰, et cette proposition fut mise en oeuvre par le biais de lois sectorielles, dans tous les secteurs²¹⁶¹. Ces modifications législatives ont permis d'entériner l'existence et le rôle de ces agences : ceci fut d'ailleurs un point central du mandat de T. Blair²¹⁶².

814. Comme en Italie, la nomination des membres du collège de ces autorités dépend presque exclusivement du Secrétaire d'État²¹⁶³. Aucune condition de compétence ou d'indépendance n'étant mentionnée par la loi, le Secrétaire d'État bénéficie d'un pouvoir discrétionnaire, dans les limites des standards établis par le « Committee on Standards in Public Life » déjà mentionné²¹⁶⁴. Le secrétaire d'État est aussi, la plupart du temps, compétent pour fixer la durée du mandat des membres du collège, ainsi que leur nombre²¹⁶⁵. Toutefois, un facteur renforçant l'indépendance des membres du collège est l'absence de parallélisme des formes : si le ministre choisit et nomme les membres, il ne peut les révoquer que dans des cas de force majeure, telle que l'incapacité pour un des membres à poursuivre son travail²¹⁶⁶. Le mandat des membres peut toutefois être renouvelé, ce qui n'arrive pas souvent, car cela ne permettrait pas de maintenir l'indépendance nécessaire vis-à-vis du gouvernement dans la mise en oeuvre des fonctions. Un autre élément contribue toutefois à diminuer l'indépendance organique de ces autorités : leur instabilité, les gouvernements successifs n'hésitant pas à modeler, souvent pour des raisons d'efficience, parfois pour des raisons politiciennes, les fonctions de ces instances à sa guise, ce

²¹⁶⁰ Department of Trade and industry, a fair deal for consumers : modernizing the framework for utility regulation, Cm 3898(1998).

²¹⁶¹ Utilities Act 2000 pour l'énergie, Water Act 2003 pour l'eau, Railways and Transport Safety Act 2003 pour le train et les transports.

²¹⁶² T. PROSSER, « Models of economic and social regulation », in D. OLIVER, T. PROSSER et R. RAWLINGS(ed), *The regulatory State : Constitutional implications*, OUP, 2010, Chapter 3 ; M. MORAN, « The rise of the regulatory State in Britain », *Parliamentary affairs*, 2001, p. 19

²¹⁶³ Sauf en matière financière, comme le souligne T. PERROUD.

²¹⁶⁴ P. LEOPOLD, « Standards of Conduct in Public Life », in J. JOWELL, D. OLIVER, *The Changing Constitution*, OUP, 6ème ed, 2007, p. 410

²¹⁶⁵ T. PERROUD, *Op cit*, p. 745

²¹⁶⁶ Pour l'OFCOM par exemple Communication Act 2003, annexe 2(2).

qui contribue à les distinguer nettement du modèle américain²¹⁶⁷. Le modèle français semble dès lors être celui qui jouit de la plus grande indépendance organique²¹⁶⁸. L'indépendance organique n'est toutefois pas suffisante pour jauger le niveau d'indépendance des autorités : il faut aussi prendre en compte les moyens de l'indépendance, ce que les auteurs appellent l'indépendance fonctionnelle (B).

B) L'indépendance fonctionnelle

815. Il est possible, avec J-L. Autin, d'établir une division entre les moyens juridiques et les moyens matériels de l'indépendance fonctionnelle²¹⁶⁹. Le degré d'indépendance varie d'un État à l'autre en fonction de ces deux types de moyens, les moyens juridiques et les moyens matériels. Ainsi, si les modèles italien et français impliquent des moyens juridiques plus importants que ceux de son acolyte britannique, notamment en ce qui concerne l'autonomie juridique (1), les moyens matériels mis à la disposition des autorités britanniques se révèlent plus importants (2).

1) Les moyens juridiques de l'indépendance fonctionnelle

En ce qui concerne les moyens juridiques de l'indépendance fonctionnelle, on distinguera la création de la personne morale (a) et l'autonomie juridique (b).

a) La personnalité morale

816. En France, les autorités administratives indépendantes sont traditionnellement dénuées de la personnalité morale : le Conseil d'État affirmait encore, en 2001, que les AAI sont « en principe non dotées de la personnalité juridique », en ne retenant toutefois pas ce critère comme un élément de leur définition²¹⁷⁰. ce qui, selon certains observateurs, créait un décalage avec la

²¹⁶⁷ T. PERROUD, Op cit, p. 745

²¹⁶⁸ Dans une analyse comparée des autorités de régulation du secteur postal en Allemagne, en France et au Royaume-Uni, Sandra Eckert conclut que les autorités françaises bénéficient de l'indépendance la plus importante, S. ECKERT, « Between commitment and control: varieties of delegation in the European postal sector », *Journal of European Public Policy*, 2010(8), p. 1231, spéc. p. 1239

²¹⁶⁹ J-L. AUTIN, *JCl. Adm.*, fasc. 75, « Autorités administratives indépendantes », n° 17s.

²¹⁷⁰ CE, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, p. 293

volonté d'autonomie et d'indépendance affirmée²¹⁷¹. En 2003, l'Autorité des marchés financiers a toutefois été dotée de la personnalité morale et fut donc qualifiée d'Autorité publique indépendante²¹⁷². Cette évolution a été rendue possible par la reconnaissance, par le tribunal des conflits et le Conseil d'État, que certaines catégories autres que les collectivités territoriales et les établissements publics pouvaient jouir de la personnalité morale de droit public²¹⁷³. L'introduction de la personnalité morale pour certaines autorités indépendantes avait pour avantage la possibilité d'affecter une ressource fiscale déterminée à celle-ci²¹⁷⁴, mais elle n'implique, par elle-même aucune autonomie supplémentaire vis-à-vis du gestionnaire du programme²¹⁷⁵.

817. Au Royaume-Uni, au contraire, toutes les autorités de régulation créées disposent de la personnalité juridique : les lois les instituant commencent en effet par la création d'une nouvelle personne morale, de droit public ou de droit privé. Toutefois, les conséquences juridiques normales de la création d'une personne morale ne sont pas toujours présentes : par exemple, certaines autorités ne peuvent pas engager leur responsabilité, ce qui n'est cependant pas le cas de l'OFCOM. En Italie, de même, les autorités disposent de la personnalité morale de droit public²¹⁷⁶.

818. Cependant, de l'avis de la majorité des auteurs en France, si la personnalité morale pourrait, en théorie, être considérée comme protégeant l'autonomie juridique fonctionnelle des autorités, ce n'est pas forcément le cas. La responsabilité morale est même considérée, dans un

²¹⁷¹ D'autres observateurs tentaient au contraire de justifier cette absence de personnalité juridique en distinguant l'Etat personne morale de droit public et l'Etat pouvoir politique. V. P. SABOURIN, « Les AAI, une catégorie nouvelle ? », AJDA, 1983, p. 275

²¹⁷² Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 (JO 2 août 2003, p. 13220)

²¹⁷³ TC, 14 févr. 2000, *Groupement d'intérêt public Habitat et interventions sociales pour mal-logés et sans-abri c/ Verdier*, Rec, p. 748 ; GAJA, 17e ed, n° 106 pour les groupements d'intérêt public.

²¹⁷⁴ Ceci fut rendu possible par l'article 36 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) n° 2001-692 du 1er août 2001 introduisant une exception au principe d'universalité budgétaire et permettait « *l'affectation totale ou partielle à une autre personne morale d'une ressource établie au profit de l'Etat* ».

²¹⁷⁵ M. DEGOFFE, « Les autorités publiques indépendantes », AJDA 2008, p. 622, spéc p. 624 ; M. Lombard rappelle très justement, quant à elle, que l'indépendance vis-à-vis du pouvoir politique ne requiert pas nécessairement la personnalité morale, puisque, par exemple, les tribunaux en sont dépourvus. M. LOMBARD, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », CJEG, 2005, p.1 27

²¹⁷⁶ F. MARTUCCI, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », RFAP, 2012(3), n° 143, p. 731

avis du Conseil d'État datant de 2005 concernant la commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP)²¹⁷⁷ comme comportant un risque d'autocensure plus grand que si cette institution n'avait pas à répondre de ses actes²¹⁷⁸. Pleinement responsable de ses actes, l'institution peut répugner à prendre des décisions audacieuses qui l'engageraient au-delà des capacités de son patrimoine. L'absence de la personnalité pour la majorité des autorités de régulation en France n'empêche pas leur « faculté de libre détermination »²¹⁷⁹, alors que la responsabilité morale des autorités anglaises n'empêche pas le contrôle et le pouvoir d'instruction très important du ministre (b).

b) L'autonomie juridique

Il est nécessaire de distinguer la situation française et italienne (α) de la situation britannique (β).

α) En Italie et en France, l'absence de toute subordination hiérarchique

819. En France et en Italie, l'absence de toute subordination hiérarchique à un ministre ou à une autorité politique, que J-L. Autin qualifie d'autonomie fonctionnelle, est évidemment un critère d'importance. Comme l'écrit J. Chevallier, cette caractéristique leur donne en effet une capacité d'action pleinement autonome et une faculté de libre détermination²¹⁸⁰. Les décisions qu'elles prennent dans le cadre de leur compétence sont dotées de force exécutoire.

Toutefois, en Italie, la réalité de cette autonomie juridique doit être nuancée grandement. Contrairement au modèle français, les actes juridiques de ces autorités sont souvent imbriqués dans une procédure complexe qui fait intervenir de manière quasi systématique d'autres pouvoirs. Ainsi, écrit G. Amato, l'AGCOM est une « *autorité indépendante du gouvernement qui a toutefois encore des fonctions administratives et qui s'imbrique, dirait Giannini, avec le gouvernement dans des procédures qui la voient participer à la production d'actes qui seront*

²¹⁷⁷ CE, Avis n° 371.558 - 8 septembre 2005

²¹⁷⁸ D. LABETOULLE, « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de « garantie de l'Etat ». A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 8 septembre 2005 », CJEG, 2006, p. 359

²¹⁷⁹ Pour reprendre l'expression de J. Chevallier.

²¹⁸⁰ J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », Droit et société, 2001, n° 49, p. 827

finalément imputés au gouvernement »²¹⁸¹. Les pouvoirs accordés à l'AGCOM semblent ainsi insuffisants, puisque l'autorité partage son pouvoir de décision et de contrôle avec le ministre de la Communication et la Commission parlementaire de vigilance²¹⁸². L'intrication des compétences en matière de répartition des fréquences²¹⁸³ a même été critiquée par la Commission européenne qui relève que celle-ci permet de cacher que le véritable pouvoir de décision revient dans ce cas au ministre et non à l'autorité indépendante²¹⁸⁴. Cette imbrication des compétences se retrouve dans le contrôle du respect des missions de service public et des valeurs fondamentales du système. Ainsi, l'AGCOM a pour « *compétence de proposer au ministre des Communications le plan de la convention annexée à la concession de service public audiovisuel et de vérifier la mise en oeuvre des obligations prévues dans cette convention et dans toutes les autres qui lient le concessionnaire du service public à l'administration* »²¹⁸⁵ tandis que la Commission parlementaire vérifie le respect des normes prévues à l'article 1 et 4 de la loi n° 103 du 14 avril 1975²¹⁸⁶, c'est-à-dire qui concernent le pluralisme politique. Au Royaume-

²¹⁸¹ G. AMATO, Op cit, p. 650

²¹⁸² E.CHELI, G.D'AMATO, « Autorità per le garanzie nelle comunicazioni » in Encyclopedica del diritto, Giuffrè, [agg. IV, 2000] ; M. D'ALBERTI, « *Comunicazioni elettroniche e concorrenza* », in R. PEREZ(ed), *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, 2004, p. 35s ; E. MARTINELLI, « Autorità indipendenti e politica », *Amministrare*, 2000(1-2), p. 127, spéc p. 134 « *Les rapports entre l'AGCOM et les organes politico-institutionnels sont les suivants : la commission exprime un avis au ministre des communications sur le plan nationale de répartition des fréquences qui est approuvé par décret du ministre des communications. La commission reçoit l'avis du ministre des communications afin de déterminer les standards des décodeurs. Elle vérifie, en tenant compte des orientations de la Commission parlementaire, le respect dans le secteur radio-télévisuel des normes en matière de protection des mineurs : elle propose au ministre des postes et des télécommunications le plan de la concession annexée à la concession de service public, après avis obligatoire de la commission parlementaire ; elle signale au gouvernement l'opportunité d'interventions législatives, en relation aux innovations technologiques et à l'évolution, sur le plan interne et international, du secteur des communications. Elle propose au ministre des communications la réglementation pour la distribution des concessions et des autorisations en matière radio-télévisuelle, sur la base des règlements approuvés par le Conseil (...) Elle présente, avant le 30 novembre de chaque année au président du conseil des ministres un rapport sur l'activité mise en oeuvre par l'autorité et ses programmes de travail futurs* ».

²¹⁸³ V. pour le cas particulier de la répartition des fréquences la description très précise d'O. GRANDINETTI, « Il riparto di attribuzioni tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Ministero della gestione delle radiofrequenze », O. GRANDINETTI « Radiotelevisione », in S. CASSESE(ed), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2464 e 2467

²¹⁸⁴ Commission européenne, *Rapporto sulla implementazione del pacchetto regolamentare comunitario sulle comunicazioni elettroniche*, COM (2003) 715 final, del 17 settembre 2003, § 4.1.

²¹⁸⁵ Article 6 (b) de la loi Maccanico.

²¹⁸⁶ Article 50 Decreto legislativo del 31 luglio 2005, n. 177 Testo unico della radiotelevisione, GU Serie Generale n. 208 del 07-09-2005 - Suppl. Ordinario n. 150

Uni, c'est le pouvoir du secrétaire d'État de donner des instructions à l'autorité qui limite l'autonomie (β).

β) Au Royaume-Uni, une autonomie limitée par le pouvoir d'instruction du secrétaire d'État

820. Au Royaume-Uni, la situation est différente. La nature juridique des autorités de régulation leur confère également une indépendance importante, car, que ce soient des « corporate body » comme c'est le cas de l'OFCOM ou des Quangos, elles ne sont pas soumises à l'autorité hiérarchique du ministre²¹⁸⁷. Le pouvoir d'instruction que se voit confier le Secrétaire d'État, même s'il est encadré par la loi, constitue toutefois une limite importante à leur autonomie fonctionnelle²¹⁸⁸.

821. La loi (Communications Act 2003) pose l'obligation pour l'OFCOM de mener ses tâches relatives au réseau et au spectre *dans le respect des instructions spéciales ou générales adressées par le Secrétaire d'État* (art. 5). L'alinéa 3 de l'article énumère de manière limitative les motifs de ces instructions, mais de manière assez large pour conférer un pouvoir très important au ministre. D'autres articles de la loi confèrent un pouvoir d'instruction au Secrétaire d'État dans d'autres hypothèses : dans le cadre du rôle de représentation de l'OFCOM dans les instances internationales spécialisées dans les télécommunications (article 22), afin d'éviter que l'OFCOM ne porte atteinte aux engagements internationaux du pays (article 23) et dans la gestion du spectre radio (article 156). Par ailleurs, certaines licences (pour les chaînes 3 et 5) doivent contenir des dispositions permettant de donner plein effet aux instructions du Secrétaire d'État (art. 214(3)). Le Secrétaire d'État possède aussi un pouvoir d'instruction concernant l'organisation d'OFCOM. Aux termes de la Communications Act 2002 (chapitre 11), il peut ainsi fixer par voie d'instruction le nombre maximum et minimum des membres exécutifs de l'organisme ainsi que le sort des excédents budgétaires qu'OFCOM serait susceptible de dégager (article 8(2))²¹⁸⁹. En réalité, ces pouvoirs d'instruction confiés au secrétaire d'État s'expliquent

²¹⁸⁷ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 95 ; Tony Prosser avance que les autorités disposent, dans les faits, d'une autonomie importante. V. T. PROSSER, *Law and the regulators*, Op cit, p. 38

²¹⁸⁸ T. PERROUD, « L'indépendance (...) », Op cit, p. 744

²¹⁸⁹ Ibid.

par le fait que les organismes anglais jouissent souvent de compétences beaucoup plus étendues que les instances françaises²¹⁹⁰. Le pouvoir d'instruction correspond alors au pouvoir du Secrétaire d'État de fixer les orientations de politiques publiques, orientations qui relèvent bien de choix politiques²¹⁹¹. Si la France semble avoir doté ses autorités de régulation d'une grande autonomie juridique, ce qui n'est pas le cas du modèle italien et encore moins du modèle anglais, ce dernier garantit mieux l'indépendance financière de ces autorités (2).

2) Les moyens matériels de l'indépendance fonctionnelle

Si en France et en Italie, l'autonomie financière semble limitée par la volonté du Parlement (a), au Royaume-Uni, les autorités peuvent fixer elles-mêmes une limite, ce qui leur donne une plus grande liberté (b).

a) En France, et en Italie, l'autonomie financière limitée par la volonté du parlement

822. Les AAI détiennent une autonomie financière, qui est indispensable pour mener à bien leur action. Elles ne sont par exemple pas soumises, en France au contrôle a priori auquel sont normalement soumises les institutions administratives, et ce en vertu d'une clause insérée dans chaque texte institutif qui dispose que « *Les dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées ne sont pas applicables à leur gestion* ».

L'autonomie financière des autorités administratives indépendantes, ou des autorités publiques indépendantes dépend en effet de leur constitution sous la forme d'un BOP, budget opérationnel de programme, dont le président est l'ordonnateur financier, c'est-à-dire qu'il a seul la qualité pour engager les dépenses de l'État²¹⁹². Si chacune des autorités constitue un Budget Opérationnel de Programmes, elles appartiennent donc chacune à un programme, qui est, depuis la LOLF, la nouvelle unité de spécialisation de crédits à l'intérieur duquel les crédits sont

²¹⁹⁰ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 96

²¹⁹¹ Ibid. V. sur ce point le rapport : House of Lords, Select Committee on Regulators, UK Economic Regulators, 1 st Report of Session 2006–07, vol. 1, HL Paper 189-I, pp. 12-13, § 1.24 à 1.28 et pp. 70 à 73, § 6.42 à 6.60, cité par T. PERROUD, Ibid.

²¹⁹² Article 96 du règlement général sur la comptabilité publique (RGCP) : « *les ordonnateurs principaux (cela vise les ministres) ont seuls qualité pour engager les dépenses de l'Etat. Les ordonnateurs principaux peuvent déléguer aux ordonnateurs secondaires l'autorisation d'engager des dépenses* »

fongibles²¹⁹³. Ce principe de « fongibilité asymétrique », à l'intérieur d'un programme et sur décision du directeur du programme, aurait pu conduire à la réduction de l'autonomie budgétaire des AAI, et à des décisions unilatérales de réduction des effectifs budgétaires. Pour éviter cette situation, différentes chartes de gestion, au sein de chaque programme, ont été édictées : elles prévoient que les crédits des autorités disposant d'un BOP autonome sont isolés en gestion et ne peuvent faire l'objet de mesures de fongibilité que sur demande de l'autorité concernée. Leur indépendance budgétaire est ainsi garantie, car le responsable du programme, à savoir le secrétaire général du gouvernement, ne peut remettre en cause unilatéralement leur budget²¹⁹⁴.

Si les AAI sont donc assez autonomes vis-à-vis du pouvoir exécutif, le contrôle du Parlement semble plus pesant²¹⁹⁵. La discussion des crédits votés chaque année en faveur des AAI montre que c'est un moyen de contrôler leur activité²¹⁹⁶. Pour certains auteurs, l'autonomie budgétaire représente ainsi une ombre au tableau de l'indépendance des AAI²¹⁹⁷.

823. En Italie, les autorités de régulation sont également dotées d'un budget que le législateur leur permet de gérer en pleine autonomie comptable²¹⁹⁸. L'indépendance financière est toutefois tributaire du volume des ressources, qui dépend de la dotation provenant du budget de l'État, mais aussi d'une taxe sur les opérateurs régulés²¹⁹⁹. L'autofinancement des autorités est, pour la

²¹⁹³ Article 7 LOLF : « Un programme regroupe les crédits destinés à mettre en oeuvre une action ou un ensemble cohérent d'actions relevant d'un même ministère et auquel sont associés des objectifs précis, définis en fonction de finalités d'intérêt général, ainsi que des résultats attendus et faisant l'objet d'une évaluation ».

²¹⁹⁴ Les AAI relevant du programme "Protection des droits et libertés" relèvent ainsi désormais de la charte de gestion du 30 avril 2009. V. Sénat, Rapp. général n° 101 sur le projet de loi de finances 2010 : t. III, ann. 9 "Direction de l'Administration et du Gouvernement", rapp. spécialement Y. Krattinger, p. 56

²¹⁹⁵ M. DEGOFFE, Op cit, p. 626

²¹⁹⁶ Ibid.

²¹⁹⁷ C. GUILLERMINET, « L'autonomie budgétaire : une ombre au tableau de l'indépendance des AAI », in *Indépendances, Etudes offertes au Professeur J-L. Autin*, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Montpellier, 2011, spéc, p. 365

²¹⁹⁸ F. MARTUCCI, Op cit, p. 731s

²¹⁹⁹ Ibid.

doctrine, importante pour protéger l'indépendance financière²²⁰⁰. Au Royaume-Uni, cet autofinancement est d'ailleurs considéré comme primordial (b).

b) La plus grande liberté matérielle des autorités britanniques

824. Au contraire, au Royaume-Uni, les autorités de régulation sont en général financées par le secteur qu'elles surveillent, ce qui leur donne une autonomie de moyens importants²²⁰¹. Elles ne sont pas libres de fixer le montant de la taxe qu'elles perçoivent sur les revenus des acteurs du secteur régulé²²⁰², mais la loi leur permet de fixer un montant limite qui leur permettra de couvrir les coûts de fonctionnement²²⁰³. Bien sûr, une part de leur budget provient du budget de l'État et c'est en général le secrétaire d'État, en accord avec le ministre du Trésor public, qui fixe la somme, qui sera ensuite insérée dans le budget général de l'année votée par le Parlement²²⁰⁴.

Conclusion §2 :

825. Pour déterminer le degré d'indépendance des autorités, il est donc nécessaire de s'intéresser au critère organique, c'est-à-dire au degré de séparation avec le pouvoir exécutif, mais surtout au critère matériel, ou fonctionnel, c'est-à-dire aux moyens juridiques et aux moyens matériels dont elles disposent. À cet égard, si le système français semble être celui qui confère la plus grande indépendance organique et juridique, le système de financement du système anglais ainsi que ses pouvoirs d'instruction lui confère dans la réalité une plus grande indépendance fonctionnelle²²⁰⁵.

Conclusion Sous-section 1 :

826. La mise en place d'autorités indépendantes répond donc à une volonté du pouvoir

²²⁰⁰ V. M. DE BENEDETTO, « Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti », Nota elaborata per il gruppo di lavoro Astrid *La riforma delle Autorità indipendenti*, 2008 ; A. LA SPINA, S. CAVOTORTO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, 2008 p. 195 ; G. NAPOLITANO, « L'auto-finanziamento delle autorità indipendenti », *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 260

²²⁰¹ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 744

²²⁰² Ibid.

²²⁰³ Ibid.

²²⁰⁴ Ibid.

²²⁰⁵ V. T. PERROUD, « L'indépendance ... », Op cit.

politique de dépolitiser le secteur public, pour dégager celui-ci des mainmises partisanses. Cette fonction est d'autant plus importante dans le secteur de l'audiovisuel que la possession par l'État de chaînes de télévision ne saurait transformer celles-ci en télévision d'État, ou en télévision du pouvoir. Toutefois, même si dans les trois États, sur impulsion de la Commission européenne, des autorités indépendantes ont été mises en place, leur degré d'indépendance vis-à-vis du pouvoir varie grandement. Ces hésitations témoignent d'une part d'une difficulté du pouvoir politique à délaisser effectivement la gestion de certains secteurs clés, mais également du manque de légitimité des autorités indépendantes, qui peut sembler incompatible avec les principes de démocratie politique (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Fonctions des autorités administratives indépendantes et démocratie politique

Pour comprendre les difficultés que pose la création d'autorités indépendantes dans l'ordre administratif des États démocratiques (§2), il est nécessaire de s'intéresser d'abord à la nature des fonctions de ces autorités (§1).

§1 La nature des fonctions des autorités indépendantes

L'étude des finalités des fonctions de régulation confiées à ces autorités (A) révèle l'impossible neutralité de ces dernières, du fait des fonctions éminemment politiques qu'elles mettent en oeuvre (B).

A) La finalité des fonctions de régulation confiées²²⁰⁶ aux autorités administratives indépendantes

827. Le Doyen Hauriou avait, dès 1910, utilisé le terme de régulation pour désigner l'intervention du droit avec comme but la poursuite d'une situation d'équilibre²²⁰⁷. C'est essentiellement cet usage métaphorique de la notion de régulation, emprunté aux sciences dures²²⁰⁸, et notamment à la biologie qui sera retenu par la doctrine contemporaine. J. Chevallier reprend cet argument pour élaborer sa définition de la régulation : « *Dans la théorie générale des systèmes, nous dit cet auteur, la régulation recouvre l'ensemble des processus par lesquels des systèmes complexes parviennent à maintenir leur état stationnaire en préservant leurs équilibres essentiels. Parler de la fonction régulatrice de l'État présuppose que le système économique ne peut atteindre à lui seul l'équilibre* »²²⁰⁹. La régulation peut donc être définie comme une nouvelle forme d'intervention de l'État dans l'économie, une économie ouverte par les mouvements de privatisation et de libéralisation : il « *exprime la transformation des fonctions de l'État qui, désormais n'intervient plus directement dans l'économie et ne s'appuie plus sur les prérogatives de la propriété, mais agit par la production normative, pour conformer les droits et les obligations des sujets à ses objectifs, et par la sanction des comportements* »²²¹⁰.

²²⁰⁶ Bien que ce chapitre soit consacré uniquement à la régulation mise en oeuvre par les autorités administratives indépendantes, nous n'adoptons pas la vision que les autorités administratives indépendantes représentent le critère organique de la régulation, autrement dit que seules les AAI se seraient vues confier les fonctions de régulation. Cette conception fonctionnelle de la régulation avait été promue par le Premier rapport du Conseil d'Etat consacré aux AAI (F.GAZIER, Y CANNAC, Etude sur les autorités administratives indépendantes, EDCE, 1983-1984, n° 35). Cette vision est aujourd'hui dépassée, du fait de la définition plus large qui est donnée de la régulation, selon laquelle l'Etat n'intervient plus directement dans l'économie à travers les prérogatives de la propriété, mais agit par la production normative pour contraindre les opérateurs économiques. La fonction de régulation serait une fonction partagée par toutes les institutions habilitées à produire des normes et à contraindre des opérateurs économiques. V. G. MARCOU, G.MARCOU, « Régulation et service public : les enseignements du droit comparé » In *Droit de la régulation, services publics et intégration régionale* ; A. LA SPINA et G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000.

²²⁰⁷ M. HAURIOU, Note sous CE, 21 mars 1910, *Ministre des travaux publics contre Compagnie Générale Française des Tramways*, in Notes d'arrêts sur les décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des Conflits, t3, Sirey, 1929, p. 470s

²²⁰⁸ H. ROTTLEUTHNER, « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », *Archives de Philosophie du droit*, 1986(31), p. 215s

²²⁰⁹ J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Op cit, p. V. aussi J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », *Droit et société*, 2001(3), p. 827 ; J. CHEVALLIER, « L'Etat régulateur », *RFAP*, 2004(3), p. 473

²²¹⁰ J-B. AUBY, « Régulations et droit administratif », in *Etudes en honneur à G. Timsit*, Bruylant, 2005, p. 209

828. L'État n'est plus fournisseur ou distributeur direct de services, autrement dit, État-providence, mais il est État régulateur²²¹¹, il « *régule la fourniture par des tiers sous le contrôle du gouvernement* »²²¹². La fonction de régulation attribuée à l'État est toutefois entendue plus ou moins largement selon les courants de pensée qui l'ont théorisée. Comme nous l'avons explicité dans la sous-section 1, la création de ces autorités indépendantes fait suite à la désaffection et au discrédit qui touchent l'appareil étatique, et plus précisément, l'appareil administratif, considéré comme non efficient et trop coûteux. Le fait que cette désaffection et ce discrédit viennent des citoyens ne va toutefois pas de soi : le manque d'efficience et le caractère obsolète de l'administration sont en effet des constats qui ont été posés en haut lieu par les Hommes politiques et les économistes, notamment lors du Consensus de Washington. Ils sont décrits par ces acteurs comme des faits objectifs, comme nous le rappelle le fameux slogan qui accompagna le mandat de M. Thatcher : *There is no alternative (TINA)*, mais résultent évidemment de choix idéologiques²²¹³. Le triomphe des idées développées par l'école de Chicago²²¹⁴ a été rendu possible, notamment, par l'effondrement de l'Union soviétique, un événement éminemment politique, mais perçu comme la défaite nécessaire d'un autre modèle que celui du néo-libéralisme. Il nous faudra d'abord expliciter la finalité de la régulation dans la perspective économique néo-libérale (1) pour la critiquer par la suite (2).

1) La finalité de la régulation selon la doctrine néo-libérale

829. L'avènement du néo-libéralisme s'il induit une dépolitisation, n'induit pas, comme le libéralisme traditionnel, une désétatisation. M. Foucault montre, dans *La naissance de la*

²²¹¹ C. SCOTT, « Regulation in the age of governance : the rise of the Post-regulatory State », J. JORDANA, D. LEVI-FAUR,(eds.) *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance. CRC series on competition, regulation and development.* Edward Elgar Publishing, 2004, p. 145

²²¹² J. BLACK, « Critical reflexions on regulation », *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002(27), p. 1 spéc p. 14 : « *The counterpoint to the regulatory state is the « welfare State » and « Regulatory State » is used to describe the shift in the style of governance from the direct provision of public services to their provision by others under government supervision* ».

²²¹³ V. par exemple V. GRAHAM, T. PROSSER, *Waiving the rules : the Constitution under Thatcherism*, Op cit.

²²¹⁴ Ces idées sont notamment résumées dans un article célèbre de J. WILLIAMSON, « What Should the Bank Think about the Washington Consensus? », Peterson Institute, 1999, qui constitue la base scientifique et idéologique du consensus de Washington.

*biopolitique*²²¹⁵ que les principes au fondement de l'ordre juridique ont été bouleversés par le passage du libéralisme au néo-libéralisme : alors qu'auparavant, l'intervention de l'État dans l'économie était limitée par la liberté, le néo-libéralisme légitime l'interventionnisme de l'État pour assurer l'efficacité du marché, qui est désormais le principe fondateur de l'ordre juridique²²¹⁶.

830. T. Perroud décrit très précisément que la critique principale des ordo libéraux²²¹⁷, fers de lance du néo-libéralisme, par rapport aux théories libérales traditionnelles concerne le rapport que celles-ci entretenaient par rapport au pouvoir privé et à l'État : « *Les ordo-libéraux critiquent l'illusion naturaliste sur laquelle le libéralisme est basé. De la fable des abeilles de Mandeville à la représentation de la main invisible d'Adam Smith, les libéraux classiques considèrent que le marché par le jeu des intérêts produit un ordre naturel : il est pour reprendre les termes de pierre Rosanvallon*²²¹⁸, la « *loi régulatrice de l'ordre social sans législateur* »²²¹⁹. Au contraire, selon les mots de Louis Rougier, organisateur du Colloque Walter Lippman en 1939²²²⁰, « *le régime libéral n'est pas seulement le résultat d'un ordre naturel spontané comme le déclaraient au XVIIIème les nombreux auteurs des codes de la nature ; il est aussi le résultat d'un ordre légal qui suppose un interventionnisme juridique de l'État. La vie économique se déroule dans un cadre juridique qui fixe le régime de la propriété, des contrats, des brevets d'invention, de la faillite, le statut des associations professionnelles et des sociétés commerciales, la monnaie et la banque, toutes choses qui ne sont pas des données de la nature, comme les lois de l'équilibre économique, mais des créations contingentes du législateur. Il n'y a dès lors aucune raison de*

²²¹⁵ M. FOUCAULT, *La naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France (1978-1979)*, EHESS, Gallimard, Seuil, 2004

²²¹⁶ J. DREXL « *Compétition law as Part of the European Constitution* » in *Principles of European Constitutional law*, A. VON BOGDANDY, J. BAST(ed), Hart 2009

²²¹⁷ Pour un aperçu de la théorie ordo-libérale, V. M. E. STREIT, M. WOHLGEMUTH, « *The market economy and the State Hayekian and ordoliberal conceptions* », in P. KOSLOWSKI(ed), *The theory of capitalism in the German economic tradition*, Springer, 2000, p. 224 ; V. H. RIETER, M. SCHMOLZ, « *The ideas of German Ordoliberalism 1938-45: pointing the way to a new economic order* », *European Journal of the History of Economic Thought*, 1993(1), p. 87

²²¹⁸ P. ROSANVALLON, *Le libéralisme économique : histoire de l'idée de marché*, Seuil, 1989, p. 84

²²¹⁹ T. PERROUD, *Op cit*, p 588

²²²⁰ Les penseurs du nouvel ordo-libéralisme allemand, de l'école de Freiburg, se réunissent en colloque, qu'ils nomment Walter Lippmann, en 1939 et ce colloque accueille notamment F. Hayek.

supposer que les institutions légales, historiquement existantes à l'heure actuelle, soient d'une façon définitive et permanente les mieux appropriées à la sauvegarde de la liberté des transactions [...]. Être libéral, ce n'est pas comme le « manchestérien », laisser les voitures circuler dans tous les sens [...] ; ce n'est pas comme le « planiste », fixer à chaque voiture son heure de sortie et son itinéraire : c'est imposer un Code de la route, tout en admettant qu'il n'est pas forcément le même au temps des transports accélérés qu'au temps des diligences. Nous saisissons aujourd'hui mieux que les grands classiques en quoi consiste une économie vraiment libérale. C'est une économie soumise à un double arbitrage : à l'arbitrage des consommateurs qui départagent les biens et les services qui leur sont offerts sur un marché au gré de leur convenance par le plébiscite des prix et à l'arbitrage concerté de l'État qui assure leur loyauté et l'efficacité des marchés »²²²¹. Pour fonctionner de manière efficiente, le marché aurait besoin de la « main visible de l'État »²²²², qui se concrétise par l'intervention du droit sur le marché.

831. Face à cette nouvelle idéologie, le rôle de l'État change, mais ne disparaît pas : il est indispensable à la poursuite de l'équilibre des marchés qui ne peuvent s'équilibrer par eux-mêmes. Pour se développer, cet ordre économique nécessite un ordre juridique, un État de droit²²²³, exclusivement régi par des principes formels, ceux que requiert le marché²²²⁴. Le droit doit être, pour les ordo libéraux, un moyen de contrôler le pouvoir privé²²²⁵ en instituant « *un ensemble de règles de droit applicable à une société composée essentiellement de décideurs indépendants dont les actions sont contrôlées et coordonnées par la concurrence de marché* »²²²⁶.

²²²¹ L. ROUGIER, *Colloque Walter Lippman*, Paris, Librairie de Médecis, 1939, p. 16-17 cité par T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 589

²²²² F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, LGDJ, Tome 5, 1964, cité par T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p 589

²²²³ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Op cit, p 177. T. Perroud souligne à quel point le lien entre le droit et l'économie est fondamental dans la pensée ordo-libérale qui a impulsé le néo-libéralisme. T. PERROUD, Op cit, p. 590

²²²⁴ Ibid.

²²²⁵ T. Perroud met l'accent sur le fait que dans les travaux des ordo-libéraux, la question du contrôle du pouvoir privé est primordiale, alors que les libéraux du XVIIème et du XVIIIème n'avaient envisagé que la question du contrôle de l'Etat. V. T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit., p. 590

²²²⁶ Ibid.

832. L'intervention de l'État dans l'économie doit être guidée par la reproduction des effets que produirait le marché : « *même le service public doit être attribué selon des mécanismes de marché et doit permettre de promouvoir le choix des usagers* »²²²⁷. Cette vision est décrite par Arino Ortiz, un théoricien du service public espagnol : « *dans le difficile équilibre entre marché et régulation, la concurrence est l'objectif prioritaire et la régulation est l'objectif prioritaire pour arriver à cette fin, ou l'impulser quand celle-ci n'existe pas. La régulation devrait en conséquence être éliminée à mesure que le marché en concurrence se consolide. (...) La régulation promeut le marché, elle le reconstruit, elle le défend, mais ne s'y substitue pas* »²²²⁸. Cette conception néo-libérale de la régulation qui met le marché sur un piédestal fait toutefois l'objet de nombreuses critiques, qui soulignent l'insuffisance de celui-ci à gouverner la vie économique et démocratique (2).

2) Critiques de la conception néo-libérale de la régulation

Les critiques de la conception néo-libérale, qui relèvent les insuffisances du marché à satisfaire certains besoins essentiels à l'interdépendance sociale (a) se retrouvent dans la législation qui propose une approche alternative à cette définition (b).

a) Les insuffisances du marché à satisfaire certains besoins essentiels à l'interdépendance sociale

833. Si l'efficacité est la finalité ultime du système, l'idée que le marché est ce qui permettra d'atteindre cette efficacité relève non pas d'une évidence, d'une nécessité, mais bien d'une construction, légitimée par la persuasion et la rhétorique économique néo-libérale que nous venons de décrire²²²⁹. Dans la *grande transformation*²²³⁰, Karl Polanyi avait déjà montré, à travers une analyse d'économie politique, que le libéralisme repose sur la volonté de modifier la

²²²⁷ Ibid.

²²²⁸ Voir notamment G. ARIÑO-ORTIZ, « Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación) », en G. ARINO, J. M. De La CUÉTARA, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, 1997, p 17 ; G. ARIÑO-ORTIZ, « Fallos y logros de los sistemas regulatorios », *Regulación, desregulación, liberalización y competencia*, Marcial Pons, 2006, p. 23s

²²²⁹ M-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché » in *Archives de philosophie du droit*, 1996(40), p. 286, spéc p. 289

²²³⁰ K. POLANYI, *La grande transformation*, Gallimard, 1983, Première parution en anglais : 1944

réalité à partir d'une construction abstraite reposant sur le seul principe du marché²²³¹. L'auteur y avait repris une idée déjà développée par Marx dans *Le Capital*²²³² : à travers son concept d'aliénation, le grand théoricien du capitalisme avait développé l'idée d'une inversion des fins et des moyens dans les sociétés capitalistes, dans lesquelles l'économie tendait à devenir une fin, alors qu'elle aurait dû rester un moyen au service de réalités sociales, et surtout, au service de l'Homme²²³³. Sans adhérer aux thèses de K. Marx l'idéologue, pour qui le rôle de la théorie économique se limitait à légitimer l'ordre économique et politique établi²²³⁴, il s'agit de reconnaître qu' « *en dépit de contradictions internes, de ses excès et de ses erreurs, l'oeuvre de Marx est celle d'un précurseur dans l'étude des relations entre l'économie et la société* ». Nombreux sont les économistes qui critiquent l'idée que le marché, ou la reproduction de ses effets, permettraient d'arriver à l'efficacité souhaitée : J. Stiglitz, par exemple, a montré que les asymétries d'information sur le marché, presque toujours présentes limitent grandement l'efficacité de celui-ci²²³⁵. Cet auteur a aussi mis en avant la notion d' « aléa moral » selon lequel un opérateur sur le marché peut se comporter de manière particulièrement risquée s'il sait que finalement les risques seront supportés par d'autres que lui. Il en déduit que l'intervention de l'État limitée aux seules défaillances du marché (*market failure*) est insuffisante à assurer l'efficacité du système économique.

834. Enfin, comme le remarquent de nombreux auteurs, le choix de ne pas réguler autre chose que le marché est un choix politique, puisqu'il implique le renoncement à promouvoir des valeurs sociales et humaines autres que celles de l'efficacité économique²²³⁶. Pour M-A. Frison-Roche, le marché aurait une capacité d'ignorance tant à l'égard du politique que du social. Seules

²²³¹ F. COUSIN, D. BENAMOZIG, *Economie et Sociologie*, PUF, 2004, plus particulièrement Chap 2 « Différenciation sociale et autonomisation de l'économie ».

²²³² K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique*, Livre I, PUF, 1993, première parution en allemand : 1867.

²²³³ F. CUSIN, D. BETAMOZIG, *Economie et sociologie*, Op cit, p. 94

²²³⁴ Ibid, p. 219 V. K. MARX, *Contribution à la critique de l'économie politique*, Editions sociales, 1972, première parution en allemand, 1867

²²³⁵ B. C. GREENWALD & J. E. STIGLITZ: « Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets », *Quarterly Journal of Economics*, 1986(2), p. 229

²²³⁶ M. MANETTI, Op cit, Chapitre IV.

la consommation ou l'activité professionnelle donnent le statut de demandeur sur le marché et « *si l'Homme ne peut accéder ni à l'un ni à l'autre, il n'existe pas* »²²³⁷. La question sociale doit alors être prise en charge par le politique et « *l'État ne peut prétendre exister qu'en prenant en charge ce que le marché rejette* »²²³⁸. Il existerait des besoins collectifs extérieurs aux lois du marché et des objectifs que le développement du marché « ne peut à lui seul satisfaire » ou qui lui sont « étrangers »²²³⁹. Ces constatations primordiales ont eu des conséquences importantes sur la définition de la régulation retenue en doctrine comme dans le droit positif (b).

b) L'adoption d'une définition de la régulation alternative à l'approche néo-libérale

835. Les constatations du a) impliquent en effet que l'intervention de l'État dans l'économie ne soit pas guidée, comme le recommandait les théoriciens du néo-libéralisme, par la poursuite du seul équilibre du marché, mais au contraire doit veiller à concilier les équilibres du marché avec d'autres exigences que le marché ne peut produire à lui seul²²⁴⁰. Les définitions contemporaines majoritaires de la régulation, qui s'appuient sur l'observation du droit positif ont donc en commun de considérer que l'existence d'une régulation dans un secteur ne s'explique pas toujours par la présence de défaillances de marché, mais sont animées par des considérations *extérieures* au marché²²⁴¹.

836. Ainsi, les autorités mises en place dans les trois États ont en commun de devoir concilier le respect de la concurrence avec les impératifs démocratiques et de la protection du service public. En Italie, la nouvelle autorité (AGCOM) mise en place par la loi Maccanico doit favoriser le développement progressif et équilibré de la concurrence en veillant à promouvoir les conditions permettant l'amélioration de la qualité des services et des produits, mais elle doit également assurer à l'égard des citoyens, avec un égard particulier pour les catégories les plus

²²³⁷ M-A. FRISON-ROCHE, Op cit, p. 307

²²³⁸ Ibid, p. 308

²²³⁹ M-A.FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », D. 2001 p. 610

²²⁴⁰ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presse de sciences Po, 2004, p. 483 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation, » D. 2001, p. 610 ; M.-A.FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004, p. 126 n° 14 ; J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, Op cit, p. 57

²²⁴¹ C. SUNSTEIN, « Interpreting Statutes in the Regulatory State », Harvard Law Review, 1989, 103(2), p. 405s

faibles, la sauvegarde des valeurs fondamentales, des droits individuels et la réalisation des droits sociaux²²⁴².

837. En France, l'article 1 de la loi n°89-25 du 17 janvier 1989²²⁴³, qui modifie la loi Léotard de 1986, et introduit le Conseil supérieur de l'audiovisuel dispose que « *le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité indépendante, garantit l'exercice de [la] liberté [de communication]. Il assure l'égalité de traitement ; il garantit l'indépendance et l'impartialité du secteur public de la radiodiffusion sonore et de la télévision ; il veille à favoriser la libre concurrence ; il veille à la qualité et à la diversité des programmes, au développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ainsi qu'à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture françaises* ». La mise en place de cette nouvelle autorité après l'expérience de la Haute autorité et celle de la CNCL semble s'inscrire dans un objectif de conciliation entre les objectifs mis en avant en 1982 et ceux mis en avant en 1986²²⁴⁴. La création de la Haute autorité, en 1982, avait pour but d'assurer la séparation entre le politique et la télévision publique : la nouvelle autorité était la clé de voûte du nouveau système, mais le service public restait au centre du dispositif²²⁴⁵ et la concurrence n'était pas mentionnée dans la loi pour l'audiovisuel²²⁴⁶, bien que la

²²⁴² G. AMATO, « AGCOM », *Enciclopedia del diritto*, Op cit, qui cite A. CASAVOLA, à l'occasion de l'audition du 31 juillet 1996 sur le projet de loi n. 1021, l. n. 249 : « *Le nouvel organisme est appelé à assurer que l'innovation technologique ne prenne pas le dessus sur les valeurs fondamentales et inviolables, et que la société qui se réalise sous son impulsion, dépourvue de caractère auto-référentiel, soit respectueuse, dans l'effectivité de l'ordre démocratique qui postule, dans son fondement, la participation consciente de tous. La création d'une autorité comme celle-ci a pour fonction de remédier au retard qu'enregistrent les institutions, protectrices des valeurs qui forment le système social, face au rythme très rapide de l'évolution technologique. Elle doit prévenir les distorsions anti-démocratique dans les transformations socio-culturelles qui pourraient créer des lésions dangereuses pour les diverses catégories des citoyens et assurer la sauvegarde des droits fondamentaux, dont la tutelle ne peut être laissée au marché. L'action de ce nouvel organisme est caractérisée par la souplesse et l'opportunisme approprié aux processus d'innovation technologiques et aux dynamiques des marchés. Elle doit prévenir les déséquilibres, et la garantie qu'elle apporte doit essentiellement prévenir le danger d'exclusions ou de marginalisations transversales (sociales, culturelles, générationnelles, territoriales, d'emploi), ainsi que la possibilité que l'exercice des libertés fondamentales (d'entreprise, ou d'expression) se transforme en l'exercice d'un pouvoir dominant qui nie les mêmes libertés chez les autres* ».

²²⁴³ Loi n°89-25 du 17 janvier 1989 - art. 1 JORF 18 janvier 1989

²²⁴⁴ Comme souligné par T. PERROUD, Op cit, p. 136 : : « *L'esprit qui présida finalement à l'adoption du texte fut un esprit de conciliation : la loi Léotard ne fut pas abrogée et l'objectif de concurrence fut maintenu, mais les objectifs que le Conseil doit prendre en compte dans son action sont considérablement étoffés* ».

²²⁴⁵ « *La liberté proclamée à l'article 1^{er} de la présente loi et l'exercice des droits qui en découlent sont garantis par les conditions de fonctionnement du service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision* ».

²²⁴⁶ Dans la partie sur le cinéma, la notion de concurrence est toutefois introduite : V. Loi n° 82-652 sur la communication audiovisuelle, titre V « La diffusion des œuvres cinématographiques », art. 90 et 92§1, §3, §5.

proclamation de la liberté de communication permette l'introduction de nouveaux acteurs sur le marché²²⁴⁷. Au contraire, la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL), elle, « veille à assurer l'égalité de traitement et à favoriser la libre concurrence »²²⁴⁸, la notion de service public étant considérée comme secondaire, voire néfaste²²⁴⁹. Comme le rappelle D. Truchet, « la mission historique de l'autorité de régulation, construire le marché, reste sa mission de base »²²⁵⁰. Elle doit ainsi « donner un contenu concret à la liberté en permettant l'arrivée de nouveaux entrants tout en respectant les nombreuses limites qu'énumère l'article 1er de la loi de 1986 »²²⁵¹, mais elle doit également « veiller aux objectifs non économiques de l'audiovisuel » ce qui le conduit à faire des choix qui s'écartent de la seule logique de marché²²⁵².

838. Enfin, au Royaume-Uni, l'article 3 de la Communication Act de 2003 assigne deux objectifs principaux à l'OFCOM : la promotion des intérêts des citoyens et la promotion des intérêts des consommateurs, qui doit passer par la promotion de la concurrence, quand cela est approprié²²⁵³. Comme le souligne T. Perroud, malgré la différence de terminologie (entre le cas français et le cas anglais)²²⁵⁴, l'analyse des travaux préparatoires et des articles sur le choix de

²²⁴⁷ L'ouverture du secteur aux chaînes privées débute en 1983, lorsque l'Etat concède à l'agence Havas la création de Canal Plus.

²²⁴⁸ V. Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 dite Léotard relative à la liberté de la communication, art. 3§2.

²²⁴⁹ « Au contraire, c'est la notion même du service public, telle qu'elle a prévalu jusqu'à aujourd'hui — service de monopole et de contrainte — qui a conduit à l'impasse.

²²⁵⁰ D. TRUCHET, « Les missions et pouvoirs du CSA », in L. CALANDRI, S. REGOURD, *La régulation de la communication audiovisuelle*, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 43, spéc p. 46

²²⁵¹ Ibid, p. 48

²²⁵² Ibid.

²²⁵³ V. art. 3(1) (a) et (b), Communications Act 2003

(1)It shall be the principal duty of OFCOM, in carrying out their functions—

(a)to further the interests of citizens in relation to communications matters; and

(b)to further the interests of consumers in relevant markets, where appropriate by promoting competition.

²²⁵⁴ Cette différence doit d'ailleurs être nuancée puisqu'en 1986, F. Léotard met l'accent sur le caractère de consommateur du téléspectateur : « Nous préférons, quant à nous, la mission de service public au statut de service public. La première notion protège le client, c'est-à-dire le consommateur ; c'est le primat de la demande. La seconde notion croit protéger le salarié de l'entreprise, mais en fait, elle se protège elle-même ; c'est le primat d'une offre qui se désintéresse trop souvent de son destinataire »

ces termes au moment de l'adoption de la loi²²⁵⁵ montre que la dichotomie citoyen/consommateur recoupe largement l'opposition entre objectifs économiques et non économiques. Ainsi le ministre de la Culture de l'époque, Tessa Jowell affirma que « *le gouvernement est entièrement convaincu que l'intérêt du consommateur est normalement servi par la concurrence, alors que pour promouvoir l'intérêt du citoyen, la concurrence n'est qu'une solution parmi d'autres* »²²⁵⁶. Cette définition des fonctions des autorités de régulation en termes de conciliation d'intérêts divergents s'applique aussi aux autres secteurs²²⁵⁷.

Elle contraste toutefois avec celle qui avait été retenue par le Broadcasting Act de 1990, et qui privilégiait la sauvegarde de la concurrence à celle des impératifs de service public²²⁵⁸. La doctrine a énormément critiqué les impacts qu'a pu avoir ce choix sur le marché de l'audiovisuel. Elle a pu écrire neuf ans après que « Les réformes instituées par le Broadcasting Act de 1990 menèrent à une période de turbulence et de bouleversement à l'intérieur du secteur de l'audiovisuel avec des résultats qui étaient au mieux non souhaités, et au pire, qui ont sérieusement ébranlé le modèle du service public audiovisuel »²²⁵⁹.

²²⁵⁵ Pour une explication de la genèse de cette formulation V. S. LIVINGSTONE, P. LUNT, L. MILLER « Citizens and consumers: discursive debates during and after the Communications Act 2003 », *Media Culture Society*, 29(4), p. 613 spéc. p. 617s. V. aussi S. LIVINGSTONE, P. LUNT, « Representing Citizens and Consumers in Media and Communications Regulation », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2007, n° 611, p. 51. Pour une explication de l'inscription du Communications Act 2003 dans le contexte plus global de la politique audiovisuelle du gouvernement d'alors V. D. HESMONDHALGH, « Media and cultural policy as public policy », *International Journal of Cultural Policy*, 2006(1), p. 95

²²⁵⁶ Traduction de : « *We absolutely believe that the consumer interest is usually best served by the promotion of competition, but ... in citizen interest issues, competition is only one possible solution* » (Hansard, 14 July 2003), cité en anglais par T. PERROUD, *Op cit*, p. 97

²²⁵⁷ V. pour l'électricité art. 3 de l'Electricity Act 1989, pour le gaz l'art. 4AA du Gas Act 1986, dans le secteur postal l'art. 29 du Postal Services Act 2011 et enfin dans le secteur ferroviaire l'art. 4 du Railways Act 1993.

²²⁵⁸ BA, 1990, article 2(2) : « *It shall be the duty of the Commission :*
(a) *to discharge their functions under this Part and Part II as respects the licensing of the services referred to in subsection (1) in the manner which they consider is best calculated :*
(i) *to ensure that a wide range of such services is available throughout the United Kingdom, and*
(ii) *to ensure fair and effective competition in the provision of such services and services connected with them; and*
(b) *to discharge their functions under this Part as respects the licensing of television programme services in the manner which they consider is best calculated to ensure the provision of such services which (taken as a whole) are of high quality and offer a wide range of programmes calculated to appeal to a variety of tastes and interests ».*

²²⁵⁹ « *The reforms instituted by the Broadcasting Act 1990 led to a period of turbulence and upheaval within broadcasting with results that were at best unintended and, at worst, seriously undermined the ideal of public service broadcasting* », S. DEAKIN, S. PRATTEN, « Reinventing the Market? Competition and Regulatory Change in Broadcasting », *Journal of Law and Society*, 1999(3), p. 323. Le même constat est dressé par T. PROSSER, in « *Public Service Broadcasting and Deregulation in the UK* », *European Journal of Communication*, 1992(2), p. 1773

839. Ainsi, pour G. Marcou, qui résume parfaitement « *la régulation est une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans le cadre d'un marché concurrentiel. La régulation impose ce compromis aux opérateurs sur le marché par des moyens juridiques. En d'autres termes, il s'agit de la fonction de la puissance publique visant à la satisfaction de besoins collectifs par des activités de nature économique sous un régime concurrentiel* »²²⁶⁰. Cette conception est retenue également par S. Braconnier pour qui la régulation aurait pour but de « *favoriser l'introduction de la concurrence dans les secteurs privatisés tout en garantissant le niveau de qualité des services* »²²⁶¹. La régulation aboutit même parfois à « *un compromis politique et social qui permet aux pouvoirs publics, dans certaines conditions, de corriger, et même parfois suspendre le calcul économique au nom d'autres principes* »²²⁶². Ces critiques des théories néo-libérales du marché emportent des conséquences très importantes sur la nature et la fonction des autorités de régulation qui ne peut être qualifiée de neutre (B).

B) L'impossible neutralité

840. Pour Hayek, théoricien du néo-libéralisme si le marché est préférable à tout autre système, c'est d'abord parce qu'il est capable de mobiliser plus d'informations et d'acteurs que n'importe quel autre²²⁶³ et qu'il garantit avant tout, la liberté²²⁶⁴. Ce qui garantit cette liberté, c'est le fait que les règles du marché échappent à la volonté humaine, et donc à l'arbitraire d'une instance de décision hétérogène²²⁶⁵. Le marché garantit la liberté et l'efficacité, car il n'établit pas de hiérarchie entre les intérêts des acteurs et qu'il est engendré par les actions concomitantes

²²⁶⁰ G. MARCOU, « Régulation et service public : les enseignements du droit comparé » in F. MODERNE, G. MARCOU (ed) *Droit de la régulation, services publics et intégration régionale*, L'harmattan, 2005

²²⁶¹ S. BRACONNIER, « La régulation des services publics », RFDA 2001, p. 43

²²⁶² A. CANTARO, « El decline de la «constitución económica del Estado social » in M. A. GARCÍA HERRERA (ed), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1997, p. 153

²²⁶³ F. A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Tome 1, PUF, 1980, 1ère ed en allemand : 1973

²²⁶⁴ V. M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique*, Op cit, p. 168s

²²⁶⁵ J. CHEVALLIER, « L'Etat régulateur », in M. LOMBARD(ed), *Régulation économique et démocratie*, Op cit, spéc p. 34

et interdépendantes de tous ceux-ci. Il est donc un ordre spontané et indépendant de toute idéologie²²⁶⁶. Dans cet ordre juridique, considéré comme un système de normes cohérent et en interrelations les unes par rapport aux autres²²⁶⁷, il est normal que les fonctions²²⁶⁸ de régulateur soient confiées à un organe neutre, extérieur à l'administration à proprement parlé, indépendant de la politique et de toute idéologie. Ce caractère neutre des autorités indépendantes a été mis en valeur notamment dans la doctrine italienne. Comme l'écrit V. Caianiello, « *on s'accorde à reconnaître que la neutralité, entendue comme indifférence aux différents intérêts en jeu, est incompatible avec l'idée d'administration au sens traditionnel, car celle-ci, par sa nature, loin d'être neutre par rapport aux intérêts qui sont liés à son activité, a pour finalité institutionnelle la réalisation des intérêts publics qui lui sont confiés* »²²⁶⁹.

841. La neutralité des autorités administratives s'explique et se justifie par l'élimination de tout intérêt public de la sphère d'action des autorités : celles-ci doivent se contenter d'arbitrer les conflits entre divers intérêts privés et n'ont pas à privilégier ces finalités publiques²²⁷⁰ : elles doivent traiter ces finalités de manière égale à celle des intérêts privés²²⁷¹. L'intérêt public découle seulement du traitement égal de tous les intérêts en présence dans la fonction d'arbitrage de l'autorité, qui se résume alors à celui d'horloger du marché pour reprendre les termes de F.

²²⁶⁶ Ibid.

²²⁶⁷ V. la définition qu'en donne J. CHEVALLIER : « *Par son caractère systématique, l'ordre juridique transcende la simple "norme juridique" : il met en évidence les interrelations qui unissent les normes juridiques, considérées comme liées les unes aux autres et formant système; ces normes sont analysées, non plus dans leur singularité, mais en fonction de leur appartenance à un ensemble structuré et cohérent, régi par une logique globale et animé par une dynamique propre d'évolution* », « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, spéc p. 8

²²⁶⁸ Fonction entendue comme fonction-fin telle que définie par G. TIMSIT dans sa thèse *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, LGDJ, 1963, spéc p.10 : « *une distinction existe entre deux expressions : un organe a une fonction, ou un organe a pour fonction. dans le premier cas, l'on se réfère au produit, au résultat immédiat de son activité, et l'on s'en tient à ce résultat. la fonction désigne l'objet d'activité de l'organe. dans le deuxième cas, il n'en est plus de même : l'organe a pour fonction de ; alors le concept de fonction recouvre la fin que poursuit l'organe, la finalité qui l'anime dans son action* ».

²²⁶⁹ V. CAIANIELLO, « Il difficile equilibrio (...) », Op cit, p. 352

²²⁷⁰ M. MANETTI, Op cit, p. 150s

²²⁷¹ V. CAIANIELLO, Op cit, p. 353 : « *La raison d'être qui apparaît appropriée à justifier la création de ces nouvelles figures est qu'à celles-ci ont été attribuées des fonctions neutres, essentiellement de régulation de tous les intérêts sur lesquels ils interfèrent, ce qui inclue les intérêts compris dans la sphère publique, sans qu'aucun conditionnement politique puisse porter à privilégier, dans le libre jeu du marché, les uns ou les autres* ».

Merusi²²⁷². Cette neutralité peut également s'expliquer par la nature technique de la fonction, qui fait référence à l'autonomie et à la nature objective des choix techniques sur lesquelles se fondent les décisions²²⁷³. Ce sont alors les compétences d'expert des membres des autorités qui sont valorisées pour « *enrichir et affiner les capacités techniques des administrations publiques* »²²⁷⁴.

842. M. Manetti est l'auteure qui met le mieux en avant l'incompatibilité de la neutralité avec les principes de l'administration : si l'on se penche sur la notion de neutralité entendue comme indifférence vis-à-vis des intérêts en jeu, on remarque qu'il s'agit d'une définition incompatible avec l'idée d'administration au sens traditionnel, parce que celle-ci, par sa nature même, loin d'être neutre vis-à-vis des intérêts liés à son activité, est institutionnellement engagée à la réalisation des intérêts publics qui lui sont confiés et est donc une partie intéressée par rapport à ceux-ci. Il y a donc une profonde distinction entre les notions d'impartialité et de neutralité, même si assez souvent les deux termes sont utilisés de façon interchangeable pour exprimer des concepts qui sont en fait différents²²⁷⁵.

843. La définition de la régulation que nous avons retenue implique l'acceptation que le marché n'est pas autosuffisant et que les représentants du peuple peuvent déterminer des objectifs autres que ceux relatifs à l'efficacité du marché, mais qui peuvent être atteints à travers un régime concurrentiel²²⁷⁶. Dès lors qu'on accepte de considérer que certains objectifs

²²⁷² F. MERUSI, Relazione conclusiva al Convegno di Parma del 30 maggio 1992 su Le Autorità amministrative indipendenti. En ligne.

²²⁷³ G. MAJONE, « The Regulatory State and its Legitimacy Problems », *West European Politics*, 1999(1), p. 1 ; E. MARTINELLI : « *On observe la tendance à vouloir neutraliser et résoudre la gestion de quelques intérêts d'importance sociale imminente par l'abdication des partis et de la politique à faveur de structures administratives autonomes et indépendantes composées de techniciens, favorisés, dans leur capacité d'action par leur statut d'observateurs neutres et privilégiés* » ; V. aussi N. LONGOBARDINI : « *Par régulation, on entend la tâche qui consiste à assurer dans un certain domaine le type d'équilibre entre les intérêts voulu par la loi, et l'on souligne surtout le recours à des moyens préventifs et informels, ainsi que la nécessité d'une action d'arbitrage entre les intérêts en question* », « Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique », RFDA, 1995, p. 388s

²²⁷⁴ M-C. ROQUES-BONNET, « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ? », VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Congrès de Paris, 25-27 septembre 2008, p. 8

²²⁷⁵ M. MANETTI, Op cit, p. 140s

²²⁷⁶ G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », Op cit, p. 350s

extérieurs au marché, relatifs à l'intérêt général, doivent être pris en considération, on reconnaît également que la définition de ces objectifs est par nature politique²²⁷⁷ et que l'autorité qui les met en oeuvre ne peut être considérée comme « neutre »²²⁷⁸. H. Kelsen semblait d'ailleurs réticent à s'approprier la notion de neutralité développée par Constant et reprise par C. Schmitt, dès lors que tout pouvoir, le pouvoir arbitral a fortiori, est politique : « *En autorisant le juge, à l'intérieur de certaines limites, à trancher entre des intérêts contradictoires et à résoudre un conflit au profit de l'un ou de l'autre, le législateur lui confère une compétence de création du droit et donc un pouvoir qui donne à la fonction judiciaire ce même caractère "politique" qu'au pouvoir législatif, même si celui-ci l'exerce dans une plus large mesure. Entre le caractère politique de la législation et celui de la justice, il n'y a qu'une différence quantitative et non qualitative* »²²⁷⁹.

Conclusion §1 :

844. La finalité de la fonction de régulation par les autorités indépendantes telle qu'elle est conceptualisée par la doctrine néo-libérale semble s'opposer à celle qui est formulée par le droit positif. Si l'on adopte la doctrine économique des ordo libéraux, la seule finalité des organes de régulation devrait être de recréer, par l'intervention du droit, les principes régissant le marché

²²⁷⁷ V. M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », AJDA, 2005, p. 530, p. 534 pour qui la fonction de régulation économique est politique par nature car la définition de l'optimum qu'il s'agit d'atteindre à travers cette fonction-fin qu'est la régulation relève de la vie de la cité comme communauté politique. Cette définition, inspirée de la définition aristotélicienne, qui prend pour appui l'idée qu'aucun Homme ne peut se suffire à lui-même, et doit en conséquence confier certains de ses besoins à la communauté, peut être complétée par la définition de la politique selon Weber pour qui la notion de politique renvoie à la notion de choix, de dynamiques, orchestrés en fonction des rapports de domination de certains Hommes par d'autres. Elle peut donc être définie comme « *la direction du groupement politique que nous appelons État ou l'influence que l'on exerce sur cette direction* » V. M. WEBER, *Le savant et le politique*, 1919.

²²⁷⁸ Matthias Herdegen qui, en 2009, se demande si la possibilité d'un pouvoir neutre existe encore dans les États de droit démocratiques contemporains. M. HERDEGEN, « Verfassungsgerichtsbarkeit als pouvoir neutre », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 69, 2009, p. 257, cité par S. BAUME, « De l'usage des pouvoirs neutres », in *Pouvoirs*, 2012(4), p. 17 ; contra D. SORACE, « Régulation et démocratie politique : un point de vue italien », in M. LOMBARD, *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2005, p. 153 spéc p. 162 : « *Ainsi le choix (para)constitutionnel d'abandonner en général le dirigisme économique et de s'en remettre au marché concurrentiel, implique d'envisager, pour cet aspect, l'économie comme une science ou une technique, non comme un sujet à propos duquel l'on pourra avoir des orientations différentes selon les intérêts que l'on veut à chaque fois privilégier et donc selon les points de vue des gouvernements et des majorités parlementaires. Il est vrai, toutefois que sur certaines questions on peut avoir, parmi les techniciens, des opinions différentes. Mais dans ce cas aussi, on peut leur confier la recherche de solution la recherche de la solution préférable, sans que les critères de choix deviennent les intérêts contingents privilégiés par une administration politique orientée* ».

²²⁷⁹ H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Michel Houdiard, 2006, p. 74-75

lorsque celui-ci ne peut se réguler par lui-même. En conséquence, le régulateur se doit d'être neutre, c'est-à-dire simple horloger, il ne peut prendre parti entre les intérêts en jeu. Or, comme nous l'avons montré pour le seul secteur de l'audiovisuel, la législation prévoit dans les trois États que le régulateur doit concilier des principes fondamentaux extérieurs au marché avec l'équilibre du marché pour formuler leurs décisions. Lorsque le marché ne permet pas d'atteindre les impératifs en cause, celui-ci peut même devoir être écarté. Les principes développés par les ordo-libéraux ne sont donc pas retenus, comme tels, par le législateur, puisque les principes imposés par la loi sont par nature politiques, et ils doivent être conciliés, voire parfois substitués à la régulation du marché. Ces constats emportent des interrogations : comme le souligne M. Lombard, « *puisque la définition matérielle de la régulation en fait une mission politique par nature, il faut bien plutôt s'interroger, de façon d'autant plus cruciale, sur les relations entre la régulation économique lorsqu'elle est le fait d'institutions indépendantes, d'une part, et la démocratie politique, d'autre part* »²²⁸⁰ (§2).

§2 Une indépendance suscitant des problèmes vis-à-vis des principes de démocratie politique

Comme l'écrit S. Abouddrar, le fait que l'on ait confié à des autorités indépendantes des fonctions de régulation ne signifie pas que l'on tiendrait « *par méthode pour acquis que l'indépendance est une condition de la régulation* »²²⁸¹. Le fait que, dans les trois États, cette indépendance n'ait pas été retenue inconstitutionnelle (A) ne signifie pas que l'on ne doive pas se poser la question, en doctrine, de leur compatibilité avec les règles de la démocratie politique²²⁸² (B).

²²⁸⁰ M. LOMBARD « Autorités administratives indépendantes et démocratie politique », Op cit, p. 535

²²⁸¹ S. ABOUDDRAR, Compte rendu de « Les rencontres du Forum de la régulation : L'indépendance du régulateur », Petites Affiches 2003, n° 139, p. 5

²²⁸² V. S. DUNITON, *La confrontation des autorités administratives indépendantes au principe démocratique*, thèse de doctorat en droit public, Université Montpellier 1, 2012 ; M. LOMBARD, Op cit, p. 535

A) L'indépendance des autorités de régulation avalisées par la doctrine et le juge

845. Dans les trois États, l'institution des autorités de régulation indépendantes du pouvoir politique pose des problèmes constitutionnels et remet en cause la conception de l'administration qui prévalait jusqu'alors. Le principe démocratique voulait en effet que l'administration tire sa légitimité de son assujettissement au pouvoir politique, qui représente le peuple et est élu par lui²²⁸³. L'administration tenait donc son pouvoir de la collectivité des citoyens, et n'a de légitimité d'agir que parce qu'elle est mise au service de cette collectivité. On assiste donc à une distinction importante entre l'idée de politique, et l'idée de gestion administrative, le second étant subordonné au premier. Cette distinction, de nature verticale et non horizontale, a pu être qualifiée de « *division du travail entre les fonctions hiérarchiquement supérieures de gouvernement et l'activité de l'administration, entendue comme fonction opérationnelle* »²²⁸⁴. Cette subordination de l'administration au pouvoir politique, et la stricte obéissance de celle-ci envers celui-ci, était un dogme incontesté de l'organisation de l'État : la construction d'un ordre bureaucratique subordonné au pouvoir politique était en effet profondément lié à l'avènement de l'ordre démocratique²²⁸⁵.

846. La mise en place des AAI aurait donc pu être considérée comme problématique au regard de la tradition politique française qui repose sur le principe de souveraineté nationale défini à l'article 3 DDHC, et qui est repris par l'article 3 de la Constitution de 1958. Les articles 14 et 15 de la DDHC prévoient en outre qu'un contrôle de l'utilisation des deniers publics²²⁸⁶, ainsi que de l'action de l'administration²²⁸⁷ doit être rendu possible et que ce contrôle doit être réalisé par les citoyens ou par leurs représentants. Le respect de ce principe est normalement assuré par la subordination de l'administration à l'exécutif et la responsabilité de l'exécutif devant le

²²⁸³ J. CHEVALLIER, *Sciences administratives*, PUF, 5ème ed, 2013, p. 147s

²²⁸⁴ V. CAIANELLO, « Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile », *Foro amministrativo*, 1997, p. 341

²²⁸⁵ J. CHEVALLIER, *Sciences administratives*, Op cit, p.

²²⁸⁶ Article XIV : « *Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs Représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée* ».

²²⁸⁷ Article XV : « *La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration* ».

parlement²²⁸⁸. Ces doutes sur la constitutionnalité de l'indépendance des autorités n'ont été qu'implicitement levés par la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, lorsqu'il a été amené à examiner les premiers textes de loi instaurant des AAI. Le Conseil a ignoré la question, et donc reconnu implicitement leur constitutionnalité²²⁸⁹. Ce silence a pu être interprété comme l'illustration de la quasi-absence de valeur normative de ces différentes dispositions constitutionnelles²²⁹⁰.

847. En Italie, également, les auteurs ont soulevé des doutes concernant la constitutionnalité de ces autorités, notamment en ce que celles-ci remettaient en cause le principe de responsabilité ministérielle qu'emportait l'article 95 de la Constitution : le principe selon lequel l'action mise en oeuvre par l'administration devait être validée et contrôlée par les représentants du peuple élu, à travers le contrôle parlementaire sur le gouvernement, ainsi que directement, à travers divers pouvoirs de contrôle qui permettent un contact direct entre le parlement et l'administration²²⁹¹. L'interprétation constructive²²⁹² qui faisait découler de cet article le principe de responsabilité ministérielle dérivait de la loi Cavour²²⁹³ qui avait sanctifié ce principe en établissant un lien

²²⁸⁸ C. TEITGEN-COLLY, Op cit, p. 48

²²⁸⁹ Décisions CC, 26 juillet 1984 *relative à la Haute autorité de la communication audiovisuelle*, n° 84-173 DC du Rec. p. 63, note Favoreu, RDP, 1986(2), p. 395, §36 et 68 ; CC, 18 septembre 1986 *relative à la Commission nationale de la communication et des libertés*, n° 86-217 DC, Rec, p. 141, Op cit ; CC, 23 janvier 1987 *relative au Conseil de la concurrence*, n° 86-224 DC, Rec, p. 8, Op cit ; CC, 17 janvier 1989 *relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel*, n° 88-248 DC, Rec, p. 18, Op cit. M. Ponchard écrit qu' « Il convient de relever d'emblée que le débat doit être regardé comme tranché, s'agissant des principes, c'est-à-dire de la légitimité démocratique des AAI et de la conformité à la Constitution de l'existence de telles autorités, telles que conçues par le législateur, depuis que le Conseil constitutionnel a entériné, sans observations sur ce point, l'existence de la Haute autorité de la communication audiovisuelle par sa décision du 26 juillet 1984 ». V. M. PONCHARD, « Autorités administratives indépendantes et contrôle démocratique », Cah. fonct. publ. novembre 2001, p. 4

²²⁹⁰ Y. VILLAIN, « Légitimité des autorités de régulation indépendantes : des incertitudes originelles à la confirmation de leur insertion dans le système politico-administratif français » in G. MARCOU, J. MASING, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, LGDJ, 2011, p. 24, spéc p. 45s

²²⁹¹ G. DE VERGOTTINI, « L'autorità di regolazione dei servizi pubblici », *Rassegna giuridica de energia elettrica*, 1996, p. 288

²²⁹² Celui-ci, à la différence de l'article 20 de la Constitution française n'établissait pas de lien de subordination directe entre le gouvernement et l'administration.

²²⁹³ Legge 1483/1853

entre chaque acte administratif et le ministère responsable de celui-ci²²⁹⁴. Il est intéressant de constater que c'est notamment l'argument de droit comparé qui a convaincu la doctrine qu'il n'existait pas de problème constitutionnel à la rupture de ce lien ombilical entre Parlement-gouvernement et administration. Le Conseil constitutionnel français n'a pas reconnu inconstitutionnelle l'existence d'organes extérieurs à ce circuit de responsabilité ministérielle, alors même que l'article 20 de la Constitution française était bien plus clair sur l'exclusivité du modèle de responsabilité ministérielle²²⁹⁵. Par ailleurs, l'existence en Italie d'un article de la Constitution proclamant l'impartialité de l'administration vis-à-vis du pouvoir politique permet, selon la majorité des auteurs, d'envisager un circuit autre que celui de la responsabilité ministérielle vis-à-vis du Parlement. Les doutes concernant la constitutionnalité de la soustraction des autorités administratives au contrôle du pouvoir exécutif peuvent alors être dissipés par la reconnaissance du fait que celle-ci n'exerce pas une activité administrative au sens propre, entendue comme protection d'intérêts publics concrets²²⁹⁶. Même si l'indépendance de ces autorités est considérée comme constitutionnelle, il nous faut présenter les arguments doctrinaux soutenant l'idée d'une absence de garde-fous suffisants pour assurer l'impartialité de ces autorités (B).

B) La nécessité de renforcer les garde-fous assurant l'impartialité dans la prise de décisions

Si la légitimité de ces organes indépendants semble résider dans l'impartialité (1), celle-ci ne peut être présumée et elle doit être vérifiée à l'aide de procédures durant le mandat des membres des autorités (2).

²²⁹⁴ S. LOMBARDO, « Le autorità amministrative indipendenti nella prospettiva dell'e-government », federalismi.it, 2008, n° 12 ; F.MERUSI, M. PASSARO, « Autorità indipendenti » in Enciclopedia del diritto, Giuffrè, [agg. VI, 2002]

²²⁹⁵ S. LOMBARDO, Op cit, note 8, p. 3

²²⁹⁶ V. CAIANELLO, « Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti », Op cit, p. 355

1) De la légitimité majoritaire à la légitimité d'impartialité

848. M. Lombard pose le constat d'une relative rareté des juristes « *sur les questions que posent ces institutions, vis-à-vis de la démocratie politique* »²²⁹⁷. Les auteurs s'accordent à reconnaître l'influence du droit comparé dans la mise en place de ces autorités indépendantes en droit français, alors même, comme l'écrit B. Du Marais, que « *les présupposés institutionnels et le contexte économique qui président à leur fonctionnement aux États-Unis et en Grande-Bretagne font rarement en France l'objet d'une analyse détaillée* »²²⁹⁸. M-A. Le Mestre écrit dans le même sens que « *si l'institution des autorités administratives indépendantes est bien un domaine de prédilection pour la citation d'exemples de législations étrangères (...), l'amplitude des variations du poids que l'argument peut avoir sur la décision ainsi que la pertinence des études proposées dans les rapports témoignent du caractère aléatoire de la pratique du droit comparé* »²²⁹⁹.

849. Ainsi que le reconnaît M. Lombard, la France, et a fortiori l'Italie²³⁰⁰, se sont inspiré du modèle américain des agences fédérales américaines, modèle décrit par E. Zoller²³⁰¹ et dont la genèse remonte à la fin du XIXe siècle avec la création de la ICC (Interstate Commerce

²²⁹⁷ M. LOMBARD, Op cit, p. 474 ; qui cite notamment : J. MARIMBERT, « Les conditions de l'indépendance comme facteur de légitimité », in M.-A. FRISON-ROCHE(ed), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004 p. 83 ; M. COLLET, « Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de régulation », *ibid.*, p. 41 ; M. LOMBARD, « La régulation dans un Etat de droit » p. 26, et « Régulation et hiérarchie des normes - Propos conclusifs » p. 977, in M.-A. FRISON-ROCHE(ed), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Dalloz, 2004 ; et depuis la thèse notable de

²²⁹⁸ B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Dalloz, 2004, p. 464. L'auteur écrit avant la parution de la thèse de T. Perroud sur la fonction contentieuse des autorités de regulation en France et au Royaume-Uni, parue en 2012, et ne mentionne pas les travaux d'E. Zoller.

²²⁹⁹ M-A. LE MESTRE, « L'argument de droit comparé et les Autorités administratives indépendantes », F. MELLERAY(ed), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, p. 133

²³⁰⁰La même remarque est faite sur le paradoxe de l'importation du modèle anglo-saxon en droit italien. V. par exemple G. AMATO, « Autorité semi-independenti e autorità di garanzia », RTDP, 1997, p/ 645, spéc p. 649s ; D. SORACE, « Régulation économique et démocratie politique : un point de vue italien », in M. LOMBARD, *Régulation économique et démocratie*, Op cit, p. 155. Sur les agences américaines, V. en italien N. GRECO, « Le independent regulatory Commission », in Studi parlamentaria di politica costituzionale, 1977, n° 36, p. 47 ; G. TIBERI, « Le independent Commissions nell'ordinamento statunitense », Amministrare, 2000(1), p. 167

²³⁰¹ E. ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », RFDA, 2004, p. 757

Commission). Il est intéressant de revenir sur les principes qui ont présidé à leur création et surtout à leur multiplication, car elles se rapprochent des justifications politiques et juridiques des autorités en France et en Italie. Après que la Cour Suprême eut confirmé la constitutionnalité de l'indépendance de ces commissions dans un arrêt *Humphrey's executor v United States* de 1935²³⁰², un rapport public théorisa en 1944 pour la première fois la spécificité du modèle de la Commission indépendante²³⁰³. Ce rapport mettait en exergue la soustraction de ces commissions aux pressions de l'exécutif, mais aussi la nécessité d'impartialité, la capacité de mener des politiques de longue durée non soumise à l'aléa électoral, l'adoption de mesures cohérentes et rationnelles (car prises par des experts)²³⁰⁴. Ces remarques furent reprises quelques années plus tard par la Commission Hoover²³⁰⁵, chargée par le Président Truman de formuler des recommandations sur le système administratif américain et qui mena au très important Reorganization Act of 1949²³⁰⁶. Si l'impartialité, la présence des experts et la soustraction aux dynamiques politiques²³⁰⁷ sont les principes qui justifient la création de ces autorités, il est nécessaire de se demander dans quelle condition l'impartialité peut effectivement représenter un principe de légitimité .

Sur la création de l'ICC V. R. CUSHMAN « Early State experience with commission and with administrative regulation », in *The independent regulatory Commission*, OUP, 1941, Nouvelle ed 1972, p. 20-34. Pour une étude de l'histoire des agences V. R-L. RABIN, « Federal regulation in historical perspective », *Standford Law Review*, 1986, Vol. 38, p.1189 ; S. SKOWRONEK, *Building a new American State, 1877-1920*.

²³⁰² Cour suprême des Etats-Unis, Avis n° 295US602. Le Président Roosevelt avait voulu démettre un membre de la Federal Trade Commission car celui-ci n'était pas en accord avec sa politique du New Deal. La Cour Suprême considéra que cette commission avait des pouvoirs quasi législatifs et quasi judiciaires, et qu'au regard de la conception stricte de la séparation des pouvoirs, le Président ne pouvait en aucun cas démettre un membre car la Commission n'était pas dépendante, dans son existence, de l'exécutif.

²³⁰³ P. ROSANVALLON, *Op cit*, p. 128

²³⁰⁴Ibid.

²³⁰⁵ Commission on Organization of the Executive Branch of the Government, ou Hoover Commission. V. « Summary of Reports of the Hoover Commission », *Public Administration Review*, 9 (2): 73-99, 1949 ; et plus spécialement : Task force report on Regulatory Commission, Government Printing offices, Washington DC. 1949.

²³⁰⁶ F. HEADY, « The Reorganization Act of 1949 », *Public Administration Review*, Vol. 9, No. 3, Summer, 1949

²³⁰⁷ Politique entendue ici au sens auquel Schmitt l'entendait :

850. Ainsi que l'explique très clairement E. Zoller, ces agences n'ont pas été sans poser problème vis-à-vis du principe démocratique et de souveraineté populaire²³⁰⁸. Très tôt, il a été admis que la légitimité qui découle de la délégation de pouvoirs consentie par des institutions procédant de l'élection n'est pas suffisante pour inscrire pleinement ces institutions dans la démocratie politique²³⁰⁹. Ces problèmes ont été soulevés avec virulence dès 1937 par le rapport Brownlow²³¹⁰, qui a marqué le point de départ « *des efforts entrepris pour réconcilier [ces agences] avec la démocratie* ». Nous n'entrerons pas dans le détail des mesures prises à partir des années 40 pour démocratiser ces autorités, car celles-ci sont propres au système constitutionnel américain, mais il faut souligner que si le modèle des agences a été très souvent invoqué pour justifier la création de telles autorités en France, les auteurs ne se sont pas pour autant s'intéresser aux problèmes démocratiques qu'ont pu poser ces agences dans cet État, et sans reprendre les garde-fous qui avaient été instaurés pour remédier à ce manque de démocratie.

851. En Europe, la thèse dominante, résumée par Pierre Rosanvallon²³¹¹, pour justifier la création d'autorités indépendantes, serait que cette indépendance, nécessairement associée à un déficit démocratique, constitue la condition de l'impartialité des membres de ces autorités, et que l'impartialité représenterait en elle-même une nouvelle forme de légitimité, qui dépasserait la légitimité démocratique traditionnellement conçue comme la domination de la majorité sur la

²³⁰⁸ E. ZOLLER, Op cit, p. 760 ; L'auteur remarque qu'une littérature immense a été consacré au principe de l' « Etat administratif », entendu de manière péjorative. Cette littérature a pour objet deux problématiques principales : la compatibilité de l'Etat administratif avec la démocratie et l'insertion de l'Etat administratif, autrement dit des agences dans la Constitution de 1787. V. T. LOWI, *The end of liberalism, ideology, policy and the crisis of public Authority*, Northon et Co, 1969 et E. RUBIN « Getting Past democracy », *University of Pensilvanya law Review*, 2001 (149), p. 711 pour la première problématique ; pour la deuxième V. P. L. STRAUSS, « The place of agencies in government : Séparation of Powers and the fourth branch », *Columbia Law Review*, Vol 84(3), 1984, p. 573 ; G. P. MILLER, « Independent agencies », *The supreme Court review*, 1986, p. 41

²³⁰⁹ M. LOMBARD, Op cit.

²³¹⁰ The President's Committee on Administrative Management, Report of the Committee with Studies of Administrative Management in the Federal Government (1937), reproduit dans Subcommittee on Separation of Powers of the Senate Commission of the Judiciary, *Separation of Powers and Independent Agencies : Cases and Selected Readings*, S. Doc. N° 91-49 (1969), p. 346.

²³¹¹ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique, Impartialité, Réflexivité, Proximité*, Seuil, 2003

minorité²³¹². À cet égard, l'auteur montre par un processus archéologique (au sens foucauldien du terme) que la légitimité majoritaire est un paradigme apparu tardivement qui n'a que très peu été théorisé. Ce paradigme a remplacé, progressivement et subrepticement le paradigme de l'unanimité pour la prise de décisions²³¹³. L'auteur montre ensuite comment, du fait des insuffisances du principe majoritaire à fonder, seul, le principe démocratique, une administration indépendante du politique s'est développée à partir du XIX^{ème} siècle²³¹⁴. Comme le remarque un auteur, « *la conquête de la démocratie politique s'est conjuguée avec la résistance de la technocratie administrative* »²³¹⁵. Si la légitimité électorale, entendue comme assimilation de la volonté générale à la volonté de la majorité ne va pas de soi et est une construction, il est possible de penser d'autres formes de légitimité, qui ne découleraient pas d'une élection, autrement dit de la domination de la majorité sur la minorité²³¹⁶.

²³¹² Contra M. LOMBARD, Op cit, p. 545 : « *il était aussi reconnu que, sauf pour les juges, il n'est pas de légitimité dans une démocratie politique hors, directement ou indirectement, du principe électif, et l'idée parfois aventurée de placer de telles institutions administratives sur le même plan que les juges est difficilement soutenable (le président (le président Canivet rappelle que la « légitimité institutionnelle » des juges est inscrite dans la Constitution et que leur « légitimité fonctionnelle » est fondée sur l'application du droit). (...) Si la compétence d'autorités administratives de régulation ne peut avoir de légitimité quant à elles, que par la délégation qui leur est consentie par les institutions procédant de l'élection, il est aussi acquis, du moins dans la littérature juridique anglo-saxonne, que cela ne suffit pas à garantir pleinement l'inscription des institutions de régulation dans la démocratie politique* ».

²³¹³ P. ROSANVALLON, Op cit, Chapitre 1, « Les présupposés de la légitimité d'établissement ». V. par exemple la retranscription de la théorie de Sieyès, p. 44 : « *L'auteur de Qu'est ce que le tiers état ? ne s'inscrit plus dans la perspective d'une société-communauté. L'impératif d'égalité est inclus chez lui dans une vision individualiste du social ; il appréhende ainsi explicitement la volonté générale comme la somme de toutes les volontés individuelles. Cela le conduit du même coup à ériger l'unanimité en idéal formel, à la concevoir de façon arithmétique. Si les individus sont par nature libres et égaux, aucun ne doit en effet être en situation de dominer les autres et le pouvoir ne peut légitimement procéder que de la volonté de chacun s'unissant à celle des autres. Mais comment envisager ce qu'on pourrait appeler une « unanimité mécanique » et non plus seulement une « unanimité principe » ? Sieyès résous cette difficulté par un appel à la fiction, la majorité étant considérée comme un équivalent de l'unanimité. (...) Mais le problème est qu'il n'établit pas clairement s'il s'agit là d'une d'une fiction juridique nécessaire, (dont il faudrait tirer toutes les conséquences en matière de rapports entre droit et politique), ou d'une équivalence substantielle* ». De même pour Rousseau et Locke qui quand ils « *admettent la technique majoritaire, n'ont nullement en tête l'idée qu'une société politiquement bien ordonnée puisse reposer sur la confrontation positive d'une majorité et d'une minorité. Ils sont sur ce point plus proches des anciens ou des théologiens politiques du Moyen-Age que des penseurs modernes de la démocratie pluraliste* ». V. sur ce point P. FAVRE, « Unanimité et majorité dans le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau », RDP, 1976, n° 1, p. 111 ; Pour les problèmes théoriques que posent ces confrontations entre idéal et réalité V. B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », Le Débat, 1985/1, p. 72, Pour une théorisation du principe majoritaire V. O. BEAUD, « Le principe majoritaire dans la théorie constitutionnelle des formes politiques », Jus Politicum, n° 15

²³¹⁴ P. ROSANVALLON, Op cit, Chapitre I, 2 « La légitimité d'identification à la généralité », p. 59s

²³¹⁵ G. LEBRETON, *Droit administratif général*, A. Colin, 3^{ème} éd, 2004, p. 18

²³¹⁶ P. ROSANVALLON, Op cit, Chapitre II, 2 « La démocratie d'impartialité », p. 139s.

852. À cela s'ajoute, souligne l'auteur, une demande d'impartialité de la part de la population, impartialité entendue avec Kant comme le fait d' « *adopter tous les points de vue concevables* »²³¹⁷, pour tenter d'accéder à une forme de généralité²³¹⁸ et participe donc d'un effort de représentation de la société toute entière²³¹⁹. Ces autorités peuvent alors être comparées à des « organes de la nation », pour reprendre le concept de Carré de Malberg²³²⁰. Cela rejoint les propos de A. Sen concernant la dimension démocratique nécessaire des choix économiques de la Nation : « *la question principale, écrit-il n'est pas de trouver des solutions satisfaisantes à des problèmes techniques compliqués, mais aussi de parvenir à des décisions sur une base participative, en donnant aux citoyens l'opportunité de faire connaître et de défendre leurs préoccupations* »²³²¹. À cet égard, la légitimité démocratique des autorités de régulation ne réside pas seulement dans l'avis des experts, aussi intéressant soit-il, mais aussi dans la possibilité pour les citoyens de faire entendre leurs opinions et/ou réclamations à une instance qui considèrera celles-ci avec impartialité. Ces remarques sur l'impartialité emportent une conséquence primordiale sur les processus qui doivent conduire aux décisions prises par les autorités de régulation (2).

2) La nécessité d'adopter des règles de procédures assurant l'impartialité pendant la durée du mandat

853. La légitimité découlant de l'élection et la légitimité découlant de l'impartialité n'ont en effet pas la même nature, la première conférant un statut à l'élu, l'autre présupposant d'une qualité de la personne désignée²³²². Si l'impartialité peut être présumée, elle peut, et doit, de façon constante, mise à l'épreuve, et cette mise à l'épreuve suppose la mise en place de garanties

²³¹⁷ E. KANT, Lettre à Marcus Herz du 21 février 1772, citée par H. ARENDT, *Juger, Conférences sur la philosophie politique de Kant*, Seuil, 1991, p. 71

²³¹⁸ Ibid.

²³¹⁹ P. ROSANVALLON, Op cit, p. 142

²³²⁰ V. R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1922, Réédité au CNRS, 1962. V. aussi P. BRUNET, « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (ed), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997

²³²¹ A. SEN, *L'économie est une science morale*, La Découverte, 2003, p. 116

²³²² P. ROSANVALLON, Op cit, p. 152

procédurales et de contrôle qui doivent permettre de *valider*, dans leurs actions, l'impartialité de ces autorités²³²³. À cet égard, les garanties d'indépendance organique et fonctionnelle que nous avons énumérées dans la Sous-section 1 de cette Section ne sont pas suffisantes et ne doivent pas être *confondues* avec l'impartialité, qui donne la légitimité à ces autorités.

854. Dans le cas d'absence de garde-fous assurant l'impartialité, il est possible de tomber dans plusieurs travers qui font de ces autorités des dangers pour la démocratie. Notamment celui décrit par M. Manetti qui consisterait à ce que les organes élus se déchargent de certains pouvoirs de décision sur d'autres organes, en mettant en avant la légitimité technique et l'impartialité de ceux-ci, plus susceptibles d'emporter le consensus, mais sans mettre en place des garanties substantielles pour garantir que la décision soit effectivement prise de manière impartiale, et sans renoncer à les influencer de manière occulte²³²⁴. L'indépendance constituerait alors un danger supplémentaire puisqu'elle emporterait l'absence de toute responsabilité politique, ainsi que de contrôle de ces autorités non élues, et dont l'action ne pourra même pas être guidée par la perspective de ne pas voir leur mandat renouvelé. Comme le décrit très bien Martine Lombard, « *La transposition française de ce modèle à travers les AAI multiplie bien plutôt les lieux où peut s'exprimer pleinement la tradition d'une aristocratie administrative personnifiée notamment par les « grands corps » de l'État, dont la présence est souvent forte, voire parfois de droit, dans ces institutions. Lorsque leurs membres bénéficient d'un mandat long, pré fixé, irrévocable, non renouvelable, sans devoir rendre compte de leur action devant aucune instance politique, c'est à un véritable paradis technocratique qu'est conviée une très ancienne culture administrative qui ne demande qu'à s'épanouir sur ces nouvelles bases. L'enjeu majeur d'une réforme des institutions, tel que le définissait notamment Jean-Jacques Laffont, était pourtant d'« améliorer le contrôle démocratique » notamment par la mise en place de « sources crédibles d'information » à la disposition des citoyens*²³²⁵. Cela devrait a fortiori valoir dans les cas où, pour des raisons

²³²³ Ibid.

²³²⁴ M. MANETTI, Op cit, p 101 ; Cette théorie se rapproche de celle développée par les auteurs anglo-saxons d'une opération de façade. V. M. BALDWIN, *Regulation and public law*, Op cit, p. 16

²³²⁵ J.-J. LAFFONT, *Etat et gestion publique, Actes du colloque du 16 décembre 1999*, Doc. fr. CAE 2000, p. 120

précises et impératives, une compétence doit être déléguée à des institutions indépendantes plutôt qu'à des organes dont la légitimité est fondée sur l'élection politique »²³²⁶.

855. En d'autres termes, les autorités administratives indépendantes ne peuvent représenter un progrès pour la démocratie que si elles permettent de garantir une meilleure écoute des citoyens et des différents points de vue en jeu dans une décision. À cet égard, les procédures contradictoires et transparentes pour instruire les dossiers sont une condition indispensable pour assoir leur légitimité. Toutefois, il n'est pas possible d'affirmer que « *la légitimité des autorités de régulation résulte du respect de garanties formelles* »²³²⁷, ces garanties devant avoir impérativement pour finalité d'assurer un contrôle des citoyens sur les décisions. La légitimité peut aussi découler d'une légitimité d'efficacité, constatée par le citoyen-usager des services publics²³²⁸. Cette théorie a été soutenue par A. Seban qui explique que « *la légitimité des autorités de régulation résulte du fait qu'elles remplissent efficacement leurs missions* »²³²⁹. M. Lombard fait un lien intéressant avec la légitimité des juges dans un système démocratique en citant le Président Canivet pour qui si la « légitimité institutionnelle » des juges est inscrite dans la Constitution, leur « légitimité fonctionnelle » est fondée sur l'application du droit²³³⁰.

Conclusion §2 :

La légitimité des autorités indépendantes n'est donc pas une légitimité démocratique. Elle se fonde sur une légitimité d'impartialité, mais cette impartialité ne peut pas être présumée : elle doit être assurée par des procédures formelles et mise en oeuvre à tout moment dans l'exercice

²³²⁶ M. LOMBARD, Op cit.

²³²⁷ A. SEBAN, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », Petites Affiches 2002, n° 110, p. 63

²³²⁸ M-A. FRISON-ROCHE, « La victoire du citoyen-client », Sociétal, 2000, n° 30, p. 49 ; V. M. LOMBARD, Op cit, p. 16

²³²⁹ A. SEBAN, Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation, Petites Affiches 2002, n° 110, p. 63

²³³⁰ G. CANIVET, « Légitimité du juge », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 815

de la fonction de ces autorités. Ainsi, le principe démocratique conduit au maintien, voire au renforcement du contrôle du législateur ou du juge sur les autorités de régulation²³³¹.

Conclusion Sous-section 2 :

856. L'indépendance des autorités de régulation et la remise en cause du principe selon lequel l'administration était dépendante du pouvoir politique ont été avalisés par le juge constitutionnel. Toutefois, les principes de démocratie politique interdisent à ces autorités d'exercer leur pouvoir sans aucun contrôle. Les fonctions exercées par ces autorités ne sont pas neutres : celles-ci doivent prendre en compte des intérêts publics qui ne peuvent être mis sur un pied d'égalité avec les intérêts du marché. De ce fait, leur fonction est toujours politique, et il est important que des contrôles puissent être effectués pour renforcer leur légitimité, légitimité qui si elle ne découle pas directement du choix du peuple, ne peut pas se présumer.

Conclusion Section 1 :

857. La création de ces autorités constitue, dans les trois États, une rupture avec le modèle administratif dominant jusqu'alors, selon lequel l'administration était placée sous l'autorité du pouvoir politique. L'indépendance, et en premier lieu, l'absence de pouvoir hiérarchique du ministre vis-à-vis de ces autorités constitue un « inédit institutionnel »²³³² qui pose évidemment la question de la compatibilité de ces autorités avec les principes de base de la démocratie politique. Le modèle anglais semble distinct des modèles français et italien : alors qu'en France et en Italie, la séparation entre autorités et pouvoir exécutif se concrétise par l'absence d'ordre donné par le second aux premières, dans le premier, le ministre compétent peut formuler des instructions à l'égard de l'autorité, et est responsable, en dernier lieu, pour celle-ci. On observe donc une rupture totale vis-à-vis du principe de responsabilité ministérielle en France et en Italie, ce qui peut expliquer la nécessité d'avoir créé une nouvelle catégorie juridique tandis qu'au Royaume-Uni, celui-ci ne disparaît pas complètement. La question de l'insertion de ces autorités

²³³¹ Ainsi, le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques n'a pas hésité à préconiser de « généraliser, sauf exception justifiée, la présence d'un commissaire du Gouvernement dans chaque AAI » (Rapport Parlem. A.N., 2010, n° 2925, proposition n° 14, p. 102).

²³³² A. ROUYERE, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », RFDA, 2010, p. 887, spéc p. 890

de régulation dans le cadre des principes de démocratie politique se pose d'autant plus que ces autorités ont été dotées d'un pouvoir de sanction qui doit leur permettre de faire respecter les règles édictées par le législateur, ou par elles-mêmes (Section 2).

Section 2 : L'attribution d'un pouvoir de sanction à ces autorités indépendantes

Si le pouvoir de sanctions des autorités a d'abord été restreint, le plus souvent à la possibilité de retirer la licence en vertu du lien contractuel qui les unissait aux opérateurs (Sous-section 1), il est désormais assez étendu (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La naissance du pouvoir de sanction administrative

Il nous faudra d'abord nous intéresser aux fondements juridiques du pouvoir de sanction administrative conféré aux autorités de régulation (§1) pour comprendre l'encadrement législatif et constitutionnel de ce pouvoir de sanction (§2).

§1 Des fondements juridiques différents aux sources de la sanction administrative

Alors qu'en France et au Royaume-Uni, le pouvoir de sanction est historiquement fondé sur un lien particulier que tisse l'administration avec une personne privée (A), ce n'est pas le cas en Italie où celui-ci est historiquement plus ancien et fondé sur le principe de légalité (B).

A) En France et au Royaume-Uni, un pouvoir de sanction fondé sur un lien particulier entre la personne publique et la personne privée

En France, la fonction coercitive des autorités de régulation repose historiquement sur un acte administratif unilatéral, une autorisation administrative préalable (1). Au Royaume-Uni, la qualification prétorienne a évolué, d'un contrat lien les opérateurs à l'autorité à un acte unilatéral de droit public (2).

1) En France, le fondement de l'autorisation administrative préalable

858. En France comme le rappelle T. Perroud, « *la spécificité de la fonction coercitive des autorités de régulation est qu'elle repose en grande partie sur l'existence d'un lien préalable, une autorisation administrative préalable* »²³³³. J-M. Auby explique en effet que la sanction administrative n'est légitime que si elle s'exerce dans le cadre « *d'un lien individualisé entre l'Administration et l'intéressé : ce dernier collabore par exemple à l'exécution d'un service public, il bénéficie d'une autorisation accordée par l'Administration ou d'une prestation versée par elle* », car « *le pouvoir disciplinaire ne pourrait s'appliquer aux relations générales de l'État et des citoyens sans supplanter d'une manière inadmissible le droit pénal* »²³³⁴. Le régime coercitif lié à l'hypothèse d'une autorisation administrative préalable a été construit progressivement, mais la reconnaissance de la possibilité d'un retrait de cette autorisation a été admise très tôt par les juges judiciaire²³³⁵ et administratif²³³⁶, puisqu'elle n'est que « *l'application d'un principe certain, celui qui veut que tout acte subordonné à une condition tombe si celle-ci n'est pas remplie* »²³³⁷. Les conséquences d'un retrait d'une autorisation administrative ne sont toutefois pas anodines, et l'administration a pu être réticente à

²³³³ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 134

²³³⁴ V. J.-M. AUBY, Ibid. Cette spécificité est aussi relevée par B. Genevois dans son commentaire de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi créant le Conseil supérieur de l'audiovisuel (V. B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel (à propos de la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989) », RFDA, 1989, p. 215, spéc p. 221 : « *L'existence d'un lien entre l'autorisation administrative et la reconnaissance au profit de l'autorité administrative d'un pouvoir de sanction se trouve en harmonie avec la justification portée en doctrine aux sanctions administratives* ». V. aussi les conclusions de M. GUYOMAR sous l'arrêt Benkerrou, RFDA, 2004, p. 913. V. aussi cette appréciation de M. Degoffe : « *la sanction doit atteindre le sanctionné dans le lien qu'il entretient avec l'institution ou avec la réglementation* » (Droit de la sanction non pénale, Economica). V. aussi J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, 1974, spéc. p. 252s, tous cités par T. PERROUD, Op cit, p. 135

²³³⁵ C. Cass, ch crim, 13 juillet 1850, *Min. pu. c. veuve Bonnet*, D. P. 1850, I, p. 253-254, cité par T. PERROUD, Op cit, p. 136

²³³⁶ CE., 24 août 1832, *Rivière*, (P. adm. chr.) ; CE, 21 déc. 1837, *Avignon*, S. 38.2.27.5, P. adm. chr. ; CE, 10 mai 1860, *Musellec*, S. 61.2.173. P. adm. chr. ; CE, 24 déc. 1880, *Besnard-Beaupré*, D. 32.3.36 ; CE., 26 déc. 1891, *Combeau*, Rec, p. 818 tous cités in Répertoire général alphabétique du droit français, L. Larose (Paris), 1886-1924, tome 33, p. 216, n° 444 ; CE, 12 février 1857, *Lavalesquerie*, Rec, Lebon, p. 136-137. V. aussi les textes et les arrêts cités par A. GERVAIS, *Le retrait des autorisations d'utilisation privative du domaine public*, Thèse, Montpellier, Imprimerie de la Charité, 1942, p. 110, tous cités par T. PERROUD, Op cit, p. 136

²³³⁷ V. note Waline sous CE, 12 juillet 1929, *Du Hays*, D. 1930, III p. 21. V. aussi CE Sect, 25 juillet 1975, *Ministre de l'Équipement c/ Sieur Richoux*, Rec, p. 429 (« *l'exigence d'un agrément comporte nécessairement, pour l'autorité qui le donne, le pouvoir de le retirer lorsque le titulaire cesse de remplir les conditions mises à son octroi* ») ; V. aussi CE, 23 mai 1997, *Société Amérique Europe Asie*, Rec, p. 196, tous cités par T. PERROUD, Ibid.

l'utiliser²³³⁸. C'est pourquoi le Conseil d'État a été amené à reconnaître la possibilité d'une suspension temporaire de l'autorisation²³³⁹.

859. Le régime de la sanction lié à l'autorisation administrative préalable et son « autonomie »²³⁴⁰ est aujourd'hui clairement explicité. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Ministre de l'Intérieur c. Benkerrou*²³⁴¹, M. Guyomar explique très clairement que « la compétence du pouvoir réglementaire pour créer un tel titre [une carte professionnelle] implique nécessairement celle d'en prévoir le retrait à titre disciplinaire (...) La reconnaissance d'un pouvoir répressif inhérent à l'activité administrative doit être limitée aux hypothèses dans lesquelles existent des relations spéciales entre l'administration et la personne susceptible de faire l'objet d'une sanction »²³⁴². En dehors de la suspension ou du retrait de l'autorisation administrative, l'administration ne dispose pas, originellement, du pouvoir de pouvoirs de sanctions pécuniaires ou de l'exécution forcée de ces décisions²³⁴³. Au Royaume-Uni, la qualification prétorienne de la décision a évolué : d'abord qualifié de contrat, le juge reconnaît désormais la nature de droit public de l'acte (2).

²³³⁸ T. PERROUD, Op cit, p. 138

²³³⁹ De manière très progressive : Il a d'abord reconnu la possibilité d'insérer dans l'autorisation même une disposition prévoyant la suspension (CE., 14 août 1871, Couillaud, Recueil Lebon p. 126) ; il a ensuite reconnu que la suspension ne constitue par une faute pouvant engager la responsabilité de l'État (CE., 5 février 1992, Mérat-Renard, Recueil Lebon p. 117) ; et dans l'arrêt Du Hays, il affirme clairement la possibilité de suspendre l'autorisation même en l'absence de dispositions le prévoyant (CE, 3 juillet 1936, *Du Hays*, Rec, p. 21 : « Le préfet, en prononçant, pour violations des conditions de l'autorisation, la mise au chômage d'un moulin, n'exécède pas ses pouvoirs ». V. aussi M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Sirey, 1936, p. 363

²³⁴⁰ T. PERROUD, Op cit, p. 138

²³⁴¹ V. CE Ass, 7 juillet 2004, *Ministre de l'Intérieur c. Benkerrou*, Rec, p. 297, RFDA, 2004, p. 913, conclusions Guyomar ; note Degoffe et A. Haguët, RFDA, 2004, p. 1130 ; note Landais et Lenica, AJDA, 2004, p. 1695 ; note Breen, Droit administratif, nov. 2004, p. 27 ; note Saillard, L.P.A., n°226-227, 11-12 nov. 2004, p. 13 ; M. V. C.J.E.G., n° 615, déc. 2004, pp. 545-549 ; note Guettier, RDP, 2005, n° 2, p. 500 ; note Ondoua (sous la dir. de C. Boiteau), JCP G, 2004, n° 49, I, 185, p. 2196.

²³⁴² V. les conclusions de M. GUYOMAR., RFDA, 2004, p. 913

²³⁴³ « Dans le silence des textes, explique T. Perroud, ni l'Administration, ni même le juge administratif ne sont compétents pour prononcer des sanctions pécuniaires. Cette solution est ancienne, elle fut appliquée par le Conseil d'État aux anciens Conseils de préfecture (V. CE, 16 mai 1827, *Minvielle*, Rec, p. 289, spéc p. 290). Il s'agit d'une question de légalité, mais aussi de logique liée à l'autorisation puisque comme l'affirme Mattias Guyomar, « par sa nature, la sanction pécuniaire produit des effets qui dépassent le seul exercice de la profession » (Conclusions de M. Guyomar sous l'arrêt *Ministre de l'Intérieur c. Benkerrou*, Rec, p. 297) ; au contraire les sanctions traditionnellement attachées à l'autorisation administrative préalable ont pour objet ce lien spécial.

2) Du contrat à l'acte unilatéral de droit public

860. Au Royaume-Uni, la nature juridique de l'autorisation administrative préalable n'est pas discutée en doctrine²³⁴⁴, laquelle se réfère directement, sans les remettre en cause, aux qualifications faites par les juges. Cette qualification a toutefois évolué au cours du XXe siècle. Au départ, les juges qualifient cet acte de contrat et le soumettent à un régime de droit privé²³⁴⁵, du fait de leur incapacité à penser la catégorie de l'acte administratif²³⁴⁶. Les pouvoirs que possède l'ITA sont donc fondés sur le lien contractuel qui unit les entreprises privées avec l'autorité²³⁴⁷. Dans les années 2000, on observe un tournant, du fait du développement du « judicial review ». Les juges vont alors refuser de considérer que les autorisations sont des contrats et qualifier celles-ci d'instruments de droit public²³⁴⁸. Ici comme en France, le caractère dérogatoire de l'autorisation, ainsi que son caractère unilatéral ne font aucun doute pour le juge. Cette autorisation n'emporte cependant pas toujours un pouvoir de sanction à proprement parler, mais des pouvoirs supérieurs à ceux dont l'administration dispose en droit commun.

L'autorisation administrative étant considérée comme un privilège, il n'emporte aucun

²³⁴⁴ T PERROUD, Op cit, p. 152

²³⁴⁵ V. par exemple *L.J. in Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council* [1976] 1 W.L.R. 1052, spéc. p. 1059 pour la qualification d'une licence liant la municipalité gérant un marché à un marchand ; Justice Pill in *R. v Durham City Council Ex p. Robinson* [1992] N.P.C. 5, Times, 31 January 1992 ; The Queen on the application of Birmingham and Solihull Taxi Association, *Sajid Butt v Birmingham International Airport Limited* [2009] EWHC 1913 (Admin), §67

²³⁴⁶ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 152. L'auteur explique que cette qualification s'explique par la nature du *judicial review*, qui concerne au départ seulement des recours contre des actes juridictionnels. Les juges n'ont pas, au départ, pensé la catégorie des actes administratifs qui se trouvent exclus du recours en *judicial review* lorsqu'il n'existe pas de litige à proprement parlé. V. sur ce sujet S. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, Stevens, 1973, spéc p. 149-150, 196-196, 300-301.

²³⁴⁷ T. PERROUD, Op cit, p. 153

²³⁴⁸ V. *Data Broadcasting International Ltd & Anor R (on the application of) v The Office of Communications* [2010] EWHC 1243 (Admin) (28 May 2010), spéc. §88, Justice Cranston : « *In my view these licences are not contracts. A contractual analysis distorts their juridical character. The licences are public law instruments. They constitute statutory authorisation permitting the licensees to undertake activities which would otherwise be unlawful and, in this case, place them under particular obligations, breach of which exposes them to the risk of the imposition of statutory financial penalties or ultimately to revocation of the licenses. In granting them, the licensing authority acts pursuant to its statutory duties and functions, and there is no intention to enter into any private law legal relations with the licensees. There is no express agreement between the parties in the contract sense. In the main the conditions in the licences are derived directly from statutory provisions* ». Ce raisonnement a été accepté par la Competition Appeal Tribunal dans la décision *British Telecommunications Plc v Office of Communications (Partial Private Circuits)* [2011] CAT 5, §197-198.

droit acquis²³⁴⁹ et l'autorité peut la retirer. Comme en droit français, le pouvoir de retrait de l'autorisation par l'administration est un pouvoir inhérent à l'autorisation, mais il semble encore plus marqué puisque ce n'est pas seulement le non-respect des obligations qui peuvent l'entraîner, mais aussi, semble-t-il, la simple volonté de l'administration²³⁵⁰. A fortiori, le retrait de l'autorisation est très souvent automatique si le titulaire de l'autorisation ne remplit plus les conditions posées par la licence : Lord Griffiths avance que « *si le tribunal arrive à la conclusion que les sociétés ne remplissent plus les conditions nécessaires de capacité et d'honorabilité pour détenir une licence de jeu, il serait difficile d'imaginer un motif quelconque qui permettrait de justifier le maintien de l'autorisation* »²³⁵¹.

861. Le pouvoir d'imposer des sanctions, notamment financières, au sens répressif du terme, n'est pas un pouvoir que détient l'autorité administrative envers le titulaire d'une autorisation²³⁵². Ce pouvoir est traditionnellement exercé, comme en France, par le juge pénal. Comme l'affirme Lord Denning, pour parer à l'illégalité d'un retrait mettant en question le droit d'un marchand à exercer son activité sur un marché, l'autorité administrative aurait pu le traduire devant la justice où une amende aurait pu lui être infligée²³⁵³. C. D. Foster explique que le Parlement anglais est réticent à attribuer des pouvoirs réglementaires et répressifs à des individus « *à moins que leur subordination constitutionnelle, les limites et la nature de ce pouvoir ne soient clairement*

²³⁴⁹ T. PERROUD, Op cit, p. 153 ; V. aussi P. CRAIG, *Administrative law*, Op cit, p. 374, n° 12-006

²³⁵⁰ V. l'opinion de Lord Goddard in *R v Metropolitan Police Commissioner; Ex parte Parker* [1953] 2 All ER 717 « *Le simple fait qu'une autorisation soit accordée à une personne signifierait, semble-t-il, que la personne qui l'accorde peut aussi la retirer (...)* » « *une autorisation n'est rien d'autre qu'une permission et, si un homme reçoit la permission de faire quelque chose, il est naturel que celui qui accorde cette permission ait la possibilité de la retirer* », Traduction T. PERROUD, Op cit, p. 153 ; V. aussi Lord Goddard in *R v Metropolitan Police Commissioner; Ex parte Parker*, Op cit, p. 720.

²³⁵¹ Lord Griffith in *Regina v Knightsbridge Crown Court, Ex parte International Sporting Club (London) Ltd. and Another* [1982] Q.B. 304, spéc. p. 316, Traduction T. PERROUD, Op cit, p. 374

²³⁵² Nous analyserons ce point plus bas.

²³⁵³ V. Lord Denning in *Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council*, p. 1057-1058 qui suggère que pour parer à l'illégalité du retrait d'une licence permettant à un marchand d'exercer son activité, l'autorité administrative aurait pu le traduire devant la justice où une amende aurait pu lui être infligée. Cité par T. PERROUD, Op cit, p. 375

établies »²³⁵⁴. C'est pourquoi, traditionnellement, les autorités administratives se sont vu confier un rôle de surveillance, d'information au public et de révélation, qui peut toutefois avoir des effets sur les acteurs sur le marché. L'auteur qualifie de « *sunshine regulation* » (littéralement régulation par l'ensoleillement) ce processus qui consiste à ce que les autorités mettent en lumière les dysfonctionnements et les comportements déviants, ce qui doit pousser les auteurs de ces dysfonctionnements à rectifier leurs comportements par peur d'une mauvaise réputation²³⁵⁵.

Alors qu'en France et au Royaume-Uni, le pouvoir de sanction est fondé sur le lien particulier entre la personne publique et la personne privée titulaire de l'autorisation, en Italie, le pouvoir de sanction est fondé sur le principe de légalité (B).

B) En Italie, un pouvoir de sanction précocement fondé sur le principe de légalité

862. En Italie, le principe de sanctions administratives est accepté très tôt par la doctrine, et présent dans le droit positif. Dès le début du XXe siècle, l'éminent juriste Zanobini avait systématisé le droit des sanctions administratives dans un manuel qui a représenté, jusqu'à la fin des années 70's, la référence sur le sujet²³⁵⁶. Le lien entre l'autorisation et la sanction n'est pas mentionné par l'auteur, qui définit la sanction comme « *le pouvoir de sanction de l'administration publique en réaction à la violation d'un précepte juridique* ». Contrairement aux droits français et anglais, la sanction pécuniaire est depuis longtemps considérée comme le « prototype » de la sanction administrative, ou la sanction administrative « par définition »²³⁵⁷, ce qui montre la préférence pour le caractère « répressif » de la sanction, sans lien particulier avec l'autorisation. D'ailleurs, malgré la théorisation en doctrine de la notion de sanction administrative, celles-ci se révélèrent, au cours du XXe siècle de moins en moins usitées du fait

²³⁵⁴ V. C. D. FOSTER, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, Blackwell, 1992, p. 230. Traduction T. PERROUD, Op cit, p. 153 de : « *At a more fundamental level, the tradition of giving regulator, whether minister, civil servant or independent body, little or no effective discretionary power other than that of information gathering and publicity, reflects a deep-seated reluctance to give executive or enforcement power to individuals unless their constitutional subordination and the bounds and nature of the power thus granted are clearly specified* ».

²³⁵⁵ C. D. FOSTER, Op cit, p. 230s

²³⁵⁶ G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924

²³⁵⁷ C.E. PALIERO, A. TRAVO, « Sanzioni amministrative », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1989, p. 346s, spéc p. 361. La sanction pécuniaire en matière financière a constitué le premier exemple de sanction administrative encadré par la loi organique (legge n°4 del 7 gennaio 1929)

du développement important, en droit positif, du recours aux sanctions pénales²³⁵⁸.

863. À partir des années 1970 est toutefois intervenue ce que les auteurs ont appelé la « dépenalisation » de certaines sanctions pénales, en commençant par le secteur de la circulation routière²³⁵⁹, ce qui signifie que ces sanctions peuvent et doivent désormais être prononcées par l'administration et non par le juge. Mais c'est la loi n° 689 du 24 novembre 1981, intitulée symboliquement « Modifications du système pénal »²³⁶⁰ qui a permis le développement de la notion de sanction administrative²³⁶¹, devenue dès lors centrale dans l'ordre juridique italien²³⁶². En l'absence de dispositions constitutionnelles s'appliquant directement à la sanction administrative²³⁶³, cette loi constitue en effet la référence puisqu'elle fixe les principes généraux du régime de la sanction²³⁶⁴. Comme le notent les auteurs, la sanction administrative s'inspire toutefois fortement, du fait de l'histoire de sa mise en place, du modèle des sanctions pénales, car la validité et le contenu de la majorité des préceptes n'ont pas été modifiés, mais dans de nombreux domaines, la sanction est désormais prononcée par l'administration au lieu d'être

²³⁵⁸ V. par exemple R. LEONARDI, R. LEONARDI, « I caratteri del potere sanzionatorio », in M. ALLENA e S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, Il diritto dell'economia, vol. 26, n. 82 (3-2013), p. 21 et E. LANGELIER, « Chap VII : Italie », in J. BETAILLE, D. CHOUKI(ed) *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit & Justice, 2017, p. 125s, spéc p. 129

²³⁵⁹ Legge n° 317/1967 et Legge n° 706/1975 ; sur le sujet V. BACHELET, « Problemi e prospettive della 'depenalizzazione' delle infrazioni in materia di circolazione stradale », in *Studi in memoria di C. Esposito*, IV, Padova, 1974, p. 2333.; DOLCINI, « 'Depenalizzazione' e tipologia delle sanzioni », in *Temi*, 1977, p. 371

²³⁶⁰ Legge n° 689 del 24 novembre 1981, « Modifiche al sistema penale », GU serie generale n° 329 del 30-11-1981

²³⁶¹ Pour un commentaire de la loi : E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCIARELLI, Paliero C.E., Riva Crugnola E., *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982

²³⁶² D.M. TRAINA « La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo », in *Dir. proc. amm*, 2001, p. 396 ss

²³⁶³ La question des sources constitutionnelles des sanctions administratives a toutefois donné lieu à un ample débat doctrinal, une partie de la doctrine s'étant exprimée, au cours du XXème siècle, en faveur de l'application de l'article 25 al 2 de la Constitution italienne, qui porte le principe « Nullum crimen sine legge » aux sanctions administratives. V. par exemple : P. NUVOLONE, « Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali », in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 60 ; A. M. SANDULLI., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, p. 137s. Cette thèse n'est toutefois pas suivie par la Cour constitutionnelle qui affirme à de nombreuses reprises, avant et après l'adoption de la loi de 1981, la stricte application de l'article 25 al 2 de la Constitution au domaine des sanctions pénales. V. Corte cost, 9 giugno 1961, n. 29, in *Giur. cost.*, 1961, p. 551s où la Cour déclarait constitutionnelle la rétroactivité d'une norme permettant la confiscation administrative). V. après la loi de 1981 : Corte cost. 14 marzo 1984, n. 68, in *Foro it.*, 1984, I, 906 où la Cour énonce que « *Le principe de non rétroactivité de la loi auquel se réfère l'article 25 al 2 de la Constitution n'a été constitutionnalisé que pour le domaine pénal, alors que pour les autres domaines, l'observation de ce principe reste à la discrétion prudente du législateur* ».

²³⁶⁴ E. CASSETTA, « Sanzione amministrativa », in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997

prononcée par le juge²³⁶⁵.

Conclusion §1 :

864. Le pouvoir de sanction est fondé, en France et au Royaume-Uni, sur l'existence d'un lien entre l'administration et le titulaire de l'autorisation administrative, ou au Royaume-Uni avec le contractant. La sanction vise à terminer ou à suspendre le contrat ou l'autorisation du fait de la violation de ceux-ci. En Italie, la doctrine ne fait pas référence à la nécessité d'un lien personnel entre la personne privée et l'administration : la sanction est d'abord répressive et vise à sanctionner la violation d'un précepte juridique. Si la sanction administrative est donc, dans tous les Etats, reconnue comme bien distincte du droit pénal, il est toutefois nécessaire de se demander si les principes constitutionnels qui s'appliquent au droit pénal se retrouvent en droit administratif (§2).

§2 L'encadrement législatif et constitutionnel du pouvoir de sanction administrative

En Italie, la réserve de loi pour les sanctions administratives a été constitutionnalisée (1). En France, elle a été déclarée constitutionnelle par le juge, qui l'a toutefois encadré en adaptant les principes de droit pénal au droit administratif (2). Au Royaume-Uni, elle découle le plus souvent simplement de la licence (3).

1) La constitutionnalisation de la réserve de loi en Italie

865. L'article 1 de la loi de 1981 dispose que « *Nul ne peut être soumis à une sanction administrative sans l'existence d'une loi qui soit entrée en vigueur avant la commission de la violation* »²³⁶⁶, et le principe de légalité qu'énonce cet article, ainsi que sa formulation, n'est pas

²³⁶⁵ Pour une explication des tenants et aboutissants des réformes de « dépenalisation », V. M.A. SANDULLI, Entrée « Sanzione (Sanzioni amministrative) », in Enciclopedia giuridica, Treccani, Roma, 1992, p. 1 ; GIUNTA, *Depenalizzazione*, in G. VASSALLI(ed), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Giuffrè, 1986, p. 191 ; G. PALIERO, *Depenalizzazione*, in *D. disc. pen.*, III, 1989, p. 425s

²³⁶⁶ Traduction libre de : « *Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione* ».

sans faire écho direct à l'article 25 alinéa 2 de la Constitution italienne qui porte le principe *Nullum crimen, nulla poena sine lege*²³⁶⁷.

866. La forte ressemblance des dispositions de l'article 1 de la loi de 1981 avec le principe énoncé, pour le domaine pénal, par l'article 25§2 de la Constitution a eu pour conséquence l'assimilation substantielle, par la doctrine du principe de légalité prévu par l'article 1 de la loi de 1981 à celui de l'article 25§2²³⁶⁸. De ce principe découlent trois corollaires : la réserve de loi, la précision et la détermination des éléments constitutifs d'une illégalité et la non-rétroactivité de la sanction²³⁶⁹. Le principe de légalité pour les sanctions administratives a cependant un rang seulement législatif, et comme le rappelle P. Pantalone, l'adoption postérieure d'une loi, portant un principe contraire, dans un domaine particulier, pourrait avoir pour conséquence de rendre inapplicable ce principe. Certains auteurs ont toutefois vu dans l'article 23²³⁷⁰ de la Constitution une disposition protégeant la réserve de loi en matière de sanction administrative pécuniaire ou personnelle²³⁷¹, et des articles 28 et 97²³⁷² pour les sanctions disciplinaires.

867. La doctrine a ensuite fait découler le principe de description précise des éléments susceptibles de constituer une illégalité de cette réserve de loi, non sans se référer directement au droit pénal pour étendre les solutions déjà élaborées pour les sanctions pénales aux sanctions administratives²³⁷³. La Cour constitutionnelle a également eu l'occasion de faire découler des

²³⁶⁷ Article 25 alinéa 2 : « *Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso* ».

²³⁶⁸ V. P. PANTALONE, « Principio di legalità e favor rei nelle sanzioni amministrative », in M. ALLENA e S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, Il diritto dell'economia, vol. 26, n. 82 (3-2013), p. 32, spéc p. 33

²³⁶⁹ V. C.E. PALIERO, A. TRAVO, « Sanzioni amministrative », Op cit, (12. I principi dell'illecito amministrativo: i fondamenti costituzionali) ; M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Uni di Napoli, 1983, p. 72s

²³⁷⁰ L'article 23 de la Constitution italienne dispose que « *Nulle prestation personnelle ou patrimoniale ne peut être imposée, si ce n'est sur le fondement de la loi* ».

²³⁷¹ F. BASSI, « Sanzioni amministrative edilizie », in RTDP, 1981, p. 485s ; E. CAPACCIOLI, « Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive », in *Le sanzioni in materia tributaria*, Giuffrè, 1979, p. 125s

²³⁷² Article 97 : « *Les administrations publiques, en conformité avec l'ordre juridique de l'Union européenne, assurent l'équilibre budgétaire et le soutien de la dette publique. Les services publics sont organisés suivant les dispositions de la loi, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration. L'organisation des services détermine la compétence, les attributions et les responsabilités propres des fonctionnaires. L'accès aux emplois des administrations publiques a lieu par concours, hormis dans les cas fixés par la loi* ».

²³⁷³ P. PANTALONE, « Principio di legalità e favor rei nelle sanzioni amministrative », Op cit, p. 34

articles 23²³⁷⁴ et 97 la nécessité de critères précis et rigoureux, prévus par la loi, pour encadrer l'exercice du pouvoir de sanction administratif²³⁷⁵. En France, le Conseil constitutionnel a lui aussi encadré la procédure du pouvoir de sanction, ce qui pose toutefois des problèmes d'applicabilité (2).

2) L'encadrement constitutionnel du pouvoir de sanction administrative en France

868. En France, le Conseil constitutionnel a lui eu à contrôler la constitutionnalité de l'attribution d'un pouvoir de sanction au Conseil Supérieur de l'audiovisuel, et notamment sa conformité à l'article 8 de la DDHC relatif au principe de légalité des délits et des peines. Dans sa très importante décision du 17 janvier 1989, le Conseil admet que le principe des délits et des peines s'applique aux sanctions administratives, mais il adapte ce principe à la particularité de ces sanctions.

869. Il dégage le principe selon lequel la mise en demeure a pour fonction de faire respecter, en matière de sanctions administratives, le principe de légalité des délits et des peines : *« Appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions se trouve satisfaite en matière administrative par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une*

²³⁷⁴ L'article 28 de la Constitution italienne dispose que *« Les fonctionnaires et les agents de l'État et des organismes publics sont directement responsables, suivant les lois pénales, civiles et administratives, des actes accomplis en violation des droits »*.

²³⁷⁵ V. C. Cost, 14 marzo 1984, n. 68, Foro it, 1984, I, 906 n° 108 : *« Il n'est pas possible de méconnaître que l'exigence de déterminer législativement des critères rigoureux concernant l'exercice du pouvoir de sanction s'étend également aux sanctions administratives, et ce en se référant soit au principe d'impartialité (article 97 de la Constitution), expressément invoqué par le requérant, soit au principe de l'article 23 de la Constitution »*. Traduction libre de *« Non può disconoscersi che anche rispetto alle sanzioni amministrative ricorre l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse, e ciò in riferimento sia al principio di imparzialità (art. 97 cost.), espressamente invocato dal ricorrente, sia al principio di cui all'art. 23 cost »* ; V. aussi C. Cost, 7 aprile 2011, n. 115, où la Cour a souligné *« la nécessité incontournable que dans chaque octroi d'un pouvoir administratif soit observé le principe de légalité substantiel, qui est à la base de l'Etat de droit. Un tel principe ne permet pas « l'indétermination absolue » du pouvoir conféré par la loi à une autorité administrative, qui produirait l'effet d'attribuer, en pratique, « une liberté totale » au sujet ou à l'organe investi de la fonction (...). Il n'est pas suffisant que le pouvoir soit destiné, en vertu de la loi, à la protection d'un bien ou d'une valeur, mais il est indispensable que son exercice soit déterminé, dans son contenu et dans ses modalités, de façon à maintenir constamment une couverture législative, même élastique, de l'action administrative »*. Traduction libre de : *« l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente "l'assoluta indeterminazione" del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una "totale libertà" al soggetto od organo investito della funzione (...). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa »*.

autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements. En l'espèce, les pouvoirs de sanctions dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel par la loi soumise au Conseil constitutionnel ne sont contraires ni à l'article 8 de la Déclaration de 1789 ni à l'article 34 de la Constitution. En effet, ces pouvoirs ne sont susceptibles de s'exercer qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle de respecter leurs obligations, et faute pour les intéressés de satisfaire à ces obligations. En outre, les obligations susceptibles d'être sanctionnées sont seulement celles résultant des termes de la loi ou celles dont le ressort est expressément imposé par la décision d'autorisation »²³⁷⁶.

870. P. Frydman reconstruit, dans ses conclusions sous l'arrêt SA La Cinq, le raisonnement du Conseil : « *Initialement hostile aux sanctions administratives, le Conseil constitutionnel en a, dans cette décision, admis la possibilité (...). Mais, dans la mesure où la possibilité d'infliger de telles sanctions déroge à l'application normale du principe de séparation des pouvoirs, en ce qu'elle devrait théoriquement revenir à l'autorité judiciaire, ces sanctions ne sauraient être prononcées qu'en conformité avec les règles qui se seraient elles-mêmes imposées au juge pénal s'il avait été compétent en la matière (...). À la vérité, le Conseil constitutionnel admet néanmoins, dans un esprit de souplesse et pour des raisons pratiques, que la transposition du principe de légalité des délits aux sanctions administratives ne soit pas totale. (...) Mais il considère - bien que ce chaînon du raisonnement ne soit en fait qu'implicite dans sa décision - que, compte tenu précisément de cette généralité, le contenu de l'infraction doit alors se trouver précisé, avant que ne puisse intervenir une sanction, par une mise en demeure adressée par l'administration »²³⁷⁷. La mise en demeure a donc « *pour objet, dans cette optique, de définir celle des obligations qui se trouvent méconnues et non de préciser le contenu même de cette**

²³⁷⁶ V. Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, (JORF du 18 janvier 1989, p. 754 ; Recueil, p. 18), V. note Autin, « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *Revue administrative*, 1989, p. 223 ; note Genevois, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215 ; note Avril et Gicquel, *Pouvoirs*, 1989 (50), p. 193, spéc. p. 196-197 ; note Favoreu, *RDP*, 1989, p. 429s, § 23-25, 65-80, 86, 87, 115, 117-120, 167, 170, 176-180, 190, 194-196, 213, 216 ; et V. aussi L. FAVOREU, L. PHILIP, « Autorités administratives indépendantes », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, n°33, p. 554, §38.

²³⁷⁷ P. FRYDMAN, Conclusions sous l'arrêt CE, 11 mars 1994, *Société La Cinq*, *AJDA* 1994 p. 402, *Rec*, p. 117) publiées au Recueil p. 119 et *RFDA*, 1994, p. 429

obligation »²³⁷⁸. L'obligation de mise en demeure préalable au prononcé de toute sanction est donc considérée comme consubstantielle au régime des sanctions liées aux autorisations préalables²³⁷⁹. C'est ce qu'avait considéré le Conseil Constitutionnel dans sa décision *Entreprises de presse*²³⁸⁰ de 1984 pour déclarer inconstitutionnel le régime de mise en demeure préalable lié à l'exercice d'une sanction dans le domaine de la presse²³⁸¹.

871. Dans ses conclusions sous l'arrêt *La Cinq*, Patrick Frydman dégage un second fondement à l'exigence de mise en demeure avant le prononcé de toute sanction : le fondement procédural qui trouve sa légitimité dans le caractère exorbitant des pouvoirs de sanction confiés au Conseil Supérieur de l'audiovisuel par le législateur : « *s'il est vrai que le raisonnement du Conseil constitutionnel est entièrement fondé sur le principe de légalité des délits — c'est-à-dire sur une exigence de fond —, il ne débouche pas moins, par la mise en évidence de la nécessité d'une mise en demeure, sur une pure garantie de procédure, qui doit dès lors être traitée comme telle* »²³⁸². Au contraire, au Royaume-Uni, le fondement de la sanction est contractuel (3).

3) Un fondement contractuel en droit britannique

872. Le Royaume-Uni présente la situation la plus éloignée du droit italien. La licence qui découle de l'autorisation est presque toujours la base juridique des pouvoirs de sanction de l'autorité administrative. Le plus souvent, la loi précise simplement les sanctions auxquelles s'expose le régulateur en cas de non-respect des obligations prévues par la licence et le contrat d'autorisation, ce qui pousse à un phénomène de « négociation » entre l'autorité de régulation et les titulaires de l'autorisation, et la loi confère généralement un grand pouvoir d'appréciation à l'autorité pour la rédaction de ces contrats. Du fait de l'absence de Constitution écrite, il n'existe

²³⁷⁸ Ibid.

²³⁷⁹ T. PERROUD, Op cit, p.

²³⁸⁰ CC, Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, dite « Entreprise de Presse »*, note Bienvenue, AJDA, 1984 ; note Favoreu, RDP, 1986, n° 2, p. 395

²³⁸¹ Le Conseil considère dans cette décision que ce régime produit « des effets équivalents à ceux d'un régime d'autorisation préalable », ce qui est inconstitutionnel en l'espèce car la presse écrite est soumise, en vertu de la jurisprudence découlant de l'article 11 de la DDHC, à un régime de simple déclaration (Considérant 75 à 80).

²³⁸² P. FRYDMAN, Op cit, p. 442

pas, dans le droit britannique, de principe constitutionnel de légalité des délits et des peines. Pourtant, la loi prévoit aussi des garde-fous au pouvoir de sanction des autorités. Celles-ci doivent, avant de prendre une mesure répressive, formuler des injonctions, que T. Perroud compare avec les mises en demeure du droit français, car elles permettent, comme les mises en demeure en droit français, de demander au fournisseur d'adopter des mesures pour se mettre en conformité avec leurs obligations, avant d'adopter une mesure répressive²³⁸³. Le fondement juridique de la mise en demeure est procédural et non substantiel comme en France²³⁸⁴. Il est lié aux principes du droit naturel, et plus précisément, dans le cadre de l'engagement de la procédure répressive, de l'exigence de contradictoire, c'est-à-dire de « *d'informer le contrevenant et de lui donner l'opportunité de présenter ses observations* »²³⁸⁵. Les mises en demeure et les injonctions doivent toutefois être considérées comme des sanctions (B).

B) La nature des mises en demeure et des injonctions

873. En réalité, les mises en demeure et les injonctions, qui sont aussi présentes en droit italien, constituent elles aussi des sanctions, mais d'une nature différente des sanctions de type « répressif ». Il nous faudra distinguer, à l'intérieur des différentes sanctions, les sanctions qui visent à l'exécution des obligations contenues dans l'autorisation, de celles qui visent, à proprement parler, à la répression des comportements contraires au droit. Il s'agit, comme le met en exergue T. Perroud, d'un régime de voies d'exécution, c'est-à-dire qui vise à obtenir l'exécution des obligations attachée à l'acte d'autorisation et non d'un régime de répression à proprement parlé²³⁸⁶. La différence entre exécution et répression peut être considérée comme

²³⁸³ T. PERROUD, Op cit, p. 154

²³⁸⁴ Ibid.

²³⁸⁵ Ibid, V. aussi V. S. A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, Op cit, p. 189 suiv. (« enforcement powers »).

²³⁸⁶ Ibid.

tenue, puisqu'il est courant d'assimiler ces deux notions²³⁸⁷, et que la notion d'exécution se « *prête mal à la conceptualisation* »²³⁸⁸. Le critère qui distingue ces deux notions est, selon T. Perroud, le critère de finalité²³⁸⁹. L'exécution, dont l'étymologie signifie suivre, poursuivre²³⁹⁰ vise à « l'accomplissement d'une obligation »²³⁹¹ ou sa réalisation²³⁹², alors que la répression vise à punir le non-respect d'une obligation juridique. Elle est définie par l'auteur précité comme « *une action correctrice de la puissance publique, exerçant ainsi une contrainte, afin d'enjoindre le sujet de l'obligation à se conformer au droit* »²³⁹³. Ces injonctions correspondent, comme l'explique T. Perroud, à une mesure correctrice et se distinguent donc des mesures répressives à proprement parler²³⁹⁴. Elles visent à assurer l'exécution des obligations légales qui pèsent sur l'opérateur²³⁹⁵ ou encore à « *corriger, rétablir une situation, remettre en quelque sorte les intéressés dans le droit chemin juridique, économique ...* »²³⁹⁶. En droit anglais, les juges ont conscience que l'injonction est un pouvoir qui permet de regarder vers l'avenir²³⁹⁷. Alors que les dommages et intérêts ou même la sanction ont pour effet de « *réprimer un comportement passé ou d'en réparer les conséquences, l'injonction, elle, vise à modifier le comportement pour*

²³⁸⁷ H. Kelsen définit ainsi l'exécution comme la mise en œuvre de la sanction. H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, 1961, p. 258 ; La doctrine administrativiste inclut souvent la répression dans la catégorie des voies d'exécution administrative. V. A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 1973-1975, titre III, chapitre III « L'exécution de l'acte administratif » où il est question de sanction (Section 1) ; J. MOURGEON, *La répression administrative*, LGDJ, 1967 ; V. TCHEN, *Jcl Adm., Exécution de l'acte administratif*, Fasc. 108-10, n°34 où l'auteur analyse, dans ce chapitre, la sanction administrative. Littérature recensée par T. PERROUD, *Op cit*, p. 144.

²³⁸⁸ L. AZOULAI, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (ed), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009, p. 1, cité par T. PERROUD, *Op cit*, p. 143

²³⁸⁹ T. PERROUD, *Op cit*, p. 145

²³⁹⁰ V. Du latin *exsecutio* qui signifie « suivre, poursuivre », cité par T. PERROUD, *Ibid.*

²³⁹¹ V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^e éd., 2000, Entrée « Exécution ».

²³⁹² C. BRENNER, *Voies d'exécution*, Dalloz, 5^e éd., 2007, n°2.

²³⁹³ T. PERROUD, *Op cit*, p. 145. L'auteur, qui s'appuie sur le régime de l'exécution en droit privé pour dégager l'idée de « contrainte » comme centrale dans la définition de l'exécution, note toutefois que cette contrainte ne peut être mise en oeuvre par *actio iudicati* comme en droit privé, c'est-à-dire « *la mise en mouvement pour contraindre le sujet à s'exécuter* » car ce recours est réservé au régime particulier de l'exécution forcée.

²³⁹⁴ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, *Op cit*, p. 520s

²³⁹⁵ A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, LGDJ, 2009, p. 448, cité par T. PERROUD, *Ibid.*

²³⁹⁶ N. DECOOPMAN, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », *JCP*, 1987, I, n° 3303, spéc, n° 13

²³⁹⁷ T. PERROUD, *Op cit*, p. 521

l'avenir, à faire rentrer dans le droit chemin »²³⁹⁸.

874. On retrouve en Italie, comme dans le cas anglais et français, le pouvoir d'injonction aux opérateurs de se mettre en conformité avec la loi. Cette injonction vise aussi à l'exécution, et ne constitue donc pas une sanction à proprement parler. La doctrine italienne a en effet reconnu, non sans débat, que les mesures visant au rétablissement d'une situation (dite *ripristinatoire*) ne sont pas des sanctions administratives au sens strict²³⁹⁹, car elles ont une visée préventive qui a pour but d'éviter la réalisation d'un acte illicite, ou de rétablir le *statu quo ante*. Cette thèse, bien que discutée, avait été soutenue dès 1924 par Zanobini²⁴⁰⁰ et elle a été consacrée par la loi de 1981.

875. Comme en droit anglais et français, c'est bien par la finalité que l'on distingue les sanctions dites *ripristinatoire*, des sanctions dites *afflitive* qui touchent directement l'auteur de l'acte illicite et produisent à son encontre des effets « *négatifs et restrictifs* »²⁴⁰¹. Ainsi, pour M. S. Sandulli, il y a une sanction administrative au sens strict « *chaque fois que l'ordre juridique, face à un acte illégal, et en considérant la perturbation [que cet acte] cause à l'ordre public général, estime nécessaire d'adopter, de manière proportionnée, une conséquence dommageable à la charge de celui qui en est responsable, sans lien avec l'éventuelle satisfaction que pourrait tirer de cette sanction le porteur de l'intérêt lésé* »²⁴⁰². Ces sanctions *afflitive* ne sont toutefois pas sans lien avec la volonté de rétablir la légalité puisqu'elles visent « *avant tout à encourager à*

²³⁹⁸ Ibid. L'auteur s'appuie sur les raisonnements de V. A. HUDSON, dans *Equity and trusts*, Routledge-Cavendish, 6th ed., 2010, p. 1080 et les commentaires du juge Millet dans l'arrêt *Shelfer v City of London Electric Lighting Co.* [1985] 1 Ch 287.

²³⁹⁹ R. LEONARDI, « I caratteri del potere sanzionatorio », Op cit, p. 22 ; R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009, p. 170 ; Pour plus d'explication sur les « sanzioni ripristinatorie » V. par exemple S. LICCIARDELLO, « Le sanzioni ripristinatorie », in A. CAGNAZZO, A. TOSCHEI(ed), *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Giappichelli, 2012, p. 333

²⁴⁰⁰ R. ZACOBINI, *Le sanzione amministrative*, Giappichelli, 1924, p. 2s. Celui considère que la sanction administrative est avant tout « une peine, au sens technique », et ne peut donc pas être assimilée à des instruments qui ont pour but de rétablir les intérêts lésés par l'infraction. Contra V. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, p. 90s et 107ss.; ARDIZZONE, *Sanzioni amministrative*, in *N.D.I.*, XI, 1939, 1084s

²⁴⁰¹ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2013, p. 415

²⁴⁰² Traduction libre de : « *ogni volta che l'ordinamento, di fronte a un atto antiggiuridico, considerata la turbativa che reca all'ordine pubblico generale, reputa per ciò stesso (imprescindibilmente) necessario commisurare una conseguenza dannosa (un male) a carico di chi ne è responsabile, prescindendo dall'eventuale secondaria soddisfazione che possa derivare al portatore dell'interesse leso* », M.A. SANDULLI, « Sanzione (Sanzioni amministrative) », in *Enciclopedia Giuridica*, Op cit, p. 1

ne pas réitérer la violation de la norme considérée »²⁴⁰³.

Conclusion §1 :

876. L'encadrement des sanctions administratives pour les mettre en conformité avec le principe de légalité des délits et des peines a eu pour conséquence le développement des mises en demeure et des injonctions en droit français et anglais, qui ont une double fonction : elles visent à notifier aux intéressés que leur comportement n'est pas conforme aux obligations prévues par la loi ou par le Contrat, mais elles visent aussi au rétablissement de la légalité administrative, en comptant sur la collaboration des intéressés. Ces sanctions visant au rétablissement d'une situation (sanctions dites *ripristinatoire*) ne sont pas considérées comme des sanctions au sens strict en Italie, car elles ne produisent pas d'effets négatifs et restrictifs sur les intéressés. Le système italien, dans lequel la distinction entre les différentes actions administratives a été conceptualisée très tôt, est intéressant pour analyser les systèmes français et anglais et nous permettra de souligner les limites de l'efficacité de telles sanctions dans ces systèmes.

Conclusion Sous-section 1 :

877. L'attribution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes n'allait pas sans poser des incertitudes juridiques, incertitudes relatives au fondement de ces sanctions, en France et au Royaume-Uni et à leur encadrement, dans les trois pays. Ces problèmes ont été résolus de manière progressive par le législateur, la doctrine, et l'intervention du juge constitutionnel en France et en Italie. Les incertitudes quant à la portée et à l'encadrement des sanctions formulées par les autorités administratives indépendantes se reflètent sur l'évolution du régime de la sanction dans le secteur de l'audiovisuel, qui est, comme nous allons le voir, un secteur précurseur, au moins en France et au Royaume-Uni. Si le régime de la sanction s'est étoffé pour répondre aux insuffisances du simple retrait de l'autorisation, l'encadrement posé par le juge constitutionnel, notamment en France, a rendu ce régime largement inefficace (Sous-section 2).

²⁴⁰³ E. LANGELIER, Op cit, p. 129

Sous-section 2 : L'évolution du pouvoir de sanction des autorités de régulation dans le secteur de l'audiovisuel

Il nous faudra d'abord étudier quand et comment est né le pouvoir de sanction dans le domaine de l'audiovisuel (§1) pour expliquer ensuite les évolutions majeures qu'a connues ce pouvoir jusqu'à aujourd'hui (§2).

§1 La naissance du pouvoir de sanction consubstantielle à la naissance des autorités de régulation dans le secteur de l'audiovisuel

Au Royaume-Uni, la création précoce de l'ITA, régulateur d'ITV a entraîné l'attribution précoce de sanctions pécuniaires, pourtant très rarement mises en oeuvre (A) tandis qu'en France et en Italie, le pouvoir de sanction naît avec la création des autorités administratives indépendantes et donc à la libéralisation du secteur (B).

A) Au Royaume-Uni, la création précoce d'une autorité de régulation modifiée dans les années 80

Si, à la libéralisation, l'ITA possède des pouvoirs importants pour encadrer l'activité des personnes privées (1), la dérégulation qui touche le secteur dans les années 80 entraînera la création d'une nouvelle autorité de régulation avec des pouvoirs moins importants (2).

1) Des pouvoirs assez importants conférés à l'ITA

878. Au Royaume-Uni, la création de la première autorité de régulation du secteur de l'audiovisuel est ancienne, puisqu'elle date de la libéralisation du secteur et de la création d'ITV, en 1954²⁴⁰⁴. L'autorité se voit confier des pouvoirs importants, visant notamment à faire respecter un juste équilibre et maintenir un haut niveau de qualité, mais les pouvoirs de

²⁴⁰⁴ Television Act 1954. V. D. LLOYD, « Some comments on the British television Act, 1954 », Law and contemporary problems, 1954, p. 165

coercition de l'autorité reposent sur les contrats que celle-ci conclura avec les fournisseurs : les sanctions seront ainsi basées sur la rupture des clauses contractuelles²⁴⁰⁵.

879. La loi prévoyait les dispositions que devaient contenir les contrats, notamment ceux qui autorisaient l'autorité à demander des copies des programmes, avant leur diffusion, et d'interdire la diffusion de n'importe quel programme²⁴⁰⁶. Tous les contrats devaient prévoir une clause prévoyant la possibilité de sanctions pécuniaires en cas de non-respect des clauses du contrat par le fournisseur²⁴⁰⁷. La loi prévoyait toutefois que la sanction pécuniaire ne devrait pas excéder 500 livres à la première occasion, mille livres pour une seconde occasion, et 1500 livres ensuite²⁴⁰⁸. Chaque contrat devait également contenir une clause réservant à l'autorité, en cas de non-respect du contrat, la possibilité de conclure ou de suspendre la transmission des programmes du contrat, sans aucune compensation²⁴⁰⁹. Avant que l'autorité ne puisse suspendre la transmission des programmes, il faut que l'autorité ait déjà adjugé, à trois occasions différentes, des sanctions pécuniaires, et le contractant doit s'être vu octroyer la possibilité de formuler ses observations²⁴¹⁰. La doctrine s'est interrogée sur le caractère vague des obligations que l'ITA devait faire respecter, et la possibilité de mise en oeuvre d'obligations à la formulation si vague²⁴¹¹. Le caractère vague des obligations telles que le devoir de maintenir un haut niveau de programmes laissait en effet penser que ce chapitre ne créerait pas d'obligations susceptibles d'être exécutoires devant les tribunaux²⁴¹². De plus, en raison de la règle selon laquelle, le

²⁴⁰⁵ V. Television Act 1954, Article 6(2). La loi prévoit aussi la possibilité pour les parties de recourir à l'arbitrage pour régler leur litige, mis en exergue par T. PERROUD, Op cit, p. 154

²⁴⁰⁶ Chapitre 55 de la loi, §6(2).

²⁴⁰⁷ §6(3)

²⁴⁰⁸ En droit du common law, une telle clause aurait certainement été considérée comme une clause *in terrorem* visant à pousser le titulaire de la licence à ne pas agir en violation à celle-ci. La somme ne représentait pas une estimation véritable du dommage subi par l'autorité. V. D. LLOYD, Op cit, p. 170 qui cite *Dunlop Tyre Co., Ltd. v. New Garage Ltd.*, [1915] A.C. 79

²⁴⁰⁹ Chapitre 55 de la loi, §6(3).

²⁴¹⁰ Chapitre 55, §6(4).

²⁴¹¹ V. D. LLOYD, Op cit, p. 171

²⁴¹² D. Lloyd rappelle qu'alors que de telles obligations (assurer l'efficacité et la qualité du système) existent aussi pour les autorités de régulation de chaque secteur dans l'Electricity Act, 1947, le Transport Act, 1947 et dans le Iron and Steel Act, 1953, ces trois lois prévoient expressément que de telles obligations n'ont pas pour effet de créer des devoirs ou une quelconque responsabilité exécutoire devant les Tribunaux.

ministre n'est responsable que de la politique générale, mais pas de l'administration au jour le jour des Corporations²⁴¹³, il était probable que de telles questions ne puissent pas être posées au ministre responsable.

880. L'autorité était en réalité partagée entre sa volonté de préserver la qualité de la radiodiffusion et la crainte d'empêcher ou de retarder la croissance du marché²⁴¹⁴. À la lecture des rapports annuels, il apparaît que l'ITA envisageait plus son rôle comme celui de promouvoir le développement technique du secteur, et notamment de la création des programmes, plutôt que d'en surveiller la qualité²⁴¹⁵. C'est pourquoi l'autorité fut très tôt critiquée pour ne pas avoir exercé ses pouvoirs attenants à la protection de la qualité des programmes de manière systématique. Ces critiques émanèrent du rapport Pilkington dès 1962²⁴¹⁶, et furent reprises par le Livre blanc émanant du gouvernement qui voulait attribuer à l'ITA un rôle plus positif pour le contrôle des standards des programmes et le contrôle de la publicité. Ces rapports eurent pour conséquence de pousser à une révision précoce des licences, mais en réalité, la pratique du pouvoir ne changea pas outre mesure.

881. Le Sound Broadcasting Act de 1972 transforme l'ITA en IBA, pour prendre acte de ses nouvelles fonctions de régulation des chaînes locales de radio. Les pouvoirs de l'autorité ne sont toutefois pas modifiés, mais seulement étendus à la radio²⁴¹⁷. Encore une fois, la façon dont l'IBA exerce ses pouvoirs est critiquée, bien qu'elle ne soit pas totalement inerte. L'autorité use surtout de son influence et de la transparence pour persuader les opérateurs d'agir dans la direction appropriée. Cependant, elle n'use de ses pouvoirs de surveillance *ex ante* et de ses

²⁴¹³ J. A. G. GRIFFITH, H. STREET, *Principles of administrative law*, Pitman, 1952, p. 285

²⁴¹⁴ V. A. CRISELL, *An Introductory History of British Broadcasting*, Routledge, 1997, p. 108 ; cité par T. PERROUD, *Op cit*, p. 153

²⁴¹⁵ T. PERROUD, *Op cit*, p. 153

²⁴¹⁶ Report of the Committee on Broadcasting (Pilkington Report, 1962) Cmnd 1755, IV, p. 259

²⁴¹⁷ V. « Clauses 1 and 2 in the first place simply change the name of the I.T.A. to the Independent Broadcasting Authority, and confer upon the Authority duties in relation to sound broadcasting services similar to those in the Television Act. Clause 2(2) provides that, subject to specific duties, the provisions of the Television Act will apply to the new services. The Authority therefore has the same responsibility in relation to radio for ensuring balance, impartiality, decency and good taste. It has the same powers of control over advertising and programme content, and a substantial armoury of weapons for enforcing its wishes » (Mr. Chataway, HC Deb 11 November 1971 vol 825 cc1250-378, §1252).

pouvoirs de sanction que de manière très ponctuelle²⁴¹⁸. Il serait toutefois faux de dire que pour cette raison, l'autorité ne mettait pas en oeuvre ses missions. Cette réticence à utiliser ses pouvoirs répressifs doit être analysée à la lumière du contexte juridique encadrant le pouvoir des autorités avant 1980²⁴¹⁹. Ainsi, dans ses rapports annuels, l'IBA formule des propositions et des recommandations pour une programmation équilibrée, elle établit des standards pour améliorer la qualité des programmes de divertissement, et elle rend publiques, de manière hebdomadaire les appréciations des téléspectateurs sur les programmes, mais ce pouvoir de *sunshine regulation* est considéré comme inefficace, d'où une modification du système dans les années 80 (2).

2) Une modification du système dans les années 80

882. Suite aux critiques du Rapport Annan sur la relative inefficacité de l'IBA, le Broadcasting Act de 1980 introduit une nouvelle corporation, la Broadcasting Complaints Commission, ayant pour mission de traiter les plaintes émanant des téléspectateurs, concernant le traitement injuste ou déloyal (d'une information ou d'une personne) lors d'un programme télévisé ou radiophonique ou une atteinte à la vie privée²⁴²⁰. Cette autorité est compétente pour recevoir les plaintes contre les programmes diffusés par la BBC ou par ITV, ce qui doit être souligné, car pour la première fois, une autorité de régulation est commune pour les deux diffuseurs. Les pouvoirs de cette autorité sont toutefois très limités puisqu'elle ne peut, après une procédure très

²⁴¹⁸ Ce que critique le comité Annan de 1977 (Report of the Committee on the Future of Broadcasting, N. G. Annan, 1976-77, Cmnd. 6753) V. par exemple C. MUNRO, G. R. SULLIVAN, « The Committee on the Future of Broadcasting », *The Modern Law Review*, vol. 40, July 1977, p. 463 : « *the Authority intervened 10 times in nine months to check the legality (four times), the good taste (thrice), or impartiality (thrice) of This Week's programme* ». Dans plusieurs arrêts, le jugement montre que l'Autorité n'avait pas visionné le programme en question (V. notamment *Attorney general ex rel McWhirter v Independent Broadcasting Authority* [1973] Q.B. 629; [1973] 2 W.L.R. 344, intervention de Lord Denning MR : « *I would emphasise in particular that the statutory requirement is that it is the duty of the authority to satisfy themselves. I should have thought that on Sunday or Monday - when there had been all these press criticisms saying that it would be offensive to great numbers of the public - the authority themselves should have considered whether there was anything in it which was likely to be offensive to public feeling. I should have thought that the authority themselves - the members of that authority - would have intervened and said: "We must see this: we must see this for ourselves before it goes out - we must see whether it is as offensive as the newspaper reports say." But we are told they did not do so. They considered the matter, but they did not see the film* ».)

²⁴¹⁹ D'après le raisonnement de T. PERROUD, Op cit, p. 152-153

²⁴²⁰ Broadcasting Act 1980 (chap. 64), et Broadcasting Act 1981, Article 54.(1) (a) et (b) :
« *Subject to the provisions of this Part, the function of the Commission shall be to consider and adjudicate upon complaints of— unjust or unfair treatment in sound or television programmes actually broadcast by a broadcasting body ; unwarranted infringement of privacy in, or in connection with the obtaining of material included in, sound or television programmes actually so broadcast or programmes actually so included* ».

détaillée permettant d'approuver la plainte émise par le téléspectateur, que publier sa décision et ordonner au diffuseur fautif de publier cette décision²⁴²¹, ce qui, comme le rappelle T. Perroud, rappelle la préférence britannique pour la *sunshine regulation*²⁴²². En 1984, le secteur s'ouvre encore plus à la libéralisation avec la création du Cable. A cette occasion est créée la « Cable Authority »²⁴²³. Le rapport Hunt avait évoqué la possibilité de confier la surveillance du câble à l'IBA, mais cette solution ne fut pas retenue. La nature des fonctions des deux autorités est en effet différente, car si l'IBA est chargée de veiller à la mise en oeuvre d'une fonction de service public²⁴²⁴, ce n'est pas le cas de la Cable Authority²⁴²⁵.

883. En 1987, M. Thatcher est élue pour la troisième fois, et celle-ci poursuit sa volonté de dérégulation du secteur, qui se concrétisera avec le Broadcasting Act de 1990²⁴²⁶. Une nouvelle autorité est créée : l'Independent Television Commission (ITC)²⁴²⁷. Elle regroupe les fonctions des anciennes IBA et de la Cable Authority²⁴²⁸. La licence est encore la base juridique des pouvoirs coercitifs de la nouvelle Commission, qui doit toutefois effectuer un contrôle plus faible

²⁴²¹ Broadcasting Act, 1981, Article 57

²⁴²² T. PERROUD, Op cit, p. 153

²⁴²³ Cable and Broadcasting Act de 1984. Selon les débats parlementaires à la Chambre des Lords, il semble que cette autorité soit un *quango* (H.L. Deb 02 February 1984 vol 447 cc790-822, §804, Earl de la War).

²⁴²⁴ Ce qui est affirmé encore plus nettement par le BA, 1990 et BA, 1991 :

Article 2 : « *It shall be the duty of the Authority :*

(a) *to provide the television and local sound broadcasting services as a public service for disseminating information, education and entertainment;*

(b) *to ensure that the programmes broadcast by the Authority in each area maintain a high general standard in all respects (and in particular in respect of their content and quality), and a proper balance and wide range in their subject matter, having regard both to the programmes as a whole and also to the days of the week on which, and the times of the day at which, the programmes are broadcast ».*

²⁴²⁵ V. le livre blanc qui précède l'adoption de la loi : Home Office, Dept of Industry, The development of cable systems & services, 1982/83 Cmnd. 8866 : « *it is not necessary, or even appropriate, for cable services to be required to achieve in their programmes a wide range and balance, or high quality, in the way that has been thought right, in the public interest, on B.B.C. / I.B.A. services* » (§130) ; En ce sens, V. C. VELJANOVSKI, « Cable television : agency franchising and economics », in R. BALDWIN and C. McCRUDDEN(ed), Regulation and public law, Weindenfeld and Nicholson, 1987, P. 267

²⁴²⁶ Pour une histoire de l'adoption de la loi V. P. BONNER et L. ASTON, *Independent Television in Britain*, vol.5, *ITV and the I.B.A. 1981-92 : the old relationship changes*, Basingstoke, Macmillan, 1998, pp. 322 à 419

²⁴²⁷ Qui est toujours un « corporate Body », autrement dit un Etablissement public. BA 1990, Annexe 1.

²⁴²⁸ La loi ne fait pas la distinction entre les différentes techniques de diffusion par câble ou par les ondes. Elle ne fait plus référence qu'aux systèmes de télécommunications (article 46). Elle ne distingue que le satellite (article 43). D. ZEFFMAN, « Cable television and the Broadcasting Act 1990 », *Entertainment Law Review*, 1991, p. 66

sur le contenu produit par les fournisseurs²⁴²⁹, car son but n'est plus de faire respecter les missions de service public, mais de protéger le consommateur. La création du Broadcasting Standards Council par cette même loi est représentative : le contrôle doit se focaliser sur la décence, et la lutte contre la diffusion d'images violentes ou sexuelles.

884. La loi confère toutefois à l'Autorité un pouvoir discrétionnaire important pour la rédaction des autorisations²⁴³⁰. La Commission dispose d'un pouvoir d'injonction envers les chaînes. Elle peut leur enjoindre de diffuser une correction ou de présenter ses excuses si elles n'ont pas respecté les conditions posées dans leur licence²⁴³¹. En cas de non-respect de ces injonctions, la loi confère à l'autorité un pouvoir de sanction pécuniaire²⁴³². La Commission peut aussi raccourcir la durée de la licence²⁴³³ ou la retirer²⁴³⁴. Les pouvoirs coercitifs sont basés exclusivement sur l'autorisation²⁴³⁵. Seuls les manquements aux conditions posées dans la licence sont susceptibles de poursuites par le Directeur, et non celles posées par la loi.

885. L'ouverture précoce à la concurrence dans le domaine de l'audiovisuel ne doit pas nous faire penser que ce secteur est représentatif de la tendance globale au Royaume-Uni. Il est, au contraire, avec le secteur aéronautique, un secteur pionnier, comme l'explique clairement T. Perroud, et cette particularité repose sur les caractéristiques particulières du secteur²⁴³⁶. La naissance des autorités indépendantes en France et en Italie, et donc de leur pouvoir de sanction,

²⁴²⁹ Broadcasting in the '90's: competition, choice and quality: the government's plans for broadcasting legislation, London, HMSO, 1988 « *The ITC would apply lighter, more objective program requirements. The way in which the Commission enforced them could be tested in the Courts. The ITC would therefore adopt a less heavy handed and discretionary approach than the I.B.A. necessarily does at present* ». Sur le livre blanc V. T. H. JONES, « The Deregulation of Broadcasting », *The Modern Law Review*, 1989(3), p. 380

²⁴³⁰ V. Broadcasting Act 1990, Article 4. La loi se contente en effet de suggestions. L'article 4 commence ainsi : « The licence may include (...) » (Article 4 (1)). La loi renvoie largement à l'appréciation de la Commission : « The licence may include (a) such conditions as appear to the Commission to be appropriate having regard to any duties which are or may be imposed on them, or on the licence holder, by or under this Act » (Broadcasting Act 1990, Article 4 (1) (a)).

²⁴³¹ Article 40(1). La loi impose à la Commission avant de prononcer cette injonction de donner l'opportunité aux détenteurs de licence de s'expliquer.

²⁴³² Article 41.

²⁴³³ V. article 41(1)(b).

²⁴³⁴ Ce pouvoir ne s'applique qu'à la troisième et la cinquième chaîne (article 42).

²⁴³⁵ Les pouvoirs coercitifs sont contenus aux articles 16 et 17 de la loi.

²⁴³⁶ T. PERROUD, *Op cit*, p. 115

est plus tardive, pour les raisons liées au contrôle de la télévision par le pouvoir politique que nous avons explicitées dans le Chapitre 1 (B).

B) La naissance du pouvoir de sanction des autorités de régulation dans le secteur de l'audiovisuel en Italie et en France

Le pouvoir de sanction est en France d'abord très restreint, et il s'étendra progressivement (1) alors qu'en Italie, l'autorité est dès sa création dotée d'un pouvoir de sanction pécuniaire, assez peu mis en oeuvre (2).

1) Un pouvoir de sanction étendu progressivement

Les pouvoirs de la première autorité de régulation du secteur sont très restreints et se limitent aux injonctions et au retrait des autorisations (a). En 1986, avec la création de la CNCL, sont introduites la mise en demeure et la suspension de l'autorisation (b).

a) Les pouvoirs de la Haute autorité limités aux injonctions et au retrait de l'autorisation

886. La création de la Haute autorité de la Communication audiovisuelle par la loi de 1982²⁴³⁷ entraîne la mise en place d'un pouvoir de sanction pour la première fois dans le domaine de l'audiovisuel. Le pouvoir de sanction conféré aux autorités de régulation de l'audiovisuel en France a toutefois beaucoup évolué, depuis la loi de 1982 instaurant la Haute autorité à la loi de 1989 instaurant le CSA. Le pouvoir de sanction conféré à la Haute autorité est en 1982 très limité²⁴³⁸. Du fait du lien consubstantiel entre l'autorisation administrative et le pouvoir de sanction, une distinction a d'abord été établie entre les pouvoirs que les autorités de régulation pouvaient exercer sur les Sociétés nationales de programmes, qui ne faisaient pas l'objet d'une autorisation, et les radios et télévisions privées qui, elles faisaient l'objet d'une autorisation.

²⁴³⁷ Article 12 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, JO du 30 juillet 1982, p. 2431, Pour un commentaire global de la loi V. J. CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, pp. 555-576 ; S. REGOURD, « Le droit de la communication audiovisuelle après la loi du 29 juillet 1982 », D. 1983, p. 23 ; Et V. Les Cahiers de la communication, vol. 3, n°1-2, 1983 (notam. les études de MM. Balle, Drago, Israël, Robert, Blin, Derieux, Aymard).

²⁴³⁸ V. J. MORANGE, « Les pouvoirs de la Haute autorité de la Communication audiovisuelle », RDP, 1983, p. 1509 ; J. CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuel », AJDA, 1982, p. 555

887. La nouvelle autorité de régulation ne dispose pas, pour les sociétés nationales de programmes, d'un pouvoir de sanction, mais seulement d'un pouvoir d'injonction, fondée sur le respect de ses propres décisions²⁴³⁹ ainsi que du cahier des charges de ces sociétés. La loi prévoit ainsi qu'« *En cas de manquements graves ou répétés d'une société nationale de programme aux cahiers des charges et aux actes, décisions et recommandations prévues aux articles 14, 19 et 20, la Haute autorité, par décision spécialement motivée, enjoint au président de cette société de prendre, dans un délai qu'elle fixe, les mesures nécessaires pour faire cesser ces manquements* »²⁴⁴⁰. Pour les radios et télévisions privées, le pouvoir de sanction est fondé sur le lien établi entre l'autorité et les chaînes par l'autorisation. L'article 86 de la loi autorise la Haute autorité à retirer les autorisations qu'elle a délivrées aux « services locaux de radiodiffusion sonore par voie hertzienne et de radiotélévision par câble »²⁴⁴¹, « *pour tout motif d'intérêt public et, notamment, en cas de manquement aux obligations résultant des articles 80, 81, 83 et 84* »²⁴⁴². Seul le retrait pour manquement aux obligations résultant des articles précités, c'est-à-dire le non respect du contenu des programmes déterminé par le cahier des charges²⁴⁴³, le non-respect des limites concernant le recours à la publicité commerciale²⁴⁴⁴ peut être qualifié de sanction²⁴⁴⁵.

888. La Loi de 1985 portant dispositions diverses relatives à la communication

²⁴³⁹ La loi vise plusieurs catégories d'actes : l'article 14-I parle de recommandation, l'article 14-II de décision, l'article 19 de recommandation dont le but est l'exécution des lois, règlements et usages professionnels régissant la communication publicitaire et enfin l'article 20 parle aussi de recommandation visant à « assurer l'harmonisation des programmes des sociétés nationales ».

²⁴⁴⁰ V. art. 26§3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

²⁴⁴¹ V. art. 17 de la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle.

²⁴⁴² V. art. 86 de la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle.

²⁴⁴³ L'article 83 de la loi prévoit que l'octroi des autorisations est subordonné au respect de conditions fixées dans un cahier des charges et qui doivent notamment concerner :

- « - *l'objet principal et la durée minimale hebdomadaire du programme propre et du service proposé*
- *le régime de diffusion des oeuvres cinématographiques, en particulier le délai à compter de la délivrance du visa d'exploitation au terme duquel la diffusion télévisée de ces oeuvres peut intervenir ;*
- *la nécessité d'adresser chaque année à l'autorité compétente un bilan et un compte d'exploitation* ».

²⁴⁴⁴ Article 84 de la loi.

²⁴⁴⁵ T. PERROUD, Op cit, p. 167

audiovisuelle²⁴⁴⁶ dote la Haute autorité — en plus d'un pouvoir de retrait — d'un pouvoir de suspension de l'autorisation qui ne peut excéder six mois. La loi de 1985 précise également davantage les manquements qui peuvent faire l'objet de sanction²⁴⁴⁷. Ces pouvoirs de sanction sont toutefois difficiles à mettre en oeuvre du fait des conséquences très importantes du retrait de l'autorisation²⁴⁴⁸, et bien que ce ne soit pas ce qui motive sa suppression, la création de la CNCL entraînera la mise en oeuvre d'un régime de sanctions plus étendu (b).

b) L'introduction de la mise en demeure et de la suspension de l'autorisation en 1986

889. Le législateur a voulu, en 1986 « *ne pas laisser la C.N.C.L. désarmée, comme l'avait été la Haute Autorité, devant les manquements aux dispositions législatives et réglementaires qui ne justifient pas une suspension ou un retrait* »²⁴⁴⁹. La loi de 1986²⁴⁵⁰ renforce ainsi les pouvoirs de sanction accordés à l'autorité de régulation audiovisuelle, qui s'avèrent toutefois, dès l'adoption de la loi, encore insuffisants²⁴⁵¹. La loi introduit la possibilité pour la CNCL de mettre en demeure les chaînes titulaires d'autorisation de respecter les obligations qui leur sont imposées par les obligations législatives et réglementaires et par la décision d'autorisation²⁴⁵². Si les intéressés ne se conforment pas à cette mise en demeure dans le délai imparti, la Commission peut suspendre l'autorisation pour une durée d'un mois ou plus ou en prononcer le retrait. Ce n'est donc que le non-respect de cette mise en demeure qui peut justifier le retrait ou la

²⁴⁴⁶ V. Loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985 modifiant la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 et portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle (JORF, 14 décembre 1985, p. 14535).

²⁴⁴⁷ V. art. art. 14 de la loi portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle modifiant l'art. 86 de la loi de 1982.

²⁴⁴⁸ V. L'intervention de G. GOUTEYRON devant le Sénat lors des débats précédents l'adoption de la loi : « *Les seules armes dont disposaient les responsables, qu'il s'agisse du gouvernement pour les concessions ou de la Haute autorité pour les autorisations, étaient si importantes que les autorités compétentes n'osaient précisément les utiliser* », JO Débats, Sénat, 12 juillet 1986, p. 2771 ; V. aussi Rapport d'information faite au nom de la Commission des affaires culturelles sur l'application de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Doc. Parl. Sénat 1988-1989, n° 20 spéc p. 5-26 ; et 105-117.

²⁴⁴⁹ V. J. MORANGE, « La Commission Nationale de la Communication et des Libertés et le droit de la communication audiovisuelle », RFDA, La nouvelle réforme de l'audiovisuel, 1987, pp. 372, spéc p. 382

²⁴⁵⁰ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), JORF du 1er octobre 1986 p. 11755

²⁴⁵¹ V. J-P. DELIVET, H. RONY, « La Commission Nationale de la Communication et des Libertés et la régulation de la communication audiovisuelle », RFAP, 1987, p. 719, spéc p. 729s

²⁴⁵² Article 42 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

suspension de l'autorisation²⁴⁵³. Le fondement juridique de ce pouvoir est plus large qu'au Royaume-Uni, puisque c'est la méconnaissance tant des textes législatifs et réglementaires que de l'autorisation qui peut entraîner la mise en demeure et éventuellement la sanction²⁴⁵⁴.

890. Enfin, la loi introduit la possibilité pour l'autorité de régulation d'agir en justice pour que la personne titulaire de l'autorisation respecte ses obligations. Le Président de la CNCL introduit en ce sens une demande devant le Président de la section du contentieux du Conseil d'État qui statue en référé. Ce dernier peut prendre toute mesure conservatoire nécessaire à l'exécution des obligations et prononcer, pour l'exécution de son ordonnance, une astreinte versée au Trésor public²⁴⁵⁵. Le régime coercitif qui est institué par la loi de 1986 correspond au régime consubstantiel type à l'autorisation administrative préalable. La loi de 1986 introduit en effet pour la première fois l'obligation de mise en demeure préalable au prononcé de toute sanction, ce qui est considéré comme consubstantiel au régime des sanctions liées aux autorisations préalables²⁴⁵⁶. En Italie, la loi de 1981 sur la dépenalisation des sanctions administratives introduit la possibilité de mettre en oeuvre des sanctions pécuniaires (2).

2) En Italie, l'attribution d'un pouvoir de sanction pécuniaire

891. L'attribution d'un pouvoir de sanction pécuniaire au garant pour la radiodiffusion et l'édition s'inscrit dans le cadre général de la loi de 1981 sur la dépenalisation des sanctions, mais elle est cantonnée à certains domaines assez restreints (a). La loi Maccanico qui crée l'AGCOM en 1997 ne permet pas de simplifier la compréhension dans lesquels peut s'exercer le pouvoir de sanctions et surtout n'attribue pas à l'autorité un pouvoir de sanction pécuniaire en ce qui concerne l'inapplication des dispositions législatives relatives aux programmes télévisuels (b).

²⁴⁵³ T. PERROUD, *La fonction contentieuse* (...), Op cit, p. 166

²⁴⁵⁴ Article 42 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. La loi prévoit aussi un cas de retrait — mais sans mise en demeure préalable — qui n'est pas une sanction en cas de modification substantielle « des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée — notamment de changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction, et dans les modalités de financement » (article 42 al. 3).

²⁴⁵⁵ Article 42 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

²⁴⁵⁶ V. supra Sous-section 1.

a) Un pouvoir de sanction s'appliquant à des domaines restreints

892. La loi n° 223/1990 du 6 août 1990 (loi Mammi) qui crée le « Garant pour la radiodiffusion et l'édition », et unifie les fonctions de garant du secteur de l'édition²⁴⁵⁷ et celles de garant du secteur de la radiodiffusion est la première à donner un pouvoir de sanction à une autorité indépendante dans le domaine de l'audiovisuel. Ce pouvoir de sanction s'inscrit cependant dans le cadre général de loi, n° 689/1981 qui encadre la mise en oeuvre sanctions administratives. Il semble toutefois que le garant n'ait pas pour objet premier de réguler le contenu des programmes audiovisuels privés comme publics, mais avant tout le pluralisme externe, les finances des entreprises privées comme publiques. En ce qui concerne le secteur public, la Commission parlementaire est toujours chargée par la loi du contrôle du pluralisme interne au service public audiovisuel et du contrôle du respect des missions de service public. Il nous faut d'abord expliciter les termes de la loi (α) pour ensuite expliquer de quel type de sanction il s'agit (β).

α) Les sanctions prévues par la loi et leur domaine d'application

893. En ce qui concerne les sanctions communes au secteur privé comme public, l'article 31 de la loi dispose en effet que « *Le garant, en cas de non-respect des dispositions des articles 8, 9, 20, 21 et 26 procède aux contrôles nécessaires et notifie les griefs aux intéressés, en leur fixant un délai qui ne dépasse pas quinze jours pour présenter leurs justifications* ». Cet article laisse donc entendre que seules les obligations prévues aux articles précités sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle par le garant. Quelles sont les obligations prévues par ces articles ?

L'article 8 concerne les limitations à la transmission de messages publicitaires : il correspond essentiellement à la transposition des dispositions de la directive TSF 3 octobre 1989 (89/552/CEE) concernant la limitation du temps et de l'espace publicitaire sur chaque chaîne de manière quotidienne. L'alinéa 1 de cet article formule également des interdictions quant au contenu des pages de publicité qui ne doivent pas contrevenir à la dignité de la personne humaine, qui ne doit pas créer de discriminations de race, de sexe ou de nationalité, qui ne doit

²⁴⁵⁷ Créé par la loi n° 416 del 5 agosto 1981.

pas offenser les convictions religieuses et d'idées, elles ne doivent pas conduire à des comportements préjudiciables à la santé, la sécurité, l'environnement. L'article 9 concerne les revenus issus de la publicité et ne s'intéresse pas non plus au contenu des programmes. L'article 20, intitulé : « Obligations concernant la programmation des concessionnaires » ne fait encore une fois pas allusion au contenu des programmes, mais concerne le nombre d'heures minimales durant lesquelles doivent transmettre les concessionnaires. L'alinéa 6 prévoit toutefois que chaque chaîne doit transmettre, chaque jour, au moins un journal télévisé ou radio.

L'article 21 concerne les limitations à l'utilisation de l'interconnexion modale par les émetteurs privés locaux, tandis que l'article 22 concerne les taxes que les opérateurs privés doivent payer en échange de leurs concessions.

894. Aucune référence n'est donc faite, dans cet article au respect des principes généraux prévus à l'article 1 de la présente loi : le pluralisme, l'objectivité, la complétude et l'impartialité, l'ouverture aux diverses tendances politiques, sociales, culturelles et religieuses dans la société, qui sont pourtant considérés comme les « *principes fondamentaux du système audiovisuel, mis en oeuvre avec le concours des sujets publics et privés au sens de ladite loi* ». L'alinéa 2 de l'article 31 de la loi dispose que « *passé ce délai, ou lorsque les justifications s'avèrent inappropriées, le garant somme les intéressés de cesser ce comportement illégitime à l'issue d'un délai qui n'excède pas quinze jours* ». On retrouve bien, comme dans le cas anglais et français, le pouvoir d'injonction aux opérateurs de se mettre en conformité avec la loi. Cette injonction vise ici aussi, à l'exécution, elle est donc une sanction de type *ripristorie* et ne constitue donc pas une sanction au sens strict.

895. La mise en oeuvre de la sanction au sens strict n'intervient que si l'opérateur n'a pas respecté l'injonction de se mettre en conformité avec la loi. L'alinéa 3 dispose que si le comportement illégitime persiste après le délai fixé par l'alinéa 2, le Garant statue sur l'imposition d'une sanction administrative consistant dans le paiement d'une somme allant de 10 millions de lire à 100 millions, et dans les cas les plus graves, la suspension de l'effet de l'autorisation ou de la concession pour une période allant d'un à dix jours. L'alinéa 3 fait référence à d'autres articles de la loi. En cas de non-respect, de respect tardif ou incomplet de

l'obligation de rectification prévu aux alinéas 2, 3 et 4 de l'article 10, ou encore dans les cas de non-respect des interdictions prévues aux alinéas 8 et 15 de l'article 15, les mêmes sanctions pécuniaires s'appliquent, sans qu'il y ait eu injonction préalable de la part de l'autorité. En réalité, pour le droit de rectification, l'injonction est déjà contenue dans la procédure prévue à l'article 10. Au cas où le concessionnaire privé ou public retiendrait que les conditions pour diffuser la rectification ne sont pas réunies, ils peuvent soumettre la question au garant qui se prononce sous cinq jours. Si le garant considère que la requête concernant la rectification était fondée, cette dernière, précédée de la décision du garant, doit être transmise par le concessionnaire sous vingt-quatre heures. Ces sanctions s'inscrivent dans les dispositions légales qui encadrent les sanctions administratives depuis la loi de 1981 (β).

β) Nature de la sanction

896. La mise en oeuvre de ces sanctions se fait dans le respect de la loi du 21 novembre 1981, n. 689. Trois types de sanctions pécuniaires sont toutefois prévus par cette loi : la sanction pécuniaire « *dosabile* » (dosable) ou graduée, qui s'inscrit entre un minimum et un maximum, la sanction pécuniaire « proportionnelle » et la sanction pécuniaire fixe²⁴⁵⁸.

897. Les sanctions prévues par la loi de 1990 correspondent au premier cas de figure, qui est cité à l'article 11 de la loi 689/1981. Cet article prévoit des critères pour la détermination, par l'autorité administrative, des sanctions administratives encadrées par un plancher et un plafond (*criteri di commisurazione*) : la gravité de la violation (appréciée objectivement, c'est-à-dire en prenant compte du dommage ou risque causé à l'intérêt protégé par la norme, mais aussi subjectivement, en fonction du caractère fautif ou dolosif²⁴⁵⁹), les mesures prises par l'agent pour éliminer ou atténuer les conséquences de la violation (montrant une forme de repentir²⁴⁶⁰), la personnalité du commettant (récidive...²⁴⁶¹) et, enfin, sa situation économique²⁴⁶². Ce type de

²⁴⁵⁸ R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Op cit, p. 176

²⁴⁵⁹ E. LANGELIER, Op cit, p. 129

²⁴⁶⁰ Ibid.

²⁴⁶¹ Ibid.

²⁴⁶² Pour une critique à la formulation de l'article 11 V. DOLCINI e PALIERO, « I 'principi generali' dell'illecito amministrativo nel disegno di legge 'Modifiche al sistema penale' », in Riv. it. dir. proc. pen., 1980, p. 1160

sanction implique la détermination par la loi du plancher et du plafond, et le pouvoir discrétionnaire de l'administration est encadré par la nécessité, prévue par l'article 18 de la loi n° 689/1981 de motiver le montant de la sanction choisi²⁴⁶³. Pour certains auteurs, seule cette sanction graduée permet de répondre pleinement aux exigences de rationalité et de garanties dont doit être empreinte la discrétionnalité de l'organe qui applique les sanctions²⁴⁶⁴. La structure même de cette sanction, caractérisée par la prise en compte de la personnalité du commettant et la prise en compte de critères subjectifs pour mesurer la gravité des faits la distingue très clairement d'une mesure de réparation : elle a bien une visée avant tout punitive²⁴⁶⁵. La loi Maccanico qui crée l'AGCOM permet en 1997 d'apporter des avancées, qui sont toutefois relatives (b).

b) Les avancées relatives de la loi Maccanico

898. La loi Maccanico du 31 juillet 1997²⁴⁶⁶ remplace le garant par l'autorité pour les garanties dans le secteur des télécommunications (Autorità per le garanzie nel settore delle comunicazioni). Cette autorité rassemble les fonctions de régulateur dans le secteur des télécommunications et de garant dans le secteur de la presse et de la radiodiffusion. Cette unification, au moins organique, des compétences, avait pour but de favoriser la convergence de la régulation entre les deux secteurs, face au développement du marché dans ces deux secteurs²⁴⁶⁷ que l'on pourrait qualifier, avec certains auteurs, d'hybrides²⁴⁶⁸. Le rôle de l'autorité sur le marché doit en effet consister à assurer la formation de conditions équitables pour la concurrence, tout en assurant l'amélioration de la qualité des produits et services, et faire

²⁴⁶³ V. aussi Cass., sez. I, 14 giugno 1996, n. 5499; Cass., sez. I, 9 novembre 2006 n. 23930

²⁴⁶⁴ C.E. PALIERO, A. TRAVO, « Sanzioni amministrative », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1989, p. 346s, spéc p. 362, Sur la discrétionnalité dans le domaine pénal V. DOLCINI, « Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale) », in *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, p. 749

²⁴⁶⁵ Ibid.

²⁴⁶⁶ Legge 249 del 31 luglio del 97 « Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi di telecomunicazioni e radiotelevisivo », GU, n. 177 del 31 luglio 1997 - Serie generale

²⁴⁶⁷ Article 1(6)(c)(1) Le conseil signala al Governo l'opportunità di interventi, anche legislativi, in relazione alle innovazioni tecnologiche ed all'evoluzione, sul piano interno ed internazionale, del settore delle comunicazioni;

²⁴⁶⁸ E. CHELI, G. D'AMATO, « Autorità per le garanzie nelle comunicazioni », Op cit, [agg. IV, 2000]

respecter les droits fondamentaux des citoyens dans le secteur des communications²⁴⁶⁹. En ce sens, l'autorité est amenée à « *assurer que l'innovation technique ne prévale pas sur les valeurs fondamentales de la société (...) qui postule notamment la participation consciente de tous (les citoyens)* »²⁴⁷⁰. Z. Zencovitch relève que le postulat selon lequel les changements technologiques dans les secteurs des télécommunications et de la radiodiffusion relèveraient d'une même logique pourrait avoir pour conséquence « néfaste » d'étendre la logique de régulation du secteur de la radiodiffusion au secteur des télécommunications, en accentuant la forme d'intervention dirigiste de l'autorité, une intervention qui ne serait plus neutre, mais serait guidée par la volonté de promouvoir certaines valeurs qui concernent le contenu du service proposé, et non son mode de diffusion²⁴⁷¹. Nous verrons dans un chapitre ultérieur que c'est le problème opposé qui se pose aujourd'hui, celui d'une régulation très, trop souple du secteur de la radiodiffusion.

899. La loi Maccanico et la création de l'AGCOM ne simplifient pas la lecture des textes législatifs et ne clarifient pas les pouvoirs de sanction qui sont conférés à l'autorité. Les dispositions de la nouvelle loi viennent en effet s'ajouter à celles que prévoyait la loi Mammi de 1990, et ne la remplacent pas. La reconstruction de la régulation en vigueur est donc tout sauf simple pour l'interprète que nous sommes. L'article 6 (c) (9) de la nouvelle loi dispose que le Conseil de l'autorité assume les fonctions et les compétences assignées au Garant pour la radiodiffusion et l'édition²⁴⁷², mais en réalité, certaines de ces compétences sont confiées par l'article 1 alinéa 6, lettre b, à la commission pour les services et les produits. En ce qui concerne les sanctions à proprement parler, il semble que celles-ci soient les mêmes que celles prévues par la loi de 1990 : l'article 6 (1) (b)(14) dispose en effet que la commission pour les services et les produits applique les sanctions prévues par l'article 31 de la loi du 6 août 1990. Cet article dispose que « *les sujets qui n'obtempèrent pas aux ordres et injonctions de l'autorité pris conformément à la présente loi sont punis avec une sanction administrative pécuniaire entre 20*

²⁴⁶⁹ Ibid.

²⁴⁷⁰ V. les propos de F. P. CASAVOLA, in « Relazione presentata come Garante per la radiodiffusione e l'editoria all'VIII Commissione del Senato », Op cit, note 214.

²⁴⁷¹ Z. ZENCOVICH, « Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla L. 31 luglio 1997 n. 249 » in *Trattato di diritto amministrativo*, Op cit, p. 203

²⁴⁷² A l'exclusion des fonctions prévues par l'article 20 alinéa 1 qui sont abrogées.

millions de lire à 50 millions de lire ». C'est seulement dans le domaine de l'interdiction des positions dominantes que la loi marque une avancée en matière de sanction, avancée toute relative (α). Le régime concernant les sanctions applicables au secteur public est lui encore très flou (β).

α) Le régime applicable aux positions dominantes

900. Cette loi avait en réalité pour fonction de se mettre en conformité avec le droit de l'Union et les arrêts de la Cour constitutionnelle qui enjoignaient au législateur de prendre les mesures nécessaires pour éviter les concentrations dans le domaine de la radiodiffusion. En décembre 1994, la Cour constitutionnelle était en effet intervenue de nouveau sur le sujet²⁴⁷³ pour déclarer inconstitutionnelle l'alinéa 4 de l'article 15 de la loi Mammi n° 223/1990 qui prévoyait que « *Les concessions au niveau national, qu'elle concerne la radiodiffusion télévisuelle ou sonore ne peuvent dépasser 25% du nombre de chaînes prévues par le plan d'assignation des fréquences pour un même sujet, et, en tout état de cause, le nombre de chaînes nationales prévues par ce plan, et en tout état de cause le nombre de trois* »²⁴⁷⁴. L'article 2(6) dispose donc que ne peuvent être concédées à une seule personne privée des concessions qui représenteraient plus de 20% des chaînes de télévision ou de radio, au niveau national et par voie hertzienne. L'article 2 (7) concerne les règles relatives à l'interdiction des positions dominantes sur le marché. Il dispose que l'autorité adopte les dispositions nécessaires pour éliminer ou interdire la formation de

²⁴⁷³ C. Cost, 7 décembre 1994, n° 420, Foro it, 1995, parte I, col. 4 ; Nota a sentenza R. PARDOLESI, « Pluralismo esterno (non più d'una rete a testa) per l'etere privato », Foro it, 1995, I, p. 4, spéc §14.

²⁴⁷⁴ La Cour constitutionnelle avait réitéré son raisonnement déjà présent dans les décisions 112/93 (C. cost. 26 marzo 1993, n. 112, in *Giur. cost.*, 1993, p. 939s) et 826/88 (C. cost. 14 luglio 1988, n. 826, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 3893 s) sur la nécessité d'assurer, parallèlement au pluralisme interne mis en oeuvre par le concessionnaire public, un véritable pluralisme externe, qui permette de satisfaire à travers le pluralisme des opinions concurrentes, le droit des citoyens à l'information. La position de prééminence d'un opérateur sur le marché, ou en d'autres termes, la position dominante de l'un d'entre eux, aurait pour conséquence de réduire le droit des citoyens à l'information qui découle de l'article 21 de la Constitution. La Cour avait en conséquence demandé, à plusieurs reprises dans des décisions précédentes au législateur d'intervenir pour adopter une législation dite « anti-trust » qui permette d'empêcher la formation de concentrations qui pourraient déboucher sur un oligopole, ce que le législateur a fait avec la loi Mammi 223/1990. Dans cet arrêt, la Cour considère que ce n'est pas à elle de déterminer la limite à fixer pour que la législation anti-trust qu'elle appelait de ses vœux respecte l'article 21 de la Constitution, mais elle se considère légitime pour déterminer si la limite prévue par le législateur, dans le contexte économique et culturel permet de réaliser effectivement le pluralisme externe. Or, rappelle t-elle, la loi n° 67/1987 fixant la réglementation anti-trust dans le domaine de la presse prévoyait une limite de 20% pour une seule personne privée, et il était, selon la Cour, illogique de fixer une limite moins contraignante dans le secteur radiotélévisée, alors même que dans ce secteur, les ressources n'étaient pas illimitées.

position dominante ou qui porte atteinte au pluralisme. Lorsqu'il en constate l'existence, il ouvre une instruction dans le respect du principe du contradictoire aux termes duquel il intervient pour que celles-ci soient rapidement supprimées. La loi prévoit qu' « *En cas de manquement aux obligations qui concerne des dispositions adoptées en rapport avec la violation des normes sur les positions dominantes, une sanction administrative pécuniaire s'applique à chaque sujet intéressé, sanction qui n'est pas inférieure à 2 pour cent et pas supérieure à 5 pour cent du chiffre d'affaires réalisé par ledit sujet dans le dernier budget clos avant la notification de la notification* », la même sanction qui était prévue par la loi de 1990. Les sanctions applicables au concessionnaire public ne sont, elles, toujours pas des sanctions pécuniaires (β).

β) Sanctions applicables au concessionnaire public

901. La loi prévoit, aux termes de l'article 1(4) que la commission parlementaire « vérifie » le respect des normes prévues aux articles 1 et 4 de la loi n° 103 du 14 avril 1975, et par la loi du 25 juin 1993, et par l'article 1 du décret-loi du 23 octobre 1996, n° 545. L'article 1(5)(c) de la loi dispose quant à lui que l'autorité « établit » le non-respect, par la société concessionnaire du service public audiovisuel, des recommandations formulées par la Commission parlementaire de vigilance au sens des articles 1 et 4 de la loi de 1975, et demande à la société concessionnaire l'activation des procédures disciplinaires prévues par les contrats de travail vis-à-vis des dirigeants responsables.

902. Certains auteurs considèrent que l'autorité offre à la Commission parlementaire la possibilité de mettre en oeuvre les sanctions pour le non-respect de ses recommandations²⁴⁷⁵. L'utilisation de procédures de sanctions « disciplinaires » peut toutefois être regardée comme un choix curieux pour faire respecter les principes prévus par la présente loi. Si les sanctions disciplinaires sont effectivement considérées comme des sanctions administratives, elles sont explicitement exclues du champ d'application de la loi n° 689 de 1981, par l'article 12 de cette loi, ce qui a poussé la doctrine à construire un cadre d'analyse autonome, caractérisé par la

²⁴⁷⁵ E. CHELI, G. D'AMATO, Op cit, (14. I rapporti con la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi).

prégnance d'un certain statut ou d'une qualification particulière permettant de légitimer la sanction, mais aussi un régime différent de celui des sanctions administratives au sens strict²⁴⁷⁶.

903. Le deuxième point qui mérite notre attention concerne les normes dont la non-application peut faire l'objet de sanction. L'article 4 de la loi du 14 avril 1975 renvoie en effet à la Commission parlementaire la compétence pour adopter des recommandations pour la mise en oeuvre des principes fondamentaux du service public audiovisuel, tels que l'indépendance, l'objectivité et l'ouverture aux diverses tendances politiques, sociales et culturelles, ainsi que pour assurer l'équilibre des programmes, la réglementation des tribunes politiques et électorales (...). En vertu du principe de réserve de loi que nous avons explicité plus avant, le non-respect de ces dispositions ne devrait pas entraîner de sanctions. Le juge a toutefois eu l'occasion de reconnaître le caractère relative de cette réserve de loi en admettant la possibilité pour le législateur de déléguer au pouvoir réglementaire la définition de certaines sanctions, du fait du caractère technique du domaine : « *Le principe de la réserve de loi fixé dans le domaine des sanctions administratives par la loi du 24 novembre 1981 n° 689, dans son article 1, interdit que l'illégalité administrative et la sanction qui en découle soient introduites directement par des sources normatives secondaires. Cet article n'exclut pas, toutefois, que les préceptes de lois, suffisamment déterminés, soient complétés par des normes secondaires auxquelles ils se réfèrent, et ce en vertu de la technicité particulière du domaine auxquelles ces normes secondaires sont destinées* »²⁴⁷⁷, ce qui permet d'expliquer et de légitimer le renvoi, par le législateur, aux recommandations fixées par la Commission parlementaire comme source du pouvoir de sanctions de l'AGCOM.

²⁴⁷⁶ C.E. PALIERO, A. TRAVO, « Sanzioni amministrative », Op cit, (6. Sanzione amministrativa ed altri mezzi dell'azione amministrativa).

²⁴⁷⁷ Traduction libre de : « *Il principio della riserva di legge fissato nella materia delle sanzioni amministrative dalla l. 24 novembre 1981 n. 689, all'art. 1, impedisce che l'illecito amministrativo e la relativa sanzione siano introdotti direttamente da fonti normative secondarie. La norma non esclude, tuttavia, che i precetti della legge, sufficientemente individuati, siano eterointegrati da norme regolamentari, in virtù della particolare tecnicità della dimensione in cui le fonti secondarie sono destinate ad operare* » Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 dicembre 2012, n. 10620

Conclusion §1 :

904. Le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes du secteur de l'audiovisuel s'inscrit dans le contexte des sanctions administratives générales propres à chaque État. On peut toutefois souligner le fait qu'au moins au Royaume-Uni et en France, le secteur audiovisuel est pionnier dans l'attribution d'un pouvoir de sanction à des autorités administratives indépendantes. Le Royaume-Uni constitue à cet égard une double exception : le pouvoir de sanction administrative pécuniaire est attribué dès 1953 à l'autorité, alors même que dans ce pays, c'est la *sunshine regulation* qui est privilégiée pour les autres secteurs. Cette particularité résulte du débat ayant entouré la libéralisation du secteur, celle-ci étant intervenue en contrepartie d'une régulation très forte pesant sur les opérateurs privés pour ne pas voir le système dériver vers le modèle américain. Dans les autres États, le pouvoir de sanction est à l'image de la législation générale concernant le pouvoir de sanction administrative : la sanction pécuniaire étant commune en Italie, il n'est pas étonnant qu'elle soit attribuée à l'autorité. Ce qui est plus étonnant est qu'elle ne soit pas applicable pour l'opérateur public. En France, le régime lié à l'autorisation se complexifie progressivement. Ce pouvoir de sanction va continuer d'évoluer et il nous faut expliciter les évolutions postérieures du pouvoir de sanction dans les trois États (§2).

§2 L'évolution du pouvoir de sanction dans les trois États

En France, c'est la loi de 1989, créant le CSA qui va permettre d'introduire les sanctions pécuniaires et qui homogénéisera le régime des sanctions entre secteur public et secteur privé (A). En Italie, la loi Gasparri introduit pour la première fois la possibilité de formuler des sanctions pécuniaires à l'égard du concessionnaire public (B). Au Royaume-Uni, la loi créant l'OFCOM introduit l'autorégulation (C).

A) En France, l'homogénéisation des sanctions entre secteur public et privé

Le régime de sanction prévu par la loi de 1986 posant toujours des problèmes d'applicabilité (1), la loi de 1989 instituant le CSA introduit la possibilité pour celui-ci de formuler des sanctions pécuniaires, des sanctions bien plus dissuasives pour les opérateurs (2).

1) Les problèmes d'applicabilité du régime de sanction prévu par la loi de 1986

905. Le régime de sanctions prévu par la loi de 1986, qui devait améliorer celui prévu par la loi de 1982, était toutefois encore peu approprié, car « *pas davantage que la Haute autorité la CNCL n'est dotée d'une panoplie de sanctions graduées et adaptées à la gravité des fautes commises* »²⁴⁷⁸. Il est, comme celui de la Haute autorité, très difficile à mettre en oeuvre en pratique²⁴⁷⁹ : ainsi, écrivent C. Maugue et L. Touvet, « *l'article 42 de la loi de 1986, dans sa version d'origine, s'est révélé comme une dissuasion à rebours dépourvue de toute efficacité. La gravité de la sanction qui pouvait être infligée (suspension ou retrait de l'autorisation) rendait invraisemblable son prononcé. C'est le gendarme qui était efficacement dissuadé d'intervenir, effrayé des conséquences que son coup de bâton risquait d'entraîner* »²⁴⁸⁰. La CNCL avait elle-même déclaré qu' « *une mesure de suspension, à plus forte raison de retrait, qui aurait pour premier effet de priver de programmes de nombreux téléspectateurs est difficilement applicable, surtout pour une chaîne d'audience nationale* »²⁴⁸¹.

²⁴⁷⁸ J-P. DELIVET, H. RONY, Op cit, p. 730

²⁴⁷⁹ V. les articles de presse critiquant l'inaction de la CNCL : P-A. GAY, « Après les déclarations de Mme Catherine Tasca et de M. Bertrand Labrusse La C.N.C.L. en état de crise », Le Monde, 25 septembre 1987 ; J-F. LACAN, « Selon M. Roger Bouzinac, Les chaînes n'ont pas respecté leurs engagements en matière de publicité », Le Monde, 15 décembre 1987 ; J-F. LACAN, « La Cinq et M 6 devant la C.N.C.L. Des bilans médiocres une sanction encore hypothétique », Le Monde, 27 mars 1988 ; J. BAUDRIER, « CNCL, dommage... », Le Monde, 23 décembre 1988 et en doctrine : J. CHEVALLIER, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », AJDA, 1989, p. 63 ; X. Delcros, AJDA, 1988, p. 210s

²⁴⁸⁰ C. MAUGUE, L. TOUVET, « Sanction des manquements des exploitants audiovisuels à leurs obligations », AJDA, 1994, p. 370

²⁴⁸¹ V. dans les débats parlementaires sur la loi de 1989 les propos de B. Schreiner (p. 3274), J.-J. Queyranne (p. 3274), C. Tasca (au Sénat, p. 872-873)

906. L'absence de pouvoir de sanction financière a poussé la C.N.C.L. à saisir le Président de la Section du contentieux du Conseil d'État²⁴⁸² comme le prévoyait la loi, mais celui-ci ne pouvait, avec son pouvoir d'injonction, que prononcer des astreintes pour l'avenir et non sanctionner les manquements passés²⁴⁸³. Bien que La Cinq et M6 n'aient pas respecté les obligations de programmation qui découlaient des obligations législatives et réglementaires, le recours au juge n'aurait permis de sanctionner les manquements qu'un an après les premières constatations de ces manquements, car les obligations de programmation sont contrôlées annuellement²⁴⁸⁴.

907. Dans son premier rapport annuel, La CNCL avait donc « *demandé les moyens de poursuivre sa mission* »²⁴⁸⁵, en citant l'exemple du Conseil de la concurrence, qui est en effet une des premières autorités administratives indépendantes à avoir été dotée d'un pouvoir de sanction

²⁴⁸² V. par exemple contre TF1 : CE, 16 mars 1988, Ordonnance du Président du Contentieux, Rec, p. 124 ; note Y. GAUDEMET, RDP, 1988, p. 1373. Contre La Cinq et M6 : CE, 21 juin 1988, Ordonnances du Président du Contentieux, note Y. GAUDEMET, RDP, 1988, p. 1373, note D. TRUCHET, RFDA, 1989, p. 25

²⁴⁸³ V. CE, 21 juin 1988, Ordonnances du Président du Contentieux, Op cit : « *Considérant que le Président de la CMCL demande au président de la section du contentieux du Conseil d'Etat d'assortir les injonctions prononcées à l'égard de la société M6 d'une condamnation de cette société à verser au compte de soutien à l'industrie des programmes des sommes destinées au financement de la production d'oeuvres audiovisuelles (...). Considérant qu'en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire organisant un système de compensation des manquements en matière de diffusion par une contribution imposée à des dépenses de production, ces conclusions du président de la CNCL ne peuvent être accueillies* ».

²⁴⁸⁴ J.-F. LACAN, « La Cinq et M6 devant leurs juges », Le Monde, 26 mars 1988 : « *L'absence de pouvoir de sanction financière a poussé la C.N.C.L. à chercher la solution devant le juge administratif, mais celui-ci ne pouvait pas sanctionner les manquements passés si bien que cet outil s'est révélé inefficace : La Commission peut, par exemple, saisir la section du contentieux du Conseil d'État qui peut, en référé, infliger des amendes aux chaînes fautives. Mais cette arme juridique est, hélas ! inutilisable. La C.N.C.L. vient de le comprendre en poursuivant TF1 pour dépassements de ses quotas publicitaires. Le Conseil d'État a bien prononcé une astreinte financière de 16000 F par seconde, mais cette amende vise les dépassements futurs de la chaîne. La procédure du référé ne permet pas de sanctionner les minutes de publicité excédentaires, dûment constatées en octobre, novembre et décembre. Le Conseil d'État ne pourra donc pas sanctionner les bilans annuels de la Cinq et de M6. Il ne pourra même pas fournir une "épée de Damoclès" pour le futur, car, à la différence des dépassements publicitaires, qui peuvent être repérés au jour le jour, les obligations de programmes sont contrôlées sur un an. Ce qui reporterait les sanctions éventuelles à 1989! La C.N.C.L. se trouve donc singulièrement désarmée. Il ne lui reste plus que l'"arme atomique" : la suspension de l'autorisation. Mais les "sages" oseront-ils couper — même symboliquement pour quelques jours — les émetteurs de la Cinq et de M6? Nombreux sont ceux qui jugent dangereuse une telle décision, surtout en pleine campagne électorale. La C.N.C.L. ne peut, néanmoins, ne rien faire. La crédibilité de l'institution — déjà fort entamée — recevrait un coup fatal. De plus, TF1, qui doit subir son examen de passage quelques semaines plus tard, en tirerait argument pour ne plus respecter ses obligations. Toute la réglementation du paysage audiovisuel se trouverait alors compromise* ».

²⁴⁸⁵ J.-F. LACAN, « Dans son premier rapport annuel La CNCL demande les moyens de poursuivre sa mission », Le Monde, 12 janvier 1988.

pécuniaire²⁴⁸⁶. La loi du 17 janvier 1989 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication²⁴⁸⁷ a donc introduit de nouvelles dispositions permettant de renforcer le dispositif de sanctions que l'autorité de régulation pourrait utiliser contre les chaînes titulaires d'une autorisation²⁴⁸⁸ (2).

2) Régime prévu par la loi de 1989

908. L'article 42-1 de la loi Léotard, introduit par la loi de 1989 étoffait et diversifiait le dispositif en prévoyant que le Conseil pouvait prononcer, à l'encontre du titulaire d'une autorisation, et compte tenu de la gravité du manquement, « 1° *La suspension, après mise en demeure, de l'autorisation ou d'une partie du programme pour un mois au plus* 2° *La réduction de la durée de l'autorisation dans la limite d'une année* 3° *Une sanction pécuniaire assortie éventuellement d'une suspension de l'autorisation ou d'une partie du programme, si le manquement n'est pas constitutif d'une infraction pénale* 4° *le retrait de l'autorisation* ». Cet article instaurait donc trois sanctions supplémentaires : La suspension, après mise en demeure, d'une partie du programme ; la réduction de la durée de l'autorisation ; et enfin, la sanction de loin la plus dissuasive dans les faits²⁴⁸⁹, la sanction pécuniaire. La loi prévoyait également que les mises en demeure étaient désormais rendues publiques et publiées au Journal officiel²⁴⁹⁰. Ces sanctions pouvaient être infligées aux opérateurs titulaires d'une concession ou d'une autorisation, ce qui inclut les Sociétés nationales de programmes²⁴⁹¹.

²⁴⁸⁶ CNCL, Premier rapport annuel, nov. 1986-nov. 1987, spéc. p. 217

²⁴⁸⁷ Loi du 87-29 du 17 janvier 1989 modifiant la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (JO du 18 janvier 1989, p. 728).

²⁴⁸⁸ V. J. CHEVALLIER, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », AJDA, 1989, p. 75 ; D. TRUCHET, « La loi du 17 janvier 1989 sur la communication audiovisuelle ou la fin d'une illusion lyrique », RFDA, 1989, p. 208 ; B. GENEVOIS, « Le conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil Supérieur de l'audiovisuel », RFDA, 1989, p. 216 ; J. MORANGE, « Le conseil supérieur de l'audiovisuel », RFDA, 1989, p. 237

²⁴⁸⁹ P. FRYDMAN, Op cit, p. 429

²⁴⁹⁰ Article 42-6 de la loi relative à la communication audiovisuelle dans sa rédaction issue de la loi du 17 janvier 1989.

²⁴⁹¹ Article 41-3

909. La consécration d'un pouvoir de sanction pécuniaire dans l'audiovisuel, comme l'avait réclamé la CNCL, est donc motivée par la nécessité de mettre en place « *un système de sanctions crédibles et modulables* »²⁴⁹². Pour la première fois, l'objet de la sanction, ne porte pas seulement sur l'autorisation²⁴⁹³, et on assiste donc tout à la fois à une autonomisation de la sanction et à la consécration d'une approche répressive et non plus seulement d'exécution²⁴⁹⁴. Sa rédaction était toutefois peu opportune. Alors que l'article 42 issu de la loi Léotard de 1986 ne laissait aucun doute possible quant à l'obligation pour la CNCL de mettre en demeure les titulaires d'une autorisation de se conformer à leurs obligations avant de prononcer une sanction²⁴⁹⁵, l'article 42-1 dans sa rédaction issue de la loi de 1989 disposait que « *Si le titulaire d'une autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle ne respecte pas les obligations ci-dessus mentionnées ou ne se conforme pas aux mises en demeure qui lui ont été adressées, le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut prononcer à son encontre, compte tenu de la gravité du manquement, une des sanctions suivantes (...)* ». Il résultait de ces dispositions que la mise en demeure préalable, avant le prononcé d'une sanction autre que la suspension pour laquelle la mise en demeure était obligatoire, n'était que facultative. Le Conseil pouvait décider de prononcer la sanction sans passer par une mise en demeure préalable.

910. C'était sans compter la très importante décision du Conseil Constitutionnel, du 17 janvier 1989, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi instituant le Conseil Supérieur de

²⁴⁹² V. J. CHEVALLIER, « De la C.N.C.L. au Conseil supérieur de l'audiovisuel », Op cit, p. 75. V. en ce sens les travaux parlementaires, le discours du rapporteur J.-J. QUEYRANNE (A.N., 1^e séance du 5 décembre 1988, p. 3099, JORF, Année 1988, n°56(1), A.N., mardi 6 déc. 1988)

²⁴⁹³ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, p. 166

²⁴⁹⁴ Ibid.

²⁴⁹⁵ Article 42 issu de la Loi Léotard dans sa rédaction initiale : « *La Commission nationale de la Communication et des libertés peut mettre en demeure les titulaires d'autorisations pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par la décision d'autorisation. Si les intéressés à cette mise en demeure dans le délai qui leur est imparti, la commission peut suspendre l'autorisation pour une durée d'un mois au plus ou en prononcer le retrait* ».

l'Audiovisuel²⁴⁹⁶. De façon elliptique²⁴⁹⁷, le Conseil va recourir à la technique de l'interprétation neutralisante pour obliger le Conseil à prononcer une mise en demeure avec le prononcé de toute sanction²⁴⁹⁸. Ce n'est que sous ces conditions qu'il accepte de déclarer les articles 42-1 et 42-2 conformes à l'article 8 de la DDHC²⁴⁹⁹. Cette interprétation neutralisante pouvait être considérée comme « abusive », car elle aboutissait à « donner à la loi un sens qui n'est tout simplement plus le sien ». Toutefois, en vertu de l'article 62, les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et aux autres juridictions, et que « *l'autorité des décisions visées par cette disposition s'attache non seulement à leur dispositif, mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même* »²⁵⁰⁰. Cependant, comme le reconnaît P. Frydman, cette décision « *ne va pas sans soulever un évident problème pratique, dans la mesure où elle a pour fâcheux effet d'interdire de sanctionner la première infraction commise - laquelle n'aura, par définition, généralement pas pu être précédée d'une mise en demeure* »²⁵⁰¹. Ceci est rappelé par C. Maügue et L. Touvet dans leur note sous l'arrêt commenté. « *La nécessité d'une*

²⁴⁹⁶ V. Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, (JORF du 18 janvier 1989, p. 754 ; Recueil, p. 18), V. J.-L. AUTIN, « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *Revue administrative*, 1989, p. 223 ; B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 215 ; P. AVRIL, J. GICQUEL, *Pouvoirs*, 1989 (50), p. 193, spéc p. 196-197 ; L. FAVOREU, *RDP*, 1989, p. 429s, § 23-25, 65-80, 86, 87, 115, 117-120, 167, 170, 176-180, 190, 194-196, 213, 216 ; L. FAVOREU, L. PHILIP, « Autorités administratives indépendantes », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, n°33, p. 554

²⁴⁹⁷ P. FRYDMAN, p. 431

²⁴⁹⁸ Considérant 38 : « *Considérant qu'il résulte du rapprochement de l'article 42 nouveau et de l'article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 que les pouvoirs de sanction dévolus au Conseil supérieur de l'audiovisuel ne sont susceptibles de s'exercer; réserve faite du cas régi par les articles 42-3 et 42-9, qu'après mise en demeure des titulaires d'autorisation pour l'exploitation d'un service de communication audiovisuelle "de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis à l'article premier" de la loi précitée, et faute pour les intéressés de respecter lesdites obligations ou de se conformer aux mises en demeure qui leur ont été adressées (...)* ».

²⁴⁹⁹ Considérant 39 : « *Considérant que, sous les réserves d'interprétation ci-dessus mentionnées, les articles 42-1 et 42-2 ne sont contraires aux dispositions ni de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme, ni de l'article 34 de la Constitution qui définissent l'étendue de la compétence du législateur* ».

²⁵⁰⁰ Formule utilisée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 62-18 L du 16 janvier 1962. De même une réserve d'interprétation émise par le Conseil est revêtue de l'autorité que confère à ses décisions l'article 62 de la Constitution (décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004). V. B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : Principes directeurs*, STH, 1988, p. 68. Le CE reprend cette idée en considérant que « *les considérants dont le Conseil constitutionnel assortit sa décision en sont le soutien indispensable* », CE, 1^{er} juillet 1983, *Syndicat unifié de la radio et de la télévision CFDT*, Rec, p. 293

²⁵⁰¹ Ibid.

*mise en demeure préalable - écrivent-ils aboutit à assurer l'impunité du contrevenant lors de la première infraction »*²⁵⁰².

911. Ce régime de sanctions ne s'appliquait, dans la loi de 1989, qu'aux titulaires d'une autorisation ce qui excluait les opérateurs publics, titulaires d'une concession. C'est la loi du 1er février 1994²⁵⁰³ qui homogénéise le régime de sanctions entre opérateurs publics et privés. L'article 48 de la loi Léotard issu de la loi dispose que « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut mettre en demeure les sociétés nationales de programme visées à l'article 44 et la société mentionnée à l'article 45 de respecter les obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires, et par les principes définis à l'article 1er* ». Comme pour les opérateurs privés, si la mise en demeure n'est pas respectée, le Conseil peut formuler la suspension d'une partie du programme ou une sanction pécuniaire, dans les mêmes conditions que pour les opérateurs privés.

Alors qu'en France, le régime des sanctions s'homogénéise progressivement entre opérateurs publics et privés, en Italie, la loi Gasparri de 2004 introduit la possibilité de formuler des sanctions pécuniaires qui sont plus dissuasives pour le secteur public que pour le secteur privé (B).

B) En Italie, une régulation désormais surtout destinée aux opérateurs publics

C'est la loi Gasparri²⁵⁰⁴ adoptée en 2004 qui introduira pour la première fois dans le système la possibilité de formuler des sanctions pécuniaires à l'égard du concessionnaire de service public (1). Le régime applicable est assez dissuasif (2).

²⁵⁰² C. MAUGUE, L. TOUVET, Op cit, p. 373

²⁵⁰³ Loi n°94-88 du 1 février 1994 - art. 4 JORF 2 février 1994

²⁵⁰⁴ Legge 3 maggio 2004, n. 112 « Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a., nonche' delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione. (GU Serie Generale n.104 del 05-05-2004 - Suppl. Ordinario n. 82)

1) L'introduction de sanctions pécuniaires pour les opérateurs publics

912. L'article 19, inséré dans le chapitre IV de la loi, relatif aux « Missions du service public général radio-télévisuel » est intitulé « Vérification du respect des missions ». Cet article fait directement référence à la Communication de la Commission européenne concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État.

L'alinéa 1 dispose en effet qu' « *En conformité [avec cette Communication], il est confié à l'autorité la mission de vérifier que le service public général radio-télévisuel soit effectivement mis en oeuvre en conformité avec les dispositions de la présente loi, du contrat national de service et des contrats spécifiques de service conclus avec les régions et avec les provinces autonomes de Trento et de Bolzano, en tenant compte des paramètres de qualité du service et des indices de satisfaction des utilisateurs définis dans le contrat [national de service]* »²⁵⁰⁵.

913. Le champ d'application des sanctions définies par ce texte est particulièrement complexe à définir. Quelles sont les dispositions de la présente loi que le concessionnaire est tenu de respecter ? L'article 17 de la loi Gasparri, repris intégralement par l'article 45 du texte unique intitulé : « Définition des missions de service public audiovisuel » permet de préciser quelque peu les obligations très générales qui sont énoncées à l'article 7 de la même loi. Les obligations prévues par l'article 45 sont toutefois elles aussi très générales : le texte prévoit notamment que le concessionnaire est tenu de diffuser tous ses programmes avec une couverture intégrale du territoire national, qu'il doit consacrer un nombre adéquat d'heures à l'éducation, à l'information, à la formation, à la promotion culturelle, et notamment pour la valorisation des oeuvres théâtrales, cinématographiques, télévisuelles, en langue originale et musicales reconnues comme ayant un haut niveau artistique ou d'innovation. Ce nombre d'heures est défini de façon triennal par délibération de l'autorité. Cette disposition, ainsi que la disposition de l'alinéa 1 qui

²⁵⁰⁵ Traduction libre de : « *In conformità a quanto stabilito nella comunicazione della Commissione delle Comunità europee 2001/C 320/04, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee C 320 del 15 novembre 2001, relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al servizio pubblico di radiodiffusione, è affidato all'Autorità il compito di verificare che il servizio pubblico generale radiotelevisivo venga effettivamente prestato ai sensi delle disposizioni della presente legge, del contratto nazionale di servizio e degli specifici contratti di servizio conclusi con le regioni e con le province autonome di Trento e di Bolzano, tenendo conto anche dei parametri di qualità del servizio e degli indici di soddisfazione degli utenti definiti nel contratto medesimo* ». La doctrine a pu parler d'une réserve de loi « presque absolue » à ce propos.

renvoie au contrat national de service aurait pu poser problème au regard du principe « nullum crimen sine legge » posé par l'article 1 de la loi de 1981 qui définit le régime des sanctions administratives, mais comme nous l'avons explicité dans le §2, le juge constitutionnel a dégagé des exceptions à ce principe. En tout état de cause, la procédure à respecter est conforme aux principes du droit de la défense (2).

2) Procédure en cas de constatation de manquement

914. L'article prévoit également, à l'alinéa 2, la procédure à respecter en cas de constatation d'un manquement : « *L'autorité, en cas de présomption de non-respect des obligations formulées à l'alinéa 1er, d'office ou sur impulsion du ministre (...), notifie l'ouverture de l'instruction au représentant légal de la société concessionnaire, qui a le droit d'être entendu, personnellement ou à travers un représentant spécial, dans le délai fixé simultanément à la notification. Ce dernier peut présenter des conclusions et des avis à chaque phase de l'instruction et peut être de nouveau entendu avant la fermeture de celle-ci* »²⁵⁰⁶. À chaque phase de l'instruction, l'autorité peut demander aux entreprises, aux entités ou aux personnes qui en sont en possession, de fournir des informations et de présenter les documents utiles aux fins de l'instruction ; effectuer des inspections aux fins de contrôler les documents de l'entreprise et d'en faire des copies, en profitant potentiellement la collaboration d'autres organes de l'État ; effectuer des expertises et des statistiques et recourir éventuellement à la consultation d'experts en ce qui concerne n'importe quel élément important pour l'instruction ²⁵⁰⁷.

915. La procédure en cas de manquement constaté par l'autorité est la suivante : « *Si, à la suite*

²⁵⁰⁶ Traduction libre de : « *L'Autorità, nei casi di presunto inadempimento degli obblighi di cui al comma 1, d'ufficio o su impulso del Ministero per il contratto nazionale di servizio ovvero delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano per i contratti da queste stipulati, notifica l'apertura dell'istruttoria al rappresentante legale della società concessionaria, che ha diritto di essere sentito, personalmente o a mezzo di procuratore speciale, nel termine fissato contestualmente alla notifica e ha facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni fase dell'istruttoria, nonché di essere nuovamente sentito prima della chiusura di questa* ».

²⁵⁰⁷ V. comma 3 de l'article 19 de la loi 112/2004 repris à l'identique par l'article 48 Dlegge 177/2005 : « *L'Autorità può in ogni fase dell'istruttoria richiedere alle imprese, enti o persone che ne siano in possesso, di fornire informazioni e di esibire documenti utili ai fini dell'istruttoria; disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia, anche avvalendosi della collaborazione di altri organi dello Stato; disporre perizie e analisi economiche e statistiche, nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria* ».

*de l'instruction, l'autorité constate des infractions aux obligations prévues à l'alinéa 1, il fixe, pour la société concessionnaire, un délai inférieur à trente jours, pour l'élimination des infractions existantes. Dans les cas d'infractions graves, et en tenant compte de la gravité et de la durée de l'infraction, l'autorité dispose en outre d'une sanction administrative qui peut aller jusqu'à trois pour cent du chiffre d'affaires du dernier budget conclu avant l'injonction. Elle fixe le délai, en tout état de cause inférieur à trente jours, dans lequel l'entreprise doit procéder au paiement de la sanction »*²⁵⁰⁸. Deux choix sont donc possibles : l'autorité peut formuler une mise en demeure, qui, comme en droit français et anglais, correspond à une injonction de respecter les obligations de service public, ou, dans des cas d'infractions graves (le critère de la gravité n'étant pas précisé, il semble qu'il relève de l'appréciation de l'autorité elle-même), l'autorité peut choisir de prononcer une sanction pécuniaire sans passer par la mise en demeure, ce qui diffère du droit anglais et français.

916. En cas de non-respect de la mise en demeure, l'autorité applique la sanction administrative jusqu'à trois pour cent du chiffre d'affaires. Dans les cas où la sanction pécuniaire aurait déjà été appliquée, mais que les manquements persistent, l'autorité prononce une sanction d'un montant qui ne soit pas inférieur au double de la sanction déjà appliquée, dans une limite de trois pour cent du chiffre d'affaires. Dans les cas de non-respect répété, l'autorité peut prononcer la suspension de l'activité de l'entreprise jusqu'à 90 jours²⁵⁰⁹. En France et en Italie, la possibilité de formuler des sanctions pécuniaires est concrétisée assez tard, par rapport au Royaume-Uni, où les sanctions pécuniaires existaient depuis 1956. Dans ce pays, le véritable tournant se trouve dans le recours récurrent à l'autorégulation par les opérateurs eux-mêmes (C).

²⁵⁰⁸ Article 7 de la loi. Traduction libre de : « *Se, a seguito dell'istruttoria, l'Autorità ravvisa infrazioni agli obblighi di cui al comma 1, fissa alla società concessionaria il termine, comunque non superiore a trenta giorni, per l'eliminazione delle infrazioni stesse. Nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione, l'Autorità dispone, inoltre, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 3 per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio chiuso anteriormente alla notificazione della diffida, fissando i termini, comunque non superiori a trenta giorni, entro i quali l'impresa deve procedere al pagamento della sanzione* ».

²⁵⁰⁹ V. alinéa 8 de l'article 19 de la loi 112/2004 repris à l'identique par l'article 48 Dlegge 177/2005 : « *In caso di inottemperanza alla diffida di cui al comma 7, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino al 3 per cento del fatturato ovvero, nei casi in cui sia stata applicata la sanzione di cui al citato comma 7, una sanzione di importo minimo non inferiore al doppio della sanzione già applicata con un limite massimo del 3 per cento del fatturato come individuato al medesimo comma 7, fissando altresì il termine entro il quale il pagamento della sanzione deve essere effettuato. Nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a novanta giorni* »

C) Au Royaume-Uni, le tournant de l'autorégulation

917. La création de l'OFCOM, par la Communication Act 2002, et la précision de ses pouvoirs par la Communication Act 2003, répond à la volonté d'unifier les différentes instances de régulation dans le domaine de la Communication et des Télécommunications. Elle représente toutefois un tournant dans la régulation de la télévision et de la radio, puisque son instauration est l'« aboutissement institutionnel » du passage d'une régulation fondée sur la rareté des fréquences, ayant pour objet principal la mise en oeuvre des fonctions de service public, vers un contrôle ayant pour objectif de faciliter la concurrence sur le marché²⁵¹⁰. La création de cette « super-autorité » résulte également de la croyance profonde du *Labour* dans les vertus de la régulation²⁵¹¹.

918. La Communication Act 2003 instaure un large régime d'autorégulation : l'OFCOM n'intervenant qu'à titre subsidiaire. Ainsi, l'article 266 de la Communication Act dispose que chaque fournisseur de services s'étant vu octroyer une licence doit préparer, chaque année, une déclaration sur sa politique de programmation, et surveiller sa propre performance quant à la mise en oeuvre de cette déclaration²⁵¹². Chaque déclaration doit être faite de telle sorte à ce que les chaînes s'engagent à respecter les missions de service public définies à l'article 264 de cette même loi, ainsi que les dispositions prévues à l'article 277 concernant les quotas de production indépendante²⁵¹³, la diffusion d'une part appropriée de programmes d'informations et de politique²⁵¹⁴ ainsi que diverses obligations en fonction des chaînes. Ces déclarations doivent être préparées en tenant compte les diverses orientations formulées par l'OFCOM, et notamment les

²⁵¹⁰ R. COLLINS, « Back to the Future: Digital Television and Convergence in the United Kingdom », *Telecommunications Policy*, 1997, 22(4/5), p. 383

²⁵¹¹ P. SMITH, « The politics of UK television policy : The making of OFCOM », *Media, Culture & Society*, 2006, 28(6), p. 929

²⁵¹² Article 266 « *Statements of programme policy*

(1)The regulatory regime for every licensed public service channel includes a condition requiring the provider of the channel—

(a)as soon as practicable after the coming into force of this section and subsequently at annual intervals, to prepare a statement of programme policy; and

(b)to monitor his own performance in the carrying out of the proposals contained in the statements made in pursuance of the condition ».

²⁵¹³ Article 277

²⁵¹⁴ Article 279

rapports concernant le contrôle de la mise en oeuvre effective des missions de service public par les chaînes²⁵¹⁵, ainsi que les bilans réalisés annuellement par l'autorité en application de l'article 358.

919. L'OFCOM peut intervenir pour exiger du fournisseur la mise en oeuvre effective des missions de service public. L'autorité peut formuler une décision (*determination*) s'il est d'avis que le fournisseur n'a pas respecté les buts de service public prévus par la loi²⁵¹⁶. L'OFCOM ne peut toutefois intervenir que lorsque l'échec à la mission est considéré comme sérieux et ne peut être excusée par les conditions économiques ou du marché²⁵¹⁷. Pour formuler sa décision, l'OFCOM prend en compte les buts de service public attribués par la loi au fournisseur, la déclaration concernant la politique de programmation faite par le fournisseur, l'effectivité du contrôle par le fournisseur de ses propres performances, mais aussi les conditions du marché qui pourraient affecter le fournisseur pour la mise en oeuvre de sa mission²⁵¹⁸.

920. Si l'OFCOM considère, au regard de toutes les conditions énoncées qu'il lui est nécessaire d'intervenir, il peut formuler une injonction (*direction*), pour demander au fournisseur de réviser sa dernière déclaration concernant sa politique de programmation, en accord avec les orientations formulées par lui. Il peut aussi demander au fournisseur de prendre des mesures

²⁵¹⁵ Article 264

²⁵¹⁶ Article 270(1) « *This section applies if OFCOM are of the opinion that the provider of a licensed public service channel or the public teletext provider—*

(a) has failed to fulfil the public service remit for that channel or the public teletext service; or

(b) has failed, in any respect, to make an adequate contribution towards the fulfilment of the purposes of public service television broadcasting in the United Kingdom ».

²⁵¹⁷ Article 270(3) « *This section does not apply unless—*

(a) OFCOM are of the opinion that the failure of the provider is serious and is not excused by economic or market conditions; and

(b) OFCOM determine that the situation requires the exercise of their powers under this section ».

²⁵¹⁸ Article 270(3) « *In making a determination under subsection (2)(b), OFCOM must have regard, in particular, to —*

(a) the public service remit of that provider;

(b) the statements of programme policy or statements of service policy made (or treated as made) by the provider under section 266 or 268;

(c) the record generally of the provider in relation to the carrying out of obligations imposed by conditions of licences under the 1990 Act and the 1996 Act (including past obligations);

(d) the effectiveness and efficiency of the provider in monitoring his own performance; and

(e) general economic and market conditions affecting generally the providers of television programme services or the providers of television multiplex services, or both of them ».

particulières pour remédier à sa défaillance²⁵¹⁹. Cette injonction doit indiquer le temps mis à la disposition du fournisseur pour se mettre en conformité avec celle-ci, ainsi que les facteurs qui seront pris en compte par l'OFCOM pour déterminer si le fournisseur a remédié à sa défaillance. Un autre critère doit, en droit français être présent pour faire de cette décision une mise en demeure représentant une injonction faisant grief : « *Le juge, écrit Bertrand Seiller, n'accorde la qualité de décision faisant grief qu'à celles dont il estime qu'elles ont un impact suffisamment grave ou immédiat sur l'intéressé* »²⁵²⁰. Cela peut être, selon l'auteur « *la menace de sanctions, la fixation d'un délai pour se soumettre à l'injonction* »²⁵²¹. C'est bien le cas en droit anglais, puisque si, après le laps de temps indiqué, l'OFCOM considère que le fournisseur a échoué à mettre en oeuvre l'injonction, et qu'il ne respecte toujours pas les missions de service public prévues par la loi, le fournisseur s'expose à deux types de conséquences.

921. L'OFCOM peut notifier au fournisseur sa décision de remplacer l'autorégulation par une réglementation détaillée. Cette décision doit être proportionnée à la gravité de la défaillance. Elle nous semble toujours constituer une mesure visant à l'exécution des obligations et non une sanction à proprement parler. Toutefois, l'article 237 du Communication Act prévoit que si le titulaire d'une licence ne respecte pas les conditions de la licence, ou n'a pas respecté une injonction formulée par l'OFCOM, l'autorité peut alors établir une sanction pécuniaire qui ne peut pas excéder 250 000 livres, et 5% du revenu du titulaire de la licence sur la période durant laquelle la licence a été en vigueur.

922. Ce régime de l'auto-régulation ne s'exerce toutefois pas pour la BBC, le régime s'appliquant étant celui de la charte royale. La nouvelle charte royale de 2017 prévoit, avec la suppression du BBC Trust, que la régulation de la BBC sera entièrement assurée par l'OFCOM. Dans le cas de la BBC, c'est l'OFCOM qui doit préparer et publier le cadre opérationnel dans

²⁵¹⁹ Article 270(4) « *OFCOM shall have power to give directions to the provider to do one or both of the following— (a) to revise the provider's latest statement of programme policy, or statement of service policy, in accordance with the directions; and (b) to take such steps for remedying the provider's failure as OFCOM may specify in the direction as necessary for that purpose* ».

²⁵²⁰ V. B. SEILLER, « Acte administratif », in *Répertoire de contentieux administratif*, Op cit, n°339.

²⁵²¹ Ibid.

lequel il exprimera les conditions nécessaires à la mise en oeuvre de la mission de service public²⁵²². Il doit ensuite préparer la licence d'exploitation, en accord avec le cadre opérationnel défini précédemment²⁵²³, et déterminer des mesures qu'il considère appropriée pour contrôler que la BBC met effectivement en oeuvre sa mission de service public²⁵²⁴. Dans le cas où l'OFCOM considère que la BBC n'a pas respecté l'une de ses missions, il doit d'abord formuler une injonction de se mettre en conformité avec telle mission, et peut dans un deuxième temps, si la BBC ne respecte pas l'injonction, formuler une sanction pécuniaire²⁵²⁵.

Conclusion §2 :

923. Le pouvoir de sanction des autorités de régulation du secteur de l'audiovisuel s'est donc étoffé progressivement, pour s'adapter à la réalité et aux nécessités du contrôle dans le secteur.

L'attribution d'un pouvoir de sanction pécuniaire en France et en Italie doit permettre aux autorités de régulation de faire respecter l'effectivité des normes qui encadrent la prestation de service public, car ces sanctions sont plus dissuasives et beaucoup plus faciles à mettre en oeuvre que la suspension ou la rétractation de la licence. Ce mécanisme existait déjà en droit anglais depuis 1956, et la loi de 2003 va plus loin en instaurant le mécanisme d'auto-régulation : un tel mécanisme doit permettre aux opérateurs d'être plus autonomes dans l'édiction de leur politique éditoriale, sous le contrôle de l'OFCOM. La mise en oeuvre de la sanction pécuniaire est

²⁵²² Article 46 (2) Royal Charter 2016 : « *Ofcom must prepare and publish an Operating Framework which must contain the provisions Ofcom consider appropriate to secure the effective regulation of the activities of the BBC as set out in this Charter and the Framework Agreement* ».

²⁵²³ Article 46 (3) : « *Ofcom must set an operating licence for the UK Public Services, in accordance with the Operating Framework, which must contain regulatory conditions they consider appropriate for requiring the BBC— (a) to fulfil its Mission and promote the Public Purposes; (b) to secure the provision of distinctive output and services; and (c) to secure that audiences in Scotland, Wales, Northern Ireland and England are well served* ».

²⁵²⁴ Article 46 (4) : « *Ofcom may determine measures (further to those determined by the BBC under article 20(3)(d) (principal functions of the Board)) they consider appropriate to assess the performance of the UK Public Services in fulfilling the Mission and promoting the Public Purposes* ».

²⁵²⁵ Article 49 Royal Charter 2016 : « *If Ofcom are satisfied that the BBC has failed to comply with a specified requirement, Ofcom may direct the BBC, or accept undertakings from the BBC, to take such steps Ofcom consider will—*

(a) remedy the failure to comply;

(b) ensure that the BBC complies with their requirements properly in future.

(3) If Ofcom are satisfied that the BBC has failed to comply with a specified requirement, they may serve on the BBC a notice requiring it to pay them, within a specified period, a specified penalty.

(4) The amount of the penalty that may be imposed on any occasion under this article must not exceed the maximum specified in section 198(5) of the Communications Act 2003 (functions of Ofcom in relation to the BBC) »

toutefois délicate dans les trois États : en France, elle ne peut intervenir qu'après une mise en demeure à la chaîne de se conformer à ses obligations qui doivent être précisément mentionnées par la mise en demeure. Cette procédure a pour conséquence de ne pas entraîner de conséquences pécuniaires dès la première violation. L'autre problème réside dans la possibilité de mettre en oeuvre la sanction pécuniaire dans des cas de violation répétée : il est nécessaire que le comportement de la chaîne entraîne la violation des mêmes obligations qui avaient été précisées dans la mise en demeure. Au Royaume-Uni, de même, le phénomène de l'auto-régulation entraîne la plus grande subsidiarité des mécanismes de sanctions pécuniaires, qui interviennent seulement après le constat par l'autorité du non-respect des obligations législatives, et après un laps de temps nécessaire pour déterminer si la chaîne a remédié à ses défaillances. Toutefois, le cadre est beaucoup plus strict pour la BBC, ce qui résulte du financement public dont bénéficie la chaîne, et qui est cohérent avec la volonté de contrôler plus efficacement l'effectivité des missions. En Italie, la sanction pécuniaire peut intervenir sans mise en demeure, dans les cas où l'autorité considère que la violation est grave.

Conclusion Sous-section 2 :

924. La nature des sanctions accordée aux autorités de régulation du secteur de l'audiovisuel a donc évolué depuis leur création. Il est initialement très limité, notamment en France où le fondement juridique de ces sanctions - l'autorisation administrative préalable - n'autorise que la suspension ou le retrait de cette autorisation en cas de non-respect des règles attenantes à celle-ci. Bien que la sanction administrative pécuniaire ait été introduite depuis longtemps en droit italien, le domaine des normes pour lesquelles une sanction peut être imputée est limité : certaines normes ne font l'objet d'aucune sanction. Au Royaume-Uni, si l'introduction de la sanction pécuniaire remonte à la création de l'ITA, on peut souligner que se reflète sur le secteur de l'audiovisuel une préférence pour la « sunshine regulation ». Les limites ainsi décrites ont toutefois été repoussées au fil des différentes réformes, pour que les autorités de régulation aient effectivement le pouvoir de sanctionner un comportement non conforme à la norme sans remettre en cause la mission de la chaîne. Ce mécanisme de sanctions nous semble toutefois encore insuffisant pour assurer le respect effectif des obligations de service public, et ce d'autant plus

que pour des raisons financières, les chaînes peuvent avoir intérêt à privilégier le non-respect de leurs obligations législatives et réglementaires. À cet égard, il est également intéressant de remarquer que les lois ne font jamais référence à l'intentionnalité de la violation, qui peut pourtant être considérée, en droit pénal, comme un critère aggravant la sanction. Il n'est pas prévu dans les dispositifs législatifs que les sanctions administratives puissent être majorées en cas d'intentionnalité, ce qui n'incite pas les chaînes à ne pas tomber dans le sensationnalisme ou les « dérapages » volontaires pour augmenter leur audience.

Conclusion Section 2 :

925. La diversité du pouvoir de sanction accordé aux autorités de régulation du secteur de l'audiovisuel dans chaque État doit s'analyser à la lumière de la conceptualisation du pouvoir de sanction administrative dans ces États. Fondé sur l'acte juridique liant la personne détentrice de l'autorisation à l'État en France et au Royaume-Uni, les sanctions administratives étaient dans un premier temps limitées à l'hypothèse du rétablissement de la légalité : il n'existait pas de sanctions punitives à proprement parlé. L'inefficacité d'un tel mécanisme de sanctions pour faire respecter les règles encadrant la prestation de l'opérateur a été soulignée très tôt : le retrait de l'autorisation étant souvent considérée comme disproportionnée eu égard à la nature de la rupture, elle n'était presque jamais mise en oeuvre et ne constituait pas une incitation suffisante à respecter la règle de droit. Au contraire, en Italie, la doctrine a très tôt distingué les sanctions de type *ripristinatorie* qui visait à rétablir la légalité des sanctions de type « afflictive » qui visaient à punir l'opérateur pour le non-respect de la légalité. Ceci peut s'expliquer par le fait que lesdites sanctions étaient fondées non sur un lien préalable entre la personne privée et la personne publique, mais sur le respect de la légalité. Peu efficace, le mécanisme de sanction initial dans le secteur de l'audiovisuel s'est progressivement étoffé pour donner à l'autorité le pouvoir de prendre des sanctions pécuniaires visant à inciter l'opérateur à ne pas violer les normes encadrant sa prestation. Au Royaume-Uni, le mécanisme de la *sunshine regulation* a été également étoffé grâce à la mise en oeuvre de l'auto-régulation : les opérateurs qui n'auront pas respecté les directives émises par l'OFCOM en s'autorégulant se verront sanctionner par la reprise en main par l'autorité de leur régulation, ce qui constitue une publicité négative incontestable. Ces

mécanismes semblent toutefois encore aujourd'hui insuffisants. La difficulté de la mise en oeuvre des sanctions par les autorités administratives indépendantes incite celles-ci à faire usage d'autres pouvoirs pour tenter de faire respecter les obligations légales et réglementaires. Ces autorités se sont en effet vues confier des pouvoirs issus du droit souple qui sont caractérisés par l'absence de pouvoirs de contraintes directs ou de sanctions. Cette nouvelle forme de normativité est mise en oeuvre différemment selon les Etats (Section 3).

Section 3 : Une nouvelle forme de normativité en quête d'effectivité

926. Nous avons défini, dans le premier chapitre de ce titre, la régulation de manière organique, comme la fonction des autorités administratives indépendantes. C'est le Conseil constitutionnel qui utilisa la première fois en droit positif la notion en qualifiant le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel nouvellement institué d' « instance de régulation de l'audiovisuel »²⁵²⁶ et d' « organe de régulation de l'audiovisuel »²⁵²⁷. Le critère organique est consacré par le premier rapport sur les AAI publié par le Conseil d'État rédigé par François Gazier et Yves Cannac²⁵²⁸. L'autorité administrative indépendante serait pour certains auteurs le critère organique de la notion de régulation²⁵²⁹. Cette assertion sera nuancée dans la suite de notre propos : il suffit pour le moment de dire que si les autorités indépendantes interviennent dans le processus de régulation, la création de ces institutions constitue surtout une réponse des pouvoirs publics à une nouvelle forme d'intervention dans l'économie : la régulation n'est alors plus définie de manière organique, mais de manière fonctionnelle.

927. Pour J-B. Auby, la notion de régulation la plus répandue est ainsi celle qui correspond aux « *nouvelles formes d'intervention publique dans une économie ouverte par les*

²⁵²⁶ CC 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248, considérants 1 et 2

²⁵²⁷ Ibid.

²⁵²⁸ F. GAZIER, Y. CANNAC, *Etude sur les autorités administratives indépendantes*, EDCE, 1983-1984, n° 35

²⁵²⁹ C. CHAMPAUD, « Régulation et droit économique », RIDE 2002, n° 1 p 23s ; J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », La Semaine Juridique Edition Générale n° 30, 6 Août 1986, I p. 3255

dérèglementations et les privatisations »²⁵³⁰. Pour J. Chevallier, la régulation implique « *une conception nouvelle du rôle de l'État dans l'économie. Dans la théorie générale des systèmes, nous dit cet auteur, la régulation recouvre l'ensemble des processus par lesquels des systèmes complexes parviennent à maintenir leur état stationnaire en préservant leurs équilibres essentiels. Parler de la fonction régulatrice de l'État présuppose que le système économique ne peut atteindre à lui seul l'équilibre* »²⁵³¹. Dans le monde anglo-saxon, également, la notion d'État régulateur désigne les nouveaux modes d'intervention apparus avec la remise en question de l'État-providence. L'État régulateur s'opposerait donc à l'État-providence qui pourrait être défini comme État fournisseur et distributeur. Ainsi, pour J. Black, l'État régulateur en opposition à l'Etat providence, dans le passage d'un « *mode de gouvernance de la fourniture directe des services publics à leur « fourniture par des tiers sous le contrôle du gouvernement* »²⁵³². Pour A. La Spina et G. Majone, « *l'État régulateur exprime la transformation des fonctions de l'État qui, désormais n'intervient plus directement dans l'économie et ne s'appuie plus sur les prérogatives de la propriété, mais agit par la production normative, pour conformer les droits et les obligations des sujets à ses objectifs, et par la sanction des comportements* »²⁵³³.

928. La troisième caractéristique de la régulation doit être appréhendée au prisme de la théorie du droit comme une « nouvelle forme de normativité juridique ». C'est sous l'influence de Gérard Timsit que cette définition a émergé²⁵³⁴. Celui-ci décrit le droit-régulation comme « *un droit concret ancré dans la réalité par opposition au droit-règlementation désincarné qui ne répond plus aux exigences des sociétés post-modernes* »²⁵³⁵. D'autres auteurs considèrent que la régulation aurait fait émerger de nouvelles formes d'actes juridiques. Cette vision est notamment

²⁵³⁰ J-B.AUBY, « Régulation et droit administratif », Etudes en l'honneur de Gérard Timsit, Bruylant, 2004, p. 209

²⁵³¹ J. CHEVALLIER,

²⁵³² J. BLACK, « Critical reflexions on regulation », Australian Journal of Legal Philosophy, 2002(27), p. 1, spéc p. 3

²⁵³³ A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000

²⁵³⁴ V. notamment G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », RFAP, 1996, p. 375 ; G. TIMSIT, « La régulation : naissance d'une notion », in G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, PUF, 1997, p. 162 ; G. TIMSIT, « Institution Notre Dame du Kreisker, mère de la régulation », in *Etat, loi, administration : Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos, Sakkoulas*, Bruylant, 1998, p. 441 ; G. TIMSIT, « Normativité et régulation », Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2006, p. 127

²⁵³⁵ G. TIMSIT, « Les deux corps du droit », Op cit, p. 376

dégagée par M. Collet, qui après avoir mis en lumière dans sa thèse la particularité du contrôle juridictionnel des actes des AAI, définit dans ses travaux postérieurs la régulation comme « l'ensemble des techniques visant à faire participer les destinataires des normes unilatérales, molles ou dures, à leur élaboration, ainsi que l'ensemble des normes unilatérales molles, c'est-à-dire non sanctionnées ou non impératives, mais ayant vocation à être suivies »²⁵³⁶. C'est le cas également de L. Calandri qui définit la régulation en droit administratif à partir de l'acte, qu'elle qualifie d'acte invitatif²⁵³⁷. Nombreux sont les auteurs qui ont décrit les transformations du droit contemporain à travers cette « nouvelle forme de normativité ». Dès 1982, P. Amselek note, dans un article qui a fait date que « le droit aujourd'hui passe volontiers, en termes d'éthique, de la direction autoritaire des conduites à celui de la direction non autoritaire des conduites, de même d'ailleurs qu'il passe volontiers d'une direction hétéronome des conduites à une conduite autonome »²⁵³⁸. Nous laisserons pour l'instant de côté le passage de la direction hétéronome des conduites à la conduite autonome pour nous concentrer sur la première caractéristique : le passage de la direction autoritaire des conduites à celui de la direction non autoritaire.

929. En 1996, G. Timist place sa réflexion sur la notion de régulation dans le cadre d'une réflexion sur les changements de la norme qu'accompagne un bouleversement des modes d'intervention de l'État. La régulation manifesterait l'existence d'une « normativité sans juridicité », de pratiques normatives intermédiaires entre les activités sanctionnées et donc obligatoires et les activités qui ne revêtent pas ce caractère et qui ne s'analyse qu'en l'exercice d'une simple fonction d'interprétation ». L'auteur remet en cause « la présupposé dichotomique (de la description du droit dans les sociétés modernes) : la distinction absolue entre ce qui est loi et ce qui ne l'est pas. Le critère de la distinction entre elles réside dans l'existence d'une sanction infligée par l'État »²⁵³⁹. Cette nouvelle pratique normative, intermédiaire entre ce qui relève du

²⁵³⁶ M. COLLET, « Valeur(s) de la régulation », Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville, Montchrestien, 2007, p. 241

²⁵³⁷ L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2009

²⁵³⁸ P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », Op cit.

²⁵³⁹ G. TIMIST, « Régulation et théorie du droit » in G. MARCOU et F. MODERNE,

droit et ce qui n'en relève pas est qualifiée de droit « droit souple »²⁵⁴⁰. Laurence Boy se place dans cette optique lorsqu'elle décrit un droit aux méthodes téléologiques, qui se caractérise par la souplesse et le dialogue²⁵⁴¹. Cette nouvelle forme de normativité juridique se caractériserait par la naissance de normes formellement non impératives et/ou non sanctionnées, mais ayant vocation à être suivies²⁵⁴².

§1 La multiplication du recours aux instruments de droit souple

930. Nombreux sont désormais les outils institués par la loi qui répondent à cette caractéristique des actes de droit souple, c'est-à-dire qu'ils ont pour but d'orienter le comportement des acteurs sans pour autant prévoir de sanctions en cas de non-respect de ces actes. Les avis, les recommandations, les rapports annuels qui sont édictés par les autorités de régulation constituent des actes de droit souples. Le recours à des actes de droit souple, c'est-à-dire des textes visant à orienter le comportement du destinataire sans pour autant recourir à des sanctions.

931. Ainsi, la loi Létard prévoit que le CSA peut adresser des recommandations aux sociétés qu'il contrôle pour préciser les conditions du respect des principes édictés par la loi²⁵⁴³. Le CSA peut également formuler des recommandations aux sociétés nationales de programmes pour le respect des principes d'honnêteté, d'indépendance et de pluralisme de l'information²⁵⁴⁴. Chaque année, le CSA édicte un rapport sur l'exécution du cahier des charges qu'il transmet aux

²⁵⁴⁰ Expression utilisée pour la première fois par L. A. Mc NOIR, « The functions and differing legal character of treaties », *British Yearbook of international law*, 1930 ; V. surtout le rapport du Conseil d'Etat, *Le droit souple*, Les rapports du Conseil d'Etat, 2013. V. aussi C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 51, 2008, p. 341 ; C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 559

²⁵⁴¹ L. BOY, « Régulation et sécurité juridique » in L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN(ed), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 333

²⁵⁴² M. COLLET, « Valeur(s) de la régulation », *Op cit*, p. 242

²⁵⁴³ L'article 3 de la loi Létard dispose ainsi que : « *Le conseil peut adresser aux éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle des recommandations relatives au respect des principes énoncés dans la présente loi. Ces recommandations sont publiées au Journal officiel de la République française* ».

²⁵⁴⁴ L'article 43-11 dispose que « *Elles assurent l'honnêteté, l'indépendance et le pluralisme de l'information ainsi que l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans le respect du principe d'égalité de traitement et des recommandations du Conseil supérieur de l'audiovisuel* ».

commissions chargées des affaires culturelles de l'Assemblée nationale et du Sénat²⁵⁴⁵. Le CSA est également saisi pour avis par le gouvernement avant toute modification du cahier des charges²⁵⁴⁶.

932. Au Royaume-Uni, l'article 50 de la Charte royale prévoit que l'OFCOM doit publier un rapport annuel, qui suit le rapport annuel de la BBC, et qui doit concerner la mise en oeuvre de la mission de service public par celle-ci, ainsi que ses propres actions²⁵⁴⁷. L'OFCOM doit également publier chaque année deux bilans, ou plus, sur la façon dont la BBC met en oeuvre sa mission et promeut les but d'intérêt publics formulés par la charte royale, et il doit cerner à cette occasion ses principales préoccupations dans la mise en oeuvre par la BBC de ses missions de service public. En Italie, l'AGCOM, comme nous l'avons déjà dit, propose par exemple au ministère de la Communication le plan de la convention annexe à la concession de service public.

933. Ces différents actes de droit ont en commun de remplir les trois critères édictés par le Conseil d'État pour décrire les actes de droit souple :

« - ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;

- ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;

- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit »²⁵⁴⁸.

Toutefois, le modèle français comporte des caractéristiques particulières vis-à-vis des modèles anglais et italien.

²⁵⁴⁵ L'article 48 de la loi Léotard dispose que « *Le rapport annuel sur l'exécution du cahier des charges est transmis chaque année par le Conseil supérieur de l'audiovisuel aux commissions chargées des affaires culturelles de l'Assemblée nationale et du Sénat. Le rapport annuel sur l'exécution du cahier des charges de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France est également transmis aux commissions chargées des affaires étrangères de l'Assemblée nationale et du Sénat* ».

²⁵⁴⁶ « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel est saisi pour avis par le Gouvernement des dispositions des cahiers des charges. Cet avis motivé est publié au Journal officiel de la République française ainsi que le rapport de présentation du décret* ».

²⁵⁴⁷ Article 50 Royal Charter 2016 : « *Following the receipt of the BBC's annual report, Ofcom must prepare and publish an annual report in accordance with this article* ».

²⁵⁴⁸ V. CE, Le droit souple - étude annuelle 2013, La documentation française, n° 64, 2013, p. 61

934. L'encadrement du pouvoir réglementaire du CSA par le Conseil constitutionnel a poussé le Conseil d'Etat à surveiller strictement si les actes de droit souple adoptés par le CSA ne contenaient pas en réalité des normes créant des obligations pour les destinataires, ce qui n'a pas été le cas dans les autres Etats étudiés. De ce fait, on observe en Italie et au Royaume-Uni, la possibilité pour l'autorité de sanctionner des règles qu'il a lui-même édictées, alors que le Conseil d'Etat censure strictement la création de nouvelles règles de droit par le CSA. A cet égard, on observe une plus grande perméabilité entre les normes de droit souple et les normes « sanctionnées » en Italie et au Royaume-Uni. Nous tenterons dans un premier temps d'expliquer les différences dans l'encadrement du pouvoir réglementaire des autorités (A) pour nous intéresser à ses conséquences sur l'effectivité (B).

A) Des différences significatives dans l'encadrement des différents pouvoirs

En France, le Conseil d'Etat contrôle strictement si des actes de droit souple ne sont pas en réalité des normes réglementaires (1), ce qui n'est pas le cas dans les autres Etats (2).

1) Un contrôle strict par le Conseil d'Etat

Le pouvoir réglementaire du Conseil supérieur de l'audiovisuel a été encadré strictement par le Conseil constitutionnel (a), et le Conseil d'État surveille scrupuleusement que le Conseil supérieur ne crée pas des normes en interprétant des dispositions réglementaires ou législatives (b).

a) L'encadrement du pouvoir réglementaire par le Conseil constitutionnel

935. Le pouvoir de sanction attribué au Conseil supérieur de l'audiovisuel a fait l'objet de développements antérieurement. Si celui-ci a été encadré par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 17 janvier 1989²⁵⁴⁹, il en va de même du pouvoir réglementaire qui lui avait été conféré initialement par le législateur. La loi du 17 janvier 1989 remplace, comme nous l'avons dit dans le chapitre 1, le Conseil National de la Communication et des libertés par le Conseil

²⁵⁴⁹ CC, 17 janvier 1989, Op cit.

Supérieur de l'Audiovisuel, et elle entend renforcer les pouvoirs qui sont conférés à la nouvelle autorité pour rendre le contrôle pesant sur les opérateurs plus effectif²⁵⁵⁰. L'article 11 de la loi entendait modifier l'article 27 de la loi Léotard en renvoyant au pouvoir réglementaire l'adoption de certaines normes concernant les principes généraux relatifs aux obligations des opérateurs du secteur privé et public. Le législateur avait toutefois réservé au CSA la compétence pour fixer « les règles déontologiques concernant la publicité » et les « règles applicables à la communication institutionnelle, au parrainage et aux pratiques analogues à celui-ci ». Ceci revenait à conférer un pouvoir réglementaire au conseil nouvellement institué, ce qui avait été considéré constitutionnel par la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986. Dans cette décision, le Conseil avait en effet considéré que les dispositions de l'article 21 qui confèrent au Premier ministre l'exercice du pouvoir réglementaire au niveau national, sous réserve des [pouvoirs conférés par les autres articles de la Constitution au Président de la République, ne faisaient « *pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en oeuvre une loi* »²⁵⁵¹. Tout en confirmant la possibilité de conférer un pouvoir réglementaire à une autorité administrative indépendante, le Conseil constitutionnel a renforcé, dans sa décision de 1989, les limites pesant sur cette habilitation en changeant sa formulation : les dispositions de l'article 21 de la Constitution ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'état autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en oeuvre une loi, « *à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* »²⁵⁵². Cette décision du Conseil constitutionnel a été complétée par une jurisprudence du Conseil d'État qui surveille scrupuleusement que le CSA n'outrepasse pas les limites de son pouvoir en créant des normes (b).

²⁵⁵⁰ J. CHEVALLIER, « De la CNCL au CSA, Premiers commentaires de la loi du 17 janvier 1989 », Op cit, p. 64
Décision n° 86-217 DC « Loi relative à la liberté de communication », du 18 septembre 1986.

²⁵⁵¹ Ibid, §58

²⁵⁵² CC, 17 janvier 1989, Op cit, §15

b) L'impérativisation des normes de droit souple par le Conseil d'Etat

936. Le Conseil d'État est lui intervenu pour faire respecter à l'autorité les limites de ses compétences par le biais d'une impérativisation²⁵⁵³ de certaines normes « souples ». Dans un arrêt intitulé *Sa La cinq*, du 16 novembre 1990, le CE impérativise une note de terminologie de la CNCL²⁵⁵⁴. Cette note comportait la définition de certains termes ou expressions utilisées par la Commission dans ses décisions en matière de programmes télévisés. Il s'agissait des expressions « *œuvre audiovisuelle, œuvre en première diffusion en France, fiction cinématographique, œuvre télévisuelle d'expression originale française* ». Or, comme le rappelle le Conseil d'État dans l'arrêt, le régime de diffusion des oeuvres cinématographiques et audiovisuelles est fixé par des décrets en Conseil d'État. La haute autorité va alors rechercher, en accord avec sa jurisprudence sur les circulaires²⁵⁵⁵, et plus généralement sur les actes des AAI, si cette note constituait une simple interprétation d'une norme qui ne créait pas de droit, et ne faisait à ce titre pas grief, ou bien « *si elle contenait une règle nouvelle dont la légalité pouvait être discutée devant le juge pour excès de pouvoir* ». En l'espèce, elle retient que la Commission a restreint la portée de la notion d'œuvre audiovisuelle en considérant que seules constituaient des oeuvres audiovisuelles les fictions télévisuelles et les documentaires, elle a donc fixé des règles nouvelles et a outrepassé les limites de sa conséquence²⁵⁵⁶.

²⁵⁵³ Ce néologisme est utilisé par G.TIMSIT pour qualifier l'intervention du juge qui vient donner un caractère impératif, et donc susceptible de faire l'objet d'un contrôle, à une norme qui devrait selon lui rester en dehors de tout contrôle du juge. Voir ses différents travaux qui comprennent une analyse de la jurisprudence notamment G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », RFAP, n° 78, 1996, p 375 et G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, PUF, Les voies du droit, 1998

²⁵⁵⁴ CE, 16 novembre 1990, *SA la cinq*, AJDA, 1991, p. 214

²⁵⁵⁵ Ibid : « *malgré la particularité des décisions de ces autorités, la question de leur nature doit être examinée au regard de votre jurisprudence sur les circulaires. Vous recherchez alors si la définition critiquée constitue une simple interprétation qui ne fait pas grief, ou bien contient au contraire une règle nouvelle dont la légalité peut être discutée devant le juge pour excès de pouvoir* ».

²⁵⁵⁶ « *Considérant que si, pour définir la notion d'œuvre audiovisuelle pour la mise en oeuvre des décrets pris en application de la loi du 30 septembre 1986, la commission s'est bornée à interpréter la loi en n'incluant pas les oeuvres cinématographiques dans cette définition, elle a, en revanche, restreint, par une disposition de caractère impératif et général, la portée de cette notion en décidant que seuls présentent le caractère d'oeuvres audiovisuelles les fictions télévisuelles et les documentaires ; qu'en écartant ainsi des programmes qui, tout en n'appartenant pas aux deux genres susmentionnés, contiendraient une part de création qui permette de les regarder comme une oeuvre audiovisuelle, la commission ne s'est pas bornée à interpréter les dispositions de la loi susvisée, mais a fixé des règles nouvelles* ».

937. L'impérativisation de la norme permet au Conseil d'État de censurer l'incompétence négative²⁵⁵⁷ de l'autorité qui a dépassé le cadre de ses pouvoirs. Bien qu'elle soit légalement fondée, cette annulation d'une note ayant pour objet de préciser les termes à partir desquelles seront prises les décisions ultérieures pose le problème de la sécurité juridique ainsi que de la capacité de l'autorité de régulation à faire effectivement respecter les normes prévues par la loi.

Il est ainsi d'autant plus surprenant que le Conseil d'État ait, en l'absence d'intervention du pouvoir réglementaire substitué à la définition édictée par la CNCL sa propre définition de l'oeuvre audiovisuelle²⁵⁵⁸. Cette jurisprudence a eu des conséquences importantes, nous pensons, sur les interventions du Conseil d'État qui doit s'assurer que la base légale utilisée pour sanctionner un opérateur ne sera pas remise en cause par le Conseil d'État. Au Royaume-Uni et en Italie, l'encadrement du pouvoir des autorités de régulation est loin d'être aussi strict, ce qui permet une plus grande effectivité des recommandations adoptées, grâce à l'ombre portée de la sanction (2).

2) Un encadrement moins strict dans les autres Etats

938. Un tel encadrement n'est pas aussi strict en Italie. Comme nous l'avons déjà expliqué, le juge italien a reconnu le caractère relatif de la réserve de loi dans le domaine des sanctions administratives et a admis que certaines normes secondaires puissent constituer les bases de la sanction²⁵⁵⁹, ce qui permet à l'AGCOM et à la Commission parlementaire de vigilance d'édicter des recommandations, sur le fondement desquelles elle peut ensuite prendre des sanctions, en cas de non respect de celles-ci.

²⁵⁵⁷ En ce sens, V. Conseil d'Etat, Entretiens du contentieux « La régulation. Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat », Lundi 20 novembre 2017, p. 6

²⁵⁵⁸ V. CE Section, 20 janvier 1989, *CNCL c/ SA Télévision française 1*, Rec p. 9 ; cité par C. MAUGUE, dans ses conclusions Sous CE, Section, 30 juillet 2003, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques et auteurs*, Rec Leb : « Vous avez estimé qu'une telle définition est trop restrictive et qu'ont le caractère d'oeuvre audiovisuelle les oeuvres de fiction de toute nature, les documentaires, les oeuvres dites « vidéo musiques scénaristes » ainsi que les programmes qui tout en appartenant à aucun de ces trois genres, présentent dans leur conception ou leur réalisation une part de création de nature à les faire regarder comme des oeuvres audiovisuelles ».

²⁵⁵⁹ V. Tar Lazio, Roma, sez. II, 19 décembre 2012, n. 10620 : « Le principe de la réserve de loi fixé dans le domaine des sanctions administratives par la loi du 24 novembre 1981 n° 689, dans son article 1, interdit que l'illégalité administrative et la sanction qui en découle soient introduites directement par des sources normatives secondaires. Cet article n'exclut pas, toutefois, que les préceptes de lois, suffisamment déterminés, soient complétés par des normes secondaires auxquelles ils se réfèrent, et ce en vertu de la technicité particulière du domaine auxquelles ces normes secondaires sont destinées »

939. Comme l'Italie, le Royaume-Uni a mis en place un système de régulation permettant de tirer profit de la connaissance, par les autorités de régulation des milieux professionnels régulés et son expertise sur les enjeux du secteur, qui doivent lui permettre de susciter l'adhésion à ses prises de position. Selon la formule employée par le rapport du Conseil d'État de 2001, le but de la régulation serait « *moins de qualifier des faits par rapport à des normes préétablies et d'aboutir au respect de celles-ci par la sanction que de chercher pas tous moyens à susciter des standards de comportement dictés par l'observation attentive de la réalité et une capacité de réaction rapide et proportionnée aux déviations constatées* »²⁵⁶⁰.

940. Ceci implique de donner un pouvoir important au régulateur pour décrire les comportements qui ne sont pas souhaitables. C'est le choix qui a été fait, tout comme en Italie, au Royaume-Uni, où le Board of Governors, puis le BBC Trust avaient la compétence pour édicter des lignes éditoriales dont il pouvait sanctionner le non-respect en interne²⁵⁶¹. Ce document est présenté par le directeur du BBC Trust comme « *un des plus importants que la BBC publie. Nous savons que le public attend de la BBC les standards les plus élevés et ces lignes éditoriales exposent les standards qui sont requis de quiconque produit des programmes et d'autres contenus pour la BBC* »²⁵⁶². La publicité de ces documents, très précis concernant les comportements à adopter, et ceux à ne pas adopter permet de créer un cadre clair pour les téléspectateurs ainsi que pour les professionnels de la BBC. C'est l'un des facteurs qui permet d'expliquer que l'on observe, en Italie et au Royaume-Uni, beaucoup moins de rupture vis-à-vis de l'impératif d'honnêteté de l'information (C).

B) Conséquences de ces différences sur l'effectivité des obligations

941. Grâce au code de conduite relatif à la présentation des informations politiques, les précisions sémantiques, collant à la réalité du terrain, permettent de donner un réel contenu aux normes édictées par la Communication Act 2003 et la charte royale concernant les principes de *due impartiality* et *due accuracy*. édictées semblent beaucoup plus proches des réalités du terrain.

²⁵⁶⁰ CE, *Le droit souple*, Op cit, p. 35

²⁵⁶¹ V. Editorial guidelines, en ligne : <https://www.bbc.co.uk/editorialguidelines/guidelines>

²⁵⁶² Sir Michael Lyons BBC Chairman, Introduction to the guidelines.

Le BBC Trust prévoyait par exemple que « *L'approche et le ton des informations doivent toujours refléter nos valeurs éditoriales, qui incluent notre engagement pour l'impartialité* ». Le BBC Trust va très loin dans la description des comportements que ne doivent pas adopter les journalistes et professionnels travaillant sur la chaîne, pour la mise en oeuvre du principe d'impartialité (*due impartiality*) et de l'honnêteté de l'information (*due accuracy*). Il prévoit ainsi que les auditeurs et les téléspectateurs ne doivent pas pouvoir déterminer les préjugés personnels des présentateurs à travers la présentation des sujets d'actualité et les débats politiques²⁵⁶³. De même, il prévoit que pour s'assurer que le jugement des journalistes n'est pas un jugement personnel, « *le Personnel de la BBC et les présentateurs ou les reporters associés à la BBC doivent offrir un jugement professionnel fondé sur des preuves* »²⁵⁶⁴.

942. Ce modèle de régulation était propre à la BBC puisque ces règles étaient adoptées par l'organe de régulation interne à celui-ci, qui, rappelons-le, était distinct de l'organe de direction. Les sanctions étaient donc prises en interne, et non par une autorité de régulation extérieure. Toutefois, ce code de conduite subsiste à la suppression du BBC Trust, et il est fort à parier que l'OFCOM fera sien ce code de conduite pour juger de l'impartialité et de l'honnêteté de l'information que fournissent les chaînes publiques. Ce sont donc des précisions sémantiques concernant le contenu des obligations de *due impartiality* et de *due accuracy* qui permettent selon nous d'assurer le respect de ces normes, ce qui est en France rendu impossible par la jurisprudence du Conseil d'Etat (2).

Article 4.4.12 editorial guidelines : « *News in whatever form must be treated with due impartiality, giving due weight to events, opinion and main strands of argument. The approach and tone of news stories must always reflect our editorial values, including our commitment to impartiality* ».

²⁵⁶³ Article 4.4.13 « *Presenters, reporters and correspondents are the public face and voice of the BBC - they can have a significant impact on perceptions of whether due impartiality has been achieved. Our audiences should not be able to tell from BBC output the personal prejudices of our journalists or news and current affairs presenters on matters of public policy, political or industrial controversy, or on 'controversial subjects' in any other area. They may provide professional judgements, rooted in evidence, but may not express personal views in BBC output, including online, on such matters* ».

²⁵⁶⁴ L'article 4.4.31 (Personal View content): « *BBC staff and regular BBC presenters or reporters associated with news or public policy-related output may offer professional judgements rooted in evidence. However, it is not normally appropriate for them to present or write personal view programmes and content on public policy, on matters of political or industrial controversy, or on 'controversial subjects' in any area* ».

2) Les conséquences de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'effectivité des normes réglementaires

943. Interrogé sur l'absence de sanctions face au manque d'effectivité des normes encadrant la prestation de service public, le responsable du secteur public du CSA, en charge de l'édition du Rapport annuel d'exécution du cahier des charges, déclare être conscient des dérives des chaînes qui tentent de contourner leurs obligations de service public, mais estime ne pas avoir la compétence juridique pour agir lorsque les textes sont respectés, mais que les objectifs poursuivis par les textes ne sont pas effectifs. La jurisprudence du Conseil d'État a donc eu pour effet de restreindre les possibilités de sanction du CSA envers les opérateurs. En vertu de la jurisprudence *La Cinq*, citée ci-dessus, toujours en vigueur, si le CSA met en oeuvre une sanction en émettant une interprétation constructive du cahier des charges, une telle interprétation serait considérée comme créant une règle nouvelle et la sanction serait censurée pour incompétence négative. C'est selon nous la raison pour laquelle le Conseil s'est contenté de sanctionner les comportements violant les dispositions de la loi Létard ou du cahier des charges de façon évidente, sans aucun doute possible concernant l'interdiction de ces actes, ou l'interprétation des dispositions législatives ou réglementaires.

944. En ce qui concerne les dérives présentées dans le Titre 1 tenant à l'obligation d'honnêteté de l'information et d'impartialité, le CSA intervient de manière très partielle, lorsque les actions ou les propos des journalistes violent *littéralement* les obligations prévues par le cahier des charges ou les normes législatives. Il est par exemple intervenu récemment dans l'affaire des Propos tronqués de Jean-Luc Mélenchon dans le journal de 20 heures du 25 novembre 2017.

« *Après examen de la séquence litigieuse, le Conseil a relevé que la phrase prononcée par M. Mélenchon n'avait effectivement pas été reproduite dans son intégralité, ce qui était susceptible d'en dénaturer le sens initial* »²⁵⁶⁵ et était donc contraire à l'article 35 du cahier des charges qui dispose que France Télévisions « fait preuve de rigueur dans la présentation et le

²⁵⁶⁵ Décision du CSA, « Propos tronqués de Jean-Luc Mélenchon dans le "Journal de 20 heures" du 25 novembre 2017 : intervention auprès de France 2 ». Assemblée plénière du 04 avril 2018, Publié le 30 avril 2018 ; disponible ici : <https://www.csa.fr/Arbitrer/Espace-juridique/Les-textes-reglementaires-du-CSA/Les-decisions-du-CSA/Propos-tronques-de-Jean-Luc-Melenchon-dans-le-Journal-de-20-heures-du-25-novembre-2017-intervention-aupres-de-France-2>

traitement de l'information ». Notant que cette erreur avait été rectifiée le lendemain par la chaîne durant le journal de 20 heures, le CSA s'est contenté de demander aux responsables de la chaîne d'exercer à l'avenir une vigilance particulière. Cette intervention a toutefois été rendue possible par un alinéa de l'article 35, qui dispose très clairement que « *Dans les émissions d'information, la société s'interdit de recourir à des procédés technologiques permettant de modifier le sens et le contenu des images* »²⁵⁶⁶. Bien que le CSA ne s'y réfère pas directement, se contentant de citer l'article 35 en vertu duquel, France Télévisions « *fait preuve de rigueur dans la présentation et le traitement de l'information* »²⁵⁶⁷, il ne fait pas de doute que l'existence de cette interdiction prévue explicitement par le cahier des charges a poussé le CSA à intervenir auprès de France Télévisions. Les autres dérives n'étant pas prévues explicitement par les textes il est impossible pour le CSA d'intervenir, sous peine de se voir taxer de créer une norme réglementaire par le Conseil d'État.

945. Il faut également souligner que le Conseil d'Etat exerce, lors de l'examen d'une sanction émanant du CSA, un contrôle complet²⁵⁶⁸. Cela l'a poussé, en plus de vérifier la légalité externe de manière stricte, à annuler des décisions en requalifiant les faits au regard des textes législatifs et réglementaires. Dans une décision *Société RTL France Radio*²⁵⁶⁹ du 15 octobre 2018, le Conseil d'Etat a annulé la décision du CSA ayant mis en demeure la société RTL pour les propos tenus sur son antenne par Eric Zemmour, qui critiquait le principe de « non-discrimination » appliqué par la Cour suprême américaine et dénoncé l'influence de cette jurisprudence sur la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, accusés de perpétrer un "putsch judiciaire". La décision du CSA s'appuyait sur l'article 2-4 de la convention passée entre le CSA et la société RTL qui stipulait que « *Le titulaire veille dans son programme (...) à promouvoir les valeurs d'intégration et de solidarité qui sont celles de la République. (...) Le titulaire contribue aux actions en faveur de la cohésion sociale et à la lutte*

²⁵⁶⁶ Article 35§4 du cahier des charges de France Télévisions.

²⁵⁶⁷ Décision du CSA, Ibid.

²⁵⁶⁸ V. CE, Entretien du Contentieux, « Intervention de Jean-Marie Sauvé », Op cit, p. 7

²⁵⁶⁹ CE, 15 octobre 2018, *Société RTL France Radio*, 5 / 6 CHR, 417228,, B, M. Ménéménis, pdt., M. Seban, rapp., M. Polge, rapp. publ

contre les discriminations ». Le Conseil d'Etat annule cette décision sur le fondement de l'article 11 de la DDHC et au motif que « *cette prise de parole intervenait dans le cadre d'une émission quotidienne de trois minutes intitulée " On n'est pas forcément d'accord "*, à laquelle sont invités des chroniqueurs de différentes opinions et dont le titre même invite les auditeurs à ne la recevoir qu'en tenant compte de son caractère polémique ». Cette décision pose problème car dans le domaine audiovisuel, la polémique est aujourd'hui ce qui attire le public. Dans ces conditions, les présentateurs et journalistes peuvent rivaliser d'inventions pour choquer le téléspectateur et « faire le buzz », dans des conditions qui peuvent parfois pousser à la rupture des obligations contractuelles, réglementaires, législatives, constitutionnelles ou tout simplement à la dignité humaine. Face à des textes assez imprécis, et face à des comportements et des récits par nature imprévisibles, le rôle que joue le régulateur a posteriori, et a fortiori sa fonction contentieuse est décisif pour le succès de sa fonction préventive. L'effectivité de la sanction permettrait d'empêcher qu'un comportement qui était à l'origine imprévu devienne en fait prévisible : en cas d'absence de sanction, les acteurs du secteur savent qu'il est possible d'enfreindre les règles sans que cette infraction soit sanctionnée, ce qui les poussera évidemment à réutiliser des mécanismes outrepassant les règles de droit. On assiste d'ailleurs aujourd'hui, face à l'absence de sanctions vis-à-vis des opérateurs, à un développement du langage journalistique véhiculant des idéologies racistes, anti-musulmanes, parfois à la limite des « fake news »²⁵⁷⁰.

946. Cette tendance du Conseil d'Etat à interpréter de manière très, voire trop stricte les dispositions législatives et du cahier des charges se retrouve dans la très récente Ordonnance du 4 avril 2019 sur France Télévisions²⁵⁷¹, qui casse l'ordonnance des juges des référés du tribunal administratif de Paris obligeant France Télévisions à inviter Benoît Hamon au débat ouvrant la campagne des élections européennes. L'annulation de cette ordonnance se fonde sur le fait que rien dans les dispositions législatives et réglementaires n'obligeait France Télévisions à inviter tel candidat à un débat, alors même que la campagne officielle n'avait pas débutée. Dans cette

²⁵⁷⁰ Sur le sujet, V. le blog de Samuel Gonthier sur le site de Telerama, qui décrypte de manière presque systématique les divers langages journalistiques

²⁵⁷¹ CE, Ordonnance, 4 avril 2019, France Télévisions.

ordonnance, le Conseil d'Etat semble opposer l'indépendance de la ligne éditoriale de France Télévisions (article 44 de la loi Léotard) et le principe de pluralisme, l'indépendance de la ligne éditoriale semblant prendre plus de poids que le principe de pluralisme. Mais, sur le service public, le principe de pluralisme doit pouvoir, par principe limiter l'indépendance de la ligne éditoriale : c'est nier la spécificité du secteur public de l'audiovisuel que de considérer que la liberté d'expression des journalistes a plus de poids que la liberté de réception des auditeurs.

Conclusion §1 :

947. Cette jurisprudence pose problème étant donnée la nature des comportements que régulent la loi et l'autorité de régulation tant au niveau de la création audiovisuelle que de la création journalistique. Une norme juridique, c'est ce qui « *interdit, permet ou oblige* », elle est prévision, tandis que l'art ne peut exister que s'il transcende certaines règles, s'il s'en détache, s'il ne respecte pas ce que l'on attend de lui. Les exemples des régimes staliniens et nazis nous ont montré que l'art officiel (qui est entendu ici comme l'ensemble des créations reconnues, soutenues, mises en avant par un régime politique) peut largement participer à la propagande et promouvoir une idéologie²⁵⁷². L'art officiel nazi était construit à partir d'une commande des autorités du Troisième Reich, à des artistes qui devaient participer à la gloire du régime. De ce fait, la liberté et l'autonomie des artistes étaient niées puisqu'il s'agissait de créer des œuvres qui correspondaient aux critères de ce qu'attendait le régime.

948. Dans une démocratie, la norme juridique, formulée par les gouvernants pour encadrer la prestation de service public audiovisuel ne peut donc être trop précise, auquel cas l'imprévision inhérente à la pratique artistique et à la culture en elle-même ne pourrait se réaliser²⁵⁷³. C'est ce qui a poussé le législateur et le pouvoir réglementaire à formuler le plus souvent les obligations et les interdictions sous forme de principes, souvent assez vagues pour ne pas sembler encadrer trop strictement la création artistique ou journalistique, et sans détailler les comportements susceptibles d'être considérés comme conformes ou non, à la norme juridique. Dans le cadre

²⁵⁷² Sur ce sujet V. par exemple Sur ce sujet, en ex-RDA voir le film *La vie des autres* de Florian Henckel von Donnersmarck, Allemagne, 2006

²⁵⁷³ J-M. PONTIER, « Quelle liberté pour les arts et la culture », in *Indépendances, Etudes offertes au Professeur J-L. AUTIN*, Op cit, p. 1474

d'une critique de la distinction établie par Ronald Dworkin entre les normes et principes²⁵⁷⁴, Michel Troper objecte que « *le fait que les principes n'imposent pas une conduite précise ne signifie pas qu'ils ne sont pas des normes* », car les principes « *ne se distinguent des autres normes que par leur degré élevé de généralité ou leur caractère vague ou programmatique* »²⁵⁷⁵.

949. La jurisprudence du Conseil d'État qui contrôle strictement si le CSA n'a pas créé de nouvelles normes réglementaires en précisant des principes prévus par les textes réglementaires ou législatifs ont pour effet de rendre ces normes ineffectives. Face à des textes imprécis par nature, et face à des comportements imprévisibles, le CSA devrait pouvoir effectuer un travail de qualification en précisant, par des actes de droit souple, l'interprétation qu'il retient des textes réglementaires et législatifs, car comme le dit J.Ellul : « *il n'y a de juridique que là où le langage a un sens plus précis que tout autre langage* »²⁵⁷⁶. Par ailleurs, si le but du recours au droit souple n'est pas de sanctionner les opérateurs, l'ombre portée de la sanction doit pousser ceux-ci à agir dans le sens voulu par le régulateur. Or, face à l'impossibilité pour le CSA de préciser le sens des textes législatifs et réglementaires, celui-ci a été amené à recourir à ces actes de droit souple qui n'ont en réalité que des conséquences très limitées sur le comportement des destinataires (§2).

§2 Les conséquences limitées du droit souple sur le comportement des destinataires

950. Face aux divers comportements des acteurs qui, par des stratégies diverses, tentent de respecter le texte des normes réglementaires ou législatives édictées tout en n'en respectant pas leur esprit, les divers instruments de droit souple dont dispose le CSA semblent insuffisants. En ce qui concerne la diffusion des spectacles, le CSA a, à de nombreuses reprises, pointé le fait que France Télévisions, bien qu'elle respecte l'obligation de diffusions de 100 points, ne propose pas assez de spectacles aux heures de grande écoute, et que quand elle le fait, les genres sont souvent

²⁵⁷⁴ R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris, 1996, p. 80

²⁵⁷⁵ Ibid, p. 76

²⁵⁷⁶ « *Loi et sacré. Droit et divin. De la loi sacrée au droit divin* », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. 1974, p. 51

les plus populaires. Ainsi, dans son « Rapport sur l'exécution du cahier des charges de France Télévisions de l'année 2015 », le CSA écrit que « *Malgré ce dispositif de points figurant au cahier des charges, les spectacles demeurent peu exposés aux heures de grande écoute. Aussi convient-il peut-être d'envisager son évolution de façon à promouvoir la diffusion d'un nombre globalement plus restreint de spectacles, mais à des heures mieux exposées* »²⁵⁷⁷. Il relève également que « *À l'exception de France Ô et des cérémonies événementielles, France Télévisions a essentiellement proposé des comédies et du théâtre dit de « boulevard »*».

951. Dans son avis relatif à la modification du cahier des charges²⁵⁷⁸, pris en vertu de l'article 48 de la loi Léotard, le CSA avait attiré l'attention du gouvernement sur le sujet :

« (...) Bien que France Télévisions respecte son cahier des charges, le Conseil a très souvent regretté la faible exposition accordée à certains genres de programmes culturels, notamment aux spectacles musicaux et théâtraux. Or, la retransmission télévisée de représentations artistiques concourt à la démocratisation de la culture. La télévision publique a en ce sens une forte responsabilité et un rôle important, car elle doit aspirer à réduire les difficultés d'accès à la culture et aux loisirs en amoindrissant les inégalités sociales et territoriales. L'article 6 du cahier des charges de France Télévisions précise le nombre minimum de spectacles lyriques, chorégraphiques et dramatiques devant être diffusé. Ce nombre minimum est assorti d'un système de pondération « à points » incitant à la diffusion de spectacles en premier lieu en première partie de soirée et en second lieu en journée, de façon à éviter que cette obligation ne soit réalisée qu'à des horaires tardifs. Comme il l'a analysé en détail à l'occasion de la publication de son rapport portant sur l'exécution du cahier des charges de France Télévisions au titre de l'année 2015, et précédemment en juillet 2014 dans une étude portant sur l'offre culturelle du groupe public, le Conseil considère que le dispositif de l'article 6 ne répond plus à l'objectif fixé. En 2015, les retransmissions de spectacles et de concerts ont en effet été largement diffusées entre minuit et six heures du matin (88 % de l'offre de spectacle France Ô ;

²⁵⁷⁷ CSA, Rapport sur l'exécution du cahier des charges de France Télévisions, Année 2015, Direction des programmes, secteur public, p. 73

²⁵⁷⁸ Avis n° 2017-06 du 15 mars 2017 relatif à la modification des cahiers des charges des sociétés nationales de programme France Télévisions, Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France, JORF n°0110 du 11 mai 2017

87 % de celle de France 2 ; 86 % de l'offre de France 3 et enfin 77 % des spectacles et des concerts de France 4 ont été diffusés dans cette tranche horaire). Ainsi, le système incitatif « à points » n'empêche pas la grande majorité de l'obligation de diffusion de spectacles d'être réalisée à des horaires tardifs ».

952. Ces remarques n'ayant pas été prises en considération par le gouvernement dans sa modification du cahier des charges, le CSA a l'occasion de réitérer celle-ci à l'occasion d'une autre modification du cahier des charges, dans son avis Avis n° 2017-17 du 29 novembre 2017²⁵⁷⁹ : « Le conseil regrette par ailleurs que les observations qui avaient été formulées dans son avis n° 2017-06 du 15 mars 2017, en matière d'offre culturelle et en matière de protection de l'enfance, n'aient pas été prises en considération. Sans attendre une future et hypothétique refonte du cahier des charges, le conseil attire l'attention du Gouvernement sur la nécessité de prendre en compte les deux demandes suivantes ». Finalement, cette modification n'aura pas lieu, et France Télévisions continuera probablement de diffuser les programmes les plus commerciaux aux heures de grandes écoutes et les oeuvres culturelles à des heures nocturnes.

Conclusion §2 :

953. Dans un article important publié à la RDP, J-M. Auby tire des conclusions importantes sur l'utilisation de normes non prescriptives²⁵⁸⁰. Il rappelle que « la mécanique des normes non prescriptives est peu porteuse de garanties pour les citoyens contrairement à ce que le contenu annonce souvent », car l'effectivité de ces normes non prescriptives est difficilement assurée. L'auteur nuance toutefois son propos : il explique que les normes non prescriptions n'ont pas forcément pour fonction de produire des effets normatifs, mais qu'elles peuvent remplir une fonction pédagogique²⁵⁸¹. Dans le secteur de l'audiovisuel, où les opérateurs ont intérêt, financièrement à adopter des comportements qui ne respectent pas les instruments de droit souple mais surtout le sens de la loi, le droit souple seul ne peut remplir une fonction pédagogique, car les enjeux financiers sont bien trop importants. C'est selon nous le caractère

²⁵⁷⁹ Avis n° 2017-17 du 29 novembre 2017 relatif au projet de décret portant modification du cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions, JORF n°0300 du 24 décembre 2017

²⁵⁸⁰ J-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », RDP, 1988 p. 673

²⁵⁸¹ Ibid, p. 681

impératif des dispositions qui peut permettre d'imposer, soit au gouvernement soit aux sociétés de radio-télévision la mise en oeuvre de certains principes à travers la définition précise de ce qui est obligatoire, permis ou interdit.

Conclusion Section 3 :

954. Comme le rappelle le Conseil d'État, le droit souple ne peut être utile que s'il est effectif²⁵⁸², et son effectivité ne peut être présumée. L'efficacité du droit souple apparaît, selon le Conseil d'État, compromise lorsque les acteurs concernés sont financièrement incités à adopter un comportement contraire à celui prescrit par l'instrument²⁵⁸³. Or, le secteur de l'audiovisuel est bien, comme nous l'avons expliqué un secteur dans lequel les chaînes vont souvent privilégier la médiocrité à la qualité pour tenter d'attirer une audience plus importante, et donc des recettes plus importantes issues des pages de publicité. L'une des conditions permettant de renforcer l'adhésion au droit souple, est, selon le Conseil, l'ombre portée de la sanction²⁵⁸⁴, les autorités de régulation illustrant « le cas d'instances agissant à la fois par la voie du droit souple et par l'adoption de sanctions ou d'autres décisions défavorables aux personnes concernées »²⁵⁸⁵. En France, il semble au contraire que le Conseil d'Etat opère un contrôle strict pour s'assurer que le CSA ne puisse pas utiliser ses pouvoirs de droit souple pour préciser le sens des normes édictées par le législateur et le pouvoir réglementaire, ce qui réduit considérablement l'ombre portée de la sanction. Au contraire, en Italie et au Royaume-Uni, les textes législatifs sont définis de manière précise par les autorités de régulation, qui connaissent le secteur, et qui peuvent ensuite mettre en oeuvre des sanctions sur le fondement de ces normes, qui deviennent alors du droit dur. Cette perméabilité nous semble indispensable à assurer l'effectivité des principes généraux édictés par la loi. Par ailleurs, comme nous l'avons noté lors de notre entretien avec les membres de l'AGCOM, les opérateurs ont plus intérêt à entrer en discussion avec l'autorité de régulation lorsqu'ils savent que celle-ci pourra éventuellement, en cas de non coopération, user de son

²⁵⁸² CE, Le droit souple, Op cit, p. 104

²⁵⁸³ Ibid, p. 115

²⁵⁸⁴ Ibid, p. 106

²⁵⁸⁵ Ibid.

pouvoir de sanction.

Conclusion Chapitre 1 :

955. L'attribution d'un pouvoir de sanction à des autorités indépendantes chargées de réguler le secteur est une nouveauté importante qui doit permettre d'assurer que les entreprises chargées des missions de service public mettent effectivement en oeuvre ces missions. Indépendantes du pouvoir politique, ces autorités permettent également de rompre avec l'image d'une télévision publique contrôlée par le pouvoir exécutif ou le pouvoir politique. Les incertitudes concernant la légitimité démocratique de ces autorités a toutefois mené à un encadrement juridique important de leur pouvoir de sanction et de réglementation.

956. Il faut retenir que l'encadrement constitutionnel de la sanction administrative en France, et son encadrement législatif au Royaume-Uni entraîne le prononcé d'une mise en demeure (sanction visant à l'exécution des obligations) avant le prononcé de toute sanction pécuniaire (sanction répressive). Cet encadrement, qui peut paraître nécessaire pour reproduire le principe de légalité des délits et des peines du droit pénal, a pour effet l'impossibilité de sanctionner la première violation commise qui n'aura, par définition, pas été précédée d'une mise en demeure. Par ailleurs, cela peut mener, en France, à l'obligation, pour le CSA de formuler plusieurs mises en demeure pour la violation de plusieurs obligations différentes, mais assez similaires en termes de nature (lutte contre la discrimination et lutte contre les préjugés hommes-femmes, par exemple, comme on l'a vu avec les affaires Hanouna).

957. Nous avons pu noter que l'autorité française est celle dont les pouvoirs de réglementations ont été le plus encadrés. A cet égard, nous ne pouvons que reprendre les conclusions formulées par T. Perroud dans sa thèse sur la fonction contentieuse des autorités de régulation au Royaume-Uni et en France : l'auteur note que la juridictionnalisation de la fonction contentieuse des autorités de régulation « *s'explique, en France, par le refus des juges et de la doctrine de reconnaître une autonomie et une légitimité à la fonction contentieuse des autorités sectorielles* » tandis que le modèle managériale à l'anglaise s'explique notamment par le refus des

juges de connaître des problèmes de l'Administration. « *Pour les juges anglais, écrit l'auteur, l'Administration est un autre monde, dans lequel ils ne peuvent interférer qu'à la marge* »²⁵⁸⁶.

958. Nous nous permettrons toutefois de diverger sur un point avec l'auteur. Celui-ci explique que le juge judiciaire maîtrise mal, en France, le contrôle qu'il effectue sur les actes des autorités de régulation, et que le Conseil d'Etat serait plus à même de se saisir des actes de l'administration. Dans le cas de l'audiovisuel, il semble que le Conseil d'Etat, éloigné des problématiques, notamment économiques, du secteur. Dans ce cadre, le fait qu'il exerce un contrôle entier sur les décisions et qu'il substitue sa qualification des faits à celle du CSA nous semble peu approprié. A cet égard, il serait intéressant de réfléchir à une modification du contrôle sur les actes du CSA, qui devrait toutefois avoir pour corollaire, pour renforcer la légitimité d'impartialité de l'autorité, d'une transparence systématique quant à la procédure d'adoption de ces actes.

Si l'encadrement par les autorités de régulation nous semble, notamment en France, insuffisant, l'autre facteur d'explication de l'ineffectivité des obligations réside, selon nous, dans la gouvernance interne des entreprises publiques (Chapitre 2).

²⁵⁸⁶ T. PERROUD, *La fonction contentieuse (...)*, Op cit, Conclusion générale.

Chapitre 2 : Les éternels problèmes de gouvernance du secteur public de l'audiovisuel

959. Eisenmann dénonçait chez les auteurs français l'usage de « *ce mot Administration, qui évoque l'idée d'une entité, finalement d'une unité organique, c'est-à-dire à base organique ou à base organisationnelle (...). L'administration, oui le mot même - au singulier ... et avec une majuscule ! - évoque l'idée d'un sujet, il a une vertu subjective ; donc il faut que l'on ait affaire à un sujet finalement unique, ou si l'on veut, à un corps qui est composé, subdivisé, différencié à bien des points de vue, mais qui n'en est pas moins, en définitive, « un individu », une entité collective, une unité organique* »²⁵⁸⁷. Ces conceptions posent pour Eisenmann des questions concernant la nature du droit administratif comme l'explique N. Chiffлот qui reconstitue son raisonnement : « *Est-ce que le droit administratif n'est qu'un ensemble de règles au service de certaines finalités et doit-il, en conséquence, être défini uniquement en fonction de ces fins ? Doit-on interpréter les règles composant le droit administratif à partir de ces seules finalités ? Une réponse positive signifierait que le droit administratif n'est qu'un ensemble de moyens, techniques et fonctionnels, un droit technologique*²⁵⁸⁸, *au service de finalités matérielles ou politiques qui lui sont extérieures et même supérieures. De telles finalités détermineraient alors la conception d'ensemble du droit administratif. Elles justifieraient la position juridiquement supérieure des organes de l'administration* »²⁵⁸⁹. Cette conception fonctionnelle serait susceptible d'entraîner des dérives, car elle permettrait la soumission du droit à la volonté des individus : « *La fonction, c'est la tâche assignée à, habituellement et ordinairement assumée par une autorité en vue de la réalisation d'un objet. Préférer le point de vue fonctionnel consiste à*

²⁵⁸⁷ C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t I, p. 120

²⁵⁸⁸ Expression utilisée par G. VEDEL, *Droit administratif, Licence 2ème année*, Les cours de droit, 1971, p. 20, cité par N. CHIFFLOT, *Op cit*, p. 25. Ainsi l'auteur évoque-t-il devant ses étudiants le caractère technologique du droit administratif : « *quand on fait du droit positif, on fait pour une grande partie de la technologie, avec tout ce que cela comporte ; vous apprenez un métier d'artisan, de manipulateur des choses juridiques, des raisonnements juridiques pour arriver à certains résultats pratiques* ». Le lien entre but à atteindre et moyens employés est également évoqué nettement par G. JEZE : « *Encore une fois, tout exposé est incomplet qui ne met pas en relief : 1° le but à atteindre et le milieu (social, politique, économique) ; 2° les règles et les moyens juridiques employés pour atteindre le but (point de vue de la technique juridique) ; 3° les résultats pratiques de l'institution étudiée ; ces résultats montrant dans quelle mesure les règles et les moyens juridiques employés sont adéquats au but poursuivi et au milieu (point de vue politique)* » G. JEZE, *Les principes généraux du droit*, t II, p. 6

²⁵⁸⁹ N. CHIFFLOT, *Op cit*, p. 25

faire comme si l'on entendait privilégier le but poursuivi par l'auteur, souvent en méconnaissance de données juridiques. Le fonctionnalisme engendre un état d'esprit chez les hauts fonctionnaires qui leur autorise toutes les dérives : efficacité d'aboutir ! On verra ensuite si un contentieux surgit ... »²⁵⁹⁰.

960. Cette conception organique unitaire a eu, comme nous l'avons expliqué dans la première partie de cette thèse, un impact considérable sur le service public audiovisuel notamment en France et en Italie. Le législateur et la doctrine se sont en effet focalisés sur l'organisation du service public audiovisuel, mais sans définir de façon précise quelles étaient les finalités auxquelles il fallait aboutir, l'organisation étant supposée garantir ce point d'aboutissement, ce qui laissait une marge de manoeuvre trop importante aux différents acteurs du système. Au contraire, dans le système d'Eisenmann, les énoncés posant des prescriptions à caractère impératif s'adressent tant à la finalité poursuivie par l'administration qu'à l'organisation de l'administration et des procédures internes à celles-ci. Les éléments organiques qui pèsent sur le pouvoir de volonté ne précèdent pas les normes, au contraire, ce sont les normes qui précèdent et qui déterminent les organes et les actes, qui les instituent et qui règlent leurs actions tels des instruments au service de l'ordre juridique²⁵⁹¹. En d'autres termes, les normes de compétence et de procédures, ainsi que leur respect, doivent être étudiées avec autant d'importance, pas seulement par rapport à leur finalité, mais en elle-même. Cette réflexion, valable pour tous les secteurs de l'administration, trouve encore plus de justesse pour le secteur de l'audiovisuel. Les institutions ne permettent pas seulement de mettre en oeuvre une finalité donnée, elles fournissent des cadres, des modèles d'exercice du pouvoir, une façon de faire les choses qui

²⁵⁹⁰ C. EISENMANN, cité par C. GOYARD in « Le Doyen Vedel et C. Eisenmann », RFDA, 2002, p. 887

²⁵⁹¹ Cette théorie juridique de l'administration est étroitement inspirée de la conception, prônée par le normativisme, de l'identité de l'Etat et du droit. Sa théorie juridique de l'administration est étroitement inspirée de la conception, prônée par le normativisme, de l'identité de l'Etat et du droit. Kelsen écrivait « *Lorsque la théorie traditionnelle du droit et de l'Etat oppose l'Etat au droit comme un être différent de lui et qu'elle le présente en même temps comm un être juridique, elle arrive à ce résultat par le fait qu'elle considère l'Etat comme un sujet d'obligations juridiques et de droit, c'est-à-dire comme une personne, et qu'en même temps elle lui attribue une existence distincte de cet ordre juridique. De même qu'originellement la doctrine de droit privé admettait l'idée que la personnalité juridique de l'individu était logiquement et temporellement antérieure au droit objectif, c'est-à-dire à l'ordre juridique, de même la doctrine de droit public admet que l'Etat, en tant qu'unité collective apparaissant comme un sujet de volonté et d'action, existe indépendamment du droit et en même temps, bien plus, avant le droit. Ainsi, tout ensemble, le droit présuppose l'Etat, être méta-juridique, sorte de macro individu très puissant ou organisme social, et l'Etat sujet de droit qui présuppose le droit, parce qu'il est soumis à celui-ci, obligé et habilité par lui* » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, p. 280, cité par N. CHIFFLOT, Op cit, p. 22)

donne sa légitimité au service fourni, car les citoyens-télespectateurs connaissent le système de valeurs, savent comment sont prises les décisions et quelle place ils ont à l'intérieur²⁵⁹².

961. Comme pour les sanctions administratives, il nous semble que les lois qui encadrent la télévision publique aujourd'hui sont le résultat de la réaction du législateur face au constat des échecs des lois organisant les systèmes passés. L'idée selon laquelle la libéralisation et la mise en place d'autorités administratives indépendantes auraient constitué, notamment en France et en Italie, une Révolution pour le système public de l'audiovisuel doit d'ores et déjà être relativisée. La libéralisation n'a pas eu pour conséquence de faire table rase du passé, et il est selon nous nécessaire de mettre au jour les différentes couches sédimentaires qui expliquent le choix du législateur pour les institutions actuelles. Ces différentes couches sédimentaires pourront nous aider à comprendre les conditions de possibilité de l'avènement du système actuel dans les trois États, ce qui nous permettra d'éclairer les faiblesses et les problèmes des trois systèmes. C'est pourquoi nous adopterons, dans cette partie encore, une démarche historique : il nous faudra analyser les différentes évolutions du système institutionnel pour déterminer si celui-ci encourage aujourd'hui l'effectivité des normes encadrant la mission de service public. Nous nous intéresserons d'abord aux lois encadrant l'organisation de la télévision publique et des procédures internes à celle-ci jusqu'à la libéralisation du secteur. Au sortir de la guerre, les institutions sont principalement le reflet d'une plus ou moins grande neutralité de la télévision publique puisqu'elles organisent une plus ou moins grande dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif (Section 1). Nous nous intéresserons ensuite à la période qui va de la libéralisation à nos jours. La libéralisation semble avoir mené à un phénomène de convergence entre les trois systèmes, convergence qui doit toutefois être relativisée. Cette convergence mènera paradoxalement à partir des années 2010 à un recentrage du pouvoir au profit de l'exécutif pour améliorer l'efficacité et le management (Section 2).

²⁵⁹² P. SCHLESINGER « Do institutions matter for public service broadcasting ? », 2004, En ligne.

Section 1 : Dépendance(s) et indépendance(s) vis-à-vis du pouvoir exécutif

962. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, les structures de gouvernance des chaînes de télévision sont particulièrement diverses d'un État à l'autre, et ce du fait du contexte dans lequel sont nées celles-ci avant la guerre, mais également des modes de gestion traditionnels existant dans le droit de chaque État. En France, la régie directe ou indirecte est souvent privilégiée à la naissance d'une activité de service public. On pourrait penser que le modèle italien et le modèle britannique ont plus de points communs, car dans ces deux États, le service public audiovisuel est géré sous la forme d'une entreprise, dont les capitaux sont détenus entièrement par l'État. Pourtant, ces deux entreprises présentent des différences fondamentales dans leur mode de gouvernance, puisque le modèle italien conserve les structures de gouvernance qui existaient durant la période fasciste. On peut donc dire que les normes organisationnelles sont le reflet des conceptions plus ou moins neutres du service public audiovisuel (Sous-section 1). À partir des années 70, des changements importants interviennent : on assiste à un vent de libéralisation dans les pays du Sud, tandis qu'au Royaume-Uni M. Thatcher remet pour la première fois en cause l'indépendance du service public audiovisuel. On assiste donc à des évolutions antagonistes (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Les normes organisationnelles, reflet des conceptions plus ou moins neutres du service public audiovisuel avant la libéralisation

Il nous faudra d'abord présenter et tenter d'expliquer ces différences (§1) et s'intéresser ensuite en particulier au modèle français, dont la grande instabilité des institutions reflète l'absence d'une conceptualisation poussée du service public audiovisuel (§2).

§1 De la grande diversité des structures organisationnelles au sortir de la Seconde Guerre mondiale

En France la régie directe induit l'autorité directe du gouvernement sur l'activité (A). Alors que la Corporation et le Board of Governors assurent, au Royaume-Uni, une indépendance au jour le jour du service vis-à-vis du pouvoir exécutif et du Parlement (C), en Italie, le mode de gouvernance est toujours celui qui prévalait durant le régime fasciste, avec un Conseil d'administration toujours dominé par des représentants directs de l'Etat (B).

A) En France, la RTF sous autorité directe du gouvernement

Le service en régie qui est créé en 1945 fait de la télévision publique un service géré directement par le gouvernement, sans organe délibératif (1). En 1959 est créé un EPIC, pour répondre aux critiques croissantes concernant le mode de gestion, mais celui-ci peut être qualifié de « fantoche », car il n'a toujours pas d'organe de délibération (2).

1) Un service en régie créé en 1945

Le service en régie est caractérisé par l'absence totale d'autonomie, puisque le service n'a pas d'organe délibérant et est placé sous la direction d'un administrateur général (a). En 1958, une réforme remplace l'administrateur par un directeur général avec légèrement plus d'autonomie (b).

a) L'absence totale d'autonomie découlant de la gestion du service en régie

963. L'ordonnance du 23 mars 1945²⁵⁹³ met fin aux autorisations d'exploitation et crée un service administratif en régie²⁵⁹⁴, la radiodiffusion française (RDF)²⁵⁹⁵. Ce service est placé sous

²⁵⁹³ Ordonnance n°45-472 du 23 mars 1945, JORF du 24 mars 1945, p. 1583

²⁵⁹⁴ Trois éléments classiques caractérisent la régie : le personnel est recruté directement par la personne publique qui gère le service (en l'espèce, l'Etat), les biens utilisés par le service appartient à cette personne publique, le financement est assuré directement par le budget de la personne publique concernée. V. G. J. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, Op cit, p. 712. Sur la régie comme mode de gestion normal du service public V. J. DE SOTO, *Droit administratif. Théorie générale du service public*, Monchrestien, 1981, p 316.

²⁵⁹⁵ A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1971, 3ème ed, t. 3, p. 410

le contrôle direct du ministre de l'information²⁵⁹⁶ et le directeur du journal parlé est rattaché au ministre de l'information par un décret du 20 septembre 1945. La télévision publique est ensuite placée sous l'autorité du secrétariat d'État chargé de l'Information auprès de la présidence du Conseil, du sous-secrétaire d'État à la présidence du Conseil²⁵⁹⁷, du ministère de la Jeunesse, des Sports et des Arts et Lettres²⁵⁹⁸, de la présidence du Conseil²⁵⁹⁹, du secrétaire d'État à la présidence du Conseil²⁶⁰⁰ et enfin du secrétaire d'État à la présidence du Conseil chargé de l'Information²⁶⁰¹.

964. Le service est placé, selon les termes de la loi, sous l'autorité d'un administrateur général, lui-même à la disposition du ministre. Il ne possède aucun organe délibérant, comme la majorité des services en régie²⁶⁰², et est doté d'un budget annexe ce qui signifie qu'il n'a aucune autonomie budgétaire. Le décret du 9 février 1949²⁶⁰³ portant nomination de l'administrateur général de la RDF remplace l'administrateur général par un directeur général et la RDF par la RTF. Sous la IV république, plus de seize propositions de loi furent présentées pour tenter de donner à la RTF un statut garantissant l'autonomie, mais aucune ne vit le jour²⁶⁰⁴. Le monopole est effet considéré comme étant en situation de concurrence interne et internationale puisque la presse et le cinéma exercent concurremment à la RDF les activités d'information, d'éducation et de distraction²⁶⁰⁵, ce qui limite les contestations portant sur la dépendance du service au pouvoir. Pourtant, dès la naissance de la V^{ème} république, le pouvoir doit affronter le problème de la gestion de la RTF, car la situation semble s'être aggravée : on assiste à des grèves

²⁵⁹⁶ Sur le ministère de l'information et ses évolutions V. A. DE LAUBADERE, *Op cit*, p. 398s.

²⁵⁹⁷ 16 décembre 1946.

²⁵⁹⁸ 22 janvier 1947

²⁵⁹⁹ 6 février 1947

²⁶⁰⁰ 9 mai 1947

²⁶⁰¹ 26 juillet 1948

²⁶⁰² Lorsque la création d'un service n'entraîne pas la création d'une structure organique correspondante, la compétence d'organisation des services est réglementaire. V. G. J. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, *Op cit*, p 712

²⁶⁰³ Décret du 9 février 1949, Nominations à la radiodiffusion nationale, JORF, 10 février 1949, p. 1499

²⁶⁰⁴ C. DEBBASCH, « De la radiodiffusion-télévision française à l'office de radiodiffusion-télévision française », *Op cit*, spéc p. 532

²⁶⁰⁵ *Ibid.*

incessantes et un détournement du public vers les postes périphériques²⁶⁰⁶. Le nouveau gouvernement, sous l'égide du Général de Gaulle, adoptera donc plusieurs réformes, en commençant par donner plus de pouvoir au Directeur général (b).

b) Une plus grande autonomie pour le directeur général en 1958

965. Le décret n° 58-1160 du 3 décembre 1958 relatif à l'organisation de la radiodiffusion-télévision française²⁶⁰⁷ semble donner plus d'autonomie au directeur général. Celui-ci est désormais nommé par décret en conseil des ministres, pris sur rapport du ministre de l'information. Il a sous son autorité tout le personnel de la radiodiffusion-télévision française et exerce ses pouvoirs sur l'ensemble des services²⁶⁰⁸. L'article 3 de ce décret prévoit également qu'il est institué un Conseil supérieur de la radiodiffusion-télévision française, dont le président est nommé par décret pris en conseil des ministres sur le rapport du ministre de l'information. Ce conseil a la faculté d'émettre des avis et de présenter des propositions sur l'orientation et la composition des programmes, qui sont ensuite transmises au directeur de la RDF.

966. Pendant ce temps, le gouvernement prépare un texte de lois permettant de donner à la RTF une véritable autonomie. Il existe alors une opposition entre les partisans d'une réelle décolonisation passant par la décentralisation des prises de décisions tandis que d'autres sont très réticents à remettre en cause l'autorité du gouvernement sur ce service d'information. Cette opposition se concrétise en droit, entre les partisans d'une transformation en EPIC et ceux qui veulent maintenir le carcan du service public administratif. Le statut de 1959 sera en réalité un mauvais compromis entre ces deux visions opposées. Il penche en réalité d'un côté, celui du conservatisme²⁶⁰⁹ (2).

²⁶⁰⁶ Ibid.

²⁶⁰⁷ Décret n 58-1160 du 3 décembre 1958 relatif à l'organisation de la radiodiffusion-télévision française, JORF, 4 décembre 1958, p. 10884

²⁶⁰⁸ V. V. SILVERA, « Services du premier ministre, Ministères d'Etat - Information. Le statut de la radiodiffusion-télévision française », La revue administrative, 1959, p. 176

²⁶⁰⁹ C. DEBBASCH, Op cit, p. 312

2) La création d'un EPIC « fantôme » en 1959

L'ordonnance du 4 février 1959 relative à la RTF²⁶¹⁰ est adoptée selon la procédure prévue par l'article 92 de la Constitution de la V République²⁶¹¹ qui permet au gouvernement, durant le délai de mise en place des institutions, d'adopter des ordonnances ayant force de loi sans passer par le Parlement. L'ordonnance, ayant force de loi, crée un EPIC, mais qui reste sous l'autorité directe du gouvernement (a), et qui ne dispose toujours pas de l'autonomie budgétaire (b).

a) Un EPIC sans organe délibérant et sous l'autorité du ministre

967. La loi fait de la RTF un Établissement Public de l'État à caractère industriel et commercial (EPIC), doté d'un budget autonome²⁶¹². Cet EPIC est toutefois placé sous l'autorité du ministre chargé de l'information, ce qui limite grandement son autonomie²⁶¹³. Le maintien de l'autorité gouvernementale avait, sous l'ordonnance de 1959, deux grandes manifestations. Le directeur général de la RTF exerce son autorité avec les prérogatives qui lui étaient conférées par le décret du 3 décembre 1958²⁶¹⁴, c'est-à-dire selon les conditions de l'ancien statut, ce qui est

²⁶¹⁰ Ordonnance n° 59-1273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion Française, JORF du 11 février 1959 ; V. V. SILVERA, « Le statut de la radiodiffusion- télévision française », La revue administrative, 1959, p. 176 ; G. BURDEAU, *Libertés publiques*, LGDJ, 1961, p. 259 ; F. PIGE, « La RTF, sa nouvelle organisation, ses perspectives d'avenir », 1961, p. 259 ; C. DURIEUX, « La RTF, une mineure de trente-huit ans », Le Monde, 1er, 2, 3 mars 1960.

²⁶¹¹ « Les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics seront prises en Conseil des Ministres, après avis du Conseil d'État, par ordonnances ayant force de loi.

Pendant le délai prévu à l'alinéa 1^{er} de l'article 91, le Gouvernement est autorisé à fixer par ordonnances ayant force de loi et prises en la même forme le régime électoral des assemblées prévues par la Constitution.

Pendant le même délai et dans les mêmes conditions, le Gouvernement pourra également prendre en toutes matières les mesures qu'il jugera nécessaires à la vie de la Nation, à la protection des citoyens ou à la sauvegarde des libertés. »

²⁶¹² Article 1er.

²⁶¹³ V. A. DE LAUBADERE, Op cit, p. 410 ; V. aussi les propos de G. J. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, Op cit, p. 743 : « Les établissements publics sont marqués d'une ambiguïté originelle. D'un côté ils sont dotés d'une organisation analogue à celle d'une personne morale, désignée à garantir leur autonomie. De l'autre, le rattachement à l'établissement public à une autre personne publique produit des atténuations à cette autonomie, notamment dans les rapports, juridiques et parfois non juridiques, entre les organes de l'établissement public et ceux de la collectivité de rattachement ». V. en général sur l'autonomie des Etablissements publics, S. PASSERON, *L'autonomie des établissements publics nationaux*, LGDJ, 1968 ; J-P. THERON, *Recherches sur la notion d'établissement public*, LGDJ, 1976 ; Conseil d'Etat, « Etude sur les établissements publics. Réflexions sur les catégories et les spécificités des établissements publics nationaux », EDCE, n°36, 1985

²⁶¹⁴ Article 5 de la loi.

assez révélateur de la situation de continuité prévalant entre les deux statuts. L'article 1er de ce décret prévoyait que la RTF était gérée, sous l'autorité du ministre de l'information, par un directeur général. Celui-ci est nommé par décret en conseil des ministres, sous le rapport du ministre de l'information. Le choix donc était véritablement à la disposition du gouvernement. Si l'on couple les dispositions de l'ordonnance de 1959 avec le décret de l'article 1958, il en résulte que le directeur général exerce son autorité sur la RTF, mais toujours sous l'autorité du ministre de l'information.

968. Le directeur général est assisté d'un directeur général adjoint et de directeurs à la RTF nommés par décret en conseil des ministres²⁶¹⁵. Hauts fonctionnaires, ils occupaient des emplois à la disposition du gouvernement. Par ailleurs, contrairement à la majorité des EPIC²⁶¹⁶, la RTF ne comportait pas de Conseil d'administration, ce qui aurait facilité son émancipation vis-à-vis du pouvoir politique. Les décisions étaient donc prises par le PDG, lui-même révocable à tout moment par le gouvernement. Cette subordination avait d'ailleurs été entièrement exercée, la fonction de directeur général ayant été très instable entre 1957 et 1964²⁶¹⁷. L'absence d'organe délibérant se double de l'absence d'une autonomie budgétaire (b).

b) Un EPIC ne disposant pas de l'autonomie budgétaire

969. L'autorité du ministre se manifestait également par les contrôles financiers a priori, ce qui était contraire au droit commun des EPIC : la qualification d'EPIC avec l'attribution de la personnalité morale à la RTF aurait dû entraîner l'autonomie financière de celle-ci, mais l'ordonnance de 1959 prévoyait que l'entreprise restait soumise aux contrôles financiers en vigueur sous l'ancien statut. Le statut de 1959 ne règle donc pas le problème de l'autonomie de la RTF : il s'agit bien d'un EPIC « fantôme »²⁶¹⁸ puisqu'il n'a pas d'organe de décision

²⁶¹⁵ Ibid.

²⁶¹⁶ V. G. J. GUGLIEMI, G. KOUBI, M. LONG, Op cit, p. 743 : « En général, les organes des établissements publics, comme ceux des personnes morales, sont de deux types : délibérant et exécutif [...]. En principe, l'organe délibérant règle, par ses délibérations, les affaires de la compétence de l'Etablissement public ».

²⁶¹⁷ C. DEBBASCH, « De la radiodiffusion-télévision française à l'office de radiodiffusion - télévision française », Op cit, p. 535

²⁶¹⁸ C. DEBBASCH, Op cit, p. 533

autonome. Une telle structure ne répondait pas au désir de tous ceux qui auraient voulu « décoloniser » la RTF du pouvoir politique. Toutefois, l'exemple italien illustre l'idée que la constitution d'une société privée n'emporte pas forcément libération vis-à-vis du pouvoir exécutif. Autrement dit, la nature de l'organe chargé de prendre en charge le service public importe peu. Seules comptent les structures de gouvernance à l'intérieur de l'organe (B).

B) En Italie, la RAI, toujours étroitement liée au pouvoir exécutif

970. Si la naissance la radio est, en Italie, inextricablement liée au régime fasciste, celle de la télévision est elle inextricablement liée au monopole du parti démocrate-chrétien sur le pouvoir exécutif entre 1948 et 1981. La dépendance absolue de la télévision au parti démocrate chrétien peut s'expliquer par l'intrication de deux phénomènes, l'un lié aux structures de gouvernance de la société concessionnaire (1), l'autre à l'histoire politique du pays²⁶¹⁹ (2).

1) Les structures de gouvernance de la société concessionnaire

Au sortir de la guerre, la concession attribuée à l'EAIR est renouvelée par le nouveau gouvernement démocratique : les structures de la société concessionnaire, bientôt appelée RAI, (b) s'inscrivent dans la continuité de celles existant sous le régime fasciste (a).

a) La continuité avec le régime fasciste

971. La continuité étroite avec les normes et la structure de la radiophonie créée par le régime fasciste découle de l'absence de débat, après-guerre, sur la télévision publique. Le premier texte à être approuvé après la guerre est le décret législatif du chef provisoire de l'État, du 3 avril 1947, n° 428²⁶²⁰. Ce décret législatif ne remet pas en cause le monopole étatique, ni la concession attribuée avant la guerre à l'Ente Italiano per le audizioni radiofoniche (EIAR) par le décret royal n° 2207 du 17 novembre 1927²⁶²¹. L'article 5 du même décret législatif dispose que « *le statut de l'organe concessionnaire doit être approuvé par le ministre des Postes et des*

²⁶¹⁹ D. SASSOON, « Political and market forces in italian broadcasting », Op cit, p. 68

²⁶²⁰ Decreto legislativo dal capo provvisorio dello Stato, 3 aprile 1947, « Nuove norme in materia di vigilanza e controllo sulle radiodiffusioni circolari, » GU, Serie generale, n° 131 del 12-06-1947

²⁶²¹ Articolo 1 del regio decreto-legge 17 novembre 1927, n. 2207, convertito nella legge 17 maggio 1928, n. 1350

Télécommunications, sur avis de la commission parlementaire de vigilance créée par l'article 11 du même décret ». La nomination du président de l'organe concessionnaire doit être approuvée par un décret du même ministre (article 6). En 1952, un décret présidentiel²⁶²², pris sur le fondement de l'article 168 du code des postes et des télécommunications approuve la convention passée entre le ministre des postes et l'organe concessionnaire qui renouvelle la concession attribuée à l'EIAR, qui devient la RAI (Radiotelevisione italiana) (b).

b) Le remplacement de l'EIAR par la RAI

972. La RAI est une société anonyme (società per azioni) dont la majorité des actions appartient à l'IRI (Istituto Ricostruzione Industriale), une entreprise publique créée avant la guerre par le régime fasciste pour sauver de la faillite les banques italiennes²⁶²³. L'article 5 de cette convention fait passer le conseil d'administration de 4 membres (sous le Régime fasciste) à six membres, tous nommés par le gouvernement. La RAI a un président et un directeur général, tous deux nommés directement par décret du ministre des Postes et des Télécommunications.

Deux nouveautés sont toutefois instaurées par le décret législatif du 3 avril 1947. La première nouveauté consiste en un comité pour l'élaboration des directives culturelles, artistiques, éducatives²⁶²⁴. L'organe concessionnaire prépare chaque trimestre un schéma directeur qu'il devra mettre en oeuvre le trimestre suivant. Ce schéma doit recueillir l'approbation du ministre des Postes et Télécommunications, lequel décide après avis de ce comité. Cet avis n'ayant pas valeur obligatoire, l'influence de ce comité, composé de personnalités émanant de la société civile est somme toute très limité.

973. L'autre nouveauté consiste en l'instauration d'une Commission parlementaire de vigilance, ayant pour mission d'assurer l'indépendance politique et l'objectivité de

²⁶²² Decreto del presidente della Repubblica, 26 gennaio 1952 n° 180, « Approvazione ed esecutorietà della Convenzione per la concessione alla Radio Audizioni Italia Societa' per azioni del servizio di radioaudizioni e televisione circolare e del servizio di telediffusione su filo », GU, Serie Generale n° 82 del 05-04-1952.

²⁶²³ P. BIANCHI, Entrée « IRI », in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012 ; V. LUTZ, *Italy: A Study in Economic Development*, OUP, 1962 ; P. SARACENO, *Il sistema delle imprese a partecipazione statale nell'esperienza italiana*, Giuffrè, 1975

²⁶²⁴ Article 6 de la loi.

l'information²⁶²⁵. La commission parlementaire est composée de 17 membres, nommés par le Président de la chambre des députés et représentant tous les groupes parlementaires. Cette commission transmet des délibérations au président du conseil des ministres qui doit communiquer au président de la société concessionnaire les dispositions nécessaires pour les mettre en oeuvre. La procédure est donc complexe, et le comité n'a pas d'interaction directe avec la société concessionnaire, ce qui limite évidemment son influence. Si les structures de la société concessionnaire sont évidemment pour beaucoup dans la domination du gouvernement sur cette dernière, le lien inextricable entre démocratie-chrétienne et télévision publique entre 1945 et 1975 ne peut se comprendre qu'à la lumière de l'histoire politique du pays (2).

2) Une domination du Parti démocrate-chrétien expliquée par l'histoire politique du pays

974. À la libération, le pays connaît une brève période d'union nationale, durant laquelle le Parti démocrate-chrétien, le Parti communiste et le Parti socialiste font partie du gouvernement et élaborent de concert la nouvelle constitution républicaine. Les tensions politiques sont toutefois palpables, car l'opinion publique est fortement fragmentée, voire polarisée entre les démocrates-chrétiens et les communistes. Ces tensions sont exacerbées par la situation internationale et la naissance de la guerre froide. À la suite de l'opposition des partis socialistes et communistes au Plan Marshall, ceux-ci sont exclus du gouvernement par le chef du Parti démocrate-chrétien. Malgré le régime d'élections à la proportionnelle, le parti démocrate, arrivé en tête aux élections générales après la dissolution de l'assemblée constituante, conclut alors en son sein une *conventio ad excludem* contre les partis considérés comme dangereux pour la démocratie : le PSI, le PCI et le MSI, un parti d'extrême droite ne pourront pas faire partie du gouvernement, ni entrer dans la majorité parlementaire. Il s'agit de ce qu'on appelle la démocratie « inachevée »²⁶²⁶. De fait, des années 45 jusqu'en 1981²⁶²⁷, il n'existera pas, à proprement parler d'alternance en Italie, toutes les majorités étant composées d'une coalition menée par le Parti

²⁶²⁵ Article 11.

²⁶²⁶ P. CRAVERI, *La democrazia incompiuta. Figure del '900 italiano*, Marsilio, 2002 ; P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Il Mulino, 1997

²⁶²⁷ En 1981, le gouvernement démocrate-chrétien d'Arnaldo Forlani à la suite du scandale de la Loge Propaganda Due. Le Président de la République nomme alors comme Chef du Gouvernement le secrétaire du Parti Républicain Italien. C'est le premier Chef du Gouvernement qui ne soit pas issu du parti Démocrate-Chrétien depuis 1948.

démocrate-chrétien²⁶²⁸, ce qui permettra à celui-ci d'exercer une domination entière sur le monopole télévisuel de la RAI.

975. Alors qu'en France, la RTF est toujours un service sans organe de décision autonome, et fait partie intégrante de l'administration, en Italie, la RAI, bien qu'organisée sous la forme d'une société concessionnaire, est toujours liée, du fait de la composition du Conseil d'administration, au gouvernement. Au Royaume-Uni, au contraire, l'objet juridique de corporation qui découle de la Charte royale va permettre de donner dès 1926 à la BBC une grande autonomie. Cette autonomie découle également de coutumes constitutionnelles adoptées par le Gouvernement et le Parlement (C).

C) Au Royaume-Uni, l'indépendance vis-à-vis du gouvernement grâce à l'invention de la Corporation

Comme nous l'avons vu dans la première partie, la domination pleine et entière de J. Reith sur la BBC à sa naissance n'est pas étrangère aux coutumes d'impartialité et de neutralité mises en place à cette époque. Toutefois, celle-ci n'aurait pas été suffisante pour limiter l'intervention du gouvernement sur l'administration de la BBC. Ce qui va permettre d'assurer l'indépendance de la BBC vis-à-vis du Parlement comme du gouvernement est la forme juridique choisie, la *corporation* qui découle de la Charte royale (1), mais aussi des coutumes constitutionnelles établies par le Gouvernement et le Parlement (2).

1) L'institution de la corporation par la charte royale

La *corporation* est un objet juridique créé pour répondre au développement des activités de service public (a). Si cet objet juridique permet de laisser une grande autonomie au service, la BBC présente des caractéristiques particulières notamment du fait de l'existence d'un « board of governors » qui contrôle lui-même la prestation de service public (b).

²⁶²⁸ P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti*, Op cit.

a) La Corporation, un objet juridique permettant la gestion d'un service socialisé

976. Les caractéristiques principales de l'organisation de la BBC ont été dégagées précisément par le juriste Robson, dans l'article «The BBC as an institution »²⁶²⁹. Il y décrit dès 1936 la BBC comme « *un exemple impressionnant d'un nouveau type d'organisation, hautement significatif : à savoir un organe public indépendant exploitant un service socialisé* ». Le choix du terme « socialisé » est caractéristique : il ne s'agit pas d'un service étatique, mais bien d'un service approprié par la collectivité et géré collectivement. Ce type d'organisation lui confère une particularité importante vis-à-vis des situations italienne ou française : infusée de la tradition juridique anglaise, elle est « *construite pour des raisons pratiques pour accomplir une fonction particulière, sans aucun intérêt pour les principes généraux, ou même sans conscience que cela impliquait des principes* »²⁶³⁰. En France, au contraire, comme nous le verrons dans la suite de ce chapitre, l'utilisation de toute une palette de catégories juridiques préexistantes pourtant en principe très perfectionnées ne permettra jamais, au moins jusque 1981, d'assurer une indépendance totale vis-à-vis du gouvernement.

977. L'instrument de la corporation n'a toutefois pas été choisi au hasard : elle résulte de travaux importants de différents comités qui furent réunis pour déterminer la forme d'organisation adéquate, ainsi que de débats au Parlement²⁶³¹. Ainsi, dès 1923, le comité Sykes concluait que « *Le contrôle d'un service ayant une influence potentielle si grande sur l'opinion publique et la vie de la Nation doit être entre les mains de l'État [...], mais elle doit néanmoins être indépendante du gouvernement pour empêcher qu'on la soupçonne d'user de ses potentialités uniques pour servir les intérêts du parti politique au pouvoir* »²⁶³² et c'est le comité Crawford qui recommanda que le service soit confié à une entreprise publique autonome. Ces différents travaux diffèrent également des situations françaises et italiennes dans lesquelles il n'y eut pas de véritable réflexion sur ce sujet au sortir de la Seconde Guerre mondiale. Les structures

²⁶²⁹ W. A. ROBSON, « The BBC as an institution », Op cit, p. 468

²⁶³⁰ Ibid, p. 468

²⁶³¹ Déjà cités dans le Chapitre 1 de la Partie 1.

²⁶³² The Broadcasting Committee Report, Londres, HMSO, Cmnd, 1951, 1923

organisationnelles de la BBC présentent par ailleurs une particularité : celle d'un Conseil des gouverneurs qui contrôle, à l'intérieur même de la Corporation, la gestion du service par le directeur exécutif général (b).

b) Un *board of governors* indépendant du gouvernement et nommant lui-même le directeur général

978. En 1926, lors de la création de la corporation, le statut de directeur de l'entreprise avait été concurrencé par la création du *board of governors*, dont les membres étaient nommés directement par la Reine sur proposition du ministre des Postes pour cinq ans. Leur nombre est fixé à cinq par la Première charte royale de 1926, étendu à 7 par la Charte de 1936, et à 9 par la Charte royale de 1964. La Charte de 1952 introduit pour la première une représentation des différentes nations composant le Royaume-Uni, à travers la nomination de trois gouverneurs représentant respectivement l'Irlande, le Pays de Galles et l'Écosse. Ceux-ci possédaient un large degré d'indépendance vis-à-vis du ministre des postes et télécommunications, car ils étaient nommés en raison de leur expérience et de leurs qualités intellectuelles et morales, et ne pouvaient être révoqués. C'est le *Board of Governors* qui nomme directement le directeur exécutif général de la Corporation et le vice-directeur général, et les fonctions du Board et de ces directeurs sont bien distinctes. Le *Board of Governors* gère les revenus de la redevance et déterminait les grandes orientations que devait poursuivre la BBC pour mettre en oeuvre les missions prévues par la Charte royale, mais il n'avait pas le pouvoir de décider de la programmation, ces décisions relevant des professionnels dirigés par l'équipe du directeur exécutif général. Le *Board of Governors* avait le pouvoir de révoquer le directeur exécutif général si celui-ci n'avait pas mis en oeuvre correctement les lignes définies par lui. Il pouvait d'ailleurs trancher en dernier ressort de tous les grands problèmes de gestion, de toutes les questions controversées (politiques, religieuses ou culturelles) qui peuvent émouvoir le Parlement ou de vastes secteurs de l'opinion²⁶³³. Il devait en effet rendre des comptes au Parlement et au gouvernement, à travers un rapport annuel sur son activité. À cela s'ajoute,

²⁶³³ B. PAULU, *Télévision and Radio in the United Kingdom*, Londres, Macmillan, 1981, p. 17, traduit par M. HARRISON, « Les médias audiovisuels à la croisée des chemins », Pouvoirs, 1986, p. 116

comme le soulève Robson, le statut particulier du personnel de la BBC, qui n'entre pas dans la catégorie de « civil servants » et ne se voit donc pas appliquer les règles propres à cette catégorie. Enfin, en 1926, la BBC avait déjà l'autonomie financière, puisque les revenus et les dépenses de la Corporation ne faisaient pas partie des finances nationales contrôlées par le chancelier de l'échiquier (ministre des Finances et du Budget)²⁶³⁴. Cette indépendance de la BBC au jour le jour découle non seulement des textes, mais aussi de l'autolimitation du Gouvernement ainsi que de celle du Parlement (2).

2) Des coutumes constitutionnelles instaurant l'autolimitation du Gouvernement et du Parlement

Les ministres et le Parlement s'appuient sur le principe « *de minima non curat lex* » pour accepter de ne pas contrôler les décisions de la BBC au jour le jour, celui-ci assurant lui-même régulation (a). Toutefois, si certaines voix s'élèvent pour critiquer l'absence de contrôle sur les décisions des entreprises constituées en *corporation*, Robson leur répond que l'institution devra en réalité être responsable devant tout le monde, et notamment l'opinion publique (b).

a) De minima non curat lex

979. Dans son important article, Robson explique que la licence donne, en théorie, beaucoup de pouvoirs au gouvernement sur la BBC : celui-ci pourrait exiger que la BBC transmette certains programmes, ou au contraire, qu'elle ne les transmette pas. En tant de crise, le gouvernement a le droit de reprendre le contrôle des stations en assumant le service. Le ministre des Postes possède aussi le pouvoir de révoquer la licence si la BBC manquait aux obligations contenues dans la Charte ou dans la licence. Enfin, puisque c'est le ministère des Postes qui collecte les fruits de la redevance, il existe évidemment un contrôle qui pourrait être très

²⁶³⁴ W. A. ROBSON, Op cit, p. 472

important à travers les finances²⁶³⁵. Toutefois, poursuit Robson, « *bien que le gouvernement possède énormément de pouvoirs conditionnels sur la BBC, il n'exerce en pratique pratiquement aucun contrôle sur son administration quotidienne, et n'a même pas le droit de le faire [...] Le ministre des Postes a affirmé devant le Parlement qu'il est responsable pour les questions de politique générale, mais pas pour des questions de détails ou sur les points particuliers relatifs au service* ». « *Il existe une tendance à traiter la plupart des questions comme des questions de détails* » écrit Robson. Le Président de la Chambre des députés exerçait en effet un contrôle minutieux et rigoureux, voire restrictif sur la recevabilité des questions parlementaires concernant la radiodiffusion. L'auteur étaye son argument d'un exemple précis : « *En février 1934, le Brigadier General Spears, député, attaqua à la Chambre des communes un reportage de Mr Vernon Bartlett, concernant l'Allemagne quittant la ligue des Nations, mais aussi son allocution sur la situation autrichienne. Il fut interrompu par le Président de l'assemblée qui déclara : "Je dois rappeler à l'honorable et vaillant Parlementaire que le gouvernement n'est pas responsable de l'organisation de la BBC, et qu'en conséquence, il n'est guère approprié pour l'honorable et vaillant parlementaire de soulever cette question dans les détails"* ». Un autre parlementaire argua en réponse que puisque le gouvernement était compétent pour ordonner la censure de n'importe quelle partie d'un programme de la BBC, il était justifié que le General Spears soulève les raisons pour lesquelles le gouvernement devrait prohiber les commentaires radiodiffusés concernant les affaires étrangères.

980. Le Président de l'Assemblée refusa d'accueillir cet argument au motif que le droit d'exclusion du gouvernement ne s'appliquait pas à des l'entièreté d'un programme, mais seulement à des objets particuliers et bien délimités. Or, ces objets particuliers, qui constituaient des détails et ne relevaient pas de la politique générale, n'étaient pas du ressort du contrôle du

²⁶³⁵ « *The most unusual feature of the Broadcasting Corporation is its relative independence both of government control and Parliamentary interference. The B.B.C. derives its powers from a Charter supplemented by a licence granted by the Postmaster-General under the Telegraph Acts. This licence imposes certain obligations on the Corporation. Thus, it must transmit from its stations any matter which a Government Department requires to be broadcast; and it must refrain from broadcasting any matter which the Postmaster-General desires to exclude from the ether. In time of emergency the Government has the right to take over the stations and assume complete control of the undertaking. The Postmaster-General can revoke the licence in the event of the B.B.C. failing to observe any of the conditions contained in the Charter or licence or neglecting to send efficiently from the stations a programme of broadcast matter.* » And since the Post Office collects the licence fees from listeners, its ultimate control through finance is overwhelming ». W.A. ROBSON, « The BBC as an institution », Op cit, p. 470

Parlement. Cette coutume ne résultait toutefois pas d'un choix discrétionnaire du gouvernement puisqu'elle avait été débattue longuement au Parlement en février 1933, débat à la suite duquel fut adoptée une résolution qui déclarait qu' : « *il serait contraire à l'intérêt public de soumettre la BBC à des contrôles par le Gouvernement ou le Parlement autres que ceux déjà prévus par la Charte ou par la licence* »²⁶³⁶. L'auteur conclut donc que « *dans une vision réaliste, la BBC bénéficie d'un large degré d'autonomie vis-à-vis du Parlement comme du gouvernement* ». Cette grande autonomie dans la gestion au-jour-le-jour est toutefois doublée, avec le pragmatisme qui caractérise l'esprit juridique anglais, d'une grande responsabilité devant l'opinion publique (b).

b) Une responsabilité devant l'opinion publique

981. Il est faux de conclure qu'il existait une totale absence de responsabilité du ministre concernant les agissements de la BBC, mais il est vrai que la limitation de cette responsabilité ministérielle constituait, dans le secteur de l'audiovisuel, un garde-fou vis-à-vis de l'immixtion parlementaire et/ou gouvernementale dans les programmes. C'était bien cela qui permettait de protéger les droits des citoyens-télespectateurs à recevoir une information indépendante et impartiale²⁶³⁷. Ainsi, pour Robson, il ne fait pas de doute que l'institution, qui assure le désintéressement et l'expertise dans la mise en oeuvre du service, une base financière adéquate, la liberté vis-à-vis des interférences politiques dans le management, et retient, en dernier lieu un contrôle public, constitue une réussite importante²⁶³⁸.

982. Robson prend toutefois la peine de répondre aux critiques concernant l'absence de responsabilité de la BBC quant à son administration au jour le jour. Il écrit « *La BBC est presque envahie d'un sens des responsabilités. On a parfois l'impression que puisque l'institution n'est pas responsable devant un organe particulier, il se sent responsable devant tout le monde pour*

²⁶³⁶ Ibid, p. 472

²⁶³⁷ Contrairement à ce qu'affirment B. Potter Webb et S. Webb, cités dans le Chapitre 1 de la Partie 1 : « *lorsqu'un organe est créé sans qu'il soit prévue une responsabilité ministérielle devant le parlement, la situation est évidemment peu satisfaisante. Seule la responsabilité ministérielle donne des outils de protection pour les citoyens ... et le consommateur* », Machinery of Government Report, Cmnd 9230, 1918

²⁶³⁸ « *The British Broadcasting Corporation is an invention in the sphere of social science no less remarkable than the invention of radio transmission in the sphere of nature science* ».

ses actions (...). Il est très probable que si un ministre était fait responsable devant le Parlement pour l'audiovisuel, le service serait moins réactif aux opinions conventionnelles et établies qu'il ne l'est maintenant »²⁶³⁹.

Conclusion §1 :

983. Le système de gouvernance qui découle de la Charte royale, de la licence, ainsi que des coutumes d'autolimitation du gouvernement assureront une extrême stabilité à la BBC, puisque celle-ci ne sera remise en cause qu'à partir des années 80. De même, en Italie, le cordon ombilical qui relie le Parti démocrate-chrétien ne sera remis en cause qu'à partir du déclin du monopole de ce parti sur le pouvoir exécutif, à partir des années 70. Au contraire, en France, on observe, dans le troisième quart du vingtième siècle une énorme instabilité des systèmes de gouvernance, qui découle notamment de la diversité des modes de gestion possible pour la mise en oeuvre d'un service public (§2).

§2 L'extrême instabilité des structures organisationnelles durant les années 70, une spécificité française

984. Le 4 octobre, Michel Debré annonce à l'Assemblée nationale l'élaboration d'un nouveau statut et confirme son intention le 1er décembre 1962. Le statut du 27 juin 1964 doit donc marquer la naissance d'un établissement nouveau partant d'un esprit neuf, désormais appelé ORTF (A). Malgré le mythe qui entoure cette période et cette institution, l'histoire de l'ORTF est également très instable et très liée aux crises politiques qui caractérisent la fin du mandat de De Gaulle, et celui de G. Pompidou (B).

A) La création de l'ORTF, une Révolution institutionnelle manquée

985. La loi du 27 juin 1964²⁶⁴⁰ substitue l'office de radiodiffusion-télévision français de façon générale à la radiodiffusion- télévision française. Cette requalification de la RTF en office est

²⁶³⁹ W. A. ROBSON, Op cit, p. 480

²⁶⁴⁰ Loi n° 64-621 du 27 juin 1964 portant statut de l'Office de radiodiffusion-télévision française, JORF, 28 juin 1964, p 5636 ; V. AJDA, 1964, p. 455

seulement une opération psychologique²⁶⁴¹, qui doit symboliser la rupture entre le statut de 1959 et celui de 1964. Comme nous l'avons expliqué, le terme d'EPIC avait été utilisé abusivement par l'ordonnance de 1959, puisque celle-ci n'avait pas permis d'accorder une autonomie véritable à la RTF, alors que le détachement vis-à-vis de l'autorité de l'État était normalement caractéristique du statut des EPIC²⁶⁴². Reprendre la même dénomination ainsi que la même qualification dans la loi de 1964 aurait pu conduire les esprits à ne pas comprendre comment « *deux mêmes formulations juridiques peuvent recouper des réalités différentes* » et donc les modifications législatives effectuées²⁶⁴³.

986. En réalité, toutefois, accoler le terme d'office à la qualification d'un Établissement Public n'emportait pas de conséquences juridiques ni ne reflétait une situation juridique précise²⁶⁴⁴. Le rapport général de la commission des offices créée par l'article 76 de la loi du 28 février 1933 laisse par ailleurs bien entendre que cette qualification ne crée pas une « nouvelle catégorie juridique. Le terme office était employé, à l'époque, pour qualifier aussi bien des Établissements publics administratifs²⁶⁴⁵ qu'industriels et commerciaux²⁶⁴⁶. Ce rapport souligne en effet qu'il n'existe en définitive que deux catégories de services de l'État : d'une part, les services rattachés au budget national et les budgets annexes, d'autre part les établissements nationaux autonomes fonctionnant en dehors du budget de l'État ». Force est de constater que, si l'on établit ce critère, comme *summa divisio* entre deux catégories juridiques différentes, la barrière avait été franchie par les ordonnances de 1959, et non par la loi de 1964, puisque l'article 1 de l'ordonnance du 3 février 1959 disposait que « *la Radiodiffusion française constitue un Établissement public de*

²⁶⁴¹ C. DEBBASCH, Op cit, p. 533

²⁶⁴² Ibid.

²⁶⁴³ V. L'exposé des motifs : « *La radiodiffusion-télévision française est érigée en office afin de marquer d'une manière indiscutable son caractère d'entreprise autonome* », cité par C. DEBBASCH, Op cit, p. 533

²⁶⁴⁴ Ainsi, comme le reconnaît l'un des rapporteurs du projet de loi, « *si le terme office a été fréquemment employé en 1933-1934, et si depuis la guerre, on avait vu se multiplier des établissements soit à caractère administratif, soit à caractère industriel et commercial auxquels on accolait le terme d' « office », force est de reconnaître que la doctrine était bien embarrassée pour en donner une définition claire et certaine* ». Rapport Zimmerman, au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi portant statut de l'ORTF, Documents AN annexe au procès-verbal de la séance du 26 mai 1964 n° 907, p. 9

²⁶⁴⁵ Office des changes, Office du tourisme, Office national du commerce extérieur.

²⁶⁴⁶ Office national des combustibles liquides, Office national industriel de l'azote.

l'État, à caractère industriel et commercial, doté d'un budget autonome ». Le terme d'EPIC ayant été, semble-t-il, utilisé abusivement, l'utilisation de ce terme n'est pas suffisant pour comprendre le fonctionnement de l'établissement : il faut examiner en détail son statut.

987. L'article 1 érigeait la RTF en EPIC avec un budget autonome, mais il maintenait cependant l'autorité gouvernementale directe sur l'établissement, qui était d'ailleurs dépourvu d'organe de décision propre. L'attribution d'une véritable autonomie, ou de la décentralisation pour reprendre la qualification utilisée par certains auteurs²⁶⁴⁷ passe donc par la fin de l'autorité gouvernementale (1) et par la création d'un conseil d'administration ayant un pouvoir moteur quant à la prise de décisions (2).

1) De l'autorité à la tutelle

Le maintien de l'autorité gouvernementale constituait une survivance anachronique à partir du moment où la RTF avait été promue au rang d'EPIC, et est donc supprimée et remplacée par la tutelle (a). Ceci entraîne la fin du contrôle financier a priori et permet d'accélérer grandement la prise de décision (b).

a) Le maintien de l'autorité gouvernementale sur la RTF, une survivance anachronique

988. Le maintien de l'autorité gouvernementale sur la RTF ne constituait pas seulement une survivance anachronique depuis que la RTF avait été promue au rang d'EPIC²⁶⁴⁸, il entraînait également des problèmes de gestion. Ainsi le ministre de l'Information exprima-t-il lui-même les difficultés d'application de cette autorité qu'il détenait sur la RTF : « *L'autorité dont je dispose sur la RTF, j'en ai goûté tous les inconvénients, j'en ai rarement goûté les avantages (...) comment l'autorité d'un ministre pourrait-elle s'exercer de l'extérieur, avec les quelques collaborateurs dont il dispose - qui se comptent sur les doigts d'une main ? Un journal se fait sur le marbre. Une émission se fait dans un studio* »²⁶⁴⁹. Le terme d'autorité disparaît donc de la

²⁶⁴⁷ C. DEBBASCH, Op cit, p. 534-536

²⁶⁴⁸ L'autorité gouvernementale étant une caractéristique normale pour un service en régie, mais pas pour un EPIC.

²⁶⁴⁹ Intervention de du ministre de l'information A. PEYREFITTE, JORF, Débats AN, 26 mai 1964, 27 ème séance de la deuxième séance ordinaire 1963-1964.

loi, il est remplacé par la tutelle, qui vise à assurer le respect du monopole public, à garantir l'observation des obligations liées au caractère de service public et à assurer le contrôle financier (article 2 de la loi). L'autonomie de gestion au jour de la jour est donc affirmée et défendue par le ministre²⁶⁵⁰.

b) La fin du contrôle financier a priori

989. La fin de l'autorité et le passage à la simple tutelle entraînent le remplacement du contrôle financier « a priori » par le contrôle « a posteriori ». Les retards inévitables du contrôle a priori paralysaient les services les plus dynamiques de la RTF, et il enlevait également tout sens de la responsabilité aux décideurs qui pensaient qu'une fois le visa préalable ils étaient invulnérables, responsabilités couvertes par le contrôleur financier. Ce souci s'était déjà manifesté alors que la RTF était un service administratif : une loi du 22 mai 1955 avait supprimé provisoirement jusqu'au 31 décembre 1957 le contrôle des dépenses engagées pour les dépenses des services artistiques et d'information. Cette exception fut maintenue par la suite et d'autres amodiations furent apportées au principe du contrôle a priori. En l'absence de règlements financiers prévus par l'ordonnance du 4 février 1959, ces exceptions se sont étendues. Sur 6505 dépenses engagées en 1962, 1904 engagements comptables de dépenses seulement échappèrent au visa préalable alors que 4601 lui restaient soumis.

990. Il fallait donc replacer la RTF dans le droit commun des établissements dotés de l'autonomie financière. En stipulant que l'office est « *soumis au contrôle économique et financier de l'État prévu pour les entreprises nationales* », l'article amène le remplacement de principe du contrôle a priori par le contrôle a posteriori et rend ainsi effective l'autonomie financière dont jouit l'établissement.

991. Ce nouveau type de contrôle entraîne cependant une réduction des droits du Parlement sur l'ORTF : jusqu'au 4 février 1959, le parlement pouvait contrôler les dépenses et les recettes

²⁶⁵⁰ Le ministre de l'information, lors des débats à l'assemblée nationale, explique la distinction entre l'autorité et la tutelle : « *Dans un établissement comme la Régie Renault, l'autorité consiste à décider de la forme ou de la couleur des carrosseries, la tutelle consiste à autoriser la quatrième semaine de congés payés* ». Certains parlementaires avaient présenté un amendement visant à rendre la tutelle au ministre des PTT, mais cet amendement a été rejeté.

de la RTF qu'il était amené à voter dans le cadre du budget général. L'autonomie financière accordée à la RTF eut pour conséquence de faire disparaître ce vote, le Parlement n'étant plus informé des conditions de fonctionnement de la RTF que par un rapport annuel et n'ayant plus pour tâche que de voter la redevance pour droit d'usages²⁶⁵¹. Comme nous l'avons vu avec la société concessionnaire italienne, la qualification juridique ne permet pas toujours de saisir la réalité organisationnelle du service, et il est nécessaire de s'intéresser de plus près à la répartition des pouvoirs à l'intérieur de ce nouvel EPIC (2).

2) À la recherche de l'équilibre des pouvoirs entre conseil d'administration et directeur général

L'idée maîtresse de ce statut reposait donc sur le nécessaire équilibre entre les nécessités d'ordre et les exigences de liberté. « *La direction générale, nommée par le gouvernement et qui pouvait être considérée comme son émanation (a), représentait l'ordre ; le conseil d'administration, présenté comme paritaire, était censé personnifier la liberté* », écrit M. Bouissou²⁶⁵². Les membres de l'État étaient cependant toujours majoritaires au sein de ce dernier (b).

a) Une composition du Conseil d'administration toujours dominée par l'État

992. L'article 3 de la loi prévoit que « *Le Conseil d'administration se compose de quatorze à vingt-huit membres, dont une moitié représente l'État et l'autre moitié est constituée par des représentants des auditeurs et téléspectateurs, de la presse écrite, et du personnel de l'Office ainsi que par des personnalités hautement qualifiées* ». Il introduit donc l'idée d'une représentation paritaire entre les représentants de l'État et les autres catégories. La représentation de l'État au sein du Conseil d'administration n'est, à cette époque là, pas considérée comme antilibérale, l'État étant l'organe représentant de la volonté générale²⁶⁵³. Elle s'inscrit de plus dans un contexte juridique dans lequel l'emprise de l'État au sein des entreprises publiques se

²⁶⁵¹ C. DEBBASCH, Op cit, p. 537

²⁶⁵² M. BOUISSOU, « Le statut de l'ORTF », RDP, 1964, p. 1158

²⁶⁵³ C. DEBBASCH, Op cit, p. 535

renforce, les dissensions au sein des Conseils d'administration ayant poussé la puissance publique à renforcer la place de celui-ci au sein des Conseils, et à accentuer ses contrôles sur celles-ci²⁶⁵⁴. Il est toutefois nécessaire que l'intervention de l'État soit non partisane, c'est-à-dire qu'elle ne soit pas la représentation de la majorité gouvernementale.

993. C'est ce que laisse entendre le ministre de l'Information dans les débats à l'Assemblée nationale : « *Le Conseil d'administration que nous vous proposons a une composition paritaire. La moitié de ses membres représentent l'État, je dis bien l'État, et non tel ou tel ministère : ils auront à défendre les intérêts de l'État en tant que personnification de la Nation. La sérénité et la hauteur de vue qui doivent animer le Conseil commandent qu'il soit fait appel à de très hauts fonctionnaires ou à de hauts magistrats ayant acquis dans le service public une grande autorité et pouvant mettre à la disposition de l'établissement leur expérience, leur objectivité, leur sagesse et leur prestige* »²⁶⁵⁵. Toutefois, l'article 3 de la loi dispose que si les membres du Conseil d'administration sont nommés pour trois ans, il peut être mis fin à tout moment au mandat des membres représentant l'État. Il s'agit de prouver par cette disposition que c'est l'État qui assume les fonctions d'administrateur, les personnes physiques n'étant que ses mandataires²⁶⁵⁶, ce qui laisse penser que le gouvernement pourra effectivement continuer de dicter aux représentants de l'État la politique à mettre en oeuvre.

994. L'autre moitié du Conseil est composée des catégories intéressées qui sont désormais associées au fonctionnement de l'office : les auditeurs et téléspectateurs, la presse écrite et le personnel de l'office, ainsi que quatre personnalités hautement qualifiées. Les membres du conseil d'administration représentant les auditeurs et les téléspectateurs, la presse écrite et le personnel de l'office sont nommés sur des listes de présentation établies par les organisations les plus représentatives lorsque celles-ci existent. Cette représentation répondait à des revendications

²⁶⁵⁴ B. CHENOT, « Direction et contrôle des entreprises nationalisées », in *Réflexions sur la cité - 1945-1980*, Ed Enile-Paul, 1981, p. 145, cité par X. PRETOT, « L'administration des entreprises publiques. A propos de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public », *La Revue administration*, 1984, p. 29 spéc p. 30

²⁶⁵⁵ A. PEYREFITTE, *Op cit.*

²⁶⁵⁶ V. notamment le décret du 11 janvier 1952 fixant le statut des représentants de l'Etat dans les sociétés d'économie mixte, *JORF* du 13 janvier 1952 p. 564 ; V. Du PONT, « L'Etat industriel », Sirey, 1961, p. 94-95

anciennes : celle de l'association des usagers tout comme des employés à la gestion de la société et de la nécessaire solidarité entre les différents moyens de communication²⁶⁵⁷. Quant aux personnalités hautement qualifiées, leur mode de désignation n'est pas prévu par les textes, mais il s'agissait, selon A. Peyrefitte, « *de hautes personnalités, extérieures aux services de l'État, d'une compétence reconnue dans le domaine des arts, des lettres, des sciences, de l'éducation, choisies de manière à rendre compte de la variété de nos familles spirituelles, qui soient qualifiées pour apprécier librement les problèmes multiples d'un office qui touchent à tous les aspects de la vie publique* »²⁶⁵⁸.

995. En vertu de l'article 4 de la loi, le Conseil d'administration définit les lignes générales de l'action de l'établissement ; il délibère son budget et en contrôle l'évolution. Il a également la charge de faire respecter la liberté publique de communication des idées et des informations. Les pouvoirs d'administration du Conseil sont toutefois limités, car celui-ci ne possède pas, ni son président la compétence d'exécution des délibérations du conseil, et donc de la gestion de l'établissement. Au lieu de cela, l'article 6 dispose que le directeur général, nommé par décret en Conseil des ministres, assure la gestion (sous-entendue quotidienne), de l'Établissement (b).

b) Une répartition des pouvoirs en faveur du directeur général

996. Le directeur général doit être distingué du Président du Conseil d'administration, élu par ses pairs qui n'a qu'une fonction annexe de direction des séances du Conseil. Ce premier nommait à tous les emplois et ainsi, comme le résume bien C. Debbasch, « *si la direction générale de l'office appartient à un conseil d'administration décentralisé, l'administration quotidienne de l'établissement est conférée à la direction générale, organe déconcentré* »²⁶⁵⁹. L'organe décentralisé pénètre toutefois dans la gestion quotidienne de l'établissement, car il est prévu qu'il délibère obligatoirement sur les États de prévisions de recettes et de dépenses. Cette situation n'était pas satisfaisante, le directeur général se trouvant dans une position politique

²⁶⁵⁷ V. P-R. WOLF, Le Monde, 23 mai 1964 : « *Si certaines franges de lecteurs peuvent se désintéresser de leurs journaux au profit de la télévision, il arrive toutefois que, comme un boomerang, la télévision renvoie ses fidèles aux journaux* ».

²⁶⁵⁸ A. PEYREFITTE, Op cit.

²⁶⁵⁹ C. DEBBASCH, Op cit, p. 538

délicate. Exécutant théoriquement les décisions de l'Assemblée délibérante, il était en fait l'inspirateur des décisions ; homme du gouvernement et soumis au bon plaisir de celui-ci²⁶⁶⁰, il aurait pu éventuellement entrer en conflit avec le conseil, si celui-ci avait refusé le budget préparé par ses soins²⁶⁶¹. Le Conseil pouvait de toute façon être dissous par le gouvernement, grâce à la révocation des représentants de l'État au sein du Conseil.

997. Entre 1964 et 1969, la loi fut interprétée de manière « autoritaire »²⁶⁶². L'autorité gouvernementale est certes remplacée par la tutelle, mais le ministre de l'Information continue de régner par personnes interposées : il n'était certes plus le « rédacteur en chef du journal télévisé », mais laissait cette tâche à un organisme semi-clandestin, le service de liaison interministérielle pour l'information²⁶⁶³. Le directeur général était désigné par le gouvernement et constamment révocable, ce qui ne lui laissait pas les moyens d'exercer son autonomie. Certes, la compétence de gestion du budget a été transférée au conseil d'administration, mais ce dernier n'a en la matière qu'une « responsabilité théorique ». M. Bouissou cite l'exemple frappant de la décision du recours au financement publicitaire, qui a été prise par la direction, sans passer par la validation du conseil d'administration.

998. Entre 1969 et 1972, à la suite des événements de 1968 et de l'arrivée de J. Chaban-Delmas au gouvernement, la loi de 1964 est interprétée de manière libérale²⁶⁶⁴. Le poste de ministre de l'Information est supprimé²⁶⁶⁵ et sont créées deux unités autonomes d'information qui établissent, à défaut d'une introuvable impartialité, une sorte d'équilibre entre confiance et

²⁶⁶⁰ M. BOUISSOU, « La réforme de la radio-télévision et la notion de service public », RDP, 1972, p. 11

²⁶⁶¹ Ibid.

²⁶⁶² Ibid.

²⁶⁶³ Ibid.

²⁶⁶⁴ M. BOUISSOU, Ibid, et V. S. BACHMAN, « La suppression de l'ORTF en 1974 : la réforme de la délivrance », 20ème, revue d'histoire, 1988, p. 63 écrit que cette période est restée dans les mémoires comme une des plus libérales qu'ait connu la télévision, avant 1974. V. Spécifiquement sur cette période G. PINEAU, ««L'expérience Chaban-Desgraupes" : l'improbable libéralisation de l'information à l'ORTF (1969-1972) », Quaderni, n°65, *L'ambivalence du mythe de l'ORTF*, 2007, p. 33

²⁶⁶⁵ A. DE LAUBADERE, Op cit, p. 399 : « *A l'occasion de la formation en 1969, du nouveau gouvernement présidé par M. Chaban-Delmas, une profonde réorganisation des structures centrales de l'information a été opérée, inspirée par des motivations dans lesquelles figurait notamment le souvenir de la crise politique de mai-juin 1968 et des difficultés aiguës que connut à l'époque l'information télévisée. Le ministère de l'information disparaissait et ses attributions étaient réparties entre le Premier Ministre et deux secrétaires d'Etat placés auprès de lui* ».

critique²⁶⁶⁶. Pour la première fois, donc, l'opposition a droit au chapitre dans les émissions d'information. La composition du Conseil d'administration est également modifiée²⁶⁶⁷, ce qui se traduit par une modification interne de l'office : « *aux muets du sérail, succèdent des administrateurs actifs, travailleurs, davantage incorporés au fonctionnement de l'institution* »²⁶⁶⁸. Le Premier ministre, J. Chaban-Delmas, est cependant conscient qu'il faut adapter les structures de l'ORTF à la croissance de l'entreprise. Il charge une commission, présidée par le gaulliste et diplomate L. Paye²⁶⁶⁹, de formuler des propositions.

999. Dans le même temps, et pour faire « contre-feu » au rapport Paye, des réformes de gestion sont effectuées à l'intérieur de l'ORTF pour rapprocher la gestion de l'entreprise publique de celle des sociétés privées. Elles concernent particulièrement l'ordonnancement des dépenses : le système de comptabilité analytique, qui permet de suivre le processus de dépenses et contrôler le dépassement de crédit est adopté ; est également établi le budget de type fonctionnel regroupant les dépenses à accomplir, des procédures nouvelles d'imputation des dépenses entre les diverses unités fonctionnelles. L'office doit désormais s'acquitter de l'impôt sur les sociétés, les règles applicables au personnel de l'office s'éloignent de celles de la fonction publique. Cet équilibre précaire est rompu avec les scandales de la publicité clandestine, qui aura pour conséquence la démission de Chaban-Delmas et l'adoption d'une nouvelle loi en 1972, qui

²⁶⁶⁶ V. G. PINEAU, « "L'expérience Chaban-Desgraupes" : l'improbable libéralisation de l'information à l'ORTF (1969-1972) », Op cit, p. 33s

²⁶⁶⁷Décret n° 68-755 du 20 août 1968 portant modification du décret n° 64-736 du 22 juillet 1964 pris pour l'application de la loi n° 64-621 du 27 juin 1964 portant statut de l'Office de radiodiffusion-télévision française, JORF du 23 août 1968, p. 8102 ; Arrêté du Premier ministre Répartition des sièges du Conseil d'administration de l'ORTF : JORF du 29 août 1968 p. 8275 qui double le nombre de ses membres et diminue la proportion des membres nommés discrétionnairement par le gouvernement.

²⁶⁶⁸ M. BOUISSOU, Op cit, p. 13. Le passage de 16 à 24 membres du conseil d'administration en 1968 avait permis d'assurer une représentation plus diversifiée de la presse écrite et du personnel et de faire entrer, au titre des représentants de l'Etat, des membres des grands corps de fonctionnaires et de l'université.

²⁶⁶⁹ Rapport de la Commission d'étude du statut de l'ORTF (dit rapport Paye), 30 juin 1970, La documentation française. Partant des missions de service public et concluant à de profondes réformes structurelles, son analyse était fondée sur une vision pessimiste de la situation. « structure actuelle, qui rend difficile l'exercice de l'autorité, empêche également les dirigeants de connaître et de contrôler pleinement ce qui se fait dans leurs services ». « état d'improvisation dans lequel se débattent les responsables des programmes, les méthodes de gestion administrative et financière, les fréquents changements de personnes à la tête de l'office, l'impossibilité de prévisions financières à long terme ». Il se lançait dans des suggestions audacieuses touchant les structures de l'office avec une hypothèse basse, celle du maintien d'un établissement unitaire, et une hypothèse haute, celle de la transformation de l'office en une société holding. V. M. BOUISSOU, Ibid, p. 63

donnera à Pompidou l'occasion de mettre un coup d'arrêt à l'ère libérale²⁶⁷⁰ (B).

B) La crise de l'ORTF et la loi de 1972

La dénonciation par la majorité présidentielle, plus que gouvernementale, de la mauvaise gestion de l'ORTF (1) révèle en réalité la difficulté de mettre en place une réelle autonomie de la télévision publique vis-à-vis du gouvernement (2).

1) La dénonciation de la mauvaise gestion de l'ORTF

La crise de responsabilité qui touche l'ORTF à la fin de l'année 1971 (a) entraînera la fusion des fonctions de président du Conseil et de directeur général au profit d'un président-directeur général omnipotent²⁶⁷¹ (b).

a) La dilution critiquée des responsabilités

Le scandale de la publicité clandestine (α) permettra à la majorité en place de faire le procès de la répartition des responsabilités entre autorité décentralisée et déconcentrée (β).

α) Le scandale de la publicité clandestine

1000. Dénoncé à la tribune par M. Diligent au cours des débats budgétaires²⁶⁷², le problème de la publicité clandestine sera saisi à bras le corps par le pouvoir exécutif et législatif dans la

²⁶⁷⁰ Ce scandale de la publicité clandestine doit être remis dans son contexte politique, celui d'une véritable offensive de l'aile conservatrice de la majorité (principalement l'UDR, emmenée par R. Tomasini) contre J. Chaban-Delmas, jugé beaucoup trop libéral.

²⁶⁷¹ S. BACHMANN, Op cit, p. 65

²⁶⁷² JORF, Débats Sénat 30 novembre 1971, p. 2454s ; Le problème avait déjà été évoqué par les travaux préparatoires des commissions des finances préparatoires à la discussion budgétaire (Rapports L-A. DELMAS (JO. doc. Sénat 1971, annexe 46, p. 17) et Diligent (JO doc Sénat n° 27, annexe 42, p. 7).

foulée, selon des procédures assez rares dans l'histoire de la Cinquième République²⁶⁷³.

Ce scandale permettra à l'Assemblée nationale de faire le procès de l'ORTF et de sa gestion sous Chaban-Delmas²⁶⁷⁴. La publicité clandestine, la « trahison » de l'information télévisée et l'action du lobby de la télévision privée²⁶⁷⁵ sont principalement critiqués et la situation intérieure de l'ORTF est dépeinte par les orateurs de la majorité de manière très sombre²⁶⁷⁶. Pour eux, l'entreprise est une « société bloquée »²⁶⁷⁷, dans laquelle règne un malaise généralisé : « *colère des artistes, mécontentements des dactylos, mélancolie des techniciens, cynisme de certains producteurs, scepticisme des dirigeants, rancœur des inspecteurs généraux, angoisse des chefs de section* »²⁶⁷⁸.

1001. La crise de l'ORTF doit toutefois être relativisée : comme le souligne un député de l'opposition durant les débats parlementaires, les critiques véhémentes venaient principalement de la majorité : il suggérait ainsi que la crise existait surtout dans l'opinion que la majorité se faisait de l'ORTF²⁶⁷⁹, surtout depuis que Chaban-Delmas avait « libéralisé » l'institution.

La dilution des responsabilités, apparente depuis longtemps, s'était cependant trouvée illustrée par les scandales, et les trois rapports précités convergeaient sur la nécessité de rétablir une autorité unique à la tête de l'ORTF²⁶⁸⁰, ce que réalise le nouveau statut de 1972, avec la

²⁶⁷³ Parallèlement aux enquêtes administratives visant à définir les responsabilités internes dans la diffusion de la publicité clandestine, le Sénat décide, le 17 décembre, d'une mission d'information, tandis que l'assemblée nationale décide la création d'une commission de contrôle sur la gestion de l'ORTF. La mission sénatoriale était « chargée d'examiner la régularité de la gestion de l'ORTF et des relations que cet organisme entretient avec diverses entreprises nationales, établissements publics, SEM, ou autres notamment dans le domaine de la publicité ». Elle était chargée d'étudier outre la publicité clandestine, les suites à donner aux conclusions du rapport de la Commission d'études de l'office, plus connue sous le nom de Rapport Paye, qui préconisait lui-même un certain nombre de réformes de structures (Rapport de la Commission d'étude du statut de l'ORTF, 30 juin 1970, La documentation française). V. les réserves émises par le premier ministre dans sa déclaration de politique générale du 23 mai 1972, sur la rapidité des procédures (JO, Deb AN, 24 mai 1972, p. 1810)

²⁶⁷⁴ Le rapport Le Tac dénonce l'absence d'organisation, le gigantisme, la crise du commandement laquelle est largement imputable aux Enarques qui ont colonisé la direction générale et la centralisation et le cloisonnement des informations.

²⁶⁷⁵ M. BOUISSOU, Op cit, p. 61

²⁶⁷⁶ M. BOUISSOU, Ibid.

²⁶⁷⁷ Cette formule est, comme l'indique M. Bouissou, issue des travaux du sociologue M. Crozier. *La Société bloquée*, Paris, Le Seuil, 1971

²⁶⁷⁸ Cité par M. BOUISSOU, Ibid, p. 62

²⁶⁷⁹ M. CHANDERNAGOR, JO, Deb AN, p. 2521

²⁶⁸⁰ M. BOUISSOU, Op cit, p. 70

création d'un Président-Directeur général. La représentativité de l'organe décentralisé, le Conseil d'administration, était contestée ; le statut de 1972 cherche à l'améliorer (β).

β) La remise en cause de la dyarchie entre organe déconcentré et organe décentralisé

1002. La dyarchie posait le problème essentiel des compétences respectives de l'organe décentralisé, le Conseil d'administration et de celles de l'organe déconcentré, le directeur général. L'institution d'un PDG doit mettre fin à la crise d'autorité et à la dilution des responsabilités qui caractérisent l'ancien système. Elle reflète le souci d'assurer « *l'autorité, l'unité et la continuité de direction* » en réalisant la « *concentration et la personnalisation de l'autorité supérieure* »²⁶⁸¹. Dès 1969, on avait assisté à un changement dans les relations entre le directeur général, le président et le conseil : le deuxième directeur général, le deuxième président et le conseil travaillaient beaucoup plus de concert ; le conseil d'administration n'étant plus un appendice étranger à l'office.

1003. La subordination dans laquelle se trouvait le Directeur général par rapport au conseil persiste sous le nouveau statut, puisque le PDG gère aujourd'hui l'office « *dans le respect des orientations générales définies par le conseil* »²⁶⁸². Il est chargé d'en exécuter les décisions. Le rôle moteur du Conseil d'Administration qui était prévu par la loi de 1964 est donc confirmé par la loi, mais la pratique ne reflète que très peu le texte. L'esprit dans lequel le gouvernement avait proposé et le parlement adopté les dispositions concorde mal avec la définition légale des compétences²⁶⁸³. Ainsi, écrit M. Bouissou, « *Sans que rien n'ait été changé à la définition juridique des pouvoirs et des attributions du Conseil d'administration, le simple fait de la nomination d'un PDG change du tout au tout les données de l'équilibre interne de l'office et*

²⁶⁸¹ Rapport E. FAURE, n° 2416, JORF, doc AN, p. 7

²⁶⁸² C. COURVOISIER, « Le nouveau statut de la radiodiffusion-télévision française », AJDA, 1972, p. 555

²⁶⁸³ Sur l'ambiguïté existante entre le texte de la loi et l'esprit de celle-ci, V. C. COURVOISIER, Ibid, p. 559 : « *Toutefois, l'esprit dans lequel le gouvernement a proposé et le Parlement adopté les dispositions relatives au président-directeur général concorde mal avec la stricte définition légale des compétences. Le nouveau président-directeur général doit être le véritable patron qui manquait à l'office. L'institution doit mettre fin à la crise d'autorité et à la dilution des responsabilités qui caractérisent l'ancien système [...]. Le Président-directeur général exerce « l'autorité première », et celle-ci doit être incontestable. Et pourtant le Conseil d'administration reste « la plus haute autorité morale de l'établissement »* ».

spécialement la mission dévolue au conseil d'administration »²⁶⁸⁴. Celui-ci souffre désormais d'un recentrage des compétences exercées dans les faits par le PDG (b).

b) Un recentrage des pouvoirs au profit du président-directeur général (PDG)

1004. Même si dans les textes, le Conseil est toujours chargé de définir les orientations générales que le PDG doit ensuite mettre en oeuvre, ce dernier est en réalité le seul doté de moyens de défendre l'autonomie. Il est mieux à même que le conseil d'administration d'orienter son action, car il est le mieux renseigné et le seul en mesure d'agir²⁶⁸⁵. Le Conseil, présidé par un homme qu'il n'élit plus jouera donc le rôle d'une équipe de réflexion²⁶⁸⁶. Alors qu'il aurait dû être l'organe moteur de l'institution²⁶⁸⁷ et se contentait sous le statut de 1964, d'en être le censeur²⁶⁸⁸, il devra, dans la mise en oeuvre de la loi de 1972 se résoudre à un rôle purement consultatif²⁶⁸⁹.

1005. On assiste donc à la concentration de l'autorité entre les mains d'un responsable unique, le PDG. Alors que le statut de 1964 tentait d'opérer un équilibre entre l'ordre, caractérisé par le Directeur-Général, et la liberté, caractérisé par le Conseil d'administration²⁶⁹⁰, le statut de 1972 opère une restauration de l'autorité au détriment de la liberté puisque l'institution du PDG reflète le souci d'assurer « *l'autorité, l'unité et la continuité de direction* »²⁶⁹¹. En réalité, selon les promoteurs de la loi, la suppression de la dyarchie est liée aux exigences de rationalité plutôt qu'à une volonté de restaurer le contrôle du pouvoir. Nommé pour trois ans, le PDG est théoriquement assuré de la stabilité qui lui donnera du temps pour mettre en oeuvre son action et sa vision²⁶⁹². À l'usage, il est vraisemblable que même les opposants systématiques seraient

²⁶⁸⁴ M. BOUISSOU, Op cit, p. 74

²⁶⁸⁵ M. BOUISSOU, Op cit, p. 75

²⁶⁸⁶ Ibid.

²⁶⁸⁷ C. COURVOISIER, Op cit, p. 559

²⁶⁸⁸ C. DEBBASCH, Op cit, p. 538

²⁶⁸⁹ M. BOUISSOU, Op cit, p. 13

²⁶⁹⁰ M. BOUISSOU, « Le statut de l'ORTF », Op cit, p. 1158

²⁶⁹¹ Rapport E. FAURE, JO, doc. AN, n° 2416, p. 7-8

²⁶⁹² C. COURVOISIER, Op cit, p. 559

entraînés au jeu de l'opposition constructive, ne fut-ce que comme agents de liaison de leur mandant au directeur général²⁶⁹³.

Si l'office est autonome, il est toutefois placé sous la surveillance attentive d'un secrétaire d'État²⁶⁹⁴ et cette surveillance s'avérera plus sévère qu'annoncée (2).

2) L'échec de l'autonomie

1006. L'autonomie de l'office doit cependant être renforcée par la politique de décentralisation dont les moyens sont prévus par la loi, alors que rien ne l'envisageait dans le statut de 1964. Le principe voulu par le législateur est celui d'une organisation en « unités fonctionnelles »²⁶⁹⁵. L'application du principe relève du pouvoir réglementaire et la plupart des unités fonctionnelles ont été créées par arrêté du 21 juillet 1972. Le statut de 1972 prétend également conférer une certaine indépendance au PDG, en prévoyant que ce dernier est nommé pour trois ans. Cela n'interdit pas la possibilité d'une révocation déguisée²⁶⁹⁶. « *Il est difficile d'imaginer que le PDG puisse rester en fonction si de graves divergences l'opposaient au pouvoir gouvernemental* » écrit C. Courvoisier en novembre 1972²⁶⁹⁷. À l'automne 1973, il est mis fin aux fonctions du PDG de l'office, nommé en juillet de l'année précédente. Ce limogeage fait suite au rétablissement du ministère de l'information dans le gouvernement Messmer institué en avril 1973 et s'explique par la « *volonté du pouvoir politique de reprendre le contrôle de l'appareil audiovisuel dans la perspective d'élections présidentielles anticipées* »²⁶⁹⁸.

1007. Le ministre chargé de la tutelle reproche à l'office « un manque de neutralité » et estime « *agir conformément aux règles légales qui lui confient la responsabilité de veiller à l'observation des obligations de service public* »²⁶⁹⁹. Il reproche au PDG son formalisme et son manque de

²⁶⁹³ M. BOUISSOU, « La réforme de la radio-télévision et la notion de service public », Op cit, p. 75

²⁶⁹⁴ M. BOUISSOU, Op cit, p. 13

²⁶⁹⁵ C. COURVOISIER, Op cit, p. 559

²⁶⁹⁶ Ibid.

²⁶⁹⁷ C. COURVOISIER, « Le nouveau statut ... », Op cit, p. 559

²⁶⁹⁸ S. BACHMANN, Op cit, p. 66

²⁶⁹⁹ C. COURVOISIER, « La radiodiffusion-télévision française après l'office », AJDA, 1975, p. 277

dynamisme dans la mise en oeuvre de la politique de décentralisation²⁷⁰⁰. Il estime que le statut de 1972 donne à l'office des perspectives de décentralisation qui doivent être effectivement réalisées. M. Le Tac, rapporteur de la Commission spéciale des finances de l'Assemblée nationale, constate qu'aucun des établissements publics envisagés par la loi n'a vu le jour²⁷⁰¹ et déplore que la politique de décentralisation rendue possible par la loi, qui consisterait à ériger les unités fonctionnelles en établissements publics, n'ait pas été mise en oeuvre²⁷⁰². Le PDG se fait pour sa part « *défenseur des prérogatives et des responsabilités du conseil d'administration, en appelle à l'indépendance des organes de direction à l'égard du pouvoir et estime que la tutelle gouvernementale doit laisser à ces derniers leurs pleines responsabilités légales* »²⁷⁰³. Arthur Comte recherche et estime obtenir la confiance du Conseil²⁷⁰⁴, mais deux décrets du 24 octobre 1973 mettent fin tout de même fin à ses fonctions.

1008. Le statut de 1972 apparaît donc, pour certains auteurs, violé²⁷⁰⁵, mais pour d'autres, la révocation d'A. Comte ne fait que dissiper les illusions qu'avaient pu entretenir certaines dispositions faiblement novatrices de la loi de 1972²⁷⁰⁶. M. Long succède à M. A. Conte dans les fonctions de PDG pour mettre en oeuvre la plus large décentralisation des unités fonctionnelles dans l'office. Ce qui restera connu sous le nom de plan Marceau Long est approuvé par le conseil d'administration de l'office puis par le gouvernement en 1974, mais se heurte à l'opposition du personnel de l'office et est surtout remis en cause suite aux élections présidentielles anticipées de 1974. Au début 1974 est créée une Délégation générale à l'information, officialisée par un décret du 12 juin 1974²⁷⁰⁷.

²⁷⁰⁰ Ibid, p. 278

²⁷⁰¹ JO, Doc. AN, n° 681, Rapport de la commission des finances sur le projet de loi de finances pour 1974, annexe n° 44, 10 octobre 1973.

²⁷⁰² Ibid.

²⁷⁰³ C. COURVOISIER, Op cit, p. 277

²⁷⁰⁴ Ibid.

²⁷⁰⁵ M. DUVERGER, « La France sans lois », Le Monde, 14 novembre 1973 ; A. GROSSER, « La télévision que nous méritons », Le monde, 28 octobre 1973.

²⁷⁰⁶ Ibid.

²⁷⁰⁷ G. MARCOU, « La délégation générale à l'information et la politique de l'information », RDP, 1975, p. 937 Cette délégation avait pour tâche de promouvoir la diffusion des informations intéressant les pouvoirs publics, elle devait fournir des informations aux organes de presse sur l'action gouvernementale.

Conclusion §2 :

1009. C'est un mythe qui entoure l'ORTF²⁷⁰⁸, et comme tous les mythes²⁷⁰⁹, celui-ci se révèle protéiforme et ambivalent²⁷¹⁰. « *Nous ne pleurerons pas l'ORTF, mais nous avons goûté la saveur du service public. Nous y avons gagné quelques idées sur la liberté et la responsabilité* »²⁷¹¹ déclare le syndicat CGT en 1977. Et c'est bien ça qui caractérise l'ORTF : d'un côté inextricablement lié au pouvoir gaulliste et à son instrumentalisation, puis à celle de G. Pompidou, il a aussi permis le développement d'une culture artistique à la télévision²⁷¹², ainsi que d'un esprit du service public de l'audiovisuel qui ne s'était pas développé jusque là²⁷¹³ (contrairement au modèle anglais à partir de 1926 et à partir de 1945 au modèle italien). Le phénomène de mythification a toutefois une remarquable économie cognitive : elle épargne de s'interroger sur les continuités historiques avec ce passé²⁷¹⁴. Et de fait, l'expérience de l'ORTF ne doit pas être regardée comme isolée : le pluralisme interne à l'intérieur de l'office, marqué par la complémentarité entre les deux unités d'information (et par l'expérience Chaban-Desgraupes²⁷¹⁵) se solde par un échec, et par la démission de Chaban-Delmas. Cet échec ouvrira la voie à la libéralisation, ou en d'autres mots, euphémistiques, à la « *mise en oeuvre du pluralisme externe* », car le privé est « *présenté comme la seule alternative possible face à l'État partial* »²⁷¹⁶.

²⁷⁰⁸ V. le numéro spécial de Quaderni, *L'ambivalence du mythe de l'ORTF* n°65, Hiver 2007-2008.

²⁷⁰⁹ V. notamment M. ELIAS, *Le mythe de l'éternel retour*, Folio Essais, 2001

²⁷¹⁰ P. LEGRIS, « Avant-propos : L'actualité de l'ambivalence du mythe de l'âge d'or de l'ORTF », Quaderni, 2007-2008, p. 5

²⁷¹¹ Conférence de presse du SFRT, Syndicat français des réalisateurs de télévision CGT, 4 janvier 1977, cité par J. BOURDON, « Les racines du mythe », Quaderni, n°65, Hiver 2007-2008. *L'ambivalence du mythe de l'ORTF*. p 9

²⁷¹² « *J'ai compris grâce à vous que la poésie n'était pas l'affaire de quelques snobs mais appartenait à tout le monde* » écrit cet ouvrier à l'ORTF en 1956, à propos d'un récital de poésie, message retranscrit dans *L'humanité dimanche*, cité par J. BOURDON, Op cit, p 11.

²⁷¹³ J. BOURDON, « Les racines du mythe », Quaderni, n°65, Op cit. p. 9. Celle-ci s'inscrit dans le développement de la politique culturelle de l'Etat, V. P. URFALINO, *L'invention de la politique culturelle*, Hachette, 2004.

²⁷¹⁴ Ibid.

²⁷¹⁵ G. PINEAU, « "L'expérience Chaban-Desgraupes": l'improbable libéralisation de l'information à l'ORTF (1969-1972) », Quaderni, n°65, Op cit, p. 33

²⁷¹⁶ Ibid.

Conclusion Sous-section 1 :

1010. Au sortir de la Seconde Guerre mondiale, le monopole semble être le seul élément commun aux structures organisationnelles des trois États étudiés. Le Royaume-Uni et l'Italie présentent certes des caractéristiques communes : la gestion du service public par une entreprise publique, avec un organe décisionnaire propre, un budget autonome, ainsi que la grande stabilité des structures organisationnelles. Au contraire, la France présente des caractéristiques très particulières, du fait de l'élaboration de la notion, mais aussi des structures de gestion, de service public dans ce pays. La régie indirecte est en effet typique de la gestion du service public "à la française" jusque dans les années 70, et celle-ci est caractérisée par l'absence d'organe délibérant, et l'absence d'un budget autonome. L'Italie a pourtant beaucoup plus à voir avec le modèle français qu'avec le modèle anglais, du fait du cordon ombilical qui relie le gouvernement au Conseil d'administration de la société concessionnaire : les membres du Conseil sont tous nommés par le gouvernement. En France, le passage au statut d'EPIC en 1959 ne changera rien à la dépendance vis-à-vis du pouvoir, puisque cet EPIC n'est pas doté d'un organe délibérant. La création de l'ORTF, en 1964 aurait pu être un événement marquant, mais il sera en réalité marqué du sceau de la dépendance au pouvoir politique, dont les unités d'information ne se libéreront que durant trois années, durant le mandat de Premier ministre J. Chaban-Delmas qui était bien plus libéral que G. Pompidou.

1011. Le Royaume-Uni constitue bien, à cet égard, la véritable exception jusque dans les années 70, car la BBC est protégée de l'interaction du politique, grâce à plusieurs mécanismes imaginés dès 1926 : l'organisation en Corporation, l'existence d'un board de « gouverneurs », qui, nommés en fonction de leur expérience et de leurs compétences, sont irrévocables durant la durée, longue, de leur mandat, et surtout l'irresponsabilité de la Corporation pour ses actes de gestion au jour le jour, du fait des coutumes constitutionnelles. La période de l'ORTF, en France, est toutefois représentative des évolutions qui vont suivre dans les deux autres pays étudiés : plus que dans tout autre secteur, les changements législatifs et politiques sont tout sauf linéaires, et l'indépendance vis-à-vis du politique n'est jamais acquise, une fois pour toutes. Les changements sont dans le secteur, caractérisés par un « *tiraillement alternatif entre deux politiques opposées* »,

celle du libéralisme contre celle de l'ingérence dans les médias des Hommes politiques, voire de la censure. C'est ainsi qu'on assiste à des évolutions antagonistes dans les années 70. Alors que l'Italie et la France avancent vers plus de libéralisme, l'arrivée au pouvoir de M. Thatcher mettra pour la première fois à l'épreuve l'indépendance de la BBC vis-à-vis du monde politique (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Des évolutions antagonistes à partir des années 70

1012. Les années 70 marquent un tournant important dans l'histoire de la gouvernance de l'audiovisuel public dans les trois États, qui sont liées aux changements politiques dans ces pays. En Italie, le monopole de la démocratie-chrétienne sur le pouvoir exécutif est susceptible d'être remis en cause, et en France, l'arrivée au pouvoir de Giscard d'Estaing marque une rupture vis-à-vis de la pratique du pouvoir gaulliste et de celle de Pompidou. Ces bouleversements politiques sont évidemment liés à une évolution des mentalités qui est moins à même d'accepter le contrôle gouvernemental sur la télévision et la radio²⁷¹⁷, mais aussi, plus largement, à une crise qui frappe le monde occidental²⁷¹⁸. À cela s'ajoute, par les deux États, la ratification de la Convention européenne des droits de l'Homme, dont l'article 10 souligne que les États peuvent soumettre les entreprises à un « régime d'autorisation », qui semble exclure a contrario le monopole²⁷¹⁹. Encore une fois, les modèles du Nord et du Sud s'opposent. Tandis qu'au Sud, c'est à une vague de libéralisation politique que l'on assiste (§2), au Nord, les critiques viennent principalement du gouvernement, et s'irritent des « excès » d'indépendance de la télévision publique²⁷²⁰ (§1).

²⁷¹⁷ En Italie, durant l'« automne chaud » de 1969, des étudiants et intellectuels s'en prennent au monopole de la démocratie-chrétienne sur le RAI. En France, après mai 68, les journalistes restent actifs et commencent à produire des documents sur la démocratisation de l'ORTF. V. J. BOURDON, *Du service public à la télé-réalité, une histoire culture des télévisions européennes*, Op cit, p. 48. D'autres critiques viennent de la droite, pour qui le service public audiovisuel est un symbole de la mauvaise gestion et du manque d'efficacité des services publics dans leur ensemble.

²⁷¹⁸ E. HOBSBAWN, *L'âge des extrêmes. Une histoire du court XXème siècle*, Complexe, 2000 (édition originale en anglais : 1994).

²⁷¹⁹ V. J. CHEVALLIER, D, 1979, p. 288 ; V. aussi A. COCATRE-ZILGIEN, « De quelques effets actuels et éventuels de la ratification de la convention européenne des droits de l'Homme sur la politique et le droit français », RDP, 1978, p. 645s

²⁷²⁰ J. BOURDON, Op cit, p. 50 ; V. pour la Suède et la Hollande, A. SMITH, *Television and political life. Studies in six European countries*, Macmillan, 1979

§1 L'indépendance de la BBC en danger au Royaume-Uni

1013. La gouvernance de la BBC, issue de la Charte royale de 1926 et des coutumes adoptées à cette période, n'avait jamais été mise en cause. La BBC constitue, notamment pour cette raison, un modèle de stabilité et d'indépendance et une exception dans le paysage télévisuel européen. Ce modèle s'appuyait sur les caractéristiques décrites par Robson dès 1936 : l'absence d'intervention du gouvernement ou du parlement sur les actes de gestion quotidiens permettait l'indépendance éditoriale de la BBC, mais cette indépendance était doublée d'un contrôle public en dernier ressort, ce qui assurait la responsabilité de l'institution²⁷²¹. Cet équilibre avait été rendu possible par le *Board of governors*, dont les membres étaient les « gardiens de l'intérêt public »²⁷²², protégeant les journalistes et les programmeurs contre toute pression extérieure tout en assurant leur responsabilité²⁷²³. Cette autonomie était conditionnée, comme l'avait soulevé Robson, d'un sentiment de responsabilité envers le public, et d'une volonté de « s'exprimer d'une manière foncièrement acceptable pour l'"establishment" politique »²⁷²⁴.

1014. Cette indépendance et cette stabilité seront toutefois soumises à rude épreuve avec l'arrivée au pouvoir de M. Thatcher, de manière paradoxale au moment où la domination gouvernementale sur les télévisions publiques du sud de l'Europe est, elle, remise en cause²⁷²⁵. Dès 1979, différents membres du gouvernement de M. Thatcher dénoncèrent l'irresponsabilité de la BBC, qui constituait une violation de la « rule of law ». Le traitement par la BBC de la crise irlandaise fut l'occasion pour le gouvernement de mettre l'accent sur la désorganisation de la BBC²⁷²⁶. Dès 1979, après un quiproquo sur la diffusion d'images de membres de l'IRA, qui révéla les tensions entre les niveaux de production et de management, M. Thatcher appela,

²⁷²¹ V. W. A. ROBSON, « The BBC as an institution », Op cit, p. 484s

²⁷²² Expression utilisée par Sir Evelyn Murray, Secrétaire du ministère des Postes, dans ses déclarations au Crawford Committee de 1926.

²⁷²³ P. WALTERS, « The crisis of « responsible » broadcasting : Mrs Thatcher and the BBC », Parliamentary Affairs, 1989, p. 380s, spéc p. 380

²⁷²⁴ T. BURNS, *The BBC, Public institution and Private world*, Macmillan, 1977, p. 189

²⁷²⁵ V. P. GOODWIN, *Television Under the Tories: Broadcasting Policy 1979-1997*, 1998, British Film Institute.

²⁷²⁶ Episode raconté par P. WALTERS in « The crisis of « responsible broadcasting : Mrs Thatcher and the BBC », Op cit, p. 381 ; V. aussi pour l'histoire de l'opposition entre M. Thatcher et la BBC : M. LEAPMANN, *The last days of the Beeb*, Coronet books, 1987

devant la Chambre des communes la BBC à « mettre de l'ordre dans ses affaires »²⁷²⁷. L'intervention du Premier ministre lui-même constituait déjà une particularité, puisque c'était normalement le ministre des Postes qui intervenait en dernier lieu.

1015. En 1985, les locaux de la BBC furent perquisitionnés sur ordre du procureur général avant la diffusion par la BBC d'un reportage sur la sécurité nationale, et plus précisément l'affaire Zircon. La police saisit dans ce cadre toutes les cassettes contenant les reportages qu'avait réalisés Duncan Campbell, un important journaliste d'investigation. En décembre 1988, à nouveau, le procureur général intervint pour un programme contenant des interviews de fonctionnaires de la sécurité nationale. La BBC dut, sur injonction de la Cour, remettre les transcriptions des interviews aux juristes de la Couronne. L'utilisation par le gouvernement du recours contre « les violations du secret de fonctions », ainsi que la propension des juges à exercer une contrainte préalable suspendant provisoirement certains programmes réduit considérablement la liberté d'expression des journalistes. En octobre 1988, le gouvernement exerça pour la première fois dans l'histoire de la BBC le pouvoir que lui conférait la licence d'ordonner à la BBC de ne pas transmettre certains programmes ou types de programmes : toute interview des membres d'organisations terroristes furent interdites, ce qui interdisait à la BBC de transmettre des interviews de membres de l'IRA. Cette « forme de censure » n'avait, selon les mots de John Birt, « *pas de précédents dans l'histoire du Royaume-Uni moderne* »²⁷²⁸.

1016. La rupture la plus importante des conventions constitutionnelles établies dans les années 20 est sans doute celle relative à la neutralité politique des gouverneurs : M. Thatcher remit en cause la coutume selon laquelle le *Board of governors* était apolitique, en nommant comme Président du Board quelques-uns de ses proches collaborateurs. En 1987 l'un de ceux-ci révoqua directement un directeur général qui ne lui était pas favorable, profitant des imprécisions de la Charte royale et de la licence sur ce point²⁷²⁹. Comme l'écrit très justement P. Walters, les interventions répétées du gouvernement de M. Thatcher ont révélé la « *nature contingente de*

²⁷²⁷ Ibid.

²⁷²⁸ J. BIRT, « Gagging the Messenger », *The independent*, 21 November 1988

²⁷²⁹ V. E. BARENDT, « Legal aspects of BBC's charter renewal », *The political Quarterly*, 1994, p. 20

l'autonomie politique de la BBC » : celle-ci dépendait de l'autolimitation du gouvernement quand ils exerçaient le contrôle en dernier lieu²⁷³⁰. Alors qu'au Royaume-Uni, les structures organisationnelles de la BBC commencent à montrer certaines limites, en Italie et en France, on assiste à des réformes d'importance pour la libéralisation politique du secteur (§2).

§2 En Italie et en France, un vent de libéralisation politique

En France, l'arrivée au pouvoir de V. Giscard d'Estaing en 1974 signera la fin de l'ORTF, symbole du pouvoir gaulliste. On assiste à l'éclatement de l'EPIC et la reconstitution en sept sociétés distinctes (A). En Italie, la libéralisation politique de la RAI passe par la représentation des tendances politiques du Parlement au Conseil d'administration (B).

A) En France, le choix de la décentralisation pour libéraliser²⁷³¹ le secteur

1017. Le projet de loi annoncé dès l'élection de V. Giscard d'Estaing est présenté à la presse par le Premier ministre le 4 juillet 1974²⁷³² et après avoir été approuvé par le Conseil des ministres, il est soumis au Parlement convoqué en session extraordinaire, selon la procédure accélérée prévue à l'article 45 alinéa 2 de la Constitution. Certaines voix s'élèvent pour critiquer la précipitation du gouvernement²⁷³³ et l'incomplétude de la réforme qui ne s'attaque pas au délicat problème de l'évolution technologique²⁷³⁴ et des techniques publicitaires²⁷³⁵, mais le gouvernement semble s'enorgueillir de se focaliser sur les modalités de gestion de l'entreprise publique. Le projet doit « apporter un changement radical », « réaliser une réforme profonde », et reléguer les réformes

²⁷³⁰ P. WALTERS, *Op cit*, p. 397. La principale garantie d'indépendance de la BBC résidait aussi dans le phénomène d'alternance politique qui caractérise le régime parlementaire britannique. Les partis refusaient d'intervenir car ils ne souhaitent pas créer de précédents qui aurait pu leur être défavorable lorsqu'ils seraient dans l'opposition (V. G. W. GOLDIE, *Facing the Nation : Television and politics*, 1939-1976, The Bodley Head, 1983, p. 23-24)

²⁷³¹ Libéraliser est ici utilisé dans son sens politique, et non économique.

²⁷³² *Le monde*, 4 juillet 1974.

²⁷³³ Pour des critiques sur la « précipitation » qui caractérise la discussion et l'adoption du projet de loi V. JO. Dés. Sénat, 27 juillet 1974, p 950 ; ces critiques sont reprises quelques mois plus tard durant la discussion portant sur la loi de Finances. M. Le Tac parle d'une « série de contretemps ... un singulier imbroglio » (JO. Deb. AN, 16 novembre 1974, p 6490).

²⁷³⁴ V. en particulier M. MIROUDOT, au nom de la Commission des affaires culturelles du Sénat, JO. doc. Sénat, 25 juillet 1974, p. 11

²⁷³⁵ C'est en réalité le pouvoir réglementaire qui devra donc intervenir pour réguler ce domaine. V. P. BERNHEIM, « Problèmes juridiques posés par l'introduction de la télédistribution en France », *AJDA*, 1974, p. 116.

de 1964 et de 1972 à des réformes de « demi-mesures qui n'étaient pas à la dimension du problème »²⁷³⁶. La loi du 7 août 1974²⁷³⁷ innove de manière radicale en consacrant la gestion privée du service public audiovisuel (2), rendue indispensable par l'éclatement de l'office (1). Le choix des structures est toutefois révélatrice de la philosophie des gouvernants en ce domaine.

1) L'éclatement de l'office

1018. En 1974, l'office est composé de 16000 agents, d'un budget de 2400 millions de francs, elle diffuse 26000 heures de radio et 6700 heures. Elle est la plus grande entreprise d'information et de spectacle française, mais c'est une entreprise en crise, politique, financière et structurelle²⁷³⁸. Pour renforcer l'efficacité du service public audiovisuel, la réforme adopte une position radicale, puisque l'article 2 de la loi de 1974 dispose que « L'office de la radiodiffusion française est supprimé ». Tous les rapports et les précédents projets de loi²⁷³⁹ préconisaient une décentralisation à l'intérieur de l'ORTF, mais c'est l'option de la décentralisation sans centre qui est retenue²⁷⁴⁰ et qui représente pour les auteurs, la clé de la réussite de la réforme²⁷⁴¹. Tous les amendements qui auraient pu avoir pour conséquence la reconstitution d'un échelon central sont

²⁷³⁶ J. Chirac, JO. Déb. A. N, 24 juillet 1974, p. 3648-3649

²⁷³⁷ Loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la radiodiffusion et à la télévision, JORF, 8 août 1974, p. 8355 ; V. C. COURVOISIER, « La radiodiffusion française après l'office », AJDA, 1975 p. 277 ; J. CHEVALLIER, *La radio-télévision française entre deux réformes*, LGDJ, 1975.

²⁷³⁸ V. S. BACHMAN, « La suppression de l'ORTF en 1974 : la réforme de la délivrance », Op cit, p. 63

²⁷³⁹ V. Rapport Paye, Op cit, qui préconisait en juin 1970 une réorganisation complète de l'Office sous une forme de société holding qui contrôlerait des filiales correspondant à diverses unités fonctionnelles (diffusion, programmation, production). M. Long, nommé PDG en 1973 suite au remerciement d'A. Comte avait préparé un plan de décentralisation qui organisait l'office en six établissements publics qui correspondent aux grandes unités fonctionnelles, mais conservait un Etablissement public central regroupant les missions communes à tous les établissements décentralisés (Le Monde, 14-15 juillet 1974) ; le PDG de l'ORTF déclarait encore en 1974 qu'un organisme central était la pierre angulaire de l'office.

²⁷⁴⁰ V. C. COURVOISIER, « La radiodiffusion française après l'office », Op cit, p. 278

²⁷⁴¹ Réunion de presse du 25 juillet 1974, V. Le monde du même jour ; V. aussi JORF, Des AN, 28 juillet 1974, p. 978.

violemment repoussés²⁷⁴². Le choix de l'éclatement de l'office est guidé par les principes de libéralisme politique et économique chers au président Giscard D'Estaing²⁷⁴³. Sept nouveaux organes naissent de cet éclatement : un établissement public de diffusion, quatre sociétés nationales de programmes et une société de production.

1019. La suppression de l'ORTF est d'abord symbolique puisque ce sigle est fortement lié au régime gaulliste puis à celui de Pompidou et au contrôle étatique de l'information. L'éclatement de l'office et son remplacement par plusieurs unités autonomes à échelle humaine doivent permettre de favoriser l'exercice des responsabilités au sein de chaque unité et elle permet de soustraire ces sociétés au contrôle d'un même PDG omnipotent, nommant lui-même à tous les emplois. Le législateur a également entendu distinguer les fonctions de diffusion, de production et de programmation. S'il existe un certain consensus sur la spécificité du secteur de la diffusion, qui constitue un secteur distinct²⁷⁴⁴, la question principale qu'a dû trancher le législateur est celle de la distinction entre production et programmation. Il a décidé de conférer à la société de production, le contrôle des moyens de production lourde en laissant aux sociétés nationales de programmes les moyens de production légère. Les articles 7 et 8 de la loi prévoient en effet que les sociétés nationales de programmes et de radiodiffusion sont chargées de la conception et de la programmation production des émissions, mais peuvent aussi produire certaines de ces émissions. L'éclatement en sept sociétés permet de moduler l'autonomie et les systèmes de gestion selon les exigences propres à chacune des fonctions que doivent mettre en oeuvre les sociétés²⁷⁴⁵. Sont introduites pour la première les formes de gestion privées pour les activités de programmation et de production (2).

²⁷⁴² JORF, Débats AN, 25 juillet 1974, p. 3739-3740 ; Amendement socialiste, Ibid, p. 3743, p. 3782 et 3783. De nombreuses critiques ont été faites contre cette décentralisation poussée à l'extrême : « un entesble sans coeur ni squelette », « une sorte de brontosauve de l'époque pléistocène », Rapport Miroudot, JO, Doc. Senat, n° 288, p. 18-19. Les contradictions internes à une trop grande décentralisation avait également été mise en avant par la Commission Paye qui écrivait que « *si les sociétés n'étaient pas unies entre elles par un organisme de coordination, c'est l'Etat qui devrait plus d'une fois rendre les arbitrages nécessaires (...).* », *La rupture de tout lien entre les divers éléments de la radio- télévision aboutirait inévitablement à une intervention croissante de l'Etat dans son fonctionnement de tous les jours* », Rapport Paye, Op cit, p. 206-207

²⁷⁴³ C. COURVOISIER, Op cit, p. 280

²⁷⁴⁴ Rapport Paye, Op cit, p. 91

²⁷⁴⁵ C. COURVOISIER, Op cit, p. 282

2) Des formes nouvelles de gestion privée

1020. La loi de 1974 est la première à développer les formes de gestion privée de la radiodiffusion-public, alors que celles-ci existaient depuis la naissance de la radio en Italie et en Grande-Bretagne. Elle retient trois types de structures qui correspondent aux trois fonctions de diffusion, production, programmation²⁷⁴⁶. L'établissement de diffusion est un Établissement public à caractère industriel et commercial, et donc une personne morale de droit public, les quatre sociétés de programmation sont des sociétés anonymes à fonds entièrement publics, tandis que la société de production est une société anonyme à majorité de fonds publics. Le choix de l'établissement public pour la société de diffusion se comprend par la particularité des tâches dont il est en charge, la diffusion des programmes et l'organisation des réseaux et installations (article 5 de la loi). L'établissement public de diffusion dispose d'une autonomie financière plus limitée que les sociétés anonymes mises en place par la loi : son budget est soumis à approbation préalable, les personnels de l'Établissement public sont soumis à un statut spécifique par un décret en Conseil d'État.

1021. Les autres personnes morales, la société de production les trois sociétés de télévision et la société de radiodiffusion sont des personnes morales de droit privé. L'application du droit commun des sociétés anonymes doit permettre plus de souplesse, plus d'autonomie et moins de contrôles de l'État²⁷⁴⁷, qui sont toutefois préservés grâce à des dérogations au droit commun des sociétés anonymes, plus ou moins marqué entre la fonction de production (a) et la fonction de programmation (b).

a) La société de production exclue du service public

1022. La société de production est instituée par l'article 13 de la loi : elle est une personne juridique de droit privé et elle est formellement exclue du service public, car l'article 2 de la loi confie en effet aux seules sociétés nationales de programmes et à l'établissement public de

²⁷⁴⁶ Cette différenciation obéit cependant à une logique et on ne peut lui reprocher d'ajouter au désordre qui entache le droit du secteur public. V. Groupe de travail interministériel des entreprises publiques, Rapport sur les entreprises publiques, La documentation française, avril 1967, p. 18

²⁷⁴⁷ C. COURVOISIER, Op cit, p. 282 ; V. aussi Rapport Paye, Op cit, p. 210

diffusion des missions de service public. C'est celle qui voit l'application du droit commun le plus poussé. Une part des programmes est en effet produite sans passer par cette société de production et il était donc nécessaire d'adopter un cadre juridique propice à l'application des règles de concurrence. L'article 13 prévoit en effet que « *la société de production commercialise ses productions notamment auprès des sociétés nationales de programmes* », d'où il résulte qu'elle peut commercialiser ses productions ailleurs, mais aussi que les sociétés nationales, qui peuvent elles-mêmes produire certains programmes, peuvent aussi traiter avec d'autres sociétés de production²⁷⁴⁸.

1023. Le gouvernement voulait encourager l'association des capitaux publics et privés : le débat parlementaire et les amendements de l'opposition conduiront à limiter l'entrée des capitaux privés. Ceux-ci doivent rester minoritaires, et l'entreprise doit donc rester matériellement publique. C'est de cette participation publique que découlent les dérogations au droit commun des sociétés anonymes : la puissance publique doit donner son accord aux statuts de la société, la nomination du président et toute augmentation ou diminution du capital. Toutefois, le nouveau statut privé de la société de fabrication est « de nature à faciliter la privatisation de l'élément « production »²⁷⁴⁹. La compétition « *s'avérait d'emblée inégale tant la nouvelle société accumulait d'handicaps par rapport aux sociétés privées de production* »²⁷⁵⁰. Les sociétés de programmation sont elles, des entreprises publiques dont le capital est entièrement détenu par l'État.

b) Les sociétés de programmation, des entreprises publiques au capital entièrement détenu par l'État

La transformation de l'EPIC en sociétés anonymes entraîne la recomposition de la structure des conseils d'administration (α), mais l'innovation essentielle est en réalité liée au libéralisme économique : c'est l'introduction de la concurrence entre les chaînes (β).

²⁷⁴⁸ Ibid.

²⁷⁴⁹ D. ROUSSEAU, « Le statut de la radio-télévision : Maintien du monopole ou régime de liberté », AJDA, 1981, p. 59

²⁷⁵⁰ Ibid.

α) La recomposition de la structure des Conseils d'administration

1024. Les sociétés nationales de programmes sont des sociétés anonymes dont l'État est l'unique actionnaire. Les dérogations au droit commun des sociétés anonymes sont plus marquées que pour la société de production, ce qui s'explique par la mission de service public dont elles sont chargées²⁷⁵¹. Les pouvoirs dont dispose l'assemblée générale en droit commun des sociétés sont conférés au conseil d'administration, dont la composition s'inspire de la nécessité de représentation de l'État et d'ouverture aux membres de la société civile, déjà présente dans la loi de 1964. Les dimensions du conseil d'administration sont allégées : chacun des quatre conseils des sociétés nationales comprend six membres. De même, la place des représentants de l'État est réduite par rapport au statut précédent, ce qui permet d'accroître la représentativité d'autres catégories devant être associées à la gestion. Chaque conseil d'administration comprend donc deux représentants de l'État, un parlementaire, une personnalité de la presse écrite, un représentant du personnel et une personnalité du monde culturel²⁷⁵². Le gouvernement met en avant la nouveauté qui résulte du fait que les membres nommés par l'État sont minoritaires²⁷⁵³. Toutefois, en raison du fait majoritaire, le parlementaire désigné par l'Assemblée nationale sera du même bord que les représentants de l'État, ce qui assure à l'exécutif la moitié des membres du Conseil. La nomination des présidents de chaque société est toujours une compétence du pouvoir exécutif, tout comme celle de la majorité des membres de chacun des membres du Conseil d'administration des sociétés²⁷⁵⁴. Dès l'automne 1974, on assiste d'ailleurs à des pressions de la part du pouvoir exécutif sur les dirigeants des chaînes récemment nommées pour la composition de leurs équipes, notamment chargées de l'information²⁷⁵⁵. Si le mot « tutelle » disparaît, « la chose semble subsister », puisqu'on retrouve les éléments qui étaient dans la loi de 1964

²⁷⁵¹ V. article 12 de la loi : « *Ces sociétés sont soumises à la législation sur les sociétés anonymes, sous réserve des dispositions de cette législation incompatibles avec la structure particulière des sociétés et les exigences de leur mission de service public* ».

²⁷⁵² Article 11 de la loi.

²⁷⁵³ V. JORF, Débats AN, 24 juillet 1974, p. 3650

²⁷⁵⁴ Le principe dominant est cependant celui d'une nomination par décret sur proposition préalable.

²⁷⁵⁵ V. S. BACHMAN, Op cit, p. 71 et 72 : l'équipe chargée de l'information sur la deuxième chaîne (Jean Lefèvre, Jean-Claude Héberlé et Jean- Pierre Elkabbach) est évincée, sous la pression du pouvoir, pour avoir eu une ligne éditoriale jugée pro-chabaniste durant la campagne présidentielle. Les deux-cents cinquante licenciements nés de la réforme touchent certains journalistes pour des motifs politiques ou syndicaux.

constitutifs de la tutelle et les pouvoirs de l'État²⁷⁵⁶.

β) L'innovation essentielle : l'introduction de la concurrence entre les chaînes

1025. En réalité l'innovation essentielle réside dans la compétition qui résultera de la création de quatre sociétés de production distinctes et autonomes les unes des autres : le service public sera soumis à une logique marchande, dès lors que les chaînes, mises en concurrence, doivent se battre pour obtenir les ressources publicitaires, qui constituent désormais l'essentiel de leurs ressources²⁷⁵⁷. Pour beaucoup d'auteurs, ce mouvement de privatisation de la gestion du service public conduit de manière inéluctable à la privatisation du secteur²⁷⁵⁸. La principale brèche ouverte dans le régime du monopole, celle qui contient en germes la logique d'une privatisation facile, est certainement la création d'une structure autonome de production, séparée organiquement de la structure de programmation²⁷⁵⁹. Si l'un des objectifs officiels de la réforme est de remédier au trop grand contrôle de l'État sur la télévision et la radio publique, cette réforme a en réalité surtout pour objet de moderniser les modes de gestion pour renforcer l'efficacité des entreprises. Comme l'écrit très justement S. Bauchmann, « *le libéralisme ne semblait pas revêtir la même signification dans les différents lieux du pouvoir* ». Si la réforme de gestion est empreinte de libéralisme économique mettant en avant la concurrence et la régulation par le marché, celle-ci n'est pas accompagnée d'un libéralisme politique²⁷⁶⁰. La loi du 7 août

²⁷⁵⁶ Le mot aurait été supprimé car le gouvernement considérait que la tutelle ne pouvait pas s'exercer envers des sociétés de droit privé. C. Courvoisier note que la tutelle porte normalement sur les seules personnes publiques (V. J. RIVERO, *Droit administratif*, 6ème ed, 1973, p.602) mais que les pouvoirs de l'Etat à l'égard des personnes privées impliquées dans l'action administrative est parfois encore désignée par ce mot (V. J-P. NEGRIN, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, 1971, p. 175).

²⁷⁵⁷ J. CHEVALLIER, « L'évolution du système audiovisuel français : ruptures et continuités », *Quaderni*, n°10, 1990. p. 9, spéc p. 13

²⁷⁵⁸ V. A. HOLLEAUX, « Le droit de l'audiovisuel entre la politique et la technique », *RFAP*, n° 44, oct-déc, 1987, p. 19 : « *un service public qui ouvre ses portes au droit privé met déjà ses pas sur le chemin d'une privatisation* » ; V. aussi C. DURIEUX, « Le Canal 39 et la troisième chaîne », *Le Monde*, 13 et 14 juin 1974.

²⁷⁵⁹ La possibilité de faire appel pour la fabrication des programmes à des entreprises privées extérieures à la maison n'est pas une innovation de la loi de 1974, elle existe depuis 1964 et fut développée par la réforme de 1972. Elle est admise par la jurisprudence dans un jugement du 8 mars 1965 (Tribunal Commercial Seine, 8 mars 1965, Fédération nationale des cinémas français c/ RTF, *JCP*, 1965, II, 14207, note Lyon-Caen : « *il apparaît que l'ORTF n'est nullement limitée quant à la diffusion des films dit commerciaux, même s'il est obligé de les louer ou de les acheter à des producteurs extérieurs ; qu'ainsi l'ORTF n'a pas violé son statut légal* ».)

²⁷⁶⁰ S. BACHMAN, *Op cit*, p. 71 et 72

1974 marque donc un tournant dans l'histoire de la télévision²⁷⁶¹, mais ce tournant irréversible est économique plus que politique, ce qui démontre encore plus l'inappétence des gouvernements successifs envers une réforme permettant de soustraire la télévision à son contrôle. En Italie, face à cette inertie du législateur pour mettre en oeuvre les réformes nécessaires à l'indépendance, c'est la Cour constitutionnelle qui impulsera le changement (B).

B) En Italie, le choix de la parlementarisation pour couper le cordon ombilical avec le pouvoir exécutif

1026. Comme nous l'avons déjà évoqué, c'est finalement la Cour constitutionnelle qui impulsera le changement, en l'absence d'intervention du législateur²⁷⁶². Dans la décision n° 225 de 1974 précitée, la Cour dégage les conditions nécessaires pour mettre en oeuvre le pluralisme interne. Dans un premier point, elle s'attaque aux structures de décision de la société concessionnaire qui « *ne doivent pas représenter, directement ou indirectement l'expression exclusive ou prépondérante du pouvoir exécutif* »²⁷⁶³. Dans son dernier point, elle prévoit que la loi devra assurer l'ouverture de la télévision aux groupes politiques, religieux et sociaux à travers lesquels s'expriment les diverses idéologies présentes dans la société. Face à cette décision de la Cour, le législateur choisit la voix de la parlementarisation (1), mais celle-ci est, pour beaucoup d'auteurs, insuffisante, voire contraire aux directives de la Cour (2).

1) Le rôle central donné à la Commission parlementaire pour l'orientation et la surveillance des services radio-télévisuels

1027. Le législateur est amené à intervenir et à modifier en profondeur les équilibres découlant des statuts de la société concessionnaire, par la loi 105 de 1975²⁷⁶⁴ qui comprend deux innovations majeures. La commission parlementaire de vigilance instaurée par l'article 11 de la

²⁷⁶¹ S. BACHMAN, Op cit, p. 72

²⁷⁶² V. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

²⁷⁶³ « *far si che gli organi direttivi dell'ente gestore (si tratti di ente pubblico o di concessionario privato purché appartenente alla mano pubblica) non siano costituiti in modo da rappresentare direttamente o indirettamente espressione, esclusiva o preponderante, del potere esecutivo e che la loro struttura sia tale da garantirne l'obiettività* »

²⁷⁶⁴ GU, Serie Generale n° 102 del 17-04-1975

loi de 1947 est remplacée par la « Commission parlementaire pour l'orientation et la surveillance des services radio-télévisuels »²⁷⁶⁵ (ci-après dite « Commission parlementaire »). Cette commission est désormais composée de quarante membres désignés de manière paritaire par les présidents des deux chambres du parlement, parmi les représentants de tous les groupes parlementaires (article 1). Cette Commission va désormais endosser les compétences qui étaient précédemment assurées par le gouvernement, qui s'appuyait seulement sur l'avis de la commission culturelle et de l'ancienne commission parlementaire de vigilance. En vertu de l'article 4, c'est désormais la commission parlementaire qui formule les orientations générales pour la mise en oeuvre des principes fondamentaux du système audiovisuel : l'indépendance, l'objectivité et l'ouverture aux diverses tendances politiques, sociales et culturelles prévues par l'article 1. Elle contrôle également le respect de ces orientations et adopte des délibérations nécessaires pour les faire appliquer. Elle adopte les normes garantissant l'accès au média radio-télévisuel en tenant compte des exigences de l'organisation et de l'équilibre des programmes. Elle administre directement les rubriques de tribunes politiques, électorales, syndicales et presse. Elle indique les critères généraux pour la formation des plans annuels et pluriannuels d'investissements. Elle approuve les schémas directeurs de la programmation annuelle et pluriannuelle. Le conseil d'administration de la société doit désormais lui rendre des comptes.

1028. La composition du conseil d'administration est elle aussi modifiée. Il est désormais composé de seize membres, dont six élus par l'assemblée générale de la société, dix élus par la commission parlementaire à la majorité des trois cinquièmes, dont quatre sont choisis sur la base de désignation effectuée par les conseils régionaux. Le conseil approuve chaque trimestre, en application du plan annuel approuvé par la commission parlementaire, le schéma des programmes qui seront programmés au trimestre suivant (article 8). Cette loi a donc pour effet de transférer le contrôle de la télévision par le gouvernement au contrôle par les parlementaires. C'est désormais la commission parlementaire qui a à la fois la compétence de fixer certaines normes fondamentales, ainsi que de contrôler le budget, et le respect par le conseil d'administration ainsi que par les chaînes des orientations formulées par elle. Surtout, la majorité

²⁷⁶⁵ Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi.

des membres du conseil d'administration est élue par elle, à la majorité des 3/5ème (l'autre moitié étant nommée par l'assemblée des actionnaires, donc par le ministre des finances propriétaire de l'IRI), ce qui oblige les membres des divers groupes parlementaires à un certain consensus. Ce choix est, pour beaucoup d'auteurs, contestable, car il maintient le lien existant entre le monde politique et la télévision publique (2).

2) Le lien maintenu entre monde politique et audiovisuel public

1029. Ce choix s'inscrit indéniablement dans la continuité et non en rupture avec la « partitocratie » qui caractérisait à cette époque le système politique italien²⁷⁶⁶, mais également l'audiovisuel public. Elle instaure le principe de la « distribution scientifique des leviers de commande dans la RAI »²⁷⁶⁷, et semble en réalité « institutionnaliser » le contrôle par les grands partis qui existait déjà, dans une moindre mesure, avant l'adoption de la loi. Celle-ci impose désormais une proportionnalité plus rigoureuse, puisque celle-ci doit désormais tenir compte de tous les partis du Parlement, et non plus seulement de la majorité²⁷⁶⁸. Ainsi R. Zaccaria écrit-il, en 1977 que l'option du contrôle parlementaire retenue par la loi « *dérivait de l'impossibilité [en Italie] d'adopter une solution neutre, théoriquement possible (comme le démontrent quelques expériences étrangères), mais dans notre pays déconseillée du fait des fortes tensions du corps social* »²⁷⁶⁹. La naissance de la troisième chaîne cette même année permettra aux trois partis majoritaires de se répartir le contrôle des trois chaînes, ce qui mènera à la « lottizzazione ». La RAI 1 est désormais contrôlée par le Parti démocrate-chrétien, la RAI 2 par le Parti socialiste et la RAI 3 par le Parti communiste. Comme l'écrit G. E. Vivegani²⁷⁷⁰, cette interprétation législative de la décision de la Cour constitutionnelle est très contestable.

²⁷⁶⁶ Cette « partitocratie » ou « démocratie des partis » découle notamment du mode de scrutin à la proportionnelle qui pousse les partis à effectuer des alliances après, et non avant les élections pour former une majorité.

²⁷⁶⁷ G. GUAZZALOCA, Op cit, p. 45

²⁷⁶⁸ G. GUAZZALOCA, Op cit, p. 45

²⁷⁶⁹ R. ZACCARIA, *Radiotelevisione et costituzione*, Giuffrè, 1977, p. 4-5

²⁷⁷⁰ G. E. VIVEGANI, *L'indipendenza del servizio pubblico radiotelevisivo negli ordinamenti europei*, Giappichelli, 2013, Capitolo 1.

1030. Celle-ci avait en effet exigé du législateur qu'il intervienne pour mettre fin au contrôle exclusif de la RAI par le pouvoir exécutif, mais n'avait en aucun cas imposé le passage du contrôle gouvernemental au contrôle parlementaire exclusif. Au contraire, dans son point f) déjà cité²⁷⁷¹, elle exigeait que la structure de gouvernance de la RAI permette de garantir l'objectivité et l'accès du plus grand nombre des formations de la société civile, c'est-à-dire « à des groupes non seulement politiques, mais aussi religieux et culturels ». La Cour insistait également sur le caractère impartial des émissions politiques et de l'information. Elle tissait donc un lien clair entre autonomie de la RAI vis-à-vis du politique, impartialité de l'information, et pluralisme interne²⁷⁷². En choisissant de résumer la mise en oeuvre du pluralisme interne au contrôle par les formations parlementaires majoritaires, et en attribuant à un organe par nature partial, le pouvoir de contrôle d'un service qui poursuit des finalités d'impartialité²⁷⁷³, le législateur met en oeuvre de façon très incomplète la décision pourtant assez claire de la Cour constitutionnelle²⁷⁷⁴. Il méconnaît une composante essentielle du pluralisme interne tel qu'exprimé par la Cour, le droit d'accès de tous les groupes sociaux, et surtout l'obligation d'impartialité et de véracité de l'information. Cette mise en oeuvre par le législateur de la décision de la Cour constitutionnelle est en réalité très loin du principe de pluralisme tel que développé dans les sociétés démocratiques qui doit permettre de limiter le plus possible les interactions entre pouvoir politique, économique et journalistique pour la formation de l'opinion publique²⁷⁷⁵. En faisant du pluralisme interne une simple représentation de tous les partis au Parlement, cette loi n'a donc absolument pas permis de développer en Italie une culture de l'impartialité et de la neutralité de l'information, car l'autonomie et la véracité de l'information ne sont pas protégées par des règles

²⁷⁷¹ V. Partie 1, Chap 2.

²⁷⁷² G. E. VIVEGANI, Op cit, p. 33

²⁷⁷³ S. FOIS, RAI-TV: « Rai-Tv: "Governo" del monopolio pubblico o "Governo" di un servizio pubblico? », *Il servizio pubblico radiotelevisivo*, Jovene, 1983, p. 15

²⁷⁷⁴ G. E. VIVEGANI, Op cit, p. 34 : « *Una scelta interpretativa, quest'ultima, che mi pare ben lontana dal nucleo essenziale dell'idea di « pluralisme informativo » che si collega alla ragione d'essere del costituzionalismo democratico : porre regole per limitare il più possibile le interferenze del potere, politico, economico, sulla formazione del libero convincimento dei cittadini. E tale idea di pluralismo esige lontananza, non certo prossimità al potere ».*

²⁷⁷⁵ G. E. VIVEGANI, Op cit, p. 32

de fond²⁷⁷⁶. Le pluralisme interne tel que mis en oeuvre par la loi et dans la pratique se résume donc à une « pluralité de partialité », une somme d'espaces mis à disposition des diverses formations politiques en fonction de leur poids politique et parlementaire²⁷⁷⁷.

Conclusion §2 :

1031. En France, malgré les velléités d'indépendance suivant mai 1968, la réforme de 1974 et la suppression de l'ORTF amène sont d'abord le fruit de choix concernant l'économie et le management du secteur public. En Italie, suite à l'impulsion de la Cour constitutionnelle, c'est à une véritable réforme de gouvernance que l'on assiste. Cette réforme de gouvernance amène sans conteste des améliorations puisqu'elle permet de détacher la RAI du seul contrôle du pouvoir exécutif, mais elle n'entraîne pas une dépolitisation du secteur comme le préconisait la Cour constitutionnelle, puisque le contrôle du Parlement remplace celui de l'exécutif.

Conclusion Sous-section 2 :

1032. Les années 70 n'ont pas été, malgré les tentatives de réformes en France et en Italie, celles de la dépolitisation. Bien au contraire, elles ont révélé une certaine impossibilité de détacher la politique politicienne de la gouvernance de l'audiovisuel public. Les gouvernants ont compris l'importance de la propagande audiovisuelle sur la formation de l'opinion publique, du fait des grandes capacités de diffusion de ce médium. L'exemple anglais est à cet égard révélateur. Alors que la BBC était présentée comme le « parangon de l'indépendance » jusqu'aux années 70, elle succombera, à partir de cette époque, à de nombreuses pressions qui remettront en cause cette image idéalisée. Ceci n'est d'ailleurs pas étranger à la multiplication des conflits extérieurs, mais aussi internes au Royaume-Uni, pour lesquels les gouvernants ont besoin du soutien de la BBC²⁷⁷⁸.

Conclusion Section 1 :

1033. On assiste donc, dans les années 70, à une convergence paradoxale entre les modèles. Le

²⁷⁷⁶ V. ONIDA, « Relazione introduttiva » in V. ROPPO, *La televisione fra autonomia e controlli*, CEDAM, 1995, p 80

²⁷⁷⁷ G. E. VIVEGANI, Op cit, p. 32

²⁷⁷⁸ R. DICKASON, « La BBC, imperméable à la propagande : de la guerre des Malouines aux guerres du Moyen-Orient », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, 2003/4, n° 80, p. 71

modèle anglais, loué pour l'indépendance dont faisait preuve la BBC, sort fragilisé de l'ère Thatcher, tandis qu'en France et en Italie, de nouveaux instruments ont été créés pour soustraire la télévision publique à l'influence exclusive du pouvoir exécutif. Pourtant, si les pressions venues de la gauche et de la population avaient pour but de réduire l'influence des gouvernants pour accroître celle de la société civile, les réformes ont en réalité pavé la voie à la déréglementation du secteur. Dans ce contexte, à partir des années 80 jusqu'à aujourd'hui la gouvernance des entreprises publiques de l'audiovisuel est caractérisée par deux tendances qui peuvent sembler contradictoires, mais qui se révèlent en réalité complémentaire : la privatisation de la gestion de ces entreprises, et la mainmise, plus diffuse, mais toujours présente, des dirigeants politiques (Section 2).

Section 2 : Le contrôle gouvernemental, une problématique toujours d'actualité

1034. Face à l'échec relatif des tentatives de dépolitisation, les gouvernants s'attellent, à partir des années 80, à assurer le pluralisme à travers l'ouverture du secteur au privé. Du fait de l'absence de mécanismes juridiques propres à assurer l'indépendance du secteur public, le privé est présenté comme susceptible d'apporter la « neutralité politique » tant désirée. Celle-ci a conduit à faire émerger un nouvel acteur, les sociétés commerciales, dont les ambitions sont non moins dangereuses que celles des politiques. L'introduction de nouvelles formes de gestion privée, calquées sur les entreprises privées, à l'intérieur même des chaînes publiques a placé l'audiovisuel public dans une situation encore plus délicate : les entreprises sont coincées entre des pressions politiques, plus diffuses, car moins acceptées qu'auparavant, et celles venant des entrepreneurs. Elles sont même parfois victimes du lien entre politiques et industriels.

Dans un premier temps, à partir des années 1980 (et des années 90 au Royaume-Uni) on assiste à une tentative de dépolitisation très forte, qui se solde pourtant par un relatif échec. Chassés par la porte, les Hommes politiques reviennent par la fenêtre²⁷⁷⁹ (Sous-section 1). Face aux critiques incessantes touchant le service public audiovisuel, les politiques vont à partir des

²⁷⁷⁹ Pour reprendre l'expression de J. CHEVALLIER à propos du service public déjà citée.

années 2000, avoir recours au lexique de l'efficacité économique pour justifier des réformes, qui si elles calquent plus ou moins la gouvernance des entreprises publiques sur celles des entreprises privées n'en maintiennent pas moins une certaine domination du pouvoir exécutif (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Les avancées relatives de l'indépendance dans les années 80

1035. À partir des années 80, et au moment où est envisagée la libéralisation du secteur en France et en Italie, l'opinion publique et les partis d'opposition n'acceptent plus la domination de l'exécutif sur le système audiovisuel public. Ces deux pays, qui n'avaient pas connu d'alternance depuis les années 50, connaissent un changement politique majeur avec en France, l'arrivée au pouvoir des socialistes, et en Italie, la chute de la démocratie-chrétienne. Ceci mènera à de nombreuses réformes, qui ne permettront toutefois pas de faire advenir l'indépendance de l'audiovisuel public vis-à-vis du monde politique dans son ensemble. Les réformes adoptées opèrent toutefois une véritable rupture vis-à-vis du système antérieur, à travers des choix toutefois opposés (§1). Les tentatives encore plus poussées pour « dépolitiser » les institutions se soldent par des échecs qui illustrent l'incapacité des Hommes politiques à accepter de concrétiser l'indépendance du service public audiovisuel (§2).

§1 Des choix opposés en France et en Italie pour libérer la télévision publique de l'emprise du pouvoir exécutif

En France, la voie choisie pour assurer l'indépendance de l'audiovisuel public vis-à-vis du pouvoir exécutif est celle de l'autorité indépendante (A), tandis qu'en Italie, c'est celle du renforcement de la parlementarisation (B).

A) En France, la voie de l'autorité indépendante

1036. La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle²⁷⁸⁰, qui, la première, proclame la liberté de communication et abolit le monopole d'État de la programmation par l'ouverture à l'initiative privée, n'aura que très peu de conséquences sur les modalités de gestion des entreprises publiques. La société nationale de diffusion reste un EPIC, les quatre SNP restent soumises au statut des sociétés anonymes, tout comme la société de production. Dans l'esprit des auteurs de la loi, la liberté et surtout le pluralisme ne peuvent être garantis que par un service public fort et délié du souci de rentabilité commerciale. La véritable innovation de la réforme réside dans la création d'une Haute autorité qui nomme les présidents des chaînes et qui représente, elle, une révolution²⁷⁸¹(1). La composition du Conseil d'administration des entreprises est également bouleversée (2).

1) La révolution de l'autorité administrative indépendante

1037. Cette Haute autorité de la communication audiovisuelle est notamment chargée de garantir l'indépendance du service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision²⁷⁸². À la fin des années 70, le mouvement des « radios libres » a mis en avant les revendications du public à avoir accès à des services audiovisuels qui ne seraient pas soumis à la pression gouvernementale. Cette revendication n'avait jusque là touché que les professionnels du secteur²⁷⁸³, mais l'idée d'une instance indépendante chargée de garantir l'impartialité et la qualité des programmes était aussi présente dans les divers rapports commandés par le gouvernement

²⁷⁸⁰ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la Communication audiovisuelle, JORF du 30 juillet 1982 p. 2431

²⁷⁸¹ Sur cette période, voir A. CHAUVEAU, *L'Audiovisuel en liberté ? Histoire de la Haute Autorité de la Communication audiovisuelle*, Presses de Science Po, 1997 ; J. CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, p. 54 ; D. TRUCHET, « Une loi de la dernière chance? La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle », JCP, 1983, I, n°3120, §17 ; J. MORANGE, « Les pouvoirs de la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle », Op cit, p. 1509

²⁷⁸² Article 12 de la loi.

²⁷⁸³ En 1968, les grévistes de l'ORTF réclament un « comité des Sages » V. J-P. FILIU, « L'intersyndicale durant le conflit », Mai 1968 à l'ORTF, INA, La documentation française. Cette idée ne trouve aucun débouché. La charge de garantir le pluralisme est dévolue au conseil d'administration, dont la majorité des Membres représentent l'Etat, donc le gouvernement. V. Rapport n°118, Sénat, 17 juin 1968, p.3. : « Quatre ans après, force est de constater que le Conseil d'administration n'a pas accompli le rôle que lui attribuait le législateur et qu'il s'est révélé être un comité de sages inefficace ».

dans les années 70²⁷⁸⁴. L'idée germe donc au sein des partis politiques qui préparent l'élection de 1981. Au parti socialiste, on prévoit dès 1978, la création d'un Conseil national de la radiotélévision qui devrait assurer les fonctions qui relevaient auparavant de la tutelle administrative²⁷⁸⁵ et la proposition n° 94 du candidat Mitterrand était de créer « *un Conseil national de l'audiovisuel dans lequel les représentants de l'État seront minoritaires* »²⁷⁸⁶. Son élection en mai 1981 sera donc suivie d'une grande réforme de l'audiovisuel qui est l'un des objectifs prioritaires du gouvernement²⁷⁸⁷.

1038. La commission Moinot, instituée par le Premier ministre, propose la création d'une Haute autorité, « clef de voûte de l'ensemble de l'audiovisuel », aux pouvoirs très étendus, et dont le mode de désignation doit être « libéral ». Une fois arrivés au pouvoir, les socialistes se montrent toutefois réticents à abandonner trop de pouvoirs à cette autorité²⁷⁸⁸. C'est le mode de désignation de ses membres qui cristallise donc les doutes et les questions. Le gouvernement s'attache à trouver une composition qui d'un côté permettrait à l'Autorité d'apparaître aux yeux de l'opinion comme non subordonnée au gouvernement, tout en mettant en avant la nécessité « *d'éviter les blocages qui ne manqueraient pas de surgir si la sensibilité politique de la majorité de ses membres se trouvait en contradiction avec les sensibilités majoritaires dans le pays* »²⁷⁸⁹.

²⁷⁸⁴ V. L. PAYE, Rapport de la Commission d'étude du statut de l'ORTF, Op cit, qui formule l'idée d'une autorité garante de « *la qualité des programmes, de l'esprit libéral, de l'impartialité, de l'indépendance, de l'autonomie, capable d'autorité à l'égard du pouvoir comme de l'opinion, comme dans l'ordinaire des jours, accordée au pays et à son temps, à la fois recours et rempart* ». L'année suivante, le Rapport Le Tac (Rapport fait au nom de la Commission de gestion de l'Office de radiodiffusion télévision française, Assemblée nationale, Op cit) formule l'idée d'une Haute Autorité qui « *coifferait l'ensemble des structures de l'audiovisuel, non seulement la société nationale de transmission-diffusion et l'ORTF, entreprise publique de spectacles, d'information et de production des émissions, dont il assurerait la tutelle et garantirait l'accomplissement de la mission de service public, mais aussi l'ensemble des nouveaux secteurs de l'audiovisuel, notamment, la télédistribution dont le progrès technique rend le développement prévisible, qui demanderont la définition d'un nouveau cadre juridique* ».

²⁷⁸⁵ Rapport du Parti socialiste sur la radio-diffusion, in *Le point et la rose*, supplément au n° 77, décembre 1978, p 4-19, cité par A. CHAUVEAU, « La voie institutionnelle de l'indépendance. Les instances de régulation en France », *Le temps des médias*, 2009/2, p. 105, spéc p. 107

²⁷⁸⁶ A noter que les partis de gauche ont évidemment subi durant toute la Vème République la tutelle du gouvernement de droite sur la télévision.

²⁷⁸⁷ Conférence de presse de Georges Fillioud, 27 mai 1981 qui annonce la création d'un conseil national de la radiotélévision.

²⁷⁸⁸ A. CHAUVEAU, Op cit, p. 109

²⁷⁸⁹ Note du ministre de la Communication à l'attention du Président de la République, 30 octobre 1981. Archives Fillioud, 920053/1, citée par A. CHAUVEAU, Op cit, p. 109

1039. Le mode de désignation choisi est donc calqué sur celui du Conseil constitutionnel : trois membres dont le président de la Haute autorité sont nommés par le Président de la République, trois par le Président du Sénat et trois par le Président de l'Assemblée nationale²⁷⁹⁰. Cette composition est dénoncée unanimement, car elle insuffle une « politisation » de l'institution. Suite à la dissolution de l'Assemblée nationale par le Président Mitterrand nouvellement élu, celle-ci est socialiste, au même titre que le Président. Six membres sont donc nommés par le pouvoir²⁷⁹¹. Le choix des membres est caractérisé par une volonté de professionnalisation, bien que le Président de la République, en accord avec le Président de l'Assemblée nationale, se soit assuré de nommer des gens « proches, sûrs politiquement »²⁷⁹². La création de la Haute autorité entraîne une indépendantisation certaine du système audiovisuel public (2).

2) Une indépendantisation certaine du système audiovisuel public

Cette indépendantisation passe par la nomination de personnes extérieures au monde politique comme président-directeur général (b), mais également par la recomposition de la structure des Conseils d'administration (a).

a) La recomposition de la structure des conseils d'administration

1040. Cette nouvelle institution a une compétence décisive : celle de nommer les présidents des Sociétés nationales de programmes ainsi que trois autres des douze membres de leur Conseil d'administration²⁷⁹³. La composition du Conseil d'administration des sociétés nationales de

²⁷⁹⁰ Article 23 de la loi.

²⁷⁹¹ La création de la haute autorité suit de surcroît la défaite du Parti socialiste aux élections cantonales, interprétée par le pouvoir comme une incompréhension de la politique gouvernementale par l'opinion, attribuée à une mauvaise explication par les médias. V. les propos de F. MITTERRAND : « Notre échec aux cantonales est un avertissement sérieux. Il signifie que les Français ne comprennent pas ce que nous faisons. Il faut donc instaurer plus de cohérence et d'efficacité dans l'action gouvernementale et permettre ainsi qu'elle soit mieux expliquée. Faute de quoi, nous perdrons aussi les municipales de 1983 » in C. ESTIER et V. NIERTZ (dir.), *Véridique histoire d'un septennat peu ordinaire*, Grasset, p. 97, cité par A. CHAUVEAU, Op cit, note 15.

²⁷⁹² A. CHAUVEAU, Op cit, p. 110 : « Le choix des neuf sages reflète le même jeu contradictoire entre la volonté de dessaisissement et celle de conserver les moyens d'un contrôle ». Les membres nommés sont : Michèle Cotta comme présidente, Marc Paillet, Paul Guimard, Daniel Karlin, Marcel Huart, Stéphane Hessel, Bernard Gandrey-Rety, Gabriel de Broglie et Jean Autin. Ils appartiennent tous à des groupes professionnels, ne sont pas des politiques, mais sont toutefois assez proches du pouvoir.

²⁷⁹³ Article 41 de la loi.

programmes s'en trouve bouleversée. Elle comprend quatre membres désignés par la Haute autorité, dont le président, deux parlementaires désignés respectivement par le Sénat et par l'Assemblée nationale ; deux administrateurs désignés par le Conseil national de la communication audiovisuelle ; deux représentants du personnel de la société ; deux administrateurs représentants l'État actionnaire. Cette nouvelle composition doit être remise dans son contexte, celui d'une réflexion profonde sur l'amélioration de la citoyenneté au sein des entreprises²⁷⁹⁴, et en particulier, dans les entreprises publiques, pour éviter l'étatisation de la gouvernance, et permettre un « nouvel espace de démocratie » au sein de celles-ci.

1041. La loi de nationalisation du 11 février 1982²⁷⁹⁵ avait doté les entreprises industrielles et bancaires nationalisées de Conseils d'administration tripartites, composés de représentants de l'État, de représentants des salariés, et de personnalités estimées représentatives du secteur d'activité de l'entreprise²⁷⁹⁶. Les articles 7, 22, et 51 de ce texte annonçaient déjà l'adoption prochaine d'une « Loi relative à l'organisation et à la démocratisation du secteur public », appelée à régir « *les nouvelles responsabilités des travailleurs dans l'ensemble des entreprises du secteur public, notamment au niveau de l'atelier, des fonctions syndicales, des comités d'entreprises, des comités centraux d'entreprises et des conseils d'administration* »²⁷⁹⁷. La loi du

²⁷⁹⁴ Ce mouvement de démocratisation des relations de travail a été impulsé par le Rapport Auroux (J. AUROUX, Les droits des travailleurs : Rapport au président de la république et au premier ministre, Paris, La Documentation française, septembre 1981), qui promouvait « une démocratie économique fondée sur de nouvelles relations du travail et sur l'élargissement des droits des travailleurs ». Ce rapport est suivi de l'adoption de quatre lois, bouleversant profondément le code du travail : la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, la loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, de la loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail, et enfin de la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Ces lois s'appuyaient sur l'idée que l'amélioration des conditions de travail des salariés devaient non pas brider, mais stimuler les initiatives individuelles et collectives, et améliorer de ce fait l'efficience économique des entreprises. V. A. JEAMMAUD, « Les lois Auroux : plus de droit ou un autre droit ? », Critiques de l'économie politique, 1983, n° 23/24, p 228 ; J-C. JAVILLIER, *Les réformes du droit du travail depuis le 10 mai 1981*, LGDJ, 1982 ; D. WEISS, *Les relations du travail*, Dunod, 1983, 5^èéd.

²⁷⁹⁵ Loi n° 82-155 du 11 février 1982, dite de nationalisation, JORF, 13 mars 1982, p. 566

²⁷⁹⁶ Sur le sujet, V. Dossier « Nationalisations », AJDA, 1982, p. 179 et suivantes ; D. LINOTTE, « Les nationalisations de 1982 », RDP, 1982, p. 435 ; B. SAINT-GIRONS, *L'extension du secteur public de l'économie*, 1982, p. 377 ; J. BLANC et C. BRULE, *Les nationalisations françaises en 1982*, Economica, 1982 ; M. BAZEX et Y. GUYON, « L'extension du secteur public », JCP, ed, CI, 1983 n° 13924.

²⁷⁹⁷ A. JEAMMAUD, « La démocratisation du secteur public », AJDA, 1983, p. 563

26 juillet 1983²⁷⁹⁸ généralisera la représentation élue des travailleurs au sein des Conseils d'administration ou de surveillance²⁷⁹⁹. La composition diversifiée du Conseil d'administration doit se comprendre à l'aune de cette volonté de démocratisation du secteur public. Pour la première fois, les représentants de la majorité gouvernementale sont effectivement en minorité dans le conseil d'administration : le Sénat étant, du fait des conditions d'élection voué à rester à droite, seuls trois membres de la majorité parlementaire seront présents au Conseil d'administration.

1042. L'introduction du Conseil national de la communication audiovisuelle, qui nomme deux membres dans chaque Conseil, est également une nouveauté intéressante visant à diversifier la représentation des conseils d'administration : composée de cinquante-six membres, elle comprend sept délégués des comités régionaux de la communication audiovisuelle, sept représentants des organisations professionnelles représentatives, sept représentants des associations familiales et sociales et des associations de consommateurs, sept représentants des travailleurs permanents et intermittents de l'audiovisuel, sept représentants des entreprises de communication, désignés par l'intermédiaire des organisations professionnelles représentatives, sept personnalités du monde culturel et scientifique, sept représentants des grands mouvements spirituels et philosophiques. Cette composition extrêmement hétéroclite présage de l'introduction, par la loi de 1983, de la catégorie « *des personnalités choisies soit en raison de leurs compétences, soit en raison de leur connaissance des aspects régionaux, départementaux ou locaux de l'activité en cause, soit en raison de leurs connaissances des activités publiques et privées concernées par l'activité de l'entreprise, soit en raison de leur qualité de représentants des consommateurs ou des usagers* »²⁸⁰⁰. Avec les quatre membres nommés par la Haute autorité

²⁷⁹⁸ Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, JORF, 27 juillet 1983 p. 2326 ; V. A. JEAMMAUD, Op cit ; AMIEL, « Le secteur public après la loi du 26 juillet 1983 », D. 1983, chron p. 143 ; X. PRETOT, « L'administration des entreprises publiques : à propos de la loi du 26 juillet 1983 », RA, 1984, p. 29

²⁷⁹⁹ Comme pour les Lois Auroux, le thème de la démocratisation des relations au sein de l'entreprise est fortement relié à la question de l'efficacité des entreprises publiques. P. Bérégoz, devant le Sénat, affirme vouloir « *developper l'esprit de responsabilité de tous ceux qui travaillent dans les entreprises publiques* » (JO, déb Sénat 7 juin 1983, p 1378) ; V. Porelli explique lui que la démocratisation est « *au-delà d'une exigence sociale, un impératif économique* » et une « *condition indispensable de son efficacité* ». (V. PORELLI, Rapport pour avis au nom de la commission de la production et des échanges (annexé au rapport n° 1451 de M. COFFINEAU). V. A. JEAMMAUD, Op cit, p. 565

²⁸⁰⁰ Article 5 alinéa 2 de la loi du 26 juillet 1983.

et les deux membres nommés par ce Conseil, six membres sur douze ont donc vocation à représenter cette catégorie des personnalités qualifiées du secteur.

b) Une première émancipation vis-à-vis de la tutelle politique

1043. Trois semaines après son installation, la Haute autorité doit exercer le pouvoir le plus important, mais aussi le plus délicat : nommer les présidents des sociétés nationales de programmes. Elle réussit à trouver un équilibre entre autonomie et respect envers le pouvoir, en nommant des personnalités connues pour leur autonomie, Pierre Desgraupes à Antenne 2, ou Jean-Noël Jeanneney à Radio France²⁸⁰¹, mais aussi des personnalités assez proches du pouvoir, tout en ayant une réelle compétence comme Michel May à TF1 ou André Hollaux sur France 3²⁸⁰². La haute autorité doit veiller au respect des missions de service public mentionnées dans la loi²⁸⁰³, et fixe par ses décisions les règles concernant le droit de réplique aux communications du Gouvernement prévues par l'article 33 de la loi, les conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives aux campagnes électorales, les conditions de production de programmation et de diffusion des diverses familles de croyance et de pensée, ainsi que des émissions des assemblées parlementaires, des partis politiques et des groupes parlementaires²⁸⁰⁴. Si elle dispose sur les questions de représentation politique d'un véritable pouvoir normatif, il ne dispose, pour la conception et l'orientation des programmes, qu'une compétence consultative²⁸⁰⁵, contrairement à ce qu'avait préconisé le rapport Moinot²⁸⁰⁶. Même si ses pouvoirs et surtout ses moyens financiers sont limités, l'autonomie et les compétences de la Haute autorité sont vite reconnues, notamment dans son arbitrage du principe de pluralisme²⁸⁰⁷, et elle permet au service public de « s'émanciper partiellement de la tutelle politique »²⁸⁰⁸. Elle a, selon les mots d'A.

²⁸⁰¹ A. CHAUVÉAU, Op cit, p. 111

²⁸⁰² Ibid.

²⁸⁰³ Article 13 de la loi.

²⁸⁰⁴ Article 14 (II) de la loi.

²⁸⁰⁵ Article 15 de la loi.

²⁸⁰⁶ A. CHAUVÉAU, Op cit, p. 110

²⁸⁰⁷ A. CHAUVÉAU, Op cit, p. 111

²⁸⁰⁸ Ibid.

Chauveau, « *contribué au développement de la maturité d'une opinion française jusqu'alors bien mal à l'aise face à l'outil audiovisuel* »²⁸⁰⁹.

1044. Si le bilan de ses premières années est assez positif, la perspective des élections de 1986 pour lesquelles la majorité se sent menacée rend les choses beaucoup plus difficiles. La nomination du président d'Antenne 2, Jean-Claude Heberlé est marquée par l'intervention directe du gouvernement pour imposer son candidat. Le renouvellement de trois des membres en 1984 est elle aussi marquée du sceau de la politisation. Comme l'écrit A. Chauveau, l'« *aspect le plus surprenant est que cette institution soit résolument affaiblie, voire condamnée, par ses propres fondateurs* »²⁸¹⁰. En Italie, le choix du législateur pour « couper le cordon ombilical » qui relie l'exécutif à l'audiovisuel public est différent : il passe par le contrôle total de la Commission parlementaire sur la composition du Conseil d'administration (B).

B) En Italie, le choix du renforcement de la parlementarisation

1045. La tendance à la parlementarisation du conseil d'administration de la RAI se renforce avec l'adoption de la loi du 4 février 1985, n°10 qui transforme le décret-loi n° 807 du 6 décembre 1984²⁸¹¹. L'article 6 du décret-loi instaure une procédure complexe de nomination des membres du Conseil d'administration. Alors qu'auparavant, le pouvoir exécutif nommait six des seize administrateurs, ceux-ci sont désormais tous nommés par la Commission parlementaire : les douze premiers membres doivent être élus par la majorité absolue des membres de la Commission parlementaire, tandis que les quatre derniers membres sont les candidats ayant obtenu, après les douze premiers, le plus grand nombre de votes.

1046. Les compétences du Conseil d'administration sont toutefois élargies, au détriment de celles de la Commission parlementaire. Il revient désormais à la première d'indiquer les critères généraux pour la formation des plans annuels et pluriannuels d'investissements. Il lui revient

²⁸⁰⁹ Ibid. Voir aussi J. D'ARCY, « Pour une confiance dans l'avenir », Les cahiers de la communication audiovisuelle, 1983, n° 12, p. 11

²⁸¹⁰ A. CHAUVEAU, Op cit, p 114.

²⁸¹¹ Legge 4 febbraio 1985, n° 10 « Conversione in legge del decreto-legge 6 dicembre 1984, n. 807, recante disposizioni urgenti in materia di trasmissioni radiotelevisive » GU n° 30 del 5 febbraio 1985

également de contrôler l'impartialité et la véracité de l'information, en se référant aux dispositions adoptées par la Commission parlementaire sur le sujet (article 6.4.b). Le renforcement des pouvoirs du conseil au détriment de la commission parlementaire de vigilance se comprend toutefois eu égard aux liens renforcés entre les deux organes. Il renforce donc directement le contrôle du Parlement au détriment du pouvoir exécutif²⁸¹². Celui-ci se voit toutefois désormais confier la nomination du directeur général qui est désormais nommé, en vertu de l'article 8 du décret-loi, et en accord avec le droit commun des entreprises, par l'assemblée générale des actionnaires. Il est donc choisi par le ministère des Finances qui possède l'IRI, unique actionnaire de la RAI. Le directeur constitue un pôle de gestion autonome du Conseil d'administration, mais celui-ci peut toutefois le révoquer, en application du droit commun des sociétés, et de l'article 2383 du Code civil²⁸¹³.

1047. Cette bipolarité entre Directeur général et Conseil d'administration se retrouve dans les lignes directrices et notamment le choix des programmes. Il appartient désormais au conseil de formuler des directives générales sur les programmes et la ligne éditoriale que devra suivre le Directeur général. Le Conseil approuve ensuite, sur proposition du Directeur-Général, le schéma directeur des programmes pour un an, et il en contrôle l'effective application (article 6.4.a). Cette bipolarité se retrouve également dans la nomination des autres organes dirigeants de l'entreprise. L'article 6 lettre g du décret-loi dispose que les vice-directeurs généraux, les directeurs des chaînes et de la radio sont nommés par le Conseil, sur proposition du directeur général. Les autres dirigeants sont désormais nommés par le seul Directeur-Général. L'alinéa 2 de l'article 8 lui confie également la gestion au jour le jour de l'entreprise. Il est seul responsable de la mise en oeuvre du service, de l'utilisation des ressources et du personnel. Il est responsable de la fonctionnalité, et de l'efficacité de l'entreprise, dans le cadre des orientations formulées par la Commission parlementaire. Celui-ci aurait dû constituer selon l'accord politique qui sous-tendait

M. A. SANDULLI, « Radioaudizioni e televisione », in *Enciclopedia del diritto*, Op cit.

²⁸¹² Ibid.

²⁸¹³ Ibid.

l'adoption de la loi, le véritable centre décisionnel de l'entreprise²⁸¹⁴, et ce pour renforcer l'agilité opérationnelle de l'entreprise²⁸¹⁵.

Conclusion §1 :

1048. En France et en Italie, les choix du législateur sont extrêmement différents pour libérer l'audiovisuel public de la tutelle du pouvoir exécutif. Si le pouvoir socialiste choisit, en 1982, de créer une autorité de régulation indépendante qui doit être la « clé de voute » du système audiovisuel dans son ensemble, le législateur italien accentue la parlementarisation à travers le renforcement du contrôle de la Commission parlementaire sur le Conseil d'administration. Ces systèmes sont tout d'abord assez bien reçus, et vus comme des avancées notoires. Cependant, des événements politiques contingents auront pour effet de pousser le législateur à reformer de nouveau. Suite à l'opération mani pulite, qui plonge le système politique italien dans la crise, le législateur tente de protéger l'audiovisuel public du désaveu des téléspectateurs. Il choisit donc à ce moment-là de « dépolitiser » l'institution, tout comme les solutions choisies dans les autres pays, pour ne pas entacher son crédit auprès de la population. Ces tentatives de dépolitisation se soldent toutefois par des échecs relatifs dans les trois États (§2).

§2 Des tentatives de « dépolitisation » contournées dans les trois pays

1049. En Italie, le législateur tente d'instaurer un conseil d'administration neutre en énonçant des critères de compétence et de prestige, et en soustrayant la nomination des membres à la Commission parlementaire. Cette expérience se solde par un échec, la neutralité du Conseil étant vite rattrapé par des nominations politiques (A). C'est également le cas, dans une moindre mesure, de la CNCL en France (B). Au Royaume-Uni, à partir des années 90 et de la chute de M. Thatcher, la neutralité de la nomination est respectée, contrairement aux systèmes français et italiens, mais c'est à travers des pressions éditoriales directes et une réforme de gouvernance que le gouvernement tente de mettre des bâtons dans les roues de la BBC (C).

²⁸¹⁴ A. PACE, « Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo », Op cit.

²⁸¹⁵ V. en particulier P. BARILE, « Servizio pubblico ed emittenza privata », in P. BARILE, P. CARETTI, R. ZACCARIA, *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione 1986-1987*, Op cit, p. 177, e E. ROPPO, « Il governo della RAI tra norme e prassi », in *Rapporto annuale*, Op cit, p. 214

A) La trop courte expérience du Conseil d'administration neutre en Italie

1050. La loi n° 206/1993²⁸¹⁶, qui est adoptée de manière transitoire, « *jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle législation du service public audiovisuel* » va tenter de rompre avec la trop grande parlementarisation de l'audiovisuel public. L'article 2 de la loi réduit le nombre de conseillers d'administration à 5 et prévoit qu'ils soient désormais nommés sur décision conjointe du Président du Sénat et du Président de l'Assemblée nationale. Ils élisent à la majorité absolue le Président du conseil d'administration parmi ses membres. La loi énonce également pour la première fois des critères de compétences pour la nomination des administrateurs : ceux-ci doivent être choisis par rapport à leur prestige professionnel, leur indépendance notoire, ils doivent s'être distingués dans les activités économiques, scientifiques, de la culture ou de la communication. Ils doivent également avoir eu des expériences managériales significatives. Leur mandat est révocable par décision conjointe des présidents des chambres, sur proposition de la Commission parlementaire adoptée à la majorité des deux tiers. Le Conseil, en plus d'être l'organe d'administration de la société, exerce également des fonctions de contrôle et de garantie quant à la mise en oeuvre correcte des finalités et des obligations du service public audiovisuel, cette compétence n'étant plus réservée qu'à la Commission parlementaire. Il élabore et approuve le plan éditorial, dans le respect des orientations formulées par la Commission parlementaire. Sur proposition du directeur général, il approuve le plan financier de la société, et le plan d'investissements. Le directeur général de la société est désormais nommé par le conseil d'administration, en accord avec l'assemblée des actionnaires. Celui-ci assure la gestion, l'organisation et le fonctionnement de la société, dans le cadre des plans et des directives approuvés par le Conseil. Comme l'explique G. E. Vivegani, le premier conseil d'administration nommé après cette loi est composé de personnalités politiquement indépendantes, pour la plupart provenant du monde académique. Cette période représente selon lui une des seules périodes d'autonomie effective du service public audiovisuel, mais elle fut beaucoup trop courte pour influencer de manière effective sur la culture institutionnelle du service public²⁸¹⁷. Après la victoire

²⁸¹⁶ Legge 25 giugno 1993, n. 206 « Disposizioni sulla società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo », GU n. 148 del 26 giugno 1993

²⁸¹⁷ G. E. VIVEGANI, Op cit, p. 35

de la coalition de centre droit aux élections générales de 1994, les Présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale, tous deux représentants de la majorité, nommeront au poste d'administrateur des personnalités liées à la majorité, ce qui leur permet d'assurer à travers eux un contrôle de la coalition majoritaire sur la télévision publique²⁸¹⁸.

1051. En 1997 est adoptée la loi dite « Maccanico », du nom du ministre de la Communication du gouvernement Prodi 1. Cette loi a pour objet d'instaurer, pour se mettre en conformité avec le droit de l'Union européenne, une autorité indépendante chargée de réguler le secteur. En vertu de l'article 6 (b) 10, l'Autorité propose désormais au ministre des Communications le plan de la convention annexée à la concession de service public, et il contrôle la mise en oeuvre des obligations prévues par cette convention. Toutefois, la Commission parlementaire garde la compétence de vérifier le respect du pluralisme et des valeurs fondamentales du service public audiovisuel définies par la loi n° 105 de 1975. Cette persistance du législateur à confier le contrôle du respect du pluralisme à une structure par nature partielle représente un paradoxe surprenant. Par ailleurs, le législateur italien n'a donné aucun pouvoir de nomination des conseillers d'administration à l'autorité de régulation, contrairement au choix réalisé par le législateur français. Malgré la création d'une autorité dite « indépendante », clé de voûte de tout le système français, celui-ci résiste lui aussi, difficilement à la politisation (B).

B) En France, les échecs politiques de la Haute autorité et de la CNCL

1052. La haute autorité, qui devait assurer l'indépendance du secteur de l'audiovisuel, et surtout des chaînes publiques vis-à-vis du pouvoir en place, est vite rattrapée par la politique. Accusée d'avoir été manipulée par F. Mitterrand avant les élections législatives de 1986, elle est remplacée après les élections sans que les Membres n'aient pu terminer leur mandat (1). La CNCL, qui la remplace, est malgré sa composition a priori pluraliste, marquée très à droite et ne durera qu'un an (2).

²⁸¹⁸ G. E. VIVEGANI, « Il servizio pubblico radiotelevisivo », in M. CUNIBETTI, E. LAMARQUE, B. TONOLETTI, G.E. VIVEGANI(ed), *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, 2011, p. 293-294

1) Des modifications législatives assurant la domination de la droite sur le système

Le remplacement de la Haute autorité est concomitant au changement de majorité, ce qui révèle une certaine politisation du processus, qui, malgré une composition pluraliste, est confirmée par la suite (a). La majorité relative de l'État au Conseil d'administration est également rétablie (b).

a) Le remplacement très politique de la Haute autorité

1053. Le retour au pouvoir de la droite à l'issue des législatives de 1986 signe la mort de la Haute autorité. La loi n° 86-1067 relative à la liberté de communication, dite Loi Léotard est adoptée le 30 septembre 1986 par la majorité de droite et cette loi prévoit le remplacement de la Haute autorité par une nouvelle autorité indépendante, le Conseil National de la Communication et des Libertés²⁸¹⁹, dont la composition est plus éclectique que celle de la Haute autorité. La nouvelle autorité contient treize membres. Les Présidents de la République, de l'Assemblée nationale et du Sénat nomment chacun deux membres. Le Conseil d'État, la Cour de cassation et la Cour des comptes élisent chacun un membre de leur corps. Trois membres sont cooptés par les dix autres membres : une personnalité qualifiée dans le secteur de la création audiovisuelle, une personnalité qualifiée dans le secteur des télécommunications, et une personnalité qualifiée dans le secteur de la presse écrite. La Commission élit son président en son sein. Cette composition, pluraliste et élargie²⁸²⁰, qui laisse une place moins grande aux désignations par les autorités politiques, devait encourager l'indépendance de l'entreprise publique vis-à-vis du gouvernement.

1054. Toutefois, les institutions non politiques de l'État choisies pour nommer trois des Membres sont connues pour être assez conservatrices, tout comme l'Académie française, ce qui assure à cette nouvelle assemblée une tendance politique de droite²⁸²¹. Le principe de la

²⁸¹⁹ A. CHAUVEAU, Op cit, p. 115 ; C. DEBBASCH(ed), *La Commission nationale de la communication et des libertés*, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988 ; J-P. DELIVET et H. RONY, « La Commission nationale de la communication et des libertés et la régulation de la communication audiovisuelle », Op cit, p. 719

²⁸²⁰ J. CHEVALLIER, « De la CNCL au CSA, Premiers commentaires de la loi du 17 janvier 1989 », AJDA, 1989, p. 59

²⁸²¹ A. CHAUVEAU, Op cit, p. 115

régulation est maintenu, ce qui représente, dans la durée, un acquis essentiel²⁸²², mais dans les faits, le remplacement des membres de la Haute autorité par ceux de la CNCL, sans attendre la fin de leur mandat, est un signal politique assez fort. La nomination par l'Académie française de M. Droit, intervieweur officiel de De Gaulle et incarnation de la « Voix de la France » provoque un profond malaise, qui entache d'ores et déjà la réputation d'impartialité de l'autorité. Parallèlement à cela, la loi rétablit la majorité relative de l'État au Conseil d'administration (b).

b) Le rétablissement de la majorité relative de l'État au Conseil d'administration

1055. Le Conseil national de la Communication audiovisuelle, qui avait été créé par la loi de 1982, constituait une nouveauté intéressante puisqu'il permettait de retirer à l'État la majorité relative des sièges au Conseil d'administration. Sa suppression (α), ainsi que la non-application au secteur de l'audiovisuel de la loi de 1983 sur la démocratisation du secteur public (β), rétablit la majorité relative de l'État.

α) La suppression des nominations par le Conseil national de la communication audiovisuelle

1056. La composition du Conseil d'administration des chaînes publiques ne semble pas être modifiée outre mesure. L'article 47 de la nouvelle loi dispose que « *Le Conseil d'administration de chacune de ces sociétés comprend douze membres, dont le mandat est de trois ans : deux parlementaires désignés respectivement par l'Assemblée nationale et le Sénat ; quatre représentants de l'État nommés par décret ; quatre personnalités qualifiées nommées par la CNCL et deux représentants du personnel élu* ». Les représentants de l'État passent de deux à quatre, conséquence de la suppression du Conseil national de la communication audiovisuelle qui nommait, sous l'ancienne loi, deux membres. Cette modification emporte toutefois des conséquences sur le plan de la diversification de la représentation impulsée par la loi de démocratisation du secteur public. Du fait du contexte politique après 1986, la majorité au Sénat était la même qu'à l'Assemblée nationale : les deux membres nommés respectivement par le Sénat et par l'assemblée représenteraient la majorité de droite, ce qui porte le nombre de

²⁸²² A. CHAUVEAU, Op cit, p. 115

V. S. REGOURD, « Archéologie du service public audiovisuel : quel passé pour quel futur ? », Op cit, p. 30

représentants de la majorité à six, la moitié des membres de chaque Conseil d'administration. Du fait des choix effectués par la CNCL, la droite avait la majorité dans tous les conseils d'administration. Cela était d'autant plus dommageable que le législateur aurait pu choisir d'appliquer la loi de 1983 sur la démocratisation du secteur public (β).

β) La non-application de la loi de 1983 sur la démocratisation du secteur public

1057. Le Conseil national de la communication audiovisuelle s'inspirait lui de l'esprit de la loi de 1983 sur la démocratisation du secteur public, même si cette loi, adoptée quelques mois après la loi de 1982, excluait expressément les sociétés et Établissements publics de l'audiovisuel du champ d'application des dispositions du Chapitre 1er du Titre II, relatives à la composition des Conseils d'administration²⁸²³. L'article 5 de la loi de 1983 prévoyait que « *dans les établissements publics mentionnés au 1 de l'article 1er d'une part, et d'autre part dans les entreprises mentionnées au 3 du même article dont plus de 90 pour cent du capital est détenu par des personnes morales de droit public, le Conseil d'administration ou de surveillance comprend : des représentants de l'État et, le cas échéant, des actionnaires ; des personnalités choisies en raison de leurs compétences et connaissances ; des représentants des salariés, élus dans les conditions prévues au chapitre II (...) Dans les entreprises visées au 3 de l'article 1er et au premier alinéa du présent article*²⁸²⁴, les représentants de chacune de ces catégories sont de six. » Les dispositions du Chapitre 1er du Titre II de la loi étaient à la fois les « plus substantielles et les plus remarquables » non seulement parce qu'elles étendaient le domaine du « tripartisme » ou du « quadripartite », mais surtout parce qu'elles unifiaient, de manière relative, les règles de composition des conseils d'administration ou de surveillance²⁸²⁵.

1058. L'exclusion de certaines catégories d'entreprises est expliquée par la nécessité de représentation de certains intérêts que le régime de l'article 5 de la loi de 1983 aurait pu

²⁸²³ Article 4 al 2 : « Les établissements publics et sociétés énumérées à l'annexe II de la présente loi sont exclus du champ d'application des dispositions du chapitre premier du titre II ».

²⁸²⁴ L'article 3 de l'article 1er de la loi renvoie aux « *Entreprises nationales, sociétés nationales, sociétés d'économie mixte ou sociétés anonymes dans lesquelles l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social ainsi que les sociétés à forme mutuelle nationalisées* », donc à la catégorie dans laquelle auraient du tomber les Sociétés nationales de programmes.

²⁸²⁵ Ibid.

méconnaître²⁸²⁶. Il s'agissait, dans le cas de l'audiovisuel, des représentants des assemblées parlementaires, mais aussi des administrateurs nommés par le CNCL. Toutefois, la composition du Conseil que retient la loi de 1986 peut être critiquée à l'aune de l'esprit de la loi : celle-ci prévoyait une représentation tripartite strictement proportionnelle, alors que la loi de 1986 retient une composition tripartite dans lequel les représentants de l'État détiennent de fait la majorité relative. Autre fait critiquable, les représentants du personnel ne constituent qu'un sixième du conseil, alors que la loi de 1983 prévoit qu'ils doivent représenter au moins un tiers des membres du Conseil. Justement en raison du caractère particulièrement sensible du secteur de l'audiovisuel, il aurait été utile de retenir un Conseil dans lequel les représentants de l'État n'étaient pas majoritaires et où les journalistes étaient mieux représentés. Face à cette politisation de l'autorité pourtant dite « indépendante », la CNCL sera encore une fois remplacée, un an après sa création (2).

2) L'échec de la CNCL

La nomination politique des Présidents des chaînes entache la légitimité de l'autorité indépendante, de même que son impuissance face aux violations par les opérateurs privés de leurs obligations (a). La CNCL sera donc encore une fois remplacée en 1989, par le Conseil Supérieur de l'audiovisuel, et le législateur semble avoir tiré les leçons de ses erreurs passées (b).

a) La légitimité entachée de l'autorité indépendante

1059. Le 1er novembre 1986, tous les membres étaient nommés, et le 3 décembre, les cinq présidents des sociétés de télévision publiques sont renouvelés sans que le mandat des présidents précédents ne soit arrivé à terme²⁸²⁷. Les nouveaux présidents sont tous liés fortement avec le pouvoir politique, malgré leurs compétences professionnelles reconnues²⁸²⁸ et ces nominations

²⁸²⁶ Ibid.

²⁸²⁷ A. CHAUVEAU, Op cit, p 116

²⁸²⁸ Claude Contamine et René Han, respectivement nommés à Antenne 2 et France 3, ont fait partie du RPR. Jean Claude Michaud, nommé à RFO, a fait partie du cabinet de Peyrefitte, Roland Faure, nommé à Radio France est un ancien directeur de l'Aurore.

parviennent même à remettre en cause la collégialité de l'institution²⁸²⁹, pourtant cruciale à la légitimité d'une Autorité administrative indépendante. La légitimité de la nouvelle autorité indépendante est surtout entachée par les difficultés qu'elle rencontre face à la violation par les exploitants privés de leurs obligations²⁸³⁰. Les nouvelles chaînes privées font en effet peu de cas de l'autorité de régulation. En septembre 1987, on assiste à un jugement assassin du président de la République : « *La CNCL ne fait rien qui puisse inspirer ce sentiment qui s'appelle le respect* »²⁸³¹. Dans sa « lettre à tous les Français », avant l'élection de 1988, le Président de la République proposera expressément une réforme pour « *introduire dans [notre] constitution, au même titre que le Conseil supérieur de la magistrature et le Conseil constitutionnel, et au même rang que les autres pouvoirs, l'organisme dont notre démocratie a grand besoin pour assurer le pluralisme, la transparence et la cohésion de notre système audiovisuel* »²⁸³² (b).

b) La suppression de la CNCL et la création du CSA

1060. La réforme de 1989, supervisée directement par F. Mitterrand, avait donc pour but de « tirer les leçons » de l'échec de la CNCL quant à sa composition « trop nombreuse et trop disparate »²⁸³³. Une telle composition avait nui à sa collégialité, et les modes de désignation retenus n'avaient pas assuré son indépendance. Le projet de loi entendait donc réduire le nombre de membres de 13 à 9, raccourcir la durée du mandat, revenir au système de désignation par les plus hautes autorités politiques. La loi de 1989²⁸³⁴ modifiait donc l'article 4 de la loi Léotard qui disposait que « *Le Conseil supérieur de l'audiovisuel comprend neuf membres nommés par décret du Président de la République. Trois membres sont désignés par le Président de la République, trois membres sont désignés par le président de l'Assemblée nationale et trois membres par le président du Sénat (...) Le président est nommé par le Président de la République pour la durée de ses fonctions de membre du conseil* ». Le choix du retour de la

²⁸²⁹ Catherine Tasca dénonce des nominations « honteuses et stupides ».

²⁸³⁰ V. Chapitre 2, Section 2 de ce même Titre.

²⁸³¹ Le point du 21 septembre 1987.

²⁸³² F. MITTERRAND, « Lettre aux Français », disponible en ligne.

²⁸³³ J. CHEVALLIER, « De la CNCL au CSA (...) », Op cit, p. 62

²⁸³⁴ Loi n°89-25 du 17 janvier 1989 - art. 3 JORF 18 janvier 1989

nomination du président de l'autorité par le président de la République, préféré au système de l'élection par les membres était justifié officiellement par le souci d'éviter une compétition immédiate et nuisible au sein de l'instance régulation²⁸³⁵, mais elle fut considérée par l'opposition comme renforçant le contexte de dépendance politique, d'autant plus que le nouveau mode de nomination permettait dans les faits que six membres sur neuf soient nommés par la majorité présidentielle. La composition du Conseil d'administration et le mode de nomination des présidents ne sont toutefois pas modifiés. Au Royaume-Uni, ce n'est pas dans les années 80, mais dans les années 90, suite au départ de M. Thatcher que l'on assiste à des innovations institutionnelles ayant pour but de remédier aux défauts ayant été observés sous le mandat de celle-ci. Cette tentative de dépolitisation se solde elle aussi par un échec (C).

C) Une tentative de dépolitisation contournée au Royaume-Uni

1061. Suite aux années Thatcher, une autorité indépendante chargée de superviser les nominations est créée pour remédier à l'éventualité que le pouvoir exécutif nomme des personnalités politisées (1). L'arrivée au pouvoir du Labour en 1995 marquera toutefois une rupture dans les stratégies de contrôle de la chaîne publique : l'irruption de nouvelles techniques de communication politique a pour objet de permettre à l'exécutif d'influer directement sur le contenu des informations diffusées (2).

1) La création d'une autorité indépendante chargée de superviser les nominations

1062. Le remplacement de M. Thatcher par J. Major aux postes de leader du Parti conservateur et de Premier ministre sonna la fin de l'offensive politique contre la BBC. Celui-ci créa, en 1994, suite à la révélation de nombreuses affaires, le *Comité on Standards in Public life*, plus connu sous le nom de Comité Nolan²⁸³⁶ qui devait examiner les comportements des Hommes politiques et des fonctionnaires relatifs aux normes de conduite et de bienséance dans la vie publique²⁸³⁷.

Le comité observe d'abord le comportement des différents acteurs pour formuler ensuite des

²⁸³⁵ J. CHEVALLIER, Op cit, p. 62

²⁸³⁶ V. Sur le sujet R. A. CHAPMAN, « The first Nolan Report on Standards in Public life », Teaching Public administration, 1995-2, p 1 et P. LEOPOLD, « Standards of Conduct in Public Life », Op cit.

²⁸³⁷ Nolan Report on Standards in Public life, Cmnd 2850, 1995, p. 1

recommandations qui doivent permettre d'améliorer ceux-ci. En ce qui concerne la catégorie des QUANGO'S, une des quatre catégories étudiées dans le rapport, à laquelle est apparentée la BBC, le comité se concentre sur le problème des nominations. Il relève notamment qu'alors que les nominations devraient être apolitiques, « *les individus qui sont des partisans du Parti conservateur sont plus susceptibles que ceux qui supportent le Labour ou les libéraux démocrates d'être nommés dans ces organes* »²⁸³⁸.

1063. Le rapport critique également la tendance qu'ont les ministres à nommer les membres des conseils dans un cercle restreint de businessmen ou de directeurs d'entreprises²⁸³⁹. Il propose de laisser le pouvoir de nomination des conseils des QUANGO's aux ministres, mais de mettre en oeuvre des procédures permettant de s'assurer que les nominations se font sur la base du mérite, et de manière équilibrée, pour mettre en valeur différentes compétences et différents profils²⁸⁴⁰. Pour ce faire, le rapport propose la mise en place d'un audit effectué à l'extérieur du service par un commissaire indépendant. Ce commissaire devrait contrôler, réguler et approuver les procédures effectuées dans chaque département. Il devrait également, chaque année, publier un report annuel sur les opérations de nomination aux postes publics, et établir un code rassemblant les règles de conduite à suivre durant les procédures de nomination, en se concentrant notamment sur l'ouverture des procédures de nomination (en rendant publics les appels à candidatures) et la transparence (comment fonctionne le processus de nomination)²⁸⁴¹. Dès novembre 1995, Sir Les Peach fut nommé commissaire aux nominations publiques, mais il

²⁸³⁸ Ibid, §4-22, p 70

²⁸³⁹ Ibid, §4-44, p. 74 : « *It has been argued that the NDPB boards have become unbalanced, with appointments being made from a narrow circle of business and professional people. The answers to parliamentary questions asked by A. Milburn MP showed that 152 of 361 chairs of NHS Trusts (ie 42 were current or retired company directors or business owners. John Monks, the General Secretary of the TUC, described this as « the cult of the businessman ». This was contrasted with the decline in numbers of local authority members and trade unionists, and low representation of users or consumers. An associated concern expressed by several of our witnesses, is that members of this narrow group are recruited to several different public bodies, creating a new class of « quangocrats ».*

²⁸⁴⁰ Ibid, §4-46, « *We recommend that selection on merit should take account of the need to appoint boards which include a balance of skills and backgrounds. The basis on which members are appointed and how they are expected to fulfill their role should be explicit. The range of skills and background which are sought should be clearly specified, normally as part of the job specifications prepared for particular posts, and should be sufficiently wide to promote healthy debate within the board* ».

²⁸⁴¹ Ibid, §4-59 « *Some of the major concerns about appointments focus on openness (providing information about appointments) and transparency (making it clear what the appointment process is and how it works)* ».

semble que les années Thatcher aient ouvert une brèche vers une plus grande politisation de la BBC (2).

2) La politisation de la BBC et les années Labour

Les nouvelles techniques de communication politique ont amplifié la possibilité et la volonté des acteurs d'influer sur les différentes sources d'information (a), phénomène auquel tente de résister la BBC, notamment pour le traitement médiatique de la guerre en Irak (b).

a) De nouvelles techniques de communication politique

1064. Si la chute de M. Thatcher avait rétabli la sérénité au sein de la BBC, son passage au pouvoir avait profondément toutefois changé les rapports entre les femmes et hommes politiques et les médias. L'introduction de nouvelles chaînes de télévision par le biais du câble et du satellite intervenu durant son mandat²⁸⁴² avait accru la compétition entre les différentes institutions, et les politiciens avaient peu à peu développé de nouvelles techniques de management, appelées « spin » pour promouvoir leur couverture médiatique²⁸⁴³. Le Labour était le parti le plus au fait de ces techniques : ses dirigeants donnèrent une nouvelle dimension à ce management « by spin », en établissant notamment un centre de campagne et de médias dans la Millbank Tower, près du Parlement de Westminster et en dotant la nouvelle « unité de réponse rapide » des meilleurs logiciels pour la surveillance des médias²⁸⁴⁴.

1065. Leur victoire aux élections législatives de 1997 les poussa à inclure cette méthode de gestion des relations avec les médias à leur gouvernance. Le parti établit notamment une unité de communication stratégique (SCU : Strategic Communication Unit) qui devait permettre d'aguerrir la communication du gouvernement en envoyant chaque jour aux médias un message

²⁸⁴² A. KING, « Thatcherism and the Emergence of Sky Television », *Media, Culture and Society*, 1998(2), p. 277

²⁸⁴³ M. SCANNEL, *Designer Politics: How Elections Are Won*, Macmillan, 1995 ; I. GABER, « Government by Spin: An Analysis of the Process », *Media, Culture and Society*, 2000, 22 (4), p. 507

²⁸⁴⁴ P. SMITH, « The Politics of UK Television Policy: BBC Charter Renewal and the 'Crisis' of Public Service Broadcasting (Again) », *Op cit*, p. 7 ; D. BUTLER et D. KAVANAGH, *The British General Election of 1997*, Macmillan, 1997

clair concernant la mise en oeuvre de sa politique²⁸⁴⁵. Ainsi le Parti nomma-t-il des conseillers spéciaux ou des « spin doctors » pour mettre en oeuvre de nouvelles tactiques de propagande gouvernementale²⁸⁴⁶, comme l'utilisation des relations privées entre journalistes et spin doctors, de la concurrence entre journalistes ou la révélation des mauvaises nouvelles lorsque les journalistes étaient occupés avec la couverture d'autres informations²⁸⁴⁷.

1066. La BBC se montra toutefois très prudente vis-à-vis de ces nouveaux outils utilisés par les Politiques. Un conflit explosa entre la BBC et le gouvernement à ce sujet avant, pendant et surtout après la guerre en Irak, au sujet d'un dossier complet publié par le gouvernement pour justifier l'intervention en Irak²⁸⁴⁸, qui affirmait que le pays, et notamment Saddam Hussein, possédait des armes de destruction massive, qui pourraient détruire le Royaume-Uni quarante-cinq minutes après que l'ordre en soit donné. Ce dossier fut suivi d'un débat à la Chambre des communes²⁸⁴⁹. Le lendemain, *The Sun* titrait en couverture « Brits 45 mins from doom »²⁸⁵⁰, et « He got 'em ... let's get him »²⁸⁵¹, tandis que le *Daily Star* titrait « Mad Saddam ready to attack: 45 minutes from a chemical war »²⁸⁵². La BBC fut plus circonspecte dans le traitement de cette information²⁸⁵³, et se montra très mesurée sur l'opportunité d'une attaque menée en coopération

²⁸⁴⁵ R. KUHN, « Media Management » in A. SELDON and D. KAVANAUGH (ed) *The Blair Effect 2001-5*, Cambridge University Press, p. 94s ; D. WRING, « The News Media and the Public Relations State » in P. DUNLEAVY, R. HEFFERMAN, P. COWLEY and C. HAY (ed) *Developments in British Politics 8*, Palgrave, p. 231-50

²⁸⁴⁶ Sur l'importance des « spin doctors » pour la communication politique, V. la série « Borgen » sur l'équipe de communication de la première ministre danoise.

²⁸⁴⁷ S. BARNETT, I. GABER, *Westminster Tales: The Twenty-first Century Crisis in Political Journalism*, Continuum, 2001, p. 123 ; I. GABER, « Government by Spin: An Analysis of the Process », Op cit, p. 510

²⁸⁴⁸ « Iraq's weapons of mass destruction: the Assessment of the British Government », 24 September 2002

²⁸⁴⁹ « House of Commons Hansard for 24 Sept 2002 ». www.parliament.uk. London: Parliament of the United Kingdom. 24 September 2002.

²⁸⁵⁰ « Les britanniques à 45 min de la ruine »

²⁸⁵¹ « Il les a eues ... allons le prendre », cité par P. SMITH, Op cit, p. 8

²⁸⁵² « Saddam le fou prêt à l'attaque : à 45 min d'une guerre chimique ».

²⁸⁵³ P. SMITH, Op cit, p. 8

avec l'Amérique de G. W. Bush²⁸⁵⁴. Comme du temps de M. Thatcher, le gouvernement ne se priva d'intervenir auprès de la BBC de cette couverture qu'il considérait comme négative²⁸⁵⁵ (b).

b) L'affaire Kelly et les critiques du gouvernement sur le traitement de la guerre en Irak

1067. Le Premier ministre intervint directement auprès du directeur général G. Dyke, en se plaignant que la BBC n'avait pas « trouvé le juste équilibre entre soutien et contestation »²⁸⁵⁶. Ce dernier décrit l'arrivée de nombreuses lettres, qu'Alistair Campbell, lui-même ancien journaliste envoyait directement avec « une régulière monotonie » à Richard Sambrook, le directeur de l'information de la BBC²⁸⁵⁷. Le conflit prit toutefois une tout autre ampleur lorsqu'après la capture de S. Hussein, il devint clair que celui-ci ne possédait pas d'armes de destruction massive. Lors de la diffusion de l'emblématique émission Today, Andrew Gilligan, le correspondant à la défense de la BBC affirma que le gouvernement avait volontairement biaisé son rapport de septembre 2002 pour renforcer l'argumentaire en faveur de la guerre. Alistair Campbell rejeta véhément ces accusations et attaqua la BBC dans une interview orchestrée à la hâte par Channel 4. David Kelly, un scientifique qui travaillait pour le ministre de la Défense fut ensuite accusé d'être la source de ces révélations et celui-ci se donna la mort. Au lieu de reconnaître ses torts, le Premier ministre ordonna une enquête pour investiguer sur les circonstances de la mort de David Kelly et le confia à Lord Hutton, qui avait été juge à la High Court puis Lord Chief justice of Northern Ireland. La procédure suivie par Lord Hutton fit l'objet d'un large consensus, mais ses conclusions furent largement critiquées, puisque le rapport²⁸⁵⁸ absolvait le gouvernement britannique de toutes ses responsabilités, contrairement à ce qu'avaient pu remarquer les observateurs durant la procédure et qu'il « fustigeait la BBC »²⁸⁵⁹.

²⁸⁵⁴ G. Dyke écrira dans son autobiographie : « *Our job was to report the events leading up to the war, and the war itself, as fairly as we could. It was certainly not the job of the BBC to be the Government's propaganda machine, but nor was it our job disproportionately to represent the views of those protesting against the war.* G. DYKE, *Greg Dyke : Inside story*, Harper Collins, 2005, p 251.

²⁸⁵⁵ P. SMITH, Op cit, p. 8 ; G. DYKE, Op cit, p. 251s

²⁸⁵⁶ G. DYKE, Op cit, p. 254

²⁸⁵⁷ Ibid, p. 257

²⁸⁵⁸ Lord HUTTON, *Report of the Inquiry into the Circumstances Surrounding the Death of Dr David Kelly C.M.G. by Lord Hutton*, The Stationary Office, 2004

²⁸⁵⁹ D. WRING, Op cit, p. 243

Ainsi, le rapport déclarait qu'il n'y avait pas eu de stratégie délibérée du gouvernement britannique de nommer publiquement le nom de David Kelly comme auteur des révélations ; que le gouvernement n'avait pas maquillé délibérément les informations concernant les armes de destruction massive, même si le responsable des renseignements avait sans doute été « inconsciemment » influencé par le gouvernement. En conséquence, le rapport concluait à l'entière responsabilité de la BBC dont les procédures éditoriales et de management étaient défectueuses²⁸⁶⁰. Ces accusations visaient également plus sérieusement le « Board of Governors », qui aurait dû ordonner d'autres investigations qui auraient dû aboutir à la disculpation du gouvernement²⁸⁶¹. Après la publication de ce rapport, le Président du Board of Governors, Gavyn Davies ainsi que le directeur général de la société présentèrent leur démission, ce qui constituait un fait sans précédent dans l'histoire de la BBC²⁸⁶².

Conclusion §1 :

1068. Dans les trois États, on assiste à une tentative de dépolitisation salutaire des institutions pour répondre aux problèmes structurels d'indépendance en France et en Italie, et conjoncturels au Royaume-Uni. Les réformes introduisent des garde-fous qui se révèlent toutefois insuffisants face à l'impossibilité pour les Hommes politiques d'envisager de cesser tout contrôle sur un média qui est désormais omniprésent dans la vie des citoyens.

Conclusion Sous-section 1 :

1069. Bien que l'on n'assiste pas encore, dans les années 80, à une homogénéisation des structures organisationnelles entre les trois pays, on semble assister à une homogénéisation de la situation du pouvoir politique vis-à-vis de la télévision. En France et en Italie, les gouvernants ont pris conscience de la nécessité de limiter l'influence gouvernementale sur la télévision, et ont concrétisé cette nécessité à travers des réformes qui malgré leur caractère toujours éminemment politique tendent vers plus de libéralisme. Au contraire, au Royaume-Uni, les gouvernants ont pris conscience de l'impact de la BBC sur la conscience politique des citoyens et semblent

²⁸⁶⁰ L. HUTTON, Op cit, p. 213

²⁸⁶¹ Ibid.

²⁸⁶² P. SMITH, Op cit, p. 10

désormais décidés à réduire, de manière informelle, l'indépendance éditoriale de cette dernière, ou même à la remettre en cause. Cette homogénéisation va s'intensifier à partir des années 2000 et est notamment permise par les problématiques liées à l'efficacité du secteur public. Malgré la diversité des systèmes organisationnels, l'Italie et le Royaume-Uni connaissent des réformes d'importance qui semblent construites sur un même modèle et qui permettent la concentration du pouvoir sous prétexte d'améliorer l'efficacité managériale et budgétaire (Sous-section 2).

Sous-section 2 : Une homogénéisation des structures organisationnelles vers un plus grand contrôle par les gouvernants

Le cas français est emblématique d'un système qui a toujours du mal à se détacher effectivement de l'influence du gouvernement, et qui présente des problèmes structurels de gouvernance et de transparence (§1). En Italie et au Royaume-Uni, malgré un système relativement stable, on assiste depuis les années 2000 à l'adoption de réformes qui renforcent le côté managérial de la gouvernance, ce qui renforce, paradoxalement, la marge de manoeuvre du gouvernement (§2).

§1 Le cas français : des problèmes structurels d'indépendance et de gouvernance

1070. Le système français présente des problèmes structurels de gouvernance, et d'indépendance, mais est aussi représentatif d'une instabilité permanente comme en témoignent les tergiversations autour de la nomination des PDG des chaînes publiques (A). La gestion est également marquée par une opacité du processus de prise de décisions qui laisse une grande marge de manoeuvre au Président et conduit à des contrats d'externalisation aux procédures douteuses (B).

A) Les tergiversations autour de la nomination des PDG des chaînes publiques, le reflet de la dépendance structurelle vis-à-vis du gouvernement

Dès son arrivée au pouvoir, N. Sarkozy avait annoncé une grande réforme de l'audiovisuel. Il décida, de manière unilatérale de réattribuer à cette occasion le pouvoir de nomination au Président de la République, donc à lui-même (1). Le retour au système précédent sous le mandat de François Hollande, c'est-à-dire à la nomination par le CSA, ne semble pas non plus satisfaisant (2).

1) L'attribution de la nomination au Président de la République via la nouvelle procédure de l'article 13 de la Constitution sous le mandat de N. Sarkozy

1071. Jusqu'à la loi du 5 mars 2009²⁸⁶³, le président-directeur général de France Télévisions était nommé par le CSA en vertu de la procédure prévue par la Loi Léotard, issue de sa version de 1989. Le rapport « Copé »²⁸⁶⁴ fut commandé par le Président Sarkozy au début son mandat pour réformer la télévision publique et la mettre en conformité avec les exigences technologiques. Ce rapport proposa d'écarter la nomination par le CSA au profit d'une cooptation par le Conseil d'administration au sein de ses membres. Cette solution semblait logique, car c'est celle qui avait été retenue dans la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, et plus récemment dans l'article 19²⁸⁶⁵ de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique²⁸⁶⁶. C'est donc la solution retenue expressément pour la société anonyme

²⁸⁶³ Loi organique n° 2009-257 du 5 mars 2009 relative à la nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France, JORF, n°0056 du 7 mars 2009 page 4321 texte n° 1

²⁸⁶⁴ J-F. COPE, *Commission pour la nouvelle télévision publique*, Rapport remis au Président de la République, La documentation française, 2008

²⁸⁶⁵ Article 19 : « I. - Dans les sociétés dont plus de la moitié du capital est détenue directement par l'Etat, les dirigeants mandataires sociaux sont nommés par celui-ci dans les conditions suivantes :
1° Dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, lorsque le président assure la direction générale, celui-ci est nommé parmi les membres du conseil et sur proposition de ce dernier, par décret ; dans les autres cas, le directeur général est nommé par décret sur proposition du conseil d'administration ;
2° Dans les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, le président du directoire ou le directeur général unique sont nommés sur proposition du conseil de surveillance, par décret ».

²⁸⁶⁶ Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, JORF du 23 août 2014, page 14009.

Électricité de France²⁸⁶⁷ et pour la société anonyme Gaz de France²⁸⁶⁸.

1072. Dès la réception du rapport, le Président Sarkozy annonça sa décision de ne pas suivre les recommandations du Rapport Copé et de rajouter le Président de France Télévisions au nombre des emplois ou fonctions auxquels fait référence l'article 13 de la Constitution, nouvellement modifié. Introduit par l'article 4 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, l'alinéa cinq de l'article 13 de la Constitution française énonce désormais que : « *Une loi organique détermine les emplois ou fonctions, autres que ceux mentionnés au troisième alinéa, pour lesquels, en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation, le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. Le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi détermine les commissions permanentes compétentes selon les emplois ou fonctions concernés* »²⁸⁶⁹.

1073. Deux critères, cumulatifs étaient donc nécessaires pour qu'une nomination soit incluse dans le champ de cet alinéa : les emplois ou fonctions ne devaient pas être mentionnés au troisième alinéa de l'article 13²⁸⁷⁰, et ceux-ci devaient être soit « *importants pour la garantie des droits et libertés* », soit « *importants pour la vie économique et sociale de la Nation* ». Il semble

²⁸⁶⁷ Article 14 du Décret n°2004-1224 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Electricité de France, JO du 19 novembre 2004, p. 19505.

²⁸⁶⁸ Art. 16, décret no 2004-1223 du 17 novembre 2004 portant statuts de la société anonyme Gaz de France, JO du 19 novembre 2004, p. 19500.

²⁸⁶⁹ Sur ce sujet V. L. SPONCHIADO, « Du droit de regard au droit de veto : le contrôle restreint opéré par les parlementaires sur les nominations présidentielles », RFDA, 2011 p. 1019 ; D. MAHERZI, « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, 2011, p. 1335 ; A. VIDAL-NAQUET « Un président de la République plus "encadré" ? », La Semaine juridique (JCP G), 30 juillet 2008, n° 31, p. 28

²⁸⁷⁰ L'alinéa 3 de l'article 13 dispose que « *Les conseillers d'État, le grand chancelier de la Légion d'honneur, les ambassadeurs et envoyés extraordinaires, les conseillers maîtres à la Cour des comptes, les préfets, les représentants de l'État dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, les officiers généraux, les recteurs des académies, les directeurs des administrations centrales sont nommés en Conseil des ministres.* »

que les emplois culturels soient exclus du second sous-critère²⁸⁷¹, mais en tout état de cause, la fonction de Président des chaînes de radio et de télévision publique est primordiale pour la garantie du pluralisme qui découle de la liberté d'expression.

1074. Si l'un des objectifs de cette modification constitutionnelle, énoncés par le Comité Balladur était de « *définir une procédure à la fois efficace et transparente* »²⁸⁷², il ne s'agissait toutefois « que » d'encadrer le pouvoir de nomination du Président de la République, par l'émission d'un avis conforme²⁸⁷³ et non d'ériger les Commissions permanentes de l'assemblée en coauteur²⁸⁷⁴. Si 60% des participants²⁸⁷⁵ ou plus se prononcent contre la nomination, alors le président de la République ne peut procéder à celle-ci. A contrario, si 40% des participants ou plus acceptent le candidat, le choix présidentiel est confirmé. On peut donc affirmer que « *l'accord des Parlementaires importe peu* », seul leur désaccord emportant un effet quelconque effet juridique²⁸⁷⁶. Cet avis qui s'apparente à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation²⁸⁷⁷ semble largement dissuasif, car la majorité de 60 pour cent est difficilement atteignable dans un

²⁸⁷¹ Dans son rapport, le Sénateur Gélard avait énuméré les sous-critères retenus par le gouvernement et qui avaient guidé l'adoption du texte par les députés en première lecture. Il en résulte que les députés ont entendu exclure les emplois culturels du champ de l'alinéa 5 de l'article 13. V. Rapp. GELARD, S., 2009, n° 141, p. 17, cité par L. SPONCHIADO, Op cit, p. 1020 ; A.-M. LE POURHIET, « L'article 4 », LPA, 2008, n° 97, p. 17 ; contra V. WARSMANN, qui indique pendant le débat en séance que le culturel est inclus dans l'économique et le social, 3e séance de débat en séance publique, 22 mai 2008, JORF du 23 mai 2008, p. 2403

²⁸⁷² M. E. BALLADUR, *Une Ve République plus démocratique*, rapport au président de la République, 29 oct. 2007, p. 16-18

²⁸⁷³ Sur les différentes sortes d'avis V. H. HOEPFFNER., « Les avis du Conseil d'État », RFDA, 2009, p. 895

²⁸⁷⁴ Contra L. SPONCHIADO, Op cit, p. 1020 : l'auteur s'appuie sur les propos de P. Ferrari, reprenant les travaux d'Eisenman qui affirme que « *seul celui qui effectue une opération intellectuelle ou de volonté, ou bien les deux à la fois, peut être qualifié d'auteur de l'acte* ». L'opération intellectuelle consiste à fixer « le contenu de la norme » tandis que l'opération volontaire amène un organe « à se prononcer sur le projet de norme élaboré par d'autres sujets ». Il ajoute, par ailleurs, qu'il est nécessaire, dans la deuxième hypothèse que « *cette faculté de concourir ou de s'opposer dépende d'un choix libre de la part de celui à qui elle est reconnue* ». P. FERRARI, « Essai sur la notion de coauteur d'un acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommages à C. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 215 spec p 18 ; A. RICHARD le 20 février 2013, au cours de l'audition en commission de Nicole Maestracci en vue de sa nomination au Conseil constitutionnel affirmait également « Nous sommes coauteurs de la décision ». Cité par B. MONTAY, « Le pouvoir de nomination de l'exécutif sous la Vème République », Jus Politicum, n° 11, note 103

²⁸⁷⁵ Le terme de participant renvoie à ceux qui expriment un vote pour ou contre. Sont exclus les votes blancs ou nuls, car dans les chambres parlementaires « conformément au droit commun en matière électorale, les abstentions n'entrent pas en compte dans le dénombrement des suffrages exprimés », art. 13, § 4, Instruction générale du bureau AN.

²⁸⁷⁶ L. SPONCHIADO, Op cit, p. 1024

²⁸⁷⁷ Expression utilisée par L. SPONCHIADO, Ibid.

contexte de convergence des vues entre majorité parlementaire et Président de la République²⁸⁷⁸. En 2010, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDDH) dans ses deux avis consultatifs concernant la loi organique relative au Défenseur des droits affirmait sans ambages que « *les gages d'indépendance offerts par cette procédure de l'article 13 sont insuffisants* »²⁸⁷⁹. L'idée de N. Sarkozy de confier le pouvoir de nomination du Président-Directeur général de l'entreprise publique d'audiovisuel au Président de la République semblait donc assez peu encline à assurer une plus grande indépendance du secteur public vis-à-vis du pouvoir exécutif. C'est la raison pour laquelle F. Hollande réattribuera, dès son arrivée au pouvoir, le pouvoir de nomination à l'autorité de régulation censée être indépendante (2).

2) Le retour à la situation précédente, une situation non plus satisfaisante

À peine arrivé au pouvoir, François Hollande annonce son intention de réattribuer la compétence de nommer les PDG de France Télévisions, de Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur au CSA (a), mais cette situation conduira à la nomination de Delphine Ernotte aux termes d'une procédure à la régularité plus que douteuse (b).

a) La réattribution de la compétence de nomination au CSA

1075. Le 15 novembre 2013 est adoptée la loi intitulée significativement Loi sur l'indépendance de l'audiovisuel public²⁸⁸⁰. L'article 12 de cette loi modifie l'article 47-4 sur la nomination du Président des chaînes publiques. Il dispose désormais que « *Les présidents de la société France Télévisions, de la société Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France sont nommés pour cinq ans par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, à la majorité des membres qui le composent. Ces nominations font l'objet d'une décision motivée se fondant sur des critères de compétence et d'expérience* ». La composition du CSA est également modifiée par l'article 2 de la loi, qui modifie l'article 4 de la loi Léotard. En vertu du premier alinéa, le

²⁸⁷⁸ D. MAHERZI, Op cit, p. 1355

²⁸⁷⁹ V. CNCDDH, Avis sur le Défenseur des droits, 30 sept. 2010, § 15, réitérant son avis de février 2010. http://www.cncdh.fr/IMG/pdf/10.09.30_Avis_Defenseur_des_droits_PLO_Senat.pdf, cité par L. SPONCHIADO, Op cit, p. 1020

²⁸⁸⁰ LOI n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, JORF n°0266 du 16 novembre 2013 page 18622

Conseil supérieur de l'audiovisuel comprend désormais sept membres nommés par décret du Président de la République²⁸⁸¹ : la désignation de 3 membres revient au Président de l'Assemblée nationale et de 3 autres au président du Sénat, après avis conforme de la commission permanente chargée des affaires culturelles statuant à bulletin secret à la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. La loi prévoit que ces membres doivent être désignés « *en raison de leurs compétences en matière économique, juridique ou technique ou de leur expérience professionnelle dans le domaine de la communication, notamment dans le secteur audiovisuel ou des communications électroniques* ». Le Président de la République garde la compétence propre de désigner le Président de l'autorité selon la procédure de l'alinéa 5 de l'article 13²⁸⁸².

1076. Le 24 janvier 2013, O. Schrameck est nommé par François Hollande à la présidence du Conseil, et ce en dépit du fait qu'il n'a aucune compétence particulière dans ce domaine de l'audiovisuel. Il peut sembler étrange que la désignation des autres membres du CSA soit soumise à des conditions de compétences et d'expérience, tandis que celle du Président n'y est pas soumise. Il semble que cette nomination ne réponde d'ailleurs pas aux critères d'indépendance nécessaire à une telle autorité puisque O. Schrameck a été directeur de cabinet du Premier ministre socialiste Lionel Jospin de 1997 à 2002, pendant toute la durée du mandat parlementaire. David Kessler, conseiller pour la culture et la communication auprès de François Hollande avait par ailleurs côtoyé O. Schrameck lors du mandat de L. Jospin, puisqu'il était également conseiller pour la culture et la communication auprès de celui-ci. Les médias et l'opposition dénoncent cette nomination comme étant fortement politique²⁸⁸³. L'Assemblée nationale nomme la journaliste du Point S. Pierre-Brossolette²⁸⁸⁴, une proche d'O.

²⁸⁸¹ Sur la désignation comme pouvoir substantiel de nomination V.B. MONTAY, « Le pouvoir de nomination de l'exécutif sous la Vème République », Jus Politicum, n° 11, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, §2. L'auteur souligne notamment que la dissociation entre compétence formel de nomination qui appartient au Président de la République et compétence substantielle répond à une finalité théorique, celle de la lutte contre l'arbitraire.

²⁸⁸² Loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution, JO n° 169, 24 juill. 2010, p. 13642

²⁸⁸³ V. par exemple L. MAUDUIT, « France Televisions : la désignation de la PDG entachée d'irrégularité » in Mediapart, 16 Mai 2015, <https://www.mediapart.fr/journal/france/160515/france-televisions-la-designation-de-la-pdg-entachee-d-irregularites>

²⁸⁸⁴ Décret du 23 janvier 2013 portant nomination du président et de membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel, JORF n° 20 du 24 janvier 2011, p. 1536

Schrameck²⁸⁸⁵, tandis que le Président du Sénat nomme Mémona Hintermann-Afféjee²⁸⁸⁶, journaliste à France 3 de 1976 à 2012. Le mandat de deux membres, nommés par des majorités de droite, arrive à échéance en janvier 2015, et O. Schrameck semble s'arranger, auprès des Assemblées compétentes pour la nomination, pour que soient nommés des proches²⁸⁸⁷, s'assurant ainsi d'une majorité pour la nomination prochaine du Président de France Télévisions, qui doit intervenir au printemps 2015 (b).

b) La nomination à la régularité douteuse de D. Ernotte

1077. Le 23 avril 2015, le Conseil réuni en assemblée plénière nomme Delphine Ernotte présidente de France Télévisions, bien que celle-ci n'ait, comme O. Schrameck, aucune expérience dans le secteur de l'audiovisuel, ce qui est contraire aux dispositions de l'article 47-4 de la loi Léotard²⁸⁸⁸. La régularité de la procédure ayant conduit à la nomination de D. Ernotte est par ailleurs contestée par de nombreux acteurs du secteur et fait même l'objet de plusieurs recours devant le Conseil d'État, qui les rejettera par un arrêt en date du 3 février 2016²⁸⁸⁹.

Les requérants soutenaient notamment que la décision de nomination avait été prise au terme d'une procédure irrégulière au motif que le président du CSA aurait décidé de manière unilatérale, avant que le collège procède au vote destiné à désigner les candidats qui seraient auditionnés, de changer les modalités de cette présélection. À l'origine, il était prévu que chacun des conseillers cocherait des cases dans la liste des trente-trois candidats en lice : les postulants ayant reçu cinq voix seraient de facto retenus pour audition, mais le collège discuterait ensuite

²⁸⁸⁵ L. MAUDUIT, Op cit.

²⁸⁸⁶ Décret du 23 janvier 2013 portant nomination du président et de membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel, Op cit.

²⁸⁸⁷ L. MAUDUIT, Op cit.

²⁸⁸⁸ « Les présidents de la société France Télévisions, de la société Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France sont nommés pour cinq ans par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, à la majorité des membres qui le composent. Ces nominations font l'objet d'une décision motivée se fondant sur des critères de compétence et d'expérience ». La loi ne précise pas quelle doit être la nature des compétences et de l'expérience requise, ce sur quoi s'appuiera le Conseil d'Etat pour rejeter les recours.

²⁸⁸⁹ CE, 3 février 2016, *Syndicat national des professionnels de la communication et de l'audiovisuel CFE-CGC et autre*, n° 390842

des cas ayant obtenu moins de voix²⁸⁹⁰. Le jour même du vote, le CSA a instauré un vote à bulletin secret, sur chaque candidat, l'un après l'autre, par ordre alphabétique. Après chaque vote n'ont été retenus que les candidats ayant obtenu cinq voix sur huit. Cette étape de la procédure avait surpris et débouché sur l'éviction de candidats considérés comme sérieux comme Marie-Christine Saragosse, présidente de France Médias Monde, Emmanuel Hoog, président de l'AFP, et Didier Quillot, ancien dirigeant de Lagardère Active²⁸⁹¹, qui avaient une expérience et des compétences reconnues dans le domaine de l'audiovisuel. Le Conseil d'État rejette pourtant ce moyen au motif qu'il « *il ressort des pièces du dossier, en particulier du procès-verbal de la séance du 15 avril 2015, que c'est l'ensemble du collège qui a délibéré en ce sens* »²⁸⁹².

Les requérants alléguaient également que la procédure était entachée d'irrégularité du fait du secret dans lequel avait été tenu le nom des candidats. Le Conseil d'État rejette ce moyen, car « *aucun principe général du droit ne faisait obligation au CSA de rendre publics les noms des personnes ayant fait acte de candidature ou ceux des candidats qu'il avait sélectionnés pour une audition* »²⁸⁹³ non plus qu'une disposition législative ou réglementaire.

1078. Le choix du huis clos pour l'audition des candidats a également été contesté, mais pas devant le Conseil d'État. Dans une communication en date du 4 février 2015, « Adoption par le CSA de la procédure de nomination à la présidence de France Télévisions », le CSA rendait publique une partie des règles de procédure, concernant notamment la transparence de la procédure, « *Le Conseil établira une liste restreinte de candidats qu'il auditionnera. Cette liste sera rendue publique à la condition qu'aucun des candidats retenus ne s'y oppose auprès du président. Les audiences ne seront pas publiques, en accord avec la décision du Conseil*

²⁸⁹⁰ A. PIQUARD, « La nomination de D. Ernotte fait grincer des dents », Le Monde, 30 avril 2015, https://abonnes.lemonde.fr/actualite-medias/article/2015/04/30/la-nomination-de-delphine-ernotte-fait-toujours-grincer-des-dents_4625676_3236.html#eAROtTBrqapTMlyj.99?

²⁸⁹¹ A. DELCAMBRE et A. PIQUARD, « France TV : Le Conseil d'Etat valide la nomination de Delphine Ernotte », Le Monde, 3 février 2016. http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2016/02/03/france-tv-le-conseil-d-etat-valide-la-nomination-de-delphine-ernotte_4858798_3236.html#jHwXjU6jvleLGyRr.99

²⁸⁹² Considérant 3

²⁸⁹³ Considérant 5

*constitutionnel du 27 juillet 2000*²⁸⁹⁴ ». Dans la décision, à laquelle se réfère expressément le CSA pour établir les règles de procédure, le Conseil constitutionnel avait censuré une partie de l'article 8 de la loi qui modifiait l'article 47-4 sur la procédure de nomination du Président des chaînes publiques²⁸⁹⁵, qui prévoyait la publication intégrale des auditions et des débats, au motif que « *ne serait plus assurée en pareil cas l'entière liberté de parole tant des candidats que des membres du Conseil eux-mêmes, condition nécessaire à l'élaboration d'une décision collégiale éclairée, fondée sur la seule prise en compte de l'intérêt général et du bon fonctionnement du secteur public de l'audiovisuel dans le respect de son indépendance ; qu'en outre, la publication intégrale de ces auditions et débats pourrait porter atteinte à la nécessaire sauvegarde du respect de la vie privée des personnes concernées* »²⁸⁹⁶. Toutefois, rien n'empêchait le CSA de rendre public le nom des personnes auditionnées et des personnes ayant présenté leur candidature : c'est une interprétation particulièrement large de la décision du Conseil que retient le CSA, en faveur de plus d'opacité. Ces choix contrastent évidemment avec les mesures qui avaient été prises au Royaume-Uni dès 1995 suite à la publication du rapport Nolan, et on doit évidemment le regretter. Cette opacité dans la procédure de nomination est d'autant plus grave qu'elle se double d'une trop grande marge de manoeuvre laissée au Président ainsi nommé, et d'une certaine opacité dans la prise de décision (B).

B) L'opacité des processus de prise de décisions

L'opacité des processus de prise de décisions se caractérise par la très grande marge de manoeuvre laissée au Président (1) ainsi que par l'opacité des processus d'externalisation (2).

²⁸⁹⁴ CC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Décision n° 2000-433 DC, note Franceschini « Statut de la communication audiovisuelle », *Légipresse*, 2000, n° 175, p. 101 ; note Galloux, in *Communication, commerce électronique*, septembre 2000, n° 8 ; note Derieux « Statut de la communication audiovisuelle », *Légipresse*, 2000, n° 175, p. 93 ; note Jacquinet, « Liberté de communication », *D.* 2001, n° 23, p. 1838-1839

²⁸⁹⁵ Considérant 15

²⁸⁹⁶ Considérant 14

1) La très grande marge de manoeuvre laissée au Président

1079. Dépouillé de la compétence de nomination du Président de la Société qui en droit commun des sociétés leur reviendrait, le Conseil d'administration perd une part substantielle de leur autorité vis-à-vis des Présidents²⁸⁹⁷. Il en résulte une pratique totalement différente de celle des entreprises privées : « *les nominations comme les révocations sont tributaires d'une forte politisation et leur mise en oeuvre fait parfois l'objet d'équilibres préalables qu'elle confine à une paralysie* »²⁸⁹⁸. Le Conseil d'administration peut répugner à remettre en cause les choix stratégiques de la présidence : ceux qui sont nommés par l'État considèrent le président comme le représentant de l'autorité qui les a elle-même désignés²⁸⁹⁹. Ce processus n'est pas que moral, il est aussi organisé juridiquement : l'aménagement des pouvoirs du Conseil d'administration favorise l'affaiblissement de leur rôle de surveillance, leur déresponsabilisation et la politisation de la gestion²⁹⁰⁰.

1080. Ce processus laisse de fait un pouvoir quasi absolu aux Président des chaînes, qui nomment et révoquent aux emplois stratégiques et qui prennent parfois les décisions importantes sans même en référer aux membres du Conseil. L'affaire des contrats de France 2, passés notamment avec la société de production de Jean-Luc Delarue manifeste de cette opacité des décisions. En 1995, Jean-Pierre Elkabach, alors président de France Télévisions, « débauche » Jean-Luc Delarue de TF1, sur la base d'un contrat illégal : ce dernier touche en effet un double salaire : il est rémunéré par France Télévisions, mais également par sa société de production. Xavier Gouyou-Beauchamps, alors président de France 3, chaîne sur laquelle sont diffusées les émissions de Jean-Luc Delarue n'était absolument pas au courant de ces contrats, tout comme le Conseil d'administration de France Télévisions qui avait concédé au président-directeur général une délégation pratiquement illimitée de compétence, dont la légalité paraît discutable²⁹⁰¹.

²⁸⁹⁷ Comme l'expliquent A. G. DELION, M. DURUPTY, « Chronique des entreprises publiques », RFAP, n° 77, 1996, p. 217, spéc p. 222, qui parlent généralement du modèle dominant dans les entreprises publiques.

²⁸⁹⁸ Ibid.

²⁸⁹⁹ Ibid.

²⁹⁰⁰ Ibid.

²⁹⁰¹ Ibid.

France 2 avait également été condamnée en mai 1995, pour avoir favorisé l'animateur vedette Nagui en lui confiant l'émission « N'oubliez pas votre brosse à dents », qui avait été initialement proposée par une autre société, TVTV²⁹⁰². Jean-Pierre Elkabach reconnut ensuite publiquement avoir décidé seul de la stratégie contractuelle adoptée avec les sociétés indépendantes de production, et présenta sa démission, mais les statuts de France Télévisions ne furent pas discutés ni remis en cause²⁹⁰³. Un autre exemple caractéristique eut lieu avec la suppression de la publicité entre vingt heures et six heures du matin décidée par Nicolas Sarkozy sur France Télévisions. Le 8 janvier 2008, le président de la République fit part de son projet de « suppression totale de la publicité sur les chaînes publiques » au 5 janvier 2009. Seule l'Assemblée nationale avait statué à cette date, et le ministre de la Culture enjoint au PDG de France Télévisions de faire voter par son Conseil d'administration de renoncer aux ressources publicitaires en cause²⁹⁰⁴. Cette mainmise du Président sur la gestion se double d'une grande opacité dans les décisions d'externalisation (2).

2) L'opacité de l'externalisation

1081. La Cour des comptes a été amenée à de nombreuses reprises à mettre en exergue les problèmes de gestion financière de France Télévisions. Nous nous intéresserons ici plus précisément aux problèmes de gestion liés à l'achat de programmes qui a un impact sur la qualité du service. Comme le soulève la Cour des comptes²⁹⁰⁵, à l'exception de l'information et des sports qui sont très majoritairement produits en interne, « *France Télévisions achète auprès de sociétés privées de production les programmes qui servent à alimenter sa grille, non seulement en émissions dites de « flux » (magazines, divertissements, jeux), mais également en œuvres dites « patrimoniales » (fictions, documentaires, films, animations, captations de spectacles vivants) ».*

²⁹⁰² https://www.lesechos.fr/09/05/1996/LesEchos/17144-083-ECH_france-television--jean-pierre-elkabbach-tente-de-desamorcer-la-crise.htm#xtE7VT0IrdKo22t5.99

²⁹⁰³ Ibid.

²⁹⁰⁴ V. S. REGOURD, « La loi du 5 mars 2009 et le nouveau service public de la télévision : une régénération controversée », Legipresse, 2009, n° 260, p. 29s

²⁹⁰⁵ Cour des Comptes, *France Télévisions, Mieux gérer l'entreprise, Accélérer les réformes*, Octobre 2016.

1082. Bien que non soumise au code des marchés publics lors de l'entrée en vigueur de celui-ci en 2006²⁹⁰⁶, la société France Télévisions entre dans le champ de la commande publique avec l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics²⁹⁰⁷. France Télévisions est un « pouvoir adjudicateur » au sens de ces textes²⁹⁰⁸. Toutefois, les achats de programmes, qui font partie des secteurs dits « exclus » du champ de ces prescriptions par la législation européenne, ne sont pas

²⁹⁰⁶ V. Annexe au décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics (CMP 2006 2016), JORF n°179 du 4 août 2006 page 11627, Article 2 : « *Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont :*

1° L'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ;

2° Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Sauf dispositions contraires, les règles applicables à l'Etat le sont également à ceux de ses établissements publics auxquels s'appliquent les dispositions du présent code. De même, sauf dispositions contraires, les règles applicables aux collectivités territoriales le sont également aux établissements publics locaux ».

²⁹⁰⁷ V. Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JORF du 7 juin 2005 p. 10014

Article 4 : - « *Les entités adjudicatrices soumises à la présente ordonnance sont :*

1° Les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26

2° Les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 26.

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ; Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 relatif aux pouvoirs adjudicateurs et décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 relatif aux entités adjudicatrices ».

²⁹⁰⁸ L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF du 24 juillet 2015 page 12602 abroge et remplace l'ordonnance de 2005 et le décret de 2006. L'article 10 de cette nouvelle ordonnance dispose que « *Les pouvoirs adjudicateurs sont :*

1° Les personnes morales de droit public ;

2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;

3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ».

soumis aux règles de la commande publique²⁹⁰⁹. Cette exclusion se comprend du fait « *de l'importance, dans les choix, des critères artistiques et éditoriaux* »²⁹¹⁰ qui ne peuvent être mesurés de manière objective, et peuvent donc difficilement faire l'objet d'un appel d'offres. Justement du fait de l'exclusion de la soumission aux règles de la commande publique, il semble nécessaire d'assurer une procédure de sélection transparente à l'intérieur de l'entreprise pour s'assurer que les décisions liées à la sélection des boîtes de production et des programmes soient effectivement faites sur la base de critères artistiques et éditoriaux. Or, comme le relève la Cour des comptes, « *À l'exception du passage en sous-comité des engagements pour les projets supérieurs à 10 M€, le processus de décision qui conduit à la passation d'une commande de programme repose sur des échanges informels entre l'antenne, la PMDA et le producteur, pratique qui rend la traçabilité des décisions difficiles à établir. Au regard des « bonnes pratiques » de gouvernance, il est surprenant que les décisions d'achat ne soient pas prises ou, à tout le moins, examinées pour avis par des instances collégiales sur la base d'un dossier documenté et en donnant lieu à l'établissement d'un procès-verbal* »²⁹¹¹. La Cour des comptes pointe en particulier le risque de conflits d'intérêts en mettant en avant « *l'étroitesse du milieu professionnel de l'audiovisuel* » dans lequel « *les « acheteurs » de France Télévisions peuvent être d'anciens salariés de sociétés de production tandis que les interlocuteurs de France Télévisions dans des sociétés de production peuvent être d'anciens salariés de l'entreprise* ».

Il semble d'ailleurs que les conflits d'intérêts possibles ne restent pas à l'état de simples risques puisque la Cour reconnaît que « *Ces pratiques critiquables – souvent connues à l'intérieur, mais aussi à l'extérieur de France Télévisions – alimentent des rumeurs et des*

²⁹⁰⁹ V. Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Article 14 : « *Sous réserve des dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité prévues à l'article 16, la présente ordonnance n'est pas applicable aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs et qui présentent les caractéristiques suivantes : 14° Les marchés publics de services qui :*

a) Soit sont relatifs aux temps de diffusion ou à la fourniture de programmes lorsqu'ils sont attribués à des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou à des organismes de radiodiffusion ;

b) Soit ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion et attribués par des éditeurs de services de communication audiovisuelle ou radiophonique.

Au sens du présent 14°, la notion de programme inclut le matériel pour programme à l'exclusion du matériel technique ».

²⁹¹⁰ Cour des comptes, Op cit, p. 91

²⁹¹¹ Ibid.

polémiques éminemment nuisibles à la réputation de l'entreprise »²⁹¹². Il semble donc nécessaire de mettre en place des procédures transparentes et collégiales permettant de pallier ces facteurs de risque.

1083. Par ailleurs, comme le souligne la Cour des comptes, si France Télévisions estime qu'il lui est impossible de réduire les coûts d'achat des « programmes nationaux de flux », du fait de la concurrence sur le marché, c'est parce que l'entreprise veut faire appel à des présentateurs « en vue » et populaires, qui trouveraient tout aussi bien leur place sur les chaînes privées. Il est légitime de se demander si c'est le rôle d'une chaîne publique que d'attirer les spectateurs avec un animateur, payé comme une star²⁹¹³. Si l'entreprise souligne que sa capacité de négociation est limitée par le jeu de la concurrence, ce constat ne vaut que pour les émissions qui recourent à des présentateurs en vue et dont le style serait compatible avec les télévisions privées.

Conclusion §1 :

1084. Le système français semble favoriser l'inefficience, et ce pour plusieurs raisons. On observe d'abord que la nomination du Président de l'Institution par l'autorité de régulation n'a pas résolu le problème de la politisation de la fonction, du fait de la politisation même de cette autorité de régulation²⁹¹⁴. Si cette politisation est désormais beaucoup plus diffuse, elle n'en est pas moins omniprésente. Cette politisation, notamment de la Présidence de l'entreprise, pose d'autant plus problème qu'elle se double d'une grande mainmise du ou de la Présidente sur les nominations aux postes stratégiques. Elle peut s'avérer inefficente, car l'engagement ou les prises de position politiques ou stratégiques des personnes nommées sont susceptibles d'être privilégiées par rapport à leurs compétences réelles dans le domaine de la culture ou de l'audiovisuel. Cette politisation et cette mainmise du Président sur les choix stratégiques de l'entreprise sont enfin accompagnées d'une opacité dans les choix d'externalisation. Or,

²⁹¹² Ibid, p. 94

²⁹¹³ Le coût de grille du « programme national » (France 2, France 3, France 4, France 5, France Ô) représente plus de la moitié (52 % en 2015) du coût total des programmes de France Télévisions (2 047 M€ en 2015), Ibid, p. 76

²⁹¹⁴ Pour un exemple très récent, V. P. CASSIA, « Les contorsions du Conseil d'Etat pour valider la révocation de Matthieu Gallet », in Le blog de Paul Cassia, Mediapart, en ligne https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/141218/les-contorsions-du-conseil-d-etat-pour-valider-la-revocation-de-mathieu-gallet?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=Sharing&xtor=CS3-67

aujourd'hui, tous les programmes, hormis l'information, sont produits par des sociétés de production privées. L'absence de transparence dans les choix de programmes et de sociétés de production rend le risque de capture du service public très présent. En Italie et au Royaume-Uni, on avait observé une tentative de dé-politisation des prises de décision dans les années 90. Les réformes managériales, censées améliorer l'efficacité des entreprises sur le modèle du New public Management vont tendre à partir du début des années 2000 à une concentration du pouvoir, avec le risque d'une politisation concomitante (§2).

§2 En Italie et au Royaume-Uni, des réformes managériales successives renforçant la concentration du pouvoir

En Italie, la loi Gasparri de 2004 renforce la domination de l'exécutif au sein du Conseil d'administration de la RAI en l'absence de concrétisation du processus de privatisation (A) tandis qu'au Royaume-Uni, le gouvernement impulse également une forme de la gouvernance de la BBC suite aux conclusions du rapport Hutton mettant en cause la responsabilité de la chaîne publique dans le suicide de D. Kelly (B).

A) En Italie, un système transitoire organisant la domination de l'exécutif sur le Conseil d'administration

1085. Suite au référendum abrogatif rendant possible la privatisation de la RAI, la loi Gasparri organise la gouvernance de la RAI lorsque cette privatisation sera effective. Telle privatisation n'étant jamais intervenue, c'est le régime transitoire qui s'applique, un régime renforçant les pouvoirs du gouvernement dans la nomination des conseillers d'administration (1). La Cour constitutionnelle tentera toutefois d'atténuer les effets de cette réforme transitoire en accentuant la parlementarisation (2).

1) La loi Gasparri et le régime transitoire

1086. Le référendum abrogatif du 11 juin 1995²⁹¹⁵ avait rendu possible l'entrée au capital de l'entreprise de personnes privées ainsi que la privatisation matérielle de la RAI²⁹¹⁶. Ce référendum avait été contesté par certains intellectuels qui s'interrogeaient sur « la capacité de l'électeur moyen à fournir une réponse consciente à la question du référendum », mais il transforme de fait la nature de la société RAI et il doit permettre, selon les auteurs de la réforme d'assurer une meilleure indépendance du service public audiovisuel en diversifiant les sujets de l'assemblée générale²⁹¹⁷. Ce référendum, advenu sous la législature XII, alors que Berlusconi était Premier ministre, n'eut pas de conséquences directes puisqu'en mai 1996, la coalition de gauche gagne les élections législatives. Avec l'inertie qui caractérise le législateur italien, le projet de loi qui devait mettre en oeuvre cette privatisation ne fut jamais approuvé. La modification législative d'importance eut lieu en 2004²⁹¹⁸, après que S. Berlusconi fut revenu au pouvoir. Elle fut portée par M. Gasparri, ministre des Communications du gouvernement Berlusconi II.

1087. La loi prévoit l'incorporation de la société RAI-Radiotelevisione Italiana SPA dans la société RAI-Holding SPA²⁹¹⁹, qui doit permettre la vente des actions de l'État et la privatisation

²⁹¹⁵ Sur ce sujet V. S. VITALE, « Sull'ambiguità del concetto di servizio pubblico radiotelevisivo », Tesi di dottorato di ricerca in « Sociologia e ricerca sociale », Università degli Studi di Napoli Federico II, En ligne, Année non précisée, p. 61-68

²⁹¹⁶ La question exacte posée aux électeurs lors de ce referendum était : « *Voulez-vous l'abrogation : a) de l'article 2 alinéa 2 de la loi du 6 août 1990 n° 223 (NB : Loi Mammì) dans les limites des mots « à totale participation publique » ; b) de l'article 1 du décret loi du 19 octobre 1992 n° 408 « Disposizioni urgenti in materia di pubblicità radiotelevisiva » (NB : Cet article prévoyait que « Les actions de la RAI - Radiotelevisione italiana - société anonyme peuvent appartenir seulement à l'Etat, à des organismes publics ou à des sociétés à totale participation publique ») ? A cette question, les électeurs répondirent « Oui » à 54,9 pour cent.*

²⁹¹⁷ R. DE LAURENTIIS, « La nuova riforma RAI : Legge n° 220/2015 e il confronto europeo » in federalismi.it, Focus Comunicazione, Media e Nuove tecnologie, n° 2/2016

²⁹¹⁸ Legge 3 maggio 2004, n.112, « Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a., nonche' delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione »,

²⁹¹⁹ Article 21 de la loi précitée.

progressive de la société²⁹²⁰. En conséquence, le Conseil d'administration de la société, composé de 9 membres, est, en vertu du droit commun des sociétés anonymes, nommé par l'assemblée générale des actionnaires. L'élection des administrateurs se fait au scrutin de liste. Le représentant du ministère de l'Économie et des Finances de l'assemblée présente une liste autonome de candidats, en indiquant un nombre maximal de candidats proportionnel au nombre d'actions dont l'État est titulaire. Le président du Conseil d'administration est nommé par ses pairs, et sa nomination devient effective après l'avis favorable de la Commission parlementaire, avec une majorité des deux tiers.

1088. Toutefois, un régime transitoire est prévu jusqu'à la privatisation effective. L'alinéa 9 de l'article 20 dispose que « *Jusqu'à ce que le nombre d'actions vendues atteigne 10 pour cent du capital de la société, la Commission parlementaire indique sept membres en les élisant avec un vote limité à une personne ; les deux autres membres, parmi lesquels le Président sont nommés par l'actionnaire majoritaire (donc le Ministère des Finances)* ». Comme le note A. Pace, le projet de privatisation prévu par la loi Gasparri est en réalité difficilement réalisable, car il semble très peu intéressant pour un actionnaire de ne détenir qu'un pour cent de la société²⁹²¹.

R. De Laurentiis relève lui que cette privatisation n'a pas été rendue possible par le pouvoir lui-même, refusant d'abandonner la possibilité d'influencer les choix éditoriaux et gestionnaires de la société²⁹²². En conséquence, c'est bien l'alinéa 9 de l'article 20 qui s'applique jusqu'en 2018. En vertu de la répartition des sièges au Parlement, dont, rappelons, la commission parlementaire est l'exacte recomposition, quatre membres sont nommés par la majorité et trois par la minorité. Cette majorité est renforcée grâce aux deux personnes nommées par l'actionnaire majoritaire, et donc par l'exécutif. Il est donc évident que c'est non seulement la majorité parlementaire, mais surtout le gouvernement qui jouera un rôle déterminant dans la composition du Conseil

²⁹²⁰ La loi ne prévoit aucune limite au capital qui peut être vendu et consent donc à la privatisation totale de l'entreprise, alors même que la Cour constitutionnelle avait dans une décision n° 284/2002 exclu la possibilité d'une cession majoritaire du capital, limitant par la même la portée du referendum abrogatif de 1995, R. ZACCARIA, « Servizio pubblico radiotelevisivo, garanzia del diritto all'informazione e istituzioni di effettiva tutela », *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Cedam, 2003, p. 927

²⁹²¹ A. PACE, « Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo », Op cit.

²⁹²² R. De LAURENTIIS, « La nuova riforma RAI : Legge n° 220/2015 e il confronto europeo », Op cit, p. 7

d'administration²⁹²³. Cette loi traduit, selon E. Cheli parfaitement le concept de « pluralisme de partition » avec une prépondérance de la majorité au sein du conseil d'administration²⁹²⁴. Cette domination du gouvernement est d'ailleurs très importante au moment où le système majoritaire se renforce en Italie²⁹²⁵. La nomination du président du Conseil d'administration ne devient effective qu'après l'avis favorable de la Commission parlementaire exprimée à la majorité des deux tiers, ce qui permet dans une certaine mesure à la minorité parlementaire d'être impliquée dans le choix du Président.

1089. En plus de ne pas tenir compte des critiques doctrinales concernant la répartition politique des sièges au conseil d'administration, cette loi recrée donc la domination gouvernementale qui avait été déclarée non constitutionnelle par la Cour Constitutionnelle dès 1974²⁹²⁶. La Cour avait pourtant rappelé dans une décision de 2002 l'obligation de la chaîne concessionnaire d'assurer « *une information complète [...] et rigoureusement impartiale quand elle reflète le débat entre les diverses orientations politiques qui se confrontent dans le pays* » et avait donc réaffirmé « *la nécessité constitutionnelle de soustraire la télévision à l'arbitraire de la décision politique* »²⁹²⁷. La Cour interviendra toutefois a posteriori en donnant une interprétation des dispositions de la loi qui renforce le pouvoir de la Commission parlementaire (2).

2) Le rééquilibrage des pouvoirs par la Cour constitutionnelle

En dépit de pouvoir assurer une télévision publique soustraite à sa condition politique, la Cour va accentuer l'option parlementaire qui avait été choisie par le législateur en 1975²⁹²⁸, en interprétant les textes de telle façon à ce que le ministère ne puisse révoquer un membre du

²⁹²³ Ibid.

²⁹²⁴ V. E. CHELI, « Note in tema di pluralismo e servizio pubblico radiotelevisivo nella transizione al « digitale terrestre » in *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di P. Barile*, Op cit, p. 226 ; V. aussi A. PACE, Op cit.

²⁹²⁵ A. CHIMENTI, *L'ordinamento radiotelevisivo italiano*, Giachipelli, 2007, p. 195

²⁹²⁶ Ibid.

²⁹²⁷ B. TONOLETTI, « I principi costituzionali dell'attività radiotelevisiva », in M. CUNIBERTI, E. LAMARQUE, B. TONOLETTI, G. E. VIVEGANI, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, 2006, 2ème ed, p. 247

²⁹²⁸ G. E. VIVEGANI, Op cit, p. 43

Conseil d'administration sans avis conforme de la Commission parlementaire (a). Cette décision comporte toutefois des limites comme le suggèrent les auteurs l'ayant commenté (b).

a) La décision de la Cour

1090. Dans la décision du 13 mars 2009, n° 69²⁹²⁹, la Cour doit interpréter l'article 49 alinéa 10 du Texte unique de la radiodiffusion de 2005 pour résoudre un conflit d'attribution des pouvoirs d'État entre la Commission parlementaire et le ministre de l'économie relatif au pouvoir de destitution d'un membre du Conseil d'administration nommé par le gouvernement. En l'espèce, par une lettre en date du 11 mai 2007, le Président du Conseil des ministres avait communiqué au Président de la Commission parlementaire sa décision de remplacer le Conseiller d'administration nommé par l'assemblée générale des actionnaires, le Professeur Angelo Maria Petroni, qui avait été nommé par le gouvernement précédent. En l'espèce, le Président de la Commission parlementaire souhaitait voir appliqué l'article 49 alinéa 8 du décret-loi n° 177 de 2005, en vertu duquel « *Le représentant du ministre de l'Économie et des Finances, au sein de l'assemblée de la société concessionnaire convoquée pour l'adoption d'une délibération de révocation ou qui comporte la révocation d'un administrateur, exprime son vote en conformité avec la délibération de la Commission parlementaire communiquée à celui-ci* ». Le 29 mai, le président de la Commission parlementaire a donc communiqué au ministre de l'Économie son intention de convoquer dans les temps les plus brefs la Commission, pour délibérer sur la révocation du Conseiller Petroni. Le 16 mai, le Conseil d'administration a toutefois convoqué l'assemblée générale des actionnaires pour délibérer sur cette révocation, sans attendre l'avis de la Commission parlementaire. Le 7 juin 2007, le Tribunal administratif régional, saisi par le Professeur Petroni, a suspendu de manière provisoire la convocation de l'assemblée des actionnaires, mais cette décision a ensuite été annulée, par un arrêt en date du 31 juin 2007, par le Conseil d'État. Le 10 septembre 2007, l'Assemblée convoquée par le collège syndical, en

²⁹²⁹ Sentenza n° 69 del 2009. Pour les commentaires à la décision V. E. LEHNER, « Il caso Petroni : luci ed ombre della sentenza n° 69 del 2009 », in *Giur. cost.*, 2009, p. 646 ; R. DICKMANN, G. MALINCONICO, « La posizione costituzionale della Commissione di vigilanza RAI nel quadro delle competenze normative in materia di servizio pubblico radiotelevisivo », *Federalismi.it* ; C. CARUSO, « Il caso Petroni davanti alla Corte, ovvero della metamorfosi dell'atto politico », *Forum dei Quaderni costituzionali* ; F. FELICETTI, M.R. SAN GIORGIO, « Revoca di un consigliere di amministrazione della Rai », in *Corriere Giur.*, 2009(5), p. 714 (nota a sentenza).

vertu de l'article 2367 du Code civil, a procédé à la révocation du Professeur Petroni et sa substitution par le Docteur Fabiani.

1091. Le ministre des Finances avançait que l'alinéa 8 de l'article 49 ne s'appliquait pas en l'espèce, car, en vertu de l'alinéa 9 de ce même article, il ne devait s'appliquer qu'à partir du moment où 10 pour cent des actions de la société avaient été cédées à une personne privée, hypothèse qui ne s'était pas encore concrétisée. La Commission parlementaire arguait au contraire qu'il était nécessaire d'interpréter l'alinéa 10 de l'article 49 en accord avec l'article 21 de la Constitution tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle à partir de l'arrêt n° 225 de 1974, selon lequel « *l'activité radiotélévisuelle publique ne peut pas être considérée comme l'apanage de la majorité politique* »²⁹³⁰.

1092. Après avoir rappelé sa jurisprudence constante, ainsi que les différentes évolutions législatives, la Cour accueille les arguments de la Commission parlementaire en considérant qu'il n'existe « *aucun motif raisonnable pour lequel la destitution des membres du Conseil d'administration de la RAI, durant la période, d'une durée indéfinie, qui précède la vente des actions, soit soumise à un régime différent de celui voulu par le législateur durant les dernières décennies et confirmée par cette même loi* »²⁹³¹. La Cour a donc accepté de moduler les effets de la distinction législative qui découlait de l'alinéa 9 de l'article 49 (en vertu duquel la procédure de nomination et de destitution des membres était différente respectivement avant et après la cession de 10 pour cent du capital de l'entreprise publique), et ce en vertu de la nécessité constitutionnelle de libérer les organes de gestion du concessionnaire public de l'influence prépondérante de l'exécutif²⁹³². Nombreux aspects de cette décision sont toutefois critiqués par la doctrine (b).

b) Les critiques doctrinales de cette décision

1093. Dans cette décision, la Cour constitutionnalise en effet le lien entre mise en oeuvre du

²⁹³⁰ §1.1 Ritenuto in fatto.

²⁹³¹ §4 Ritenuto in fatto.

²⁹³² L. VIOLINI, « Note sul « Caso Petroni » : ovvero se sia ancora necesario garantire l'imparzialità del servizio pubblico radiotelevisivo e come si debba garantire », in Quad. Cost, 2008, p. 375

principe d'impartialité et parlementarisation des organes de gestion du concessionnaire, car « *la représentation parlementaire semble le meilleur gardien, dans les conditions politiques actuelles, pour maintenir les administrateurs de la société concessionnaire, dans les limites possibles, à l'abri de pressions et de conditionnements qui auraient inévitablement des incidences sur leur objectivité et leur impartialité* »²⁹³³. Elle remarque en outre que « *Le législateur a prévu, durant les trente dernières années, diverses formes et proportions pour la nomination et la composition du Conseil d'administration de la RAI, mais il a toujours respecté deux principes fondamentaux : le premier consistant dans la prévalence numérique des Membres désignés par la Commission parlementaire ; le second dans le rôle nécessaire de cette dernière dans la procédure de destitution des membres de ce conseil* »²⁹³⁴. Cet optimisme semble pour beaucoup d'auteurs excessif. G. E. Vivegani note par exemple très justement que « *d'un côté, la Cour déclare que tous les conseillers, même ceux qui sont nommés exclusivement par le gouvernement, doivent être indépendants de celui-ci*²⁹³⁵ ; mais d'un autre côté, elle exalte le pouvoir de désignation parlementaire qui atteste de l'impartialité des conseillers, en ne prenant presque pas en considération le fait que dans une démocratie parlementaire bipolaire, la nomination par la Commission parlementaire conduit presque inévitablement à faire de l'émetteur public « une proie de la majorité », et donc, au moins indirectement, de ce même exécutif, qui, de la majorité est aussi le guide »²⁹³⁶.

1094. Par ailleurs, la procédure de nomination du directeur général, nommé par le Conseil d'administration, en accord avec l'assemblée des actionnaires, donc du ministère des finances renforce indéniablement l'influence du gouvernement sur la société²⁹³⁷. En l'absence de la figure de l'administrateur délégué, typique du droit des sociétés italien, le pouvoir de gestion était

²⁹³³ §3.3 Considerato in diritto.

²⁹³⁴ §3.4 Considerato in diritto.

²⁹³⁵ Phrase reprise de E. LEHNER, « Il caso Petroni : luci ed ombre della sentenza n° 69 del 2009 », Op cit.

²⁹³⁶ G. E. VIVEGANI, Op cit, p. 45

²⁹³⁷ V. G. E. VIVEGANI, Op cit, p. 40

attribué au directeur général²⁹³⁸. En droit commun des sociétés italien, la figure du directeur général est considérée comme un organe subordonné au conseil d'administration, dont il doit mettre en oeuvre les directives. Cependant, du fait des larges compétences qui lui étaient attribuées à partir de la loi de 1993, la figure du directeur général de la RAI se rapprochait beaucoup de la figure de l'administrateur délégué du droit commun des sociétés. La loi donnait en effet au directeur général le pouvoir de signer tous les actes et les contrats d'une valeur inférieure à 2 millions 582284 euros, et il lui revenait de proposer au conseil d'administration la signature des contrats d'une valeur supérieure à tel chiffre. Beaucoup de ses pouvoirs, déjà cités, faisaient intervenir le Conseil d'administration, et cette concurrence a mené, dans certains cas, à une impasse, remettant en cause l'efficacité de la gestion de la société²⁹³⁹. C'est l'argument qui sera avancé pour justifier la nouvelle intervention du législateur en 2015. Au Royaume-Uni, tout comme en Italie le législateur se livrera à deux réformes de la gouvernance autant justifiées par des arguments politiques que par l'efficacité économique du système. La première réforme, intervenue en 2007 s'inscrit dans la suite des accusations portées par le gouvernement sur le rôle de la BBC dans le suicide de D. Kelly (B).

B) Une réforme très politique du système de gouvernance de la BBC après l'affaire Kelly

Après l'affaire Kelly, une procédure de consultation des différents acteurs est organisée pour identifier les causes de l'affaire. La neutralité de cette procédure a été mise en cause (1). La réforme de gouvernance qui suit cette procédure conserve l'idée d'un organe de régulation interne à la BBC, mais supprime l'organe historique qui avait fait le prestige de l'institution, pour le remplacer par le BBC Trust (2).

²⁹³⁸ Sur l'administrateur-général de la RAI V. A. PARIGI, « Il Direttore generale », in R. ZACCARIA, *Radiotelevisione*, in G. SANTANIELLO, Op cit ; G. MINERVINI, « I poteri di consiglieri, Presidente del C.D.A. e Direttore generale Rai », Società, 2002, p. 401

²⁹³⁹ R. De LAURENTIIS, Op cit, p. 17

1) Une procédure à la neutralité discutable

Suite à la parution du rapport Hutton chargé d'étudier les raisons de la mort de D. Kelly, le système de régulation de la BBC est remis en cause (a) ce qui pousse la ministre de la Culture à charger une autre commission « indépendante » de réfléchir à une réforme de gouvernance de la BBC (b).

a) La remise en cause du système de gouvernance de la BBC après le rapport Hutton

1095. Le rapport rendu par Hutton sur les causes de la mort de D. Kelly eut pour conséquence d'accélérer la procédure de réforme de la gouvernance la BBC. Il fut en effet avancé que cette erreur n'était pas le résultat d'une seule erreur de jugement, mais le produit d'un système de régulation défectueux : les gouverneurs ne pouvaient pas être gestionnaires et régulateurs de la BBC, autrement dit « juges et partis »²⁹⁴⁰. Le porte-parole du ministère fantôme conservateur de la culture, des médias et des sports à la chambre des Lords déclara même que la mort de David Kelly aurait pu être évitée si la BBC avait été régulée par une autorité indépendante²⁹⁴¹. La ministre de la Culture Tessa Jowell, qui avait supervisé la création de l'OFCOM par la Communication Act de 2003, annonça qu'elle partageait les doutes concernant la régulation de la BBC et que les propositions de Lord Hutton à ce sujet seraient étudiées très sérieusement²⁹⁴².

Gavyn Davies, l'ancien Président du Board of governors, accusa en réponse le gouvernement d'utiliser le rapport Hutton pour légitimer la réforme de gouvernance de la BBC²⁹⁴³. La ministre affirma toutefois que le « *résultat certain qui ressortirait de la Charte royale sera une BBC forte, avec le courage d'être autonome éditorialement et indépendante du gouvernement* »²⁹⁴⁴.

²⁹⁴⁰ M. WELLS, « Jowell Stands up for BBC Independence », *The Guardian*, 20 September 2003, p. 5

²⁹⁴¹ O. GIBSON, « Peer Warns Against BBC Vendetta », *The Guardian*, 11 September 2003, p. 23

²⁹⁴² J. EAGLESHAM, « Campbell Likely to Quit After Hutton Report to Deflect Criticism from Blair », *Financial Times*, 26 July 2003, p. 2

²⁹⁴³ G. DAVIES, « These Threats to the BBC are Serious and Sinister », *Sunday Telegraph*, 27 July 2003 p 22 : « *It is hinted that a system that has protected the BBC for 80 years should be swept away and replaced by an external regulator that will « bring BBC to heel »* ».

²⁹⁴⁴ DCMS, « Jowell Launches Biggest Ever Public Debate on Future of the BBC », Press Release, 11 December 2003

1096. En 2004, en réponse aux critiques issues du rapport Hutton, la BBC publia un rapport pour proposer ses propres propositions de réforme²⁹⁴⁵. En plus des différentes propositions pour améliorer la transparence concernant le contenu de ce que l'entreprise publique devait diffuser, ce rapport admettait la nécessité d'améliorer la gouvernance de l'entreprise. Ces propositions, dont il était souligné qu'elles étaient proposées par les seuls gouverneurs, et non les managers²⁹⁴⁶, incluaient la création d'une unité indépendante permettant de fournir une expertise indépendante au Board, et d'introduire plus de transparence dans les prises de décisions du Board. En réponse à ce rapport, la ministre chargea une Commission « indépendante »²⁹⁴⁷, présidée par Lord Burns²⁹⁴⁸ de réfléchir au futur de la BBC, notamment dans la perspective du renouvellement de la charte royale en 2007 (b).

b) Les conclusions du rapport Burns

1097. Sur la question de la gouvernance, le rapport Burns fut très critique. Pour Burns, dans une lettre qui accompagnait la publication du rapport final, le système de gouvernance actuel manquait cruellement de « *transparence, de responsabilité et d'ouverture* »²⁹⁴⁹. Pour Burns, le rôle de juge et partie du board n'était plus soutenable : il n'était pas possible que le board soit « *d'un côté défenseur de la BBC et de l'autre protecteur de l'intérêt public et du bon usage de la redevance de l'autre* »²⁹⁵⁰. Cette position ne permettait pas de « *satisfaire ceux qui, à l'extérieur de l'entreprise, étaient susceptibles d'être affectés par les activités de celle-ci* »²⁹⁵¹. La ministre repoussa explicitement l'idée d'une suppression de la redevance qui avait été envisagée par

²⁹⁴⁵ BBC (British Broadcasting Corporation), *Building Public Value: Renewing the BBC for a Digital World*, BBC, 2004

²⁹⁴⁶ Ibid, p. 123

²⁹⁴⁷ Sur la relativité du processus et de l'idéologie de la transparence dans l'élaboration des politiques publiques relatives aux médias V. le très bon article de D. FREEDMAN, « Dynamics of power in contemporary media police-making », *Media, culture & Society*, Sage, 2006, 28/6, p. 907

²⁹⁴⁸ DCMS (Department for Culture, Media and Sport), « Independent Panel Appointed to Advise on BBC Charter Review », Press Release, 15 June 2004

²⁹⁴⁹ Lord BURNS, « Lord Burns Letter to the Secretary of State » DCMS, 28 January 2005 ; V. le rapport entier L. BURNS (Chairman), *Independent Panel's Final Advice to the Secretary of State*, DCMS, 2005

²⁹⁵⁰ Ibid.

²⁹⁵¹ Ibid.

Peacock sous M. Thatcher²⁹⁵², mais en 2005 elle confirma qu'elle trouvait le système de gouvernance actuel de la BBC « non durable »²⁹⁵³ et elle reprit partiellement les critiques qui avaient été exprimées par le rapport Burns.

1098. Ces critiques n'avaient pas, comme sous le gouvernement de M. Thatcher pour but d'anéantir la BBC. L'institution bénéficiait toujours d'un soutien relatif au sein du Labour, et ce soutien était particulièrement fort au sein du Ministère de la Culture et des Sports (DCMS). En 2003, le ministère avait publié son propre rapport pour l'analyse de la Charte royale, dans lequel il qualifiait la BBC d'une « institution typiquement britannique » et la comparait au NHS (National Health service)²⁹⁵⁴. Ces critiques concernant la gouvernance s'inscrivaient plutôt dans un contexte idéologique²⁹⁵⁵ qui avait été porté par le Labour depuis son arrivée au pouvoir : celui de l'État régulateur²⁹⁵⁶. L'OFCOM, une autorité indépendante qui venait d'être créée par la loi de 2003, était représentative de l'application de cette nouvelle idéologie au domaine des médias²⁹⁵⁷. Sans surprise, cette institution appuya donc les propositions de T. Burns pour une claire distinction entre les « *le management et la mise en oeuvre des missions d'un côté, et la régulation et le contrôle de l'autre* »²⁹⁵⁸. L'institution se proposait même d'effectuer elle-même la régulation de la BBC, car « *l'approche vis-à-vis des règles de la concurrence devrait être la même pour tous au sein du secteur - la BBC devrait être sujette aux règles déjà existantes pour*

²⁹⁵² C. NEWMAN, « Jowell Reassures BBC on Licence Fee », *Financial Times*, 31 January 2004, p. 1

²⁹⁵³ DCMS, « Parliamentary Statement by the Rt Hon Tessa Jowell MP, Secretary of State for Culture, Media and Sport, on BBC Charter Review Green Paper », Press Release, 2 March 2005

²⁹⁵⁴ DCMS (Department for Culture, Media and Sport), *Review of the BBC's Royal Charter*, DCMS, 2003

²⁹⁵⁵ P. SMITH, Op cit, p. 16 : « The ideological front (again) : the BBC and the “regulatory state” ».

²⁹⁵⁶ Sur le développement de l'Etat régulateur à la fin des années 90, V. notamment M. LOUGHLIN, C. SCOTT, « The Regulatory State » in P. DUNLEAVY, A. GAMBLE, I. HOLLIDAY et G. PEELE (eds), *Developments in British Politics 5*, Basingstoke, 1997, p. 205 ; G. MAJONE « The Rise of the Regulatory State in Europe », *West European Politics*, 1994(3), p. 77-101 ; G. MAJONE, « From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance », *Journal of Public Policy*, 17/2, 1997, p 139 ; et sur les médias en particulier, toujours à cette époque V. T. GIBBONS, *Regulating the media*, Sweet and Maxwell, 1998

²⁹⁵⁷ P. SMITH, « The Politics of UK Television Policy: BBC Charter Renewal and the 'Crisis' of Public Service Broadcasting (Again) », Op cit, spéc p. 17, et pour plus de détails, V. P. SMITH « The Politics of UK Television Policy: The Making of Ofcom », *Media, Culture and Society*, 2006, 28 (6), p 929

²⁹⁵⁸ OFCOM, *Ofcom Review of Public Service Television Broadcasting: Phase 3 – Competition for Quality*, Ofcom, 2005, §1.57

ses concurrents »²⁹⁵⁹. En mars 2005, le livre vert du gouvernement fut publié, dont le titre était révélateur des intentions, peut-être seulement officielles du ministère : une BBC forte, indépendante du gouvernement²⁹⁶⁰. Celui-ci représentait un compromis entre la position de la BBC et celle présentée par T. Burns²⁹⁶¹. Elle mena à la première réforme de la gouvernance de la BBC depuis sa création, en 1926 (2).

2) La suppression du « Board of governors » et son remplacement par le BBC Trust

1099. Le livre vert conclut que la séparation claire entre les fonctions de prestation d'un côté et de surveillance de l'autre, mais il rejette également l'idée d'un régulateur totalement indépendant, qui pourrait mettre en danger le « lien direct entre le public et la BBC ». Il ne remettait donc pas en cause le caractère interne de la régulation de la BBC, contrairement à ce que proposaient l'OFCOM et le rapport Burns, mais créait, à l'intérieur de celle-ci, deux organes séparés pour distinguer effectivement les fonctions de régulation et de direction. Le *BBC Trust* devrait être le gardien des finalités de la BBC, de la redevance et de l'intérêt public. Parallèlement à celui-ci, un organe exécutif serait en charge de la délivrance de la prestation, et celui-ci serait responsable devant le BBC Trust²⁹⁶².

Conclusion §2 :

1100. On assiste donc au début des années 2000 en Italie et au Royaume-Uni à une remise en cause des structures de gouvernance telles qu'elles existaient depuis 1975 en Italie et depuis 1926 au Royaume-Uni. Les réformes ont a priori pour but de renforcer l'efficacité, l'efficience et la rigueur dans l'entreprise, mais il est difficile de ne pas y voir une tentative de reprise en main par l'exécutif de chaînes publiques dont l'indépendance menait parfois à critiquer ouvertement le gouvernement. Les dernières réformes, intervenues respectivement, en 2015 et en 2016 semblent

²⁹⁵⁹ Ibid, 1§62

²⁹⁶⁰ DCMS, *Review of the BBC's Royal Charter: A Strong BBC, Independent of Government*, DCMS, 2005

²⁹⁶¹ P. SMITH, Op cit, p. 18

²⁹⁶² DCMS, « Parliamentary Statement by the Rt Hon Tessa Jowell MP, Secretary of State for Culture, Media and Sport, on BBC Charter Review Green Paper », Press Release, 2 March 2005

confirmer ce diagnostic d'une reprise en main du pouvoir exécutif et d'une concentration des pouvoirs, pour des raisons officielles d'efficacité managériale (§2).

§3 Des réformes récentes renforçant la concentration du pouvoir dans les mains du directeur général pour améliorer la gestion

Alors qu'en Italie, une réforme de 2015 transfère beaucoup de pouvoirs à l'administrateur délégué, directement nommé par le gouvernement (A), au Royaume-Uni, on assiste purement et simplement à la disparition du BBC Trust, qui était l'organe permettant de contrôler l'action de l'exécutif de l'entreprise (B).

A) En Italie, une réforme renforçant les pouvoirs de l'administrateur délégué, nommé directement par le gouvernement

1101. La réforme de 2015, approuvée par la loi du 28 décembre 2015²⁹⁶³, intervient encore une fois pour réformer la composition et la procédure de nomination des membres du Conseil d'administration ainsi que ses pouvoirs. Elle a, comme les réformes précédentes, pour « *double objectif de rendre la RAI plus efficiente et plus autonome du contrôle politique, avec pour but d'accentuer la fonction sociale du service public* »²⁹⁶⁴. Encore une fois, il nous semble permis d'émettre un doute sur les véritables conséquences de cette réforme quant aux liens entre pouvoir

²⁹⁶³ Legge 28 dicembre 2015, n. 220, « Riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo ».

²⁹⁶⁴ Motifs de la loi cités par R. De LAURENTIIS, Op cit, p. 7

politique et gestion de la télévision publique²⁹⁶⁵. La réforme modifie d'abord le mode de nomination des membres du Conseil d'administration en réduisant les pouvoirs de la Commission parlementaire à peau de chagrin (1). Elle transfère également beaucoup de pouvoirs auparavant appartenant au Conseil d'administration à l'administrateur délégué, nommé par le gouvernement (2).

1) La modification du mode de nomination des membres du Conseil d'administration

1102. La réforme modifie d'abord le mode de nomination et les compétences du Conseil d'administration. Elle réduit le nombre d'administrateurs de neuf à sept et maintient les prérequis déjà prévus par la loi Gasparri : « *le prestige, compétences professionnelles et d'indépendance notoire dans leurs comportements, qui se soient distingués dans des activités économiques, scientifiques, juridiques, de la culture ou de la communication, en maintenant des expériences managériales significatives* »²⁹⁶⁶, en y ajoutant l'honorabilité. Elle prévoit que la présence égale des deux sexes doive être favorisée, tout comme l'équilibre entre les différentes expériences et professions des membres du Conseil. Le nouveau mode d'élection est le suivant : deux membres du Conseil sont élus par la Chambre des représentants, deux par le Sénat, deux seront désignés par le Conseil des ministres, sur proposition du ministre de l'Économie, conformément aux modalités de nomination des conseils des administrations contrôlées directement par l'État,

²⁹⁶⁵ L'ultime tentative de soustraire la RAI à sa condition politique « naturelle » est représentée par le projet de loi présenté en 2007 par le ministre de la communication Paolo Gentiloni Silveri (D. d.l S-1588 del 17 Maggio 2007 (Disciplina e riorganizzazione del servizio pubblico generale radiotelevisivo) Le projet comportait l'idée d'un écran entre gouvernement et RAI à travers l'institution d'une fondation indépendante de l'exécutif et du Parlement. A cette fondation seraient conférées les actions de la RAI, et elle serait chargée de garantir l'autonomie du service public et de vérifier la « valeur publique » des programmes, ainsi que de définir les grandes lignes de la stratégie de l'entreprise. La mise en oeuvre de ces stratégies et toutes les fonctions opérationnelles seraient conférées au Président et au Conseil d'administration, nommés par lui. Le projet de loi avait pour ambition de ne pas reproduire, au sein du Conseil de la Fondation la répartition politique des places entre majorité et opposition qui existait jusqu'à présent au sein du Conseil d'administration. La désignation des onze membres de la Fondation était donc répartie entre plusieurs organes. Quatre des membres seraient nommés par la Commission parlementaire à la majorité des deux-tiers, deux par la Conférence Etat-Région et un membre par le CNEL, par le Conseil des consommateurs et utilisateurs, par la conférence des recteurs d'université, l'académie des sciences. Le projet de loi prévoyait également des pré-requis d'indépendance et de professionnalisme. Il prévoyait également l'impossibilité d'être nommée pour une personne qui avait été élue les dix années précédentes et pour tout représentant d'un parti politique. Ce projet de loi ne peut être adopté du fait de la crise du gouvernement Prodi II en janvier 2008 qui pousse le président Napolitano à prononcer la dissolution de l'assemblée nationale. Les Partis de droite gagnent finalement les élections législatives, et le quatrième gouvernement de Berlusconi entre en fonction, soutenu par le Peuple de la Liberté et la Ligue du Nord.

²⁹⁶⁶ Article 49

et le dernier sera désigné, à travers une élection, par une assemblée des employés composée de tous les employés ayant plus de trois ans d'expérience consécutive dans l'entreprise. Ce mode d'élection remet donc le pouvoir gouvernemental et la majorité dont il dépend au coeur du dispositif de nomination, puisque quatre conseillers sur les sept seront nommés directement par le gouvernement et sa majorité. Il semble alors difficile de voir apparaître dans cette réforme une autonomisation vis-à-vis du pouvoir politique.

1103. Les lois spéciales ont privé l'Assemblée générale de la RAI d'un des pouvoirs les plus importants en droit commun des sociétés : la nomination et la révocation des administrateurs. L'Assemblée générale de la RAI étant composée du seul actionnaire de l'entreprise, le ministère de l'Économie, cette dérogation se comprend parfaitement. Celle-ci garde pourtant le pouvoir de révocation des administrateurs, qui ne prend effet, en vertu du droit spécial, qu'après avis conforme de la Commission parlementaire. Avant la loi de 2015, cet avis devait intervenir, comme nous l'avons expliqué ci-avant, avant que l'assemblée ne délibère sur la révocation. La loi de 2015 prévoit que cet avis devient effectif « *après appréciation favorable de la Commission parlementaire* ». Comme l'explique R. De Laurentiis, il ne s'agit pas d'une simple modification temporelle. Auparavant, la délibération de la Commission parlementaire conditionnait inévitablement le vote de l'assemblée générale, qui se conformait en fait à celle-ci. Dans le nouveau régime, il sera plus difficile pour la Commission parlementaire d'exprimer un avis négatif sur une décision qui a en fait, déjà été prise²⁹⁶⁷. Comme le remarque R. de Laurentiis, si, en droit commun des sociétés, le Conseil d'administration est l'organe auquel sont attribués les pouvoirs de gestion de la société, le droit spécial a fait du conseil d'administration de la RAI un objet hybride²⁹⁶⁸. Ses pouvoirs de gestion sont réduits, mais lui sont également attribués des pouvoirs de contrôle concernant la bonne mise en oeuvre des finalités et des obligations du service public audiovisuel (2).

²⁹⁶⁷ R. De LAURENTIIS, Op cit, p. 11

²⁹⁶⁸ Ibid.

2) La concentration des pouvoirs dans la personne de l'administrateur délégué, nommé par le gouvernement

1104. Pour améliorer l'autonomie décisionnelle de l'organe gestionnaire, la réforme introduit la figure de l'administrateur délégué, commun en droit des sociétés italien. Lui sont transférés les pouvoirs que détenait de la loi le Directeur général, mais également les pouvoirs que lui avait transférés le dernier conseil d'administration 2012-2015. La réforme ôte de ce fait au conseil d'administration la possibilité de récupérer ces compétences, mais aussi de déterminer quels pouvoirs il souhaite déléguer à l'organe de gestion. La loi introduit également des nouveautés qui devraient lui permettre d'être moins ralenti par le Conseil d'administration, en supprimant la procédure de co-décision qui avait été établie par les lois précédentes. Alors qu'auparavant, le directeur général avait la seule compétence de proposer au conseil d'administration les nominations du vice-directeur général et des directeurs de chaînes, il acquiert désormais le pouvoir de nommer tous ces dirigeants, nomination qui devient effective après avis favorable du Conseil d'administration exprimé à la majorité des deux tiers. Il nomme également les autres dirigeants au sein des chaînes, ainsi que les autres journalistes, en accord avec les dirigeants des chaînes. Il définit les critères et modalités pour le recrutement du personnel ainsi que pour le recours aux collaborateurs externes. Son pouvoir autonome de signature a été porté à dix millions d'euros. Il a désormais le pouvoir d'assurer à lui seul, la cohérence de la programmation en lien avec les directives adoptées par le conseil (alors qu'auparavant, il assurait cette compétence avec les directeurs des chaînes). L'augmentation des pouvoirs de l'organe gestionnaire, qui est justifiée, officiellement par la nécessité d'une plus grande efficacité dans la gestion de la société, augmente surtout l'influence du gouvernement qui choisit cet administrateur délégué.

1105. Avec cette réforme, la Commission parlementaire qui avait été créée après la décision de la Cour constitutionnelle de 1974 perd énormément de ses pouvoirs, dont l'important pouvoir de nomination des membres du conseil d'administration. Le transfert du pouvoir de nomination aux chambres pose question, notamment lorsqu'il est analysé concomitamment avec la réforme du

mode de scrutin²⁹⁶⁹. Il semble en effet que la Commission parlementaire était mieux à même d'assurer une effective représentation du Parlement, du fait de sa composition, dans laquelle sont représentés tous les groupes parlementaires et dont la présidence est assignée, dans la pratique à un membre de l'opposition. Dans la décision de n° 69 de 2009 déjà citée, la Cour avait réaffirmé l'importance de cette commission pour le respect du pluralisme qui découle de l'article 21 de la Constitution²⁹⁷⁰. Dans la décision n° 61/2008, la Cour déclarait même que « *La commission est investie d'attributions qui découlent de l'exigence de garantir le principe, fondé sur l'article 21 de la Constitution, du pluralisme de l'information, en vertu duquel la présence d'un organe parlementaire de direction et de surveillance sert à éviter que le service public de la radiodiffusion soit géré par le Gouvernement de manière exclusive et prépondérante* »²⁹⁷¹.

B) La suppression du BBC Trust au Royaume-Uni

Le renouvellement de la charte royale intervenant sous un mandat du parti conservateur (1), celui-ci décida la suppression du BBC Trust et la création d'un mode de gouvernance unipolaire de la BBC (2).

1) Contexte politique

1106. En 2016, le renouvellement de la charte royale met de nouveau la BBC à rude épreuve. Ce fut D. Cameron, du parti conservateur, qui commença le processus de révision de la charte royale qui eut lieu en 2016, et son ministre de la culture, John Whittingdale n'était autre qu'un ancien conseiller de M. Thatcher, ouvertement hostile à la BBC. Celui-ci envisageait, avant le début du processus, d'abolir la redevance pour répondre au lobby des chaînes privées et d'interdire à la BBC de transmettre des programmes populaires²⁹⁷². Toutefois, après le Brexit et

²⁹⁶⁹ Une réforme électorale a en effet été adoptée par une loi n° 52 du 6 mai 2015 « Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati ». Celle-ci instaure une prime très forte à la majorité en prévoyant que « *sont attribués, quoi qu'il en soit, 340 sièges à la liste qui obtient, sur une base nationale, au moins 40 pour cent des votes valides, ou, à défaut, à celle qui prévaut dans un tour de ballottage entre les deux listes ayant reçu le plus grand nombre de votes. Entre les deux tours, toute forme de lien ou d'apparementement entre les listes est exclue* ».

²⁹⁷⁰ Sentenza n° 69 del 2009, Op cit, Considerato in diritto §3.1

²⁹⁷¹

²⁹⁷² P. BERNARD, « La BBC sauve son indépendance et sa redevance », Le Monde, 13/05/2016

la démission de D. Cameron, ce fut T. May qui conduisit le processus final et celle-ci se montra plus clément avec la BBC. Le livre blanc présenté par le gouvernement avant le renouvellement de la charte²⁹⁷³ ne reprit pas ces propositions radicales. La redevance était maintenue²⁹⁷⁴, et, même si comme le note The Guardian, le terme de « distinction » était utilisé au moins 50 fois dans le livre blanc²⁹⁷⁵, la possibilité de présenter des programmes populaires n'est pas exclue. C'est bien sur la réforme de gouvernance qui constitue le changement le plus radical. Le livre blanc fait référence à une « commission indépendante »²⁹⁷⁶ commandée par le gouvernement pour examiner le système de gouvernance de la BBC²⁹⁷⁷. Ce rapport faisait état de la nécessité d'accroître la transparence dans la gestion ainsi que d'assurer la clarté des responsabilités, ce que ne permettait pas le système de « double gouvernance » composé du BBC Trust et du Conseil exécutif. Ce comité appelait donc de ses vœux la création d'un conseil unitaire qui ne serait responsable que de la prise de décision, la mission de régulation étant transférée à l'OFCOM. Ces recommandations furent suivies par le gouvernement et insérées dans la nouvelle charte royale (2).

2) La création d'un conseil d'administration unipolaire

1107. La charte royale, publiée en décembre 2016, entre en vigueur au 1er janvier 2017. Elle reprend toutes les propositions du livre blanc, qui lui-même avait repris les conclusions du comité indépendant. L'article 21 de la charte dispose que le Conseil doit compter des membres non exécutifs (dont le Président du Conseil) et des membres exécutif, et ne doit pas être composé de plus de 14 membres. Les membres non exécutifs sont le Président, les Membres représentant chacune des quatre Nations ainsi que cinq autres membres. L'article 22 prévoit que le Président du Board est nommé par *Order in Council*, donc directement par le gouvernement. Cette

²⁹⁷³ « A BBC for the future : a broadcaster of distinction », Presented to Parliament by the Secretary of State for Culture, Media & Sport by Command of Her Majesty, May 2016, Cm 9242

²⁹⁷⁴ Ibid, p. 90

²⁹⁷⁵ J. PLUNKETT, « BBC white paper: key points at a glance », The guardian, 12 may 2016

²⁹⁷⁶ Copy of Royal Charter for the continuance of the British Broadcasting Corporation, Presented to Parliament by the Secretary of State for Culture, Media and Sport by Command of Her Majesty, December 2016, Cm 9365

²⁹⁷⁷ V. Sir D. CLEMENTI, *A Review of the Governance and Regulation of the BBC*, March 2016: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/504003/PDF_FINAL_20160224_AM_Clementi_Review.pdf

nomination intervient après une mise en concurrence ouverte et juste (article 22(2)), et en suivant le « code de gouvernance », sous le contrôle du Commissaire pour les nominations publiques (*Commissioner for public appointments*) (article 22(3)).

1108. Les quatre membres non exécutifs représentant la Nation sont également désignés par le gouvernement, suivant une procédure ouverte et juste, et les principes du code de gouvernance. Chaque nomination est approuvée par les ministres appartenant à la Nation dont il est question (article 23(8) à (10)). Les autres membres non exécutifs (article 24) sont nommés directement par les autres membres du Board, tout comme les Membres exécutifs (article 26), dont le directeur général (article 25). Il s'agit donc d'un processus de cooptation, aux termes duquel les membres nommés directement par la BBC sont plus nombreux que ceux nommés par le gouvernement. Toutes les nominations effectuées par le Board sont toutefois proposées par le Comité de Nomination mis en place par l'article 31(4), ce comité étant présidé par le Président du Conseil qui est lui-même nommé par le gouvernement.

1109. La nouvelle charte semble ainsi préserver l'indépendance de la BBC, puisque la majorité des membres du Conseil sont cooptés. On assiste toutefois à une concentration du pouvoir plus importante que dans l'ancien système dual, et ce pour des raisons d'efficacité dans le management et de plus grande responsabilité. Il nous semble toutefois paradoxal de faire toujours référence à une meilleure « distinction » de la BBC par rapport aux chaînes privées tout en transformant son système de gouvernance en le collant sur celui des entreprises privées.

Conclusion §2 :

1110. En Italie et au Royaume-Uni, on assiste donc à une homogénéisation des modes de gestion, et ce pour favoriser l'efficacité et la transparence de l'entreprise publique. Ces réformes, décidées presque unilatéralement par les gouvernements de chaque pays, ne sont toutefois pas sans revêtir une signification politique : celle d'un plus grand contrôle du gouvernement, au nom de l'efficacité managériale et budgétaire, sur la chaîne publique. Si l'efficacité et le principe de responsabilité sont des postures rhétoriques toujours utilisées par les gouvernants pour justifier

les réformes²⁹⁷⁸, certains auteurs notent que ces dernières peuvent paradoxalement mener à des dispositifs plus complexes dans lesquels la responsabilité est encore plus difficilement évaluable par le citoyen²⁹⁷⁹. S'il est trop tôt pour évaluer les conséquences des réformes menées, il nous semble indispensable de rester vigilant quant au contrôle des gouvernants sur ce moyen de communication toujours central qu'est la télévision publique.

Conclusion Sous-section 2 :

1111. La fin du XXe siècle et le début du XXIe siècle est caractérisé par un retournement de situation : alors qu'en Italie et au Royaume-Uni, le système de gouvernance devient plus instable, le modèle français est caractérisé par une assez grande stabilité depuis l'avènement de la libéralisation, et ce malgré ses défauts que l'on peut qualifier de structurels. Les critiques concernant l'efficacité du secteur public qui se généralisent au début des années 80 n'épargnent pas le secteur de l'audiovisuel, qui doit désormais justifier en permanence de son existence du fait de l'avènement des chaînes privées. Toutefois, les réformes de gouvernance intervenant dans l'audiovisuel public sont plus sensibles que celles des autres secteurs, du fait du caractère éminemment politique de la télévision, et de la reconnaissance de son importance pour les besoins politiques, démocratiques et culturels des sociétés. De ce fait, l'audiovisuel public ne peut et ne doit pas être considéré comme pouvant être géré comme n'importe quelle autre société de droit privé. La justification de son existence repose sur une nécessaire liberté d'action concernant les lignes éditoriales, et cette liberté ne peut être sacrifiée sur l'autel de l'efficacité, sous peine de remettre en cause sa raison d'être.

Conclusion Section 2 :

1112. Si en Italie et en France, le caractère politique de l'audiovisuel public a toujours existé, l'indépendance de la BBC est ce qui a fait ses lettres de noblesse au XXème siècle. Il est donc étonnant qu'au moment où le paysage audiovisuel se libéralise en Italie et en France, la BBC doive affronter pour la première fois de son histoire des tentatives de contrôle presque directes

²⁹⁷⁸ B. S. ROMZEK, « Dynamics of public sector accountability in an era of reform », *International Review of Administrative Science*, 2000, p. 21

²⁹⁷⁹ J. OLSEN, « Administrative Reform and Theories of Organization », in C. CAMPBELL and B.G. PETERS(ed) *Organizing Governance: Governing Organizations*, University of Pittsburgh Press, 1988, p. 233

par le gouvernement. Il nous semble nécessaire d'attirer l'attention sur le fait que le service public audiovisuel n'est pas un service public comme un autre : il est impossible, mais surtout pas du tout souhaitable, de mesurer l'efficacité d'un journaliste dans sa mission, car le travail journalistique est par nature imprévisible. Il n'est pas non plus souhaitable de gérer la création et la programmation de contenus comme dans une simple entreprise privée, sous peine de transformer la culture en un simple bien de consommation, et donc, d'annihiler ce qui fait son essence même. À cet égard l'application de méthodes de management et de gouvernance venant du modèle des entreprises privées nous semble une tendance dangereuse, car elle renforce la concentration du pouvoir dans un domaine si sensible que la liberté d'expression.

Conclusion Chapitre 2 :

1113. Le contrôle de l'information n'a jamais cessé d'être un enjeu en démocratie, et comme nous le montre l'élection de Trump aux États-Unis et l'avènement du Brexit au Royaume-Uni, des campagnes d'information propagandaires peuvent influencer fortement sur les choix effectués par les citoyens. Du fait de la multiplication des sources d'information, de la multiplication des sites relatant des « fake news », l'audiovisuel public doit continuer d'établir un lien de confiance entre les citoyens et l'information qu'il produit, et cela passe par un mode de gouvernance transparent et indépendant du gouvernement tout comme des pouvoirs privés. À ce titre, comme l'expliquait Eisenmann que nous citons en introduction, les règles encadrant les pratiques de gouvernance sont aussi importantes que celles encadrant les missions, car elles sont le reflet.

Conscients de la nécessité d'une information libre pour la mise en œuvre effective des principes démocratiques, les gouvernants sont également conscients de l'importance que peut avoir l'information pour leur légitimation, c'est pourquoi la gouvernance de l'audiovisuel public reste un enjeu fondamental du fonctionnement démocratique d'un État. En tant que juriste, la vigilance s'impose alors pour s'assurer que sous couvert de réformes tendant à améliorer le management et l'utilisation des deniers publics, les gouvernants ne tentent pas de contrôler, voire de museler les journalistes des chaînes publiques. Ceci est d'autant plus important que, comme le met bien en avant J. Cagé, la possession des chaînes privées par des millionnaires ayant des intérêts particuliers à défendre est sans conteste un problème fondamental de nos sociétés

démocratiques²⁹⁸⁰.

Conclusion Titre 2 :

1114. Nous avons dans ce titre mis en exergue deux types d'explications institutionnelles à l'ineffectivité de la norme encadrant la prestation de service public. D'un côté, la régulation n'est pas suffisante pour obliger les opérateurs à mettre effectivement en oeuvre leurs missions de service public. De l'autre, les structures de gouvernance, qui ont, comme nous l'avons montré, beaucoup varié depuis la naissance de la télévision, semblent aujourd'hui inappropriées pour permettre la mise en oeuvre de programmes de nature différente de celle des chaînes privées.

1115. En ce qui concerne la régulation, nous avons mis en exergue la particularité du modèle français dans lequel le Conseil d'Etat contrôle strictement la légalité des décisions de l'instance. Légalité externe, car le Conseil d'Etat n'hésite pas à censurer pour vice d'incompétence lorsque le CSA tente de préciser des termes trop larges adoptés par le législateur. Légalité interne, car le Conseil d'Etat n'hésite pas à re-qualifier certaines situations lorsqu'il considère que le CSA a fait tomber une situation sous le coup d'une interdiction qui en l'espèce ne s'appliquait pas. Cette situation est dommageable à l'effectivité des normes, car le Conseil d'Etat adopte une interprétation très stricte de telles situations. Le fait de casser de manière systématique les décisions du CSA a pour effet de faire perdre à l'instance sa légitimité et d'affaiblir la menace de la sanction qui est pourtant le corollaire de l'effectivité du droit souple, comme le rappelle ce même Conseil d'Etat.

1116. En ce qui concerne la gouvernance, le Royaume-Uni a longtemps fait figure d'exception, car seul il a doté sa télévision publique de structures correspondant réellement à la nature de biens publics de la télévision. L'Italie a, elle, adopté une répartition politique des structures de gouvernance, et même si celle-ci n'était pas satisfaisante car avait pour conséquence évidente de politiser les contenus diffusés par les chaînes, elle a permis un certain équilibre des points de vue. Aujourd'hui, le Royaume-Uni comme l'Italie ont opté pour une réorganisation de la gouvernance, en confiant beaucoup plus de pouvoir au président-directeur général. En Italie,

²⁹⁸⁰ J. CAGE, *Sauver les médias : capitalisme, financement participatif et démocratie*, Paris, Le Seuil, 2015

celui-ci est nommé par le Conseil d'administration dominé par les représentants de l'Etat. Cette situation, qui résulte de la réforme advenue sous le mandat de Matteo Renzi (parti démocratique, PD) a permis à un journaliste très proche de Matteo Salvini (Lega, ex Liga del Norte) de prendre la présidence de la RAI en 2018.

Ces explications institutionnelles, primordiales pour comprendre l'ineffectivité, peuvent être couplées d'explications liées au régime de financement. Le régime de financement permet de saisir à bien des égards la contradiction entre le discours juridiques sur le service public audiovisuel et les comportements des gouvernants concernant ce même objet (Titre 3).

Titre 3 : Les explications liées au régime de financement

1117. Bien avant le protocole sur le système de radiodiffusion dans les États membres, les États avaient déjà, dans leur droit interne, reconnu la nécessité d'un financement public du secteur public de l'audiovisuel. Ce financement public était également lié aux ambitions de la télévision publique des origines, une ambition certaine de formation culturelle. Le monopole qui prévalait dans le secteur pouvait légitimer ce financement public, puisque les personnes qui regardaient la télévision n'avaient accès qu'à des chaînes publiques, et la question des conditions de concurrence entre les chaînes publiques et les chaînes privées ne se posait pas. La plupart des pays membres de l'Union européenne avaient cependant choisi de compléter le financement des chaînes publiques par l'accès au marché de la publicité, pour assurer un financement plus avantageux.

1118. Le Parlement européen, dans sa résolution sur le Rôle de la télévision dans une société multimédia »²⁹⁸¹ ne se limite pas à admettre la possibilité d'un financement par les États membres des chaînes de service public. Il va beaucoup plus loin : dans le point 39 de cette résolution, il invite expressément les États membres à « *garantir un financement cohérent, stable et réaliste pour assurer leur viabilité dans un marché concurrentiel sans être pour cela entièrement dépendante des recettes publicitaires et leur permettant de s'acquitter de leurs obligations de service public.* » Cette situation est particulière au service public de l'audiovisuel, et doit être soulignée, car contraire par principe à l'article 107 TFUE et à l'article 106 TFUE, et en règle générale, à la doctrine prônée par le droit de l'Union, qui émet clairement une préférence pour un financement par le consommateur plutôt que par le contribuable²⁹⁸². Dans la doctrine économique qui résulte des décisions et des communications de la Commission européenne, le service universel peut tout à fait être fourni et financé par des opérateurs économiques en concurrence sur le marché²⁹⁸³. La Commission entendait éviter que des

²⁹⁸¹ Parlement Européen, Résolution sur le rôle de la télévision dans une société multi-média », JOCE n° C320 du 28/10/1996 p 180

²⁹⁸² B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Op cit, p. 467

²⁹⁸³ D. BAILLEUL, «Le service universel, futur service public?», RDP, 2000, p. 561, spéc p. 566

financements externes au marché ne se répercutent sur la collectivité toute entière et elle a favorisé le financement des obligations de service universel par les seuls opérateurs du marché, sur le fondement du principe de solidarité²⁹⁸⁴.

1119. Pour le service public audiovisuel, il est expressément demandé aux Etats de garantir le financement des chaînes publiques « sans que celles-ci ne soient dépendantes *du marché de la publicité* ». Cette formulation induit nécessairement un financement par le biais de subventions ou de la redevance, donc un financement public²⁹⁸⁵. On peut reconnaître avec le professeur Munoz-Machado que dans le domaine audiovisuel, la politique suivie par les institutions européennes pour la libéralisation du secteur est bien différente que dans le domaine des télécommunications²⁹⁸⁶. Toutefois, nous voudrions mettre en avant dans cette partie que même si le financement public est a priori encouragé par les institutions européennes, les politiques mises en place par celles-ci et à l'intérieur des États ne permettent pas toujours de concrétiser l'importance qui est a priori accordée à ce secteur. Les débats entourant le financement de l'audiovisuel sont représentatifs de l'impossibilité des gouvernants de formuler des choix clairs sur ce que représente l'audiovisuel public dans la société. C'est le cas également de la Commission européenne, qui malgré le Protocole annexé au traité d'Amsterdam affirmant le rôle primordial de l'audiovisuel public pour le caractère démocratique des sociétés, applique un contrôle de proportionnalité centré sur les conséquences du financement public sur le marché, totalement indifférent à la nature des programmes diffusés. L'objet de ce titre sera donc de mettre en avant ces instabilités, les choix, et parfois l'absence de choix pour approfondir l'étude des causes de l'ineffectivité de certaines normes encadrant la prestation de service public audiovisuel. Il sera donc nécessaire d'étudier dans un premier temps les modalités de financement à l'intérieur de chaque État (Chapitre 1), pour s'intéresser ensuite à la politique mise

²⁹⁸⁴ S. RODRIGUEZ, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Lavoisier, 2000, p. 575. Cette position a été soutenue par la Cour V. CJCE, 17 mai 2001, *TNT-Traco*, aff.C-304/99, Rec, p. I-4109, pt. 55

²⁹⁸⁵ La traduction espagnole de ce point 39 introduit l'idée de lien entre la non dépendance au marché de la publicité et l'accomplissement des missions de service public : « *Pide a los Estados miembros que garanticen una financiación consecuente, estable y realista de las cadenas públicas para asegurar su viabilidad en un mercado competitivo, sin por esto caer en una total dependencia de los ingresos publicitarios a fin de que puedan cumplir sus obligaciones de servicio público* ». Ce lien de cause à effet est introduit par le « a fin de que » qui suit le « *sin por esto caer en una total dependencia de los ingresos publicitarios* ».

²⁹⁸⁶ S. MUNOZ-MACHADO, *Publico y privado en el mercado de la television*, Op cit, p. 118

en place par l'Union européenne en ce qui concerne le contrôle lié aux règles d'interdiction des aides d'État (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le financement interne de la télévision publique dans les trois pays étudiés

1121. La relation financière entre la collectivité publique et le service public tire son identité profonde d'une relation de pouvoir, car « *la vraie hiérarchie des pouvoirs de décision et de contrôle s'ordonne à partir des mécanismes de financement* »²⁹⁸⁷. Un service public qui ne serait pas financé ne pourrait fonctionner correctement, et sa création serait ainsi vaine. Mais il est également possible d'étudier le financement du service public à l'aune des liens que celui-ci crée entre le contribuable et le service. Comme le souligne L. Bahougne, on peut, à la suite de G. Jèze²⁹⁸⁸, s'essayer à une lecture croisée entre finances publiques et droit administratif.

1122. Il est notamment possible, comme le fait l'auteur, d'étudier le financement à partir d'un critère du service public, celui de l'intérêt général. Si l'on entend le service public comme une activité rattachée à l'organe public qui la met en oeuvre pour poursuivre un intérêt général déterminé, on peut envisager le financement comme non pas seulement un moyen, mais comme une fin en lui-même²⁹⁸⁹ : ainsi, écrit l'auteur, « *le droit des services publics mobilise utilement les fonctions distributives et allocatives principales de l'acte de financement aux fins de représentation financière de ses finalités d'intérêt général* »²⁹⁹⁰. À cet égard, la dimension volontariste, mais aussi utilitariste du choix du mode de financement peut nous éclairer sur la nature de l'intérêt général tel qu'il est perçu par le législateur et la société²⁹⁹¹. En d'autres termes, la qualification et l'organisation du mode de financement permettent de tirer des conséquences sur l'importance accordée au service public audiovisuel dans les trois États. Nous étudierons d'abord le financement public du service public audiovisuel (Section 1) pour étudier ensuite les modes de financement commerciaux (Section 2).

²⁹⁸⁷ Rapport NORA 1967, spéc. p. 17, cité par L. BAHOUGNE, Ibid.

²⁹⁸⁸ G. JEZE, *Science des finances – Le budget –*, Tome I, 1910, p. 70 et s. ; G. JEZE, « Indépendance des pouvoirs publics dans la fixation des dépenses publiques », RDP, 1910, p. 5, spéc. p. 13, cités par L. BAHOUGNE, Op cit, p. 167

²⁹⁸⁹ L. MONNIER, *La fonction instrumentale des tarifs publics*, Cujas, 1980, p.16

²⁹⁹⁰ L. BAHOUGNE, Op cit, p. 243

²⁹⁹¹ Il n'est pas pour lui qu'une composante externe de sa gestion mais, sous certaines conditions, fait partie du service public.

Section 1 : Le financement public du service public audiovisuel

Il nous faudra d'abord nous interroger sur la nature juridique de la redevance (§1) pour en tirer des leçons sur la façon dont est envisagé le service public audiovisuel (§2).

§1 Une qualification différente de la redevance dans les trois États

Si le financement par la redevance (*canone* en italien ou *licence fee* en anglais) est commun aux États de l'Union européenne et, a fortiori, aux trois États étudiés, certaines modalités varient en fonction des États, et notamment la qualification de la redevance ainsi que le champ d'application de la taxe. En France, la redevance, malgré le nom sous laquelle elle est habituellement appelée, est qualifiée de taxe parafiscale (A). En Italie, d'abord qualifiée de taxe, elle est désormais qualifiée d'impôt (B), tandis qu'au Royaume-Uni, elle est un impôt d'hypothèque (C).

A) En France, la redevance paradoxalement qualifiée de taxe

Face aux doutes quant à la qualification de la redevance découlant de la loi (1), le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer et a qualifié la redevance de « taxe parafiscale » (2).

1) Des doutes sur la qualification de la redevance

1123. En France, le financement de l'audiovisuel public est assuré historiquement par la redevance. La loi de finances de 1933 avait en effet déjà instauré la redevance sur les postes radiophoniques. En 1949, après que la première chaîne de télévision a commencé à émettre, est adoptée la loi n° 49-1032 qui étend la redevance sur les postes radiophoniques aux postes télévisuels.

1124. Nous pouvons d'abord qualifier la redevance par ce qu'elle n'est pas, un impôt : comme l'écrit E. Allix, « *L'impôt proportionne ses exigences non pas aux avantages obtenus de l'État par chacun des contribuables, mais à leur degré d'aisance. L'impôt ne se mesure pas, en un mot,*

à ce que le contribuable a reçu de l'État, mais à ce qu'il peut payer »²⁹⁹², ce qui n'est pas le cas de la redevance dont le prix est le même pour tous les redevables²⁹⁹³. Par ailleurs, pour Gaston Jèze, « l'impôt est une prestation en valeurs pécuniaires, non suivie d'une contrepartie spéciale, perçu autoritairement, établi par des règles fixes, destiné à la couverture de dépenses d'intérêt général »²⁹⁹⁴. Pour P. Leroi-Beaulieu, « l'impôt est la contribution exigée de chaque citoyen pour sa part dans les dépenses du gouvernement »²⁹⁹⁵. En conséquence, dès lors que l'on retient parmi les éléments classiques de la définition de l'impôt l'absence de contrepartie spécifique, la redevance télévision n'entre pas dans cette définition. Sont qualifiées de taxe, au contraire, « les perceptions qui représentent le prix direct d'un service rendu »²⁹⁹⁶.

1125. A priori, la redevance audiovisuelle tomberait donc dans la seconde catégorie. Toutefois, elle ne peut pas être qualifiée de « taxe pour service rendu » puisque selon la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, la redevance pour service rendu implique une proportionnalité entre l'usage que fait l'utilisateur du service public et le paiement²⁹⁹⁷.

1126. La redevance audiovisuelle n'est donc pas une redevance au sens juridique du terme, car elle n'est pas liée à l'usage qu'en fait celui qui la paie : le paiement est indifférent au degré d'utilisation du service. Elle est « un prélèvement obligatoire opéré par la puissance publique qui

²⁹⁹² E. ALLIX, *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, 6e éd., p. 449, cité par J-P. CAMBY « La redevance télévision : impôt, redevance, taxe parafiscale ou prix? » AJDA 1992, p. 467

²⁹⁹³ En Espagne, elle a pu être considérée comme un impôt, puisqu'elle faisait partie de l'impôt sur le luxe,

²⁹⁹⁴ G. JEZE, *Cours de finances publiques*, 1930, p. 445 et ss, cité par J-P. CAMBY, Op cit, note 8.

²⁹⁹⁵ P. LEROI-BEAULIEU, *Science des finances*, t. I, p. 131, cité par J-P. CAMBY, Op cit, note 8.

²⁹⁹⁶ E. ALLIX, Op cit, p. 449

²⁹⁹⁷ J. Chardeau dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat *Syndicat national des transporteurs aériens* (note Trotabas, D. 1959. J. p. 476) reprend les propos de A. Mestre selon lequel « Si taxes et redevances supposent également un service rendu à l'utilisateur, la redevance comporte toujours et nécessairement une équivalence entre la somme fournie par ce dernier et la valeur rendue à lui par l'administration alors que, en cas de taxe, la prestation du particulier peut dépasser cette valeur ». Dans ses conclusions sous l'arrêt *Syndicat viticole des Hautes Graves*, (CE 22 décembre 1978) RJF 1979. 11, p. 370, B. Genevois réitère cette affirmation selon laquelle la redevance est un prix payé par l'utilisateur qui est équivalent au service rendu. En ce qui concerne la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, V. par exemple, à la décision n° 83-166 DC du 29 décembre 1983, dans laquelle le juge constitutionnel retient, pour déterminer la nature juridique de redevances, « que leur assiette est directement liée au volume d'eau prélevé par l'utilisateur du service d'assainissement et que leur produit est exclusivement affecté aux charges de fonctionnement et d'investissement du service » et en tire la conclusion que ces sommes présentent « le caractère d'un prix versé en contrepartie d'un service ».

*est la contrepartie d'un usage, ou de la possession d'un téléviseur ou d'un poste de radio »*²⁹⁹⁸. Elle est assise sur la simple détention du téléviseur, comme la vignette automobile était assise sur la détention d'une voiture, ce qui en constitue le fait générateur²⁹⁹⁹. Elle se paie pourtant pour un service concret et rentre en ce sens dans la définition de la taxe, puisque le paiement n'est pas lié à la capacité de contribution à l'effort public. Le montant recueilli sert directement au financement de la télévision publique, et ne rentre pas indistinctement dans le budget de l'État.

1127. La nature juridique de la redevance audiovisuelle était importante, car de cette qualification dépendait la compétence législative ou réglementaire. Le gouvernement, en 1958, avança d'ailleurs la thèse de la redevance pour service rendu pour défendre la compétence exclusivement réglementaire de la fixation du taux et de l'assiette³⁰⁰⁰. L'article 121 de l'ordonnance du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959 dispose en effet que les taux en seront fixés par décret³⁰⁰¹. L'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 prévoit le principe de la déclaration, celui du paiement de la redevance³⁰⁰² (art. 3) et la fixation des taux des redevances « radio » et « télévision » par décret en Conseil d'État (art. 10)³⁰⁰³. Pour déterminer la compétence de fixation du taux, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur la qualification juridique de la redevance audiovisuelle (2).

2) La jurisprudence du Conseil constitutionnel

1128. Le Conseil ne fait pas toujours allusion, dans ses décisions, à l'article 4 de l'ordonnance n° 59-2, portant loi organique du 2 janvier 1959, auquel il confère pourtant une valeur supérieure à celle de la loi. Cet article prévoit que les taxes parafiscales sont « *perçues dans un intérêt économique ou social au profit d'une personne morale de droit public ou privé autre que l'État,*

²⁹⁹⁸ J-P. CAMBY « La redevance télévision : impôt, redevance, taxe parafiscale ou prix? » AJDA 1992, p. 467

²⁹⁹⁹ Article 1er du décret n° 92-304 du 30 mars 1992

³⁰⁰⁰ JO déb. AN 1960, p. 2094, cité par J-P. CAMBY, Op cit, p. 468

³⁰⁰¹ Citée par J-P. CAMBY, Op cit, p. 468

³⁰⁰² Le décret d'application de l'article 3 est adopté le 29 décembre 1960. Celui-ci indique que tous les appareils détenus par le même foyer sont compris dans un compte unique. Un décret du 12 août 1966 disposera que ce compte unique s'applique simplement dans le cadre d'une même résidence. La possession d'un téléviseur dans une résidence secondaire est donc également soumise au paiement, ce qui est toujours le cas.

³⁰⁰³ Ibid.

les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs »³⁰⁰⁴.

Dans la décision n° 60-8 du 11 août 1960, *Taxe radiophonique*³⁰⁰⁵, le Conseil constitutionnel censure une disposition qui prévoyait une autorisation parlementaire en cas de modification des taux en cours d'exercice : « *cette redevance, en raison tant de l'affectation qui lui est donnée que du statut même de l'organisme en cause, ne saurait être assimilée à un impôt* » souligne le Conseil. Il déclare ensuite que la redevance « *eu égard aux conditions selon lesquelles elle est établie et aux modalités prévues pour son recouvrement, ne peut davantage être définie comme une rémunération pour services rendus* ». Cette qualification de rémunération pour services rendus aurait eu pour conséquence de supprimer tout contrôle par le Parlement³⁰⁰⁶. Après avoir écarté la qualification d'impôt et de redevance pour services rendus, le Conseil retient donc la qualification de taxe parafiscale et déclare sur ce fondement que l'autorisation parlementaire ne peut être qu'annuelle, lors du vote des états annexes à la loi de finances.

1129. Dans des décisions ultérieures, le Conseil a eu l'occasion de confirmer ce choix, avec un raisonnement parfois critiquable. Dans sa décision n° 79-111 DC du 21 novembre 1979, le Conseil constitutionnel réaffirme la nature de taxe parafiscale, du fait des « *dispositions législatives aux termes desquelles la fixation de son taux résulte d'un décret* », ce qui fait de la compétence réglementaire le critère qui permet de qualifier la redevance de taux, et inverse le raisonnement. Dans sa décision n° 91-302 DC du 30 décembre 1991, le raisonnement se fait plus complet et logique : le conseil qualifie la redevance de taxe parafiscale « *en raison de son mode d'établissement, de l'objet en vue duquel elle a été instituée et du statut juridique des organismes auxquels son produit est attribué* », ce qui fait dire à J-P. Camby que le mode d'établissement « *se déduit du régime juridique retenu plus qu'il ne le fonde : il est conséquence plus que cause* ».

³⁰⁰⁴ Cette disposition ne fut au début pas prise en compte par la jurisprudence. Ce n'est qu'en 1990 que le Conseil d'Etat s'en saisira pour annuler une redevance qualifiée de « taxe parafiscale », assise sur les produits pétroliers de consommation courante. Cette taxe avait pour but d'exercer un effet dissuasif sur la consommation de pétrole, ce qui constituait un objectif de politique générale et ne visait pas seulement un intérêt économique ou sociale propre d'un secteur d'activité ». Le Conseil juge donc que la taxe parafiscale doit être instituée pour le financement d'un objectif économique ou social spécifique. V. CE, 26 octobre 1990, *Union fédérale des consommateurs* ; CJEG n° 463, février 1991, conclusions Fouquet, p. 57s

³⁰⁰⁵ CC, 11 août 1960, n° 60-8, *Taxe radiophonique*, note Bourdoncle, S. 1960 p. 276 ; note Hamon, 1961, p. 470 ; note Trotabas, RSF 1961, n° 5 ; note Waline, RDP, 1960, p. 1020

³⁰⁰⁶ J-P. CAMBY, Op cit, p. 470

Mais il contribue à alimenter le faisceau d'indices qui permet au juge de retenir cette qualification »³⁰⁰⁷.

1130. La redevance présente toutefois des caractéristiques particulières par rapport à une taxe parafiscale. Tout d'abord, il n'existe pas d'adéquation complète entre l'assiette de la redevance et les sociétés qu'elle finance³⁰⁰⁸. Radio-France est par exemple attributaire de redevance, alors que la détention d'un récepteur radio ne fait pas l'objet d'une taxation ce qui fait dire à J-P. Camby que « *le principe d'affectation joue non en fonction de l'organisme destinataire, mais plutôt en fonction de l'objectif poursuivi* »³⁰⁰⁹. D'autre part, alors que l'article 4 de l'ordonnance n° 59-2 précitée prévoit que les taxes parafiscales sont « établies par décret en Conseil d'État », la redevance a été instituée par l'ordonnance du 4 février 1959, sans que le Conseil ne délégalise ces dispositions puisque c'est la loi du 7 août 1974 qui réaffirme l'existence de la redevance. Le Parlement est également amené à se prononcer sur la répartition de son produit entre les différentes entreprises, lors du vote de la loi de finances.

1131. Dans un premier temps, dans sa décision n° 80-126 DC du 30 décembre 1980³⁰¹⁰, le Conseil constitutionnel a estimé que cet élément était sans influence sur la nature juridique de la redevance et qu'il « *s'agit, en effet, de mécanismes financiers et comptables qui [...] ont été édictés par le législateur lui-même dans des dispositions de caractère permanent dont la conformité à la Constitution ne peut plus être contestée* ». Après la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, dans lequel le Conseil accepte de juger de la constitutionnalité de dispositions d'une déjà promulguées lors de la révision de ladite loi, dans le cas où ces dispositions ne lui ont pas été soumises antérieurement³⁰¹¹, la loi du 30 septembre 1986, déférée au Conseil constitutionnel, n'a pas fait l'objet de la censure sur ce point.

³⁰⁰⁷ Ibid, p. 471

³⁰⁰⁸ Ibid, p. 471

³⁰⁰⁹ Ibid.

³⁰¹⁰ CC, 30 décembre 1980, n° 80-126 DC

³⁰¹¹ CC, 25 janvier 1985, n° 85-187 DC, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, V. L. PHILIPP, L. FAVOREU, « Etat d'urgence », *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, p. 473 ; note Genevois, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1985, n° I-1985, p. 400-402 ; note Favoreu, RDP, 1986, n° 2, p. 395 ; note Wachsmann, AJDA, 1985, n° s.n

1132. L'article 53 de cette loi prévoit que « *Chaque année, à l'occasion du vote de la loi de finances, le parlement, sur le rapport d'un membre de chacune des commissions des finances de l'Assemblée nationale et du sénat ayant les pouvoirs de rapporteur spécial, autorise la perception de la taxe dénommée redevance pour droit d'usage, assise sur les appareils récepteurs de télévision, et approuve la répartition du produit attendu de la redevance entre chacune des sociétés nationales de programme, l'Institut national de l'audiovisuel ainsi que la société prévue à l'article 51 pour le financement de ses missions de service public* ».

Le Parlement s'est ainsi attribué, en marge des dispositions organiques, le pouvoir d'émettre chaque année un vote autorisant la perception et approuvant la répartition de la redevance pour droit d'usage d'un téléviseur, donc, par voie de conséquence, d'approuver indirectement, avant le début de l'exercice, les deux taux de cette redevance qui seront ensuite fixés par décret³⁰¹². Au contraire, en Italie, la redevance a été requalifiée comme un impôt après avoir été qualifiée de taxe (B).

B) En Italie, la requalification de la redevance comme un impôt³⁰¹³

La redevance audiovisuelle n'est pas liée en Italie à la capacité ou la volonté de recevoir effectivement la RAI, mais est seulement assise sur la possession d'un appareil apte à recevoir de tels programmes. Pour cette raison la Cour constitutionnelle a exclu la qualification de taxe (1) et a retenu celle d'impôt (2).

³⁰¹² Cette procédure a été instituée par l'article 19 de la loi n° 74-696 du 7 août 1974. L'article 72 de la loi de finances pour 1975 précise qu'une approbation de la répartition du produit de la redevance figure dans l'autorisation contenue dans la deuxième partie de la loi de finances. C'est l'article 53 de la loi du 30 septembre 1986 qui prévoit les conditions dans lesquelles le Parlement approuve la répartition du produit attendu de la redevance. Lors du vote de la loi de finances pour 1988, le gouvernement fit une tentative pour supprimer cette disposition et inscrire, en contrepartie, au sein du compte d'affectation spéciale, des chapitres, correspondant à la répartition de la redevance entre les organismes, qui auraient été créés à cette occasion. Cette modification aurait présenté l'avantage, pour l'exécutif, de supprimer les débats sur la répartition des suppléments et elle empêchait le dépôt des amendements portant sur cet article. La réplique parlementaire fut immédiate : des amendements de suppression des chapitres furent adoptés, et la répartition figura, de nouveau, dans le texte de la loi de finances

³⁰¹³ Sur le débat autour de la nature juridique du canon d'abonnement V. F. DI NUNZIO, « Sulla natura giuridica del canone di abbonamento alla televisione », in *Giur. It.*, 1994, p. 5 (nota a sentenza), A. FANTOZZI, « Brevi note sulla qualificazione tributaria del canone radiotelevisivo », *Giur. Cost.*, 1988, p. 2539 ; V. Z. ZENCOVICH, « Canone radiotelevisivo ed effettiva fruizione dei programmi irradiati dalla RAI », *Dir. inf.*, 1985; S. FOIS, « Brevi note sulla natura giuridica del canone di abbonamento radiotelevisivo », in *Dir. inf.*, 1985 ; A. FRANCO, « Natura e profili costituzionali del canone di abbonamento nel quadro del rapporto di utenza radiotelevisiva », *Giur. Cost.*, 1983, p. 1629

1) L'absence de lien entre le paiement et la possibilité de jouir effectivement du bien

1133. En Italie, c'est la loi n° 880/1938, qui transforme en loi le décret-loi du 21 février 1938 qui instaure la redevance, dont le fait générateur est également la détention d'une radio (et désormais également d'une télévision), même quand il n'est pas possible de recevoir les programmes de la RAI. Le décret-loi du 21 février 1938 n° 246 prévoit que « *quiconque détient un ou plus appareils aptes ou adaptables pour la réception des programmes d'émission radio est soumis au paiement du canon d'abonnement en accord avec les normes du présent décret* »³⁰¹⁴.

Par une note du 22 février 2012, le ministère de l'Économie a précisé ce qu'il devait être entendu par « *appareils aptes ou adaptables pour la réception des programmes d'émissions radiotéléphoniques* » au titre du décret-loi 246/1938. Sont sujets au paiement de la redevance tous les appareils munis de récepteurs de signal hertzien ou de satellite de radiodiffusion. Il en découle que les ordinateurs personnels, qui même s'ils sont connectés à internet et peuvent permettre le visionnement des programmes, ne peuvent recevoir les programmes par signaux hertziens ou satellites, ne sont pas soumis au paiement de la redevance. En revanche, les appareils originellement munis d'un récepteur, mais dont le récepteur a été supprimé (par exemple une télévision qui serait utilisée seulement pour le visionnement des DVD)³⁰¹⁵ le sont.

1134. La Cour constitutionnelle a comme son homologue française eu l'occasion de prendre position quant à la nature de la redevance, dans une décision de 2002³⁰¹⁶. Elle déclare que : « *Ce qu'on appelle le "canon d'abonnement aux programmes d'émission radio et à la télévision" était à l'origine considéré comme une rémunération due par les usagers du service réservé à l'État et exercice en régime de concession. Il a toutefois pris, avec le temps, une nature de prestation fiscale, fondée sur la loi (...). Si dans un premier temps, semblait prévaloir la configuration du canon comme une « taxe » liée à l'utilisation du service, ledit canon a ensuite été reconnu comme un impôt par la Cour constitutionnelle, qui se fonda sur l'article 15§2 de la*

³⁰¹⁴ R.D.L. 21 febbraio 1938, n. 246 art. 1, in materia di « Disciplina degli abbonamenti alle radioaudizioni »

³⁰¹⁵ Sources : <http://www.canone.rai.it/Ordinari/faq.aspx>

³⁰¹⁶ C. Cost, n° 284/2002 du 19 juin 2002, V. R. BORRELLO, « Il canone radiotelevisivo di nuovo dinanzi alla Corte: l'ennesimo capitolo della storia di un tributo controverso », in *Giur. cost.*, 2002(3), p. 2062

loi n° 103 de 1975 selon lequel le canon était du également du fait de la détention d'appareils aptes à la réception des programmes par câble ou venant de l'étranger »³⁰¹⁷.

1135. Dans une décision n° 535 de 1988, la Cour avait en effet rappelé que bien que la définition de la « taxe » ne soit pas dénuée d'ambiguïté, celle-ci devait s'entendre au moins comme découlant d'un lien entre la somme payée et un acte de l'autorité qui apporte à la personne privée payant cette taxe un avantage, sans toutefois que la somme payée soit proportionnelle à l'usage qui était fait du service³⁰¹⁸. Or, l'article 15§2 de la loi n° 103/1975 disposait que le « *canon d'abonnement et la taxe de concession gouvernementale sont dus également par les détenteurs d'appareils aptes ou adaptables pour la réception de transmissions sonores ou télévisuelles par câble ou provenant de l'étranger* ». Selon la Cour, de cette disposition pouvait être déduit le fait que la redevance ne découlait pas seulement de la « simple possibilité d'utiliser le service » ce qui rompait le lien direct entre la somme payée et la possibilité de jouir effectivement du service, lien qui était nécessaire pour que ladite somme soit qualifiée de taxe³⁰¹⁹. La redevance audiovisuelle est donc, selon la Cour, un impôt (2).

³⁰¹⁷ Considerato in diritto, 2) : « *Il cosiddetto canone di abbonamento alle radioaudizioni e alla televisione, benchè all'origine apparisse configurato come corrispettivo dovuto dagli utenti del servizio riservato allo Stato ed esercitato in regime di concessione, ha da tempo assunto, nella legislazione, natura di prestazione tributaria, fondata sulla legge, come questa Corte riconobbe quando dichiarò non fondati i dubbi di legittimità costituzionale prospettati sotto il profilo della pretesa incompatibilità della tutela penale, allora apprestata in relazione all'adempimento del relativo obbligo, con l'asserita natura contrattuale del rapporto fra l'utente e la concessionaria (sentenza n. 81 del 1963). E se in un primo tempo sembrava prevalere la configurazione del canone come "tassa", collegata alla fruizione del servizio, in seguito lo si è piuttosto riconosciuto come imposta, facendo leva sulla previsione legislativa dell'art. 15, secondo comma, della legge n. 103 del 1975, secondo cui il canone è dovuto anche per la detenzione di apparecchi atti alla ricezione di programmi via cavo o provenienti dall'estero (sentenza n. 535 del 1988)* ».

³⁰¹⁸ V. C.Cost, Décision n° 535/1988, Considerato in diritto §3 : « *Ma, anche a prescindere dalle incertezze del legislatore e dai dubbi insinuati dalla dottrina, è proprio sul concetto stesso di «tassa» che poi si annidano non poche perplessità. Infatti, tralasciando altre definizioni piuttosto problematiche, sembra che non possa almeno prescindersi, nella nozione di «tassa», da una relazione fra il tributo ed un atto dell'autorità che apporta al privato un vantaggio, senza tuttavia che ciò faccia del tributo un vero e proprio corrispettivo* ».

³⁰¹⁹ Ibid, §3 : « *Il che comporta altresì che, venendo a mancare il diretto rapporto fra il tributo ed il servizio pubblico accordato dal l'autorità del nostro Stato, e la stessa natura di «tassa» che diventa dubbia. Infatti, per giustificare la persistenza del tributo, pur quando non venga fornito dallo Stato alcun servizio, si fa da altri riferimento alla polizia e all'amministrazione dell'etere su cui lo Stato è sovrano, così però introducendo concetti concernenti servizi generali della pubblica amministrazione, gestiti appunto nell'interesse della generalità; concetti che escludono quel rapporto fra tributo e atto dell'autorità vantaggioso per il singolo proprio della <tassa>, trasferendo il discorso nel vasto campo dei tributi «imposte»* ».

2) La qualification comme impôt de la redevance

1136. Pour le qualifier comme tel, la Cour s'appuie sur le fait que le législateur fait référence à la police et l'administration du domaine hertzien sur lequel l'État est souverain. Le législateur introduit donc des notions relatives aux services généraux de l'administration publique, des services généraux qui sont gérés dans l'intérêt du plus grand nombre. Dans sa décision de 2002, la Cour, en s'appuyant sur son raisonnement de 1988, fait découler le canon non plus de la possibilité effective pour l'utilisateur d'utiliser le service public audiovisuel auquel est destiné ce canon, mais sur la capacité contributive du détenteur d'un poste de télévision ou de radio, qui est, selon la Cour raisonnablement identifiée³⁰²⁰.

1137. La Cour de cassation a repris ce raisonnement à son compte en considérant dans un arrêt du 20 novembre 2007 que « *le canon ne trouve pas sa raison d'être dans l'existence d'un rapport contractuel spécifique qui lierait le contribuable d'un côté à l'institution RAI de l'autre. Il constitue une prestation fiscale, fondée sur la loi, non liée à la capacité effective de jouir du service* »³⁰²¹. Le montant de la redevance est, comme le prévoit l'article 47§3 du Texte unique de la Radiodiffusion fixée annuellement par le ministre des Communications « *dans une mesure telle à permettre à la société concessionnaire de fourniture du service de couvrir les coûts prévus pour mettre en œuvre les obligations spécifiques de service public radio-télévisuel général confiées à la société (...) en prenant également en considération le taux d'inflation programmé et les exigences de développement technologique des entreprises* ». Au Royaume-Uni, tout comme en Italie, la redevance (licence fee), anciennement qualifiée de « charges de service », a été récemment requalifiée d'impôt d'hypothèque (C).

³⁰²⁰ Dans son ordonnance n° 219 de 1989, la Cour avait considéré que le choix de la détention d'un appareil audiovisuel pour déterminer la capacité contributive d'un citoyen n'était pas déraisonnable, l'institution du canon était donc conforme à l'article 53 de la Constitution qui dispose que « *Tout individu est tenu de contribuer aux dépenses publiques en fonction de sa capacité contributive. Le système fiscal s'inspire des critères de progressivité* ».

³⁰²¹ Corte di Cass, 20 novembre 2007 n. 24010

C) Au Royaume-Uni, une taxe liée à l'utilisation collective d'un bien commun

La création de la redevance (*licence fee*) remonte à la création de la British Broadcasting Company, mais sa raison d'être sera conceptualisée par J. Reith à la création de la British Broadcasting Corporation. Celle-ci n'est pas sans renvoyer aux fondements juridiques du public Trust (1), et elle est aujourd'hui qualifiée d'impôt et non de taxe (2).

1) La création de la licence fondée sur la nécessité de préserver les intérêts des seuls téléspectateurs

La théorisation précoce par Reith de l'utilité de la redevance (a) n'est pas sans rappeler la théorie anglo-saxonne du public Trust, ou d'une utilisation commune d'un bien appartenant à la Couronne (b).

a) La théorisation par Reith de la licence fee

1138. La redevance est introduite par le ministre des Postes, usant les pouvoirs qu'il tirait de la Wireless Telegraphy Act de 1904, dont la Section 2 prévoyait qu'il pouvait introduire une redevance permettant la réception, à titre expérimental de transmissions radio³⁰²². Durant cette période, la transmission et la réception de la radio devinrent un hobby, et un nombre important de personnes commencèrent à transmettre et à recevoir des signaux oraux à travers les ondes, notamment aux États-Unis. La multiplication de ces postes de transmission et de réception créa un chaos dans ce pays, notamment du fait des interférences entre les utilisateurs qui utilisaient souvent les mêmes fréquences³⁰²³.

1139. La création de la British Broadcasting Company sur l'impulsion du ministre des Postes en 1923 répond donc également à cette volonté d'éviter un Far West sur les ondes, Far West qui aurait réduit la capacité des utilisateurs à recevoir effectivement les programmes. L'agrément créant cette Company établissait un monopole de transmission à son profit. Les différents

³⁰²² Wireless Telegraphy act, 1904 V. <http://www.g4dmp.co.uk/1946lic.pdf>

³⁰²³ S. LAX, « Radio in the UK: Technology and Policy for an Industry in Transition » in J.A. HENDRICKS(ed) *The Palgrave Handbook of Global Radio*, Macmillan, 2012, p. 477, spéc p. 479

opérateurs furent financés par la vente des appareils de radio, et le sponsoring, tandis que la majorité du revenu issu de la redevance revenait au ministre des postes. Durant les négociations précédant l'adoption de la charte royale, les débats furent importants sur le futur de la redevance. Le mode de versement des sommes issues de la redevance laissait à désirer : le nombre de foyers possédant une radio et donc soumis à la redevance augmentait chaque année de manière considérable, mais les paiements mensuels effectués à la BBC par le ministère des postes étaient effectués en fonction du nombre de redevances payées en avril de chaque année. Lors d'un discours sur le futur de la BBC, le ministre des postes évoqua l'idée de réduire la redevance pour chaque foyer, une idée appuyée par certains parlementaires, tandis que d'autres évoquaient la possibilité de distinguer le prix de la redevance entre les propriétaires d'un poste à galène et d'un poste de radio moderne³⁰²⁴.

1140. Une part importante des députés reprochait au contraire au ministre des postes de retenir une part beaucoup trop importante de la redevance perçue pour faire fonctionner le système³⁰²⁵. Or, J. Reith, qui souhaitait faire de la BBC un service public, avançait que si les activités et les standards de qualité des programmes devaient augmenter, les recettes provenant de la redevance et versées directement à la BBC devaient augmenter elles aussi. Dans son livre *Broadcast over Britain*, publié en 1924, il avait également mis en avant la nécessité que la BBC ne soit pas dépendante de revenus commerciaux : les profits devaient être exclus ou très limités. Il est intéressant et primordial de noter que pour Reith, il existait un lien important entre la structure des institutions et le mode de financement. Dès lors que l'élément commercial était rejeté, il était nécessaire d'avoir recours à des fonds non marchands et ces fonds devaient être gérés par un Conseil composé de représentants du public ou de l'État, avec aucun autre intérêt en présence que ceux des utilisateurs. Lors de la création de de la Corporation en 1927, il fut décidé que l'entièreté de la redevance serait destinée au financement de la BBC et que le Board of Governors était l'institution gardienne des intérêts des « licence-fee payers ». Cela n'est pas sans

³⁰²⁴ *Hansard*, vol. 181, col. 2069, 17 Mar. 1925; vol. 186, col. 1072, 14 July 1925

³⁰²⁵ *Ibid*, vol. 181, col. 1130, 10 Mar. 1925; col. 2477, 19 Mar. 1925; col. 428, 25 Mar. 1925

rappeler les propos de D. Baranger sur la notion de trust telle qu'elle est envisagée au Royaume-Uni³⁰²⁶ (b).

b) Une conceptualisation proche de la notion de « public trust »

1141. « *L'étude du trust, écrit l'auteur, se heurte d'emblée à un problème d'ordre taxonomique. Il est malaisé de savoir clairement à quel domaine ressortit la notion : celui des institutions ou de la moralité publique, de la politique ou du droit, de l'hypothétique ou du positif. Cependant tous ces usages possibles renvoient à une réalité commune. Le trust caractérise une forme élémentaire d'institution du pouvoir légitime, où le pouvoir est subordonné à une certaine fin et inséré dans une relation de délégation et de révocation pour que cette fin ne soit pas méconnue. Dans l'ordre du politique, la condition de l'exercice du pouvoir est qu'il soit employé pour le bien des gouvernés* »³⁰²⁷. Ce n'est pas initialement la propriété publique qui est envisagée, car comme l'explique T. Perroud, dans le *common law* la propriété est considérée avant tout comme privée³⁰²⁸. Il existe une présomption en faveur de la propriété privée, mais celle-ci pourrait être renversée lorsque des caractéristiques imposeraient que celle-ci soit ouverte au public³⁰²⁹.

1142. Cette notion de trust doit être reliée à la notion de *jus publicum*³⁰³⁰ telle qu'elle est

³⁰²⁶ V. D. BARANGER, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre, des années 1740 au début de l'âge victorien*, PUF, Coll. Léviathan, 1999, p. 44-45, cité par T. PERROUD, « Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de common law : la notion de public trust », *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Marcou*, IRJS, p. 951

³⁰²⁷ Ibid.

³⁰²⁸ V. T. PERROUD, Ibid : « Pour Blackstone en effet toute chose qui peut être appropriée doit être assignée à un propriétaire identifiable ».

³⁰²⁹ V. C. M. ROSE, « The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property », *The University of Chicago Law Review*, 1986(3), Faculty Scholarship Series. Paper 1828, cité par T. PERROUD, Ibid, p. 953

³⁰³⁰ T. PERROUD, Ibid, p. 957 : « Pour Patrick Deveney, Hale n'introduit pas non plus l'idée de public trust. Cependant, ce jalon intellectuel est important, pour la reconnaissance, au XVIIe siècle, des droits du public et de l'inaliénabilité de ces droits, opposables même au Roi ».

conceptualisée par Hale au XVII^e³⁰³¹, qui permet pour la première de contrecarrer la propriété privée en pensant la juxtaposition des droits du public sur un espace donné. Plus tard, « *la théorie du « public trust » attribue au public des droits sur le domaine public comme les rivages ou les rivières, droits qu'aucun droit de nature privé (celui du Roi ou de toute autre personne privée) ne peut remettre en question. Le Roi est le trustee de ces droits publics, mais il ne peut se les approprier* »³⁰³². C'est de cette façon que doit être envisagé le paiement de la redevance au Royaume-Uni : par l'utilisation collective d'un bien public, appartenant au domaine public. Certains éléments du régime du service public audiovisuel et de son financement viennent corroborer cette idée. Le fait que la licence soit octroyée par une charte royale n'est pas anodin : symboliquement, c'est bien à la Reine qu'appartient le domaine hertzien, mais elle met celui-ci à disposition de son peuple, à travers la création d'une corporation. Le *board of governors*, qui est jusqu'en 2005 l'organe de régulation, est lui le représentant de l'intérêt des citoyens qui paient la redevance et qui utilisent collectivement le bien public en question³⁰³³. Le régime juridique de la *licence fee* rappelle effectivement le fait que le bien est utilisé collectivement (2).

2) Régime juridique de la licence fee

1143. En vertu de l'article 363 de la Communication Act de 2003, « *Un appareil permettant la réception de la télévision ne peut pas être installé ou utilisé sans qu'une licence autorisant l'installation et l'utilisation de cet appareil ait été octroyée* ». L'article 9 de la Communications (Television Licensing) Regulation 2004 dispose que « *l'appareil permettant la réception de la télévision* » s'entend de tout appareil installé ou utilisé dans le but de recevoir (par voie

³⁰³¹ Lord Hale distingue entre les différents droits qui co-existent sur un port : le jus privatum qui correspond à la propriété de la personne privée ou du Roi, le jus regium qui correspond au pouvoir de police dont dispose le Roi pour assurer la sécurité et le bien-être du public et le jus public qui correspond aux différents droits du public sur le domaine : « *The people have a publick interest, a jus publicum, of passage and repassage with their goods by water, and must not be obstructed by nuisances or impeached by exactions.... For the jus privatum of the owner or proprietor is charged with and subject to that jus publicum which belongs to the king's subjects; as the soil of an highway is, which though in point of property it may be a private man's freehold, yet it is charged with a publick interest of the people, which may not be prejudiced or damnified* », Lord Hale, *De jure Maris*, p. 336, cité par P. DEVENEY, *Title, Jus Publicum, and the Public Trust: An Historical Analysis*, p.46

³⁰³² Ibid.

³⁰³³ V. W. A. ROBSON, « The BBC as an institution », Op cit, p. 468 : « *The BBC is an outstanding example of a new and highly significant type of organisation: namely, the independent public board operating a socialised service* ».

hertzienne ou par tout autre moyen) n'importe quel programme de télévision, qu'il soit ou non installé ou utilisé dans un autre but ». « Dans ce règlement, toute référence à la réception de services de programmes télévisuels inclut une référence à la réception par quelque moyen que ce soit n'importe quel programme de ce service, lorsque ce programme est reçu en même temps (ou virtuellement en même temps) qu'il est reçu par les membres du public et transmis ou diffusé dans le cadre du service ». En conséquence, toute personne usant d'un ordinateur, d'un ordinateur portable ou d'un téléphone mobile pour regarder des programmes en direct sur une chaîne de télévision, même usant d'internet, est tenue de s'assurer que cette utilisation est couverte par la redevance.

1144. Depuis 2016, et en vertu de la *Communications (Television Licensing) (Amendment) Regulation 2016*, il est désormais nécessaire de posséder une licence pour visualiser des programmes à la demande sur le site internet de la BBC. La BBC est compétente pour la perception de la redevance et sa mise en oeuvre, depuis 1991, et aujourd'hui en vertu de l'article 365 de la Communication Act 2003. La BBC est autorisée à effectuer un contrôle du bon paiement de la redevance, en usant des pouvoirs conférés par le *Regulation of investigatory Powers Act 2000* et le *Regulation of Investigatory Powers (BBC) Order 2001*.

1145. En janvier 2006, l'Office of National statistics a requalifié la licence comme un impôt³⁰³⁴, alors qu'elle était depuis 1926 qualifiée de « service charge » (« frais de service »), ce qui pourrait être assimilé à la taxe en France et en Italie. L'ONS a expliqué cette nouvelle qualification par le fait que « conformément à la définition de l'impôt, la redevance est un paiement obligatoire qui n'est pas payé seulement pour accéder aux services de la BBC. Une licence est requise pour recevoir ITV, Channel 4, Channel 5, le satellite et le câble ».

1146. À l'intérieur de la catégorie des impôts, la redevance est ensuite qualifiée d'impôt d'hypothèque³⁰³⁵, c'est-à-dire des impôts dont la collecte est directement affectée à des finalités particulières et identifiées, par opposition aux impôts généraux qui sont affectés au fond

³⁰³⁴ Office of National Statistics, News release: Classification of public sector television, p. 1

³⁰³⁵ Hypothecation Tax.

consolidé, selon la règle de la non-affectation budgétaire des ressources. Dans sa note sur l'impôt d'hypothèque, A. Seely identifie la BBC comme étant le meilleur exemple de la « pure hypothèque », une hypothèse dans laquelle les dépenses de services sont directement liées aux recettes levées par l'impôt en question³⁰³⁶, ce qui peut être comparé en France à une imposition affectée³⁰³⁷. Bien que ces différences de qualification n'emportent évidemment pas de conséquences directes sur l'effectivité des programmes, elles peuvent toutefois nous donner un indice sur la façon dont est envisagé le service public audiovisuel par le législateur, le pouvoir réglementaire, ou le juge dans les trois États (§2).

§2 Tentative d'interprétation des différences de qualification

En utilisant la théorie utilitariste, ou de l'utilisation économique du bien, il est possible de dégager des enseignements sur le lien entre la façon dont est considérée le service et son mode de financement (A). De cette théorie, on peut dégager des indices quant à la façon dont est considéré le service public audiovisuel dans les trois États (B).

A) Cadre d'analyse : le lien entre le mode de financement et l'utilité du service pour la collectivité

1147. Dans sa thèse sur le financement du service public, L. Bahougne met en avant les liens réciproques d'influence entre le service public et son financement³⁰³⁸. Même si a priori, elle répond à de mêmes considérations sur la nature de la télévision et la nécessité d'un financement non dépendant de la publicité, la qualification et le régime du financement par la redevance propre à chaque pays permet de nous en dire plus sur le statut accordé à la télévision publique.

³⁰³⁶ A. SEELY, « Hypothecated taxation », SN01480, House of commons library, 27 September 2011, p. 12 : « 'Hypothecation' means earmarking tax revenues for specific, identified purposes. 'Pure hypothecation' would see spending on a particular programme linked directly to the revenue raised by a particular tax or set of taxes: the licence fund used to finance the BBC is perhaps the best example of this. 'Incremental hypothecation' would see revenues raised from tax increases used to raise spending on a particular public service: net revenues from London's congestion charge, for example, are spent on public transport in London ».

³⁰³⁷ L. BAHOUGNE, Op cit, p. 268

³⁰³⁸ L. BAHOUGNE, *Le financement du service public*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université de Poitiers, 2014

L'auteur utilise la théorie économique des biens publics³⁰³⁹, fondée sur une analyse économique de la nature des biens produits pour distinguer entre les biens qui ne satisfont que l'utilité collective et non l'intérêt individuel, et qui ne sont pas susceptibles d'exclusion³⁰⁴⁰. Ces théories avaient déjà été réceptionnées par la doctrine publiciste au long du XXe siècle³⁰⁴¹ et cette approche a été à la fin du XXe siècle réceptionnée par le droit positif³⁰⁴². Que peut-on tirer de cette analyse ?

³⁰³⁹ C'est d'abord A. Smith qui dans *La richesse des Nations* tirent des conclusions sur le financement de certaines activités à partir de leur utilité commune : « les dépenses qu'exige la défense publique [...] sont faites, les unes et les autres, pour l'avantage commun de toute la société. Il est donc juste que ces dépenses soient défrayées par une contribution générale de toute la société, à laquelle chaque différent membre contribue, le plus équitablement possible, dans la proportion de ses facultés », A. SMITH, *La richesse des nations*, trad. G. Garnier, Flammarion, 1991, Livre V, Chapitre I, p. 443, cité par L. BAHOUAGNE, *Op cit*, p. 258 ; V. aussi L. WALRAS, *Oeuvres économiques complètes*, Economica, Tome VII, p. 220 : « que le laisser-faire n'est pas applicable à la fabrication des produits dont l'utilité et la demande sont non point individuelles, mais collectives, c'est-à-dire à la production des services publics. C'est l'État, et non point les individus, qui éprouve en temps et en lieu le besoin que la défense nationale soit assurée, que les lois soient faites... » V. aussi P. SAMUELSON, « The pure théorie of public expenditure », *Review of Economic and statistics*, n° 4-1954

³⁰⁴⁰ Cette analyse fondée sur la nature des biens produits Ainsi, Hauriou faisait-il découler un principe de financement par l'impôt du service public et, partant, sa gratuité pour ses bénéficiaires, en fonction de l'étude de la nature des biens offerts par celui-ci.

³⁰⁴¹ V. M. HAURIOU, *Droit administratif*, 7ème ed, 1911, p. 14 qui s'appuyait alors sur une acception utilitariste de l'intérêt général pour faire découler la gratuité de la nature de certains biens produits, « bien que le service soit rendu au public, c'est-à-dire à des individus, il est pour un besoin public, c'est-à-dire d'ordre collectif d'ordre public. L'ordre public, comme tout espèce d'ordre, évoque l'idée d'un ensemble, qui est ici l'ensemble national [...] cela écarte les services trop particuliers ». L. ROLLAND utilise aussi l'analyse fondée sur la nature des biens produits pour nier que la gratuite du service public et son financement par l'impôt soit automatique : il existe des services publics dont les prestations sont individualisables en raison de la moindre utilité collective que la population tout entière en retire et du plus fort avantage individuel qu'ils procurent. Pour ces activités-là, une rémunération directe par l'utilisateur est alors envisageable L. ROLLAND, *Cours*, 1934-1935, p. 58 PRELOT remarquait que « les uns n'intéressent que des publics, les autres toute la nation ». financement par l'impôt s'impose pour « les besoins collectifs absolus » mais lorsque ces besoins ne sont pas aussi absolus les collectivités publiques peuvent toujours choisir la rémunération par l'utilisateur. M. PRELOT, *Cours de doctorat, droit administratif*, 1951-1952, p. 157s ; V. aussi M. WALINE, « Gratuité ou rémunération des services publics, note sous arrêt Cass. crim. 11 janv. 1951, *Doronat* » qui oppose l'analyse technologique des biens produits à une analyse purement politique. C'est également dans le sens d'une analyse utilitariste de la nature des biens produits par le service public à partir de leur fonction d'exclusion que doivent être compris les propos du doyen Jeanneau sur l'arrêt *Canal de Gignac*. Pour l'auteur, « il y a intérêt général et intérêt général ». Il place alors la distinction au niveau de la question de savoir s'il est satisfait l'intérêt collectif du plus grand nombre ou bien l'intérêt d'un groupe déterminé V. B. JEANNEAU, « La responsabilité du fait des règlements légalement pris », in *Mélanges Savatier*, Dalloz 1964, p. 375

³⁰⁴² V. par exemple, CE, 31 juill. 2009, *Ville de Grenoble et autres*, Rec, p. 642 dans lequel le CE estime que le coût de fonctionnement et d'entretien ordinaire du service d'éclairage public de Grenoble est une charge séparée de la seule distribution aux usagers du gaz et de l'électricité et que cette charge ne peut en conséquence être imputée aux usagers. Le Commissaire du gouvernement estime à cette occasion que « toute volonté de compensation est préjudiciable à la compréhension des coûts et ne va guère dans le sens des évolutions de la réglementation des services publics locaux ». V. conclusions Boulouis in *RJEP*, 2010, n° 673, p. 22, spéc. p. 25 ; V. aussi CE, 13 oct. 2010, *Sté Betclie Entreprises Limited*, req. n° 342142 et CE, 30 mars 2011, *Sté Betclie Entreprises Limited*, req. n° 342142, Rec, p. 828 dans lequel le Conseil d'Etat utilise la notion de « public good » pour en tirer des conséquences juridiques. V. à ce sujet G. SORBARA, « Le Conseil d'Etat découvre-t-il la notion de *public good* ? Note sous CE, 30 mars 2011, *Sté Betclie Entreprises Limited* », *JCP G*, 2011(15), p. 701

1148. « Dans une perspective utilitariste, écrit L. Bahougne, les variations de la portée de l'intérêt général fournissent une typologie des modes de financement du service public (...) Les variations du niveau d'utilité individuelle retirée par un individu de la consommation d'une prestation fournie par le service public caractérisent la nature du bien produit à partir du niveau d'individualisation de la relation entre l'usager et le service »³⁰⁴³. De ce niveau d'individualisation dépend le mode de financement qui peut être mis en place pour le service³⁰⁴⁴.

1149. D'un côté, explique l'auteur, les biens purement collectifs qui peuvent être financés par l'impôt du fait de leur caractère non excluable³⁰⁴⁵. À cet égard, l'article 13 de la DDHC³⁰⁴⁶, s'il ne permet pas de résoudre tous les questionnements sur le mode de financement de tel ou tel service public, tire « toutes les conséquences, en termes de financement, de la nature profonde des biens produits par certains services publics »³⁰⁴⁷. L'impôt apparaît comme le seul apte à financer certains services nécessaires à la vie en collectivité, mais dont l'utilité individuelle est faible, car il permet de « détacher l'exigibilité de l'usage des services publics qui tirent de là leur apparente gratuité »³⁰⁴⁸. Le juge a souvent fait référence au caractère obligatoire du service, mais comme l'écrit L. Bahougne, l'affirmation du caractère obligatoire apparaît alors redondante. Dans la plupart des cas où le Conseil d'État a écarté la possibilité d'un mode de

³⁰⁴³ L. BAHOUGNE, Op cit, p. 247

³⁰⁴⁴ Les professeurs Linotte et Romi remarquaient que la très grande majorité des activités humaines sont d'intérêt collectif. Ce qui varie, c'est le niveau d'intérêt général « en fonction de la nature du besoin auquel il répond et de l'étendue du cercle de personnes concernées » V. D. LINOTTE, R. ROMI, *Services publics et droit public économique*, 5ème éd., 2004, Litec, n° 114. V. aussi C. Teitgen-Collen pour qui « M. Salomon, de façon beaucoup plus maladroite, distingue à son tour les services publics institués "moins dans un but d'intérêt général que d'intérêt privé" », C. TEITGEN-COLLY, Op cit, p. 378

³⁰⁴⁵ Ibid, p. 262 : « L'impôt, par l'absence de fonction économique d'exclusion qu'il consacre, apparaît particulièrement adapté aux contraintes du financement d'un bien collectif pur. Il y a là une conséquence de ce que l'impôt repose non pas sur l'individualisation de la rémunération du service rendu à partir de l'avantage direct reçu par son bénéficiaire, mais sur le fondement de ses facultés contributives. Or, ces dernières ne dépendent pas du niveau de fourniture du service ».

³⁰⁴⁶ « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable ».

³⁰⁴⁷ L. BAHOUGNE, Op cit, p. 263

³⁰⁴⁸ R. HERTZOG, «Le prix du service public», AJDA, 1997, p. 55 : « L'impôt, qui est le « prix économique » naturel que les autorités publiques facturent aux membres de la société pour payer les charges nées des services publics, voit son régime tout entier dominé par la volonté de détacher son exigibilité de l'usage des services publics, qui tirent de là leur apparente gratuité. Il est dû à raison des facultés contributives, indifféremment de l'obtention de toute contrepartie par le redevable ».

financement par redevance ou par une taxe, le service en question était obligatoire, mais le plus souvent, le juge administratif insiste sur leur finalité d'intérêt général pour leur dénier toute possibilité de rémunération directe par voie de redevance à partir de leur niveau d'individualisation³⁰⁴⁹. Le caractère obligatoire du service public se déduit de son niveau d'utilité collective et partant, de l'intérêt général qu'il réalise³⁰⁵⁰.

1150. À l'autre extrémité du spectre, « *la fourniture d'un bien purement privé par un service public est définie par son caractère strictement divisible ainsi que par sa faculté d'exclusion* »³⁰⁵¹. L'intérêt privé qui découle de ce service est alors au moins aussi fort que l'intérêt public³⁰⁵². La faculté d'exclusion suggère la rivalité du bien produit par le service public. Autrement dit, elle signifie que la consommation d'une unité de bien par un individu donné diminue d'autant la disponibilité de ce bien pour les autres individus³⁰⁵³. La redevance est alors l'« *expression financière d'un rapport individualisé* »³⁰⁵⁴.

1151. À l'intérieur de ce modèle, L. Bahougne met en avant le caractère hybride des biens intermédiaires : des biens qui ne sont pas financés directement par l'impôt, ni entièrement par une redevance sur service rendu, du fait de l'incertitude sur le niveau d'utilité individuelle ou collective du bien en question dans une perspective utilitariste. Pour ces biens intermédiaires, la place du choix politique est plus importante, car c'est lui qui permet de déterminer si l'utilité

³⁰⁴⁹ L. BAHOUGNE, Op cit, p. 263

³⁰⁵⁰ Ainsi, le commissaire du gouvernement Combrexelle sous l'arrêt CE Ass, 30 oct. 1996, *Mme Wajs et M. Monnier* remarque-t-il que « *s'agissant des missions de police générale desquelles relève la police des routes celles-ci sont imposées par la loi dans un but d'intérêt général et sont en principe gratuites pour l'usager [...]* », V. CE Ass., 30 oct. 1996, *Mme Wajs et M. Monnier*, Rec, p. 387, conclusions Combrexelle, RFDA, 1997, p. 726, spéc. p. 734 ; V. aussi S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Note sous CE, 20 mars 2000, « Groupe d'information et de soutien aux immigrés », AJDA 2001, p. 188s

³⁰⁵¹ Dans sa note sur l'arrêt *Doronat*, WALINE distinguait les « utilisations collectives » des « utilisations privatives » du service public. V. M. WALINE, « Gratuité ou rémunération des services publics, note sous Cass. crim. 11 janv. 1951, *Doronat* », RDP, 1951, p. 504

³⁰⁵² Ainsi, dans sa décision du 10 août 1918, *Société Ciné National*, le Conseil d'État a estimé que certaines industries « *nécessitent, en ce qui concernent la police et le danger d'incendie, une surveillance toute spéciale excédant les besoins normaux auxquels sont tenus de pourvoir, aux frais de la commune, les services organisés pour la protection des lieux publics ou privés ; que ces frais supplémentaires sont exposés, non seulement dans un but d'utilité publique, mais aussi dans l'intérêt même de ces entreprises ; qu'à ces divers points de vue, la charge ne saurait en incomber au budget communal, mais doit être supportée par les intéressés eux-mêmes* ».

³⁰⁵³ L. BAHOUGNE, Op cit, p. 281

³⁰⁵⁴ Ibid, p. 283

collective du bien est considérée comme plus importante que l'utilité individuelle, ou inversement. Malgré les différences de qualification, dans les trois pays, on peut situer le service public audiovisuel à l'intérieur de cette catégorie des biens intermédiaires.

1152. En France, la redevance audiovisuelle, qui comme nous l'avons souligné porte très mal son nom n'est pas « *l'expression financière d'un rapport individualisé* », car le prix payé par le contribuable ne dépend pas de l'utilisation effective qui est faite de la télévision publique. De même, en Italie et au Royaume-Uni, la redevance est fondée sur un fait générateur, la possession d'un appareil récepteur, et le prix n'est pas indexé sur les facultés contributives du redevable. Le caractère hybride de ce modèle de financement montre bien que l'on se trouve, pour reprendre les termes de L. Bahougne, dans un état d'incertitude quant au niveau d'individualisation de leur consommation par leurs bénéficiaires³⁰⁵⁵. Le service public audiovisuel est considéré, en droit de l'Union et en droits internes comme indispensable à la mise en oeuvre du pluralisme, condition de la démocratie. Cela devrait impliquer que le niveau d'utilité collective soit au moins aussi important, voire plus que l'utilité individuelle que le service réalise. Or, les incertitudes sur la qualification de la redevance dans les trois États, ainsi que les incertitudes concernant les contributeurs de la redevance, font apparaître une certaine incertitude concernant le niveau d'utilité que le législateur des droits États considère comme mis en oeuvre par le service public audiovisuel. L'analyse plus fine du choix du mode de financement dans chaque État devra nous permettre de mettre au jour les plus ou moins grandes incertitudes du législateur, sur l'importance qu'il entend donner au service public audiovisuel, à partir de ce mode de financement (B).

B) Résultats de l'analyse

Il nous faut d'emblée préciser que l'acte de financement n'est qu'un des critères de l'importance qui est donnée par le législateur, le pouvoir judiciaire ou le pouvoir réglementaire, à la mise en oeuvre d'un service pour la collectivité. Il ne permet pas une analyse globale de ces finalités d'intérêt général, mais il est l'un des indices qui peuvent éclairer notre analyse.

³⁰⁵⁵ L. BAHOUGNE, Op cit, p. 291

1153. Au Royaume-Uni, la *licence fee* est qualifiée d'impôt, mais d'impôt d'hypothèque, ce qui implique que, contrairement au principe d'universalité budgétaire, cet impôt est affecté directement à la BBC. Les impôts d'hypothèque sont très peu nombreux au Royaume-Uni, mais certains auteurs plaident pour leur plus grande utilisation, car cela permet aux citoyens de faire une plus grande connexion entre la taxe qu'ils paient et l'utilisation du service, ce qui permettrait d'augmenter la transparence ainsi que l'adhésion des contribuables à l'impôt³⁰⁵⁶. L'impôt d'hypothèque est d'ailleurs désormais utilisé pour financer le NHS. Cela permet de créer un lien direct entre le service et le contribuable, ce qui renforce le contrôle que ce dernier peut exercer sur le service³⁰⁵⁷. Par ailleurs, le lien juridique entre le contribuable et la BBC n'est pas, comme le rappelle le service juridique de la BBC, une relation contractuelle qui donne lieu aux droits et obligations découlant d'un contrat de droit privé, et elle n'est pas couverte par le droit de la consommation, car elle ne constitue pas une vente de biens ou de services. Elle est soumise à des recours de droit public. Il existe donc une certaine individualisation du service, car le lien entre le contribuable et la BBC est mis en avant, mais également une reconnaissance, du fait du régime juridique très particulier, de l'importance de ce service pour la collectivité toute entière. L'intérêt général réside dans la fourniture du service à la collectivité toute entière : celui-ci est aussi fort que l'avantage individuel qu'il procure. Cela découle de la vision socio-politique qui peut être comparée à celle du trust : c'est la société toute entière, mais également chaque individu appartenant à cette société qui utilise le bien, c'est pourquoi celui-ci ne peut être privatisé.

1154. Le fait qu'en Italie la redevance soit qualifiée d'impôt, et qu'il soit opposable à tous les détenteurs d'une télévision qu'ils puissent ou non recevoir la RAI semble indiquer également que le degré d'individualisation de la prestation est considéré comme assez faible. En témoigne également le fait qu'il existe désormais une présomption de possession d'un appareil télévisuel. La loi de 2016 a en effet introduit la présomption selon laquelle la fourniture d'énergie électrique à un usager fait présumer la détention d'un appareil permettant la réception de la télévision, et donc le paiement de la redevance. C'est au contribuable de faire savoir qu'il ne possède pas

³⁰⁵⁶ A. SEELY, « Hypothecated taxation », Op cit, p. 1

³⁰⁵⁷ Ce lien avait déjà été mis clairement en avant par Robson dans son article pré-cité.

d'appareil de réception et est donc exempté de cet impôt. Le prix de la redevance est le plus faible d'Europe, et ce pour des raisons de politique économique. Après la guerre, les gouvernants ont considéré que la radio et la télévision remplissaient des besoins essentiels de la population, et que le coût de tels besoins devait peser sur la collectivité entière et non sur les seuls bénéficiaires du service³⁰⁵⁸. Toutefois, au moment de l'avènement de la télévision de Berlusconi, le prix de la redevance s'avéra un enjeu politique, et fit l'objet d'une bataille entre ceux qui soutenaient la RAI et souhaitaient lui donner les moyens de ses ambitions, et ceux qui souhaitaient limiter la concurrence que celle-ci pouvait constituer pour la chaîne du Président du Conseil³⁰⁵⁹.

1155. En France, au contraire, le degré d'individualisation du service pourrait être considéré comme plus important puisque la redevance est qualifiée de taxe et qu'elle dépend plus directement qu'en Italie de la possession d'un téléviseur permettant de recevoir France Télévisions. L'expression de redevance, qui rappelle évidemment la « redevance pour service rendu » laisse penser à un rapport assez individualisé entre le citoyen - qui peut être alors qualifié de consommateur - et la chaîne publique. Toutefois, il existe des exonérations de redevance audiovisuelle décidées pour des motifs sociaux, qui donnent lieu à remboursement intégral par le budget général de l'État. Le rapport est donc individualisé, mais l'importance de ce rapport individualisé avec chaque citoyen pour l'utilité collective, c'est-à-dire la société dans son ensemble, semble reconnue par le législateur.

Le statut de la redevance en France est plus hybride que dans les deux autres pays, et cette incertitude quant au lien qui unit le contribuable et la société France Télévisions pourrait être l'un des éléments d'explication de la plus grande importance des conflits d'intérêts et de l'appropriation du service par certains présentateurs ou journalistes. Le contribuable est ici placé dans un rapport intermédiaire entre citoyen, qui paierait un bien d'utilité collective et consommateur, qui paierait parce qu'il l'a choisi. En effet, si le consommateur choisit de payer la redevance, il peut lui être opposé le fait qu'il puisse choisir de ne plus la payer s'il n'est pas satisfait de la qualité des programmes. Le fait de regarder la télévision est vu comme un choix.

³⁰⁵⁸ A. PACE, « Verso la fine del servizio pubblico », Op cit.

³⁰⁵⁹ Ibid.

Le caractère subsidiaire de la redevance audiovisuelle est sans doute aujourd'hui représenté par les annonces de l'exécutif concernant une potentielle suppression de cette redevance, ce qui entraînerait évidemment des problèmes importants de financement de l'audiovisuel public et pourrait mener à sa disparition, puisque le financement public est, comme le soulignaient déjà S. Regourd et M. Lombard il y a 30 ans, ce qui fait la raison d'être à l'audiovisuel public.

Conclusion §2 :

1156. La qualification de la redevance comme un impôt en Italie et au Royaume-Uni peut-être un des éléments d'explication de la neutralité des programmes et des informations. Les contribuables sont placés dans un rapport de citoyen-contribuable vis-à-vis de l'entreprise publique et peuvent donc en attendre une qualité non négociable. Le citoyen-contribuable fait alors partie d'un tout qui possède et finance, avec les autres contribuables, la télévision publique. Au contraire, en France, le lien entre le téléspectateur-contribuable et la télévision publique est plus complexe, puisque la redevance est qualifiée de taxe parafiscale. Cela signifie que le téléspectateur paie pour une prestation. Le fait que la redevance ne soit pas qualifiée d'impôt pourrait être un des éléments d'explication à certaines dérives des organes de gouvernance, et une utilisation privative de l'argent public.

Section 2 : Le financement commercial des chaînes publiques

Le financement commercial peut provenir de la publicité (§1) ou de la vente des programmes à l'étranger (§2).

§1 Financement par la publicité

1157. En France et en Italie, le financement par la redevance est complété par le financement par la publicité, les deux États font donc appel à ce que l'on appelle le financement mixte. En France, la suppression de la publicité après vingt heures décidée par N. Sarkozy a toutefois eu des conséquences sur le budget de France Télévisions (A), tandis qu'en Italie, certains auteurs dénoncent la trop grande commercialisation qu'entraîne la publicité (B).

A) Le cas français : la suppression étonnante de la publicité après vingt heures

L'introduction de la publicité, en 1968, à la télévision publique, a incontestablement entraîné une concurrence entre les chaînes qui a poussé à une commercialisation des programmes (1). Toutefois, la suppression de la publicité après vingt heures décidée par N. Sarkozy nous semble une mesure peu efficace pour remédier au problème de la baisse du niveau de la qualité des programmes, désormais lié à beaucoup d'autres facteurs (2).

1) L'instauration de la publicité et la mise en place de la concurrence

1158. La publicité commerciale fait son apparition à la télévision en 1968, initialement cantonnée à la première chaîne. À cette époque, il existe un monopole public sur la télévision et la question de la répartition du marché de la publicité entre public et privé ne se pose pas. Cependant, on peut reconnaître avec Serge Regourd que l'introduction de la publicité de marque au sein de la télévision publique introduit une logique de rentabilité commerciale qui a constitué un bouleversement des principes de gestion du service public³⁰⁶⁰. Le financement de la première chaîne par la publicité est toutefois limité à 8% du budget. Le 8 janvier 1969 est créé par décret la « Régie française de Publicité » qui doit assurer « la régie de la publicité sur les antennes de l'ORTF dans le respect des intérêts fondamentaux de l'économie nationale et conformément à la mission d'intérêt général dévolue à l'ORTF ». En 1969, Jacques Chaban-Delmas prononce un discours de politique générale dans laquelle il déclare la nécessité de mettre en concurrence les deux chaînes publiques, afin d'informer « complètement, c'est-à-dire contradictoirement ». Cette volonté débouchera sur la création d'entités autonomes à l'intérieur de l'ORTF, puis sur le démantèlement pur et simple de l'ORTF.

1159. Ce démantèlement aura des conséquences importantes sur le financement, puisqu'est alors supprimée la limite de 8% du financement des chaînes par la publicité. La loi partage donc l'ORTF en sept entités distinctes, dont trois sociétés nationales de programme chargées de la conception et de la programmation des émissions télévisées. Les trois sociétés Nationales de Programme sont désormais concurrentes sur le terrain des audiences, et du financement, donc sur

³⁰⁶⁰ S. REGOURD, « La dualité public/privé ... », Op cit, p.

le marché de la publicité³⁰⁶¹. Cette concurrence va les pousser à avoir recours plus largement à la publicité, pour tenter d'améliorer leurs recettes. En 1986, lors de la privatisation de TF1, la loi prévoit la possibilité pour cette chaîne d'avoir recours à la publicité. C'est le décret n°87-37 qui fixe les règles relatives à la publicité et au parrainage. Cette situation mérite d'être soulignée, puisque lors de l'ouverture du monopole dans le secteur de la radio, par la loi du 30 septembre 1981, le recours à la publicité avait été prohibé pour les radios privées, ce qui pouvait apparaître comme une situation paradoxale³⁰⁶². L'article 53 de la Loi Léotard prévoit que « *Chaque année, à l'occasion du vote de la loi de finances, le parlement, sur le rapport d'un membre de chacune des commissions des finances de l'Assemblée nationale et du sénat ayant les pouvoirs de rapporteur spécial, autorise la perception de la taxe dénommée redevance pour droit d'usage, assise sur les appareils récepteurs de télévision, et approuve la répartition du produit attendu de la redevance entre chacune des sociétés nationales de programme, l'Institut national de l'audiovisuel ainsi que la société prévue à l'article 51 pour le financement de ses missions de service public. Il approuve également le montant du produit attendu des recettes provenant de la publicité de marques. Ces recettes seront plafonnées à compter de 1987 et pour les deux années suivantes.* » Les deux sources de financement principales que prévoit cet article sont donc la redevance, qui sera intégralement redistribuée et partagée entre les sept sociétés qui découlent du démantèlement de l'ORTF, et la publicité. Comme dans le cas espagnol, la loi prévoit une limitation des recettes découlant de la publicité pour les chaînes publiques, alors que cette limitation n'est pas présente pour les chaînes privées. Dès 1986 en France, et 1980 en Espagne, on considère, au moins dans les textes, que la publicité est le financement par nature des sociétés privées de télévision (qui n'ont d'ailleurs pas d'autre mode de financement, sauf pour les chaînes à péage), alors qu'il ne doit être qu'une source complémentaire pour les chaînes publiques. La suppression de la publicité après vingt heures en 2008 est donc expliquée juridiquement par la volonté d'améliorer la qualité des programmes (2).

³⁰⁶¹ V. par exemple J. CHEVALLIER, « L'évolution du système audiovisuel français : ruptures et continuités », Quaderni, 1990, p. 9, spéc, p. 13

³⁰⁶² Ibid, p. 16

2) La suppression de la publicité après vingt heures et ses conséquences

1160. En France, la suppression de la publicité a été décidée unilatéralement par le Président de la République Nicolas Sarkozy dans sa première conférence, le 8 janvier 2008. Le 19 février, Nicolas Sarkozy installe la Commission chargée de réfléchir aux modalités de suppression de la publicité sur les chaînes de télévision publique et au « nouveau cahier des charges », intitulée Commission pour « la nouvelle télévision publique ». Le 22 octobre 2008, Christine Albanel, alors ministre de la Culture présente en Conseil des ministres le projet de Loi relatif à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision qui comprend la suppression de la publicité sur les chaînes de France Télévisions entre 20 heures et 6 heures du matin dans un premier temps, à partir du 5 janvier 2009, puis sa suppression totale à partir de 2011. Ce projet de loi prévoit une compensation du manque à gagner similaire à celle qui avait été pensée en Espagne : taxe de 3 % sur les recettes publicitaires des chaînes privées, taxe de 0,9 % sur le chiffre d'affaires des opérateurs de télécommunications ; indexation de la redevance sur l'inflation dès 2009. Dans le même temps, ce projet prévoit l'introduction d'une seconde coupure publicitaire sur les chaînes privées, TF1 et M6.

1161. C'est la loi du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision³⁰⁶³, qui prévoit la modification de l'article 53 de Loi Léotard et la suppression de la publicité sur les « Sociétés Nationales de Programme » entre 20 heures et 6 heures du matin³⁰⁶⁴. L'article 32 de cette même loi prévoit la mise en place d'une taxe de 3% due

³⁰⁶³ Loi 2009-258 du 5 mars 2009, JORF N°0056 du 7 mars 2009, p. 4321

³⁰⁶⁴ Article 28§1 : VI. - « *Sous réserve des contraintes liées au décalage horaire de leur reprise en outre-mer, les programmes diffusés entre vingt heures et six heures des services nationaux de télévision mentionnés au I de l'article 44, à l'exception de leurs programmes régionaux et locaux, ne comportent pas de messages publicitaires autres que ceux pour des biens ou services présentés sous leur appellation générique. Cette disposition ne s'applique pas aux campagnes d'intérêt général. Le temps maximal consacré à la diffusion de messages publicitaires s'apprécie par heure d'horloge donnée. A l'extinction de la diffusion par voie hertzienne terrestre en mode analogique des services de télévision sur le territoire d'un département d'outre-mer, d'une collectivité d'outre-mer ou de Nouvelle-Calédonie, et au plus tard le 30 novembre 2011, les programmes des services régionaux et locaux de télévision de la société mentionnée au même I diffusés sur le territoire de la collectivité en cause ne comportent pas de messages publicitaires entre vingt heures et six heures autres que ceux pour des biens ou services présentés sous leur appellation générique, sous réserve de l'existence d'une offre de télévision privée à vocation locale diffusée par voie hertzienne terrestre en clair.*

Au plus tard le 1er mai 2011, le Gouvernement transmet au Parlement un rapport évaluant, après consultation des organismes professionnels représentatifs du secteur de la publicité, l'incidence de la mise en œuvre du premier alinéa du présent VI sur l'évolution du marché publicitaire et la situation de l'ensemble des éditeurs de services de télévision ».

par tous les éditeurs de services de télévision assise sur le montant des sommes versées par les annonceurs pour la diffusion de leurs messages publicitaires³⁰⁶⁵. Comme nous l'avons expliqué plus avant, il n'existe pas de marché de l'audience au sens propre. Cependant, il existe bien évidemment une concurrence entre les chaînes, puisque lorsqu'un téléspectateur regarde une émission de TF1, il ne regarde pas celle de France 2. À part si l'on considère que le marché de l'audience, au sens figuré, peut encore s'étendre, en tant que de nombreux téléspectateurs potentiels ne regardent pas la télévision, on doit reconnaître que le succès de TF1 se fera au détriment de France 2 et des autres chaînes. C'est ce qui fait dire à S. Regourd dans son ouvrage *Vers la fin de la télévision publique ?* : « Est-il bien raisonnable de faire dépendre les ressources de la télévision publique des performances de la télévision privée? Est-il convenable que la meilleure hypothèse de financement de la télévision publique repose sur le succès de ses concurrents privés? ». Cet article 302 K est modifié par la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011 qui dispose que « à compter de 2010 et jusqu'à la mise en œuvre de la disposition mentionnée à la deuxième phrase du premier alinéa du VI de l'article 53 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, ce taux est fixé à 0,5 % ».

1162. L'objectif officiel de la suppression de la publicité était celui de l'amélioration du contenu des programmes. L'objectif officieux, cependant, était de contenter les chaînes privées qui ne désiraient pas concourir avec France Télévisions sur le marché de la publicité et cette

³⁰⁶⁵ Article 302 bis KG du Code général des impôts : I.-II est institué une taxe due par tout éditeur de services de télévision au sens de l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, établi en France.

« II.-La taxe est assise sur le montant, hors taxe sur la valeur ajoutée, des sommes versées par les annonceurs, pour la diffusion de leurs messages publicitaires, aux redevables concernés ou aux régisseurs de messages publicitaires, déduction faite des sommes versées en application de la taxe prévue à l'article 302 bis KC. Ces sommes font l'objet d'un abattement forfaitaire de 4 %.

III.-L'exigibilité de la taxe est constituée par le versement des sommes mentionnées au II.

IV.-La taxe est calculée en appliquant un taux de 3 % à la fraction du montant des versements annuels, hors taxe sur la valeur ajoutée, afférent à chaque service de télévision, qui excède 11 millions d'euros. Toutefois, pour les services de télévision autres que ceux diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique, ce taux est fixé à 1, 5 % en 2009, 2 % en 2010 et 2, 5 % en 2011.

Pour l'ensemble des redevables, jusqu'à l'année d'extinction en métropole de la diffusion par voie hertzienne terrestre en mode analogique des services de télévision, la taxe est plafonnée à 50 % de l'accroissement de son assiette, telle que définie au II, constaté pour l'année civile au titre de laquelle la taxe est due par rapport à 2008. En tout état de cause, le montant de la taxe ne peut pas être inférieur à 1, 5 % de l'assiette telle qu'elle est définie au II ».

S. REGOURD, *Vers la fin de la télévision publique*, Op cit, p. 48

revendication était aussi vieille que la création des chaînes privées³⁰⁶⁶. La loi a été inefficace, puisqu'elle n'a pas permis d'améliorer le contenu des programmes.

B) Le financement par la publicité en Italie

1163. Selon A. Pace, en Italie, comme dans les autres pays européens, le niveau de la redevance reste élevé de telle sorte à réserver à la publicité une place seulement accessoire³⁰⁶⁷. C'est d'ailleurs ce que prévoyait explicitement l'article 15 de la loi n° 103 de 1975. Cette norme ne fixait toutefois pas de limites explicites à la publicité. La convention de concession de 1952, encore en vigueur en 1975 disposait seulement dans son article 19 que « La publicité devra être présentée dans les formes les plus opportunes pour ne pas porter préjudice à la qualité des programmes ; la transmission des phrases ou des images ayant le caractère de publicité ne doit pas occuper plus de 5% du temps réservé à la concession pour l'exécution de ses programmes. Une telle durée pourra être portée à 8% pour des motifs légitimes avec l'autorisation du ministère des Postes et des Télécommunications ». La convention adoptée en 1975³⁰⁶⁸ aurait dû, selon A. Pace, prévoir une limitation plus importante du fait de l'adoption de l'article 19 de la loi de 1975, tout comme celles de 1981³⁰⁶⁹ ou de 1988³⁰⁷⁰, mais tel ne fut pas le cas. Il en résulte une liberté très importante donnée par le gouvernement à la RAI, car les conventions continuent à répéter que « *les recettes dues à la publicité doivent être adaptées aux exigences d'une gestion efficiente et économie des services audiovisuels* »³⁰⁷¹.

1164. La volonté des gouvernants de laisser la redevance à un prix bas favorise évidemment l'augmentation des recettes publicitaires, ce qui peut être préjudiciable à la qualité des programmes. Les recettes publicitaires atteignent entre 40 et 50% du budget, ce qui place l'Italie

³⁰⁶⁶ Dans son documentaire « Pas vu, pas pris », le documentariste Pierre Carles met en exergue une discussion entre E. Mougeotte, président de TF1, et F. François Léotard, ministre de la communication apparemment amis de longue date, le 6 juin 1994. « *Notre seule inquiétude, c'est la révision du cahier des charges des chaînes de service public, car tout est bon pour leur donner des coupures de pub supplémentaires* » dira E. Mougeotte à France Leotard.

³⁰⁶⁷ A. PACE, « Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo », Op cit.

³⁰⁶⁸ d.P.R. 11 agosto 1975, n° 452

³⁰⁶⁹ Art. 8 d.P.R. 10 agosto 1981, n° 521

³⁰⁷⁰ art. 22 d.P.R. 1 agosto 1988, n° 367

³⁰⁷¹ A. PACE, Op cit.

en tête des pays d'Europe sur ce sujet et donne à la publicité un rôle fondamental³⁰⁷². Les règles européennes concernant les aides d'État ont imposé la nécessité d'une compatibilité séparée entre les ressources d'origine publique et les ressources commerciales. La nécessité de séparer ces deux types de ressources a été insérée dans la loi Gasparri. L'article 18 prévoit ainsi que « *En vue d'assurer la transparence et la responsabilité dans l'utilisation du financement public, la société concessionnaire établit le budget de fonctionnement annuel en indiquant, dans une compatibilité séparée, les recettes provenant du canon d'abonnement et les charges supportées durant l'année précédente pour la fourniture du service public susmentionné, sur la base du schéma approuvé par l'AGCOM. Les coûts doivent être imputés et attribués sur la base de principes de compatibilité de façon cohérente et justifiés objectivement (...)* ».

Conclusion §1 :

1165. Le financement partiel par la publicité peut certes constituer un danger pour la qualité des programmes diffusés sur les chaînes publiques, car les programmeurs pourraient être tentés de diffuser les programmes les moins clivants pour attirer le plus de téléspectateurs et le plus de recettes publicitaires. Toutefois, cet impératif d'attirer le téléspectateur existe indépendamment de l'attraction des publicitaires, car du taux d'audience dépend également la légitimité des chaînes publiques. De ce fait, il nous semble que, au moment où la lutte contre le déficit public est l'objectif principal des politiques publiques, la suppression de la publicité constitue un énorme manque à gagner pour les finances de France Télévisions, qui n'a d'ailleurs pas permis d'atteindre les effets escomptés, l'amélioration des programmes. Les conséquences de la publicité sur la RAI ne nous semblent à cet égard pas disproportionnées. Aujourd'hui, toutefois, c'est la commercialisation des programmes qui constitue un levier important pour de nouveaux fonds (§2).

§2 Le financement par la commercialisation des programmes

Alors qu'une somme importante des ressources de la BBC proviennent de la vente de ses programmes produits en interne (B), la politique d'externalisation de la production des

³⁰⁷² V. R. PARASCANDALO, « Come si privatizza la Rai senza privatizzarla », Quotidiano "L'Unità", 2003.

programmes de France Télévisions l'empêche de profiter des produits des ventes des programmes qu'elle finance (A).

A) En France, la nécessité de recourir plus systématiquement à la production interne

1167. Les obligations qui incombent aux sociétés de télévision de financer et de diffuser des œuvres audiovisuelles produites par le secteur privé sont nées avec la politique de soutien à la création indépendante mise en œuvre en 1986 et confortée par les décrets « Tasca » de 2001³⁰⁷³. Visant à faire émerger un tissu de producteurs privés en substitut au monopole de fait de la Société française de production (SFP), cette politique a été conçue dans un contexte où, encore peu nombreux, les diffuseurs nationaux, publics et privés, occupaient une position centrale dans l'économie de l'audiovisuel français³⁰⁷⁴. Ces lois ont donc poussé France Télévisions à avoir recours à l'externalisation pour les programmes autres que l'information et le sport. Ce recours à l'externalisation pose des problèmes importants en termes de droits de diffusion et de commercialisation. Comme le souligne la Cour des comptes, « *France Télévisions assume une part très majoritaire du financement des programmes qu'elle commande et bénéficie, en échange, de droits très précisément encadrés sur l'usage qu'elle peut en faire* »³⁰⁷⁵. La société bénéficie ainsi d'un nombre limité de diffusions (trois à cinq, en règle générale), elles-mêmes encadrées dans le temps (jusqu'à quatre ans) ; une fenêtre de télévision de rattrapage après chaque diffusion (en général, une semaine). Au-delà de ces droits de diffusion, les droits reviennent au producteur en cas de revente du programme ou d'exploitation sur une plate-forme numérique.

1168. Dans un tel régime, l'investissement financier des diffuseurs n'emporte pas de contreparties en termes de détention de droits de catalogue. En vue de faire évoluer cette situation, le décret du 2 juillet 2010 a prévu un droit à recettes pour l'éditeur de services

³⁰⁷³ Cour des comptes, Op cit, p. 82

³⁰⁷⁴ Ibid, p. 83

³⁰⁷⁵ Ibid, p. 84

« lorsque celui-ci a financé une part substantielle du coût total de l'œuvre ». Cette évolution n'a pas eu d'effets significatifs, puisqu'elle n'a pas levé le principal obstacle à un vrai retour pour le diffuseur, à savoir l'interdiction pour celui-ci de prendre des parts de producteur. Ceci a des impacts importants, car la société ne peut pas compter sur les ressources tirées de l'exploitation des programmes qu'elle finance. Par ailleurs, comme le souligne la Cour des comptes, cela pose des problèmes importants dans un environnement numérique, puisque France Télévisions ne pourra pas exploiter librement ses programmes sur ses plateformes numériques³⁰⁷⁶. L'objectif poursuivi par la loi de 1986 et les décrets « Tasca » paraît désormais avoir été atteint : un secteur d'activité privé indépendant s'est constitué en lieu et place de l'ancien monopole public et ceci, pour une part très significative, grâce au soutien public que représentent les obligations très élevées d'investissement de France Télévisions³⁰⁷⁷. Il est donc nécessaire, selon la Cour des comptes, d'imaginer un recours accru à la production en interne (ou via une filiale) pour retrouver la détention des droits des programmes qu'elle finance et de pouvoir les exploiter en externe³⁰⁷⁸. C'est exactement le modèle qui existe au Royaume-Uni (B).

B) La commercialisation et l'exportation des programmes au Royaume-Uni

1169. Au Royaume-Uni, la société BBC Studios regroupe depuis 2015 tous les départements de production internes de la BBC. Le regroupement de tous ces départements dans une entité unique avait à l'origine pour but de permettre aux studios de la BBC de produire des programmes pour d'autres chaînes. La plupart des programmes sont désormais produits par cette entreprise.

En avril 2018, BBC Studios a fusionné avec BBC Worldwide pour rendre encore plus efficient le processus de production et d'exportation des programmes. Ainsi, la même société produit les programmes et les exporte. L'exportation des programmes rapporte d'ailleurs chaque année plus de 500 millions de Pounds à la BBC qui les détient, grâce à l'exportation de programmes phare tels que *Downton Abbey*, *Doctor Who*, mais aussi de nombreux documentaires animaliers,

³⁰⁷⁶ Ibid.

³⁰⁷⁷ Ibid, p. 85

³⁰⁷⁸ Ibid.

historiques et politiques, ainsi que des concepts d'émissions télévisuelles comme The Voice ou Danse avec les stars.

Conclusion §2

1170. Les ressources issues de la vente de programmes constituent donc un défi pour France Télévisions et a fortiori pour la RAI qui exporte ses programmes de façon très marginale. Le cadre réglementaire et l'externalisation sont certes un aspect important en France, mais il nous semble que ce qui permet à la BBC de tirer des ressources conséquentes de ses programmes est surtout la qualité de ceux-ci et leur production en langue anglaise. C'est parce que les programmes produits par la BBC sont effectivement supérieurs à ceux produits par les chaînes privées, mais également que ceux produits par les chaînes étrangères, que celle-ci peut tirer des profits importants de la vente à des marchés étrangers.

Conclusion Section 2 :

1171. Si les revenus publics issus de la redevance sont calqués sur le même modèle dans les trois États, les revenus commerciaux ont des structures bien différentes, structures qui peuvent s'expliquer par les différentes couches archéologiques que nous avons décrites dans la Première partie de cette thèse, mais également par le placement contemporain des différentes chaînes publiques sur leur marché interne. Il semble que la BBC ait compris que la survie de son modèle économique dépendait effectivement de la qualité des programmes produits, ce qui la pousse à produire des programmes, et notamment des fictions et des documentaires se distinguant des programmes des chaînes privées et ayant un impact important sur le public. Au contraire, l'Italie et la France peinent à adapter leur modèle aux défis du marché du XXIème siècle.

Conclusion Chapitre 1 :

1172. Nous avons tenté de montrer que l'incertitude concernant la qualification juridique de la redevance et l'assiette d'imposition peuvent nous éclairer sur les ambiguïtés dans la façon qu'ont les gouvernants de considérer l'audiovisuel public. La qualification d'impôt au Royaume-Uni et en Italie est révélatrice de la tentative de déconnecter l'utilisation effective de la télévision et le paiement de la redevance. Bien que les débats concernant la nature juridique de la redevance

dans les trois pays nous en disent beaucoup sur l'incertitude du statut donné au service public de la radiodiffusion, le financement public est aujourd'hui assuré et stabilisé - il est peu probable que celui-ci soit remis en cause, mais il est également peu probable qu'il soit augmenté. Les débats doivent donc aujourd'hui se concentrer sur le financement commercial des chaînes publiques, car c'est cette composante qui permettra de donner plus de latitude dans la gestion des chaînes : de l'importance de ce financement dépendra la possibilité pour les chaînes de mener des politiques d'envergure et ambitieuse.

Le financement privé est encouragé, en droit de l'Union, pour tous les secteurs dont les services sont qualifiés d'intérêt économique général, le financement public étant considéré comme subsidiaire. Il pose pourtant paradoxalement des problèmes juridiques dans le secteur de l'audiovisuel. Dans ce secteur, c'est le financement public unique qui est considéré comme le financement de droit commun, du fait des problèmes de concurrence sur le marché de la publicité qu'entraîne le double financement. C'est ce qui a poussé la Commission européenne à adopter, pour vérifier la légalité du financement public, un contrôle limité aux effets de ce financement sur le marché de la publicité. Ce contrôle nous paraît insuffisant pour encourager le respect par les entreprises publiques de la mission de service public (Chapitre 2).

Chapitre 2 : Les paradoxes du contrôle par la Commission européenne de la légalité des aides d'État

1173. Le droit de l'Union européenne a, on le sait, profondément bouleversé le régime du service public, car il a obligé à penser celui-ci dans un environnement concurrentiel³⁰⁷⁹. L'interdiction des aides d'État, une des règles fondamentales de la concurrence, a obligé les États à encadrer et justifier, pour pouvoir bénéficier d'une dérogation, le financement public qu'ils octroyaient aux entreprises, même les entreprises qui sont chargées de mission de service public, ou pour utiliser le vocabulaire de droit de l'Union, d'un service d'intérêt économique général.

Le Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les États membres annexé au traité d'Amsterdam donne toutefois aux États membres une liberté pour financer leur service public audiovisuel. L'implication de ce protocole serait que lorsque les États membres décident de soumettre certaines entreprises à une mission de service public, ils peuvent financer avec des fonds publics (ou des fonds mixtes) les activités qui rentrent dans le cadre de cette mission de service public. Ce Protocole n'a pas été interprété comme un blanc-seing donné aux États membres dans le domaine de la radiodiffusion de service public, du fait de la deuxième partie de la phrase qui compose son unique disposition : le financement est considéré comme légal « dans la mesure où 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 ». Deux conditions encadrent cette compétence étatique : une première liée à l'« accomplissement de la mission de service public » et une seconde relative aux échanges et à la concurrence qui ne doivent pas être altérés « dans une mesure contraire à l'intérêt commun ».

1174. Après l'adoption de ce Protocole, la Commission européenne est intervenue pour clarifier les critères qu'elle utiliserait pour déterminer si ces deux conditions étaient remplies, et si, en conséquence, le financement était légal. Bien que ce Protocole ait une logique distincte de celui de l'article 106§2 TFUE, puisqu'il pose le financement public comme le financement de droit commun dans le secteur de l'audiovisuel, la Commission a interprété les deux conditions comme

³⁰⁷⁹ R.KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », Op cit, p. 216

devant être assimilées aux conditions posées par l'article 106§2 TFUE pour déterminer si le financement d'un service d'intérêt économique général était légal. Cette volonté de la Commission de concilier des énoncés juridiques *a priori* contradictoires a mené à un contrôle résiduel de la légalité du financement public. La Commission européenne se concentre presque entièrement sur les distorsions de la concurrence sur le marché de la publicité, en délaissant totalement la question de la définition et de la bonne mise en oeuvre des missions de service public audiovisuel. Le financement public est donc considéré comme légal à partir du moment où il n'a pas de conséquence sur le prix des pages de publicité.

1175. La politique mise en oeuvre par la Commission européenne participe selon nous des explications de l'ineffectivité des normes qui encadrent la prestation de service public audiovisuel, dans la mesure où le contrôle sur le financement public ne tient absolument pas compte de la mise en oeuvre effective de ces normes. Elle illustre les limites d'une politique focalisée sur le marché pour la mise en oeuvre des missions de service public et l'amélioration du bien-être du consommateur. Pour comprendre la politique mise en oeuvre par la Commission dans le secteur, il est nécessaire de revenir sur la très importante Communication concernant l'application au secteur de la radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État (Section). Il faudra ensuite déterminer en quoi le contrôle de proportionnalité effectué par la Commission sur le fondement de cette Communication est ambivalent et ineffectif pour encadrer le financement public (Section 2).

Section 1 : Une communication permettant de clarifier le contrôle de la légalité du financement public de la radiodiffusion

1176. La Communication de la Commission, publiée pour la première fois en 2001 est adoptée suite à l'adoption du protocole sur le système de radiodiffusion public dans les États membres, mais ce protocole ne permet pas de résoudre le débat autour des fondements juridiques possibles pour légitimer le financement public des chaînes publiques (§1). Elle permet de clarifier les règles applicables au secteur public de l'audiovisuel pour que le financement public soit considéré comme légal au regard des règles de concurrence prévues par les traités (§2).

§1 Des débats juridiques et politiques entourant le financement par la redevance des chaînes publiques

1177. Le protocole sur le système de radiodiffusion public dans les États membres constitue un texte unique : il introduit la seule référence faite par les traités à la notion de service public. Il nous faudra d'abord étudier le contexte politique et juridictionnel dans lequel il est adopté (A) pour mettre ensuite en exergue les questionnements autour des fondements juridiques de la dérogation à l'interdiction des aides d'État (B).

A) Contexte d'adoption du Protocole sur le système de radiodiffusion public dans les États membres

Ce texte semble constituer une réaction politique (1) à un contexte juridictionnel tendant à mettre en cause, en droit de l'Union la légalité du financement public des chaînes publiques (2).

1) Contexte politique

1178. Si on analyse ce texte en suivant une interprétation génétique, il semble que celui-ci soit d'abord le reflet d'un consensus politique suivant lequel le choix du mode de financement de l'audiovisuel public est une compétence des États membres. Il reflète les inquiétudes de certains États membres quant à une dépossession de cette compétence par la Commission européenne. Il a donc pour but de limiter l'intervention de celle-ci dans le domaine de l'audiovisuel et de réaffirmer la compétence exclusive des États membres dans le choix du mode de financement. L'Allemagne en particulier, où les chaînes de service public appartiennent à la catégorie d'organismes à double financement, bénéficiant à la fois des recettes publicitaires et de subventions, a souligné la compétence exclusive des États en la matière³⁰⁸⁰.

³⁰⁸⁰ B. FLAMAND-LEVY, *Les compétences culturelles de la communauté européenne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – PUAM, 2004, p.

1179. Ce texte visait également à répondre aux contestations qui émanaient des chaînes privées et concernaient la possibilité pour les chaînes publiques de financer par la publicité des émissions qualifiées de « divertissement », ce qui générerait selon ces chaînes privées une rupture de la concurrence, puisque les chaînes publiques étaient aussi financées par des fonds publics, et pouvaient profiter de ces fonds pour pratiquer des tarifs plus bas sur les annonces publicitaires. De nombreuses chaînes privées avaient engagé, à partir des années 90, des recours devant la Commission européenne en arguant que le financement par l'État des chaînes de service public allait au-delà de ce qui était strictement nécessaire pour mettre en oeuvre les missions de service public et devaient donc être qualifiées d'aides d'État. Ce contentieux intervient au moment où une réflexion plus large sur le traitement à réserver aux compensations d'obligations de service public vis-à-vis de la règle générale de l'interdiction des aides d'État³⁰⁸¹.

2) Contexte juridique³⁰⁸²

1180. Les deux premières plaintes émanèrent en 1992 des chaînes espagnoles Antenna 3 et Telecinco, et concernaient le financement par le gouvernement espagnol de six chaînes de télévision régionale de service public. En 1993, ce fut au tour de la chaîne privée portugaise SIC d'introduire une plainte contre le financement public de la chaîne RTP³⁰⁸³, une plainte suivie de

³⁰⁸¹ De 1985 à 2000, la jurisprudence de la Cour n'était pas stable concernant le fait de savoir si les compensations de service public relevaient ou non de l'interdiction des aides d'Etat. La première étape dans la tentative d'une conceptualisation stable fut l'arrêt *Ferring*. CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, Aff C-53/00 : « l'article 87 CE doit être interprété en ce sens qu'une mesure telle que celle prévue à l'article 12 de la loi n° 97-1164, du 19 décembre 1997, de financement de la sécurité sociale pour 1998, en ce qu'elle grève uniquement les ventes directes de médicaments réalisées par les laboratoires pharmaceutiques, ne constitue une aide d'État aux grossistes répartiteurs que dans la mesure où l'avantage qu'ils tirent du non-assujettissement à la taxe sur les ventes directes de médicaments excède les surcoûts qu'ils supportent pour l'accomplissement des obligations de service public qui leur sont imposées par la réglementation nationale ». Sur l'état du droit avant l'arrêt *Ferring*, V. D. TRIANTAFYLLOU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », RTDE, 1999, p. 21

³⁰⁸² Sur le sujet V. R. CRAUFURD-SMITH, « State support for Public Service Broadcasting : The position under community Law », *Legal issues of economic integration*, 2001(1), p. 3 ; A. F. BAVASSO, « Public service broadcasting and state aid rules: between a rock and a hard place, *European law review* », *European Law Review*, 2002, p. 340 ; A. BARTOSCH, « The financing of Public service broadcasting and EC State Law : an interim balance », *European Competition Law Review*, 1999(4), p. 197

³⁰⁸³ Décision NN-141/95, OJ No. C 67, 1997, p. 10. Cette décision fut annulée par le tribunal de première instance dans une décision *SIC v Commission* (T46/97) II 02125. Le tribunal de première instance retint les arguments de la chaîne privée selon lequel la Commission aurait du, en vertu de l'article 88(2) mettre en demeure les intéressés de présenter leurs observations.

près par celle de TF1 contre le financement public de France 2 et France 3³⁰⁸⁴. En 1996, Mediaset introduit une plainte contre le financement public de la RAI³⁰⁸⁵, et en 1997, la VPRT, une organisation allemande regroupant diverses télévisions privées introduit un recours³⁰⁸⁶ contre la création par les chaînes publiques ARD et ZDF, de deux chaînes thématiques³⁰⁸⁷. Les chaînes arguaient que les gouvernements violaient les règles du traité sur l'interdiction des aides d'État.

En septembre 1998, le tribunal de première instance rendit un jugement sur le fondement de l'article 175 du TCE³⁰⁸⁸ concernant les plaintes émises par la société espagnole Telecinco, qui reprochait à la Commission de ne pas avoir enclenché la procédure cinq ans après les plaintes émises le 2 mars 1992 et le 12 novembre 1993³⁰⁸⁹. La Commission arguait de la difficulté d'application de l'article 86§2 au secteur de la radiodiffusion du fait du caractère qualitatif des obligations. La Cour considéra qu'une telle difficulté n'était pas caractérisée et déclara donc contraire aux traités l'abstention de la Commission, arguant à celles-ci de remédier à cette violation comme le prévoyait l'article 176 TCE³⁰⁹⁰.

1181. À l'automne 1998, la DG IV de la Commission européenne fit circuler un document de travail³⁰⁹¹ ayant pour but d'établir un cadre d'analyse cohérent et systématique pour gérer les nombreuses plaintes concernant le secteur de l'audiovisuel. Il s'agissait pour la commission d'expliquer comment les articles 86§2 et 87 seraient appliqués dans le futur, et celle-ci déclarait envisager d'exclure certains genres tels que le sport des missions de service public pouvant être

³⁰⁸⁴ Décision EC 838/04, JO L361/2, 8.12.04

³⁰⁸⁵ Décision EC 339/04 JO L85/1, 23.04.04

³⁰⁸⁶ Décision NN-70/98, OJ No. C 238, 1999, p. 3.

³⁰⁸⁷ V. R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 6

³⁰⁸⁸ Aujourd'hui 265 TFUE : « Dans le cas où, en violation des traités, le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil, la Commission ou la Banque centrale européenne s'abstiennent de statuer, les États membres et les autres institutions de l'Union peuvent saisir la Cour de justice de l'Union européenne en vue de faire constater cette violation. Le présent article s'applique, dans les mêmes conditions, aux organes et organismes de l'Union qui s'abstiennent de statuer ».

³⁰⁸⁹ TPICE, T-95/96

³⁰⁹⁰ Aujourd'hui 266 TFUE : « L'institution, l'organe ou l'organisme dont émane l'acte annulé, ou dont l'abstention a été déclarée contraire aux traités, est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne ».

³⁰⁹¹ European Commission internal discussion paper 'Application of Articles 90, para. 2, 92 and 93 of the EC Treaty in the broadcasting sector' (mimeo, 1998), cité par R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 7

financées par des fonds publics. Ce document de travail provoqua un tollé au sein des États membres, car il était considéré comme remettant en cause la compétence de ceux-ci pour la définition des missions de service public³⁰⁹². La Cour avait d'ailleurs répété de nombreuses fois que l'établissement d'un système de radiodiffusion pluraliste était un objectif légitime qui faisait partie de la politique culturelle des États membres, et que ceux-ci étaient donc libres de déterminer les objectifs d'intérêt général associés à ce système³⁰⁹³. La seule implication de ce protocole, dans une interprétation générique, serait donc que les États membres sont compétents pour « conférer, définir et organiser » la mission de service public audiovisuel et qu'ils sont également compétents pour décider de pourvoir au financement public de la radiodiffusion de service public, de manière proportionnelle par rapport à la mission préalablement définie³⁰⁹⁴. Il est toutefois nécessaire de terminer la nature exacte de la contribution financière accordée par les États membres pour déterminer ensuite le régime juridique applicable (B).

B) Nature de la contribution : aide d'État, contrepartie à un service fourni ?

1182. La Commission et la Cour ont dû faire face à plusieurs sortes d'arguments visant à établir la conformité du financement public de la télévision publique avec les traités. L'hypothèse de la contrepartie à un service fourni a d'abord été envisagée par la Commission, mais écartée (1), et celle d'une aide destinée à promouvoir la culture a été envisagée par certains États membres, mais écartée d'emblée par la Commission et la Cour (2). C'est finalement la qualification de

³⁰⁹² Ibid.

³⁰⁹³ CJCE, 1991, *Commission/Netherlands*, Aff C-353/89, § 29 et 30 ; CJCE, 1991, *Gouda*, Aff C-288/89, § 22, 23 ; CJCE, 1993, *Veronica*, Aff C-148/91, § 9 ; CJCE, *TV 10*, 1994, Case C-23/93, §18 et 19. V. Veronica : « Il y a lieu, d'abord, de rappeler que, comme la Cour l'a relevé dans ses arrêts du 25 juillet 1991, *Commission/Pays-Bas* (C-353/89, Rec. p. I-4069, points 3, 29 et 30), et *Collectieve Antennevoorziening Gouda* (C-288/89, Rec. p. I-4007, points 22 et 23), la *Mediawet* vise à mettre en place un système de radiodiffusion et de télévision à caractère pluraliste et non commercial et s'insère ainsi dans une politique culturelle qui a pour but de sauvegarder, dans le secteur audiovisuel, la liberté d'expression des différentes composantes, notamment sociales, culturelles, religieuses ou philosophiques existant aux Pays-Bas. Il résulte, en outre, de ces deux arrêts (voir respectivement les points 41 et 42 et les points 23 et 24) que de tels objectifs de politique culturelle constituent des objectifs d'intérêt général qu'un État membre peut légitimement poursuivre en élaborant le statut de ses propres organismes de radiodiffusion de manière appropriée ».

³⁰⁹⁴ « 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 et dans la mesure où 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 ».

compensation de service public qui a été retenue, et cette compensation est considérée comme une aide d'État qui doit être notifiée préalablement à la Commission (3).

1) L'hypothèse de la contrepartie à un service fourni

1183. La première question était de savoir si la contribution financière de l'État à faveur des entreprises chargées d'une mission de service public audiovisuel pouvait être qualifiée d'«aide » au sens de l'article 87(1) (nouveau 107§1 TFUE). Cet article dispose que « *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». La première question était de savoir si les aides « favorisaient » effectivement les entreprises de service public. Cette question de la faveur avait en effet été soulevée par la Commission et la Cour qui avait considéré, dans l'arrêt *Association de défense des brûleurs d'huiles usagées*³⁰⁹⁵ que la faveur ne peut être présumée que dans les cas où la subvention ne constitue pas une contrepartie à un service fourni par celui qui la reçoit. Cet arrêt avait été critiqué dans la doctrine, car il aurait offert aux États membres la possibilité de confier à une entreprise toute sorte d'obligations de service public, et en échange leur attribuer une rémunération, et ce sans notifier cette rémunération à la Commission³⁰⁹⁶.

1184. Cette jurisprudence fut appliquée une seule fois au secteur de l'audiovisuel, dans une décision de la Commission concernant le financement public de la chaîne portugaise RTP. La Commission, dans sa décision initiale, avait conclu que le financement public de la RTP n'était pas une aide au sens de l'article 87, car elle permettait seulement d'indemniser RTP pour le coût d'un certain nombre d'obligations de service public obligatoire³⁰⁹⁷. Le Tribunal de première instance ne retint pas cette appréciation. Il considéra au contraire que pour savoir si l'aide

³⁰⁹⁵ CJCE, Décision 240/83, Rec p. 531, §18.

³⁰⁹⁶ V. ENGEL, « Limits for public special interest programmes under the perspective of E.C. Law » (*Europarechtliche Grenzen für öffentlich-rechtliche Spartenprogramme*), legal opinion on behalf of the Verband Privater Rundfunk und Telekommunikation e. V., Vistas 1996, cité par A. BARTOSCH, Op cit, p. 199

³⁰⁹⁷ Décision de la Commission NN-141/95, JO C 67, 1997, p. 10

favorisait effectivement l'entreprise, il était nécessaire de regarder si le bénéficiaire faisait l'objet d'un avantage qu'il n'aurait pas obtenu dans les conditions de marché ordinaires³⁰⁹⁸. Le fait que le financement public ait pour objet de compenser l'entreprise pour les coûts de ses obligations de service public n'empêchait pas à ce financement d'être considéré comme une aide au sens de l'article 87³⁰⁹⁹.

1185. Toutefois, comme le souligne R. Craufurd-Smith, une incertitude demeurait concernant la nature exacte de la faveur que RTP avait, selon le tribunal de première instance, obtenu³¹⁰⁰, puisque RTP avait seulement reçu un paiement pour le service qu'il avait effectivement fourni. La Commission répondit à cette question dans l'affaire BBC News 24. Celle-ci considéra que « *la redevance constitu(ait) une entrée d'argent directe pour la BBC, similaire à des fonds commerciaux, mais pour laquelle l'entreprise ne d(evait) pas concourir sur le marché* »³¹⁰¹. Cette entrée d'argent, que ne recevaient pas les autres opérateurs, fournissait un avantage économique et financier de la BBC par rapport à ses concurrents et devait donc être regardée comme une faveur au sens de l'article 87. L'approche est encore énoncée plus clairement dans l'affaire *Kinderkanal/Phoenix*³¹⁰² concernant deux nouvelles chaînes thématiques de service public en Allemagne. La Cour maintint que « *dans le cas où la compensation avait été fixée suite à une opération sur marché, par exemple lorsque toutes les entreprises intéressées avaient eu l'opportunité d'exposer le montant de la compensation qu'elle requerrait pour exploiter le service au nom de l'État, et que l'entreprise choisie pour la fourniture du service avait été sélectionnée en référence à des critères objectifs et justifiés* »³¹⁰³, celle-ci ne serait pas considérée comme une aide au sens de l'article 87. La majorité des opérateurs de service public audiovisuel s'étant vus mandater sans aucune mise en concurrence préalable, les compensations devaient a priori être considérées comme des aides d'État et devaient en conséquence être notifiées à la

³⁰⁹⁸ TPECE, *SICv. Commission*, Case T-46/97, §78

³⁰⁹⁹ *Ibid*, §82

³¹⁰⁰ R. CRAUFURD-SMITH, *Op cit*, p. 9

³¹⁰¹ Décision de la Commission, *BBC News 24*, NN-88/98, §24

³¹⁰² CJUE, *Kinderkanal/Phoenix*, Affaire NN-70/98 JO No. C 238, 1999, p. 3

³¹⁰³ *Ibid*, §3

Commission sur le fondement de l'article 88§3 TCE (nouveau 108§3 TFUE). La question était donc de savoir si, et dans quelle mesure, l'interdiction des aides d'État pouvait faire l'objet d'une exception pour l'audiovisuel sur le fondement de l'article 87§3 ou de l'article 86§2, et notamment, en ce qui concerne l'article 87§3, si ces aides pouvaient être considérées comme destinées à promouvoir la culture, une exception précisément autorisée par cet article (2).

2) L'hypothèse de l'aide destinée à promouvoir la culture pouvant être considérée comme compatibles avec le marché intérieur

1186. L'article 87§3(d) (nouveau 107§3(d)) dispose que « *Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur : (d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun* ». Ces dispositions doivent être interprétées conjointement avec l'article 167 TFUE (ex article 151 TCE) qui attribue à l'Union une compétence subsidiaire en matière de culture³¹⁰⁴. L'article 167§4 dispose également que « *L'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures* ».

1187. De telles dispositions auraient pu impliquer que la Commission adopte une appréciation souple de la compatibilité des aides d'État visant à développer la culture dans les États membres avec les règles du traité³¹⁰⁵. Au contraire, elle embrassa un sens étroit dans l'interprétation du mot « culture », en considérant que « *le terme culture doit être limité au sens où on l'entend généralement, et ne doit pas être étendu au-delà* »³¹⁰⁶. Le fait qu'il existe une acception généralement partagée de culture est, comme le souligne R. Craufurd Smith, loin d'être certain³¹⁰⁷, et, si cette définition existait, elle serait sans doute très différente de celle qu'envisage

³¹⁰⁴ Article 167 TFUE : « L'Union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun ».

³¹⁰⁵ V. R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 12

³¹⁰⁶ V. CJUE, Kinderkanal/Phoenix, Op cit §4 ; Commission européenne, Decision du 14 Juin 1999, §6; Commission, 14 December 2004, Espacio Editorial Andaluza Holding, Décision n° 458/04, § 15.

³¹⁰⁷ V. R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 12. Alfred Kroeber et Clyde Kluckhohn ont rédigé une liste de plus de 150 définitions différentes du mot *culture* dans leur livre *Culture: a critical review of concepts and definitions*.

la Commission³¹⁰⁸. Il semble que la Commission renvoie ici à un sens très étroit de la culture entendu comme « patrimoine artistique » tel que la littérature, la peinture, la sculpture, la musique, l'architecture³¹⁰⁹. Cette acception pose problème, car elle correspond en réalité au second terme utilisé dans l'alinéa (la conservation du patrimoine) ce qui laisse le mot « culture » de la phrase presque inutilisé. Une autre explication du refus de la Commission, plus convaincante peut-être, réside dans le fait que la télévision poursuive un but culturel, mais également social et démocratique. Il est très difficile de séparer les besoins culturels de la société des besoins sociaux et démocratiques, et à moins que les États membres établissent une séparation des comptes entre les programmes relatifs à la culture et ceux relatifs à l'information, la société, l'article 108§3 ne peut s'appliquer. Les chaînes thématiques allemandes qui faisaient l'objet de la décision étaient des chaînes pour enfants et des chaînes d'information, et elles servaient des intérêts éducatifs et démocratiques plutôt que strictement culturels³¹¹⁰. C'est donc uniquement sur le fondement de l'article 106§2 TFUE que ces compensations de service public peuvent être considérées comme compatibles avec les règles du traité (3).

3) Une compensation de service public qualifiée d'aide d'État

1188. L'option restante pour les États membres et la Commission était donc de s'appuyer sur la dérogation de l'article 106§2 TFUE pour déroger à l'article 107 TFUE sur l'interdiction des aides d'État. En 2003 eut lieu une importante - et attendue - décision de la CJUE : l'arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003³¹¹¹. Cette décision concernait la nature des subventions accordées par les États à des services qu'ils auraient préalablement qualifiés de Service d'Intérêt économique général. L'enjeu était de savoir si ces subventions accordées à des services, qui sur le fondement

³¹⁰⁸ Dans son sens le plus large, la culture peut aujourd'hui être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs, spirituels, matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe, outre les arts, les lettres et les sciences, les modes de vie, les lois, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances ». définition de l'UNESCO de la culture, Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles. Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet - 6 août 1982

³¹⁰⁹ Ce qui est réalité un abus de langage, puisque cette forme de démonstration de la culture est nommée « patrimoine », et non culture.

³¹¹⁰A. F. BAVASSO, Op cit, p. 342

³¹¹¹ CJCE, 20 septembre 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Aff C 280-00, JO C 226/1 du 20/09/2003, V. D. RITLENG « Financement du service public et aides d'Etat », AJDA, 2004, p. 1011

de l'article 106§2 TFUE pouvaient faire l'objet d'une dérogation aux règles de la concurrence, devaient être considérées comme des aides d'État et devaient donc faire l'objet d'une notification préalable. La Cour a décidé de ne pas considérer les compensations de service public comme des aides d'État, sous certaines conditions³¹¹², ce qui impliquerait que les compensations ne soient pas soumises au régime des aides d'État prévu par l'article 107 TFUE (ex 87 TCE) et qu'elles ne fassent pas l'objet d'une notification préalable. Cette décision emporte l'avantage, pour les administrations comme pour la Commission, d'alléger les obligations de notification, obligations qui auraient pu avoir comme inconvénient de ralentir la mise en oeuvre des services publics dans les États membres.

1189. Si le principe selon lequel les subventions aux Services d'Intérêt économique général ne sont pas des aides est fixé par cet arrêt, il est toutefois grandement limité par les conditions fixées : la Cour pose quatre conditions cumulatives sans lesquelles ce principe ne saurait s'appliquer . L'entreprise bénéficiaire doit avoir été effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent avoir été clairement définies ; les paramètres sur la base desquels la compensation a été calculée doivent avoir été préalablement établis de façon objective et transparente ; le montant de la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes et d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ; si le choix de l'entreprise qui a été chargée des obligations de service public n'a pas été effectué dans le cadre d'une procédure de marché public, le montant de la compensation nécessaire doit avoir été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, aurait encourus pour satisfaire aux exigences de service public requises, en tenant compte des recettes ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

1190. À l'aide de ces quatre conditions cumulatives, la Cour souhaitait s'assurer que les mesures prises pour la subvention d'un service public seront proportionnées, ainsi que s'assurer de l'équivalence entre la subvention octroyée et le surcoût généré par l'obligation de service

³¹¹² O. PEJOUT, La conditionnalité en droit des aides d'Etat. Droit. Université de Bordeaux, 2017, en ligne HAL.

public. Les conditions prévues par cette jurisprudence doivent permettre à la Commission d'avoir la possibilité d'effectuer, non plus a priori, mais a posteriori, un contrôle sur le financement des Services d'Intérêt économique général. Si l'État n'a pas respecté les conditions prévues par la jurisprudence *Altmark*, la Commission peut dans le cadre de l'article 108 TFUE lancer une procédure de contrôle sur ce financement. Les conditions posées par la jurisprudence *Altmark* sont particulièrement précises et restrictives. Dans le secteur de l'audiovisuel, il est rare que l'entreprise chargée de la mission de service public ait été choisie après une procédure de marché public. En effet, l'entreprise chargée de la mission de service public est souvent l'entreprise publique qui avait l'exclusivité durant la situation de monopole qui prévalait avant la libéralisation. La référence à l'entreprise moyenne dans un secteur où il n'y a pas de marché est une opération intellectuelle assez difficile. C'est pourquoi il est rare que les conditions de l'arrêt *Altmark* soient remplies dans ce secteur. Les subventions accordées sont de ce fait la plupart du temps considérées comme des aides d'État et doivent faire l'objet d'une notification. Suite à cet arrêt, et vues les conditions particulièrement restrictives adoptées par la Cour, la Commission adopta un paquet de trois textes, dit « Paquet Monti-Kroes »³¹¹³, qui exclut expressément le secteur de l'audiovisuel de l'application de cette jurisprudence, ni de ce paquet, et ce du fait de l'adoption préalable par la Commission d'une Communication l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État.

³¹¹³ Dans une décision du 28 novembre 2005 (2005/842/CE), elle exonère de notification et juge compatibles a priori avec le « marché commun » les compensations n'excédant pas 30 millions € l'an octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaire annuel n'atteint pas 100 millions d'euros et les compensations relatives à certains secteurs. Elle adopte également un « encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensation de service public » (29 novembre 2005, 2005/C297/04) dans lequel elle explique que si les conditions fixées par la Cour dans l'arrêt *Altmark* ne sont pas remplies, les compensations de service public doivent être considérées comme des aides d'État (elles font donc l'objet d'une notification *a priori*) mais peuvent être déclarées compatibles avec les règles du traité sous certaines conditions énumérées dans l'encadrement. Nous ne nous étendrons pas sur le sujet car le 3) de cet encadrement prévoit expressément qu'il ne s'applique pas au secteur de la radiodiffusion de service public qui est couvert par la Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État. Le troisième texte du Paquet Monti-Kroes est la Directive 2005/81/CE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, qui remplace la directive 80/723/CEE. Sur le large sujet des aides d'État V. C. H. BOVIS, « Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection ? », *European Law Journal*, 2005(1), p. 79 ; E. GROMNICKA, « Services of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices ? », *European Public Law*, 2005(3), p. 429 ; K. BACON (dir.), *European Community Law of State Aid*, OUP, 2009, ; M. DONY, F. RENARD, C. SMITS (ed), *Contrôle des aides d'État*, Commentaire J. Mégret, 3ème ed., EUB, 2007

Conclusion §1 :

1191. La nécessité d'un protocole additionnel pour traiter spécifiquement du financement du service public de radiodiffusion pose question. Si l'on considère que la radiodiffusion est un service d'intérêt économique général, il est soumis à l'article 106§2 TFUE, et pourrait bénéficier des exceptions aux règles de la concurrence qui résultent de cet article. Le protocole ne ferait que répéter pour un secteur particulier une norme de permission générale qui existe déjà avec la jurisprudence développée par la CJUE concernant cet article très important du traité. Le contexte politico-économique et la crainte des États membres d'une trop grande immixtion de la Commission et de la Cour dans un secteur aussi primordial que le secteur public de l'audiovisuel explique l'adoption de ce texte, et poussera la Commission à devoir concilier les règles de l'article 106§2 TFUE avec le texte du protocole qui donne la liberté aux États membres de choisir le mode de financement de leur service public audiovisuel. Pour ce faire, la Commission adopta en 2001 une communication très importante pour établir la nature et la portée du contrôle qu'elle effectuera sur les aides d'État pour établir leur légalité (§2).

§2 Les communications de la Commission « concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État »³¹¹⁴

Les communications de la Commission expliquent comment concilier la liberté de financement par les États membres prévue par le protocole et l'article 106§2 TFUE (A) en faisant référence aux trois conditions nécessaires à la dérogation sur les aides d'État (B).

A) La conciliation entre la formulation du Protocole et l'article 106§2 TFUE

1192. Dans la communication « concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État », la Commission réaffirme qu'il lui appartient de contrôler que le financement public du secteur public de la radiodiffusion n'est pas incompatible avec les

³¹¹⁴ Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, (2001/C 320/04), JOCE 15/11/2001, C 320/5 ; D. WARD, « The European's Commission state aid regime and public service broadcasting », in D. WARD(ed), *The European Union and the Culture Industries*, Routledge, 2016, p. 59 ; S. DEYPERE, J. BROCHE et N. TIGCHELAAR, (Directorate-General Competition, unit H-3) « State aid and broadcasting: state of play », *Competition Policy Newsletter*, Spring 2004, p. 71

traités. Ce rôle découle de l'article 108§1 TFUE qui prévoit que « *la Commission procède, avec les États membres à l'examen permanent du régime d'aides existant dans ces États* ». Cette mission de contrôle des aides d'État s'inscrit dans la mission plus générale conférée à la commission par les traités. Celle-ci a la compétence, selon l'article 17 TFUE de « *veiller à l'application des traités ainsi que des mesures adoptées par les institutions en vertu de ceux-ci* », et de « *surveiller l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne* ». Le principe de l'interdiction des aides d'État est normalement, dans le secteur de l'audiovisuel, inversé par rapport à ce que prévoit l'article 106§2 TFUE (ex 86TCE). L'article 106§2 TFUE dispose que les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général sont en principe, soumises aux règles de la concurrence. Selon ce texte, l'interdiction des aides d'État est donc la règle et le financement public l'exception. Au contraire, le Protocole prévoit que dans le secteur de l'audiovisuel, le financement public est licite par principe, sous réserve qu'il n'affecte pas les échanges dans la Communauté.

1193. Pourtant, dans sa Communication, la Commission va s'appuyer sur les règles issues du traité et les règles qu'elle a établies pour tous les Services d'intérêt économique général pour dégager les règles applicables au secteur de l'audiovisuel lors de l'examen du financement public de ce dernier. Bien qu'elle fasse d'abord référence aux nombreux textes dégagant la spécificité du secteur, elle rappelle ensuite la jurisprudence de la Cour dégagée pour les autres secteurs : pour qu'une aide d'État soit considérée comme légale et qu'elle puisse bénéficier d'une dérogation sur le fondement de l'article 86§2 (nouveau 106§2 TFUE), trois conditions doivent être remplies : « i) le service en question doit être un service d'intérêt économique général et être clairement défini en tant que tel par l'État membre (définition)³¹¹⁵; ii) l'entreprise concernée doit être explicitement chargée par l'État membre de la fourniture dudit service (mandat)³¹¹⁶; iii) l'application des règles de concurrence du traité (en l'espèce, l'interdiction des aides d'État) doit faire échec à l'accomplissement de la mission particulière impartie à l'entreprise et la dérogation ne doit pas affecter le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la

³¹¹⁵ CJCE, 1981, *Zuechner*, Aff 172/80, Rec, p. 2021

³¹¹⁶ CJCE, 1997, *GT-Link*, Aff C-242/95, Rec, p. 4449

Communauté (critère de proportionnalité) »³¹¹⁷. La Commission assimile les conditions posées par le protocole à ces conditions. Ainsi, « *la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre* » renvoie aux conditions de définition et de mandat, tandis que la deuxième condition posée par le protocole, à savoir « *dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public ... et ... 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* » est assimilé au critère de proportionnalité³¹¹⁸. Il est nécessaire d'étudier successivement ces deux conditions (B).

B) Conditions nécessaires à la dérogation sur le fondement de l'article 106§2 TFUE

Il faudra d'abord s'intéresser à la définition de la mission de service public (1) pour étudier ensuite la condition de proportionnalité (2).

1) Définition de la mission de service public

Le contrôle de la définition de la mission de service public par la Commission et la Cour se limite au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (a) et la Cour adopte une conception globale de la mission de service public (b).

a) Un contrôle de la Commission limité à l'erreur manifeste d'appréciation

1194. En ce qui concerne la définition de la mission de service public, la Commission rappelle le fait que celle-ci est de la compétence des États membres. La Commission assure que « *compte*

³¹¹⁷ CJCE, *EDF et GDF*, Aff C-159/94, Recueil 1997, Rec, p. I-5815

³¹¹⁸ Ibid, §31 : « *Dans le cas particulier de la radiodiffusion de service public, l'approche visée ci-dessus doit être adaptée en fonction des dispositions interprétatives du protocole, qui parle de «la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre» (définition et mandat) et prévoit une dérogation aux règles du traité pour le financement du service public de radiodiffusion «dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion au sein de l'accomplissement de la mission de service public ... et ... 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» (proportionnalité) ».*

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 »³¹¹⁹. Plus loin dans la Communication, elle affirme cependant que « La définition du mandat de service public devrait être aussi précise que possible. Elle ne devrait laisser aucun doute sur le fait de savoir si l'État membre entend ou non inclure dans la mission de service public une activité donnée exercée par l'organisme de radiodiffusion choisi » car « Sans une définition claire et précise des obligations imposées à l'organisme public de radiodiffusion, la Commission n'aurait pas la possibilité de remplir les tâches lui incombant en vertu de l'article 86, paragraphe 2, du traité et ne pourrait donc accorder aucune exemption au titre de cet article »³¹²⁰.

1195. Ces deux paragraphes semblent contradictoires. La définition peut difficilement se limiter à la nécessité de fournir une programmation étendue et une offre équilibrée et variée, tout en étant « la plus précise possible ». En réalité, la portée de l'obligation de donner une « définition claire et précise » semble se limiter à l'inclusion ou à l'exclusion des différents services qui entrent dans la mission de service public, comme les services d'information en ligne ou les web-séries ou encore les reportages en ligne³¹²¹. Il semble d'ailleurs que le seul contrôle que puisse exercer la Commission européenne soit celui de l'inclusion ou non de ces différents services à l'intérieur de la mission de service public. Ainsi, « En ce qui concerne la définition du service

³¹¹⁹ Ibid, §33

³¹²⁰ Ibid §37 ; Cette condition de précision ne fait que reprendre l'obligation de précision établie par la Commission dans sa Communication sur les services d'intérêt général, une obligation qui avait déjà été dérogée par la Cour dans l'arrêt Zuchner : CJCE, Züchner, Aff 172/80,

³¹²¹ V. les paragraphes précédents : §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 » et §35 : « À chaque fois que la portée de la mission de service public sera élargie pour couvrir de nouveaux services, la définition et le mandat devront être modifiés en conséquence dans les limites de l'article 86, paragraphe 2, du traité ».

public dans le secteur de la radiodiffusion, le rôle de la Commission se limite à contrôler s'il y a ou non erreur manifeste. Il ne lui appartient pas de décider si un programme doit être diffusé en tant que service d'intérêt économique général ni de remettre en cause la nature ou la qualité d'un produit donné. Toutefois, il y aurait erreur manifeste dans la définition de la mission de service public si celle-ci comprenait des activités dont on ne pourrait pas raisonnablement considérer qu'elles satisfont pour reprendre les termes du protocole les « besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ». Ce serait par exemple le cas pour le commerce électronique³¹²².

1196. Cette autolimitation de la Commission européenne au seul contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans la définition des missions de service public pouvant être financées par des fonds publics est en accord avec les dispositions du protocole précité, mais aussi avec la politique de la Commission concernant les autres secteurs qualifiés de service d'intérêt économique général. La Commission et la Cour de Justice rappellent de manière constante que « les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIG »³¹²³. En conséquence, « la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste »³¹²⁴. Cette jurisprudence est reprise dans la Communication sur les services d'intérêt général édictée en 2000, la Commission affirme que « Dans les domaines qui ne sont pas spécifiquement couverts par le droit communautaire, les États membres bénéficient d'une latitude importante pour concevoir leurs politiques, la seule limite étant le contrôle effectué pour vérifier qu'il n'y a pas d'erreur manifeste. La responsabilité de décider quel service doit être considéré comme un service d'intérêt général et comment il doit fonctionner incombe en premier lieu à l'échelon local »³¹²⁵. Toutefois, « la mission de service public doit être clairement définie et confiée explicitement (contrats inclus) par un acte de la puissance publique »³¹²⁶. Cette jurisprudence ne

³¹²² Ibid, §36

³¹²³ TPICE, Fred Olsen c/ Commission, aff T17/02 § 216

³¹²⁴ TPICE, FFSA c/ Commission, aff T106/95

³¹²⁵ Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », [2001] JOCE C17/4, §22

³¹²⁶ Ibid, §23

fait que répercuter le fait que cette compétence n'ait pas été transférée par les traités constitutifs à l'Union³¹²⁷, « *les institutions européennes ne disposent ni d'un mandat clair ni d'une base juridique appropriée pour élaborer une définition communautaire du service public* »³¹²⁸.

b) Une définition globale de la mission de service public

1197. Cette distinction apparente entre la nature des programmes, qui ne peuvent faire l'objet d'un contrôle de la part de la Commission, et la nature des services, pour lesquels la Commission exerce un contrôle de l'erreur manifeste a pour conséquence la possibilité pour les États membres d'inclure la totalité des programmes diffusés comme faisant partie de la mission de service public, et notamment les programmes de sport, ce qui semble en accord avec les dispositions du protocole et l'interprétation générique que nous en avons fait.

La Commission ne reprend pas les critères qu'elle avait adoptés dans ses décisions *Kinderkanal/Phoenix*³¹²⁹ et *BBC News 24*³¹³⁰. Dans ces affaires, les chaînes privées allemandes et anglaises contestaient la création par les opérateurs de service public de nouvelles chaînes thématiques, qui étaient financées simplement par la redevance. La Commission avait adopté une

³¹²⁷ Le principe de spécialité est à la base de la création de toute organisation internationale. Pour A. Pellet, l'Union européenne n'est autre qu'une organisation internationale régionale, c'est pourquoi lui est appliqué de fait le principe de spécialité. (A.PELLET, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, Académie de droit européen, Florence, Recueil des cours (1994), Kluwer, Dordrecht, 1997, vol. V, t. 2, pp. 193-271). Cette assertion selon laquelle la Communauté européenne n'est rien d'autre qu'une organisation internationale est fortement contestée par de nombreux auteurs (V. notamment D. SIMON). Dans cette vision, le principe de spécialité s'analyse en termes de « transferts de compétence ». V. F. HERVOUËT, « Les relations entre ordre juridique communautaires et ordres juridiques nationaux, De la primauté à la sphère de compétences », in *Mélanges J-F. LACHAUME*, p. 671

³¹²⁸ M. KARPENSCHIF, « Vers une définition communautaire du service public ? », RFDA, 2008, p. 58 ; contra V Wiedemann, « Public Service Broadcasting, State Aid, and the Internet: Emerging EU Law »(2004) 4 European State Aid LQ 596 qui souligne que la Cour rejette dans cette approche le critère de la *market failure* en retenant une approche large de la conception de service public audiovisuel qui ne prend pas en compte le critère de l'insuffisance du marché : « *As one commentator aptly observed, in so doing the Commission espoused a functional understanding of the public service broadcasting remit, impliedly discarding the market failure criterion referred to in connection with other services of general economic interest: so long as a given service is 'directly related to the democratic, social and cultural needs of each society and to the need to preserve media pluralism' it can be regarded as part of the public service broadcaster's remit, even if the market does offer sufficient incentives for its provision on a commercial basis* ». Il nous semble que cet argument n'est pas valable puisque de toute façon la compétence de définition de la mission appartient aux États membres.

³¹²⁹ V. Commission européenne, *Kinderkanal/Phoenix*, Décision NN-70/98, JOUE, C 238 du 21.8.1999, §6.3s

³¹³⁰ Commission européenne, *BBC news 24*, Décision NN-88/98

vision dynamique de la définition de la mission³¹³¹, puisqu'elle avait déclaré que les chaînes thématiques n'étaient pas réservées aux chaînes privées et que le fait que des chaînes privées fournissent également ce type de service n'était pas un élément décisif, car les chaînes publiques jouaient un rôle de « benchmark » sur le marché en maintenant de hauts standards de qualité³¹³².

1198. Toutefois, dans ces décisions, la Commission avait introduit le critère de distinction³¹³³ : elle avait observé que ces trois nouvelles chaînes fournissaient des services qui n'étaient pas fournis par les opérateurs privés, en l'occurrence, l'absence de publicité tout au long de la journée³¹³⁴. Ce critère de distinction était problématique, car il aurait pu entraîner une réduction importante de la portée de la dérogation de l'article 86§2. Il aurait été plus difficile pour les États membres qui financent leur télévision publique par des fonds mixtes, avec de la publicité, de prouver que le service qu'ils offraient était effectivement différent de celui offert par les opérateurs privés. Ce critère n'est pas repris par la Commission dans sa Communication. Au contraire, celle-ci déclare officiellement que le financement mixte tout comme le financement unique sont en principe conformes à l'article 86§2 (nouveau 106§2 TFUE). Au contraire, dans sa décision de 2001, la Commission fait seulement référence, pour examiner la légalité de la mission de service public de BBC News, au fait que la fourniture d'une télévision destinée aux informations 24 heures sur 24 devait être considérée comme permettant de répondre aux besoins démocratiques et sociaux de la société, car il permettait une meilleure couverture des sujets et une plus grande profondeur de leur analyse³¹³⁵. La Commission adopte donc une définition globale de la mission de service public comme tous les programmes qui sont transmis par les chaînes publiques, ce qui ne sera pas sans poser problème pour effectuer le contrôle de proportionnalité, la troisième condition pour analyser la légalité de l'aide d'État (B).

³¹³¹ R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 15

³¹³² Commission européenne, BBC News 24, Op cit, §54

³¹³³ R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 15

³¹³⁴ Commission européenne, Décision NN-70/98, §7; Commission européenne, Décision NN-88/98, §53

³¹³⁵ Commission Européenne, *BBC Licence Fee*, Décision n° 631/2001, JO C 23/2003, cité par R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 16

B) Le contrôle de proportionnalité

1199. La troisième condition est celle qui est prévue par le protocole : l'aide ne doit pas « *altérer les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun* ». Pour contrôler que cette condition est remplie, la Commission utilise le contrôle de proportionnalité du financement par rapport aux coûts nets du service public, le même contrôle qu'elle effectue pour les services d'intérêt économique généraux. Toutefois, le problème de la distorsion de la concurrence se pose avec plus d'acuité dans le secteur de l'audiovisuel que dans d'autres secteurs, du fait du financement mixte de la télévision publique.

1) La liberté de choix entre le système unique et le système mixte

1200. La Commission explique d'abord que les États membres sont libres de choisir les moyens de financement du service public de radiodiffusion, et ce en se fondant sur le protocole d'Amsterdam aux termes duquel « *les dispositions du traité sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion [...]* »³¹³⁶. Ce lien entre protocole et liberté dans le choix du financement est répété avec encore plus de clarté dans la Communication de la Commission de 2009 : « *Selon le protocole d'Amsterdam, peut-on lire, « les dispositions du traité sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion [...]».* La Commission n'a donc aucune objection de principe au choix d'un régime mixte plutôt que d'un régime unique »³¹³⁷. Pour effectuer ce test de proportionnalité, et en accord le protocole d'Amsterdam, « *la Commission part du principe que le financement par l'État est généralement nécessaire pour permettre à l'organisme d'accomplir ses missions de service public* »³¹³⁸. Le critère de proportionnalité est a priori respecté lorsque « *les aides d'État n'excèdent pas les coûts*

³¹³⁶ Communication de la Commission, 2001, Op cit, §46

³¹³⁷ Ibid, §59

³¹³⁸ Ibid, §57

nets induits par la mission de service public, compte tenu des autres recettes directes ou indirectes tirées de cette dernière » (2).

2) Un contrôle comptable et fondé sur le marché

1201. La Commission exige que les radiodiffuseurs mettent en oeuvre les obligations générales de transparence qui sont également appliquées aux autres secteurs (a). Le contrôle principal effectué par la Commission est en réalité celui d'une éventuelle distorsion des prix sur le marché de la publicité (b).

a) L'obligation de transparence appliquée au secteur de l'audiovisuel

1202. Il existe dans l'Union européenne une obligation de transparence dans les relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques ou des entreprises auxquelles ont été conférés des droits spéciaux ou exclusifs. Ces règles de transparence furent énoncées pour la première fois la directive 80/723/CEE³¹³⁹ et c'est aujourd'hui la directive 2006/111/CE de la commission qui est en vigueur³¹⁴⁰. Les mesures de transparence exigées sont les suivantes:

a) les comptes internes correspondant aux différentes activités (service public et activités commerciales) doivent être séparés; b) tous les produits et charges doivent être correctement imputés ou répartis sur la base de principes de comptabilité analytique appliqués d'une manière cohérente et objectivement justifiable; et c) les principes de comptabilité analytique selon lesquels les comptes séparés sont établis doivent être clairement définis³¹⁴¹. La Commission réaffirme la nécessité de tenir des comptes clairement séparés entre les activités de service public et les autres, afin notamment de détecter l'existence d'éventuelles subventions croisées illicites. Elle précise à ce titre que les dispositions de la nouvelle directive sur la transparence financière des entreprises publiques s'appliquent également aux organismes publics de radiodiffusion, dès

³¹³⁹ Directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, JO L195 du 29.7.1980 p.35 ; modifiée par la directive de la Commission 2000/52/CE, JO L 193/75 du 29.07.2000

³¹⁴⁰ Directive 2006/111/CE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises », JOUE L 318/17 du 17.11.2006.

³¹⁴¹ Article 4 de la directive pré-citée.

lors qu'ils exercent d'autres activités ne relevant pas de leur mission de service public. Dans sa Communication de 2009, la Commission va plus loin, puisqu'elle invite également les États membres à renforcer cette transparence au niveau même de l'organisation de l'organisme public de radiodiffusion, par une séparation fonctionnelle ou structurelle des activités commerciales importantes et dissociables³¹⁴². Dans les décisions concernant France 2, la RTVE et la RAI, la Commission européenne avait décidé de poursuivre l'investigation, car les chaînes n'utilisaient pas les comptes analytiques, ce qui posait un problème pour établir le coût réel des obligations de service public³¹⁴³.

1203. Si la séparation des produits ne pose pas de problème en particulier³¹⁴⁴, la séparation des charges, elle, pose problème. Comme le rappelle la Commission, si la totalité des programmes diffusés sur une chaîne publique peut être considérée comme faisant partie de la mission de service public, ceux-ci peuvent également faire l'objet d'une exploitation commerciale : ils peuvent être financés partiellement par la publicité ou vendus à l'étranger³¹⁴⁵. Quand ces produits font l'objet d'une commercialisation, il n'est pas possible de distinguer quels sont les coûts et les intrants qui font partie de la mission de service public et ceux qui font partie de la commercialisation, puisque c'est le même produit qui fait l'objet de deux types d'exploitation différentes. Certains coûts sont propres aux activités commerciales, telles que le coût de commercialisation des espaces publicitaires et ceux-ci doivent être identifiés et faire l'objet de

³¹⁴² C. COHEN, « Le financement du service public audiovisuel à l'ère du numérique », *Légipresse*, n° 266 - Novembre 2009

³¹⁴³ R. CRAUFURD-SMITH, *Op cit*, p. 20

³¹⁴⁴ §64 de la Communication de 2009 : « Dans le secteur de la radiodiffusion, la séparation des comptes ne pose pas de problème particulier en ce qui concerne les produits. C'est pourquoi la Commission estime que, pour les produits, les organismes de radiodiffusion devraient fournir un compte détaillé des sources et des montants de l'ensemble des revenus issus de l'exercice de leurs activités, qu'elles relèvent ou non du service public ».

³¹⁴⁵ §65 : « En ce qui concerne les charges, toutes les dépenses occasionnées par l'exécution des obligations de service public peuvent être prises en considération. Lorsque l'entreprise exerce des activités ne relevant pas du service public, seules les charges associées au service public peuvent être prises en considération. La Commission reconnaît que, dans le secteur de la radiodiffusion publique, la séparation des comptes peut être plus difficile en ce qui concerne les charges. Ce phénomène est dû au fait que, dans le secteur de la radiodiffusion traditionnelle en particulier, les États membres peuvent considérer que la totalité de la programmation d'un organisme de radiodiffusion est couverte par la mission de service public, tout en permettant qu'elle soit exploitée commercialement. En d'autres termes, les activités relevant du service public et celles n'en relevant pas peuvent dans une large mesure partager les mêmes intrants et les charges ne peuvent pas toujours être réparties proportionnellement ».

comptes séparés³¹⁴⁶. Les coûts qui sont entièrement imputables aux activités de service public, tout en profitant aussi aux activités commerciales, n'ont alors pas besoin d'être répartis entre ces deux types d'activités et peuvent être intégralement affectés au service public³¹⁴⁷.

1204. Cela signifie que les coûts qui concernent la production des programmes sont imputables au service public, même s'ils profitent également à la mise à disposition d'espaces publicitaires. Cette approche revient à ne pas répartir les charges de manière systématique entre les activités commerciales et les activités de service public, et à imputer la plupart des charges aux activités de service public. La Commission considère qu'il est « *virtuellement impossible de quantifier avec un niveau de précision suffisant la part de l'audience qui remplit la mission de service public et celle qui génère les recettes publicitaires* », la ventilation du coût de production entre les deux activités risquant en conséquence d'être « arbitraire et peu significative ». Toutefois, les bénéfices nets des activités commerciales liées aux activités de service public sont également pris en considération pour calculer les coûts nets dus aux obligations de service public, ce qui réduit le problème. Cet encadrement permet à la Commission de vérifier l'absence de surcompensation (b).

b) L'absence de surcompensation

1205. L'application de ce mode de calcul au financement unique est illustrée par la décision de la Commission du 20 juillet 2010 sur la compatibilité du nouveau régime de financement de la RTVE avec l'article 107 TFUE. L'article 33 de la loi espagnole 17/2006 prévoyait spécifiquement le calcul des compensations pour l'accomplissement des obligations de service public : « *ces compensations ne pourront pas dépasser le coût net du service public rendu.* » À cet effet, il est prévu que « *le coût net est défini comme la différence entre les coûts totaux de chaque société prestataire du service public et le total des revenus distincts des compensations* ». Dans sa

³¹⁴⁶ §66 : « *Les coûts propres aux activités ne relevant pas du service public (par exemple le coût de commercialisation des espaces publicitaires) devraient toujours être clairement identifiés et faire l'objet de comptes séparés. Par ailleurs, les coûts des intrants destinés au développement simultané d'activités relevant et ne relevant pas du service public devraient être répartis proportionnellement entre les activités de service public et les activités commerciales lorsque cela est valablement possible* ».

³¹⁴⁷ §67.

décision *Nuevo sistema de financiación basado en impuestos para los organismos de radiodifusión pública en España*³¹⁴⁸, la Commission prend en compte cette définition pour garantir la proportionnalité du financement, et s'appuie également sur la création, par la loi 8/2009 de suppression de la publicité sur la télévision publique d'un mécanisme qui permette que « tous les revenus de la RTVE qui dépasseraient les coûts nets du service public, plus une réserve additionnelle de 10% seraient coulés de nouveau dans le budget général de l'Etat (point 67). Cette seule mesure permet de contrôler la proportionnalité du financement.

1206. Dans sa décision concernant l'aide d'État C 27/09 (ex N 34/B/09) intitulée « subvention budgétaire pour France Télévisions que la République française envisage de mettre à exécution en faveur de France Télévisions »³¹⁴⁹, la Commission adopte le même raisonnement : La Commission relève dans son point 105 que « L'article 44 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 précise que «*[l]es ressources publiques allouées aux organismes du secteur audiovisuel public en compensation des obligations de service public mises à leur charge n'excèdent pas le montant du coût d'exécution desdites obligations* ». Cette disposition résulte des engagements de la République française à inscrire expressément dans la loi le principe de non-surcompensation des obligations de service public établi dans le cadre de la procédure qui a mené à la décision de compatibilité de la Commission du 20 avril 2005 concernant l'utilisation des ressources de la redevance. ». Après vérification de l'absence de surcompensation, la Commission vérifie s'il n'y a pas de distorsion sur le marché de la publicité (c).

c) Distorsions sur le marché non nécessaires à la mission de service public

1207. Pour le contrôle de proportionnalité, la Commission prend en réalité en compte un autre facteur, celui de la distorsion volontaire de la concurrence sur le marché. Ainsi, explique la Commission, « *un comportement anticoncurrentiel peut prendre la forme d'une sous-cotation des prix. Dans la mesure où la compensation de service public couvrira les pertes de recettes qui en*

³¹⁴⁸ Commission européenne, Ayuda Estatal C 38/09 (ex NN 58/09) —

³¹⁴⁹ Commission européenne, Affaire C 27/09 (ex N 34/B/09) « Subvention budgétaire pour France Télévisions que la République française envisage de mettre à exécution en faveur de France Télévisions », JOUE, JO, 4 mars 2011, L59/44

découleraient, les radiodiffuseurs de service public pourraient être tentés de faire baisser les prix de la publicité ou d'autres activités ne relevant pas du service public (telles que des services payants à vocation commerciale) en deçà de ce que l'on peut raisonnablement considérer comme conforme au marché, de façon à diminuer les revenus de leurs concurrents. Un tel comportement ne peut être considéré comme inhérent à la mission de service public confiée à l'organisme de radiodiffusion et, en tout état de cause, il «altérer[ait] les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun» et, partant, contreviendrait au protocole d'Amsterdam »³¹⁵⁰.

1208. Pour ce faire, la Commission doit vérifier sur le marché de la publicité que le financement public ne provoque pas une distorsion de la concurrence qui ne serait pas nécessaire au titre de l'accomplissement des missions de service public, et surtout que celui-ci ne permette pas aux télévisions publiques de faire baisser le prix des pages de publicité. Ainsi, dans sa plainte contre les financements publics reçus par France 2 et France 3, TF1 en affirmait « *que grâce aux aides d'État dont elles bénéficient, les chaînes France 2 et France 3, agissant «en dehors des contraintes de rentabilité qui sont celles de leurs concurrents, peuvent pratiquer des prix d'appel et des baisses artificielles sur leurs écrans publicitaires ou leurs actions de parrainage, afin de conserver la clientèle des annonceurs* »³¹⁵¹. Pour contrôler s'il existe effectivement un comportement de France 2 et France 3 qui créerait une distorsion sur le marché de la publicité, la Commission utilise le coût moyen par Gross Rating Point³¹⁵². Le GRP représente un indice de pression d'une campagne publicitaire sur une cible définie. Il s'agit du nombre moyen de chances de contacts d'une campagne publicitaire rapporté à 100 personnes de la cible étudiée. Le prix GRP correspond au prix unitaire par contact payé par les annonceurs. La Commission compare, pour déterminer s'il existe une distorsion de la concurrence, le prix GRP des chaînes public à celui des chaînes privées. Elle considère qu' « *Un comportement anticoncurrentiel des chaînes publiques sur le marché de la vente d'espaces publicitaires serait constaté si, en tenant compte*

³¹⁵⁰ §95

³¹⁵¹ V. Décision de la Commission du 10 décembre 2003 relative aux aides d'État mises à exécution par la France en faveur de France 2 et de France 3 (2004/838/CE), JO L361/21 du 8.12.2004, §90 et 91

³¹⁵² Ibid, §94

du fait qu'un GRP moyen supérieur entraîne un prix GRP supérieur (la prime à la puissance), les prix GRP pratiqués par les chaînes publiques étaient sensiblement inférieurs aux prix pratiqués par TF1 et M6 »³¹⁵³. Ce n'était pas le cas en l'espèce, car le prix GRP de France 2 et France 3 n'était que de 83 euros de moins en moyenne que celui de TF1, et cela s'expliquait par la plus grande puissance de TF1 sur le marché de la publicité.

Conclusion §2 :

1209. Le contrôle de proportionnalité a donc pour objet de contrôler qu'il n'existe pas de surcompensation par rapport aux coûts nets des activités de service public, qui représentent les charges liées à la production et à la diffusion de tous les programmes, auxquelles sont soustraits les bénéfices nets des activités commerciales liées aux activités de service public. La Commission européenne adopte donc un mode de calcul global de l'activité de service public : tous les programmes font partie de l'activité de service public et aucune différence n'est faite, pour les programmes que diffusent les sociétés publiques de radiodiffusion, entre les programmes « de service public » et les programmes commerciaux. Le contenu des programmes transmis n'a donc pas d'incidence sur le calcul du financement ce qui pose, comme nous le verrons, des questions. L'autre question résulte du choix de la Commission de se focaliser sur un contrôle centré sur les effets du financement public sur le marché de la publicité et non sur la forme que celui-ci prend. Si cette approche est cohérente avec la politique de la Commission et de la Cour pour l'analyse du droit de la concurrence³¹⁵⁴, elle pose, dans le secteur de l'audiovisuel des problèmes.

Conclusions Section 1 :

1210. S'il est très développé, le cadre juridique qui entoure le financement public du service public audiovisuel en droit de l'Union peut parfois contenir des incohérences. Le fait que le Protocole proclame la légalité par principe du financement public de l'audiovisuel public, mais que la Commission décide d'adopter, par la suite, le même contrôle que dans les autres secteurs

³¹⁵³

³¹⁵⁴ V. J. BOURGEOIS, D. WAELBROECK, *Ten years of effect-based approach in EU Competition Law*, Bruylant, 2012

où le financement public est subsidiaire en est une. Une autre incohérence réside dans la nécessité pour le législateur des États membres de définir *précisément* la mission de service public, quand la Commission adopte une approche très globale de la mission en considérant que tous les programmes diffusés par le radiodiffuseur public doivent être considérés comme des programmes de service public. Ce cadre juridique est révélateur de l'exigence permanente d'accommodement entre différents intérêts et différentes normes, parfois contradictoires, qui caractérise le droit de l'Union. Bien qu'il soit extrêmement précis et technique, il révèle le caractère profondément politique du contrôle de proportionnalité du financement public, et du droit de la concurrence tel qu'il est appliqué en droit de l'Union (Section 2).

Section 2 : les ambivalences du contrôle de proportionnalité

Le contrôle de proportionnalité effectué par la Commission européenne est ambivalent : il résulte d'une tentative de conciliation de différents intérêts économiques en présence qui mène à une politique incohérente (§1). Cette incohérence peut aussi s'expliquer par la répartition des compétences entre les États membres et l'Union : il paraît difficile pour la Commission et la Cour de contrôler la proportionnalité du financement sans s'intéresser à la nature des services financés (§2).

§1 Un processus de conciliation des différents intérêts menant à une politique incohérente

Le respect des règles de concurrence fut à partir des années 1960 l'outil privilégié de la Commission et de la Cour pour assurer la mise en place du marché commun et de l'intégration européenne (A). Après que les règles eurent été établies, de façon téléologique par la Cour de Justice, c'est à la Commission que revient l'application de ces règles, ce qui renforce le caractère politique de cette application (B).

*A) Le marché, l'outil de prédilection pour la Commission et la Cour*³¹⁵⁵

1212. Le contrôle de proportionnalité effectué par la Commission européenne est ambivalent : il se concentre sur le marché et laisse de côté le bien-être du consommateur (1). Ceci peut s'expliquer par le fait que la Commission et la Cour ont initialement envisagé les règles de la concurrence comme outil pour la réalisation du marché commun sans toujours se référer aux fondements théoriques initiaux du marché (2).

1) Le respect des règles de concurrence privilégié par rapport au bien-être du consommateur

1213. Ce calcul, que nous appelons « global » des charges du service public audiovisuel basé sur l'entièreté de la production des programmes diffusés sur les chaînes publiques, ainsi que la recherche de la distorsion sur le marché de la publicité avec l'utilisation du Gross Rating Point pose plusieurs questions. Nous avons vu que la Commission a accepté de considérer que tous les genres de programmes pouvaient faire partie de la mission de service public, ce qui rejoint la définition globale du service public audiovisuel que nous avons dégagé dans la première partie de cette thèse. Or, à l'intérieur de ces programmes diffusés sur les chaînes de service public, il existe des programmes qui, comme nous l'avons vu dans le premier chapitre de ce titre, ne semblent pas correspondre à cette mission de service public, car ils se rapprochent beaucoup plus de la vocation « commerciale » de la télévision, c'est-à-dire faire de l'audience peu importe le contenu, que de la vocation de « service public ». Plusieurs problèmes juridiques émanent de ces constatations.

1214. La Commission européenne déclare, dans la Communication issue de la version de 2009 que « *La Commission n'a donc aucune objection de principe au choix d'un régime mixte plutôt que d'un régime unique* ». Bien qu'elle accepte l'idée d'un financement par le régime mixte, la formulation de la phrase laisse entendre que le régime unique est le régime le plus naturel, ou le plus souhaité, ce qui ne semble pas logique. Le financement partiel par la publicité permet en effet de légitimer la diffusion de programmes « commerciaux » qui ne répondent pas exactement

³¹⁵⁵ V. P. MADDALON, La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, LGDJ, 2007

aux critères de la mission de service public³¹⁵⁶. Certes, la proportionnalité n'était pas garantie, et quasiment impossible à contrôler, car il aurait fallu s'intéresser au coût et aux bénéfices de chaque émission. Cela permet de conserver une certaine « zone grise » entre les émissions commerciales et les émissions à vocation de service public³¹⁵⁷.

1215. L'autre question que posent les règles définies par la Commission européenne concerne les finalités et la nature de la concurrence telle qu'elle est appliquée par cette dernière. Comme l'explique D. Gerber, les règles du traité concernant le droit de la concurrence ont d'abord été utilisées, dans l'Union européenne, pour mettre en oeuvre et assurer le processus d'intégration européenne³¹⁵⁸, l'unification du marché et la création d'un marché commun étant envisagées comme le but principal à l'époque de la création des Communautés européennes³¹⁵⁹. Suivant la méthode fonctionnelle, ou la méthode des petits pas, les États européens souhaitaient s'appuyer sur la coopération économique pour dépasser les nationalismes qui avaient conduit à la Seconde Guerre mondiale. Le rejet du traité instituant la Communauté européenne de défense représentait l'échec d'une intégration politique et l'intégration économique restait de ce fait le premier outil pour remplacer les conflits par la coopération³¹⁶⁰. L'intégration économique était également vue comme un moyen de reconstruire les économies nationales après les ravages de la Seconde Guerre mondiale, puisqu'un marché intégré était vu comme nécessaire pour que les entreprises atteignent des tailles propres à leur permettre d'être concurrentes sur le marché mondial³¹⁶¹.

1216. Cette approche fonctionnelle, centrée sur la nécessité d'éliminer les restrictions privées aux échanges au-delà des frontières nationales contrastait avec les conceptions nationales du droit de la concurrence, selon lesquelles celui-ci était appliqué pour assurer les avantages liés théoriquement à la concurrence, et notamment l'amélioration du bien-être du consommateur par

³¹⁵⁶ S. REGOURD, *Vers la fin de la télévision publique*, Op cit, p. 112

³¹⁵⁷ Ibid.

³¹⁵⁸ D. J. GERBER, « The transformation of European Community competition law », *Harvard international law journal*, 1994(1), p. 97, spéc p. 98 ;

³¹⁵⁹ Ibid.

³¹⁶⁰ Ibid, p. 101

³¹⁶¹ Ibid, p. 102 ; V. aussi U. W.KITZINGER, *The politics and economics European integration*, 1961, p. 21s

la réduction des coûts ou les progrès technologiques³¹⁶². Comme le rappelle T. Prosser, l'objectif principal, selon les économistes, de l'application des règles de concurrence est la promotion du bien-être des consommateurs à travers la maximisation de l'efficacité³¹⁶³. G. Amato va plus loin dans sa définition de l'efficacité : « *Ce qu'il faut comprendre par efficient et par conséquent conforme au bien être du consommateur est tout comportement ou situation qui transfère au bénéficiaire du consommateur des améliorations qualitatives de la production ou de réductions de coûts, sans que personne ne puisse réduire la concurrence ou le marché* »³¹⁶⁴.

Posner, l'un des principaux représentants de l'école de Chicago, explique pourtant que « *l'efficacité est le seul objectif des législations antitrust, mais la concurrence est un but intermédiaire qui est souvent assez similaire pour autoriser les cours à ne pas regarder plus loin* »³¹⁶⁵. Or, en l'espèce, et du fait de l'absence d'un réel marché de l'audimat, le contrôle des règles de la concurrence ne permet pas de contrôler l'efficacité des chaînes publiques. Cet exemple ne semble qu'être la pointe de l'iceberg d'une politique plus globale de la Commission européenne et de la Cour qui ont utilisé le marché à des fins autres que celles qui sont prônées par les économistes : la construction européenne (2).

2) Les limites d'une construction européenne fondée sur le seul respect des règles de concurrence

1217. Cette politique de la Commission doit être remise dans le contexte de l'évolution de la politique générale de la Commission et de la Cour concernant la mise en oeuvre des règles de concurrence dans l'Union européenne, tant dans la substance que dans la forme. Comme nous l'avons dit, les règles de concurrence ont servi en premier lieu, dans l'Union européenne à

³¹⁶² V. aussi S. WILKS et L. MCGOWAN, « Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency? », in G. BRUCE DOERM & S. WILKS(ed), *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, 1996 qui relèvent que les objectifs du droit de la concurrence de la Communauté européenne n'étaient pas l'efficacité ou l'équité, mais la légalité au service de l'intégration du marché. La Cour et la Commission étaient bien sûr conscientes des potentiels bénéfiques de la concurrence sur les prix, les progrès technologiques (V. Opinion de la Cour dans les décisions : CJCE, 1966, Aff 56 et 58/64, *Consten and Grunding v. Commission*, Rec, p. 339-340), mais cela n'était pas leur objectif premier.

³¹⁶³ T. PROSSER, « Competition law, Citizenship Rights and Social solidarity », in T. PROSSER, *The limits of competition law (...)*, Op cit, p. 17, spéc p. 18

³¹⁶⁴ G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power*, Hart Publishing, 1997, 21-2

³¹⁶⁵ R. POSNER, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2001, p. 29

l'abolition des comportements privés susceptibles de remettre en cause les échanges entre États membres et la mise en place du marché commun. Dans ce processus, c'est la Cour de Justice, chargée de la protection de l'intégration européenne, qui fit des règles de concurrence un véhicule très important de l'intégration, grâce à une interprétation téléologique des règles du traité³¹⁶⁶. La Cour étant vue comme un organe neutre et non politique, ces décisions furent largement acceptées par les États de la Communauté, car elles avaient pour but l'intégration européenne³¹⁶⁷.

1218. Toutefois, au début des années 1980, le but poursuivi par la Cour avait presque été atteint, l'entrée en vigueur du traité de Maastricht en étant la concrétisation. Bien que le marché unique n'ait pas été complètement achevé, la plupart des obstacles juridiques au commerce entre les États membres avaient été éliminés³¹⁶⁸. Les rôles respectifs de la Cour et de la Commission changèrent. Alors qu'au début de l'intégration européenne la Commission travaillait en étroite collaboration avec la Cour pour édicter la jurisprudence permettant d'assurer l'unification du marché, au début des années 80, la Commission devait assurer la mise en oeuvre effective des règles qui avaient déjà été édictées par la Cour, la Cour se contentant désormais de résoudre des cas litigieux sur la base des principes qu'elle avait elle-même édictés³¹⁶⁹. Le leadership intellectuel de la Cour diminua, et cela fut renforcé par le passage d'une méthodologie basée sur des critères formels à une méthodologie basée sur les effets concrets du comportement des acteurs sur le marché. Alors qu'auparavant la Cour se fondait sur le comportement de l'acteur et

³¹⁶⁶ D. J. GERBER, *Op cit*, p. 109

³¹⁶⁷ Cette interprétation téléologique trouva son apogée avec la décision « Continental Can », dans laquelle la Cour soutient la Commission qui avait utilisé l'article 86 pour attaquer une acquisition, car celle-ci avait pour conséquence de modifier la structure du marché qui renforçait la domination de l'entreprise acheteuse et constituait donc un abus de position dominante. Alors même que le texte du traité n'indiquait pas que l'article 86 était applicable aux fusions, la Cour utilisa la méthode d'interprétation téléologique pour aller contre le texte du traité. V. CJCE, 21 février 1973. *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 6-72, JOCE, Rec, 1973, p. 00215

³¹⁶⁸ D. J. GERBER, *Ibid*, p. 124

³¹⁶⁹ *Ibid*, p. 127 L'auteur écrit que l'une des mutations qui fut centrale dans le droit de la concurrence de l'Union européenne implique la fin du leadership de la Cour, lorsque au milieu des années 1980, les juges, constatant que l'objectif du marché commun qui justifiait l'usage de l'interprétation téléologique avait été atteint, jugèrent que la Cour devrait devenir moins militante. Selon eux, la Cour n'avait plus à mener une politique aussi agressive qu'avant puisque les autres institutions avaient désormais les moyens juridiques d'assurer l'intégration. L'impact de ces réflexions n'a bien entendu par été mesuré directement mais il est probable qu'elles aient eu un impact dans la façon dont la Cour considérait son leadership intellectuel.

ses caractéristiques juridiques en faisant référence directe aux termes des contrats, elle a progressivement imposé que les entraves aux règles de la concurrence soient basées sur des analyses économiques fondées sur les circonstances spécifiques de l'espèce³¹⁷⁰.

1219. Ce passage eut pour conséquence de donner un rôle encore plus central à la Commission européenne, car elle seule disposait des capacités d'investigation nécessaire pour de telles évaluations³¹⁷¹. Comme le relève D. Gerber, l'organisation et les moyens matériels des Cours ne sont pas adaptés pour évaluer les effets des comportements des acteurs sur le marché, car les juges ne possèdent ni la formation ni l'expérience pour entreprendre ce type d'expertise³¹⁷². Le rôle de la Cour se rapprocha de celui d'un tribunal administratif, cantonné au contrôle de *judicial review* ou de recours pour excès de pouvoir, contrôlant si la Commission agit bien dans le cadre des règles et des principes établis par les traités et par les organes politiques de la Communauté³¹⁷³. Avec la fin des impératifs d'intégration et la réticence de la Cour à établir de nouveaux principes généraux, la Commission n'avait plus de raison de se tourner vers la Cour pour recevoir les orientations qu'elle devait suivre³¹⁷⁴. La Cour auto-limita d'ailleurs le contrôle qu'elle effectuait sur les décisions de la Commission, en s'assurant que les grands principes

³¹⁷⁰ Ibid, p. 127 V. aussi V. KORAH, « From Legal Form Toward economic efficiency. Article 85§1 of the EEC Treaty in contrast to U.S. Antitrust », *Antitrust Bull*, 1990(35), p. 1009 : « Cette tension, écrit l'auteur, s'est récemment exprimée dans le contexte de l'article 28 TCE dans le cas *Familiapress*. Après avoir reconnu l'existence d'une nouvelle exigence obligatoire en droit autrichien, concernant la diversité des propriétaires de presse écrite, la Cour de Justice renvoya le cas à la Cour autrichienne pour que celle-ci détermine si le fait d'ouvrir le marché national à une concurrence très forte aurait effectivement l'effet négatif que craignaient les avocats de cette interdiction nationale sur le nombre de titres de presse existant dans le pays. Ainsi, la Cour de justice apparut inviter, et ce en nette distinction avec ses styles de raisonnement précédents, à la résolution du conflit entre différentes valeurs en ayant recours à l'étude de marché et non en hiérarchisant de telles valeurs. Cette nouvelle méthode (diversité des propriétaires de presse, liberté d'expression, liberté d'accès au marché) pourrait suggérer que des intérêts supérieurs doivent seulement être vus comme des exceptions à la norme du marché, invoquables seulement dans des circonstances spécifiques plutôt que comme des considérations qui l'emporteraient de manière générale ».

³¹⁷¹ Ibid, p. 128

³¹⁷² Ibid, p. 128 Dans le cas particulier de la Cour de justice, le problème était exacerbé par le fait que les juges ne parlaient pas la même langue, et qu'ils avaient des expériences économiques différentes qui variaient en fonction de l'état de la concurrence dans leur pays d'origine.

³¹⁷³ Ibid, p. 129

³¹⁷⁴ T. KOOPMANS, « The Role of Law in the Next Stage of European Integration », *International Law and Comparative Law Quarterly*, 1986, p. 925

généraux qu'elle avait édictés précédemment étaient respectés³¹⁷⁵. Le rôle désormais central de la Commission européenne dans l'édition des règles de concurrence fait de ce système un système beaucoup plus politique (B).

B) Le contrôle des règles de concurrence : du droit à la politique

Le rôle central joué par la Commission européenne a laissé plus de place au pragmatisme et la conciliation (1), mais un tel système est plus prompt à créer des règles incohérentes (2).

1) Le rôle désormais central de la Commission européenne

1220. Cette redéfinition des rôles eut des conséquences importantes sur la nature des règles de concurrence et leur mise en oeuvre. Alors que les règles de la concurrence étaient envisagées, jusque dans les années 80's comme étant avant tout des règles juridiques, le système a à partir des années 80 pris une composante plus politique, et beaucoup moins juridique. Comme l'écrit D. Gerber, alors que la Cour est une institution juridique, la Commission est une institution explicitement politique. Plus son rôle devient central dans le système, plus les éléments politiques sont susceptibles d'être pris en compte, et plus le droit de la concurrence est susceptible de devenir « politique »³¹⁷⁶. Cette composante politique pose des problèmes en termes de légitimité et de consensus. L'incertitude liée aux nouveaux buts du droit de la concurrence après la concrétisation du marché commun entraîne également un flou, qui entraîne des pratiques moins juridiques, et ce manque de juridicité remet en cause les concepts et les pratiques développés par la Commission, qui peuvent apparaître moins appropriés ou fiables³¹⁷⁷. Celle-ci doit désormais prendre en compte des objectifs extérieurs au droit de la concurrence en tant que tel, comme les impératifs environnementaux, les politiques commerciales des États de

³¹⁷⁵ V. la formulation de principe désormais adoptée par la Cour et le tribunal de première instance : « *Si le juge communautaire exerce, de manière générale, un entier contrôle sur le point de savoir si les conditions d'application des règles de concurrence se trouvent ou non réunies, le contrôle qu'il exerce sur les appréciations économiques complexes faites par la Commission doit, toutefois, se limiter à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir* ».

³¹⁷⁶ D. GERBER, *Op cit*, p. 130s ; V. aussi D. GERBER, « Competition law in Europe : market, community and integration », in D. GERBER, *Global competition : law, markets and globalization*, OUP, 2010, p. 159s

³¹⁷⁷ *Ibid*, p. 131

l'Union, ou encore des objectifs sociaux, ce qui l'amène à opérer des conciliations entre différents objectifs. Or, ce processus de conciliation est également très politique et est susceptible de mettre en cause l'objectivité et la nécessité des règles édictées. La Commission est dans ce processus de conciliation, plus soumise aux lobbys des gouvernements, mais aussi des entreprises, que ne l'était la Cour de justice, d'autant plus que ce processus d'influence est plus opaque.

1221. La réalisation du but initial du marché commun à travers l'application du droit de la concurrence eut une autre conséquence, peut-être plus importante : un questionnement autour des buts de l'application du droit de la concurrence. Les États étaient disposés à admettre une application dynamique du droit de la concurrence tant que celui-ci avait pour seul but d'achever le but du marché commun. Ce but permettait de légitimer politiquement le rôle juridiquement de la Cour³¹⁷⁸. Mais tous les États ne partageaient pas les présupposés du droit de la concurrence en tant que tels, d'autant plus que ceux-ci pouvaient avoir pour effet de remettre en cause les politiques industrielles nationales ainsi que d'autres buts considérés comme d'intérêt supérieur³¹⁷⁹. Comme l'écrit D. Gerber, « *Un système construit et entretenu pour réaliser un objectif principal fait désormais face à des questions fondamentales sur ce qu'il est en train de faire, et pourquoi il le fait* »³¹⁸⁰. Ceci peut mener à la mise en place de politiques parfois incohérentes (2).

2) L'incohérence juridique des politiques parfois édictées

1222. Quelles conclusions peut-on tirer de ce bref exposé concernant le contrôle effectué par la Commission européenne ? Les deux communications de la Commission reflètent parfaitement ce qui vient d'être exposé : en réalisant une conciliation entre les différents intérêts en présence, la Commission édicte une réglementation dont le résultat semble bien plus politique que juridique. D'un côté, la Commission suit la volonté des États membres concernant la liberté de financement et de définition des missions des entreprises publiques de radiodiffusion, mais elle prend

³¹⁷⁸ Ibid, p. 129

³¹⁷⁹ Ibid, p. 133

³¹⁸⁰ Ibid, p. 135

également en compte les intérêts des opérateurs privés en contrôlant que le prix de la publicité sur le marché ne soit pas faussé par ces aides. Il en résulte un contrôle a minima de la proportionnalité du financement public qui n'est pas cohérent avec la jurisprudence établie par la Cour de justice concernant le financement des entreprises chargées d'obligations de service public, mais également un désintérêt vis-à-vis du bien-être du consommateur, qui est pourtant, selon les économistes, le but premier de l'application des règles de concurrence. Peu importe que les programmes proposés par les chaînes publiques soient de qualité, et peu importe que le financement public permette effectivement aux chaînes publiques de proposer une prestation différente de celles des opérateurs privés, tant que celles-ci n'entravent pas la concurrence sur le marché de la publicité.

1223. Comme le soulignait déjà D. Gerber en 1994, il semble urgent de fonder les règles de la concurrence sur une base autre que celle de la réalisation du marché commun, et cela doit pouvoir impliquer de revenir aux buts génériques associés aux règles de la concurrence, comme l'amélioration de la qualité des produits et la baisse des prix, et de contrôler effectivement si ces buts sont atteints. La Cour de Justice a d'ailleurs évoqué ce principe de bien-être du consommateur, et a pris en compte ce facteur dans l'arrêt *United Brands Company (UBC)*³¹⁸¹ en 1978. UBC était une compagnie américaine dominante sur le marché de la Banane. Elle avait interdit aux grossistes auxquels elle vendait ses bananes de vendre celles-ci à d'autres grossistes et de vendre les bananes quand elles étaient encore vertes. La Cour retint l'abus de position dominante en utilisant non pas la restriction de la concurrence, mais le préjudice des consommateurs³¹⁸². Toutefois, la Commission européenne, en favorisant une approche du droit de la concurrence fondée sur les effets des mesures sur le marché, a favorisé une approche prenant en compte principalement le bien-être des entreprises, et non celle des consommateurs.

Conclusion §1 :

1224. La politique impulsée par la Commission européenne pour contrôler le respect de la proportionnalité du financement est donc un des facteurs qui permet d'expliquer, selon nous, la

³¹⁸¹ CJCE, 1978, *United Brands v. Commission*, Aff 27/76, [1978] p. 207

³¹⁸² D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe*, Clarendon Press, 2001, p. 366

relative ineffectivité des normes encadrant la prestation des service public audiovisuel sur le plan interne. En effet, alors même que des textes ayant valeur de sources primaires reconnaissent l'importance de la prestation de service public audiovisuel pour le respect du principe de pluralisme, condition sine qua non de la démocratie, c'est encore une fois sur le terrain du marché que la Commission se place pour effectuer son contrôle de proportionnalité. Or, comme il n'existe pas de marché de l'audience à proprement parlé, c'est sur le terrain du marché de la publicité que la Commission va vérifier que les chaînes privées ne sont pas lésées, sans jamais se soucier de la prestation proposée par les chaînes publiques, et sans vérifier que les montants alloués par les Etats permettent de garantir effectivement le pluralisme de l'information et des types de programmes. De ce constat découle deux conclusions. D'une part, la concurrence et le marché, supposés garantir le bien-être du citoyen grâce à la réduction des prix et l'amélioration de la qualité sont ici détournés de leurs finalités premières et bénéficient avant tout aux grandes entreprises privés. Il est en effet difficile d'affirmer que le fait d'entraver la concurrence sur le marché de la publicité pourrait avoir des conséquences dommageables pour le téléspectateur. D'autre part, on assiste ici à la limite d'un contrôle de proportionnalité du financement dépourvu de tout lien avec la prestation réellement effectuée par l'opérateur. Autrement dit, le fait que l'Union se soit emparé du thème du service public à travers la concurrence uniquement, du fait de la répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union, emporte des limites importantes qui peuvent aller à l'encontre du bien-être des consommateurs (§2).

§2 La répartition ambiguë des compétences entre les États membres et l'Union

La définition de la mission de service public est une compétence des États membres (A), ce qui pose problème, car séparer le contrôle de la proportionnalité du financement de la définition des missions peut sembler incohérent. La répartition des compétences dans le domaine de la culture (B) ne permet pas non plus à l'Union d'intervenir de manière positive sur ces obligations.

A) La définition de la mission de service public, une compétence des États membres

1225. Si la répartition des compétences est a priori claire, puisque la définition de la mission de service public appartient aux États membres (1), la doctrine s'est interrogée sur les conséquences de l'adoption de l'article 16 TCE par le traité d'Amsterdam ainsi que l'article 36 de la charte européenne des droits fondamentaux (2). La Commission a peu à peu défini des obligations positives attenantes à la qualification de service d'intérêt économique général (3).

1) Une répartition a priori claire des compétences

1226. Comme le rappellent les auteurs, l'article 3B du traité de Maastricht, précise que dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive la Communauté n'intervient que si (et dans la mesure où) les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres³¹⁸³. Or nul article du traité ne donne compétence à la Communauté pour organiser la gestion des services publics³¹⁸⁴. Cette compétence de principe des États membres dans la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG est réaffirmée par la Commission dans sa communication sur les services sociaux d'intérêt général, où elle estime que « *cette liberté doit s'exercer dans la transparence et sans abuser de la notion d'intérêt général* »³¹⁸⁵. Cette répartition des compétences favorable aux États membres en la matière s'appuie également sur des implications de philosophie politique. Selon Christian Stroffaës, « *la communauté est un droit sans l'État, alors que les services publics apparaissent indissolublement liés à la notion d'État* »³¹⁸⁶. Les services publics apparaissent indissociables de la souveraineté,

³¹⁸³ Sur ce sujet, voir F. HERVOUËT, « Les relations entre ordre juridique communautaires et ordres juridiques nationaux, De la primauté à la sphère de compétences », in *Le droit administratif, Permanences et convergences, Mélanges J-F LACHAUME*, LGDJ, 2007 p. 671

³¹⁸⁴ V. N. BELLOUBET-FRIER, « Service public et droit communautaire », Op cit ; C. LEBERRE, « La logique économique dans la définition du service public », RFDA, 2008, p. 50 ; M. BAZEX, « L'appréhension des services publics par le droit communautaire », RFDA, Op cit ; R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », Op cit ; M. FREEDLAND, « Competence, social policy and public services », in P. CRAIG, M. FREEDLAND, C. JACQUESON, N. KOUNTOURIS(ed), *Public employment services and European Law*, OUP, 2007, p. 17

³¹⁸⁵ Communication du 26 avril 2006, p. 6

³¹⁸⁶ C. Stroffaës, Cité dans le Rapport d'information sur le service public dans le cadre de l'Union européenne présenté par Franck Borotra. Assemblée nationale, Paris, 1995

souveraineté qui n'a évidemment pas été transférée à l'Union. De plus, la notion de service public, ou de service d'intérêt économique général, repose d'abord sur la notion d'intérêt général, notion éminemment subjective et imprécise qui en plus de dépendre des opinions politiques de chacun, dépend aussi de la culture de chaque Nation³¹⁸⁷. L'histoire enseigne la relativité de la perception de l'intérêt général qui « rend illusoire de prétendre donner une définition intemporelle de ce concept »³¹⁸⁸.

Cette vision pose toutefois des problèmes indéniables. Après l'entrée en vigueur de l'acte unique, et après que la Commission et la Cour eurent décidé de s'attaquer aux comportements anticoncurrentiels des gouvernements et non plus seulement des personnes privées³¹⁸⁹, les deux institutions décidèrent d'utiliser de façon systématique l'article 90 du traité³¹⁹⁰. La compétence des États membres pour l'organisation de leurs services d'intérêt économique général va être remise en cause, à partir du contrôle de la Commission sur le respect du principe de proportionnalité dans le financement ou l'attribution de droits exclusifs aux entreprises chargées de missions d'intérêt général.

1227. Même si a priori la définition des missions du SIEG appartient aux États membres, la Commission est amenée à effectuer un contrôle sur cette définition, lorsqu'elle exerce son rôle de contrôle sur le fondement de l'article 106§3 TFUE (ex 86§3 CEE). Pour contrôler si les règles de concurrence sont bien respectées, il faut nécessairement évaluer ce qui relève du service d'intérêt général et ce qui n'en relève pas. L'application des règles de concurrence par la Commission, contrôlée par la CJUE ont obligé ces institutions à laisser d'abord apparaître la possibilité d'un contrôle sur ce qui ne relevait à l'évidence pas de l'intérêt général. Les deux institutions

³¹⁸⁷ Rapport Stoffaës, Op cit, p. 53

³¹⁸⁸ Ibid.

³¹⁸⁹ Commission européenne, XXe rapport sur la politique de concurrence, office des publications officielles des communautés européennes, 1991 N°1990 : « *Alors que beaucoup d'obstacles au commerce intra-communautaire sont créés par les entreprises elles-mêmes, il semble qu'au stade actuel de l'intégration économique dans la Communauté, les obstacles les plus grands concernant les marchés qui sont actuellement soumis à la régulation étatique* ».

³¹⁹⁰ V. par exemple C-D. ELHERMAN : « *Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'acte unique, l'article 90 était rarement appliqué, mais il est récemment devenu une disposition clé du traité dans le cadre de la dérégulation de certains secteurs, en termes d'égal traitement des entreprises publiques et privées dans la Communauté* ». « The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market », Competition market law review, 1992, p. 257, spéc p. 264

contrôlèrent la mission dévolue par le biais de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation, contrôle qui devait permettre d'empêcher les États membres d'utiliser cette notion de SIEG pour transgresser les règles de concurrence du traité, tout en respectant le principe de subsidiarité. Dans plusieurs arrêts, la Cour affirma que « *la définition de ces services par un EM ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste* »³¹⁹¹. Toutefois, comme le montre le cas de l'audiovisuel, il paraît vain d'effectuer un contrôle sur la proportionnalité du financement sans s'intéresser plus en détail à la nature des obligations mises à la charge des opérateurs par les États membres, car ces obligations font évidemment partie intégrante du comportement adopté par l'État membre sur le marché d'un tel secteur. La nature même des obligations mises à la charge de l'opérateur est ce qui permet d'octroyer une dérogation à l'article 106 TFUE sur le fondement de l'article 106§2. Pourtant, du fait de la nature du contrôle effectué par la Commission, qui se focalise sur les effets réels du comportement de l'opérateur sur le marché, et non sur les règles juridiques découlant des contrats, la nature de ces obligations semble importer bien peu. L'adoption de l'article 16 TCE par le traité d'Amsterdam a toutefois poussé les auteurs à repenser la répartition des compétences dans le domaine (2).

2) Quelles conséquences de l'adoption de l'article 16 TCE sur cette répartition des compétences ?

1228. Progressivement, « *le pragmatisme des institutions et l'effet de spill over ont poussé celles-ci à se saisir progressivement de la question* »³¹⁹². Dès 1992, le Parlement, dans sa résolution sur « le rôle du secteur public dans l'achèvement du marché intérieur(12) », souhaite en réalité marquer sa volonté de protéger et de promouvoir le service public, mais il affirme d'emblée « qu'il est de la responsabilité du secteur public d'assurer des services publics de haute qualité (énergie, eau, transports, etc.) pour répondre aux besoins de la population et à l'intérêt économique général ». Ces incertitudes terminologiques ont conduit le Parlement européen à demander à la Commission d'établir une définition commune aux notions de service public et d'intérêt général, dans la perspective de l'achèvement du marché intérieur (art. 3). Cette

³¹⁹¹ TPICE, 27 février 1997, *FFSA c/ Commission*, aff T106/95

³¹⁹² M. KARPENSCHIF, « Vers une définition communautaire du service public ? », Op cit, p. 58

confusion se retrouve également dans l'avis du Comité économique et social du 7 juillet 1993³¹⁹³ dont le but est de « promouvoir des services publics efficaces et de qualité » (art. 2/1), mais aussi de stimuler le débat sur le rôle du secteur public dans le processus d'intégration européenne (art. 2/7)³¹⁹⁴.

1229. Un pas important de la reconnaissance de l'intérêt que porte la Communauté aux services d'intérêt économique général, pas seulement saisis sous l'angle de la concurrence, mais également de leur importance pour la cohésion sociale de chaque pays et de l'Union elle-même, réside dans l'introduction de l'article 16 TCE par le Traité d'Amsterdam. « *Sans préjudice des articles 73, 86 et 87 dispose cet article et eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de ses compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent Traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions* ». Cet article ne change pourtant pas fondamentalement l'ordre du droit, puisqu'il est « sans préjudice des articles 73, 86, 87 » donc sans préjudice des normes permettant à la Commission d'appliquer le droit de la concurrence aux entreprises publiques et aux services d'intérêt économique général. Il ne modifie pas non plus la répartition des compétences, ce qui empêche l'Union européenne de mener une véritable politique positive en termes de service public. En outre, comme le rappelle M. Krajewski³¹⁹⁵, l'adoption de cet article était assortie d'une déclaration indépendante qui déclarait que l'article 16 devait être interprété dans le respect de la jurisprudence de la Cour de justice³¹⁹⁶.

³¹⁹³ CES 974/92, Avis de la section de l'industrie, du commerce, de l'artisanat et des services sur le secteur public en Europe (avis d'initiative).

³¹⁹⁴ N. BELLOUBET-FRIER, Op cit, p.

³¹⁹⁵ M. KRAJEWSKI, « Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle? », EPL, 2008(3), p. 377

³¹⁹⁶ Déclaration relative à l'article 7 D du traité instituant la Communauté européenne OJ 1997, C 340/133 « *Les dispositions de l'article 7 D du traité instituant la Communauté européenne relatives aux services publics sont mises en œuvre dans le plein respect de la jurisprudence de la Cour de justice, en ce qui concerne, entre autres, les principes d'égalité de traitement, ainsi que de qualité et de continuité de ces services* ».

1230. L'article 16 n'avait-il en réalité qu'une portée pédagogique pour inciter les institutions européennes et les États membres à adopter une politique plus respectueuse des services publics ?³¹⁹⁷. Pour M. Krajewski, l'article 16 aurait pour conséquence juridique de signaler aux institutions européennes et notamment à la Commission de ne pas prendre de mesures qui remettraient en cause l'existence même des services publics, et l'égal accès des citoyens à ces services, et donc également d'empêcher les programmes de privatisation et de libéralisation³¹⁹⁸. La fonction de cet article est d'ailleurs renforcée par l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et notamment son article 36 qui dispose que « L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union ». Cette charte, entrée en vigueur avec le traité de Nice³¹⁹⁹ prit d'abord la forme classique d'une « Déclaration commune » signée par la Commission, le Parlement européen et le Conseil, autrement dit un « accord inter-institutionnel »³²⁰⁰, mais elle n'avait pas, à son entrée en vigueur, force obligatoire. Ceci n'empêcha pas les institutions de

³¹⁹⁷ Sur l'ambiguïté de la rédaction de cet article V. les propos de M. Ross : « *Cet article vise à explorer la portée et le potentiel de ces dispositions qui peut, à premier vue, être considéré comme le triomphe de la rédaction et de la diplomatie ambiguë, dans la mesure où il semble appuyer quelque interprétation à l'intérieur du spectre allant de la protection défensive des Etats Membres de leur secteur public national déjà existant à la création d'un nouveau concept communautaire de service public permettant une application horizontale à travers le droit et la politique communautaire* ». V. M. ROSS, « Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation? », ELR, 2000, p. 22 V. aussi These considerations might lead to the conclusion that whatever effect Article 16 might have, it can only operate consistent with the underlying philosophy of the *acquis* concerning public services and the competition rules. This appears to be the view adopted by Hancker

³¹⁹⁸ M. KRAJEWSKI, Op cit, p. 380

³¹⁹⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000, J.O. no C 364 du 18 décembre 2000.

³²⁰⁰ V. sur le sujet en français les travaux de L. BURGOGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Cahiers de droit européen-CDE, Bruxelles: Larcier, 2004, p. 863 ; L. BURGOGUE-LARSEN, « La 'force de l'évocation' ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Mélanges en l'honneur de Pierre Pacte!, Paris, Dalloz, 2003, pp. 77-104 ; M. BERNAD y ALVAREZ DE EULATE, S. SALINAS ALCEGA, « Algunas reflexiones sobre la Convención para la elaboración de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea », Cuadernos de la Catedra Jean Monnet, 2003(1).

l'Union ainsi que les États membres de s'y référer, ou pour de l'invoquer, pour défendre certaines évolutions, ou au contraire certaines positions jurisprudentielles³²⁰¹.

1231. Dans ses conclusions sous l'arrêt de la Cour de justice *TNT Traco*, l'avocat général S. Alber estime que « *Le nouvel article 16 CE ainsi que l'article 36 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne soulignent la portée de cette exception, expression d'une valeur fondamentale inhérente au droit communautaire* »³²⁰². Ayant désormais force obligatoire depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, il ne fait pas de doute que l'article 36 de la charte renforce le cadre constitutionnel européen des services publics. Pourtant, l'application des normes de concurrence et le contrôle de la Commission sur le financement des services d'intérêt général et l'octroi de droits exclusifs ne se sont pas restreints, bien au contraire³²⁰³. Parallèlement à ce contrôle poussé concernant l'application des règles de concurrence, les institutions européennes ont toutefois ébauché un cadre, secteur par secteur, pour définir certaines obligations auxquelles doivent répondre les entreprises chargées d'une mission de service public (3).

³²⁰¹ L. BURGOGUE-LARSEN, Op cit. V. par exemple l'opinion partiellement dissidente des juges BRATZA, FUHRMANN et TULKENS émise dans l'affaire *Fretté c. France* du 26 février 2002. La Charte est analysée - plus spécifiquement l'ancien article 21, nouvel article 11-81 sur la « non-discrimination » - comme matérialisant l'existence d'un « consensus européen relatif à l'interdiction de toute discrimination fondée sur « orientation sexuelle » ; En droit interne français V. par exemple Conclusions de Pascale FOMBEUR sous l'arrêt du CE, 28 février 2001, « Casanovas » dans lequel la charte a servi d'instrument interprétatif au Commissaire du gouvernement pour confirmer une analyse jurisprudentielle interne posée par le Conseil constitutionnel en matière de « droit à l'emploi ». (Cons. const., 28 mai 1983, no 83-156 DC) Le Conseil rappelle toutefois que cette charte n'a pas de force obligatoire : V. CE, 5 janvier 2005, « Deprez » : « *Considérant toutefois, que, contrairement à ce que soutient la requête no 257534, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée par le Conseil européen le 7 décembre 2000 et reprise dans un acte inter-institutionnel publié le 18 décembre 2000 est dépourvue, en l'état actuel du droit, de la force juridique qui s'attache à un traité une fois introduit dans l'ordre juridique interne et ne figure pas au nombre des actes du droit communautaire dérivés susceptibles d'être invoqués devant les juridictions nationales* ».

³²⁰² CJCE, Case C-340/99, *TNT Traco* [2001]I-4109, §94, A.G. Alber, cité par M. KRAJEWSKI, Op cit.

³²⁰³ M. KRAJEWSKI, Ibid. V. Aussi L. HANCHER, « Community, State and Market » in P. CRAIG et G. DE BURCA (ed), *The Evolution of EU Law*, OUP, 1999), ch. 20 « *These considerations might lead to the conclusion that whatever effect Article 16 might have, it can only operate consistent with the underlying philosophy of the acquis concerning public services and the competition rules. This appears to be the view adopted by Hancher, who sees the statements of Article 16 as the articulation of what was already implicit in judgments such as Almelo and Sodemare* ».

3) Certaines obligations positives mises à la charge des entreprises chargées de la mise en oeuvre des SIEG

1232. P. Van Gehuchten estimait « *judicieux en termes de sécurité juridique que la Cour puisse dégager peu à peu les contours de cette notion à l'échelle communautaire, tout en ayant garde que l'effet utile de la disposition rend particulièrement malaisée toute définition univoque* »³²⁰⁴. L'Union a établi un panel d'outils juridiques qui permettent de qualifier les missions d'intérêt général dont sont chargées certaines entreprises. La Commission utilise distinctement les concepts de « service universel », « service d'intérêt général », « service d'intérêt économique général » ou « service public » et les définit dans sa Communication sur les Services d'intérêt général³²⁰⁵. Dans cette même communication, la Commission estime que « *Les sociétés européennes sont attachées aux services d'intérêt général qu'elles ont mis en place. Ces services répondent en effet à des besoins fondamentaux. La fonction de ciment de la société que ces services assument dépasse le seul niveau des préoccupations matérielles. Elle comporte une dimension symbolique : les services d'intérêt général offrent des repères à la collectivité et sont constitutifs du lien d'appartenance des citoyens à celle-ci. Ils constituent un élément de l'identité culturelle pour tous les pays européens jusque dans les gestes de la vie quotidienne* »³²⁰⁶.

1233. La typologie montre bien que les institutions ne sont plus du tout indifférentes au degré de prestation qui doit être assurée par les États membres. Le fait même que les institutions prennent en compte la particularité de chaque secteur pour établir le degré de libéralisation qui devra être réalisé dans ce secteur peut nous laisser penser que celle-ci fait œuvre créatrice, et qu'elle impose des normes quant aux missions qui devront être réalisées en fonction des secteurs. Il ne s'agit pas toujours d'une obligation positive mise à la charge des États membres, car ceux-ci ne peuvent pas être toujours être sanctionnés s'ils ne mettent à la charge des opérateurs des obligations de service public. Cela permet toutefois de mettre en exergue une certaine homogénéité quant aux obligations que la Commission considère qu'ils doivent être assurés dans

³²⁰⁴ P. Van GEHUCHTEN, « La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 CEE » in *Interventions publiques et droit Communautaire*, Pedone, 1988, p. 112

³²⁰⁵ V. Commission européenne, Communication sur les services d'intérêt général », JOCE C281/3.

³²⁰⁶ Ibid, §6

certaines secteurs, malgré la diversité de la culture de service public dans les États membres. Dans son « livre blanc » sur le SIEG de 2004, la Commission estime que tous les SIEG doivent satisfaire les principes suivants : permettre aux pouvoirs publics d'être proches des citoyens, services de qualité accessibles et abordables, favoriser la cohésion sociale et territoriale de l'Union, garantir le droit des consommateurs³²⁰⁷.

1234. Cela fait écho aux propos de P. Cassia qui considérait que « *le droit communautaire enrichit la notion française de service public en ajoutant des missions jusqu'alors inconnues du droit administratif français, telle la qualité du service rendu au public. Le droit communautaire tend également à déterminer le plus précisément possible le régime du service public, c'est-à-dire l'organisation de l'entreprise chargée d'une mission d'intérêt général et l'étendue des dérogations dont cette entreprise peut bénéficier dans un environnement caractérisé par le principe de libre concurrence* »³²⁰⁸. La Commission européenne a par ailleurs utilisé l'outil des directives communautaires pour régir des secteurs ayant reçu le « label » de service d'intérêt général, contribuant ainsi à établir des règles communes visant la protection des citoyens-usagers, dépassant alors le strict cadre de leurs compétences purement « concurrentielles » ou des libertés économiques. Qu'en est-il dans le secteur de l'audiovisuel et de la culture ? (B).

B) La répartition des compétences dans le secteur de l'audiovisuel et de la culture

Le secteur de la culture est originellement ignoré par les traités, jusqu'à l'introduction de l'article 167 TFUE (ex 151 TCE).

1) Un secteur originellement ignoré par les traités

1235. La culture est un domaine de compétences qui a connu de fortes évolutions depuis 1957, notamment en ce qui concerne les compétences de l'Union européenne. Le traité de Rome de 1957 ne contenait que très peu de mentions à la culture. Après le rejet de la CED en 1954 et l'échec de la construction d'une Europe politique, les « pères fondateurs » de l'Union européenne

³²⁰⁷ M. KARPENSCHIF, « Vers une définition communautaire du service public ? », Op cit, p. 58

³²⁰⁸ P. CASSIA, « Service public et droit communautaire », Op cit, p. 4

s'appuyèrent sur une stratégie fonctionnaliste, dite stratégie des « petits pas », pour penser l'Europe fédérale en partant de l'Union économique³²⁰⁹. En conséquence, seuls deux articles font référence explicites à des considérations culturelles dans le traité instituant la Communauté économique européenne : l'article 36 TCE qui autorise les restrictions sur les mouvements de biens pour des raisons de « protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique », ainsi que l'article 131 TCE qui fait référence aux accords d'association avec des États Tiers au traité, afin d'essayer de favoriser leur développement culturel. Les rédacteurs des traités considéraient en outre que d'autres organisations internationales, telles que l'UNESCO se chargeraient de la culture³²¹⁰. La notion de culture apparaît intrinsèquement liée au concept d'Etat-Nation³²¹¹, mais est également à la base de l'idée même d'une communauté européenne. De nombreux rapports soulignent en effet la nécessité d'affirmer et de mettre en valeur un cadre culturel de référence pour la construction d'une Europe pas seulement économique, mais également politique³²¹².

1236. Si les compétences dévolues à la Communauté ne sont qu'économiques en 1957, la CJCE s'est appuyée sur la rédaction ouverte des traités fondateurs, et a « *pris en compte la dimension finaliste et dynamique inscrite dans les bases constitutionnelles de l'ordre juridique communautaire et admis que la Communauté disposait certes des seules compétences attribuées, mais que cette attribution pouvait découler soit de dispositions explicites des traités constitutifs, soit implicitement de l'économie et du système des traités* »³²¹³. La Communauté fut tenue de

³²⁰⁹ Voir la déclaration Schumann du 9 mai 1950 : « *L'Europe ne se fera pas d'un coup par l'édification d'une structure politique propre, mais progressivement par des réalisations concrètes créant des solidarités de fait* ».

³²¹⁰ R. CRAUFURD-SMITH, « From heritage conservation to cultural identity : article 151 and the multi-faceted nature of Community cultural policy », *European Law Review*, 2007, p. 48

³²¹¹ Voir par exemple J. IFVERSEN, « Europe and european culture, a conceptual analysis », *European Societies*, 2010, 4-1, « With the introduction of the nation into the symbolic architecture of the states, culture became a dominant form through which territorial states would be conceived of and legitimize themselves. »

³²¹² Voir les Rapports de L. TINDEMANS, *Rapport sur l'Union européenne*, (1976) 9 Bull. EC, supp. 1/76 commandé par le conseil de l'Europe réuni en 1974 au sommet de Paris. L'auteur souligne que la construction européenne fut initialement basée sur la mémoire et la reconstruction après les horreurs commises pendant la seconde guerre mondiale. Or, cette mémoire commençant à s'estomper, il est nécessaire de chercher de nouvelles fondations à l'engagement des populations pour la construction d'une Europe politique.

³²¹³ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 1997, 1ère édition, note 1, p 73, cité par B.FLAMAND-LEVY, *Les compétences culturelles de la communauté européenne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – PUAM, 2004, p 76

prendre en compte les questions culturelles, car beaucoup de ces activités ont une dimension commerciale, qui tombait dans le domaine de compétence de l'Union³²¹⁴. L'action de la communauté dans ce domaine se fit donc d'abord sur la base des dispositions économiques des traités. Il s'agissait de concilier les intérêts économiques avec les intérêts culturels, ou de mettre au service des intérêts culturels les intérêts économiques. C'est ce qui a permis de dégager un « acquis communautaire » dans le secteur de la culture³²¹⁵, mais cet acquis communautaire ne pouvait constituer une « politique culturelle » à proprement parlé³²¹⁶.

1237. La compétence culturelle restait en effet la chasse-gardée des États, qui s'opposaient lorsque un projet aurait pu provoquer un empiètement sur leurs compétences par les institutions européennes³²¹⁷. Une action positive de l'Union européenne dans ce domaine était donc impossible, car les fondements juridiques étaient insuffisants³²¹⁸. Ce fut le traité de Maastricht accueille donc pour la première fois la culture parmi les domaines de compétence de l'Union (2).

2) Les possibilités d'action de l'Union grâce à l'article 167 TFUE

1238. L'article 6 TFUE prévoit que la culture est l'un des domaines dans lesquels « *l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres.* » Il ne s'agit donc pas d'un transfert de compétence à la Communauté, mais d'une compétence d'appui qui s'analyse à travers le spectre de la subsidiarité. C'est l'article 167 TFUE (ex 151 TCE) qui précise les missions confiées à l'Union dans le domaine de la culture, dans le respect des compétences d'appui. Cet article est le fruit d'une très grande concertation, entre d'un côté les États membres favorables à l'inscription de la culture

³²¹⁴ R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 50

³²¹⁵ B. FLAMAND-LEVY, Op cit, p. 76 ; R. CRAUFURD-SMITH, « Community Intervention in the Cultural Field: Continuity or Change? », in R. CRAUFURD-SMITH(ed), *Culture and European Union Law*, Op cit, p. 19, spéc p. 22

³²¹⁶ V. European Commission, Communication on Stronger Community Action in the Cultural Sector, (1982) 15 Bull. EC, supp. 6/82 ; Intro, §4

³²¹⁷ R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 22

³²¹⁸ R. CRAUFURD-SMITH, Op cit, p. 21 ; B. FLAMAND-LEVY, Op cit, p. 77

dans les traités afin de légitimer l'action de la communauté dans ce domaine, et d'autre part, de la volonté d'autres États membres de limiter l'action de la Communauté dans ce domaine³²¹⁹.

1239. Selon Jef Vn Ginderachter, ancien directeur de la Commission : « *Ce nouvel article 128 fut introduit à la demande explicite des délégations belges, danoises et allemandes, dans le but de stopper la tendance de la bureaucratie brusseloise d'accroître ses décisions dans le domaine de la culture au nom du bon fonctionnement du marché interne (...). C'est également dû à la peur des Communautés belges et des landers allemands de perdre leur compétences souveraines dans ce domaine du fait que la législation européenne est largement dominée par les ministres nationaux* »³²²⁰. L'alinéa 1 de cet article dispose que « *L'Union contribue à l'épanouissement des cultures des États membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun* », mais le paragraphe 2 limite le rôle de l'Union dans ce domaine puisqu'il énonce une liste limitative d'objets dans lesquels l'Union peut intervenir. Selon R. Craufurd-Smith, une interprétation alternative de cet alinéa pourrait être que celui-ci met en exergue les avantages que les États membres et l'Union pourraient tirer d'une coopération et une coordination dans ces domaines particuliers³²²¹. Ce paragraphe fournirait alors, selon cette interprétation, des pistes et des directions plutôt que des contraintes formelles³²²². Toutefois, le paragraphe 5 de cet article restreint fortement les outils législatifs de l'Union pour mettre en oeuvre des politiques dans le domaine, car le Parlement et le Conseil peuvent, en statuant conformément à la procédure législative ordinaire, « *adopter des mesures d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres* ». Les dispositions concernant la culture sont donc, selon les auteurs, de loin les plus restrictives quant à l'action que peut mener l'Union dans le domaine³²²³, ce qui renforce évidemment la thèse selon laquelle il serait uniquement le résultat

³²¹⁹ Ibid. N. NIC SHUIBHNE, *Minority Language Policy: Culture, Citizenship and Fundamental Rights*, Kluwer, 2002, p. 119 ; E. STEYGER, *National Traditions and European Community Law*, Dartmouth, 1997, p. 87

³²²⁰ The Bruges conference, *Culture : Building Stone for Europe 2000, reflections and perspectives*, Léonce Bekemans, Europe interuniversity Press, Brussels, 1994, p. 220

³²²¹ R. CRAUFURD-SMITH, *Op cit*, p. 51

³²²² Ibid.

³²²³ P. VEAUMONT et G. MOIR, *The European Communities (Amendment) Act 1993 with the Treaty of Rome (As Amended), Text and Commentary*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 32

dune volonté des États membres de réaffirmer leur compétence. Toutefois, comme le dit justement R. Craufurd-Smith, on ne peut ignorer le fait que cet article établit clairement une compétence d'appui dans le domaine culturel.

Conclusion §2 :

1240. A priori, le cas de l'audiovisuel est représentatif d'une intégration négative, comme ce qui existait avant l'introduction de l'article 151 TCE, puisque le protocole permet à l'Union européenne de mettre en avant des intérêts culturels en permettant aux États membres de déroger aux règles du traité. Certes, ce sont toujours des moyens économiques qui sont mis en œuvre par l'Union, notamment par exemple le mode de financement des chaînes publiques, mais ce sont aussi des objectifs non économiques qui sont poursuivis. La formulation du considérant du protocole (qui précède l'unique disposition) est très explicite : « *Considérant que la radiodiffusion de service public dans les États membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias* ». Il résulte de l'unique disposition une grande liberté pour les États membres de définir la mission de service public qu'ils souhaitent attribuer à leurs entreprises de radiodiffusion nationale, mais à travers ce considérant s'esquisse déjà une définition commune de la mission de service public qui doit reposer sur des objectifs de pluralisme et combler les besoins « sociaux, culturels et démocratiques » de chaque société. Le considérant du Protocole, qui n'avait a priori qu'un rôle de justification de l'unique disposition normative de ce protocole, prend en fait une valeur juridique du fait de son utilisation par la Cour lors du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation³²²⁴. Le fondement juridique de l'article 167 TFUE permet désormais à l'Union d'envisager des projets positifs, qui viendraient appuyer les systèmes déjà mis en œuvre

³²²⁴ Cette esquisse d'une définition communautaire du service public audiovisuel, qui n'est pas directement opposable aux États Membres avait déjà été impulsée par la Cour dans la décision de la Commission dite UER c/ système de l'Eurovision. La Commission avait d'ailleurs relever que pour faire partie de l'UER, les organismes de radiodiffusion dans un pays donné doivent « être soumis à l'obligation de desservir l'ensemble de la population nationale (...), doivent en outre être soumis à l'obligation d'offrir des programmes variés et équilibrés destinés à toutes les couches de la population, y compris une part équitable d'émissions répondant aux intérêts particuliers de segments particuliers du public, quel que soit le rapport entre le coût de l'émission et l'audience, et s'acquitter effectivement de cette obligation ; enfin ils doivent produire eux-mêmes une partie substantielle des émissions diffusées (...) » pour conclure que « ces exigences limitent l'accès à la qualité de « membre actif » aux seuls radiodiffuseurs chargés d'accomplir une mission particulière d'intérêt public », Décision de la Commission dite UER c/ système de l'eurovision du 11 juin 1993, n° 92/403, JOCE L 179 du 22 juillet 1993, Point 3 à 5

dans les États membres, et cela pourrait donner lieu à des coopérations plus systématiques quant à la création d'oeuvres télévisuelles transfrontières.

Conclusion Section 2 :

1241. Le contrôle effectué par la Commission européenne pour contrôler la proportionnalité du financement du service public audiovisuel est un contrôle ambivalent, et il reflète certaines errances de la Commission européenne quant à l'application systématiques des règles de concurrence et la prise en compte de différents impératifs d'ordre politique. Ce contrôle ne nous semble pas satisfaisant, car il néglige le bien-être du consommateur, qui devrait désormais être avancée comme la justification de l'application des règles de concurrence, après la réalisation du marché commun, et il ne permet pas de s'assurer que les deniers publics sont effectivement dépensés pour mettre en oeuvre les missions spéciales conférées aux chaînes publiques, sur le fondement d'impératifs démocratiques et culturels.

Conclusion Chapitre 2 :

1242. Malgré le texte du protocole selon lequel les États membres sont libres de financer leurs chaînes de service public, la Commission a choisi d'appliquer les critères de l'article 106§2 TFUE pour 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. Ce choix nous semble discutable, car la formulation de l'article 106§2 TFUE est contraire à celle du protocole : elle présume que les aides d'État sont illégales, tandis que le protocole présume que le financement est légal. En tout état de cause, la politique menée par la Commission européenne dans ce domaine nous semble représentative des atermoiements de celles-ci autour de l'application des règles de concurrence aux services d'intérêt économique général, atermoiements qui découlent d'un cadre législatif complexe, mais également d'une incertitude quant à la fonction que doivent jouer les règles de concurrence, maintenant que la réalisation du marché commun a été atteinte.

Conclusion Titre 3 :

1243. Les atermoiements autour du financement du service public audiovisuel nous semblent

représentatifs de la contradiction entre les discours - le service public audiovisuel est indispensable à la vie démocratique de la Nation - et les actes. Ces contradictions sont présentes en France, plus qu'en Italie ou au Royaume-Uni, et peuvent peut-être expliquer, ou en tout cas, être le reflet budgétaire de certaines dérives du modèle français. Cette contradiction a d'ailleurs été pointée par la ministre de la Culture Française Nyssen qui suggère d'étendre le paiement de la redevance à tous les foyers, et d'éliminer ainsi le fait générateur du paiement de la redevance. Cette réflexion nous semble aller dans le bon sens.

1244. Ces atermoiements se retrouvent toutefois au niveau de l'Union européenne, pour les raisons que nous avons explicitées, et à ce niveau, on peut également pointer les incohérences entre le fait de mettre en exergue l'importance non négligeable du service public de la radiodiffusion pour les valeurs démocratiques des pays de l'Union européenne, et l'absence totale de contrôle sur la mise en oeuvre effective des missions permettant de faire vivre ces valeurs. Certes, les diverses dispositions des traités concernant les compétences respectives de l'Union, et plus particulièrement de la Commission, et celles des États membres laissent difficilement la place à un contrôle sur l'effectivité des missions de service public, mais nous pensons que le contrôle effectué par la Commission pourrait être plus poussé dans le domaine.

Conclusion Partie 2 :

1245. Les missions de service public sont désormais bien définies, les chaînes publiques a priori dégagées de la tutelle politique, et pourtant, comme nous avons tenté de le montrer dans cette Partie, la mise en oeuvre des missions de service public est loin d'être satisfaisante. Il existe des raisons sociologiques à cette ineffectivité : la diffusion des valeurs et des comportements adoptés par les acteurs privés aux acteurs du public, la compétition pour l'audience, ou encore la capture du service public par des intérêts privés. Toutefois, le contournement par les opérateurs publics de leurs obligations et l'ineffectivité des normes qui en résulte sont rendus possibles par le système juridique.

1246. Les raisons juridiques tiennent d'abord à l'insuffisance du contrôle pesant sur les opérateurs publics, et l'insuffisance du modèle de régulation mis en place à la libéralisation du secteur. Les autorités de régulation, chargées de contrôler le respect des normes par les

opérateurs publics sont dotées d'un pouvoir de sanction difficile à mettre en oeuvre, et sans doute insuffisant. Cette insuffisance, ainsi que les incertitudes quant à leur légitimité démocratique les poussent en outre à privilégier le droit souple pour tenter de contraindre les opérateurs publics. Or, l'usage de ce droit souple, s'il n'est pas assorti de la menace d'une sanction, ne permet pas toujours d'assurer effectivement le respect des normes encadrant la prestation de service public. La deuxième explication juridique tient à l'indétermination du mode de gouvernance. Du fait de l'idéologie libérale selon laquelle le secteur public n'est pas efficient, le législateur des trois États a souhaité rapprocher la gouvernance du secteur public de l'audiovisuel de celle des entreprises privées. Ce modèle de gouvernance n'est pas adapté au secteur public de l'audiovisuel. Cette évolution a en effet eu des conséquences néfastes sur la gestion des entreprises : l'externalisation de la production des programmes engendre une impossibilité de contrôler le contenu de ces programmes, ainsi que leur prix. En Italie et au Royaume-Uni, le processus de concentration du pouvoir dans les mains d'un Président-Directeur Général n'a pas permis d'améliorer le contenu des programmes, bien au contraire. L'enjeu de la gestion des chaînes publiques n'est en effet pas lié, comme c'est sans doute le cas dans d'autres secteurs, à l'augmentation de la productivité, mais devrait permettre de favoriser le processus de création pour créer des contenus culturels, et non de simples marchandises. Ce n'est qu'en reconnaissant le caractère particulier du service public audiovisuel, en reconnaissant le fait qu'il est indispensable à la vie démocratique des sociétés étudiées, et en tirant des conséquences pour le choix du mode de gouvernance et de la régulation, que la qualité et la distinction du contenu des programmes pourront être atteintes.

1247. D'autres explications à l'ineffectivité ont été dégagées dans le Titre 3. Elles concernent les incertitudes et ambiguïtés liées au mode de financement, et notamment le contrôle effectué par la Commission européenne. Celle-ci prend en compte tous les programmes comme étant constitutifs de la mission de service public, alors même que, comme nous l'avons vu, de nombreux programmes utilisent des procédés similaires à ceux des chaînes privées, et ne permettent pas de mettre en oeuvre les missions de service public. En se focalisant, pour effectuer son contrôle de proportionnalité, sur l'éventuelle rupture de la concurrence sur le

marché de la publicité, la Commission prend uniquement en compte le bien-être des entreprises, au détriment du bien-être des consommateurs et des citoyens.

Conclusion générale :

1248. Le paradoxe formulé en introduction, selon lequel la conceptualisation de la notion de service public audiovisuel ne correspondrait pas forcément à la mise en oeuvre d'une distinction effective avec les personnes privées doit être reformulé. Notre hypothèse était que malgré l'absence d'un concept juridique de service public en droit britannique, la BBC représentait le modèle le plus abouti de service public audiovisuel parmi nos trois Etats. Nous avons d'abord nuancé l'affirmation selon laquelle il n'existerait pas, en droit britannique, de concept juridique de service public. Si l'on adopte une démarche comparatiste fonctionnaliste, on se rend compte qu'il existe, dans les trois Etats étudiés, et nonobstant les formulations juridiques différenciées, un concept matériel de service public commun aux trois Etats. L'idée que l'Etat doit fournir certains services, considérés comme indispensables à la vie en communauté, car les personnes privées sont présumées ne pas pouvoir les satisfaire existe dans tous les Etats de l'Union européenne et a fortiori dans les trois Etats étudiés. Il nous faut nous éloigner encore plus des appellations propres à chaque Etat pour affirmer que malgré l'existence, en droit italien, d'un concept juridique de *servizio pubblico*, il semble qu'au Royaume-Uni, l'intervention de l'Etat soit, du fait du niveau de développement du pays et de sa création récente, plus ancienne et plus ancrée.

1249. Nous voudrions alors reformuler notre hypothèse de départ pour établir un nouveau postulat : malgré la reconnaissance du caractère fondamental du service public audiovisuel pour la vie démocratique du pays, en droits internes, en droit de l'Union européenne et en droit européen ; malgré la reconnaissance d'un statut et d'un régime particulier pour ce service public, notamment concernant le régime des aides d'Etat, on assiste dans les faits et dans les trois Etats à une banalisation du contenu du service public audiovisuel vis-à-vis de celui des chaînes privées, qui remet en cause la raison d'être même du service public audiovisuel. L'ineffectivité des normes encadrant la prestation de service public audiovisuel pose problème, et pas seulement parce qu'elle semble remettre en cause la légitimité du financement étatique en droit de l'Union.

1250. Elle pose problème, premièrement, parce que si le pluralisme et l'honnêteté de l'information sont des conditions sine qua non de la réalisation d'un régime démocratique, la

remise en cause de ces principes a pour conséquence directe de nuancer le degré démocratique de l'Etat en cause. Au moment où les fake news sont légion et où l'information est l'objet permanent de batailles, voire de guerre, il est en effet indispensable que des journalistes indépendants du pouvoir politique mais aussi des pouvoirs financiers constituent une référence dans la construction de l'information pour renforcer le lien de confiance indispensable à la vie en communauté.

1251. Deuxièmement, elle pose problème pour ce qu'elle dit de la gestion des services publics dits « régulés ». Le procédé de « régulation » ne semble en effet pas en mesure d'assurer effectivement le respect des normes encadrant la prestation de service public, et consécutivement d'assurer le respect des droits fondamentaux des citoyens que ce service public est censé mettre en oeuvre. De même, elle pose problème pour ce qu'elle nous dit de l'efficacité des modes de gestion empruntés au secteur privé pour la gouvernance des entreprises publiques, chargées de mettre en oeuvre un service public. A cet égard, il nous semble urgent de repenser la propriété publique non pas seulement comme une forme de domanialité, mais également, et surtout, à travers la fonction sociale d'une telle propriété³²²⁵, ce qui doit pousser à mettre en exergue le lien fondamental entre biens domaniaux et droits fondamentaux³²²⁶. La catégorie juridique des « biens communs » peut nous aider à penser cette étape. Les biens communs, sont dans la théorie juridique, des biens qui appartiennent à la personne publique, mais seulement parce que celle-ci est seule en mesure de représenter le fait que les citoyens jouissent en commun d'un bien. L'action des institutions publiques est limitée, dans ce cadre, par sa finalité : la protection des droits fondamentaux de tous les citoyens.

1252. Le développement des médias audiovisuels sur internet constitue sans nul doute une concurrence nouvelle, mais à l'intérieur de ce flot discontinu d'information, le service public

³²²⁵ V. A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Editori Laterza, 2013. On peut trouver un résumé en français de la pensée de l'auteur dans A. LUCARELLI, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », *Droit et Société*, 2018, p. 141. V. Aussi U. MATTEI, *Beni comuni*, Editori Laterza, 2012

³²²⁶ V. Y. GAUDEMET, « Libertés publiques et domaine public », in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 125

audiovisuel doit porter une parole qui soit digne de confiance³²²⁷. Or, cette confiance ne se présume pas, elle doit être gagnée, tout comme l'existence du service public audiovisuel financé par des fonds publics ne peut être justifiée que par des programmes, des informations, qui soient effectivement différents de ce que l'on peut trouver sur les chaînes privées, mais aussi sur internet.

1253. À cet égard, l'idée même d'une chaîne de service public, proposant ses contenus également sur internet, ne nous semble pas être remise en cause par la multiplication des contenus, au contraire. Le rôle d'une chaîne publique, dans le cadre d'une politique culturelle ambitieuse, est également de hiérarchiser les contenus, de sélectionner et de financer ceux qui lui semblent les plus intéressants, pour la société entendue comme un tout, et non seulement un public fragmenté. La légitimation du financement public de l'audiovisuel auprès du public dépendra dans le futur du renforcement de la transparence dans les décisions ainsi que de l'utilisation des deniers pour des programmes se différenciant effectivement des chaînes privées, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Propositions :

1254. Sur la gouvernance : Il nous semble absolument nécessaire de trouver un mode de gouvernance qui mette l'accent non plus sur la propriété publique de l'entreprise - ce qui entraîne automatiquement une domination du pouvoir exécutif au conseil d'administration - mais sur son caractère de bien commun, c'est-à-dire d'un bien mis à la disposition de chaque individu pour que celui-ci puisse jouir effectivement de ses droits fondamentaux. Pour cela, il est nécessaire de mettre en minorité les membres de l'Etat dans la composition du Conseil d'administration des chaînes publiques, a fortiori si celui-ci est amené à nommer le Président-Directeur Général de l'institution, ce que nous souhaitons. Il peut être envisagé d'appliquer aux entreprises publiques de l'audiovisuel la loi de 1983 sur la démocratisation du secteur public. Celle-ci prévoit que les conseils d'administration des entreprises publiques sont composés d'un tiers de représentants de l'Etat, d'un tiers de salariés de l'entreprise, et d'un tiers de personnalités ayant des compétences

³²²⁷ V. D. BILTEREYST, « Public service broadcasting, popular entertainment and the construction of the trust », *European Journal of cultural Studies*, Op cit.

ou des connaissances reconnues dans le domaine. Il est d'ailleurs primordial d'introduire, dans la loi et dans les faits, des critères de « compétences » pour tous les membres du Conseil d'administration, même ceux qui sont nommés par l'Etat. Ceux-ci pourraient devoir justifier de compétences, d'une expérience et d'une probité reconnues dans le domaine de la culture et des médias, et non plus seulement du management.

1255. Sur le financement : intégrer la redevance à l'impôt sur le revenu, et en faire un impôt dédié, pour que tous les citoyens payant des impôts participent au financement d'une télévision indépendante et du pouvoir politique et des pouvoirs financiers. L'indépendance et le pluralisme de l'information sont, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'Homme, des conditions sine qua non de la démocratie, et il nous semble cohérent de proposer que le financement de l'institution censée concrétiser ces libertés fondamentales ne soit pas circonscrite à ses utilisateurs officiels mais soit élargie à tous les citoyens. Cela serait d'ailleurs cohérent avec le fait qu'aujourd'hui, la consommation des contenus audiovisuels des chaînes publiques n'est pas dépendante de la possession d'un téléviseur, alors que ceci continue d'être le fait générateur du paiement par les citoyens de la redevance audiovisuelle.

1256. Sur la régulation : repenser le contrôle du Conseil d'Etat sur les sanctions émises par le CSA, et notamment l'exercice du contrôle entier, tout en élargissant considérablement le principe de transparence dans l'édiction de tous les actes émis par l'autorité de régulation.

Bibliographie

1) Bibliographie en français

1.1 Ouvrages

1.1.1 Ouvrages juridiques

E. ALLIX, *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, Rousseau et Compagnie Editeurs, 6ème éd, 1931

A-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd, LGDJ, 1993

C. ATIAS, *Epistémologie juridique*, PUF, 1985

J-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, LGDJ, 1962

J-M. AUBY, R. DUCOS-ADER, *Droit à l'information*, Sirey, 1976

J-M. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, P. TERNEYRE, *Droit administratif des biens*, LGDJ, 7ème ed, 2016

L. AUCOC, *Conférences sur l'Administration et le droit administratif*, Junod, 1869

S. AUDIER, *La pensée solidariste : Aux sources du modèle social républicain*, PUF, 2010

P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution. Normes non écrites du droit politique*, PUF, 1997

D. BARANGER, *Parlementarisme des origines : essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre, des années 1740 au début de l'âge victorien*, PUF, Coll. Léviathan, 1999

J-C. BEGUIN, P. CHARLOT, Y. LAIDIE, *La solidarité en droit public*, L'Harmattan, 2005

P. BEZES, *Réinventer l'État. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 2009

G. BIGOT, *Introduction au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002

J. BLANC, C. BRULE, *Les nationalisations françaises en 1982*, Economica, 1982

P. BON, D. MAUS, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 1ère éd, 2008

M. BORGETTO, R. LAFORE, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, Montchrestien, 2004

C. BRENNER, *Voies d'exécution*, Dalloz Cours, 5ème éd., 2007, n°2

G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 3ème éd, LGDJ, 1966

G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Le Seuil, 1979

F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995

- A. CABANTOUS, *Mythologies urbaines: Les villes entre histoire et imaginaire*, Presses universitaires de Rennes, 2015
- G. CANGUILHEM, *Le normal et le pathologique*, 1ère éd, 1966, PUF, 12e édition, 2015
- J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996
- R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. II, Sirey, 1922, réédit. Dalloz, 2004
- R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, LGDJ, 1953
- R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t I, Monchrestien, 15e éd, 2001
- A. CHAUVEAU, *L'Audiovisuel en liberté ? Histoire de la Haute Autorité de la Communication audiovisuelle*, Presses de Science Po, 1997
- J-Y. CHEROT, *Droit public économique*, Economica, 2ème éd, 2007
- J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, LGDJ, 1970
- J. CHEVALLIER, *La radio-télévision française entre deux réformes*, LGDJ, 1976
- J. CHEVALLIER, *Le service public*, PUF, 5ème éd. 2003
- J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, 3ème éd, 2008
- J. CHEVALLIER, *Sciences administratives*, PUF, 5ème éd, 2013
- M-A. COHENDET, *La cohabitation, leçons d'une expérience*, PUF, 1993
- M-A. COHENDET, *Méthodes de travail en droit public*, Montchrestien, 3ème éd, 1998
- M-A. COHENDET, *Le président de la République*, Dalloz, 2002
- M-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, Montchrestien, 4ème éd, 2008
- M-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 2013
- C-A. COLLIARD, G. TIMSIT, *Les Autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988
- Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE, n° 52, 2001
- Conseil d'Etat, *Le droit souple*, Etude annuelle, La documentation française, 2013
- J-P. COLSON, P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 4ème éd, 2008
- G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8ème éd, 2000
- R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 10ème éd, 1992

- C. DEBBASCH (ed), *La Commission nationale de la communication et des libertés*, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988
- J-M. DE GERANDO, *Institutes du droit administratif français ou éléments du Code administratif réunis et mis en ordre par l'auteur*, Nève, 1829-1836
- A. DE LAUBADERE, *L'automobile et le régime de l'usage des voies*, Sirey, 1935
- A. DE LAUBADERE, *Traité élémentaire de droit administratif*, LGDJ, 3ème éd, 1971
- A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983
- A. DE LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 6ème éd., 1973-1975
- E. DERIEUX, *Droit de la communication*, LGDJ, 4ème éd, 2003
- E. DERIEUX, *Droit européen des médias*, Bruylant, 2017
- J. DE SOTO, *Droit administratif. Théorie générale du service public*, Monchrestien, 1981
- M. DONY, F. RENARD, C. SMITS (ed), *Contrôle des aides d'État*, Commentaire J. Mégret, 3ème ed. EUB, 2007
- J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, 1974
- L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1899
- L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, conférences faites à l'École des Hautes Études Sociales, Paris, Alcan, 1908
- L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913
- L. DUGUIT, *Leçons de droit public faites à la faculté de droit de l'université égyptienne pendant les mois de janvier, février, mars 1926*, De Boccard Editeurs, 1926
- L. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, De Boccard Editeurs, 3ème éd, 1927
- L. DUGUIT, *Théorie générale de l'Etat*, Tome 1 et 2, Fontenoy Editions, 1930
- B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presse de sciences Po, 2004
- P. DU PONT, *L'Etat industriel*, Sirey, 1961
- R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1996
- C. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t I et II, LGDJ, 1982
- F. EWALD, *L'Etat providence*, Grasset, 1986
- L. FAVOREU(ed), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 11ème éd, 2008
- E-V. FOUCART, *Eléments de droit public et administratif*, Videococq, 3ème édition, 1843
- M.-A. FRISON-ROCHE(ed), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Dalloz, 2004

P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, É. OLIVA, A. ROUX, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 19ème éd, 2018

Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, tome 2 : Droit administratif des biens*, LGDJ, 2008

F. GAZIER, Y. CANNAC, *Etude sur les autorités administratives indépendantes*, EDCE, 1983-1984, n° 35

B. GENEVOIS, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : Principes directeurs*, STH, 1988

G.J. GUGLIELMI, G. KOUBI, M. LONG, *Droit du service public*, LGDJ, 4ème édition, 2016

M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Libr du Recueil général des lois et arrêts, 1892

M. HAURIOU, *La gestion administrative : étude théorique de droit administratif*, L. Larose, 1899

M. HAURIOU, *Droit administratif*, 7ème éd, 1911

M. HAURIOU, *Précis de Droit Constitutionnel*, 1ère éd, 1923

M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1ère ed, 1927

F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, Tome 1, PUF, 1980 (1ère édition en allemand : 1973)

S. HENETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Dalloz, 2ème éd, 2015

H. ISAR, *Le service public et la communication audiovisuelle*, Economica, 1996

J-J. ISRAEL, *Droits des libertés fondamentales*, LGDJ, 1998

J-C. JAVILLIER, *Les réformes du droit du travail depuis le 10 mai 1981*, LGDJ, 1982

G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, trad. française G.Fardis, éd. M.Giard et E.Brière, 1911 et 1913

G. JEZE, *Science des finances – Le budget –*, Tome I, 1910

G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Giard & Brière, 2ème ed, 1914

G. JEZE, *Principes généraux du droit administratif*, t. 2, 1930, réédition Dalloz, 2003

G. JEZE, *Cours de finances publiques*, 1930

H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, LGDJ, 1997, (Rédaction en allemand 1945)

H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, (1ère publication en allemand 1979)

H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999, (1ère publication en français 1960, traduction Eisenman)

H. KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Michel Houdiard Editeurs, 2006

- M. KOECHLIN, *Compétence administrative et judiciaire de 1800 à 1830*, Rousseau, 1950
- E. LAFERRIERE, *Traité de la jurisprudence administrative et des recours contentieux*, 1^{ère} éd. 1887, rééd. LGDJ, 1989
- J-J. LAFFONT(ed), *Etat et gestion publique, Actes du colloque du 16 décembre 1999*, Documentation Française CAE, 2000
- G. LEBRETON, *Droit administratif général*, A. Colin, 3^{ème} éd, 2004
- M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVE, B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 21^{ème} éd, 2017
- P. LEGRAND, *Le droit comparé*, PUF, 1^{ère} éd, 1999
- P. LEROI-BEAULIEU, *Traité de la science des finances*, Paris, 1^{ère} ed, 1877
- D. LINOTTE, R. ROMI, *Services publics et droit économique*, Litec, 4^{ème} éd, 2001
- P. LIZOTTE, G. TREMBLAY, *Les tendances de la radiodiffusion. Quatre études de cas : France, Grande-Bretagne, Etats-Unis, Canada. Etude du Groupe de recherches sur les industries culturelles et l'informatisation sociale*, Université du Québec, Mai 1989
- D. LOCHAK, *Les droits de l'Homme*, La découverte, 2009
- N. MACCORMICK, O. WEINERGER, *Pour une approche institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, 1992
- G. MARCOU (ed), *Les mutations du droit de l'administration en Europe : pluralisme et convergences*, L'Harmattan, 1995
- G. MARCOU et F. MODERNE (ed), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'harmattan, 2001
- G. MARCOU et F. MODERNE (ed), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, T 1 et 2, L'Harmattan, 2005
- X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008
- D. MELH, *La Fenêtre et le Miroir. La télévision et ses programmes*, Payot, 1992
- A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, 1993
- A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, PUF, 1997
- J-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1989
- E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006
- L. MONNIER, *La fonction instrumentale des tarifs publics*, éd.Cujas, 1980
- J. MOREAU, *Droit administratif*, PUF, 1989

L-M. MORFAUX, J. LEFRANC, *Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, A. Colin, 2005

J. MOURGEON, *La répression administrative*, LGDJ, 1967

S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ, 5ème ed, 2012

R. ODENT, *Contentieux administratif*, Cours IEP, Paris 1970-1971

A. PELLET, *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, Académie de droit européen, Florence, Recueil des cours (1994), Kluwer, Dordrecht, 1997

M. PRELOT, *Cours de doctorat, droit administratif*, 1951-1952, Les cours de droit, 1952

J-M. RAINAUD, *La crise du service public*, PUF, 1999

S. REGOURD, *La télévision des européens*, La documentation française, 1992

S. REGOURD, *Vers la fin de la télévision publique. Traité de Savoir-vivre du service public audiovisuel*, Editions de l'attribut, 2009

R. RINGOOT, J-M. UTARD, *Le journalisme en invention. Nouvelles pratiques, nouveaux acteurs*, Presse Universitaires de Rennes, 2005

G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949

J. RIVERO, *Droit administratif*, Dalloz, 6ème éd, 1973

J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, PUF, 9ème éd, 2003

S. RODRIGUEZ, *La nouvelle régulation des services publics en Europe*, Lavoisier, 2000, p. 575

L. ROLLAND, *Cours de droit administratif*, 1934-1935, Les cours de droit, 1935

L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 8ème éd, 1943

P. ROSANVALLON, *La crise de l'Etat-providence*, Seuil, 1981

P. ROSANVALLON, *Le libéralisme économique : histoire de l'idée de marché*, Seuil, 1989

P. ROSANVALLON, *L'Etat en France de 1789 à nos jours*, Le Seuil, 1990

P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique, Impartialité, Réflexivité, Proximité*, Seuil, 2003

R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Economica, 1991

B. SAINT-GIRONS, *L'extension du secteur public de l'économie*, 1982

D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 1ère édition, 1997

D. SPIELMANN, *L'Effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995

G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Dupont, 1906

- G. TIMSIT, *Les nouveaux modèles d'administration*, EDCE, 1978-1979
- G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, PUF, 1997
- M.. TROPER, *Philosophie du droit*, PUF, 3ème éd, 2011
- D. TRUCHET, *Le droit public*, PUF, 2003
- J-P. VALETTE, *Droit des services publics*, ELLIPSES, 2ème éd, 2013
- G. VEDEL, *Droit administratif, Licence 2ème année*, Les cours de droit, 1971,
- R. VON JHERING, *La lutte pour le droit*, Dalloz, 1980, rééd, 2006
- D. WEISS, *Les relations du travail*, Dunod, 5ème éd, 1983

1.1.2 Thèses et mémoires

- D. ALCAUD, *La politique culturelle italienne : étude sociologique et historique de l'invention d'une politique publique (1861-2002)*, Thèse IEP de Paris, 2003
- P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (Essai de phénoménologie juridique)*, Thèse, droit, Paris, 1962
- L. BAHOUAGNE, *Le financement du service public*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université de Poitiers, 2014
- J. BETAÏLLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse Limoges, en accès libre sur internet
- P. BINCZAK, *Le principe d'immunité juridictionnelle en droit administratif, histoire d'un paradoxe*, Thèse Paris 1, 2000
- M. BORGETTO, *La Notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, Thèse Paris 2, LGDJ, 1993
- C. BOSVIEUX-ONYEKWELU, « *D'une sociodicée à un savoir d'État : le service public, une tentative de mise en forme du monde social par le droit (1873-1940)* », Thèse pour l'obtention d'un doctorat en sociologie, Université Paris-Saclay, 2016
- C. BOYER-CAPELLE, *Le service public et la garantie des droits fondamentaux*, Thèse Limoges, 2009
- C. BROCHAND, *Contribution à une histoire générale de la Radio et de la Télévision en France, 1922-1974*, Thèse en sociologie de l'information et de la communication Université de droit et d'économie et de science politique d'Aix-Marseille III, 1989
- L. CALANDRI, *Recherches sur la notion de régulation en droit administratif français*, Thèse Toulouse, LGDJ, 2006
- N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de C. Eisenmann*, Thèse Strasbourg 3, Dalloz, 2009
- L. CLUZEL, *Le service public et l'exigence de qualité*, Thèse Paris 2, Dalloz, 2006

- M-A. COHENDET, *L'Épreuve de la cohabitation (mars 1986 – mai 1988)*, thèse, Lyon, 1991
- J-L. DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Thèse de doctorat, droit, Toulouse, 1952, LGDJ, 1954
- B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État*, Thèse Paris, LGDJ, 1976
- H. DELZANGLES, *L'indépendance des autorités de régulation sectorielles : communications électroniques, énergies et postes*, Thèse Bordeaux IV, 2008
- F. DREYFUS, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Thèse Paris, Berger-Levrault, 1973
- J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, Thèse Paris 2, LGDJ, 1974
- S. DUNITON, *La confrontation des autorités administratives indépendantes au principe démocratique*, Thèse Montpellier 1, 2012
- K. FAVRO, *Télespectateur et message audiovisuel. Contribution à l'étude des droits des téléspectateurs*, Thèse Aix-Marseille, LGDJ, 2001
- B. FLAMAND-LEVY, *Les compétences culturelles de la communauté européenne*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille – PUAM, 2004
- A. GAILLET, *L'individu contre l'Etat, Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX siècle*, Thèse Strasbourg, Dalloz, 2012
- L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Thèse Aix-Marseille, Bruylant, 2007
- A. GERVAIS, *Le retrait des autorisations d'utilisation privative du domaine public*, Thèse, Montpellier, Imprimerie de la Charité, 1942
- G.J. GUGLIELMI, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, de la Révolution à l'arrêt Cadot (1789-1889)*, Thèse Paris 1, LGDJ, 1991
- T. HOCHMANN, *Le négationnisme face aux limites de la liberté d'expression. Etude de droit comparé*, Thèse Paris 1, Pedone, 2013
- J. LAFFONT. *Représentations de la diversité dans les séries télévisées : analyse comparative France – Grande-Bretagne*. Thèse en vue de l'obtention du grade de docteur, Sciences de l'information et de la communication. Université Michel de Montaigne - Bordeaux III, 2016
- D. LINOTTE, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse Bordeaux, 1975
- D. LOCHAK, *Le Rôle politique du juge administratif français*, Thèse Paris 2, 1970, LGDJ, 1972
- J. LUCHET, *L'arrêt « Blanco », La thèse de la compétence administrative en matière de responsabilité civile de l'Etat*, Thèse Nancy, Presses Modernes, 1935
- J. MANT, *La légitimité du secteur public audiovisuel français*, Mémoire pour l'obtention du DEA de droit des médias, sous la direction de H. ISAR, en ligne sur internet, 2005
- P. MARCANGELO-LEOS, *Pluralisme et audiovisuel*, Thèse Paris 2, LGDJ, 2004

- E. MARTY, *Journalismes, discours et publics: une approche comparative de trois types de presse, de la production à la réception de l'information*, Thèse de Sciences de l'Homme et Société, Toulouse le Mirail, 2010
- F-X-T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et les doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, Thèse Montpellier 1, LGDJ, 2003
- A. MESTRE, *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat-débiteur*, Thèse Paris, A. Rousseau, 1899
- J-P. NEGRIN, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, Thèse Aix-Marseille, LGDJ, 1971
- D. PAIVA DE ALMEIDA, *L'école du service public, Contribution à l'étude de la pensée juridique en France*, Editions universitaires européennes, 2011
- L. PECH, *La liberté d'expression et sa limitation. Etude de droit comparé*, Thèse Aix-Marseille, LGDJ, 2003
- A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Thèse Paris 2, LGDJ, 2009
- T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Thèse Paris 1, Dalloz, 2013
- E. PICARD, *La notion de police administrative*, Thèse Paris, LGDJ, 1984
- E. PISIER-KOUCHNER, *Le service public dans la théorie de l'État de Léon Duguit*, Thèse Paris, LGDJ, 1972
- G. QUIOT, *Aux origines du couple gestion publique/gestion privée. Recherche sur la théorie de la gestion privée des services publics*, Thèse Nice, 1992
- P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recourt de pleine juridiction : l'apport de l'histoire à ta théorie de la justice administrative*, Thèse Lille 1962, LGDJ, 1964
- L. SPONCHIADO, *La compétence de nomination du Président de la Cinquième République*, Thèse Paris 1, Dalloz, 2017
- G. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Thèse Paris, LGDJ, 1963
- M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Thèse Paris, LGDJ, 1973 rééd. 1980
- D. TRUCHET, *Les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Thèse Paris 2, LGDJ, 1977
- A-E. VILLAIN-COURRIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Thèse Paris 1, Dalloz, 2004
- L. VULLO, *La représentation des femmes à la télévision italienne*, Mémoire de Séminaire, IEP Lyon, 5 septembre 2011, En ligne : http://doc.sciencespo-lyon.fr/Ressources/Documents/Etudiants/Memoires/Cyberdocs/MFE2011/vullo_1/html/index-frames.html

1.1.3 Ouvrages non juridiques (sciences humaines et sociales : histoire, philosophie, sociologie, sémiologie, communication et économie)

H. ARENDT, *La crise de la culture*, Gallimard, 1972

ARISTOTE, *Les politiques*, Livre II

ARISTOTE, *La poétique*

R. ARON, *Les sociétés Modernes*, PUF, 2005

J. BAUDRILLARD, *A l'ombre des majorités silencieuses*, Gonthier, « Médiations », 1982

F. BEDARIDA, *Churchill*, Bayard, 1999

S. BERSTEIN et P. MILZA, *L'Italie fasciste*, Armand Colin, 1970

F. BILGER, *La pensée économique libérale dans l'Allemagne contemporaine*, LGDJ, Tome 5, 1964

J. BLANC, C. BRULE, *Les nationalisations françaises en 1982*, Economica, 1982

S. BLUM, *La télévision ordinaire du pouvoir*, PUF, 1982

P. BOURDIEU, J-C. PASSERON, *Les héritiers*, Les éditions de minuit, 1964

P. BOURDIEU, J-C. PASSERON, *La Reproduction. Éléments pour une théorie du système d'enseignement*, Les éditions de minuit, 1970

P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire*, Fayard, 1982

P. BOURDIEU, *Sur la télévision*, Raisons d'Agir, 1996

P. BOURDIEU, *La Domination Masculine*, Ed. Seuil, Paris, 2002,

J. BOURDON, *Histoire de la télévision sous De Gaulle*, INA/Anthropos, 1990

J. BOURDON, *Du service public à la télé-réalité : une histoire culturelle des télévisions européennes 1950 - 2010*, INA éditions, 2011

L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Armand Colin, 7ème éd, 1912,

B. BRECHT, *Sur le cinéma, Écrits sur l'art et la littérature I*, L'Arche éditeur, 1970

P. CHARAUDEAU, *Grammaire du sens et de l'expression*, 1992, Hachette

P. CHARAUDEAU, *Les médias et l'information. L'impossible transparence du discours*, De Boeck-Ina, 2005

F. COSANDEY, R. DESCIMON, *L'absolutisme en France. Histoire et historiographie*, Points-Seuil, 2002

- P. COULANGEON, *Sociologie des pratiques culturelles*, La découverte, 2005
- F. COUSIN, D. BENAMOUZIG, *Economie et Sociologie*, PUF, 2004
- M. CROZIER, *Le Phénomène bureaucratique*, Seuil, 1963
- M. CROZIER, *La société bloquée*, Seuil, 1971
- D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, La découverte, 2004
- M. D'ANCONA, *Post-vérité, guide survie à l'ère des fake news*, Plein jour, 2018
- M. DE CERTEAU, *L'invention du quotidien, 1 : Arts et faire*, Gallimard, 1980
- M. DE CERTEAU (ed), *La Culture au pluriel*, recueil d'articles, 1974 ; 3ème éd. corrigée et présentée par Luce Giard, Le Seuil, 1993
- F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Payot, 1915
- A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1837, Gallimard, 1986
- J. DONZELOT, *L'invention du social*, Fayard, 1984
- H. DREYFUS, P. RABINOW, *Michel Foucault. Un parcours philosophique*, Gallimard, 1992
- O. DUCROT, *Dire et ne pas dire, Principes de sémantique linguistique*, Éditions Hermann, 1988
- E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 1893, éditée chez PUF, 1930
- E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 1895
- U. ECO, *La guerre du faux*, Grasset, 1985
- M. ELIAS, *Le mythe de l'éternel retour*, Gallimard, 2001
- C. ESTIER, V. NIERTZ(ed), *Véridique histoire d'un septennat peu ordinaire*, Grasset, 1987
- M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, 1969
- M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, 1972
- M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976
- M. FOUCAULT, *La naissance de la biopolitique, Cours au collège de France (1978-1979)*, EHESS Seuil, Gallimard, 2004
- M. FUMAROLI, *L'Etat culturel – Essai sur une religion moderne*, De Fallois, 1991
- E. GENTILE, *Qu'est ce que le fascisme ?*, Gallimard, 2004
- P. GUICHONNET, *L'unité italienne*, PUF, 2006
- G. GURVITCH, *La vocation actuelle de la sociologie*, 3e éd., vol. I, Paris, 1963, p. 8

- J. HABERMAS, *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1988
- E. HOBSBAWN, *L'âge des extrêmes. Une histoire du court XXème siècle*, Complexe, 2000 (1ère publication en anglais 1994)
- C. JAVEAU, *Sociologie de la vie quotidienne*, PUF, 2ème éd, 2011
- F. JOST, *Introduction à l'analyse de la télévision*, Ellipses, 3ème ed, 2007
- F. JOST, *Comprendre la télévision et ses programmes*, Armand Colin, 2ème ed, 2009
- F. JOST(ed), *Pour une télévision de qualité*, INA éditions, 2014
- L. JULLIER, *Qu'est-ce qu'un bon film ?*, La dispute, 2002
- R. KUISEL, *Le capitalisme et l'Etat en France. Modernisation et dirigisme au XXème siècle*, Gallimard, 1984
- D. LASSALLE, *L'intégration au Royaume-Uni. Réussites et limites du multiculturalisme*, Éditions Ophrys, 2009
- G. LEBON, *Psychologie des foules*, 1895, Réédition PUF, 2013
- B. LE GRIGNOU, *Du côté du public. Usages et réceptions de la télévision*, Économica, 2003
- P. LE LAY, *Les dirigeants face aux changements*, Les Editions du Huitième jour, 2004
- C. LEMIEUX, *Mauvaise presse*, Métailié, 2000
- J. LERUEZ, J. SUREL, *Le Royaume-Uni au XXè siècle*, Ellipses, 1997
- E. LEVINAS, *Paix et proximité*, 1996
- LOCKE, *Deuxième traité de gouvernement civil*, 1689 (Première traduction française, PUF, 1994)
- F. LORDON, *Les affects de la politique*, Seuil, 2016
- K. MARX, *Le capital. Critique de l'économie politique*, Livre I, PUF, 1993, première parution en allemand 1867
- K. MARX, *Contribution à la critique de l'économie politique*, Editions sociales, 1972, première parution en allemand, 1867
- F-X. MERRIEN, *L'Etat providence*, PUF, 1997
- M. MAUSS, *Essai sur le don. Formes et raisons de l'échange dans les sociétés primitives*, édition électronique réalisée par Jean-Marie Tremblay, <http://bibliotheque.uqac.quebec.ca/index.htm>
- B. MIÈGE, *L'information-communication, objet de connaissance*, De Boeck – INA, 2004
- P. MIQUEL, *Histoire de la radio et de la télévision*, Ed Richelieu, 1972

- J-L. MISSIKA, *La fin de la télévision*, Le Seuil, 2006
- J-L. MISSIKA, D. WOLTON, *La Folle du logis. La télévision dans les sociétés démocratiques*, Gallimard, 1983
- F-C. MOUGEL, *Histoire du Royaume-Uni au XXème siècle*, PUF, 1996
- G. MULHMANN, *Du journalisme en démocratie*, Payot, 2004
- P. MUSSO, G. PINEAU, *L'Italie et sa télévision*, INA, Champ Vallon, 1989
- E. NEVEU, *Sociologie du journalisme*, La Découverte, 5ème éd, 2019
- B. PAPIN, *Un village français, l'Histoire au risque de la fiction*, Atlande, 2017
- R. PARIS, *Histoire du fascisme en Italie – Tome 1 : des origines à la prise du pouvoir*, François Maspero éditeur, 1962
- D. PASQUIER, *La culture des sentiments. L'expérience télévisuelle des adolescents*, Editions de la MHS, 1999
- R.O. PAXTON, *La France de Vichy*, Points, 2ème éd, 1997
- F. PLASSE, *Storytelling : Enjeux, méthodes et cas pratiques de communication narrative*, Territorial Editions, 2011
- PLATON, *La République*, Livre IV
- K. POLANYI, *La grande transformation*, Gallimard, 1983, Première parution en anglais : 1944
- L. ROUGIER, *Colloque Walter Lippman*, Paris, Librairie de Médicis, 1939
- J-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1762, Publication Flammarion, 2001
- C. SALMON, *Storytelling : la machine à fabriquer des histoires et à formater les esprits*, La Découverte, 2007
- A. SEN, *L'économie est une science morale*, La Découverte/Poche, 2003
- D. SCHNAPPER, *Qu'est ce que la citoyenneté ?*, Gallimard, 2000
- A. SMITH, *La richesse des nations*, trad. G. Garnier, Flammarion, 1991 (1ère parution 1776)
- P. URFALINO, *L'invention de la politique culturelle*, Hachette, 2004
- L. WALRAS, *Œuvres économiques complètes*, Economica, Tome VII
- M. WEBER, *Économie et société, Tome 1 : Les catégories de la sociologie*, 1ère éd. en allemand, 1921
- D. WOLTON, *Eloge du grand public*, Flammarion, 1990

1.2 Articles de revue

1.2.1 Articles juridiques

S. ABOUDRAR, « Les rencontres du Forum de la régulation : L'indépendance du régulateur », Petites Affiches 2003, n° 139, p. 5

E. ALAIN, « Pluralisme politique et audiovisuel : vers de nouvelles règles d'évaluation? », Juristic, 2009, en ligne : www.juristic.net/Pluralisme-politique-et

O. AMIEL, « Le secteur public après la loi du 26 juillet 1983 », D. 1983, chron 143

O. AMIEL, « Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la Vème République », Parlements, revue d'histoire politique, 2009/1, p. 149

P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », RDP, 1982, p. 275

P. AMSELEK, « Le droit, technique de direction publique des conduites humaines », Droits, n° 10, 1989, p. 8

J-B. AUBY, « Prescription juridique et production juridique », RDP, 1988, p. 673

J-B. AUBY, « Remarques terminales », RFDA, 2010, p. 931

J.-M. AUBY, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », D. Chron XXV, 1952, p. 111

J.-L. AUTIN, « La décision du Conseil constitutionnel relative au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel », Revue administrative, 1989, p. 223

J.-L. AUTIN, « Autorités administratives indépendantes », JCl. Adm, fasc 75, 2010

D. BAILLEUL, « Le service universel, futur service public ? », RDP, 2000, p. 561

M.O. BARUCH, P. BEZÈS, « Généalogies de la réforme de l'État. Introduction au numéro spécial », RFAP, n°120, 2006, p. 625

M. BAZEX, Y. GUYON, « L'extension du secteur public », JCP, ed, CI, 1983 n° 13924

M. BAZEX, « L'appréhension des services publics par le droit communautaire », RFDA, 1995, p. 295

M. BAZEX, « Le droit public de la concurrence », RFDA, 1998, p. 781

O. BEAUD, « L'oeuvre de G. Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », Jus Politicum, 2013, n° 11

J. BELL, « De la nécessité d'un droit administratif », AJDA, 1997, p. 99

J. BELL, « Le service public : L'expérience britannique », AJDA, 1997, numéro spécial, p. 130

- J. BELL, « L'expérience britannique en matière d'autorité administrative indépendante », EDCE n° 52, 2001, p. 401
- N. BELLOUBET-FRIER, « Service public et droit communautaire », AJDA, 1994, p. 270
- F-P. BENOIT, « Juridiction judiciaire et juridiction administrative », JCP 1964, I. n° 1838
- P. BERNHEIM, « Problèmes juridiques posés par l'introduction de la télédistribution en France », AJDA, 1974, p. 116
- L. BEZIE, « Louis Rolland, théoricien oublié du service public », RDP, 2006, p. 847
- J. BIANCHI, « La promesse du feuilleton. Structure d'une réception télévisuelle », Réseaux, n° 39, 1990, L'invention du spectateur, p. 7
- G. BIGOT, « Les mythes fondateurs du droit administratif », RFDA, 2000, p. 527
- G. BIGOT, « Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif », RFDA, 2008, p. 1
- S. BLUM, « Télévision et libéralisme : la télévision française d'un ordre à l'autre », Pouvoirs, n° 9, 1979, p. 131
- J. BOUCHER, F. LENICA, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », AJDA 2007, p. 793
- M. BOUISSOU, « Le statut de l'ORTF », RDP, 1964, p. 1109
- M. BOUISSOU, « La réforme de la Radio-télévision et la notion de service public (loi du 3 juillet 1972 portant statut de la radiodiffusion-télévision française) », RDP, 1973, p. 5
- S. BRACONNIER, « La régulation des services publics », RFDA 2001, p. 43
- S. BRACONNIER, « Les libertés économiques jusqu'à la crise de 1929 », RDP, 2012, p. 731
- F. BURDEAU, « Interventionnisme et droit commun. Esquisse d'une histoire » in EDCE, n° 53, 2002, p. 392
- L. BURGOGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », Cahiers de droit européen-CDE, 2004, p. 863
- J. CAILLOSSE, « Sur les enjeux idéologiques et politiques du droit administratif. Aperçus du problème, à la lumière du « changement » », La Revue administrative, 1982, p. 361
- J. CAILLOSSE, « Le droit administratif saisi par la concurrence ? », AJDA, 2000, p. 99
- J. CAILLOSSE, « Service public et concurrence. Le service public entre deux mythologies », Droit ouvrier, 2008, p. 199
- J-P. CAMBY, « La redevance télévision : impôt, redevance, taxe parafiscale ou prix? », AJDA 1992, p. 467
- J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », L'année sociologique, Troisième série, Volume 9, p. 3

- D. CASAS, « Les personnes publiques et les règles de la concurrence : vers l'égalité concurrence ? », CFP, 2001, p. 3
- S. CASSESE, « Le service public : l'expérience italienne », AJDA, 1997, numéro spécial, p. 143
- P. CASSIA, « Service public et droit communautaire », Les petites affiches, 2002, n° 133, p. 4
- P. CATHODON, « La législation de l'audiovisuel en France au cours des vingt dernières années : lignes de force, faux pas et question en suspens », Réseaux, 1993 n° spécial « Droit et Communication », p. 25
- C. CHAMPAUD, « Régulation et droit économique », RIDE 2002, n° 1 p. 23
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale », AJDA, 1999, p. 963
- N. CHARBIT, « Le financement des missions de service public au regard du traité d'Amsterdam : l'exemple du secteur de l'audiovisuel », La Gazette du Palais, 8 juin 2000, n° 160, p. 18
- J-Y. CHEROT, « Financement des obligations de service public et aides d'Etat », Europe, 2000, p. 8
- J. CHEVALLIER, « Le problème de la réforme de l'ORTF en 1968 », AJDA, 1969, p. 217
- J. CHEVALLIER, « Le statut de la communication audiovisuelle », AJDA, 1982, p. 553
- J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », JCP, n° 30, 6 août 1986, I 3254
- J. CHEVALLIER, « Le nouveau statut de la liberté de communication », AJDA, 1987, p. 58
- J. CHEVALLIER, « De la CNCL au CSA, Premiers commentaires de la loi du 17 janvier 1989 », AJDA, 1989, p. 59
- J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », RFDA, 1990, p. 712
- J. CHEVALLIER, « L'évolution du système audiovisuel français : ruptures et continuités », *Quaderni*, n° 10, 1990, p. 9
- J. CHEVALLIER, « Constitution et Communication », Recueil Dalloz, 1991, p. 247
- J. CHEVALLIER, « Regards sur une évolution », AJDA, 1997, numéro spécial, p. 8
- J. CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », Droit et Société, 2001, n°49, p. 827
- J. CHEVALLIER, « La réforme de l'Etat et la conception française du service public », RFAP, n° 77, p. 189
- J. CHEVALLIER, « Les nouvelles frontières du service public », Regards croisés sur l'économie, 2007, n° 2
- P. CHRETIEN, « Divine surprise ou éternels regrets ?! La vacuité de la doctrine juridique du service public », Sociétés contemporaines, 1998, n°32, p. 11

G. CLAMOUR, « Qui peut le moins peut le plus... ! Ou la liberté économique de fait des personnes publiques », JCP éd. « administrations et collectivités territoriales », n° 44/45, 2007, n° 2286, p. 48

A. COCATRE-ZILGIEN, « De quelques effets actuels et éventuels de la ratification de la convention européenne des droits de l'Homme sur la politique et le droit français », RDP, 1978, p. 645

C. COHEN, « Le financement du service public audiovisuel à l'ère du numérique », Légipresse, n° 266, Novembre 2009

J-P. COSTA, « Le médiateur peut-il être autre chose qu'une autorité administrative ? », AJDA, 1987, p. 347

D. COSTA, « Mission de service public assumée par une personne privée : clarification ou codification ? », AJDA 2007, p. 825

C. COURVOISIER, « Le nouveau statut de la radiodiffusion-télévision française », AJDA, 1972, p. 555

C. COURVOISIER, « La radiodiffusion-télévision française après l'office », AJDA, 1975, p. 277

C. DEBBASCH, « De la radiodiffusion-télévision française à l'office de radiodiffusion-télévision française », AJDA, 1964, p. 531

C. DEBBASCH, « L'évolution des monopoles de télévision », Rev. Adm, n° 148, 1972, p. 363

N. DECOOPMAN, « Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes », JCP, 1987, I, n° 3303.

M. DEGOFTE, « Les autorités publiques indépendantes », AJDA 2008, p. 622

E. DELACOUR, « Service public et construction européenne : la guerre des droits n'aura pas lieu », Petites Affiches, 1997, n° 114, p. 4

C. DE LA MARDIERE, « Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789 », RFDC, 1999, p. 242

E. DELACOUR, « Service public et construction européenne : la guerre des droits n'aura pas lieu », Petites Affiches, 1997, n° 114, p. 4

X. DELCROS, « L'audiovisuel à l'heure des présidentielles », AJDA, 1988, p. 273

A. G. DELION, M. DURUPTY, « Chronique des entreprises publiques », RFAP, n° 77, 1996, p. 217

J-P. DELIVET, H. RONY, « La Commission nationale de la communication et des libertés et la régulation de la communication audiovisuelle », RFAP, 1987, p. 719

P. DELVAUX, « Analyse lexicale des débats de la Constituante sur la Déclaration des droits de l'Homme », Droits, n 2, p. 23

P. DELVOLVE, « Service public et libertés publiques », RFDA, 1985, p. 3

H. DELZANGLES, « L'émergence d'un modèle européen d'autorités de régulation », RJEP, 2011, n° 692, p. 4

H. DELZANGLES, « Un vent d'impartialité souffle encore sur le droit de la régulation », AJDA, 2014, p. 1021

- E. DERIEUX, « Le nouveau statut de la communication », RDP, 1987, p. 338
- E. DERIEUX, « Réforme du statut de la communication audiovisuelle en France, la loi du 17 janvier 1989 relative au Conseil supérieur de l'audiovisuel », RDP, 1990, p. 133
- E. DERIEUX, « L'intérêt public en droit de la communication », LégiPresse, n°115, 1994, p. 7
- E. DERIEUX, « Les principes du droit de la communication en droit européen et international », LP, 2000, n° 72, p. 53
- C. DIDRY, « De l'État aux groupes professionnels: les itinéraires croisés de Léon Duguit et Émile Durkheim au tournant du siècle », *Genèses*, 2, décembre 1990, p. 5
- G. DRAGO, « Le conseil de la concurrence », SJEG, 1987, n 42
- G. DROUOT, « La loi relative à la liberté de communication », D. 1987, p. 75
- G. DROUOT, « Le statut de l'entreprise de communication audiovisuelle en France », RIDC, 1989, p. 449
- J-P. DUBOIS, « La loi, le juge et le marché : concession de service public et communication audiovisuelle », RDP, 1987, p. 362
- L. DUGUIT, « Le droit constitutionnel et la sociologie », RIE, 1886, p. 6
- A. DURUP DE BALEINE, « Domaine public, Télécommunications », JurisClasseur Propriétés publiques, Fasc. 77, 2004, n°5
- G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », RFAP, 2012, n°3, p. 629
- C. EISENMANN, « Deux théoriciens du droit : Duguit et Hauriou », Revue philosophique de la France et de l'étranger, 1930, p. 231
- C. EISENMANN, « Le juriste et le droit naturel », Archives de philosophie politique, 1959, n° 3, p. 211
- Q. EPRON, « Le temps de parole des personnalités politiques », Jus Politicum, 2010, n° 4
- R. ETIEN, « Le pluralisme, objectif de valeur constitutionnelle », La Revue Administrative, 1986, p. 548
- R. ETIEN, « La nature juridique de la Déclaration de 1789 en 1989 », RDP, 1989, p. 334
- L. FAUBASTIER, « Une tentative de re-fondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de L. Duguit », RFDA, 2004, p. 1053
- B. FAURE, « Remarques sur les mutations du principe de la liberté de commerce et de l'industrie », RFDA, 2004, p. 303
- L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », RFDC, 1990, p. 72
- L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », RIDC, 1994, p. 565

- P. FAVRE, « Unanimité et majorité dans le Contrat social de Jean-Jacques Rousseau », RDP, 1976, p. 111
- K. FAVRO, « Secteur public de la communication et service public », AJDA, 2001, p. 241
- P. FRAISSEX, « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'Homme », RDP, 2001, p. 535
- M-A. FRISON-ROCHE, « La victoire du citoyen-client », Sociétal, n° 30, 2000, p. 49
- M-A.FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », D. 2001 p. 610
- M-A.FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », D. 2004, p. 126
- M. FROMONT, « Les libertés d'expression, d'information et de communication dans la jurisprudence constitutionnelle allemande », Annuaire international de justice constitutionnelle, 1987, p. 224
- P. FRYDMAN, Note sous l'arrêt CE., 11 mars 1994, *Société La Cinq*, AJDA 1994 p. 402
- B. FUSULIER et A. CORNET (dir), « Questions du genre dans le travail social », Les politiques sociales, n°1 et 2, Bruxelles, 2008, p.10
- S. GARCERIE, « Service public et droit communautaire : une nouvelle crise de la notion de service public », Sociétés contemporaines, 998, Vol 32, p. 37
- J. GAUDEMET, « Utilitas publica », RDH, 1951, p. 465
- B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la définition des pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel », RFDA, 1989, p. 215
- E. GEORGE, « Service public de la communication et marchandisation de la télévision », *Sciences de la société*, n° 43, février 1998, p. 147-163
- A. GIRAUD, « L'artésienne du droit. Brève histoire du monopole de l'audiovisuel en France », Réseaux, volume 11, n°59, 1993, Droit et communication, p. 53
- M. GRIENBERGER-FASS, « André de Laubadère et la chronique juridique. Une approche doctrinale de l'actualité juridique », RFDA, 2010, p. 1228
- G. GUAZZALOCA « Un amalgame bizarre entre politique et télévision en Italie : du « fief démocrate-chrétien » au « phénomène Berlusconi » », Le Temps des médias, 2009/2, p. 42
- G-J. GUGLIELMI et G. KOUBI, « Le service public, désinence législative ou office du juge ? », JCPA, 2007, p. 2145
- D. GUINARD, « Réflexions actuelles sur la notion de service public », Regards croisés sur l'économie, 2007/2, p. 36
- C. HARLOW, « La distinction public-privé dans le système juridique anglais », Politiques et management public, 1987(1), p. 199
- M. HAURIOU, « Droit administratif », Répertoire du droit administratif Béquet, 1897

- M. HAURIOU, « Exploitation théâtrale et Service public : nature juridique d'une convention portant sur la concession d'un emplacement pour la construction d'un "Palais philharmonique" », Note sous Conseil d'Etat, 7 avril 1916, Astruc et Société du théâtre des Champs-Élysées, Revue générale du droit, en ligne.
- M. HAURIOU, « *La théorie de l'institution et de la fondation* », Cahiers de la nouvelle journée, 1925, p.1
- S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Note sous CE, 20 mars 2000, « Groupe d'information et de soutien aux immigrés », AJDA 2001, p. 188
- R. HERTZOG, « Le prix du service public », AJDA, 1997, p. 55
- C. HISCOK-LAGEOT, « La dimension universelle de la liberté d'expression dans la déclaration des droits de l'Homme de 1948 », RTDH, 2000, p. 232
- H. HOEPFFNER., « Les avis du Conseil d'État », RFDA, 2009, p. 895
- A. HOLLEAUX, « Le droit de l'audiovisuel entre la politique et la technique », RFAP, n° 44, oct-dec, 1987, p. 19
- P-H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvres droits, Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », RDP, 1989, p. 742
- L. JANICOT, « L'identification du service public géré par une personne privée », RFDA, 2008, p. 67
- A. JEAMMAUD, « Les lois Auroux : plus de droit ou un autre droit ? », Critiques de l'économie politique, 1983, n° 23/24, p. 228
- A. JEAMMAUD, « La démocratisation du secteur public », AJDA, 1983, p. 563
- B. JEANNEAU, « Juridicisation et actualisation de la Déclaration de 1789 », RDP, 1989, p. 641
- B. JEANNEAU, « La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et son influence sur les Constitutions », RIDC, 2-1990, p. 765
- G. JEZE, « Indépendance des pouvoirs publics dans la fixation des dépenses publiques », RDP, 1910, p. 5
- G. JEZE « Théâtres nationaux, services publics », note sous CE, 27 juillet 1923, Gheusi, RDP, 1923, p. 561
- G. JEZE, « L'influence de Duguit sur le droit administratif français », APD, 1932, p. 135
- G. JEZE, « Aspects politiques des problèmes financiers. Appréciation, par les gouvernants et leurs agents, de l'opportunité d'agir. Création, organisation et fonctionnement des services publics », RDP .1943, p. 11
- F. JONGEN, « La liberté d'expression dans l'audiovisuel : liberté limitée, organisée et surveillée », *La liberté d'expression, son étendue et ses limites*, RTDH, 1993, n° 13, p. 95
- O. JOUANJAN, « Gerber et la constitution d'une science du droit public », La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Colloque tenu à Strasbourg les 8 et 9 décembre 1995, publié dans les Annales de l'Université de Strasbourg, n°1, 1997
- P. JOURDAN, « La fondation du concept de service public », RDP, 1987, p. 111

- M. KARPENSCHIF, « Dix ans après l'arrêt Million et Marais : et après ? », JCP, éd. Administrations et collectivités territoriales, 2007, n° 44-45, p. 21
- M. KARPENSCHIF, « Vers une définition communautaire du service public ? », RFDA, 2008, p. 58
- M. KDHIR, « Le principe de liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », D. Chron, 1994, p. 32
- H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et société*, n° 22, 1992
- R. KOVAR, « Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée », RTDE, 1996, p. 216
- B. LAFON, « Les services publics de radio-télévision à l'orée du XXIe siècle », Les Enjeux de l'Information et de la Communication, 2013, p. 3
- D. LABETOULLE, « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de « garantie de l'Etat ». A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 8 septembre 2005 », CJEG, 2006, p. 359
- J-F. LACAN, « Télévisions privées - Chronique d'une émancipation avortée », *Télévision, pouvoirs*, n° 51, 1989.
- C. LASAGNI, G. RICHERI, « La qualité de la programmation télévisuelle. Points de vues et critères de mesure dans le débat international », *Réseaux*, n° 70, 1995, p. 143
- P. LASCOUMES, E. SERVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, n° 2, 1986, p. 127
- C. LEBERRE, « La logique économique dans la définition du service public », RFDA, 2008, p. 50
- F. LEFRESNE, « Services publics au Royaume-Uni », *La pensée*, 1997, n° 310
- P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif – recherches sur les fondements traditionnels de l'Etat centraliste en France », RDH, n° spécial : La bureaucratie et le droit, 1975, p. 152
- C. LEMERCIER, « La construction d'un modèle français de service public avant 1914 », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/2, p. 47
- F. LENICA, J. BOUCHER, « Chronique générale de jurisprudence administrative française », AJDA 2007, p. 1020
- A-M. LE POURHIET, « L'article 4 », LPA, 2008, p. 17
- D. LINOTTE, « Les nationalisations de 1982 », RDP, 1982, p. 435
- M. LOMBARD, « A propos des avatars de la télévision : ambiguïtés de la distinction entre public et privé », RA, 1986, p. 10
- M. LOMBARD « Autorités administratives indépendantes et démocratie politique », AJDA, 2005, p. 530
- M. LOMBARD, « Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation », CJEG, avr. 2005, p.127

- M. LOMBARD, « 80 ans après l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : pavane pour une infante défunte », *Revue juridique de l'économie publique* n° 683, 2011
- C. LONDON, « Le service public dans la tourmente », *Petites affiches*, 1998, n° 58, p 16
- M. LONG, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? » *RFDA*, 1995, p. 497
- N. LONGOBARDINI, « Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique », *RFDA*, 1995, p. 388
- D. LOSCHAK, « Le conseil constitutionnel, protecteur des libertés », *Pouvoirs*, n 13, 1980, p. 35
- A. LUCARELLI, « Biens communs. Contribution à une théorie juridique », *Droit et Société*, 2018, p. 141
- D. MAHERZI, « La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et le pouvoir de nomination du président de la République », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2011, p. 1335
- B. MANIN, « Volonté générale ou délibération ? Esquisse d'une théorie de la délibération politique », *Le Débat*, 1985/1, p. 72
- G. MARCOU, « La délégation générale à l'information et la politique de l'information », *RDP*, 1975, p. 937
- G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347
- G. MARCOU, « Que reste t-il de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 ? », *AJDA*, 2007, p. 192
- G. MARCOU, « Agences : les équivoques de la réforme de la gestion publique à la lumière des expériences françaises et étrangères », *RFFP*, 2009, p. 149
- B. MATHIEU, M. VERPEAUX, « Architecture générale du droit constitutionnel français de la communication audiovisuelle », *REDP*, 1996, p. 786
- F. MARTUCCI, « L'indépendance des autorités de régulation en Italie », *RFAP*, 2012/3, n°143
- C. MAUGUE, L. TOUVET, « Sanction des manquements des exploitants audiovisuels à leurs obligations », *AJDA*, 1994, p. 370
- A-S. MESCHERIAKOFF, « L'arrêt du bac d'Eloka : légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique », *RDP*, 1988, p. 1060
- F. MELLERAY, « Ecole de Bordeaux, Ecole du service public et école duguiste. Proposition de distinction. », *RDP*, 2001, p. 1887
- J-L. MESTRE, « La notion de service public d'après les débats de l'Assemblée constituante », *EDCE*, 1998, n° 40, p. 187
- J-L. MESTRE, « Aux origines du contentieux administratif », *RFDA*, 1996, p. 289
- E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, p. 381
- E. MILLARD, « Présentation », *Dossier Une théorie empiriste du droit est-elle possible ?*, *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 16

- E. MILLARD, « L'aveu théorique comme préalable au travail juridique savant », *VIème congrès français de droit constitutionnel*, Montpellier, 2005, disponible sur www.droitconstitutionnel.org, p. 5
- F. MODERNE, « Existe-t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? », *RFDA*, 2001, p. 563
- F. MONNIER, « Justice administrative », *Droits*, 2001, p. 106
- B. MONTAY, « Le pouvoir de nomination de l'exécutif sous la Vème République », *Jus Politicum*, n° 11
- G. MORANGE, « Le déclin de la notion juridique de service public », *Dalloz Ch*, 1947, XII, p. 45
- J. MORANGE, « Les pouvoirs de la Haute autorité de la Communication audiovisuelle », *RDP*, 1983, p. 1509
- J. MORANGE, « La Commission Nationale de la Communication et des Libertés et le droit de la communication audiovisuelle », *RFDA*, La nouvelle réforme de l'audiovisuel, 1987, p. 372
- J. MORANGE, « Le conseil supérieur de l'audiovisuel », *RFDA*, 1989, p. 237
- H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, p. 503
- H. OBERDORFF, « A propos de l'actualité juridique de la Déclaration de 1789 », *RDP*, 1989, p. 636
- M-L. PAVIA, « L'existence du pluralisme, fondement de la démocratie », *Rev. Adm*, 1990, n°256, p. 320
- R. PELLOUX, « Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP*, 1947, p. 347
- T. PERROUD, « L'indépendance des autorités de régulation au Royaume-Uni », *RFAP*, 2012/3, p. 735
- O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC*, Vol 53, Avril-Juin 2001, p. 275-289
- O. PFERSMANN, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, 2002, p. 279
- X. PHILIPPE, A. VIDAL-NAQUET, O. LE BOT « Les délibérations du Conseil constitutionnel - Année 1985 », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, Octobre 2011, n° 33
- E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 1998, n° spécial, p. 8
- E. PICARD, « L'état du droit comparé en France en 1999 », *RIDC*, 1999/4, p. 885
- E. PICARD, « L'impuissance publique en droit », *AJDA*, Numéro spécial 1999, *Puissance publique ou impuissance publique*, p. 11
- S. PINON, « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle française », *RDP*, 2010, p. 523
- E. PISIER, « Service public et libertés publiques », *Pouvoirs*, 1986, n° 36, p. 143
- B. PLESSIX, « Chronique de droit administratif », *JCP* 2007, I. 166
- M. PONCHARD, « Autorités administratives indépendantes et contrôle démocratique », *Cahiers de la fonction publique* novembre 2001, p. 4

- X. PRETOT, « L'administration des entreprises publiques : à propos de la loi du 26 juillet 1983 », RA, 1984, p. 29
- M-C. PONTTHOREAU, « Le droit comparé en question », RIDC, 2005, p. 7
- J-M. PONTIER, « Sur la conception française du service public », Dalloz, 11 janvier 1996, p. 9
- P. RAYNAUD, « Léon Duguit et le droit naturel », Revue d'histoire des facultés de droit, 1987, p. 169
- M. REGLADE, « Théorie générale du droit dans l'œuvre de Léon Duguit », APD, 1932, p. 21
- S. REGOURD, « Le droit de la communication audiovisuelle après la loi du 29 juillet 1982 », Actualité Législative, Dalloz, 1983, p. 23
- S. REGOURD, « Le service public et la doctrine : pour un plaidoyer dans le procès en cours », RDP, 1987, p. 5
- S. REGOURD, « La dualité public/privé et le droit de la communication audiovisuelle », RFDA, 1987, p. 357
- S. REGOURD, « La loi du 5 mars 2009 et le nouveau service public de la télévision : une régénération controversée », Legipresse, n° 260, Avril 2009, p. 29
- S. REGOURD, « De la crise comme élément d'identification du service public français de l'audiovisuel », *Sciences de la Société*, n°42, p. 75
- S. REGOURD, « Archéologie du service public audiovisuel : quel passé pour quel futur ? », Les Enjeux de l'information et de la communication, 2013, p. 27
- O. RENARD-PAYEN, « Principe de la liberté du commerce et de l'industrie », J.-Cl. adm, fasc. 255, 1992
- D. RITLENG « Financement du service public et aides d'Etat », AJDA, 2004, p. 1011
- J. RIVERO, « Les deux finalités du service public industriel et commercial », CJEG, 1994, n° 500, p. 375
- E. ROBERT, « Le pluralisme : objectif de valeur constitutionnelle », Revue administrative n° 234, 1986, p. 564
- F. ROLIN, N.FOULQUIER, « Constitution et Service public », Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 37, 2012, p. 21
- D. ROMAN, «La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », La Revue des droits de l'homme, 2012
- H. RONY, « Radio-télévision. Quelques réflexions sur la notion de service public », *Légipresse* 1993, n° 103, II, p. 63
- M-C. ROQUES-BONNET, « Les blocs de pouvoirs “éclipsés” par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ? », VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Congrès de Paris, 25-27 septembre 2008, p. 8

- H. ROTTLEUTHNER, « Les métaphores biologiques dans la pensée juridique », *Archives de Philosophie du droit*, 1986(31), p. 215s
- D. ROUSSEAU, « Le statut de la radio-télévision, Maintien du monopole ou régime de liberté ? », *AJDA*, 1981, p. 59
- A. ROUYERE, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *RFDA*, 2010, p. 887
- W. RUMPHORST, « Radiodiffusion de service public : des malentendus persistants », *Diffusion UER printemps*, 1998, p. 47
- W. RUMPHORST, « Un point de vue sur la radiodiffusion de service public : des malentendus persistants »: *RID éco.* 1999, n° 1, p. 31
- P. SABOURIN, « Les AAI, une catégorie nouvelle ? » *AJDA*, 1983, p. 275
- A. SEBAN, « Les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation », *Petites Affiches* 2002, n° 110, p. 63
- L. SFEZ, « Duguit et la théorie du service public », *APD*, 1976, p. 111
- V. SILVERA, « Services du premier ministre, Ministères d'Etat - Information. Le statut de la radiodiffusion-télévision française », *La revue administrative*, 1959, p. 176
- D. SOLDINI, « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », *Jus Politicum*, n° 14
- G. SORBARA, « Le Conseil d'État découvre-t-il la notion de *public good* ? Note sous CE, 30 mars 2011, *Sté Betclit Entreprises Limited*, req. n° 342142 », *JCP G*, n° 15, 2011, p. 701
- L. SPONCHIADO, « Du droit de regard au droit de veto : le contrôle restreint opéré par les parlementaires sur les nominations présidentielles », *RFDA*, 2011, p. 1019
- B. STIRN, « La conception française du service public », *CJEG*, 1993, p. 299
- F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 363
- A. SUPIOT, « La crise de l'esprit de service public », *Droit social*, 1989, p. 777
- C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la constitution », *RDP* 1990, p. 228
- C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 559
- C. THIBIERGE, « Au coeur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 51, 2008
- G. TIMSIT, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, n° 78, 1996, p. 375
- G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2006, p. 127
- D. TRIANTAFYLLU, « L'encadrement communautaire du financement du service public », *RTDE*, 1999, p. 21

- M. TROPER, « La signature des ordonnances, fonction d'une controverse », *Pouvoirs*, 1987, n° 81, p. 76
- M. TROPER, « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n° 10, 1989, p. 102
- M. TROPER, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, p. 335
- M. TROPER, « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 22, juin 2007
- D. TRUCHET, « Une loi de la dernière chance? La loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle », *JCP*, 1983, I, n°3120, §17
- D. TRUCHET, « La loi du 17 janvier 1989 sur la communication audiovisuelle ou la fin d'une illusion lyrique », *RFDA*, 1989, p. 208
- L. VANDENBEYLAARDT, « La saga de la cinq », Université de Liège, en ligne <https://www.law.kuleuven.be/jura/art/24n1/vandenbeylaardt.pdf>
- G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 698
- G. VEDEL et J. RIVERO, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le Préambule », *Droit social*, vol. XXI, 1947, p. 13
- J-C. VENEZIA, « Gaston Jèze et le service public », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1991, n 12, p. 93
- A. VIDAL-NAQUET « Un président de la République plus “encadré” ? », *La Semaine juridique*, édition générale, 30 juillet 2008, n° 31, p. 28
- J-C. VIDELIN, « Le droit public économique et les crises historiques », *RFDA*, 2010, p. 727
- G. VLACHOS, « Fondements et fonction de la notion de service public », *Recueil Dalloz*, 1978, p. 257
- M. VOISSET, « Le service public autrement. De quelques effets du droit communautaire sur le droit français des services publics industriels et commerciaux », *RFDA*, 1995, p. 304
- P. WACHSMANN, « Naturalisme et volontarisme dans la déclaration des droits de l'Homme de 1789 », *Droits*, n° 2, p. 13
- P. WASCHMANN, « Le statut de la communication audiovisuelle et la Constitution », note sous conseil const, 18 septembre 1986, *AJDA*, 1987, p. 102
- M. WALINE, « Gratuité ou rémunération des services publics, note sous Cass. crim. 11 janv.1951, *Doronat* », *RDP*, 1951, p. 504
- E. ZOLLER, « Qu'est-ce que faire du droit constitutionnel comparé ? », *Droits*, n° 32, 2000,
- E. ZOLLER, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, 2004, p.757
- M. ZWEIGERT, « Des solutions identiques par des voies différentes (quelques observations en matière de droit comparé) », *RIDC*, 1966/1, p. 5

F. BEROUJON, G. CLAMOUR, E. GLASER, P. HUBERT, M. KARPENSCHIF, F. LICHÈRE, F. LINDITCH, N. MOUY, S. NICINSKI, P. TERNEYRE, « Dix ans après l'arrêt Million et Marais : et après ? », *La semaine juridique, Administrations et collectivités territoriales*, 2007, n° 44-45, p. 2281

1.2.2 Articles non juridiques

C. AUDARD, « L'idée de citoyenneté multiculturelle et la politique de la reconnaissance », *Rue Descartes*, 2002, 3, p. 19

V.S. BACHMAN, « La suppression de l'ORTF en 1974 : la réforme de la délivrance », in 20ème, *Revue d'histoire*, 1988, p. 63

P. BALMAND, « Politiques et pratiques cultures dans la France de Vichy », *Vingtième siècle*, 1988, Vol 18, p. 135

J. BOURDON, « Les racines du mythe », *Quaderni, Numéro spécial : L'ambivalence du mythe de l'ORTF n°65, Hiver 2007-2008*, p. 9

J. BOURDON, « Le service public de la radiotélévision : histoire d'une idéalisation », *Les enjeux de l'information et de la communication*, 2013, p. 18

M. CACIAGLI, « Sur la faiblesse du sentiment national des italiens », *Pôle Sud*, n° 14 Mai 2001, p. 29

F. CASETTI, R. ODIN, « Du spectateur fonctionnalisant au nouveau spectateur : approche sémiopragmatique », *Iris*, n° 8, 1988, p. 121

F. CASETTI, R. ODIN, « De la paléo à la néo-télévision », *Communications*, n°51, 1990, p.12

P. CHARAUDEAU « Discours journalistique et positionnements énonciatifs. Frontières et dérives », *Semen* [En ligne], 22 | 2006, mis en ligne le 01 mai 2007

P. CHARAUDEAU, « Réplique à Daniel Dayan : quelle vérité pour les médias ? Quelle vérité pour le chercheur ? », *Revue Questions de communication* n°9, Presses Universitaires de Nancy, Nancy, 2006

P. CHARAUDEAU, « Une éthique du discours médiatique est-elle possible ? », revue *Communication* Vol.27, N°2, Éditions Nota Bene, Québec, 2009

A. CHAUVEAU, « La voie institutionnelle de l'indépendance. Les instances de régulation en France », *Le temps des médias*, 2009/2, p. 105

A. CHRISTIN, O. DONNAT, « Pratiques culturelles en France et aux États-Unis », *Culture études*, 2014/1 n° 1, p. 1

M. COULOMB-GULLY, « Propositions pour une méthode d'analyse du discours télévisuel », *Mots. Les langages du politique*, 2002(70), en ligne

J. D'ARCY, « Pour une confiance dans l'avenir », *Les cahiers de la communication audiovisuelle*, 1983, n° 12, p. 11

- L. D'HAENENS, « Réalisations, réceptions et recherches. Optimiser le dialogue communicateur-téléspectateur : un rôle pour le chercheur », *Réseaux*, 1996, n° 71, p. 112
- R. DICKASON, « La BBC, imperméable à la propagande : de la guerre des Malouines aux guerres du Moyen-Orient », *Vingtième siècle. Revue d'histoire*, 2003/4, n° 80, p. 71
- J-P. DORMOIS, « « Socialisme municipal » contre « socialisme d'État ». Ressorts et effets du développement de la fonction publique en France et en Grande-Bretagne avant 1914 », *Histoire, économie et société*, 2006, n°4, p. 127
- FERRARI, « Laïcité et multiculturalisme à l'italienne », *Archives des sciences sociales des religions*, Janvier-Mars 2008, p. 133
- C. GIRARD, « La démocratie par la délibération ? », *Idées économiques et sociales*, 2013(3), p. 8
- S. HALL, « Codage/décodage », première publication 1980, publié en français dans *Réseaux*, n° 68, 1994
- M. HARRISON, « Les médias audiovisuels à la croisée des chemins », *Pouvoirs*, 1986, p. 116
- A. HENNION, « De l'étude des médias à l'analyse de la médiation », *Médiaspouvoirs*, n° 20, 1990, p. 39
- F. JOST, « La promesse du genre », *Réseaux*, n°81, 1997, p. 11
- F. JOST, « Culture et dépendances. Les avatars d'une mission du service public », *Le temps des Médias*, 2010/1
- R. KOREN, « Argumentation, enjeux et pratique de « l'engagement neutre » : le cas de l'écriture de presse », 2004 [En ligne]. *Semen*, 17
- P. LEGRIS, « Avant-propos : L'actualité de l'ambivalence du mythe de l'âge d'or de l'ORTF », *Quaderni*, 2007-2008, p. 5
- E. MACÉ « Qu'est-ce qu'une sociologie de la télévision ? Esquisse d'une théorie des rapports sociaux médiatisés. 1. La configuration médiatique de la réalité », *Réseaux*, n°104, 2000, p. 245
- M. MARTINIELLO, « Italie 1990 : Vers la société multiculturelle », *Hommes et migrations*, Novembre 1990, p. 15
- C. MOUFFE, « Politique et agonisme », *Rue Descartes*, 2010/1, n° 67, p. 18
- E. NEVEU, « Médias, mouvements sociaux, espaces publics », *Réseaux*, 17 (98), p. 17-85
- D. PASQUIER, « « Chère Hélène ». Les usages sociaux des séries collège », *Réseaux*, volume 13, n°70, 1995, p. 9
- G. PINEAU, « "L'expérience Chaban-Desgraupes" : l'improbable libéralisation de l'information à l'ORTF (1969-1972) », in *Quaderni*, n°65, *L'ambivalence du mythe de l'ORTF*, 2007
- A. RABATEL, « L'effacement énonciatif dans les discours rapportés et ses effets pragmatiques », *Langages*, 2004, n° 156, Effacement énonciatif et discours rapportés. p. 3
- A. RABATEL « Effacement énonciatif et effets argumentatifs indirects dans l'incipit du *Mort qu'il faut* de Semprun », *Semen* [En ligne], 17 | 2004, mis en ligne le 29 avril 2007

J-P. SIMON, « Une banalisation de la communication. La revalorisation du droit comme problème », *Réseaux*, 1993, n° 59

G. TUCHMAN, « Travailler à la fabrique de l'information, ou comment l'imprévu devient une routine », *Temporalités* [En ligne], 23 | 2016, mis en ligne le 10 octobre 2016

P. TUDORET, « La paléo-télévision, une nouvelle fenêtre sur le monde », *Quaderni*, n°65, Hiver 2007-2008, p. 93

L. VANDENBEYLAARDT, « La saga de la cinq », Université de Liège, en ligne : <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/24n1/vandenbeylaardt.pdf>

1.3 Chapitres ou articles de livre, de mélange ou d'encyclopédie

1.3.1 Articles juridiques

J-B.AUBY, « Régulation et droit administratif », in *Etudes en l'honneur de G. Timsit*, LGDJ, 2005

F. AUTRAND, « Le service public », in J. FAVIER (ed), *La France médiévale*, Fayard, 1983, p. 285

P. AVRIL, « L'article 4 : explication d'un paradoxe », in D. MAUS, L. FAVOREU, J-L. PARODI (dir.), *L'écriture de la Constitution*, Economica, 1993, p. 718

L. AZOULAI, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (ed), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009, p. 1

R. BADINTER, « Allocution d'ouverture », in *La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et la jurisprudence*, Colloque des 25 et 26 mai 1989 au conseil constitutionnel, PUF, 1989, p. 10

D. BATTISTELLA, « Transnationalisation des relations internationales et rapport public/privé dans la définition de l'intérêt national », in *Public/Privé*, PUF, 1995, p. 109

P. BAUBY, J-C. BOUAL « Quels défis publics demain en France, en Europe », in P. BAUBY, J-C. JOUAL (ed), *Les services publics au défi de l'Europe*, Les éditions ouvrières, 1993, p. 24

J. BELL, T-P. KENNEDY, « La notion de service public au Royaume-Uni et en Irlande », in F. MODERNE, G. MARCOU, *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, 2003, p. 226

L. BOY, « Régulation et sécurité juridique » in L. BOY, J-B. RACINE, F. SIIRIAINEN (ed), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, p. 333

G. BRAIBANT, « Droit d'accès et droit à l'information », in *Service public et libertés : Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier*, Ed Emile Paul, 1981, p. 703

P. BRUNET, « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (ed), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Annales de la faculté de droit de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997

- P. BRUNET, « Doctrines juridictionnelles et doctrines métaconceptuelles du service public », in AFDA, *Le service public*, Dalloz, 2014, p. 21
- L. BURGORGUE-LARSEN, « La force de l'évocation' ou le fabuleux destin de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 77
- J. CAILLOSSE, « Le service public est mort ! Vive le service public ! », Rapport de synthèse, in S. DECRETON (dir.), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p. 399
- G. CANIVET, « Légitimité du juge », in *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 815
- R. CAPITANT, « Carré de Malberg et le régime parlementaire », in *Journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg* (Strasbourg, 1961), Dalloz, 1966, p. 134
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D.LOCHAK (ed), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris 10, 2008, p. 14
- B. CHENOT, « Direction et contrôle des entreprises nationalisées », in *Réflexions sur la cité - 1945-1980*, Ed Emile-Paul, 1981, p. 145
- J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, PUF, 1979, p. 7
- J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 8
- J. CHEVALLIER, « L'Etat régulateur », in M. LOMBARD (ed), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2004, p. 29
- G. COHEN-JONATHAN, « Commentaire de l'article 10 de la CEDH », in L-H. PETITI, E. DECAUX, P-H. IMBERT (ed), *La convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 365
- M-A. COHENDET, « Légitimité, effectivité, validité » in *La République. Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p.201
- M-A.COHENDET, « La classification des régimes, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel » in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 299
- M. COLLET, « De la consécration à la légitimation, Observations sur l'appréhension par le juge des autorités de Régulation », in M.-A. FRISON-ROCHE (dir), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences po et Dalloz, 2004, p. 41
- M. COLLET, « Valeur(s) de la régulation », *Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 241
- J. COMMAILLE, « Effectivité », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 583
- P. CONTE, « Effectivité, Inefficacité, Sous-effectivité, Surefficacité... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle - Études offertes à Pierre Catala*, LexisNexis, 2001, p. 128

- C. DEBBASCH, Le principe constitutionnel de la liberté de communication audiovisuelle, in C. DEBBASCH (dir), *La CNCL*, Economica, 1988, p. 13
- M. DONY, « Les notions de SIEG/SIG », in J-L.VICTOR, S. RODRIGUES (ed), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 6
- J-C. DOUENCE, « Les services publics locaux », in *Encyclopédie des collectivités locales*, 2003, n°160
- R. DRAGO, « Droit comparé », in D. ALLAND, S. RIALS (eds), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 454
- L. DUBOUIS, « Droit administratif et droit communautaire : deux cultures juridiques ? », *Mélanges P. Ardant*, LGDJ, 1999, p. 443
- L. DUBOUIS, « Service public et droit de l'Union européenne : un perpétuel débat », *Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle*, Dalloz, 2007, p. 293
- C. EISENMANN, « Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen », in *Méthode sociologique et droit*, Colloque de Strasbourg 28 novembre 1956, Dalloz, 1958, p. 61
- C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in C. EISENMANN, *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, textes réunis par Ch. Leben, Presses de l'université de Panthéon-Assas, 2002, p. 280
- G. ECKERT, « L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché », in *Gouverner, administrer, juger, Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, p. 207
- P. FAVRE, « Analyse de contenu et analyse de discours – Sur quelques critères distinctifs », in *Études offertes au Professeur É. de Lagrange*, Université de Clermont I, 1978
- N. FOULQUIER, « Le service public », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOKA, *Traité de droit administratif*, Tome 2, Dalloz, p. 47
- L. FAVOREU, L. PHILIP, « Autorités administratives indépendantes », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, n°33, p. 554
- P. FERRARI, « Essai sur la notion de coauteur d'un acte unilatéral », in *Recueil d'études en hommages à C. Eisenmann*, Cujas, 1977, p. 215
- B. FRANCOIS, « Le déséquilibre présidentieliste », in B. FRANCOIS, *Le régime politique de la Cinquième République*, La découverte, 2011, p. 63
- M-A. FRISON-ROCHE, « Le modèle du marché » in *Archives de philosophie du droit*, T40, 1996, p. 286
- Y. GAUDEMET, « Le médiateur est-il une autorité administrative ? » in *Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Édouard Charlier*, Editions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 1187
- Y. GAUDEMET, « Le service public à l'épreuve de l'Europe : vrais et faux procès », *Mélanges en l'honneur de B. Jeanneau*, Dalloz, 2002, p. 473
- F. GAZIER, Y CANNAC, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », EDCE, 1983-1984, n° 35

- F. GENY, « Justice et force (pour l'intégration de la force dans le droit) », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 241
- C. GOYARD, « Police des ondes et droit à la télécommunication », in *Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier, Emile Paul*, Edition de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 751
- G. GRANAI, « Technique de l'enquête sociologique », in G. GURVITCH, *Traité de sociologie*, Tome I, chapitre VII, PUF, 3e édition, 1967, p. 135
- C. GUILLERMINET, « L'autonomie budgétaire : une ombre au tableau de l'indépendance des AAI », in *Mélanges en l'honneur de J-L. Autin*, Presses universitaires de la Faculté de droit de Montpellier, 2011, spéc. p. 365
- M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et la fondation. Essai de vitalisme social », *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, coll. Cahiers de la Nouvelle Journée, n° 23, Bloud et Gay, 1933, p. 96
- M. HAURIOU, « Droit administratif », in L. BÉQUET (dir.), *Répertoire du droit administratif*, T. XIV, 1897, n° 8
- F. HERVOUËT, « Les relations entre ordre juridique communautaires et ordres juridiques nationaux, De la primauté à la sphère de compétences », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, p. 671
- L. HEUSCHLING, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme / du droit. Analyse des mots et des concepts », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (dir.), *L'efficacité de la norme juridique. Nouveau vecteur de légitimité ?*, Bruylant, 2012, p. 39
- B. JEANNEAU, « La responsabilité du fait des règlements légalement pris », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 375
- H. Kelsen, « L'essence de l'Etat », in S. GOYARD-FABRE, *La pensée politique de Hans Kelsen*, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'université de Caen, 1990
- G. KOUBI, « L'idéologie du service public », in AFDA, *Le service public*, Dalloz, 2014, p. 41
- J-F. LACHAUME, « Actualités des conclusions de Matter et de la jurisprudence Bac d'Eloka » in J-B. AUBY, S. BRACONNIER (ed), *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles*, LGDJ, Coll Décentralisation et développement local, 2003, p. 3
- E. LANGELIER, « Chap VII : Italie », in J. BETAÏLLE, D. CHOUKI, C. COURTAIGNE-DESLANDES, M. DEGUERGUE, E. LANGELIER, G. MARCOU, T. PERROUD, C. TEITGEN-COLLY, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit & Justice, 2017, p. 125
- O. LANGLOIS, « Une lecture du service public au XIXème siècle par les économistes libéraux », in G. GUGLIEMI (dir.), *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 59
- P. LASCOUMES, « L'analyse sociologique des effets de la norme juridique : de la contrainte à l'interaction », in A. LAJOIE et al. (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, Bruylant, 1998, p. 156

C. LEBEN, « Ordre juridique », in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

M-A. LE MESTRE, « L'argument de droit comparé et les Autorités administratives indépendantes », in F. MELLERAY (ed), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007, p. 133

F. LEVEQUE, « Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public », in T. KIRAT E. SERVERIN, *Le droit dans l'action économique*, CNRS éditions, 2000, p. 179

M. LOMBARD, « La régulation dans un Etat de droit », in M.-A. FRISON-ROCHE(ed), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Dalloz, 2004, p. 26

M. LOMBARD, « Régulation et hiérarchie des normes - Propos conclusifs » p.977, in M.-A. FRISON-ROCHE(ed), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Dalloz, 2004, p. 977

A. LYON-CAEN, « Proposition pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », in A. LYON-CAEN, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Service public et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, p. 87

G. MARCOU, « Introduction: intégration juridique et logiques nationales », in G. MARCOU (dir), *Les mutations du droit de l'administration en Europe. Pluralisme et convergences*, L'Harmattan, 1995, p. 21

G. MARCOU, « De l'idée de service public au service d'intérêt général », in F. MODERNE, G. MARCOU(ed), *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, L'Harmattan, 2001, p. 367

G. MARCOU, « Régulation et service public : les enseignements du droit comparé », in F. MODERNE, G. MARCOU(ed), *Droit de la régulation, services publics et intégration régionale*, L'harmattan, 2005, p. 11

J. MARIMBERT, « Les conditions de l'indépendance comme facteur de légitimité », in M-A. FRISON-ROCHE (ed), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences-Po et Dalloz, 2004, p. 83

W. MASTOR, « Loi fondamentale allemande », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 24 avril 2015 : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/loi-fondamentale-allemande/>

M-A. MATARDBONUCCI, « La « marche sur Rome », de l'image au signe : mémoire et mise en images officielles de l'événement », in C. DELPORTE et A. DUPRAT (ed), *L'événement : images, représentations, mémoire*, Grânes, Créaphis, 2003, p. 265

F. MELLERAY, « Léon Duguit », in F. MELLERAY, N. HAKIM, *Le renouveau de la doctrine française*, Dalloz, 2009, p. 215

F. MELLERAY, « Que sont devenues les écoles de Duguit ? », in F. MELLERAY (ed), *Autour de Leon Duguit*, Bruylant, 2011

A.S. MESCHERIAKOFF, « Léon Blum pionnier de la gestion privée du secteur public », in *Droit et économie. Interférences et interactions: Etudes en l'honneur du Professeur M. Bazex*, Litec, 2009

S. MIANNAY, « Le statut du Conseil supérieur de l'audiovisuel : texte et pratique de l'indépendance », in L. CALANDRI, S. REGOURD, *La régulation de la communication audiovisuelle*, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 33

- J-F.MISSIKA, « Les entreprises publiques de télévision et les missions de service public », Rapport de mission au ministère de la culture et de la communication, Décembre 1997, p. 16
- F. MODERNE, « Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public », in F. MODERNE, G. MARCOU, *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*, L'Harmattan, 2001, p. 43
- F. MODERNE, « Les missions d'intérêt général en droit comparé » in S. DECRETON (ed), *Service public et lien social*, L'Harmattan, 1999, p. 115
- L. NIZARD, « A propos de la notion de service public : Mythes étatiques et représentations sociales » in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 91
- T. PERROUD, « Recherche sur un fondement de la domanialité publique dans les pays de common law : la notion de public trust », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Marcou*, IRJS Editions, p. 951
- O. PFERSMANN, « Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux », in L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 4^{ème} ed, 2009, p. 86
- L. PHILIPP, « La valeur juridique de la Déclaration du 26 août 1789 selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Kayser*, 1979, t II, p. 317
- L. PHILIPP, « La valeur juridique de la Déclaration du 27 octobre 1946 », in *Mélanges dédiés à Robert Pelloux*, Hermès, 1980, p. 280
- L. PHILIPP, L. FAVOREU, « Etat d'urgence », in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2009, p. 473
- J-M. PONTIER, « Quelle liberté pour les arts et la culture », in M. CLAPIÉ, S. DENAJA, P. IDOUX, *Indépendances, Etudes offertes au Professeur Jean-Louis AUTIN*, Presses de la Faculté de Montpellier, 2011, p. 1474
- E. PUJADAS, « Télévision de qualité : thèmes et nouvelles perspectives », in F. JOST (ed), *Pour une télévision de qualité*, INA éditions, 2014, p. 34
- F. RANGEON, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946 », in G. Koubi, (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, CURAPP, PUF, 1996, p. 169
- J. RIVERO, « Hauriou et l'avènement de la notion de service public », in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 361
- J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 675
- J. RIVERO, « Etat de droit, Etat du droit », in *L'Etat de droit : Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 609
- J. RIVERO, « Les limites de la liberté » in *Liberté, Mélanges Jacques Robert*, LGDJ, 1998, p. 190
- S. RODRIGUES, « Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne, acquis et perspectives », in J-L.VICTOR, S.RODRIGUES (ed), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, p. 422

- P. SABBIONI, « Le service public et l'Etat de droit en Italie », in G. MARCOU et F. MODERNE (eds), *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, L'Harmattan, 2003
- J-M. SAUVE, « La régulation », Intervention lors des entretiens du Contentieux, Lundi 20 novembre 2017, en ligne
- B. SEILLER, « Acte administratif », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, n°339, 1^{ère} ed. 2003
- G. SIMON, « Les théories du service public, théories républicaines ? », in B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La République en droit français*, LGDJ, 2007, p. 201
- D. SORACE, « Régulation et démocratie politique : un point de vue italien », in M. LOMBARD, *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2005, p. 153
- D. SORACE, S. TORRICELLI, « Régulation et services d'utilité publique en Italie », in G. MARCOU, F. MODERNE, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, Tome 2 Expériences européennes, L'Harmattan, p. 348
- B. STIRN, « Droit public et droit de la concurrence », in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 555
- C. STOFFAËS, « Reprendre l'initiative et forger des alliances », in P.BAUBY et J-C.BOUAL (ed), *Les services publics au défi de l'Europe*, Les éditions ouvrières, 1993
- C. TEITGEN-COLLY, « Les autorités administratives indépendantes : histoire d'une institution », in C.-A. COLLIARD et G. TIMSIT [dir.], *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, 1988
- G. TIMSIT, « La régulation : naissance d'une notion », in G. TIMSIT, *Archipel de la norme*, PUF, 1997, p. 162
- G. TIMSIT, « Institution Notre Dame du Kreisker, mère de la régulation », in *Etat, loi, administration : Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos, Sakkoulas*, Bruylant, 1998, p. 441
- M. TOUZEIL-DIVINA, « Eloka, sa colonie, son wharf, son mythe ... mais pas de service public? », in S. KODJOGRANVAUX, G. KOUBI(dir), *Droit et colonisation*, Bruylant, 2005, p. 309
- D. TRIANTAFYLLOU, « Les mutations de la notion de service public en droit comparé », in *Services publics et communauté européenne : entre intérêt général et marché*, Actes du colloque Strasbourg des 17 et 19 octobre 1996, sous la direction des Professeurs Simon et Kovar, La documentation française, Travaux du CEDECE/IRENE, tome 1, Paris, 1998 p. 54
- M. TROPER, Entrée « Interprétation », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 845
- D. TRUCHET, « Les missions et pouvoirs du CSA », in L. CALANDRI, S. REGOURD, *La régulation de la communication audiovisuelle*, Institut universitaire Varenne, 2015, p. 43
- P. VAN GEHUCHTEN, « La notion d'entreprise publique selon la doctrine et la jurisprudence de la Cour et la fonction de l'article 90 CEE », in *Interventions publiques et droit Communautaire*, Pedone, 1988, p. 112
- G. VEDEL, « Préface », in J-J. ISRAEL, *La régularisation en droit administratif français*, thèse, LGDJ, 1981, p. II

G. VEDEL, « La place de la Constitution dans le bloc de constitutionnalité », Colloque du Bicentenaire, « La déclaration des droits de l'Homme et la jurisprudence », Conseil Constitutionnel, 25 et 26 mai 1989

G.VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », in T.MARSHALL (éd.), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel*, Éditions de l'Espace européen, 1992, p. 311

J-C.VENEZIA, « La naissance de la notion de service public », in G. GUGLIELMI, *Histoire et service public*, PUF, 2004, p. 166

Y. VILLAIN, « Légitimité des autorités de régulation indépendantes : des incertitudes originelles à la confirmation de leur insertion dans le système politico-administratif français », in G. MARCOU, J. MASING, *Le modèle des autorités de régulation indépendantes en France et en Allemagne*, LGDJ, 2011

R. WALLSTEIN, « Télécommunications. Histoire », in Encyclopaedia Universalis, en ligne

1.3.2 Articles non juridiques

T. ADORNO, M. HORKHEIMER, « La production industrielle de biens culturels », in *La dialectique de la raison*, Gallimard, 1974

S. BARREAU-BROUSTE, « Le documentaire télévisé : les enjeux d'une définition controversée » in *E-dossier : le documentaire, un genre multi-forme*, INA, 2013

P. CHARAUDEAU, « De l'argumentation entre les visées d'influence de la situation de communication », in C. BOIX (ed), *Argumentation, Manipulation, Persuasion*, L'Harmattan, Paris, 2007

E. CINTRA-TORRES, « Comprendre et dépasser les difficultés de l'évaluation académique de la qualité à la télévision », in F. JOST (ed), *Pour une télévision de qualité*, INA éditions, 2014, p. 43

E. COHEN, « Télévision, pouvoir et citoyenneté », in M-F. Lévy, *La télévision dans la République. Les années 50*, éditions Complexe, 1999, p. 32

E. COHEN, « L'information entre contrôle, censure et liberté. 1954-1974 », in E. COHEN, M-F. LÉVY, *La télévision des Trente glorieuses. Culture et politique*, CNRS éditions, 2007, p. 20

É. DURKHEIM, « Qu'est ce qu'un fait social ? », in É. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 1895

H. ECK, « A la recherche d'un art radiophonique », in J-P. RIOUX (ed), *La vie culturelle sous Vichy*, 1999, p. 269

J. HABERMAS, « La souveraineté populaire comme procédure », in C. GIRARD et A. LE GOFF, *La démocratie délibérative, anthologie de textes fondamentaux*, Herman, 2010

S. HEINE, « Patriotisme constitutionnel » in DicoPo, en ligne : <http://www.dicopo.fr/spip.php?article94>

D. JODELET, « Représentations sociales : un domaine en expansion », in D. JODELET, *Les représentations sociales*, PUF, 2003, p. 45

F. JOST, « Comment parler de la qualité », in F. JOST (ed), *Pour une télévision de qualité*, INA, 2014, p. 11

E. KANT, « Lettre à Marcus Herz du 21 février 1772 », citée par H. ARENDT, *Juger, Conférences sur la philosophie politique de Kant*, Seuil, 1991, p. 71

P. ORY, « La vie culturelle sous Vichy : ruptures et continuités », in J-P, RIOUX (ed), *La vie culturelle sous Vichy*, p. 225

D. PASQUIER, « Les travaux sur la réception. Introduction », in P. BEAUD, P. FLICHY, D. PASQUIER, L. QUERE, *Sociologie de la communication*, Réseaux-CNET, p. 735

D. PASQUIER, « Télévision et apprentissages sociaux : les séries pour adolescents », in P. BEAUD (ed), *Sociologie de la communication*, Réseaux-CNET, p. 811

I. REPITON, « Le documentaire cherche sa voie dans un paysage télévisuel mutant », in *E-dossier de l'audiovisuel : le documentaire, un genre multiforme*, INA, 2013

T. SCHMITT « Le cinéma documentaire à la télévision », in Laurent Creton (dir), *Le Cinéma à l'épreuve du système télévisuel*, Paris, CNRS Édition, 2002, p. 208

B. VALADE, « L'ARCHÉOLOGIE DU SAVOIR, livre de Michel Foucault », in *Universalis éducation* <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/l-archeologie-du-savoir/>

1.4 Articles de presse

C. DURIEUX, « La RTF, une mineure de trente-huit ans », *Le Monde*, 1er, 2, 3 mars 1960

P-R. WOLF, *Le Monde*, 23 mai 1964

A. GROSSER, « La télévision que nous méritons », *Le Monde*, 28 octobre 1973

M. DUVERGER, « La France sans lois », *Le Monde*, 14 novembre 1973

M. DURIEUX, « La télévision « indépendante » arrive ... », *Le Monde*, 13 et 14 juin 1974

M. CHIRAC, Premier Ministre, à la sortie du conseil des Ministres du 3 juillet 1974, *Le Monde*, 4 juillet 1974

P. NOGUERA, « Entre les monopoles et le service public », *Le Monde*, p. 27 juillet 1982

P-A. GAY, « Après les déclarations de Mme Catherine Tasca et de M. Bertrand Labrusse La C.N.C.L. en état de crise », *Le Monde*, 25 septembre 1987

J-F. LACAN, « Selon M. Roger Bouzinac, Les chaînes n'ont pas respecté leurs engagements en matière de publicité », *Le Monde*, 15 décembre 1987

J-F. LACAN, « Dans son premier rapport annuel La CNCL demande les moyens de poursuivre sa mission », *Le Monde*, 12 janvier 1988

J-F. LACAN, « La Cinq et M6 devant leurs juges », *Le Monde*, 26 mars 1988

J-F. LACAN, « La Cinq et M 6 devant la C.N.C.L. Des bilans médiocres une sanction encore hypothétique », *Le Monde*, 27 mars 1988

J. LANG : « Déclaration du gouvernement », Doc. Ass. Nat., n°651, seconde session ordinaire 1988-1989 », p. 3

J. BAUDRIER, « CNCL, dommage... », Le Monde, 23 décembre 1988

La lettre du CSA, n°1, octobre 1989, p.17

Le Monde, « ARTE, la culture et la télévision » édition du 23 septembre 1992

P. LE GASQUET, « France Télévision: Jean-Pierre Elkabbach tente de désamorcer la crise », Les Echos, 9 mai 2005 en ligne : https://www.lesechos.fr/09/05/1996/LesEchos/17144-083-ECH_france-television--jean-pierre-elkabbach-tente-de-desamorcer-la-crise.htm#xtE7VT0IrdKo22t5.99

A. MIRLESSE, A. ANGLADE, « Quelle politique culturelle pour la France ? », Débat HEC-ENS à l'École Normale Supérieure, 26 avril 2006, En ligne, p. 9

La lettre du CSA, n°197, juillet 2006, p. 22

La lettre du CSA, n°199, octobre 2006, p.19

La lettre du CSA, « Quelles exigences pour la télévision publique », mars 2008, n° 214

P. BOLLON, « Le « storytelling », ou l'art du mensonge ? », *Le Magazine Littéraire*, no 471, 1er janvier 2010, p. 24–25

J. XAVIER-DE-LESTRADE, "Le documentaire télévisé ne s'arrête plus sur les silences", Le Monde, 07 mars 2012

L. VERAY, « Apocalypse, une manipulation de l'histoire qui tourne à la manipulation », *Télérama*, 25 mars 2014, en ligne : <https://www.telerama.fr/television/apocalypse-une-modernisation-de-l-histoire-qui-tourne-a-la-manipulationselon-l-historien-laurent-veray,110388.php>

M. HINTERMANN : « France Ô ne doit pas être la bonne conscience de France Télévisions », *Propos* recueillis par Emmanuelle Skyvington, *Telerama*, 15 avril 2014

L. MAUDUIT, « France Televisions : la désignation de la PDG entachée d'irrégularité » in *Mediapart*, 16 Mai 2015

A. PIQUARD, « La nomination de D. Ernotte fait grincer des dents », Le Monde, en ligne http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2015/04/30/la-nomination-de-delphine-ernotte-fait-toujours-grincer-desdents_4625676_3236.html#eAROfTBrqapTMlYj.99

CSA, Baromètre de la diversité, *Vague* 2015, 12 octobre 2015, en ligne <http://www.csa.fr/Etudes-et-publications/Les-observatoires/L-observatoire-de-la-diversite/Les-resultats-de-la-vague-2015-du-barometre-de-la-diversite-a-la-television>

A. DELCAMBRE et A. PIQUARD, « France TV : Le Conseil d'Etat valide la nomination de Delphine Ernotte », Le Monde, 3 février 2016, en ligne : http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2016/02/03/france-tv-le-conseil-d-etat-valide-la-nomination-de-delphine-ernotte_4858798_3236.html#jWxjU6jvleLGyRr.99

P. BERNARD, « La BBC sauve son indépendance et sa redevance », Le Monde, 13 mai 2016

I. BOITTE, « Un village français, une fiction qui résiste aux clichés », *Telerama*, 10 novembre 2017

C. HERZOG, « La série de France 3 « Plus belle la vie » aborde la question de la transidentité », *Le monde*, 9/03/2018, en ligne

A. DASSONVILLE, « “Macron président, la fin de l’innocence”... et de tout sens critique », *Télérama*, 7 mai 2018.

M. DELAHAYE, « Un village français, des personnages pris dans le chaos de l’occupation », *Le Monde*, 21 décembre 2018

2. Bibliographie en anglais

2.1 Ouvrages

2.1.1 Ouvrages juridiques

J.W.F. ALLISON, *A continental distinction in the Common law, a historical and Comparative Perspective on English Public Law*, OUP, 2nd ed, 2000

G. AMATO, *Antitrust and the bounds of power*, Hart Publishing, 1997

K. BACON (dir.), *European Community Law of State Aid*, OUP, 2009

R. BALDWIN, *Regulation and public law (law in context)*, Weidenfeld & Nicolson, 1987

R. BALDWIN, C. SCOTT, C. HOOD (ed), *A Reader on regulation*, Oxford University Press, 1998

E. BARENDT, *Broadcasting law, a comparative study*, Clarendon Press, 1993

E. BARENDT, *Freedom of speech*, Oxford University Press, 2007

C. E. BAKER, *Human liberty and freedom of speech*, Oxford university Press, 1989

S. BAUME, *Hans Kelsen and the case for democracy*, ECPR Press, 2012

C.A. BEARD, *The Office of Justice of the Peace in England in Its Origin and Development*, Columbia University Press, 1904

M.E. BEESLEY, *Privatization, regulation and deregulation*, Routledge, 1997

L. BEKEMANS, *Culture : Building Stone for Europe 2000, reflections and perspectives*, The Bruges conference, Europe interuniversity Press, Brussels, 1994

J. BENTHAM, *A fragment on government*, 1776

J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Athlone, 1970

W. BERKA, H. TRETTER, *Public service media under article 10 of the Convention of Human Rights*, Study on behalf of the European Broadcasting Union, 2003, European Broadcasting Union, Genève

W. BEVERIDGE, *Social insurance and allied services*, London HM50, Cmd 6404, 1942

SIR W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*

P.M. BLAIR, *Federalism and Judicial Review in West Germany*, Oxford University Press, 1981

J. BOURGEOIS, D. WAELBROECK, *Ten years of effect-based approach in EU Competition Law*, Bruylant, 2012

A.W. BRADLEY, K.D. EWING, *Constitutional law and administrative law*, 15th ed, Pearson, 2011

C. CARR, *Concerning English Administrative Law*, Oxford University Press, 1941

S. CASSESE, *The difficult profession of Minister of Public administration*, European University Institute, 1995

P. CRAIG, *Administrative Law*, Oxford University Press, 7th ed, 2012

R. CRANSTON, *Legal foundations of the Welfare State*, Weidenfeld and Nicholson, 1985

R. CRAUFURD-SMITH, *Broadcasting law and fundamental rights*, Clarendon Press, 1997

D. CROTEAU, W. HOYNES, *The business of media. Corporate media and the public interest*, Pine Forge Press, 2001

R. DAVID, *English law and French Law*, Stevens and Son, 1980

H. DAVIS, *Political Freedom, Associations, Political Purposes and the law*, Continuum, London and New-York, 2010

D. DAYAN and E. KATZ, *Media Events*, London, Harvard University Press, 1992

A.J. DE GRAND, *Fascist Italy and nazi Germany : The fascist style of rule*, Routledge, 1995

S.A. DE SMITH, *Judicial Review of Administrative Action*, Oceana Publications, 1959

A-V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, E. C. S. Wade (ed), Macmillan, 10th ed, 1959

G.R. ELTON, *The Parliament of England 1559–1581*, Cambridge University Press, 1986

R. EMERSON, *State and Sovereignty in Modern Germany*, New-Haven, 1928

D. FELDMAN (ed), *English Public Law*, Oxford University Press, 2nd édition, 2009

V. FLINDERS, M.J. SMITH (ed), *Quangos, Accountability and Reform*, Macmillan, 1999

M. FREEDLAND (ed), *Public Services and Citizenship in European Law*, Clarendon Press, 1998

C.D. FOSTER, *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, Blackwell, 1992

D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe*, Oxford University Press, 2001

D. J. GERBER, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford University Press, 2010

- T. GIBBONS, *Regulating the media*, Sweet and Maxwell, 1998
- J.H. GLEASON, *The justices of the peace in England, 1558 to 1640 : a later Eirenarcha*, Clarendon Press, 1969
- G.L. GOMME, *Lectures on the principles of local government: delivered at the London School of Economics*, Westminster, A. Constable, 1897
- T.R. GOURISH, *British Railways 1948-1973 : A business history*, Cambridge University Press, 1986
- C. GRAHAM, T. PROSSER, *Waiving the rules : the Constitution under Thatcherism*, Philadelphia, 1988
- C. GRAHAM, T. PROSSER, *Privatizing public enterprises*, Clarendon Press, 1991
- J.A. G. GRIFFITH, H. STREET, *Principles of administrative law*, 1952
- LORD HALE, *Collection of tracts relative to the Law of England*, edited by T. WRIGHT, 1787
- D. HALLIN, P. MANCINI, *Comparing Media Systems. Three Models of Media and Politics*, Cambridge University Press, 2004
- I. HARDEN, *The contracting State*, Open university Press, 1992
- C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and administration*, Cambridge University Press, 200
- E. HENDERSON, *Foundations of English Administrative Law*, Harvard University Press, 1963
- P. HOLLAND, *The gouvernance of QUANGO's*, Adam Smith Institute, 1991
- S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The costs of rights : Why liberty depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, 1999
- A. HUDSON, *Equity and trusts*, Routledge-Cavendish, 6th ed, 2010
- LORD HUTTON, *Report of the Inquiry into the Circumstances Surrounding the Death of Dr David Kelly C.M.G. by Lord Hutton*, The Stationary Office, 2004
- U.W. KITZINGER, *The politics and economics of European integration Britain, Europe and the United States*, Praeger, 1961
- P. LEGRAND, R. MUNDAY (eds), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003
- L. LESTER, L. PANNICK, J. HERBERG, *Human rights law and Practice*, 3ème édition, Lord Lester QC, Lord Pannick QC and Javan Herberg, Blackstone Chambers, 2009
- R. MACRORY, *Regulation, Enforcement and Governance in Environmental Law*, Cameron May, 2008
- F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge University Press, Reprint, 1955
- F.W. MAITLAND, *The forms of action at Common Law : a course of lectures*, 1st ed, 1909
- T.H. MARSHALL, *Citizenship and social Class and others essays*, Cambridge University Press, 1950

- G. MARSHALL, *Constitutional Theory*, Clarendon Press, 1971
- H. MORRISON, *Socialisation and Transport : the Organisation of Socialised Industries with Particular Reference to the London Passenger Transport Bill*, Hardover, 1933
- W.B. MUNRO, *The makers of the unwritten Constitution*, Littleton, Colo, Fred B. Rothman & Co, 1930, republié en 1982,
- N. NIC SHUIBHNE, *Minority Language Policy: Culture, Citizenship and Fundamental Rights*, Kluwer, 2002
- A. OGUS (ed), *Regulation, Economics and the Law*, Edward Elgar Publishing, 2001
- A. OGUS, *Regulation : Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, 2004
- D. OLIVER, *Common values and the public-private divide*, Butterworths, 1999
- D. OLIVER, *Constitutional reform in the UK*, Oxford University Press, 2003
- D. OLIVER, T. PROSSER, R. RAWLINGS, *The regulatory State*, Hardback, 2010
- V.B. OSBORNE, *Justices of the peace, 1361-1848: a history of the justices of the peace for the counties of England*, Sedgehill Press, 1960
- B. PAULU, *Télévision and Radio in the United Kingdom*, Macmillan, 1981
- A. PEACOCK, *Public service Broadcasting without the BBC*, Institute of Economic Affairs, 2004
- R. POSNER, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2e edition, 2001
- N. POSTMAN, *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*, 1985, Traduction française : *Se distraire à en mourir*, Nova, 2010
- B. POTTER WEBB, S. WEBB, *Machinery of Government Report*, Cmnd 9230, 1918
- T. PROSSER, *Law and the regulators*, Oxford University Press, 1997
- T. PROSSER, *The limits of Competition Law : Markets and Public services*, Oxford University Press, 2005
- R.A.W. RHODES (ed), *Transforming British Government*, Macmillan, 2000
- D. ROBERTS, *Victorian Origins of the British Welfare State*, Yale University Press, 1960
- R. ROBSON, *Nationalised industry and Public ownership*, 2nd edition, Allen and Unwin, 1962
- G. SAMUEL, *An introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart Publishing, 2014
- G.O. SAYLES, *The King's Parliament of England*, Hodder & Stoughton Educational, 1975
- S. SKOWRONEK, *Building a new American State, 1877-1920*, Cambridge University Press, 1982
- P. SLACK, *Poverty and Policy in Tudor and Stuart England*, Longman, 1988

- A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence*, Monday March 28, 1763, Glasgow Edition of the Works and Correspondence
- C. STEPHENSON et F.G. MARCHAM, *Sources of English Constitutional History, A Selection of Documents from A.D. 600 to the Interregnum*, vol. I, Harper & Row, 1972
- N. STEVENSON, *Cultural citizenship : Cosmopolitan questions*, Open University Press, 2003
- E. STEYGER, *National Traditions and European Community Law*, Dartmouth, 1997
- M. SULLIVAN, *The development of the British Welfare State*, Prentice Hall, Harvester Wheatsheaf, 1996
- V. TURNER, *The ritual process*, Routledge and Kegan Paul, 1969
- C. TURPIN, *British government and the Constitution*, Butterworths, 3ème ed, 1995
- P. VEAUMONT, G. MOIR, *The European Communities (Amendment) Act 1993 with the Treaty of Rome (As Amended), Text and Commentary*, Sweet & Maxwell, 1994
- H.W.R. WADE, C.F FORSYTH, *Administrative law*, Oxford University Press, 11th ed,
- G. WEDELL, *Broadcasting and Public Policy*, 1968
- E. ZOLLER, *Introduction to public law : a comparative study*, Martinus Publisher, 2009
- K. ZWEIGERT, et H. KOTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 2nd ed, Oxford University Press, 1987

2.1.2 Ouvrages non juridiques

- V. ADAMS, *The Media and the Falklands Campaign*, Macmillan, 1986
- I. ANG, *Desperately seeking the audience*, Routledge, 1991
- C. E. BAKER, *Cultural studies : Theory and practice*, Sage, 2000
- C. E. BAKER, *Media, Markets and Democracy*, Cambridge university Press, 2002
- S. BARNETT, I. GABER, *Westminster Tales: The Twenty-first Century Crisis in Political Journalism*, Continuum, 2001
- J. BLUMLER, *Television and the public interest, Vulnerable values in West european brodacastings*, Sage, 1992
- P. BONNER et L. ASTON, *Independent Television in Britain*, vol.5, *ITV and the I.B.A. 1981-92 : the old relationship changes*, Macmillan, 1998
- A. BRIGGS, *The History of Broadcasting in the United Kingdom, Volume I: The Birth of Broadcasting*, Oxford University Press, 1995
- T. BURNS, *The BBC, Public institution and private World*, London, Macmillan, 1977
- D. BUTLER et D. KAVANAGH, *The British General Election of 1997*, Macmillan, 1997

- A. CRISELL, *An Introductory History of British Broadcasting*, Routledge, 1997
- N. GARNHAM, *The Media and the public sphere*. The MIT Press, 1992
- N. GARNHAM, *Emancipation, the media and Modernity*, Oxford, 2000
- J. CURRAN et J. SEATON, *Power without responsibility*, Routledge, 7th ed, 2010
- P. DAHLGREN, *Television and the Public Sphere*, Sage, 1995
- J. DOVEY, *Freakshow: First Person Media and Factual Television*, Pluto Press, 2000
- A. GIDDENS, *Modernity and self-identity*, Polity Press, 1991
- G. W. GOLDIE, *Facing the Nation : Television and politics ,1939-1976*, The Bodley Head, 1983
- P. GOODWIN, *Television Under the Tories: Broadcasting Policy 1979-1997*, British Film Institute, 1998
- A. GRAHAM, G. DAVIES, *Broadcasting society and policy in the multimedia age*, University of Luton Press, 1997
- R. HOGGART, *The Uses of Literacy: Aspects of Working Class Life*, Chatto and Windus, 1957
- P-J. HURLEY, *A Concise Introduction to Logic*, Cengage Learning, 2007
- B. JACKSON, D. MARSDEN, *Education and working class*, Rutledge & Kegan Paul, 1962
- F. JAMESON, *Postmodernism or the cultural Logic of Late Capitalism*, Verso, 1991
- D. JARY, J. JARY (ed) *Dictionnary of Sociology*, Harper Collins, 1991
- W. KYMLICKA, *Multicultural citizenship : A liberal theory of Minority Rights*, OUP, 2005
- P. LAZARFELD, I. KATZ, *Personal influence. The part played by people in the flow of mass communications*, The Free Press, 1955
- M. LEAPMANN, *The last days of the Beeb*, Coronet books, 1987
- R.G. LIPSEY, K.A. CHRYSTAL, *Principles of economics*, OUP, 1999
- T. LOWI, *The end of liberalism, ideology, policy and the crisis of public Authority*, Northon et Co, 1969
- V. LUTZ, *Italy: A Study in Economic Development*, OUP, 1962
- H. MATHESON, *Broadcasting*, Butterworth, 1933
- M. McLUHAN, *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, University of Toronto Press, 1962 Traduction française : *La galaxie Gutenberg : la genèse de l'homme typographique* (trad. Jean Paré), HMH, 1967.
- M. McLUHAN, *Understanding Media: The extensions of man*, 1964, Traduction française : *Pour comprendre les médias*, Points seuil, 2015
- D. McQUAIL, *Media Performance, Masscommunication and the public interest*, SAGE, 1992

- D. McQUAIL, *Mass communication theory*, SAGE, 2010
- T. MILLER, *The well-tempered self : citizenship, culture, and the postmodern subject*, John Hopkins University Press, 1993
- T. MILLER et G. YUDICE, *Cultural policy*, SAGE, 2002
- C. MOUFFE, *Dimensions of radical democracy, Pluralism, Citizenship, Community*, Verso, 1992
- A. RATTANSI, *Multiculturalism : A very short Introduction*, Oxford University Press, 2010
- J.C.W. REITH, *Broadcast over Britain*, Hodder and Stoughton Limited, 1924
- J.C.W. REITH, *Into the Wind*, Hodder&Stoughton, 1949
- P. SCANELL, D. CARDIFF, *A Social History of British Broadcasting*, Blackwell, 1991
- P. SCANELL, *Radio, Television and Modern life*, Blackwell, 1996
- M. SCANELL, *Designer Politics: How Elections Are Won*, Macmillan, 1995
- R. SCOTT, *The Working Party on New Technologies*, Broadcasting Research Unit, 1983
- LORD SIMON, *The BBC from within*, V.Gollancz, 1953
- A. SMITH, *Television and political life. Studies in six European countries*, Macmillan, 1979
- S. STREET, *A concise history of British Radio, 1922-2002*, Kelly Publications, Devon, 2002
- M. THATCHER, *The downing street Years*, Harper Collins 1995
- J.B. THOMSON, *Political scandal : Power and visibility in the Media Age*, Polity Press, 2000
- M. TRACEY, *The decline and the fall of Public service Broadcasting*, Oxford University Press, 1998
- J. TULLY, *Strange Multiplicity*, Cambridge University Press, 1995
- W. WENDERS, *Emotion Pictures*, L'arche, 1987
- W. WHITELAW, *The Whitelaw Memoirs*, The Aurum Press, 1989
- V. R. WILLIAMS, *Communications*, Chatto & Windus, 1966
- H. YOUNG, *One of us : Life of Margaret Thatcher*, 1989

2.2 Articles de revue

2.2.1 Articles juridiques

- T.R.S. ALLAN, « *Legislative supremacy and the rule of law : Democracy and constitutionalism* », *The Cambridge Law Journal*, 1985(1), p. 112

- M. AMSTRONG, « Public service broadcasting », *Fiscal Studies*, 2005(26), p. 281
- B. BAKER, « The welfare state : objectives, subordinate principles and justifying principles », *ARSP*, 1995(58) *Law, justice and the State*,
- N. BAMFORTH, « Parliamentary sovereignty and the Human Rights Act 1998 », *Public Law*, 1998, p. 572
- N.W. BARBER, « Must legalistic conception of the Rule of Law have a social dimension? », *Ration Juris*, 2004(17), p. 484.
- E. BARENDT, « The influence of the German and Italian constitutional courts on their national broadcasting system », *Public Law*, 1991, p. 94
- E. BARENDT, « Legal aspects of BBC's charter renewal », *The political Quarterly*, 1994, p. 20
- A. BARTOSCH, « The financing of Public service broadcasting and EC State Law : an interim balance », *European Competition Law Review*, 20(4), p. 197
- A.F. BAVASSO, « Public service broadcasting and state aid rules: between a rock and a hard place, *European law review* », 2002, p. 340
- J. BEATON, « “Public” and “Private” in English administrative Law », *L.Q.R.*, 1987 (34), p. 103
- J. BLACK, « Critical reflexions on regulation », *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002(27), p. 1
- G. BORN, T. PROSSER, « Culture and consumerism : Citizenship, Public Service broadcasting and the BBC's fair trading obligations », *Modern Law Review*, 2001, Vol 64, p. 657
- C. H. BOVIS, « Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection ? », *European Law Journal*, 2005(1), p. 79
- P. BRAND, « Petitions and Parliament in the Rein of Edward I », *Parliamentary History*, 2004(1), p. 14
- S. BRITTAN, « The fight for freedom in Broadcasting », *Political Quarterly*, March 1987, 58(1)
- W.J. BROWN « The jurisprudence of M. Duguit », *Law Quarterly review*, 1916 (32) p. 168
- R. BUTLER, « Managing the new public service towards a new framework ? », *Public policy and management*, 1992(7) n° 3, p. 1
- C. CAMPBELL, « The nature of power as public in English Judicial Review », *Cambridge Law Journal*, 2009, p. 90
- R.A. CHAPMAN, « The first Nolan Report on Standards in Public life », *Teaching Public administration*, 1995(2), p. 1
- R. COLLINS, « Back to the Future: Digital Television and Convergence in the United Kingdom », *Telecommunications Policy*, 1997, 22(4/5), p. 383
- P. CRAIG, « Constitution, property and regulation », *Public Law*, 1991, p. 538

- P. CRAIG, « Formal and substantive conception of the rule of law – an analytical framework », *Public Law*, 1997, p. 367
- R. CRAUFURD-SMITH, « State support for Public Service Broadcasting : The position under community Law », *Legal issues of economic integration*, 2001, 28(1), p. 3
- R. CRAUFURD-SMITH, « From heritage conservation to cultural identity : article 151 and the multi-faceted nature of Community cultural policy », *European Law Review*, 2007, p. 48
- K. CRENSHAW, « Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color », *Stanford Law Review*, 1991, vol. 43, no 6, p. 1241
- S. DEAKIN, S. PRATTEN, « Reinventing the Market? Competition and Regulatory Change in Broadcasting », *Journal of Law and Society*, vol. 26, n°3, sept. 1999, p. 323
- S. DEPYPERE, J. BROCHE, N. TIGCHELAAR, (Directorate-General Competition, unit H-3) « State aid and broadcasting: state of play », *Competition Policy Newsletter*, Spring 2004, p. 71
- S.A. DE SMITH, « The prerogative writs », *Cambridge Law Journal*, 1951, p. 40
- S.A. DE SMITH, « Wrongs and remedies in Administrative Law », *Modern Law Review*, 1952, p. 189
- A.V. DICEY, « *Droit administratif* in modern French law », *LQR*, 1901 (18) p. 302
- A.V. DICEY, « The development of administrative law in England », *LQR*, 1915 (31) p. 148
- K.D. EWING, « Social Rights and Constitutional Law », *Public Law*, 1999, p. 104
- K.D. EWING, « Constitution and Human Rights : an unfinished business? », *European Law Review*, Vol 5, p. 297
- S. ECKERT, « Between commitment and control: varieties of delegation in the European postal sector », *Journal of European Public Policy*, 2010, vol. 17 n° 8, p. 1231-1252
- C-D. ELHERMAN, « The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market », *Competition market law review*, 1992, p. 257
- H. FINER, « State activity before A. SMITH », *Public administration*, 1932, p. 157
- M.S. FOWLER, D.S. BRENNER, « A Marketplace Approach to Broadcast Regulation », *Texas L.Rev.* 198 (60), p. 207
- G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons : Re-thinking Comparative Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 26, 1985, p. 414
- S. FREDMAN, G.S. MORRIS, « The costs of exclusivity : public and private reexamined », *Public Law*, 1994, p. 69
- D.J. GERBER, « the transformation of European Community competition law », *Harvard international law journal*, Vol. 35/1, 1994, p. 97
- C. GRAHAM, « Privatization - The United Kingdom Experience (Symposium: Comparative Models of Privatization: Paradigms and Politics) », *Brooklyn Journal of International Law* 1995-1996(21), p. 207

- E. GROMNICKA, « Services of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices ? », *European Public Law*, 2005(3), p. 429
- R. HAMBLETON, P. HOGETT, F. TOLAN, « The decentralization of public services, a research agenda », *Local Government studies*, 1989 (15)1, p. 39
- R. HARISALO, « Powershift in democracy, Public services and local government », *Local government studies*, 1991 (1), p. 16
- M. HARKER, « The transformation of public broadcasting : Public service broadcasting, the BBC and the distortion of new medias markets », *Northern Ireland Legal Quarterly* 2011, 62 (4), p. 553
- J. HARRISON, « Interactive Digital Television and the Expansion of the Public Service Tradition », *Communications Law*, 8/6, 2003, p. 401
- S. HARVEY, « Ofcom's first year and neoliberalism's blind spot: attacking the culture of production », *Screen*, 2006/1, p. 91
- F. HEADY, « The Reorganization Act of 1949 », *Public Administration Review*, Vol. 9, No. 3, Summer, 1949
- S. HEARST, « The development of cable systems and services », *Political Quarterly*, volume 54, 1983, pp. 387-392
- D. HESMONDHALGH, « Media and cultural policy as public policy », *International Journal of Cultural Policy*, vol. 11(1), p. 95
- W.A.S. HEWINS, « The Regulation of Wages by the Justices of the Peace », *The Economic Journal*, 1898 Vol. 8,(31)
- B. W. HOOGWOG, « The 'Growth' of Quangos : Evidence and Explanations », *Parliamentary Affairs*, 48(2), p. 207-225
- E. JENKS, « The prerogative writs in English Law », *Yale Law Journal*, 1923, p. 523
- T. H. JONES, « The Deregulation of Broadcasting », *The Modern Law Review*, 1989(52), p. 380
- J. JOWELL, « Is equality a constitutional principle ? », *Current Legal Problem*, 1994(47), p. 1
- H. KALVEN, « Broadcasting, Public Policy and the First Amendment », *Journal of Law and Economics*, 1967(10), p. 15
- G.L. KASKINS, « The petitions of representatives in the Parliament of Edward I », *The English historical review*, 1938(209), p. 1
- T. KOOPMANS, « The Role of Law in the Next Stage of European Integration », *International and comparative law Quarterly* (35), p. 925
- H. KOTZ, « Comparative law in Germany today », *RIDC*, 1999, p. 53,

- M. KRAJEWSKI, « Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle? », *EPL*, Volume 14, Issue 3, 2008, p. 377
- V. KORAH, « From Legal Form Toward economic efficiency Article 85(1) of the EEC Treaty in contrast to U.S. Antitrust », *Antitrust Bull*, 1990(35), p. 1009
- P. LEGRAND : « European Legal Systems are not Converging », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, p. 52
- N. LEWIS, « The citizen's charter and next step : a new way of governing », *Political Quarterly*, 1993
- S. LIVINGSTONE, P. LUNT, L. MILLER « Citizens and consumers: discursive debates during and after the Communications Act 2003 », *Media Culture Society*, 29(4), p. 613
- S. LIVINGSTONE, P. LUNT, « Representing Citizens and Consumers in Media and Communications Regulation », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* may 2007, n° 611, p. 51
- D. LLOYD, « Some comments on the British Television Act, 1954 », *Law and contemporary Problems*, 1958(25) Winter Issue, p. 165
- B. Mc ALLISTER, « Lord Hale and business affected with a public interest », *Harvard Law Review*, 1930, p. 766
- L.A. Mc NOIR, « The functions and differing legal character of treaties », *British Yearbook of international law*, 1930
- I. MAHER, « Juridification, codification and sanction in UK competition law », *Modern law review*, 2000(63), p. 544
- G. MAJONE, « The Rise of the Regulatory State in Europe », *West European Politics*, 17(3), p. 77
- G. MAJONE, « From the positive to the regulatory State : Causes and consequences of changes in mode of gouvernante », *Journal of Public Policy*, 1997, 17(2), p. 139
- G. MAJONE, « The development of social regulation in the European Community : Policy externalities, Transaction Costs, Motivational Factors », *Working paper*, European University Institute, SPS, n° 95/2, 1995
- G. MAJONE, « The Regulatory State and its Legitimacy Problems », *West European Politics*, vol. 22, n° 1, 1999, p. 1-24
- G. MARSHALL, « The Frank report on Administrative tribunals and enquiries », *Public Administration*, 1957 (35)4
- G.P. MILLER, « Independent agencies », *The supreme Court review*, 1986, p. 41
- E.M. MOAM, « Broadcasting in Italy : an overview », *Columbia Journal of World Business*, Fall 1987, p. 19
- M. MORAN, « The rise of the regulatory State in Britain », *Parliamentary affairs*, 2001, p. 19

- C. MUNRO, G.R. SULLIVAN, « The Committee on the Future of Broadcasting », *The Modern Law Review*, vol. 40, July 1977, p. 463
- T. B. NACHBAR « Monopoly, Mercantilism, and the Politics of Regulation », *Virginia Law Review*, 2005, 91(6), p. 1313
- S. NIKOLTCHEV, « European Backing for Public Service Broadcasting, Council of Europe Rules and Standards », *IRIS Special, The Public Service Broadcasting Culture*, 7-15 (12)
- D. OLIVER, « The frontiers of the State : Public authorities and Public functions under the HRA », *Public Law*, 2000, p. 476
- D. PARKER, « Regulation of privatized public utilities in the UK : performance and governance », *The international journal of Public Sector Management*, (1999), p. 213
- M.E. PRICE, « The market for loyalties : Electronic media and the global competition for allegiances », *Yale Law Journal*, 1994, p. 667
- T. PROSSER, « Public Service Broadcasting and Deregulation in the UK », *European Journal of Communication*, vol.7, 1992, p. 1773
- T. PROSSER, « The state, constitutions and implementing economic policy: Privatization and regulation in the UK, France and the USA », *Social & Legal Studies*, 1995, n°4, p. 507
- T. PROSSER, « Social limits to privatization », *Brooklyn Journal of International Law*, 1995 (21), p. 213
- T. PROSSER, « Privatization's unexpected offspring », *Law and contemporary Problems*, 2000 (63)4, p. 63
- T. PROSSER, « Competition law and Public Services : From single Market to Citizenship rights ? », *European Public Law*, 2005 (11)4, p. 543
- T. PROSSER et G.BORN, « Culture and consumerism and the BBC fair treaty obligations », *Modern Law Review*, Septembre 2001, Vol 64(5)
- R-L. RABIN, « Federal regulation in historical perspective », *Standford Law Review*, 1986, Vol. 38, p. 1189
- P. RAMSEY, « Public service broadcasting and the public sphere, Normative arguments from habermasian theory », *Networking Knowledge: Journal of the MeCCSA-PGN*, 2010, Vol 3 n° 2
- P. RAMSEY, « Commercial Public Service Broadcasting in the United Kingdom: Public Service Television, Regulation, and the Market », *Television & new media*, 2017/7, p. 639
- J. RAZ, « The rule of law and its virtue », *LQR*, 1977 (93), p. 195
- H. RIETER, M. SCHMOLZ, « The ideas of German Ordoliberalism 1938-45: pointing the way to a new economic order », *European Journal of the History of Economic Thought*, Autumn 93, Vol. 1, Issue 1, p. 87-114
- R.A.W. RHODES, « The hollowing out of the State : The changing nature of the public service in Britain », *The Political Quarterly*, 1994, p. 138
- W.A. ROBSON, « The BBC as an institution », *The political Quarterly*, 1935, p. 468

- B. S. ROMZEK, « Dynamics of public sector accountability in an era of reform », *International Review of Administrative Science*, Vol.66 (2000), p. 21
- C.M. ROSE, « The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property » (1986). *The University of Chicago Law Review*, vol. 53 n° 3, Faculty Scholarship Series. Paper 1828
- M. ROSS, « Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation? », *ELR*, 2000, p. 22
- E-L. RUBIN, « Getting Past democracy », *University of Pennsylvania law Review*, 2001
- A. SEELY, « Hypothecated taxation », SN01480, House of commons library, 27 September 2011, p. 12
- P. SMITH, « The politics of UK television policy : The making of OFCOM », *Media, Culture & Society*, 2006, 28(6), p. 929
- P.L. STRAUSS, « The place of agencies in government : Separation of Powers and the fourth branch », *Columbia Law Review*, Vol 84(3), 1984
- M. SUNKIN, « Pushing forward the frontiers of Human Rights protection : the meaning of public authority under the Human Rights Act », *Public Law*, 2004, p. 643
- C. SUNSTEIN, « Interpreting Statutes in the Regulatory State », *Harvard Law Review*, 1989, 103(2), p. 405
- J. TAYLOR, « The broadband revolution : implications for major networks », *Information technology and Public policy*, 1990
- G. TEUBNER, « After Legal Instrumentalism ? Strategic Models of Post-Regulatory Law », *International Journal of the Sociology of Law*, 1984, n° 12, p. 792
- K. WALSH, « Quality and public services », *Public administration*, 1991 (69), p. 503
- V. WIEDEMANN, « Public Service Broadcasting, State Aid, and the Internet: Emerging EU Law » *European State Aid Law Quarterly*, (2004) 4, p. 596
- J. WILLIAMSON, « What Should the Bank Think about the Washington Consensus? » , *Peterson Institute*, 1999
- LORD WOOLF OF BARNES, « Droit public - English style », *Public Law*, 1995, p. 57
- D. ZEFFMAN, « Cable television and the Broadcasting Act 1990 », *Entertainment Law Review*, 1991, p. 66

2.2.2 Articles non juridiques

- K. AKASS, J. McCARE, « It's Not TV, It's Quality TV: Refining Television at HBO », *Colloque international Université Paris 3 Sorbonne : Qu'est-ce qu'une télévision de qualité ?*, INA, 12 au septembre 2012
- D. BILTEREYST, « Public service broadcasting, popular entertainment and the construction of the trust », *European journal of cultural studies*, 2004, Vol 7(3), p. 341

- M. DEHGHANI, R. BOGHRATI, K. MAN, J. HOOVER, « Decoding the neural representation of story meanings across languages », *Human Brain Mapping*, vol. 38, no 12, 1er décembre 2017, p. 6096–6106
- J. ELLIS, « Scheduling : The last creative act on television », *Media, culture & society*, 2000, 22(1), p. 25
- R.M. ENTMAN, « Reporting Environmental Policy Debate. The real Media Biases » *The Harvard International Journal of Press/Politics*, 1 (3), 1996, p. 77
- D. FREEDMAN, « Dynamics of power in contemporary media policymaking », *Media, culture & Society*, Sage, 2006, 28/6, p. 907
- I. GABER, « Government by Spin: An Analysis of the Process », *Media, Culture and Society*, 2000, 22 (4), p. 507
- SIR H. GREENE, « The future of broadcasting in Britain », Guildhall Lecture, 1972, p. 24
- B.C. GREENWALD, J.E. STIGLITZ, « Externalities in Economies with Imperfect Information and Incomplete Markets », *Quarterly Journal of Economics*, 1986(90), p. 229
- J. HABERMAS, « Political Communication in Media Society : Does Democracy still enjoy an epistemic dimension? The impact of normative theory on empirical research », *Communication theory*, 2006(4), p. 411
- J. IFVERSEN, « Europe and European culture, a conceptual analysis », *European Societies*, 2002(4)1, p. 1
- A. KING, « Thatcherism and the Emergence of Sky Television », *Media, Culture and Society*, 1998, 20 (2), p. 277
- C. MOUFFE, « Deliberative democracy or agonistic pluralism? », *Social Research*, 1999, 66(3), p. 37
- S. PRATTEN, « Needs and wants : the case of broadcasting policy », *Media, culture & society*, 1998, p. 381
- B. RIENSTRA, D. HOOK, « Weakening Habermas : the undoing of communicative rationality », *Politikon: South African journal of political studies*, 33 (3)
- D. ROWE, « Fulfilling « the cultural mission ». Popular genre and public remit », *European Journal of Cultural Studies*, 2004, 7(3), p. 381
- P. SAMUELSON, « The pure theory of public expenditure », *Review of Economic and statistics*, n° 4-1954
- D. SASSOON, « Political and market forces in Italian broadcasting », *West European Politics*, 1985/8, p. 67
- P. SCANELL, « Public service broadcasting and modern public life », *Media, culture and society*, 1989, Vol 11, p. 135
- P. SMITH, « The Politics of UK Television Policy: BBC Charter Renewal and the ‘Crisis’ of Public Service Broadcasting (Again) », 2006, p. 7

P. SMITH « The Politics of UK Television Policy: The Making of Ofcom », *Media, Culture and Society*, 2006, 28 (6), p. 929

L. VAN ZOONEN, « Popular qualities in public broadcasting », *European Journal of Cultural Studies*, 2004, Vol 7(3), p. 275

P. WALTERS, « The crisis of « responsible » broadcasting : Mrs Thatcher and the BBC », *Parliamentary Affairs*, 1989, p. 380

2.3. Articles issus d'ouvrages collectifs ou d'encyclopédie

2.3.1 Articles juridiques

S. BALL, « The moral aspects of socialism », in S. WEBB, B. SHAW, S. BALL, O. LONDRES, *Socialism and individualism*, The Fabian socialist series n° 3, 1908, p. 76

J. BENTHAM, « An introduction to the principles of morals and legislation », in *The works of Jeremy Bentham*, 1843

N. BAMFORTH, « The public law-Private law distinction : A comparative and philosophical approach », in P. LEYLAND, T. WOODS (ed), *Administrative law facing the future : Old constraints and new horizons*, Blackstone, 1997

P. CANE, « Public Law and Private Law : a study of the Analysis and Use of a legal concept », in J. ECKELAR, J. BELL (ed), *Oxford essays in jurisprudence*, 3ème édition, OUP, 1987

S. CASSESE, « Deregulation and privatization in Italy », in M. MORAN et T. PROSSER (eds), *Privatization and regulatory change in Europe*, Open University Press, 2004, p. 50

P. CRAIG, « Public law and control over Private Power », in M. TAGGART, *The province of administrative law*, Hart Publishing, 1997, p. 196

R. CRAUFURD-SMITH, « The paradigm challenged : regulatory options for an expanding market », in *Broadcasting law and fundamental rights*, Clarendon Press, 1997, p. 44

R. CRAUFURD-SMITH, « Pluralisme and freedom of Expression : Constitutional Imperatives for a New Audiovisual Order », in *Broadcasting Law and Fundamental Rights*, Clarendon Press, 1997, p. 100

R. CRAUFURD-SMITH, « Community Intervention in the Cultural Field: Continuity or Change? », in R. CRAUFURD-SMITH(ed), *Culture and European Union Law*, OUP, 2012, p. 19

R. CUSHMAN « Early State experience with commission and with administrative regulation », in *The independent regulatory Commission*, Oxford University Press, 1941, New ed, 1972, p. 20-34

R. DARHENDORF, « Citizenship and social class », in M. BLUMLER, A. M. REES(ed), *Citizenship today : the contemporary relevance of T. H. Marshall*, UCL Press, 1996, p. 25

O. DAWN, « Democracy, citizenship and good governance under the HRA » in *Constitutional reform in the UK*, Oxford University Press, 2003

J. DREXL « Competition law as Part of the European Constitution », in A. VON BOGDANDY, J. BAST (ed), *Principles of European Constitutional law*, Hart 2009

- J. ELLIS, « Public service broadcasting: beyond consensus », European film and television studies Conference, 1994
- C. FAIRBAIRN, « Cometary : Why broadcasting is still special », in A. PEACOCK, *Public service without the BBC*, The institute of economic affairs, Londres, 2004, p. 64
- D. FAIRGRIEVE, « Pragmatism or Principle? The Use of Agencies in Public Service Provision in the United Kingdom », in R. CARANTA, M. ANDEANS, D. FAIRGRIEVE (ed), *Independent Administrative Authorities*, B.I.I.C.L., p. 193
- M. FEINTUCK, « Public Interest in Regulatory Practice : The UK » in *The public interest in Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 108
- M. FEINTUCK, M. VARNEY, « The market, public services and regulation », in *Media regulation, Public interest and the law*, Edinburgh University Press, 2006, p. 41
- S. FREDMAN, M. WESSON, « Social, economic and cultural rights », in D. FELDMAN, *English Public Law*, Oxford University Press, 2nd édition, 2009, p. 453s
- M. FREEDLAND, « Labour Law, Public Services and Citizenship - New Domains, New Regimes? », in M. FREEDLAND, S. SCIARRA, *Public Services and Citizenship in European Law*, Clarendon Press, 1998
- M. FREEDLAND « Conceptions of Public Service in European Law », in M. FREEDLAND et al, *Public employment services and European Law*, Oxford University Press, 2006, p. 54
- L. FLYNN , « Competence, social policy and public services after Maastricht and Amsterdam treaties », in D O'KEEFE and R. TWONEY, *Legal issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford University Press, 1999, p. 199
- D. GERBER, « Competition law in Europe : market, community and integration », in D. GERBER, *Global competition : law, markets and globalization*, Oxford University Press, 2010, p. 160
- M.J. GOLDSMITH, E.C. PAGE, « Farewell to the British State? » in J.E. LANE, *Public sector Reform*, 1997, p. 147
- C. GRAHAM, « Socio-economic Rights and Essential Services : A New Challenge for the Regulatory State », in *The Regulatory State*, D. OLIVER, T. PROSSER, R. RAWLINGS (ed), Oxford University Press, 2010, p. 177
- LORD HALE, « De Portibus Maris », in *Collection of tracts relative to the law of England*
- I. HARE, « Social Rights as Fundamental Rights », in B.A. HEPPLER (ed), *Social and Labour Rights in a Global Context: International and Comparative Perspectives*, Cambridge University Press, 2002, p. 153
- C. HARLOW, « Red and green lights theories », in C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and administration*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 3
- C. HARLOW, « The influence of Léon Duguit on Anglo-American Legal Thought », in F. MELLERAY (ed), *Autour de Léon Duguit*
- J. HOLMES, « European Community Law and the Cultural Aspects of television », in R. CRAUFURD SMITH, *Culture and European Union Law*, Oxford University Press, 2004

- J. INNES, « Governing Diverse Societies », in P. LANGFORD (ed.), *The Eighteenth Century*, Oxford University Press, 2002
- J. JOWELL, « The rule of law and its underlying value », in J. JOWELL, D. OLIVER, *The changing constitution*, Oxford University Press, 8th édition, 2015, p. 4
- M. KRAJEWSKI, Ibid. V. L. HANCHER, « Community, State and Market » in P. CRAIG & G. de BURCA (ed), *The Evolution of EU Law*, Oxford university Press, 1999, ch. 20
- S. KUHNLE et A. SANDER, « The Emergence of the Welfare State », in F.G. CASTLES, S. LEIBFRIED, J. LEWIS, H. OBINGER, and C. PIERSON (ed), *The Oxford handbook of the Western Welfare State*, OUP, 2010, p. 64
- S. LAX, « Radio in the UK: Technology and Policy for an Industry in Transition » In: JA. HENDRICKS(ed.) *The Palgrave Handbook of Global Radio*, Macmillan, 2012, p. 477
- P. LEOPOLD, « Standards of Conduct in Public Life », In J. JOWELL, D. OLIVER. *The Changing Constitution*, OUP, 5th ed, 2004
- A. LESTER, « Human rights and the British Constitution », in J. JOWELL, O. DAWN, *The changing constitution*, Oxford University Press, 8ème édition, 2015, p. 472
- M. LOUGHLIN, C. SCOTT, « The Regulatory State » in P. DUNLEAVY, A. GAMBLE, I. HOLLIDAY et G. PEELE (eds), *Developments in British Politics 5*, Basingstoke, 1997, p. 205
- M. LOUGHLIN, C. SCOTT, « The Regulatory State », in P. DUNLEAVY, A. GAMBLE, I. HOLIDAY, G. PEELE (eds), *Developments in British Politics 5*, Palgrave, 1997, p. 205
- M. LOUGHLIN, « Rechtsstaat, Rule of Law, l'Etat de droit », in M. LOUGHLIN, *Foundations of public law*, Oxford University Press, 2010, p. 313
- J. OLSEN, « Administrative Reform and Theories of Organization », in C. CAMPBELL and B. Guy Peters (ed) *Organizing Governance: Governing Organizations*, University of Pittsburgh Press, 1988
- E. ORUCU, « Methology of Comparative Law », in J.N. SMITHS (ed), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Edgar, 2012, p. 442
- A. PEACOK, « Public service broadcasting without BBC », in A.PEACOK(ed), *Public service without BBC*, IEA, 2004, p. 36
- T. PROSSER, « Models of economic and social regulation », in D. OLIVER, T. PROSSER et R. RAWLINGS, *The regulatory State : Constitutional implications*, Oxford University Press, 2010
- T. PROSSER, « Regulation and legitimacy », in J. JOWELL, D. OLIVER, *The changing constitution*, OUP, 2011, 5th ed, p. 329
- L. ROSEN, « Beyond compare », in P. LEGRAND et R. MUNDAY (eds), *Comparative Legal Studies :Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, p. 508
- W. G. RUNCIMAN, « Why social inequalities are generated by social Rights ? », in M. BLUMLER, A. M. REES(ed), *Citizenship today : the contemporary relevance of T. H. Marshall*, UCL Press, 1996, p. 49

P. SCANNELL, « Britain: public service broadcasting, from national culture to multiculturalism » in D. ATKINSON, M. RABOY (ed), *Public Service Broadcasting: the Challenges of the Twenty-first century*, UNESCO, 1997, p. 92

C. SCOTT, « Regulation in the age of governance : the rise of the Post-regulatory State », J. JORDANA, D. LEVI-FAUR (eds), *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance. CRC series on competition, regulation and development*. Edward Elgar Publishing, 2004, p. 145

R. SGROI, « Elizabethan Social and Economic Legislation », www.historyofparliamentonline.org/periods/tudors/elizabethan-social-and-economic-legislation

C. VELJANOVSKI, « Cable television : agency franchising and economics », in R. BALDWIN, C. McCRUDDEN (eds), *Regulation and public law*, Weidenfeld and Nicholson, 1987, p. 267

D. WARD, « The European's Commission state aid regime and public service broadcasting », in D. WARD (ed), *The European Union and the Culture Industries* Routledge, 2016, p. 59

S. WEBB, « The difficulties of individualism », in S. WEBB, B. SHAW, S. BALL, O. LODGE, *Socialism and individualism*, A.C. Fifield, 1908

S. WILKS, L. MCGOWAN, « Competition Policy in the European Union: Creating a Federal Agency ? », in G. BRUCE DOERNS. WILKS (ed), *Comparative Competition Policy: National Institutions in a Global Market*, Clarendon Press, 1996

D. WRING, « The News Media and the Public Relations State », in P. DUNLEAVY, R. HEFFERMAN, P. COWLEY and C. HAY (eds) *Developments in British Politics 8*, Palgrave, p. 231

2.3.2 Articles non juridiques

J. ALEXANDER, R. JACOBS, « Mass communication, ritual and civil society » in T. LIEBES and J. CURRAN (ed), *Media, Ritual and Identity*, London, Routledge, 1998, 23

D. BERG, « Taking a horse to water ? Delivering public service broadcasting in a digital universe », in D. TAMBINI, J. COWLING, *From Public Service Broadcasting to Public service Communication*, Institute for Public Policy Research, 2004

G. BLUMLER, G. HOFFMAN-RIEM, « New Roles for Public Service Television », in J.G. BLUMLER, *Television and the Public Interest, Vulnerable Values in Western European Broadcasting*, Sage editions, 1992

P. BOOTH, « Introduction », in A. PEACOCK (ed), *Public service Broadcasting without the BBC ?*, The institute of economic affairs, 2004, p. 1

A. BRIGGS, « The Crawford Committee » in *The history of Broadcasting in the United-Kingdom, Vol I, The birth of Broadcasting*, OUP, 1995, p. 300

A. BRIGGS, « Under review : Pilkington », in *The history of Broadcasting, Vol V, Competition 1955-1974*, OUP, 1995, p. 259

S. CARDWELL, « Is quality television any good ? Generic distinction, evaluations and the troubling matter on critical judgment », in K. ASSAS, J. McCABE(ed), *Quality TV : contemporary American television and beyond*, Tauris, 2007, p. 19

- S. COLEMAN, « The transformation of citizenship », In B. AXFORD and R. HUGGINS (ed) *New Media and Politics*, London, Sage, 2001
- P.DAHLGREN, « Media, citizenship and Civic Culture », in J.CURRAN and M.GUREVITCH (eds), *Mass Media and society*, Arnold, 2000, p. 310
- P. DAHLGREN, « Television, Public spheres and public cultures », in J.WASKO, *A companion to television*, Wiley-Blackwell, 2008, p. 411
- H. FAIRLIE, « The BBC », in H. SWYNNERTON THOMAS, *The establishment, a symposium*, Bodley Head, Londres, 1977, p. 45
- A. GIDDENS, « Living in a post-traditional Society », in U. BECK, A. GIDDENS, S. LASH (eds), *Reflexive modernization*, Polity Press, 1994, p. 56
- J. HABERMAS, « The public sphere », in R.GOODIN, P.PETIT, *Contemporary Political Philosophy*, Oxford, Blackwell, p. 103
- J. HABERMAS, « The European Nation-State : its achievements and its limits. On the past and future of Sovereignty and Citizenship », in G. BALAKRISHNAN (ed), *Mapping the Nation*, London, 1996
- R. KUHN, « Media Management » in A. SELDON and D. KAVANAHG (ed) *The Blair Effect*, Cambridge University Press, 2001, p. 94
- C. MOUFFE, « Democratic politics today », in C. MOUFFE (ed), *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community*, Verso, 1992, p. 3
- G. MURDOCK, « Rights and representation : Public discourse and cultural citizenship » in J. GRIPSRUD (ed), *Television and common knowledge*, Routledge, 1999, p. 7 spec p. 10
- O. O'NEILL, « Practices of toleration » in J. LICHTENBERG (ed), *Democracy and the Mass Media*, Cambridge University Press, 1990, p. 173
- A. PHILIPPS, « Dealing with difference: a politics of ideas, or a politics of presence? », in S. BENHABIB, *Democracy and Difference Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, 1996, p. 141
- J. SIMONS, « Popular Culture and Mediated Politics: Intellectuals, Elites and Democracy », in J. CORNER, D. PELS (eds.), *Media and the Restyling of Politics*, Sage, 2003, p. 171
- P. SMITH, « The Politics of UK Television Policy: BBC Charter Renewal and the 'Crisis' of Public Service Broadcasting (Again) », In: K.ROSS. and S.PRIDE eds. *Popular Media and Communication: Essays on Publics, Practices and Processes*, Cambridge Scholars Publishing, p. 130
- M.E. STREIT, M. WOHLGEMUTH, « The market economy and the State, Hayekian and ordoliberal conceptions », *The theory of capitalism in the German economic tradition*, Springer, 2000, p. 224
- C.TAYLOR, « The politics of recognition », in A. GUTTMAN, *Multiculturalism and the politics of recognition*, Princeton University Press, 1994
- M. TRACEY, « Principles of Public Service Broadcasting », in *The decline and fall of Public Service Broadcasting*, Oxford University Press, 1998, p. 21

B. TURNER, « Outline of a theory of citizenship », in C. MOUFFE, *Dimensions of radical democracy, Pluralism, Citizenship, Community*, Verso, 1992

2.4 Articles de presse ou issus d'autres médias

N. COLLINS, *The Times*, 6 septembre 1952

G. COCK, *Manchester Guardian*, 11 mai 1953

G. COCK, *Daily Telegraph*, 10 juin 1953, Lettres de San Francisco

R. CHURCHILL, *Daily Telegraph*, 17 juin 1953

The Economist, 15 aout 1953

Birmingham Mail, 6 mars 1954

Daily Mail, 15 février 1957

J. BIRT, « Gaggling the Messenger », *The independent*, 21 November 1988

R. CHURCHILL, *Daily Telegraph*, 17 juin 1953

G. COCK, *Daily Telegraph*, 10 juin 1953, Lettres de San Francisco

G. COCK, *Manchester Guardian*, 11 mai 1953

N. COLLINS, *The Times*, 6 septembre 1952

M. THATCHER, Speech to the Parliamentary, Press Gallery, 11 juillet 1981

J. EAGLESHAM, « Campbell Likely to Quit After Hutton Report to Deflect Criticism from Blair », *Financial Times*, 26 July 2003, p. 2

G. DAVIES, « These Threats to the BBC are Serious and Sinister », *Sunday Telegraph*, 27 July 2003 p. 22

O. GIBSON, « Peer Warns Against BBC Vendetta », *The Guardian*, 11 September 2003, p. 23

M. WELLS, « Jowell Stands up for BBC Independence », *The Guardian*, 20 September 2003, p. 5

DCMS (Department for Culture, Media and Sport) « Jowell Launches Biggest Ever Public Debate on Future of the BBC », Press Release, 11 December 2003

C. NEWMAN, « Jowell Reassures BBC on Licence Fee », *Financial Times*, 31 January 2004, p. 1

DCMS (Department for Culture, Media and Sport), « Independent Panel Appointed to Advise on BBC Charter Review », Press Release, 15 June 2004

DCMS (Department for Culture, Media and Sport), « Parliamentary Statement by the Rt Hon Tessa Jowell MP, Secretary of State for Culture, Media and Sport, on BBC Charter Review Green Paper », Press Release, 2 March 2005

J. PLUNKETT, « BBC white paper: key points at a glance », *The guardian*, 12 may 2016

3. Bibliographie en italien

3.1 Ouvrages

3.1.1 Ouvrages juridiques

- U. ALEGRETTI, *Storia costituzionale italiana*, Il mulino, 2009
- R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956
- P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1964
- P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, 1975
- G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Giuffrè, 2003
- G. BETTETINI, *La conversazione audiovisiva, problemi dell'enunciazione filmica e televisiva*, Bompiani, 1984
- L. BIANCHI, *Radiotelevisione e servizio pubblico*, CEDAM, 2008
- R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (ed), *Comentario alla Costituzione*, Utet, 2006
- P. CARETTI, *Diritto pubblico dell'informazione*, Bologna, 1994
- R. CARLONI, « Le formazione del sistema radiotelevisivo misto : Le indicazione della Corte Costituzionale e le risposte del legislatore », *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*. - 1995, n.1, p. 225
- E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2013
- S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, 1995
- V. CERULLI-IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giapichelli Editore, 15ta ed
- E. CHELI, *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, 1996
- A. CHIMENTI, *L'ordinamento radiotelevisivo italiano*, Giachipelli, 2007
- R. DE FALCO(ed) *servizio public tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Cedam, 2003
- A. DE LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Il Mulino, 2000
- A. DE LA SPINA, S. CAVOTORTO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, 2008
- L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli Editore, 2002
- E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Giuffrè, 1982

- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, 1939
- M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 1970
- M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986
- M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economica*, Il Mulino, 1994
- R. GIOVAGNOLI, M. FRATINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2009
- C. IANNELLO, *L' "idea" di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Napoli, 2005
- A. LA SPINA, S. CAVOTORTO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, 2008, p. 195
- A. LA SPINA et G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000
- A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Editori Laterza, 2013
- M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, 1994
- P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia*, Giuffrè, 1995
- A. MASSERA (ed), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa University Press, 2004
- U. MATTEI, *Beni comuni*, Editori Laterza, 2012
- M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Bologna, 1881, 2, ora in Id., *Scritti politici* a cura di R. Gherardi, Roma, 1986
- M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, 1979
- M. OLIVETTI, *La questione di fiducia nel sistema parlamentare italiano*, A. Giuffrè, 1996
- V-E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in DI, VIII, pt. II, Torino, 1895-1898
- A. PACE, *Stampa, giornalismo, radiotelevisione*, CEDAM, 1983
- L. PALADIN, *Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano, La libertà d'informazione*, Utet, 1979
- U. PERGOLESI, *Diritto costituzionale*, Padova, 1965
- E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006
- F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999
- A. PIZZORUSSO, *La costituzione. I valori, le regole da cambiare*, Einaudi, 1996

- U. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Padova, CEDAM, 1964
- A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli editore, 1997
- RADBRUCH, *Introduzione alla scienza del diritto*, trad. it., Torino, 1961
- O. RANELLETTI, *A proposito di una questione de competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892
- O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo, Vol 1, Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Pierro Ed, 1912
- N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Il Mulino, 1999
- A. RIMANO, *Le politiche pubbliche nell'ambito delle telecomunicazioni, La nozione di servizio pubblico radiotelevisivo*, ARACNE, 2005
- G. RIZZO, *La concessione di servizi*, Giappichelli, 2012
- ROMANELLI, ARENA e TROISO, *Commento alla l. 14 aprile 1975, n. 103*, Roma, 1976
- S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, 3za, Società Editrice Libreria, 1913
- S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1930
- S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918
- E. ROPPO e R. ZACCARIA, *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Giuffrè, 1991
- A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Unione tipografico-editrice, 1904
- A. M. SANDULLI., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, E. Jovene, 1974
- A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1845)*, Giuffrè, 2009
- P. SARACENO, *Il sistema delle imprese a partecipazione statale nell'esperienza italiana*, Giuffrè, 1975
- P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico 1945-1996*, Il Mulino, 1997
- B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, 1985
- B. SORDI, « Servizi pubblici e concorrenza : su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale », *Quaderni fiorentini*, XXXI, 2002, p. 584
- M. SPALETTA, *L'evoluzione giuridica del settore televisivo italiano*, Luiss, *working papers*, 1-2005
- V. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925
- G. VESPERINI, S. BATTINI, *La Carta dei servizi pubblici*, Rimini, 1997
- R. ZACCARIA, *Radiotelevisione et costituzione*, Giuffrè, 1977

- G. E. VIVEGANI, *L'indipendenza del servizio pubblico radiotelevisivo negli ordinamenti europei*, Giappichelli, 2013, Capitolo 1
- R. ZACCARIA, *Radiotelevisione e Costituzione*, Giuffrè, 1977
- R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, 4za ed 2007,
- R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, CEDAM, 2010
- G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 1958
- G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924
- S. ZINGALE e L. GOTTI PORCINARI, *La legge di riforma della RAI*, AIART, 1976
- ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973

3.1.2 Ouvrages non juridiques

- G. BECCELLONI, *Televisione come cultura : I media italiani tra identità e mercato*, Giovanni-Ligori Editore, 1995
- V. BOSSI, L. CORNERO, D. ERJAVEC, M. SARTORIO, *Dalla parte dello spettatore*, Rai Eri, 1999
- G. CAMPANI, *Veline, Nyokke e Cilici*, Ed Odoja, Bologne, 2009
- S. CAPECCHI, *Identità di Genere e Media*, Ed. Carocci, Rome
- G. CAPPELLO, *Il concetto di servizio pubblico radiotelevisivo : l'evoluzione del dibattito su missione, impresa et programmazione*, RAI, ERI, 2004
- F. CHIARENZA, *Il cavallo morente. Storia della RAI. Con una postfazione dalla riforma ad oggi*, Angeli, 2002
- P. CRAVERI, *La democrazia incompiuta. Figure del '900 italiano*, Marsilio, 2002
- C. FRECCERO, *Televisione*, Bollati Bolinghieri, 2013
- G. GAMALERI, *Teoria e tecniche della comunicazione di massa. Stampa, radio, televisione, new media*, Kappa, 2003
- B-G. GIACCARDI, *Televisione culturale e servizio pubblico*, VQPT, RAI, ERI, 1997
- C. GIACCARDI, A. MANZATO, G. SIMONELLI, *Il paese catodico. Televisione e identità nazione in Gran-Bretagna, Italia e Svizzera Italiana*, Franco Angeli, 1998
- A. GISMONDI, *La radiotelevisione in Italia*, Roma, 1958
- A. GRASSO, *Storia della televisione italiana*, Garzanti, 1992
- G. MAESTRI, « Il pluralismo nel sistema radiotelevisivo Italiano », Tesi di laurea, Università degli Studi di Parma, 2008

F. ISEPI, V. BOSSI, *Il ruolo e la missione del servizio pubblico radiotelevisivo e l'etica di impresa*, RAI-ERI, 1988

MONTELEONE, *La radio italiana nel periodo fascista*, Marsilio editori, 1985

C. SOFFICI, *Ma le Donne No*, Ed. Feltrinelli, 2010

S. VITALE, *Sull'ambiguità del concetto di servizio pubblico radiotelevisivo*, Tesi di dottorato di ricerca in « Sociologia e ricerca sociale », 2006

3.2 Articles de revues

3.2.1 Articles juridiques

G. AMATO, « L'indirizzo degli enti di gestione », in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1969, p. 535

G. AMATO, « Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, p. 645

D. ARCHIBUGGI e al, « Relazioni triangolari nell'economia dei servizi pubblici », *Economia pubblica*, 2000(5)

S. ARDIZZONE, « Sulla riserva allo Stato dell'impresa avente per oggetto la radiotelevisione », *Foro padano*, 1960, IV, p. 129

P. BARILE, « Qualche passo avanti verso la libertà della radiotelevisione in Italia », in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1974, p. 9

P. BARILE, « Il controllo pubblico sulla emittenza privata », *Legalità e giustizia*, 1985, p. 281

F. BASSI, « Sanzioni amministrative edilizie », in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, p. 485

F. BLANDO, « Questioni in tema di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti », *Forum di quaderni costituzionali* (revue en ligne), 13 juillet 2009

G. BONADIO, « Il servizio universale », in *Cahiers européens*, 2003

R. BORRELLO, « Il canone radiotelevisivo di nuovo dinanzi alla Corte: l'ennesimo capitolo della storia di un tributo controverso », in *Giur. cost.*, 2002, 3, p. 2062

F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, in "Archivio giuridico", LV(1895)

F. CAMPIONE, « Sulla disciplina giuridica della televisione italiana », *Giustizia civile*, 1961, III, p. 15

V. CAIANIELLO, « Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile », *Foro amministrativo*, 1997, p. 341

V. CAIANIELLO, « Il difficile equilibrio delle autorità indipendenti », *Il diritto dell'economia*, 1998

P. CARETTI, E. CHELI, R. ZACCARIA, « Tendenze evolutive nei modelli radiotelevisivi e compiti del legislatore » in *Dir.radiodiff*, 1981, p. 501

- P. CARETTI, « Monopolio pubblico e radio-TV «libere» dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 202 del 1976 », in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle comunicazioni*, 1976, p. 248
- P. CARETTI, « La sentenza n. 826/1988 in materia di servizi radiotelevisivi: la Corte riprende il suo dialogo con il legislatore e arricchisce il suo potenziale decisorio », in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1990, p. 3
- P. CARETTI, « Il contratto di servizio nel sistema delle fonti che disciplinano il servizio pubblico radiotelevisivo », *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2000(3), p. 723
- P. CARETTI, « L'evoluzione del servizio pubblico in Italia », *Le istituzioni del federalismo*, Supplemento 1.2006, p. 27
- G. CARLET, « Alcune poche considerazioni intorno alla sentenza di legittimità costituzionale della riserva statale radiotelevisiva », in *Foro padano*, 1960, IV, p. 134
- C. CARUSO, « Il caso Petroni davanti alla Corte, ovvero della metamorfosi dell'atto politico », *Forum dei Quaderni costituzionali*, 2009
- E. CASSETTA, « Sanzione amministrativa », in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997
- S. CASSESE, « Poteri indipendenti, Stati, relazione ultrastatali », in *Foro it*, Gennaio 1966
- S. CASSESE, « Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990(5), p. 79
- S. CASSESE, « L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato », in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2001, p. 601
- E. CHELI, « Libertà e limiti alla iniziativa privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina », in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, p. 303
- C. CHIOLA, « I comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo », in *Giur. cost.*, 1974, p. 2191
- C. CHIOLA, « Il pluralismo nella gestione dei servizi radiotelevisivi », in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1975, p. 21
- C. CHIOLA, « Il pluralismo spontaneo per la radiotelevisione locale », in *Giur. cost.*, 1976, p. 1418
- C. CHIOLA, « L'alternativa alla riserva statale della attività radiotelevisiva nazionale », in *Giur. Cost.*, 1981, p. 1386
- G. CORSO, « Le prestazioni pubbliche », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2000(4), N° Spécial : « Vita ed opere di Massimo Severo Giannini », p. 1074
- M. CUNIBERTI, « Autorità indipendenti e libertà costituzionali », *Amministrare*, 2000, Fascicolo 1-2, p. 89
- R. DE LAURENTIIS, « La nuova riforma RAI : Legge n° 220/2015 e il confronto europeo » in *federalismi.it*, Focus Comunicazione, Media e Nuove tecnologie, n° 2/201
- F. DI NUNZIO, « Sulla natura giuridica del canone di abbonamento alla televisione », in *Giur. It.*, 1994, 5

- DOLCINI, « 'Depenalizzazione' e tipologia delle sanzioni », in *Temi*, 1977, p. 371
- DOLCINI e PALIERO, « I 'principi generali' dell'illecito amministrativo nel disegno di legge 'Modifiche al sistema penale' », in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1980, p. 1160
- F. D'ONOFRIO, « Groviglio nell'etere: la Corte «apre» ai privati «locali» », *Giur. Cost.*, 1976, p. 1424
- R. ESPOSITO, « La consulta dice la sua al legislatore sul sistema radiotelevisivo », *Corriere Giur.*, 1988, p. 943
- A. FANTOZZI, « Brevi note sulla qualificazione tributaria del canone radiotelevisivo », *Giur. Cost.*, 1988, p. 2539
- F. FELICETTI, M.R. SAN GIORGIO, « Revoca di un consigliere di amministrazione della Rai », in *Corriere Giur.*, 2009(5), p. 714
- C. FERRAJOLI, « L'abuso della questione di fiducia. Una proposta di razionalizzazione », *Diritto pubblico*, maggio-agosto 2008, p. 587
- R. FLAMMIA, « Sui limiti contenuti nell'art. 41 Cost. », in *Mass. giur. lav.*, 1958, p. 271
- S. FOIS, « Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo », in *Giur. Cost.*, 1960, p. 1127
- S. FOIS, « La natura dell'attività radiotelevisione alla luce della giurisprudenza costituzionale », in *Giur. Cost.*, 1977, p. 430
- S. FOIS, « Brevi note sulla natura giuridica del canone di abbonamento radiotelevisivo », in *Diritto dell'informazione et dell'informatica*, 1985
- E. FORCELLA, « Il potere, l'informazione et la cultura », *Problemi dell'informazione*, 1977(1), p. 7
- FRANCESCHELLI, « Cenni per memoria sul monopolio statale della televisione », in *Rivista di diritto industriale*, 1960, II, p. 305
- C. FRANCHINI, « Le autorità amministrative indipendenti », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1988, p. 559
- A. FRANCO, « Natura e profili costituzionali del canone di abbonamento nel quadro del rapporto di utenza radiotelevisiva », *Giur. Cost.*, 1983, p. 1629
- M.S. GIANNINI, « Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende », *Rivista amministrativa*, 1953, p. 612
- N. GRECO, « Le independent regulatory Commission », in *Studi parlamentaria di politica costituzionale*, 1977, n° 36, p. 47
- M.S. GIANNINI, « Parlamento e amministrazione » in *Amm. Civ.*, 1961, p. 145
- E. LEHNER, « Il caso Petroni : luci ed ombre della sentenza n° 69 del 2009 », in *Giur. cost.*, 2009, p. 646
- R. LEONARDI, « I caratteri del potere sanzionatorio », in M. ALLENA e S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, *Il diritto dell'economia*, 2013(3), p. 21

- N. LIPARI, « Inerzia legislativa e prospettive di riforma del sistema radiotelevisivo », in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1983, 439
- P. MARCONI, « La carta dei servizi pubblici e la citizen's charter : La normativa sulla carta dei servizi », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2003 p. 197
- G. MALINCONICO, « Il contratto di servizio 2000-2002: l'esame da parte del Parlamento » in *Diritto della radiodiffusione e delle telecomunicazioni*, 2000(3), p. 767
- G. MARCOU, « Il service pubblico di fronte al diritto comunitario », *Quaderni Filangeri*, 2003, n° 2, p. 7
- E. MARTINELLI, « Autorità indipendenti e politica », *Amministrare*, 2000, Fascicolo 1-2, p. 127
- G. MINERVINI, « I poteri di consiglieri, Presidente del C.D.A. e Direttore generale Rai », *Società*, 2002, p. 401
- G. NAPOLITANO, « L'auto-finanziamento delle autorità indipendenti », *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 260
- M. NIGRO, « L'edizia popolare », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957, p. 189
- P. NUVOLONE, « Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali », in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1968, p. 60
- B. OLIVERO, « Osservazioni in tema di riserva allo Stato del servizio di diffusione televisiva », *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 1961, p. 458
- V. OTTAVIANO, « Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata », in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1962, p. 267
- A. PACE, « La televisione pubblica in Italia », in *Foro it.*, 1995, p. 1242
- A. PACE, *Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo*, in "Europa e informazione", a cura di Michela Manetti, quaderno pubblicato dalla rassegna di diritto pubblico europeo, Ed Scientifiche Italiane, n.3, 2004 p. 21-22
- G. PALIERO, « Depenalizzazione », in *Digesto discipline penalistiche*, III, 1989, p. 425
- P. PANTALONE, « Principio di legalità e favor rei nelle sanzioni amministrative », in M. ALLENA e S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, *Il diritto dell'economia*, 2013(3), p. 32
- L. PELLIZER, « Il monopolio della televisione », *Giustizia civile*, 1961, IV, p. 193
- G. PICCIRILLI, « I paradossi della questione di fiducia ai tempi del maggioritario », *Quaderni costituzionali*, 2008, p. 789
- F. PIERANDREI, « La televisione in guidezo davanti alla Corte Costituzionale », in *Rivista Commerciale*, 1961, II, p. 161
- F. PIGA, « Monopolio o privatizzazione (Proposte per una riforma della RAI-TV) » in *Foro Amm.*, 1970, II, p. 195

- C. PINELLI, « Attualità dell'art. 41 Cost., con particolare riferimento alla "utilità sociale" », en ligne : www.centroriformastato.org
- O. RANELLETTI, « Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative », in Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia, 1916, I, p. 733
- V. F. RIGANO, « Le Autorità indipendenti nel sistema costituzionale », in Analisi giuridica dell'economia, 2002(2), p. 359
- A. ROMANO, « In tema di controllo parlamentare sulla radiotelevisione », in Circolo giuridico., 1964, p. 81
- E. ROSINI, « Sulla pretesa idoneità del monopolio statale ad assicurare la libera manifestazione del pensiero », Democrazia e diritto, 1960, III, p. 104
- A-M. SANDULLI, « Governo e amministrazione », Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1966, p. 737
- M. A. SANDULLI, « Continua il ping-pong per le antenne private », in Diritto e società, 1982, p. 569
- E. SANTORO, « L'evoluzione legislativa in materia di radiodiffusione circolari : notizie e spunti », Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni, 1969, p. 3
- E. SANTORO, « A proposito degli effetti della sentenza n. 225 del 1974 della Corte costituzionale sulla riserva allo Stato del servizio radiotelevisivo », in Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni, 1974, p. 79
- M. SAVARESE, « Sulla legittimità costituzionale del monopolio radiotelevisivo », in Rassegna dell'avvocatura dello Stato, 1974, I, p. 1347
- A. SITZIA, D. SEGA, « Interventi. Le dimensioni della responsabilità sociale dell'impresa e le fonti di regolazione: questioni in materia di impresa, lavoro e sicurezza », in Diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 2011, p. 673
- D. SORACE, « Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità », in Diritto pubblico, 1999, p. 403
- B. SORDI, « La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia », Quaderni fiorentini, XXVIII, 1999, p. 1038
- B. SORDI, « Servizi pubblici e concorrenza : su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale », Quaderni fiorentini, XXXI, 2002, p. 584
- G. TIBERI, « Le independent Commissions nell'ordinamento statunitense » in Amministrare, 2000(1), p. 167
- D.M. TRAINA « La riforma del sistema sanzionatorio amministrativo », in Diritto processuale amministrativo, 2001, p. 396
- G. VESPERINI, S. BATTINI, « La carta dei servizi », in Giornale di diritto amministrativo, 1995, p. 703
- G. VESPERINI, S. BATTINI, « La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici », Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1998, p. 185

G. VESPERINI, « L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1998, p. 173

L. VIOLINI, « Note sul « Caso Petroni » : ovvero se sia ancora necessario garantire l'imparzialità del servizio pubblico radiotelevisivo e come si debba garantire », in *Forum di quaderni Costituzionali*, 2008, p. 375

R. ZACCARIA, « L'alternativa posta dalla Corte : monopolio pluralistico della radiotélévision o liberalizzazione del servizio? » in *Giur. Cost.*, 1974, p. 2169

R. ZACCARIA, « La Corte cambia strada: il monopolio radiotelevisivo è legittimo solo a metà », *Giur. Cost.*, 1976, p. 288

R. ZACCARIA, « Monopolio, servizio pubblico e satelliti di radiodiffusione diretta », *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1979, p. 236

F. ZATTI, « Riflessioni sull'art 41 Cost : la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione », *Forum di quaderni costituzionali*, 2012(8), p. 1

V. ZENO ZENCOVICH, « Canone radiotelevisivo ed effettiva fruizione dei programmi irradiati dalla RAI », *Dir. inf.*, 1985

3.2.2 Articles non juridiques

G. BECHELLONI, « Le tre televisioni. Limiti e poteri della TV », in « *Problemi dell'informazione* », n. 2, 1984, p. 156

G. CESAREO, « La cultura italiana del Novecento », *La Terra & Figli*, 1996

3. 3 Articles issus d'ouvrages collectifs ou d'encyclopédie

U. ALLEGRETTI, « Introduzione » in *Le riforme crispiane (Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica-Isap)*, II. Giustizia amministrativa, Giuffrè, 1990, p. 37

G. AMATO, RAI, « La riforma interrotta », in AA.VV, *Informazione e potere*, a cura di C. MARTELLI, Milano, 1979, p. 64

G. ARDIZZONE, *Sanzioni amministrative*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol XI, 1939, 1084s

A. BALDASSARRE, « Iniziativa economica privata » In *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, XXI, 1971

P. BARILE, S. GRASSI, « Informazione (Libertà di) », in *Noviss. dig. it.*, Appendice, vol. IV, Utet, 1983, p. 200

P. BARILE, « Servizio pubblico ed emittenza privata », in P. BARILE, P. CARETTI, R. ZACCARIA, *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione*, Cedam, 1988, p. 172

S. BERNARDO, « Interesse legittimo », *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Anali, II-2, 2008

V. BACHELET, « Problemi e prospettive della 'depenalizzazione' delle infrazioni in materia di circolazione stradale », in *Studi in memoria di C. Esposito*, IV, Padova, 1974, p. 2333

- P. BIANCHI, « IRI », *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012
- V. M. DE BENEDETTO, « Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti », Nota elaborata per il gruppo di lavoro Astrid *La riforma delle Autorità indipendenti*, 2008
- E. BOCCHINI, « Articolo 2 », in E. BOCCHINI e N. LIPARI, *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Giuffrè, 1991, p. 597
- M. CAMMELLI, « Comunità europea e servizi pubblici », in *Diritto Amministrativo comunitario*, a cura di L. RANDELLI - C. BOTTARI - D. DONATI, Maggioli Editore, 1994, p. 183
- E. CAPACCIOLI, « Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive », in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, p. 125
- P.A. CAPOTOSTI, « Modelli normativi della concessione radiotelevisiva : il problema del servizio pubblico » in AA. VV, *Radiotelevisione pubblica e privata in Italia*, Il Mulino, 1980, p. 93
- P. CARETTI, « Radiotelevisione », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè
- P. CARETTI, « Televisione », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè
- P. CARETTI, « Comunicazione e informazione », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè
- S. CASSESE, « Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI », in *Il diritto amministrativo, Storia e prospettive*, Giuffrè, p. 27
- S. CASSESE, « Servizi pubblici » in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006
- M. CATTANEO, « Servizi Pubblici », in *Encyclopedia del diritto*, Giuffrè, XLII, 1990, p. 336
- G. CESAREO, « La televisione », in C. STAJANO, *La cultura italiana del Novecento*, Terra & Figli, 1996
- E. CHELI, G.D'AMATO, « Autorità per le garanzie nelle comunicazioni » in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè [agg. IV, 2000]
- M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO-ZENCOVICH, « Le autorità indipendenti : un catalogo delle questioni aperte », Interventi al Convento di Nexus, *Il sistema delle Autorità indipendenti : problemi e prospettive*, 2006, publié en ligne : http://eprints.luiss.it/128/1/Clarich_2006_01_OPEN.pdf
- P. CIRIELLO, « Servizi pubblici », in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVIII, Roma, 1992
- M. CLARICH, « Indipendenza e autonomia delle autorità amministrative indipendenti », Intervento al Convegno « Le autorità amministrative indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati », p. 4
- G. D'AMATO, E. CHELI, « AGCOM », *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, [agg. IV, 2000].
- M. D'ALBERTI, « Comunicazioni elettroniche e concorrenza », in *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche* (a cura di R. Perez), Giuffrè, 2004, p. 35s

- E. DEL PIANTA, « Il Contratto di servizio nel rapporto Stato-RAI », in R. ZACCARIA(ed), *Informazione e telecomunicazione, in Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol XXVIII, Cedam, 1999
- R. DE STEFANO, « Libertà privata e potere pubblico nell'art. 41 della Costituzione », in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, p. 189
- A. DE VALLES, « I servizi pubblici », in V-E. ORLANDO (a cura) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. VI, Giuffrè, 1930, p. 360
- A. DI PIETRO, « Adozione e contenuto della Carta dei servizi, strumento dello Stato regolatore a tutela dei consumatori-utenti », in *Servizi pubblici concorrenza diritti*, a cura di L. AMMANATI - M.A. CABIDDU - P. De CARLI, Giuffrè, 2001, p. 311
- DOLCINI, « Potere discrezionale del giudice (diritto processuale penale) », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, XXXIV, p. 749
- FARIAS, « Le dichiarazioni costituzionali generiche e i rapporti fra Stato e diritto », in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, p. 159
- F. FIGORILLI, « I servizi pubblici » in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 634
- S. FOIS, « Presupposti e modelli per una disciplina dell'attività radiotelevisiva », in P. BARILE, E.CHELI, R. ZACCARI (a cura di) *Radiotelevisione pubblica e privata*, il Mulino, 1980
- S. FOIS, RAI-TV: « Rai-Tv: "Governo" del monopolio pubblico o "Governo" di un servizio pubblico? », in *Il servizio pubblico radiotelevisivo*, Jovene, 1983, p. 15
- N. FRANCESCO, « La nozione di servizio pubblico nel diritto interno e comunitario », in *diritto.it*, en ligne [http:// www.diritto.it/docs/36872-la-nozione-di-servizio-pubblico-nel-diritto-interno-e-comunitario/](http://www.diritto.it/docs/36872-la-nozione-di-servizio-pubblico-nel-diritto-interno-e-comunitario/), 2015
- F. GALGANO, « La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali », in F. GALGANO (ed), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol I, La costituzione economica, Padova, 1977, p. 518
- M. S. GIANNINI, « Gli ordinamenti sezionali rivisitati », in S. AMOROSINO(ed), *La ristrutturazione delle banche pubbliche*, Giuffrè, 1991
- F. B. GIUNTA, « Depenalizzazione », in G. VASSALLI (a cura di), *Dizionario di diritto e procedura penale*, Milano, 1986, p. 191
- O. GRANDINETTI, « Il riparto di attribuzioni tra Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e Ministero della gestione delle radiofrequenze », in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, pt. s., tomo III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2464 e 2467
- GUARINO, « L'impresa come modello organizzativo tipico » in *Libertà economiche e libertà politiche. Riforma dell'impresa e riforma dello Stato*, Fondazione Agnelli, Quaderno 1977(12), p. 16
- H. KELSEN, « Giurisdizione e amministrazione », in *Il primato del Parlamento*, a cura di Carmelo Geraci, Milano, 1982, p. 154
- S. LICCIARDELLO, « Le sanzioni ripristinatorie », in A. CAGNAZZO, A. TOSCHEI (ed), *La sanzione*

amministrativa. Principi generali, 2012, p. 333

N. LIPARI, « Nota introduttiva al commento alla legge 6 agosto 1990, n° 223 » in E. BOCCHINI, N. LIPARI, *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Le nuove leggi civili commentati, Giuffrè, 1991, p. 586

S. LOMBARDO, « Le autorità amministrative indipendenti nella prospettiva dell'e-government », *federalismi.it*, 2008, n° 12

A. LUCARELLI, « Articolo 43 » in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006

F. MERUSI, Relazione conclusiva al Convegno di Parma del 30 maggio 1992 su Le Autorità amministrative indipendenti. En ligne

F. MERUSI, M. PASSARO, « Autorità indipendenti » in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè [agg. VI, 2002]

G. MIELE, « Servizio pubblico » in *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, 1936,

G. MIELE, « Pubblica funzione e servizio pubblico », in *Scritti giuridici*, vol. I, Giuffrè, 1987, p. 150

N. MONFREDA, « Le autorità amministrative indipendenti, caratteristiche generali e natura giuridica », in *diritto.it* à cete adresse : <https://www.diritto.it/n-monfreda-le-autorita-amministrative-indipendenti-caratteristiche-generalienatura-giuridica/> , 2005

F. NICOTRA, « La nozione di servizi pubblico nel diritto interno e comunitario », 2015, in www.diritto.it

M. NIGRO « La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale », in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1987, p. 385

V. ONIDA, « Relazione introduttiva » in V. ROPPO, *La televisione fra autonomia e controlli*, CEDAM, 1995, p. 80

V.E.ORLANDO, « Introduzione al diritto amministrativo », in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milan, 1900, p. 58

V. E. ORLANDO, « I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico », *Archivi Giuridici Serafini*, Vol XLII, Pisa, 1889, p. 107

A. PACE, « El sistema televisivo italiano », in *Derecho europeo del audiovisual*, S.MUNOZ-MACHADO

A. PACE, « Verso la fine del servizio pubblico radiotelevisivo ? » in *Europa e informazione, Quaderni della rassegna di diritto pubblico europeo*, Napoli, Esi, 2004

A. PACE, M. MANETTI, « La libertà di manifestazione del proprio pensiero », in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (ed), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, 2006

L. PALADIN, « Problemi e vicende della libertà di informazione nell'ordinamento giuridico italiano » in *La libertà di informazione*, Torino, 1979, p. 6

C.E. PALIERO, A. TRAVO, « Sanzioni amministrative », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè 1989, p. 346

- A. PARIGI, « Il Direttore generale », in Radiotelevisione, a cura di R. ZACCARIA, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XV, Tomo II, Cedam, 1996
- F. PIERANDREI, *Radio, televisione e Costituzione*, in *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, Vol III, Giuffrè, 1963, p. 521
- E. ROPPO, « Il governo della RAI tra norme e prassi », in *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione, 1986-1987*, p. 214
- M. A. SANDULLI, « Sanzione (Sanzioni amministrative) », in Enc. giur. Treccani, 1992, p. 1
- M. A. SANDULLI, « Radioaudizioni e televisione », in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, [XXXVIII, 1987]
- D. SCAGLIOLA, R. TRASSARI, « Programmazione e libertà d'iniziativa economica », in Studi sull'art 41 della costituzione, Patron Bologne, 1969, p. 260
- P. SILLETTI, « Definizione degli obblighi del servizio pubblico radiotelevisivo : Il contratto di servizio RAI Stato », in A. PACE, R. ZACCARIA, G. DE MINICO (a cura di), *Mezzi di comunicazione e Riservatezza*, JOVENE, Napoli, 2008, p. 117
- B. SORDI, « Servizi pubblici e concorrenza: su alcune fibrillazioni tra diritto comunitario e tradizione continentale », in *Quaderni fiorentini*, XXXI, 2002, p. 586
- M. SPALETTA, *L'evoluzione giuridica del settore televisivo italiano*, Luiss, working papers, 1-2005
- S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, Discours prononcé devant l'association constitutionnelle de Bergame, 1880, édité pour la première fois dans « *Giustizia nell'amministrazione* », in Id., *La politica della Destra. Scritti e discorsi raccolti da B. Croce*, Bari, 1910, 55 Rééd Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 2006
- P. TAVOLINI, *Introduzione*, in M. Boneschi, L. Piccardi, E. Rossi, *Verso il regime*, Bari, Laterza, 1960, p. 5
- B. TONOLETTI, « I principi costituzionali dell'attività radiotelevisiva », in M. CUNIBERTI, E. LAMARQUE, B. TONOLETTI, G. E. VIVEGANI, *Percorsi di diritto dell'informazione*, 2ème ed, Giappichelli, 2006, p. 247
- E. TOSATO, « Sul regime giuridico della televisione », in *Scritti in onore di Mortati*, III, Giuffrè, 1964, p. 1704
- E. TOSI, « La commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi », in *Il servizio pubblico radiotelevisivo*, Jovene, 1983, p. 94
- A. VALASTRO, « Articolo 21 », in *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006
- G. E. VIVEGANI, « il servizio pubblico radiotelevisivo », in M. CUNIBETTI, E. LAMARQUE, B. TONOLETTI, G. E. VIVEGANI, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Giappichelli, 2011, p. 293-294
- R. ZACCARIA, « Monopolio, servizio pubblico e satelliti di radiodiffusione diretta », *Dir. Radiodiff.*, 1979, p. 236

R. ZACCARIA, « La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di libertà di espressione radiotelevisiva » in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà. Scritti in onore di P.BARILE*, CEDAM, Padova, 1990

R. ZACCARIA, « Brevi Note sull'attuazione n°10 del 1985 » in P. BARILE, P. CARETTI, R. ZACCARIA, *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell'informazione: 1986- 1987*, Padova, 1988, p. 234

R. ZACCARIA, « La giurisprudenza della Corte Costituzionale », *Nuove dimensioni di diritti di libertà, Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, CEDAM, 1990, p. 539

R. ZACCARIA, « Servizio pubblico radiotelevisivo, Garanzia del diritto all'informazione e istituzioni di effettiva tutela » in *Diritti nuove tecnologie trasformazione sociale, Scritti in memoria di Paolo Barile*, CEDAM, 2003, p. 925

Z. ZENCOVICH, « Il sistema integrato delle telecomunicazioni: spunti sistematici e critici sulla L. 31 luglio 1997 n. 249 » in *Trattato di diritto amministrativo*, p. 203

« Articolo 21" in *Commentario alla Costituzione*, a cura di Raffaele Bifulco, Alfonso Celotto, Marco Olivetti p. 455

3.4 Articles de presse et autres médias

P. INGRAO, l'Unità, 16 mai 1954

A. Galante Garrone, *La polemica sulla radioTV* in « La Stampa », 20-5-1964

Gazetta Ufficiale Serie Generale n° 102 del 17-04-1975

L. DELLI COLLI, « Cade al primo ostacolo il decreto TV » *La Repubblica*, 29 novembre 1984

G-U n° 130 du 10-06-1985

Laura Delli Colli, « Cade al primo ostacolo il decreto TV » *La Repubblica*

R. PARASCANDALO, « Come si privatizza la Rai senza privatizzarla », Quotidiano "L'Unità", 2003

F. MARINO, « Craxi, Fininvest e Berlusconi : storia di un impero televisivo », *Senzasoste.it*, 12 novembre 2009, en ligne
<http://archivio.senzasoste.it/media-e-potere/craxi-fininvest-e-berlusconi-storia-di-un-impero-televisivo>

M. TRAVAGLIO, « Berlusconi TV, Un impero nato per Decreto Craxi », Articolo 21

4. Bibliographie en espagnol

4.1 Ouvrages

J. BARATA i MIR, *Democracia y audiovisual, Fundamentos normativos para una reforma del sistema español*, Marcial Pons, 2006, tome 1

E. GARCIA DE ENTERIA, T. RAMON FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 6e éd, 1993

S. MUNOZ-MACHADO, *Publico y privado en el mercado de la television*, Civitas, 1993 ;

S. MUNOZ-MACHADO, *Servicio publico y mercado, Tomo III, La television*, Civitas, 1997

S. MUNOZ-MACHADO (ed), *Derecho europeo del audiovisual*, 1997

C. S. SUNSTEIN, *republica.com. Internet, democracia y libertad*, Paídos, 2003,

4.2 Articles de revues

M. BERNAD y ALVAREZ DE EULATE, S. SALINAS ALCEGA, « Algunas reflexiones sobre la Convención para la elaboración de la Carta de los derechos fundamentales de la Union europea », Cuadernos de la Cátedra Jean Monnet, 2003, nº 1.

C. CHINCHILLA-MARIN, « La reforma de la radio y la televisión públicas de titularidad la ley17/2006, de 5 de junio », Revista de administración publica, 2006/174, p. 293

S. GIL-DELGADO, « Fundamentos del régimen jurídico de la televisión y de la radio privadas », Revista de administración pública, 2011/185, p. 165

S. MEDINA-GONZALEZ, « La financiación de los medios públicos de comunicación a la luz del derecho europea de la competencia : la nueva ley 17/2006 de 5 de junio de la radio y televisión de titularidad estatal », Revista de Administración publica, Madrid, 171, 2006, p. 293

4.3 Articles issus d'ouvrages collectifs

G. ARIÑO-ORTIZ, « Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (Hacia un nuevo modelo de regulación) », en G. ARINO, J. M. De La CUÉTARA, J. L. Martínez López-Muñiz, *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, 1997, p. 17

J. BARATA i MIR, « Capitulo II, La formación de la opinion publica libre en el Estado postmoderno », in *Democracia y audiovisual, Fundamentos normativos para una reforma del sistema español*, Marcial Pons, 2006

A. CANTARO, « El decline de la «constitución económica del Estado social » in M. A. GARCÍA HERRERA (ed), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1997, p. 153

M. CARRO MARINA, « La aplicación de la regulación europea sobre ayudas publicas en la financiación de las empresas publicas de television. El Caso español » in *Derecho europeo del audiovisual*, MUNOZ MACHADO S (ed), NOVA EUROPA, 1997

Textes juridiques de référence

1. Union européenne

1.1 Directives européennes

Directive de la Commission 80/723/CEE du 25 juin 1980 sur la transparence des relations financières entre les États et les entreprises publiques, JOCE n° L195 du 29.07.1980

Directive CE/2000/52/CE du 26 juin 2000 de la Commission modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JOCE, 29.7.2000, L 193, 75)

Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOUE, 24 avril 2002

Directive 2006/111/CE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises », JOUE L 318/17 du 17.11.2006

Directive 2008/6/CE du 20 février 2008 modifiant la directive 96/67/CE en ce qui concerne l'achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté, JOUE, 27 février 2008

1.2 Communication de la Commission européenne

European Commission, Communication on Stronger Community Action in the Cultural Sector, (1982) 15 Bull. EC, supp. 6/82 ; Intro, §4

Livre blanc de la Commission à l'intention du conseil européen, dit « Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur », COM(85) 310 final du 14.6. 1985

Communication de la Commission, « Les services d'intérêt général en Europe », [2001] JOCE C17/4, §22

Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, 2001/C 320/04, JOCE, C 320, p. 5

Communication de la Commission dite « Livre blanc sur les SIG » COM (2004)374 final

Communication concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, JOUE, 2009/C 257 du 27 octobre 2009

1.3 Résolution du Parlement européen

Parlement Européen, Résolution sur le rôle de la télévision dans une société multi-média », JOCE n° C320 du 28/10/1996 p 180

2. France

2.1 Lois et ordonnances

Loi des 2 et 17 mars 1791 portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissements des droits de patente, dite « Décrets d'Allarde »

Loi du 30 juin 1923, Budget général de 1923, JORF du 1 juillet 1923 p. 6166

Loi du 25 août 1940

Ordonnance n°45-472 du 23 mars 1945, JORF du 24 mars 1945, p. 1583

Loi du 30 juillet 1949

Ordonnance n° 59-1273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion Française, JORF du 11 février 1959, p.1859

Loi n° 64-621 du 27 juin 1964, JORF du 28 juin 1964, p. 5636

Loi n°72-553 du 3 juillet 1972 portant statut de la radiodiffusion-télévision française, JORF du 4 juillet 1972, p. 6851

Loi N°74-696 du 7 août 1974, relative à la radiodiffusion et télévision, JORF du 8 août 1974, p. 8355

Loi n° 82-155 du 11 février 1982, dite de nationalisation, JORF, 13 mars 1982, p. 566

Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, JORF, 30 juillet 1982, p. 2431

Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, JORF, 27 juillet 1983 p 2326

Loi n° 84-937 du 23 octobre 1984 visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, JORF du 24 octobre 1984, p. 3323

Loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985 modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant dispositions diverses relatives à la communication audiovisuelle, JORF du 14 décembre 1985, p. 14535

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dite « Loi Léotard », JORF du 1^{er} octobre 1986 p. 11755

Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF du 18 janvier 1989, p. 728

Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications, JORF du 8 juillet 1990 p. 8069

Loi n°94-88 du 1 février 1994, modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF 2 février 1994

Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Telecom, JORF du 27 juillet 1996, p. 11398

Loi n° 2000-719 du 1 août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF du 2 août 2000, p. 11903

Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, JORF du 2 août 2003, p. 13220

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JORF du 22 juin 2004 p. 11168

Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JORF n°131 du 7 juin 2005 p. 10014

Ordonnance n°2006-596 du 23 mai 2006 relative à la partie législative du code du sport, JORF du 25 mai 2006, p. 7791

Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau public service de la télévision, JORF du 7 mars 2009 p. 4321

Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, JORF du 30 décembre 2010, p. 23033

Loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public, JORF du 16 novembre 2013 p.18622

LOI n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF du 5 août 2014, p.12949

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF du 24 juillet 2015 page 12602

2.2 Décrets

Décret du 9 février 1949, Nominations à la radiodiffusion nationale, JORF, 10 février 1949, p. 1499

Décret du 11 janvier 1952 fixant le statut des représentants de l'Etat dans les sociétés d'économie mixte, JORF du 13 janvier 1952 p. 564

Décret n° 58-1160 du 3 décembre 1958 relatif à l'organisation de la radiodiffusion-télévision française, JORF du 4 décembre 1958, p. 10884

Décret n° 74-360 du 3 mai 1974 portant publication de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, JORF du 4 mai 1974, p. 4750

Décret n° 86-84 du 18 janvier 1986 portant approbation du traité de concession et du cahier des charges de la 5ème chaine, JORF du 19 janvier 1986, p. 958

Décret n°86-901 du 30 juillet 1986 portant résiliation du traite de concession conclu avec la société TV6, JORF du 2 août 1986 p. 9538

Décret n°92-280 du 27 mars 1992 fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat, JORF n°75 du 28 mars 1992

Décret n° 2003-960 du 7 octobre 2003, JORF du 8 octobre 2003

Décret n° 2003-1056 du 4 novembre 2003, JORF du 6 novembre 2003

Décret n° 2008-1392 du 19 décembre 2008, JORF du 24 décembre 2008)

Décret n° 2010-747 du 2 juillet 2010, relatif à la contribution à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre, JORF du 3 juillet 2010

Décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010, JORF du 14 novembre 2010

Décret n° 2017-193 du 15 février 2017, JORF du 17 février 2017

3 Royaume-Uni

3.1 Lois

Wireless Telegraphy act, 1904 V. <http://www.g4dmp.co.uk/1946lic.pdf>

Communication Act de 1934

Cable and Broadcasting Act de 1984

Communication Act 1990

Communication Act 2002

Communication Act 2003.

3.2 Charte royale

Department of National Heritage, Copy of the Agreement Dated the 25th Day of January 1996 Between Her Majesty's Secretary of State for National Heritage and the British Broadcasting Corporation, Cm 3152 (1996)

Department of National Heritage, Copy of Royal Charter for the Continuance of the British Broadcasting Corporation, Cm 3248, 1996

DCMS, Agreement between her majesty's secretary of States for Culture, Media and Sport and the British Broadcasting Corporation, July 2006, Cm6872

DCMS, Copy of Royal Charter for the Continuance of the British Broadcasting Corporation, Cm 6925, Octobre 2006

DCMS, Copy of Royal Charter for the Continuance of the British Broadcasting Corporation, Cm 9365, December 2016

4. Italie

4.1 Loi, décrets-lois et décrets-législatifs

Legge del 21 marzo 1865, n° 2248, « Legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia »

Legge 31 marzo 1889, n° 5992, « Legge Crispi »

Legge 1 maggio 1890 n° 6837, sull'ordinamento della giustizia amministrativa

Legge del 29 marzo 1903, sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni

Legge du 7 mars 1907 n° 62, sul riordinamento degli istituti per la giustizia amministrativa

Legge del 30 giugno 1910 n° 159

Decreto-legge del 1 maggio 1924 n° 655

Decreto-legge del 26 settembre 1935 n° 1829

Regio-decreto-legge 22 aprile 1937

Regio decreto-legge 21 febbraio 1938–XVI, n. 246, recante « Disciplina degli abbonamenti alle radioaudizioni », Gazzetta Ufficiale 5 aprile 1938, n° 78

Legge 3 maggio 1967, n. 317, Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali, GU n° 133 del 29 maggio 1967

Legge del 14 aprile 1975 n° 103, « Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva », GU Serie Generale n° 102 del 17-04-1975

Legge del 24 dicembre 1974, n° 706, « Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda », GU n° 1 del 2 gennaio 1975

Legge del 5 agosto 1981 n° 416, « Disciplina delle imprese editrici e provvidenze per l'editoria », GU Serie Generale n.215 del 06-08-1981

Legge n° 689 del 24 novembre 1981, « Modifiche al sistema penale », GU serie generale n° 329 del 30-11-1981

Decreto-legge del 20 ottobre 1984, n° 694, « Misure urgenti in materia di trasmissione televisivi », G-U n° 290 du 20-10-1984

Decreto-legge del 6 dicembre 1984, n° 807, « Disposizioni urgenti in materia di trasmissioni radiotelevisive », GU n.336 del 6-12-1984

Decreto-legge del 1 giugno 1985, n° 223, «Proroga di termini in materia di trasmissioni radiotelevisive », G-U n° 130 du 4-06-1985

Legge del 6 agosto 1990, n. 223, « Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato » detta « Legge Mammi », supplemento ordinario alla G.U. n. 185 serie generale parte prima del 9/8/1990 supplemento 53 del 9/8/1990

Legge n° 287 del 10 ottobre 1990, « Norme per la tutela della concorrenza e del mercato », GU, n° 240 13.10.199

Decreto-Legge, 11 luglio 1992, n. 333, « Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica », convertita con legge 8 agosto 1992, n. 359, GU - serie generale - n. 162 dell'11 luglio 1992

Legge del 25 giugno 1993, n° 206 « Disposizioni sulla società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo », GU n° 148 del 26-03-1993

Directive du Président du Conseil des Ministres, 27 janvier 1994, G.U, n° 43, 22.02.1994

Legge del 11 luglio 1995, n° 273, « Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 maggio 1995, n. 163, recante misure urgenti per la semplificazione dei procedimenti amministrativi e per il miglioramento dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni », GU Serie generale, n° 160, 11.07.1995

Legge 14 novembre 1995, n° 481, « Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità », GU, n° 270, 18-11-1995, Serie generale,

Legge 31 luglio 1997, n° 249 « Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo », detta legge Maccanico, GU n° 177 del 31 luglio 1997

Decreto-Legge del 16 marzo 1999 n° 76 detto decreto Bersani, GU, n° 292, 14.12.1997

Decreto-legislativo del 30 luglio 1999 n° 286 « Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche », GU serie generale, n° 193 del 18 agosto 1999

Legge del 5 marzo 2001 n° 57 « Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati », GU, n° 66, 20.3.2001

Legge 3 maggio 2004 n. 112 « Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI - Radiotelevisione italiana S.p.A., nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione », anche detta legge Gasparri, GU serie generale n° 104 del 5-05-2004

Decreto-Legge del 6 dicembre 2011, n° 201, « Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici », detto « Salva Italia », GU Serie generale, n° 284 del 06-12-2011

Legge del 28 dicembre 2015, n° 220, « Riforma della RAI e del servizio pubblico radiotelevisivo », GU Serie Generale n.11 del 15-01-2016)

4.2 Décrets royaux et présidentiels

Regio-decreto 2 giugno 1889 n° 6166, sul consiglio di Stato

Regio-decreto del 8 febbraio 1923, n° 1067

Regio-decreto del 14 dicembre 1924 n° 2491

Regio-decreto del 17 novembre 1927 n° 2207

Decreto del presidente della Repubblica, 26 gennaio 1952 n° 180, « Approvazione ed esecutorietà della Convenzione per la concessione alla Radio Audizioni Italia Società per azioni del servizio di radioaudizioni e televisione circolare e del servizio di telediffusione su filo », GU, Serie Generale n° 82 del 05-04-1952

Decreto del Presidente della Repubblica, 11 agosto 1975 n° 452

Decreto del Presidente della Repubblica, 10 agosto 1981 n° 521

Decreto del Presidente della Repubblica, 1 agosto 1988 n° 36

5. Espagne

Loi 17/2006, de 5 de junio, de la radio y de la televisión estatal (BOE, nº 134 de 5 de junio de 2006, p. 21207)

Loi 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual (BOE, nº 79 del 1 de Abril de 2004, p. 5292)

Liste des arrêts et décisions

1. Union européenne

1.1 CJCE/CJUE

CJCE, 12 novembre 1969, *Stauder*, Aff 29-69, Rec p. 419

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, Aff 11-70

CJCE, 14 juin 1971, *Muller, Port de Merter*, Aff 70-123, rec 1971, p 723

CJCE, 21 février 1973. *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*. Aff 6-72, Rec, 1973, p. 00215

CJCE, 21 mars 1974, *BRT*, Aff 127-73

CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, Aff C 4-73

CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, Aff 155/73, Rec p. 409

CJCE, 18 juin 1975, *Industria Gomma Articoli Vari IGAV contre Ente nazionale per la cellulosa e per la carta ENCC*, n° C-94/74

CJCE, 14 février 1978, *United Brands v. Commission*, Aff 27/76, p. 207

CJCE, 14 juillet 1981, *Züchner*, Aff 172/80, Rec p. 2021

CJCE, 20 mars 1985, *République Italienne c/ Commission*, dite « British Telecom », Aff. 41/83, Rec, p. 873

CJCE, 7 février 1985, Procureur de la République contre Association des brûleurs d'huiles usagées, Aff 240/83, Rec p. 531

CJCE, 11 avril 1989, *Silver Line Reisebüro* Aff C-66/86

CJCE, 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, Aff. C-202/88, Rec, p. I-1223

CJCE, 23 avril 1991, *Hofner*, Aff C41-90, Rec. I, p. 1979

CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE and Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou contre Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and other*, Aff C-260/89

CJCE, 25 juillet 1991, *Mediawet I*, Aff C-288/89, Rec p. I 4007

CJCE, 25 juillet 1991, *Commission/Netherlands*, Aff C-353/89, Rec, p. I 273

CJCE, 10 décembre 1991, *Porto di Genova*, Aff C179/90, Rec, p. I-5889, RFDA, 1993, p. 356

CJCE, 1993, *Veronica*, Aff C-148/91

CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, aff C 320/91, Rec I-2563, AJDA, 1993 p. 865

CJCE, 15 mars 1994, *Banco de credito industrial*, aff. C-387/92, Rec. I, p. 877

CJCE, 5 octobre 1994, *TV10 SA contre Commissariaat voor de Media*, Aff C-23/93, Rec. 1994 p. I-4795

CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, Aff C320/91, Rec I-2563, AJDA, 1993 p. 865

CJCE, 27 avril 1994, *Gemeente Almelo e.a. c.*, Aff C 393-92 Rec I 5815, AJDA, 1997, p. 991

CJCE, 15 mars 1994, *Banco de credito industrial*, Aff. C-387/92, Rec. I, p. 877

CJCE, *EDF et GDF*, Aff C-159/94, Rec, p. I-5815

CJCE, 1997, *GT-Link*, Aff C-242/95, Rec, p. 4449

CJCE, *Kinderkanal/Phoenix*, Aff NN-70/98 JO No. C 238, 1999

CJCE, 17 mai 2001, *TNT-Traco*, Aff.C-304/99, Rec, p. I-4109

CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring*, Aff C-53/00

CJCE, 17 mai 2001, *TNT Traco*, Aff C-340/99, I-4109

CJCE, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris*, Aff C82-01, Rec I- 9334

CJCE, 20 septembre 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Aff C 280-00, Rec I-7810

CJCE, 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium SA et autres contre Belgique*, Aff C-250/06

1.2 Tribunal de Première instance

TPICE, 27 février 1997, *FFSA c/ Commission*, Aff. T-106/95, Rec. II, p. 229

TPICE, 10 mai 2000, *SIC v. Commission*, Aff T-46/97, Rec, p. II 2125

TPICE, 15 juin 2005, *Fred Olsen c/ Commission*, Aff T17/02, Rec, p. II 2036

1.3 Décisions de la Commission

Commission européenne, *UER c/ système de l'eurovision* du 11 juin 1993, Décision n° 92/403, JOCE L 179 du 22 juillet 1993

Commission européenne, Décision NN-141/95, JO C 67, 1997

Commission européenne, *Kinderkanal/Phoenix*, Décision NN-70/98, JOUE, C 238 du 21.8.1999,

Commission européenne, *BBC news 24*, Décision NN-88/98

Commission européenne, *BBC Licence Fee*, Décision n° 631/2001, JO C 23/2003

Commission européenne, Décision EC 339/04 JO L85/1, 23.04.04

Commission européenne, *Aides d'État mises à exécution par la France en faveur de France 2 et de France 3*, Décision n° 838/2004, JO L361/21 du 8.12.2004

Commission européenne, *Ayuda Estatal DC 38/09 (ex NN 58/09)*

Commission européenne, *Subvention budgétaire pour France Télévisions que la République française envisage de mettre à exécution en faveur de France Télévisions*, Affaire C 27/09 (ex N 34/B/09) JOUE, 4 mars 2011, L59/44

2. Arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme

CEDH, 7 Décembre 1976, *Handyside contre Royaume-Uni*, Series A No. 24

CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, n° 6538/74

CEDH, 9 octobre 1979, *Airey*, série A, n° 32

CEDH, 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres contre Autriche*, Series A No. 276

CEDH, 23 Septembre 1994, *Jersild contre Danemark*, Series A n° 298

CEDH, 5 November 2002, *Demuth contre Suisse*, n° 38.743/97, §34

CEDH, 17 September 2009, *Manole et autres contre Moldavie*, n° 13936/02

3. France

3.1 Conseil constitutionnel

CC, 11 août 1960, *Taxe radiophonique*, décision n° 60-8L

CC, 17-19 mars 1964, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 1er, 5, 6, 7 bis et 11 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la Radiodiffusion-Télévision française, ainsi que de celles de l'article 70 de la loi n° 61-1396 du 21 décembre 1961 portant loi de finances pour 1962*, n° 64-27L

CC, 30 janvier 1968, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 9 de l'ordonnance n° 59-273 du 4 février 1959 relative à la radiodiffusion-télévision française et article 52 de la loi n° 60-1384 du 23 décembre 1960, portant loi de finances pour 1961*, Décision n° 68-50L

CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Décision n° 71-44 DC

CC, 30 décembre 1980, *Loi de finances pour 1981*, Décision n° 80-126 DC

CC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, Décision n° 81-132 DC, Rec, p.18

CC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Décision n° 82-141 DC, Rec, p. 48

CC, 18 novembre 1982, *Quota par sexe*, Décision 82-146 DC

CC, 29 décembre 1983, *Loi sur l'eau*, Décision n° 83-166 DC

CC, 26 juillet 1984 *Loi relative à la Haute autorité de la communication audiovisuelle*, Décision n° 84-173 DC Rec. p. 63

CC, 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Décision n° 84-141 DC, Rec, p. 48

CC, 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse, dite « Entreprise de Presse*, Décision n° 84-181 DC

CC, 13 décembre 1985, *Loi modifiant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et portant diverses dispositions relatives à la communication audiovisuelle*, Décision n° 85-198 DC, AJDA, 1986 p. 171

CC, du 16 janvier 1986, *Loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité*, Décision n° 85-200 DC Rec, p. 9

CC, 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Décision n° 86-217 DC

CC, 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du conseil de la concurrence, dite « Conseil de la Concurrence »*, Décision n 86-224 DC

CC, 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Décision n° 88-248 DC, Rec, p. 18

CC, 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques*, Décision n°89-271 DC

CC, 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, n° 90-283 DC Rec p. 11

CC, 20 janvier 1993, *Loi sur la prévention de la corruption*, Décision n° 92-316 DC

CC, 14 janvier 1999, *Quotas par sexe II*, Décision n° 98-407 DC

CC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Décision n° 2000-433 DC

CC, 19 juin 2001, *Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature décision*, Décision n° 2001-445 DC

CC, 16 mars 2006, *Loi relative à légalité salariale entre les femmes et les hommes*, Décision n° 2006-533 DC

CC, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Décision n° 2006-543 DC

CC, 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, Décision n° 2007-550 DC

CC, 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Décision n° 2007-557 DC

CC, 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Décision n° 2009-580 DC

CC, 28 mai 2010, *Union des familles en Europe [Associations familiales]*, Décision n° 2010-3 QPC

3.2 Conseil d'Etat

CE, 23 avril 1807, *Simon c. Grasset*, Jurisprudence Générale Dalloz, article « Compétence administrative », p. 458

CE, 16 mai 1827, *Minvielle*, Rec, p. 289

CE, 24 août 1832, *Rivière*, (P. adm. chr.)

CE, 11 avril 1837, *Garavini*, Rec, p. 111, Jurisprudence générale Dalloz (Maritime), 1850, p. 573

CE, 21 décembre 1837, *Avignon*, S. 38.2.27.5, P. adm. chr.

CE, 15 décembre 1842, *Ménestrel*, D.1843, III, p. 70

CE, 27 février 1849, *Pauwels*, Rec, p. 124

CE, 12 février 1857, *Lavalesquerie*, Rec, Lebon, p. 136-137

CE, 10 mai 1860, *Musellec*, S. 61.2.173. P. adm. chr.

CE, 20 février 1869, *Pinard*, Rec, p. 188

CE., 14 août 1871, *Couillaud*, Rec, p. 126

CE, 24 déc. 1880, *Besnard-Beaupré*, D. 32.3.36

CE, 26 déc. 1891, *Combeau*, Rec, p. 818

CE, 29 mars 1901, *Casanova*, Rec, p. 333, GAJA

CE, 10 janv. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, GAJA

CE, 6 février 1903, *Terrier*, Rec, p. 94, S 1903, 3 p. 25

C.E. 29 février 1908, *Feutry*, Rec, p. 209

CE, 4 mars 1910, *Thérond*, Rec, p. 193

CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec, p. 216 GAJA

CE, 21 mars 1910, *Ministre des travaux publics contre Compagnie Générale Française des Tramways*

CE, 31 juillet 1912, *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges*, Rec, p. 909

CE, 7 avril 1916, *Astruc et société du théâtre des Champs-Élysées contre Ville de Paris*, Rec

CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec, p. 125, GAJA, n° 31

CE, 10 août 1918, *Société Ciné National*, Rec, p. 191

CE, 16 décembre 1921, *Sasseys*, Rec, p. 1063

CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Rec, p 333, RDP, 1922, p 75, Concl Rivet

CE, 27 juillet 1923, *Gheusi*, Rec, p. 638

CE, 25 mai 1925, *Décatoire*, Rec p. 535

CE, 12 juillet 1929, *Du Hays*, D. 1930, III p. 21

CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, Rec. p. 583

CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, Rec, p. 117

CE, 9 décembre 1932, *Tramway de Cherbourg*, Rec. p. 1050

CE, 16 novembre 1934, *Ministre des Travaux publics*, Rec, p. 1078

CE. Ass, 20 décembre 1935, *Etablissements Vézia*, Rec, p. 1212

CE, 3 juillet 1936, *Du Hays*, Rec, p. 21

CE ass, 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et protection*, Rec, p. 417

CE ass, 31 juillet 1942, *Montpeurt*, Rec, p. 239

CE, 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec, p. 86

CE, 21 janvier 1944, *Léoni*, Rec, p. 26

CE Sect, 20 juin 1946, *Morand*, Rec, p.183

CE, 6 février 1948, *Société Française Radio-Atlantique*, RDP, 1948, p. 244

CE, 25 avril 1951, *Pépin*, Rec, p. 212

CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. p.362

CE, 30 octobre 1953, *Bossuyt*, Rec, p. 466

CE Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, Rec, p. 167

CE, 16 novembre 1956, *USIA*, Rec, p. 434

CE, 20 décembre 1957, *Société nationale d'éditions cinématographiques*, Rec, p. 702

CE Sect., 28 juin 1963, *Narcy*, Rec p. 401

CE, Ass., 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, Rec, p. 344

CE, 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, Rec, p. 563

CE, 20 janvier 1971, *Comptoir français des produits sidérurgiques*, Rec, p. 49

CE Sect, 25 juillet 1975, *Ministre de l'Équipement c/ Sieur Richoux*, Rec, p. 429

CE, 10 juin 1975, *Syndicat national de la radiodiffusion et de la télévision et syndicat national des journalistes*, req. n° 89515 ;

CE, 12 novembre 1976, *Syndicat unifié de la radiodiffusion et de la télévision*, CFDT, req. n° 98673

CE, Sect., 13 oct. 1978, *Association départementale pour l'aménagement des structures agricoles du Rhône*, Rec, p. 368

CE, 24 novembre 1978, *Syndicat national de l'énergie atomique CFDT et sieur Schwartz*, Rec, p. 465

CE, 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves*, Rec, p. 826

CE, 10 juillet 1981, *Retail*, Rec, p. 302

CE, 12 mars 1982, *CGT*, Rec, p. 107

CE, 1er juillet 1983, *Syndicat unifié de la radio et de la télévision CFDT*, Rec, p. 293

CE, 22 décembre 1985, *D'Orcival*, AJDA, 1983, p. 321

CE, 5 juillet 1985 *SARL. Ipsos*, AJDA, 1985. p 555

CE, 27 novembre 1985, *Société Indice*, note Pacteau, Rev. adm, n° 230. p. 140

CE Ass, 2 février 1987, *TV6*, Rec, p. 29

CE, 16 mars 1988, Ordonnance du Président du Contentieux, Rec, p. 124

CE, Ordonnances du Président du Contentieux, 21 juin 1988, *CNCL c. Sté d'exploitation de la cinquième chaine « La Cinq »*, Rec., p. 250

CE, 16 novembre 1988, *Mlle Denjean*, Rec, p. 407

CE Section, 20 janvier 1989, *CNCL c/ SA Télévision française 1*, Rec p. 9

CE, 20 juillet 1990, *Ville de Melun*, Rec, p. 220

CE, 26 octobre 1990, *Union fédérale des consommateurs*, Rec p. 291

CE, 16 novembre 1990, *SA la cinq*, AJDA, 1991, p. 214

CE, 5 février 1992, Mérat-Renard, Rec, p. 117

CE, 23 juillet 1993, *Compagnie générale des eaux*, 138504, Lebon, p 226, concl Scanvic

CE, 11 mars 1994, *Société La Cinq*, Rec, p. 117

CE Ass. 30 juin 1995, *Union des syndicats CGT de la Caisse des Dépôts et Consignations*, Dr. adm. 1995, n° 683 ;

CE Ass., 30 oct. 1996, *Mme Wajs et M. Monnier*, Rec, p. 387

CE, 23 mai 1997, *Société Amérique Europe Asie*, Rec, p. 196

CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, Rec p. 406

CE 24 mars 1999, *Association pour la gestion du patrimoine immobilier*, Rec, p. 683

CE, Sec, 26 mars 1999, *Sté EDA*, Rec, p. 128

CE, Sect., avis contentieux, 8 nov. 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, Rec. p. 492

CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, Rec, p. 401

CE, 29 juillet 2002, *CEGEDIM*, Rec, p. 280

CE, Section, 30 juillet 2003, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques et auteurs*, Rec Leb

CE Ass, 7 juillet 2004, *Ministre de l'Intérieur c. Benkerrou*, Rec, p. 297

CE, 13 mai 2005, *Hoffer*, Rec, p. 200

CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec, p. 272

CE, Sect. 27 septembre 2006, *François Bayrou et association de défense des usagers des autoroutes publiques de France*, AJDA 2006, p. 2056

CE Sect, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, Rec, p.

CE Sect, 6 avril 2007 *Commune d'Aix en Provence*, Rec, p. 155, RFDA, 2007, p. 812

CE, 5 octobre 2007, *Société UGC Ciné-Cité*, AJDA 2007, p. 2260

CE ass., 8 avril 2009, *MM. Hollande et Mathus*, RFDA, 2009, p. 351

CE, 31 juill. 2009, *Ville de Grenoble et autres*, Rec, p. 642

CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, Rec p. 240

CE, 30 mars 2011, *Sté Betcliv Entreprises Limited*, Rec, p. 828

CE, 3 février 2016, *Syndicat national des professionnels de la communication et de l'audiovisuel CFE-CGC et autre*

CE, 14 octobre 2018, *Société RTL*

3.3 Tribunal des conflits

TC, 29 février 1908, *Feutry*, Rec p. 208

TC, 4 juin 1910, *Compagnie d'assurances Le Soleil*, Rec, p. 446

TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain, dit bac d'Eloka*, Rec, p. 91

TC, 23 mai 1927, *Koch c. Etat*, Rec, p. 587

TC, 11 juillet 1933, *Dame Mélinite*, Rec, p. 1237

TC, 22 janvier 1955, *Naliato*, Rec. p. 614

TC, 8 février 1973, *Blanco*, Rec, 1er, Suppl p. 61,

TC. 5 juill. 1982, *Mlle Nicolet*, Rec, p. 565

TC, 6 juin 1989, n° 2578, *Lyonnaise des eaux c/ Commune de Pamiers*, Rec p. 292

TC, 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris et Air France contre TAT European Airlines dite « Société ADP »*, Rec,

TC, 14 févr. 2000, *Groupement d'intérêt public Habitat et interventions sociales pour mal-logés et sans-abri c/Verdier*, Rec, p. 748

TC, 4 mai 2009, *Société Editions J-P. Gisserot*, AJDA, 2009, p. 1490

3.4 Autres tribunaux

C. Cass, ch crim, 13 juillet 1850, *Min. pu. c. veuve Bonnet*, D. P. 1850, I, p. 253-254

Cass. crim. 11 janv. 1951, *Doronat*

Trib. civ. Seine, 8 octobre 1952, *Gaz. Trib.* 1952.2.542

Trib. Com. Seine, 8 mars 1965, *Fédération nationale des cinémas français contre Radio-Télévision française*, JCP, 1965, II, 14207

4. Royaume-Uni

Bagg's [1615] 11 Co. Rep. 93b

Commins v. Massam, [1643] March N.C. 196

Cardiffe Bridge, [1700] 1 Ld. Raym, 580

Groevelt v. Burwell, [1700] 1 Salked 200.

Hesketh v Braddock, [1766] 97 E.R. 1130

Allus & another v Inglis [1810] E.R, Vik 104 p. 206

Clark, Esq., Chamberlain of the City of London v Le Cren [1829] Barnewall and Cresswell 52, 109 E.R. 20

London and North Western railway Company vs Evershed [1878] HL, vol 3 p. 1029

Dunlop Tyre Co., Ltd. v. New Garage Ltd. [1915] A.C. 79

A-G v Fulham Corpn [1921] 1Ch 440

Czarnikov v. Roth, Schmidt and Co [1922] 2 KB 478

A-G v Smethwick Corpn [1932] 1Ch 563

Liversidge v Anderson [1942] AC 206, 261

R v Jordan [1967] Crim LR 483

R v. Criminal injuries Compensation Board, ex parte Lain [1967] 2 QB, 864

Attorney general ex rel McWhirter v Independent Broadcasting Authority [1973] Q.B. 629

L.J. in Regina v Barnsley Metropolitan Borough Council [1976] 1 W.L.R. 1052

Wilson v IBA [1979] SLT 279

Marshall v BBC [1979] 1 WLR 1071

Attorney General v BBC [1981] AC 303 at 354

Lord Diplock, *O'Reilly v. Mackman* [1982] 3All E.R.1125

O'Reilly v. Mackman [1983] 2 A.C 237 HL

British Broadcasting Corporation, Ex p. Lavelle [1983] 1 W.L.R 23 QBD at 30-31)

Council of Civil service Unions v. Minister for the Civil service [1985] AC 374

R v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Datafin [1987] QB 815

R. v. Civil service Appeal Board, ex parte Bruce [1988] ICR 171

Attorney general v Guardian (N° 2) [1988] 3 WLR 776

R. v. Advertising Standards Authority ex parte the Insurance Services Plc [1989] Administrative law reports 1990, p. 77s

R. v. Panel on Take-overs and Mergers, ex parte Guinness plc [1990] 1QB 146R

The Queen v Committee for the Commonwealth of Canada [1991] 77 DLR (4th) 358

R. v Durham City Council Ex p. Robinson [1992] N.P.C. 5

Derbyshire County Council v, Times Newspapers Ltd [1993], AC 534

R v Somerset CC, ex p Fewings [1995] 1 WLR 1037

Hillingdon LBC, ex parte McDonagh [1999] 31 HLR 531

R. v Coventry Airport Ex p. Phoenix Aviation [1995] 3 All E.R. 37

R v Broadcasting Standards Commission ex parte BBC, [2000] 3 All ER 989

Better Care Ltd v Director general of Fair trading [2002] CAT 7

YL [2008] 1 A.C 95

Sajid Butt v Birmingham International Airport Limited [2009] EWHC 1913 (Admin)

British Telecommunications Plc v Office of Communications (Partial Private Circuits) [2011] CAT 5,

5. Italie

5.1 Cour constitutionnelle

C. Cost. 13 luglio 1960, n. 59, in Giur. cost., 1960, p. 759

C. Cost, 9 aprile 1963, n° 46

C. Cost, 15 giugno 1972, n° 105

C. Cost. 10 luglio 1974, n° 225, in Giur. cost., 1974, p. 1775

C. Cost. 10 luglio 1974, n° 226, Giur. cost., 1974, p. 1776

C. Cost, 28 luglio 1976, n° 202, in Giur. cost., 1976, I, 1267

C. Cost., 21 luglio 1981, n° 148, in Giur. cost., 1981, I, p. 1379

C. Cost, 14 marzo 1984, n. 68, Foro it, 1984, I, 906 n° 108

C.Cost, 13 mai 1987, n° 153, Foro.it, I, p 1965

C. Cost, 9 marzo 1988, n° 535 in Giur. cost., 1988, 2535

C. cost. 14 luglio 1988, n° 826, in Foro.it, I, p. 3893

C. Cost, 19 dicembre 1990, n° 548

C. Cost, 9 dicembre 1991, n° 439

C. cost. 26 marzo 1993, n. 112, in Giur. cost., 1993, p. 939

C. Cost, 7 dicembre 1994, n° 420, in Foro it, 1995, parte I, col. 4

C. Cost, 5 dicembre 1994, n° 440

C. Cost, 23 ottobre 1995, n° 482

C. Cost, 5 novembre 1996, n° 386

C. Cost, 14 giugno 2001, n° 190

C. Cost, 29 maggio 2009, n° 167

C. Cost, 10 febbraio 2010, n° 52

C. Cort, 22 luglio 2010, n° 152

C. Cost, 7 aprile 2011, n° 115

5.2 Autres juridictions

Corte di cass, 28 febbraio 1914

Corte di cass, 20 novembre 2007, n° 24010

Corte di cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28329

6. Etats-Unis

6.1 Cour suprême

Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803)

Humphrey's executor v United States, 295 U.S. 602 (1935)

Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission, 395 U.S. 367 (1969)

6.2 Federal Communications Commission

FCC, *Syracuse Peace Council*, 99.2d 1389, 1401 (1984)

Index (les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Aides d'Etat **5, 6, 7, 15, 1173, 1181, 1182, 1186, 1187, 1188, 1189, 1192, 1193, 1201, 1205, 1206, 1208**

AGCOM **504, 510, 511, 545, 546, 585, 603, 810, 811, 819, 836, 891, 897, 899, 903, 932, 938, 954**

Archéologie (méthodologie) **19, 31, 301, 302, 304, 474, 851**

Autorités de régulation :

- et démocratie politique **848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856**
- mise en place **778, 779, 780, 782, 783, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 825, 826, 846, 848, 849, 857**
- modèle américain **849, 850**

Autorités de régulation (Royaume-Uni) **803, 804, 805, 812, 813, 814, 817, 820, 821, 824, 825, 826**

Autorités administratives indépendantes (France et Italie) :

- autonomie financière **822, 823, 825**
- indépendance **806, 808, 809, 810, 811, 815, 816, 818, 819, 825, 826, 845, 846, 847, 856**
- légitimité **850, 851, 854, 855, 1059**
- nature juridique **796, 797, 798, 799, 800, 801, 845**

Auto-regulation **918, 919, 920, 921**

B

British Broadcasting Corporation (BBC) :

- board of governors **169, 170, 271, 273, 274, 779, 940, 978, 1013, 1016, 1067, 1099, 1140, 1142**

- BBC Trust **519, 520, 521, 540, 541, 543, 569, 570, 572, 574, 577, 578, 599, 600, 940, 941, 1099, 1106, 1107, 1108**

- système de gouvernance actuel **1106, 1107, 1108, 1109**

Bill of rights **59, 417**

C

Cahier des charges **480, 483, 496, 498, 499, 500, 501, 559, 562, 610, 601, 639, 641, 661, 662, 663, 664, 668, 669, 673, 674, 675, 677, 678, 685, 686, 687, 690, 698, 700, 723, 887, 937, 943, 948, 949, 950**

Charte royale **129, 130, 131, 426, 430, 431, 513, 514, 517, 518, 519, 520, 521, 525, 540, 598, 599, 600, 976, 977, 978, 983, 1095, 1098, 1106, 1107, 1109, 1139, 1142**

Commission Nationale Communications et des Libertés (CNCL) **478, 837, 905, 906, 907, 908, 909, 937, 1052, 1053, 1054, 1056, 1057, 1058, 1059, 1060**

Common law :

- common callings **58**
- judicial review **93, 94, 95, 96, 860**
- public utilities **57, 58**
- prerogative writs **54, 55**
- liberté de réception des auditeurs **412, 413, 414**

Commission européenne :

- communication sur l'application des règles relatives aux aides d'Etat au secteur de la radiodiffusion **15, 16, 463, 780, 1174, 1175, 1176, 1192, 1193, 1194, 1195, 1202**
- contrôle de la mission de service public **1192, 1193, 1194, 1195, 1196, 1197, 1198, 1199, 1200**
- contrôle de proportionnalité du financement **1201, 1202, 1203, 1204, 1205, 1206, 1207, 1208, 1209, 1210, 1213, 1214, 1215**
- politique de concurrence **1215, 1216, 1217, 1218, 1219, 1220, 1221, 1222, 1223**

Committee on standards of Public life **274, 1062, 1063, 1077**

Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) **481, 483, 575, 576, 837, 908, 909, 910, 911, 930, 934, 935, 936, 1060, 1075, 1076, 1077**

Culture :

- populaire **8, 200, 604, 606, 607, 608, 618, 620, 659, 677, 696, 699, 719**
- d'élite **200, 605, 618, 623**
- comme domaine de compétences **1236, 1237, 1238, 1239, 1240, 1241, 1242**

Droit comparé **19, 20, 21, 22, 74, 75, 848**

Droit souple **920, 921, 922, 923, 924, 934, 936, 937, 945, 946, 947, 953, 1115, 1247**

Droits :

- civils et politiques **69, 459, 460**
- Sociaux et culturels **419, 420, 421, 422, 423, 438, 459, 582, 587, 591, 592, 593**

E

Effectivité (cadre théorique) **17, 18, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 629, 630, 631, 632, 776, 943, 945**

Espace public **12, 435, 436, 453, 537, 558, 563, 566, 567, 586, 597, 604, 619, 622**

F

France Télévisions

- processus de prise de décisions **1078, 1079, 1080, 1081, 1082, 1083, 1084, 1085**
- nomination du Président **1071, 1072, 1073, 1074, 1075, 1076, 1077, 1078**

Financement

- par la publicité **1158, 1159, 1160, 1161, 1163, 1164, 1165**
- par la redevance audiovisuelle **1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1128, 1129, 1130, 1131, 1132, 1133, 1134, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139, 1140, 1141, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1151, 1152, 1153, 1154, 1155, 1164**
- financement mixte ou unique (définition et légalité) **1157, 1172, 1199, 1201, 1214**

G

Government by spin **1065, 1066**

H

Haute autorité de la Communication audiovisuelle **236, 237, 238, 262, 263, 264, 794, 837, 886, 887, 888, 889, 905, 1037, 1038, 1039, 1040, 1043, 1053**

Histoire de la télévision :

- Broadcasting Ban **271**
- facisme **119, 124, 128, 135, 150, 971**
- gaullisme
- grande grève des mineurs **130, 131, 132**
- guerre en Irak **1066, 1067**
- guerre aux Malouines **270**
- guerre en Irlande du Nord **271, 272**

- publicité clandestine **999, 1001, 1002**
- régime de Vichy **136, 137, 154**
- radios-libres **2032, 2033, 1037**
- J. Reith **123, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 270, 411, 471, 588, 603 1139, 1140**

Human Rights Act (HRA) **97, 98, 418, 419,**

I

Independent Broadcasting Authority (IBA) **203, 205, 241, 242, 292, 293, 881, 882, 883**

Interconnexion modale **246, 247, 248, 249, 250, 251, 252**

Interdépendance sociale **63, 66, 73, 98, 140, 141, 144, 302, 332, 379, 380, 833**

Independent Television (ITV) **166, 169, 170, 201, 202, 203, 204, 242, 292, 293, 295, 409, 446, 468, 469, 878, 882**

Independent Television Authority (ITA) **878, 879, 880, 881**

L

Libéralisation

- et secteurs en réseau **3, 5, 347, 790, 791, 827, 828, 1119, 1230**
- Italie et France **11, 30, 31, 185, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 244, 246, 256, 258, 278, 281, 291, 295, 296, 297, 308, 475, 490, 491, 731, 732, 778, 961, 1035**
- Royaume-Uni **11, 17, 31, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 181, 199, 200, 201, 202, 219, 240, 244, 295, 308, 778, 878, 904, 1119**

Liberté :

- d'entreprendre **221, 317, 318, 323, 328, 328, 331, 443, 444, 445, 446**
- du commerce et de l'industrie **313, 314, 315, 316, 320**
- d'expression
 - conception traditionnelle **357, 383, 384, 385, 393, 395, 396, 397, 398**
 - conception moderne **355, 358, 369, 383, 384, 386, 387, 388, 391, 392, 454**
 - de communication (article 11 DDHC) **234, 398, 399, 400, 401, 402**

Lottizzazione **197, 198, 1029**

M

Magna Carta **59**

Market failure **447, 448, 449, 450, 451, 453, 457, 458, 472, 522, 524, 596, 622, 833**

Missions de service public audiovisuel

- honnêteté de l'information et impartialité **539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 547, 561, 562, 563, 770, 771, 772**
- pluralisme politique **239, 362, 363, 485, 486, 538, 532, 533, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 586, 594, 619, 1043**
- représentation de la diversité culturelle **564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 619, 666, 667, 685**
- pluralisme des programmes **591, 592, 593, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 617, 618, 619**
- qualité des programmes **605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616**

Multiculturalisme **568, 570, 574, 580, 585, 619, 685**

N

Non-ministerial government department **804, 805**

O

Office of Communications (OFCOM) **470, 473, 515, 516, 520, 521, 523, 540, 541, 543, 820, 821, 838, 904, 918, 919, 920, 922, 924, 941, 1095, 1098, 1099, 1106,**

Organisme de la Radio-Télévision Française (ORTF)
- gouvernance **992, 993, 994, 995, 996, 1002, 1003, 1004, 1005, 1006**
- crise **999, 1000, 1001, 1002, 1006, 1007, 1008**
- tutelle **988, 989, 990, 991, 997, 1006, 1007, 1008**

P

Paternalisme culturel **133, 195, 218, 239, 241, 299, 306, 411, 427, 588, 589, 590, 600, 603**

Principe :

- de citoyenneté **432, 433, 434, 435, 436, 437**
- de pluralisme **11, 239, 357, 358, 362, 363, 364, 365, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 398, 399, 400, 401, 402, 489, 532, 533, 535, 549, 563, 582, 586, 592, 593, 594, 628, 1030**
- de responsabilité ministérielle **104, 798, 804, 847, 857, 981, 982**
- subsidiarité en droit de l'UE **1227, 1239, 1240, 1241**
- subsidiarité en droit constitutionnel italien **346**
- subsidiarité fonctionnelle **306, 312, 315, 316, 320, 330, 331, 332, 379, 440, 441**

Protocole d'Amsterdam **9, 14, 15, 22, 310, 353, 368, 370, 376, 380, 461, 780, 1119, 1173, 1201, 1207**

Publicité

- effet néfaste **8, 9, 10, 201, 202, 203, 1118, 1119**
- marché (de la) **1174, 1207, 1208, 1209, 1222**
- réglementation (de la) **166, 213, 502, 893**

Q

Quango's (Quasi autonomous non governmental organisations) **788, 803, 820**

R

RAI :

- administrateur-délégué **1104, 1105**
- conseil d'administration **971, 972, 1028, 1029, 1030, 1045, 1046, 1047, 1050, 1087, 1088, 1089, 1090, 1091, 1092, 1092, 1101, 1102, 1103, 1105**
- commission parlementaire de vigilance **196, 197, 819, 453, 546, 892, 971, 973, 1028, 1051, 1088, 1089, 1090, 1093, 1101, 1103**
- nomination du Président du conseil d'administration **1050, 1087, 1088, 1090**

Rareté des ondes **11, 12, 29, 32, 113, 114, 116, 117, 184, 186, 221, 233, 244, 381, 917**

Régulation

- définition néo-libérale **829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 840, 844**
- définition en droit positif **835, 836, 837, 838, 839, 843, 844**
- fonction de **827, 828**
- impartialité **851, 852, 853, 854, 855, 856**
- neutralité **840, 841, 842, 843, 844**
- sunshine regulation **861, 881, 882, 904, 923, 924**

Rule of law **53, 54, 420, 421, 422, 423, 433, 437, 460**

S

Sanctions administratives :

- encadrement constitutionnel **865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 877**
- fondement juridique **858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 877**
- mise en demeure **889, 890, 910, 911, 916**
- pécuniaires **879, 897, 899, 900, 904, 908, 909, 912**
- répressives **873, 874, 875, 895, 896, 897, 899, 900, 908, 909, 956**
- visant à l'exécution **883, 884, 886, 887, 890, 894, 905, 906, 915, 920, 921, 956**

Service public :

- comme critère du droit administratif **42, 43, 44**
- comme théorie de l'Etat **63, 64, 65, 66, 67**
- crise **3, 4, 5, 145, 220, 244, 337**
- critères d'identification **78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92**
- définition en droit comparé **22, 74, 75, 76, 98**
- et concurrence **338, 339, 340, 341, 342, 345, 346, 350, 351, 352**
- et développement de l'Etat **68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75**
- et droit de l'Union européenne **5, 6, 333, 334, 335, 336, 337**

- et funzione pubblica **84**
- et puissance publique **38, 39, 40, 41**
- et monopole **99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109**
- origines historiques **33, 34, 35, 36, 37, 57, 58, 60**

Sémiologie **752, 753, 754, 757, 758, 759, 763, 764, 766, 767, 768, 769, 770**

Services d'intérêt économique général (SIEG) **5, 6, 9, 33, 334, 335, 336, 337, 369, 370, 371, 372, 1225, 1228, 1229, 1230, 1231, 1232, 1233, 1234**

Solidarisme **67, 68, 70**

Sociologie

- cultural studies **200, 620**
- Ecole de Francfort **8, 200**
- et normativisme **26, 27, 28**

Souveraineté parlementaire **416, 417, 418, 419**

T

Théorie de l'institution **24, 29, 302, 303, 624, 625**

Théorie économique des biens publics **1146, 1147, 1148, 1149, 1150**

Sommaire

Introduction :	1
Chapitre 1 : Justification de l'objet de la recherche	7
Section 1: La spécificité du service public audiovisuel en droit de l'Union européenne	8
§1 Droit européen de la concurrence et services publics	8
A) L'application des règles de concurrence aux services d'intérêt économique général	8
B) L'interdiction des aides d'État et ses dérogations	11
§2 Les particularités du secteur de l'audiovisuel justifiant un régime de financement particulier	12
A) Le lien entre financement public et qualité du service public	13
1) <i>Un lien démontré par la doctrine</i>	13
2) <i>Un lien déjà mis en exergue par les sociologues</i>	14
B) Un lien reconnu par le droit de l'Union	16
Section 2 : La spécificité du secteur de l'audiovisuel vis-à-vis des autres secteurs en réseaux en droit interne	17
§1 La nécessité du secteur public pour la mise en oeuvre de libertés indispensables à la démocratie.....	18
A) La protection de la liberté d'expression face à la rareté des ondes jusqu'à la libéralisation.....	18
B) L'impossibilité des chaînes privées de mettre en oeuvre le pluralisme après la libéralisation.....	20
§2 Des entreprises publiques qualifiées de service public dans tous les États membres	22
A) La qualification de service public pour le secteur de l'audiovisuel même dans les pays dans lesquels la notion n'est pas conceptualisée juridiquement	22
B) Une configuration commune : l'entreprise publique comme forme juridique	24
Chapitre 2 : Construction de la problématique de recherche	27
Section 1 : Une étude centrée sur la mission de service public audiovisuel et les conditions de sa réalisation effective	27
§1 Pour interroger la légitimité du financement public en droit de l'Union européenne	27
§2 Pour interroger les différences de concrétisation des normes entre les États et leurs conséquences juridiques	31

A) L'observation d'un paradoxe fondé sur l'écart entre faits et droit	31
B) L'effectivité, un concept profondément lié à la structure démocratique des États étudiés	33
Section 2 : Méthodologie retenue pour mener à bien cette étude.....	35
§1 Une démarche comparatiste et historique	35
A) la démarche historique et archéologique	35
B) Le droit comparé, un outil pour une meilleure connaissance de la notion de service public audiovisuel	38
§2 Méthodologie retenue pour questionner l'effectivité des normes encadrant la prestation de service public	42
A) Adoption de la conception normativiste de la validité de la norme.....	42
1) <i>Le rejet de la conception réaliste de la validité de la norme</i>	42
2) <i>Le rejet des conceptions objectivistes du service public</i>	46
B) Une démarche s'appuyant sur des savoirs sociologiques	50
Partie 1 : La construction de la notion de service public audiovisuel en droit comparé européen	55
Titre 1 : La construction historique de la notion de service public audiovisuel au cours du XXe siècle	59
Chapitre 1 : La genèse de la notion de service public audiovisuel dans la première partie du XXe siècle	61
Section 1 : La notion de service public dans les trois États	63
<i>Sous-section 1 : Diversité de la place de la notion dans les ordres juridiques.....</i>	66
§1 En France, le service public comme critère d'autonomisation du droit administratif	66
A) La percée du concept juridique de service public à partir de la Révolution.....	67
1) <i>Une notion vite éclipsée par la prééminence du critère de puissance publique</i>	67
2) <i>La dialectique entre critère de la puissance publique et critère du service public</i>	69
B) Le service public érigé comme critère du droit administratif.....	71
1) <i>La mythification a posteriori de l'arrêt Blanco</i>	72
2) <i>La consécration jurisprudentielle et doctrinale du critère au début du XXe</i>	74
§2 En Italie, une notion secondaire du droit administratif.....	76
A) L'explication historique	76

1) L'établissement d'une dualité de juridiction à la naissance du Royaume d'Italie	76
2) Des réformes législatives menant à l'adoption de l'« intérêt légitime » comme critère de la compétence du juge administratif.....	78
B) L'explication théorique	80
1) L'influence théorique du droit allemand	81
2) Le rejet d'une conception objectiviste de la théorie de l'État.....	81
§3 L'apparente absence du concept en droit anglais.....	83
A) L'apparente absence de droit administratif.....	84
1) La « Rule of law » et l'unité de juridiction	85
2) L'existence d'un droit administratif au sens matériel	87
B) Tentative d'explication de l'absence du concept de service public dans le common law	90
1) Les public utilities	90
2) La prééminence du Parlement sur la législation économique et sociale du pays.....	92
Sous-section 2 : Un processus homogène de développement de l'intervention de l'État	98
§1 La centralité du service public en France : le reflet d'une conception axiologique de l'État	99
A) Le service public, fondement d'une nouvelle théorie de l'État.....	100
B) Une conception axiologique du service public et du droit public.....	102
§2 En Italie, le service public comme outil permettant de décrire le développement des sphères de l'État	105
§3 Une extension de la sphère de l'État s'inscrivant dans un cadre historique, idéologique et juridique au Royaume-Uni.....	107
A) Le développement de l'Etat-Providence après la Seconde Guerre mondiale	107
B) Des racines idéologiques fortes	109
Section 2 : Le service public, une notion permettant de légitimer le monopole audiovisuel dans les trois États	113
Sous-section 1 : Des critères communs d'identification du service public dans les trois États	114
§1 L'empreinte de la puissance publique comme critère central d'identification du service public dans les trois États.....	114
A) En France, une définition téléologique forgée par la jurisprudence	114
1) le critère organique.....	117
2) le critère matériel : l'intérêt général	120

B) En Italie, l'incertitude des critères de définition.....	121
1) Une tentative de définition de la notion de « <i>servizio pubblico</i> » entendu subjectivement	122
2) La reconstruction d'une notion objective du service public	126
C) À la recherche de critères en droit anglais.....	129
1) Une notion de service public fréquemment utilisée en doctrine	129
2) Des critères dégagés par le juge s'approchant des critères d'identification français du service public	130
§2 Le monopole, critère historique d'identification du service public	137
A) Le monopole dans la conception subjective et objective du service public en Italie .	137
B) Le monopole au Royaume-Uni.....	138
1) Le monopole justifié par le <i>Common Law</i>	138
2) Le monopole, inhérent à l'idée de <i>Public Corporation</i> au XXème siècle	138
C) Le monopole en France.....	141
1) Dans la jurisprudence administrative	141
2) Dans la Constitution	143
<i>Sous-section 2 : La naissance du monopole de la radio, entre arguments techniques et instrumentalisation politique</i>	145
§1 Le monopole avant la guerre : une opposition déjà marquée entre les modèles	145
A) La configuration de la radio sous la forme d'un monopole justifiée à sa naissance par la rareté des ondes	146
1) La justification du monopole en Grande-Bretagne fondée sur la protection des intérêts du public plutôt que celles des entrepreneurs.....	146
2) En France et en Italie, la configuration sous la forme d'un monopole du fait de l'assimilation au régime des postes et des télécommunications	148
B) Des modèles profondément marqués par le contexte politique	151
1) La conceptualisation précoce de la notion de service public audiovisuel au Royaume-Uni..	151
2) Un monopole instrumentalisé par le pouvoir politique en France et en Italie	153
§2 Des modèles en opposition croissante avant et pendant la Seconde Guerre mondiale	155
A) Le renforcement de l'indépendance vis-à-vis du gouvernement au Royaume-Uni ...	155
1) Les caractéristiques institutionnelles de la <i>BBC</i>	156
2) Le rôle important de <i>J. Reith</i> dans le développement de la <i>BBC</i>	158
B) Le contrôle politique et culturel sur le médium en France et en Italie	159
1) Un contrôle totalitaire sur les informations et la culture sous le fascisme	160
2) Contrôle politique et culturel sous <i>Vichy</i>	160

Chapitre 2 : La transformation de la notion dans la seconde partie du XXe siècle167

Section 1 : La dialectique contrôle/indépendance au cœur des débats sur le service public audiovisuel jusque dans les années 1980168

Sous-section 1 : Une opposition grandissante entre les modèles après la Seconde Guerre mondiale169

§1 Une opposition quant à l'avenir du monopole.....169

A) En France et en Italie, le choix du maintien du monopole170

1) Le monopole fondé sur l'article 43 de la Constitution en Italie170

2) Le monopole comme outil permettant le contrôle du pouvoir exécutif sur la télévision en France.....172

B) Le débat précoce autour de la libéralisation au Royaume-Uni174

1) La naissance du débat sur la légitimité du monopole175

2) Un débat intense menant à la mise en place d'un consensus177

§2 Une opposition grandissante jusque dans les années 70179

A) La stabilité du système dual au Royaume-Uni179

1) Des mécanismes de régulation importants prévus par la loi179

2) Une libéralisation aux conséquences mesurées181

B) L'instrumentalisation du concept de service public par le pouvoir politique en France et en Italie182

1) Le contrôle gouvernemental en France sous la période gaulliste.....183

2) Le contrôle du parti démocrate-chrétien en Italie186

Sous-section 2 : Une certaine convergence pour une meilleure définition des missions de service public.....190

§1 En Italie, la notion de pluralisme interne au secours du monopole190

A) Les conditions de légalité du monopole développées par la Cour.....190

1) La qualification du service public d'essentiel sur le fondement de l'article 43190

2) Le problème de l'indépendance saisi par la Cour.....194

B) L'échec de l'intervention du législateur.....197

1) Un raisonnement presque entièrement repris par le législateur197

2) Une loi renforçant la politisation du secteur.....199

§2 Au Royaume-Uni, le bilan de la libéralisation.....200

A) Le rapport Pilkington ou la redéfinition des missions de service public dans un contexte libéralisé200

1) Un rapport fondé sur des travaux sociologiques contemporains201

2) Des propositions d'importance visant à améliorer la qualité du contenu des programmes ..203

B) Un renforcement des contrôles pour une meilleure mise en œuvre des missions de service public	204
A) La distinction entre le critère organique et le critère matériel	206
B) La désagrégation de l'ORTF	207
Section 2 : Une libéralisation du secteur affaiblissant la notion de service public audiovisuel	212
<i>Sous-section 1 : L'hétérogénéité de la genèse du processus de dérégulation ...</i>	215
§1 Une libéralisation impulsée par la Cour constitutionnelle en Italie	216
A) La remise en cause de la réserve étatique au niveau local	216
B) La décision de 1981 : une étape de plus vers la libéralisation du secteur	218
§2 En France, la libéralisation impulsée par le législateur	221
A) Les arguments ayant poussé à la libéralisation du secteur	221
1) <i>Des arguments de nature politique</i>	221
2) <i>Des arguments de nature juridique</i>	223
B) La proclamation de la liberté de communication audiovisuelle	226
§3 Une dérégulation fondée sur des arguments idéologiques au Royaume-Uni	228
A) La croyance dans les vertus de la dérégulation	228
B) Une position paradoxale	230
<i>Sous-section 2 : Un processus de libéralisation rattrapé par la politique</i>	233
§1 En Italie, la libéralisation de fait au niveau national	233
A) Utilisation illégale de l'interconnexion modale par les diffuseurs privés	234
1) <i>Définition de l'« interconnexion modale »</i>	234
2) <i>Bataille juridique entre les juges judiciaires, la Cour constitutionnelle et le réseau Fininvest...</i>	235
B) La légalisation a posteriori d'un régime « transitoire » oligopolistique	236
1) <i>Intervention partisane du gouvernement</i>	236
2) <i>Intervention finale de la Cour constitutionnelle légitimant le régime transitoire</i>	238
§2 En France, les failles juridiques de la loi de 1982	241
A) L'attribution de la première concession de service public à la Cinq, un « coup de force » juridique	241
1) <i>Le choix de la concession de service public</i>	242
2) <i>La cristallisation des tensions politiques autour de « l'amendement Tour Eiffel »</i>	243
B) Les faiblesses juridiques de la Haute autorité	244

§3 L'indépendance menacée de la BBC	246
A) Les controverses politiques entre M. Thatcher et la BBC	247
1) <i>L'aversion de Margaret Thatcher envers la BBC</i>	247
2) <i>La cristallisation sur les Malouines et l'Irlande du Nord</i>	248
B) La tentative de contrôle de la BBC à travers des nominations politiques	250
2) <i>La fin du régime de concession de service public pour les opérateurs privés</i>	254
B) La suppression de la notion de service public entérinée par le Conseil Constitutionnel ..	255
1) <i>L'absence notable de la notion de service public</i>	255
2) <i>La décision du Conseil constitutionnel</i>	256
§2 La loi Mammi, ou l'institutionnalisation législative du système mixte ..	258
§3 Le bouleversement du duopole au Royaume-Uni	261
Titre 2 : Les sources supra-législatives du service public	
audiovisuel	271
Chapitre 1 : La spécificité du secteur public de l'audiovisuel	
reconnue par le droit européen	273
Section 1 : Les transformations de la notion de service public : la dialectique	
entre droit de l'Union et droits nationaux	275
<i>Sous-section 1 : La subsidiarité du service public, plus ou moins garantie selon</i>	
<i>les ordres juridiques avant l'introduction du droit de l'Union</i>.....	276
§1 L'intervention de la puissance publique en principe subsidiaire à	
l'initiative privée en France	277
A) Une jurisprudence d'inspiration libérale limitant l'intervention des collectivités	
locales sur le marché	277
1) <i>Activités de réglementation</i>	278
2) <i>Activités de prestation</i>	278
B) La liberté d'entreprendre consacrée par le Conseil constitutionnel sur le fondement de	
l'article 4 de la DDHC	280
§2 La priorité à l'idée de liberté au Royaume-Uni	282
A) Activités de réglementation	282
B) Activités de prestation.....	283
§3 L'avènement d'une économie mixte en Italie	284
A) Activités de réglementation	285

B) Activités de prestation.....	287
<i>Sous-section 2 : Une redéfinition des contours du service public sous l'influence du droit de l'Union</i>	290
§1 La résistance du « service public à la Française » face au droit européen de la concurrence	292
A) Les résistances doctrinales et jurisprudentielles à l'introduction du droit de la concurrence dans les services publics.....	292
B) La réconciliation entre service public et concurrence	295
1) <i>Consécration des règles de la concurrence dans le bloc de légalité administrative</i>	296
2) <i>L'évolution du contrôle de l'intervention des personnes publiques sur le marché</i>	297
§2 La recomposition de la notion de « servizio pubblico » sous l'effet du droit de la concurrence en Italie	299
A) La consécration du principe de libre concurrence par le législateur et le juge constitutionnel	299
2) <i>Du « servizio pubblico » au service universel</i>	301
§3 L'application du droit de la concurrence aux services publics en Grande-Bretagne	304
Section 2 : La protection du critère organique du service public audiovisuel par le droit européen	307
§1 Le service public audiovisuel saisi par le Conseil de l'Europe	307
A) La jurisprudence constructive de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la liberté d'expression.....	308
B) Des textes foisonnants adoptés par le Conseil des ministres	311
§2 La spécificité du secteur de l'audiovisuel reconnue par la Cour et par les traités.....	313
A) Le principe de pluralisme reconnu par la CJUE.....	313
B) La consécration du service public audiovisuel par le Protocole annexé au traité d'Amsterdam.....	316
1) <i>La spécificité de la qualification de service public par le protocole</i>	316
2) <i>Une conception organique et matérielle du service public audiovisuel</i>	319
Chapitre 2 : Les sources constitutionnelles du service public audiovisuel en droit interne	323
Section 1 : La reconnaissance en droit interne de libertés fondamentales liées au secteur de l'audiovisuel	323

<i>Sous-section 1 : La reconnaissance du principe de pluralisme par la Cour constitutionnelle italienne et le Conseil Constitutionnel français</i>	324
§1 La consécration prétorienne du principe de pluralisme en Italie	324
A) Profil actif et profil passif de la liberté d'expression.....	325
B) Le principe de pluralisme, un principe fondamental du secteur de l'audiovisuel	327
1) <i>La conceptualisation du pluralisme interne</i>	327
§2 Le principe de pluralisme, un objectif de valeur constitutionnel en France .	
331	
A) Le principe de pluralisme découlant de l'article 11 de la DDHC.....	332
1) <i>L'introduction de la DDHC dans le bloc de constitutionnalité</i>	332
2) <i>Un principe de pluralisme fondé sur une interprétation constructive de la DDHC</i>	334
B) La nécessité de conciliation entre plusieurs facettes de la liberté de communication	337
<i>Sous-section 2 : À la recherche d'un fondement en droit britannique</i>	341
§1 L'absence de sources constitutionnelles protégeant le service public audiovisuel.....	343
A) L'absence d'une reconnaissance du pluralisme par le common law	343
B) L'absence d'une Constitution écrite comme rempart pour la protection des droits ...	346
1) <i>La souveraineté du parlement</i>	346
2) <i>la rule of law</i>	349
§2 Un secteur de l'audiovisuel primordial pour sauvegarder le principe de citoyenneté.....	352
A) Un quasi-consensus sociétal autour de l'importance du service public audiovisuel...353	
1) <i>L'importance de l'audiovisuel reconnu par tous les livres blancs gouvernementaux</i>	353
2) <i>L'échec à la tentative de remise en cause des fondements juridiques du service public audiovisuel</i>	355
B) Un principe de citoyenneté non formulé, mais au centre de ce dispositif	358
1) <i>Le principe de citoyenneté, un principe largement conceptualisé en doctrine</i>	358
2) <i>Le service public audiovisuel contribuant à la mise en œuvre du principe de citoyenneté</i>	360
Section 2 : L'impossibilité pour les personnes privées de mettre en œuvre ces principes fondamentaux de l'ordre juridique	364
§1 L'impossibilité constitutionnelle d'imposer des obligations aux personnes privées en Italie.....	365
§2 Le rejet de la simple « market failure » en Grande-Bretagne.....	368
§3 Le modèle fondé sur l'opposition à la logique de marché	371

Titre 3 : La définition de la notion de service public audiovisuel en droit positif379

Chapitre 1 : La difficile définition des missions propres au secteur public dans les trois États383

Section 1 : La banalisation des missions confiées aux opérateurs publics dans un contexte libéralisé383

§1 En Grande-Bretagne, l'héritage d'un duopole de service public384

A) Des missions de service public imposées aux personnes privées dès la libéralisation ... 384

B) Des chaînes privées expressément chargées de la mission de service public385

§2 En France, des réformes contradictoires à la libéralisation du secteur....388

A) Des missions de service public sauvegardées à la libéralisation du secteur388

B) La quasi-disparition de la notion de service public dans la loi Léotard de 1986.....390

§3 Une faible distinction public/privé découlant de la loi Mammi en Italie 394

A) La loi Mammi et l'officialisation législative du système mixte394

B) Une réglementation donnant lieu à de nombreuses critiques doctrinales396

Section 2 : À la recherche de la spécificité des missions confiées aux opérateurs publics.....400

§1 Une tentative de clarification des missions du secteur public de l'audiovisuel en France401

La loi de 2000 permet la revalorisation législative de la spécificité du secteur public (A), mais l'homogénéisation des obligations entre émetteurs privés et publics se retrouve dans les textes réglementaires (B).401

1) *La tentative de revalorisation par la loi de la notion de service public*.....401

2) *Un texte législatif manquant de cohérence interne*403

B) Des sources réglementaires et contractuelles recréant l'homogénéisation entre missions de service public et obligations pesant sur les personnes privées.....404

1) *La dévolution d'obligations quantitatives par le cahier des charges*.....405

2) *L'existence d'une convention entre l'État et les personnes privées*407

A) La consécration des missions spécifiques de service public409

B) Les dispositions infra-législatives encadrant la prestation du concessionnaire411

1) *Les contrats de service*411

2) *Les linee-guide*.....413

§3 De la spécificité de la BBC	414
A) Une définition plus fine des obligations dans la charte royale	415
1) Une nouvelle crise durant le processus de renouvellement de la charte royale en 2005.....	415
2) Une définition des missions en entonnoir pour assurer une plus grande transparence et responsabilité	417
B) Une spécificité fondée sur le caractère public de la chaîne	421

Chapitre 2 : Un essai de conceptualisation des missions des chaînes publiques de l’audiovisuel427

Section 1 : Promouvoir la citoyenneté par la circulation des idées428

§1 L’honnêteté et le pluralisme de l’information.....	430
A) En Grande-Bretagne, la connotation qualitative du principe de « due impartiality »	432
B) En Italie, une conception également qualitative	436
C) En France, des obligations quantitatives de représentation des courants politique	438
1) Les problèmes posés par la distinction stricte opposition/majorité.....	441
2) Les problèmes posés par le décompte de l’intervention du Président de la République	443

§2 La représentation de la diversité culturelle448

A) En Grande-Bretagne, la nécessité d’une représentation des diverses communautés.	451
B) En France, la représentation de la diversité	455
C) En Italie, une conception minimaliste de la diversité	461

Section 2 : Le pluralisme et la qualité du contenu des programmes.....466

A) La plus ou moins grande reconnaissance d’un droit d’accès à la culture via l’audiovisuel public.....	466
1) Au Royaume-Uni, le rejet progressif du « paternalisme culturel »	467
2) En Italie, la reconnaissance de droits culturels sur le fondement du pluralisme interne	469
3) En France, l’imprécision volontaire du Conseil Constitutionnel	470
B) L’adoption d’une conception généraliste du service public audiovisuel	473
1) Un développement des missions autour du triptyque informer, éduquer, distraire au Royaume-Uni	474
2) Une offre diversifiée qui doit réunir tous les publics en France	476
3) Une conception encore assez paternaliste en Italie	477

§2 La qualité du contenu des programmes479

Partie 2 : La mise en œuvre de la notion de service public audiovisuel497

Titre 1 : L'effectivité relative du service public audiovisuel	501
Chapitre 1 : Analyse sociologique de la grille des programmes	505
Section 1 : Analyse de la grille des programmes en journée avec méthode quantitative	507
§1 Analyse purement quantitative fondée sur le genre des programmes diffusés	507
A) Méthodologie utilisée pour le premier plan méthodique raisonné	507
B) Résultats obtenus : une plus ou moins grande homogénéité des genres selon les États ..	509
§2 Une grande homogénéité des thèmes abordés dans les trois États	512
2) <i>Des thèmes plus diversifiés sur BBC 2</i>	<i>514</i>
B) L'apparence de la diversité des thèmes sur France Télévisions.....	515
C) En Italie, une plus grande homogénéité des thèmes	516
Section 2 : Analyse du respect du cahier des charges en France	518
§1 Les émissions à caractère musical et les spectacles vivants	519
Il nous faudra d'abord analyser si les émissions à caractère musical permettent effectivement de « faire connaître aux téléspectateurs les diverses formes de musique et de promouvoir les nouveaux talents » (A), pour s'intéresser ensuite à l'effectivité des dispositions concernant les concerts de musique classique (B) et enfin à celles concernant la diffusion de spectacles vivants (C).	519
A) Effectivité très partielle des dispositions concernant les émissions à caractère musical ..	519
1) <i>Des émissions effectivement consacrées à l'actualité musicale et aux nouveaux talents</i>	<i>520</i>
2) <i>La quasi-absence de diversité musicale en première partie de soirée</i>	<i>520</i>
3) <i>Musiques du monde</i>	<i>521</i>
B) L'effectivité relative des obligations liées à la musique classique.....	522
C) L'effectivité très relative des dispositions relatives à la diffusion des spectacles lyriques, chorégraphiques et dramatiques	523
1) <i>Les spectacles lyriques et chorégraphiques</i>	<i>524</i>
2) <i>Les spectacles dramatiques</i>	<i>524</i>
§2 Les fictions.....	527
A) Promesse éditoriale de France 2 et mise en oeuvre de cette promesse	528
B) Promesse de France 3 et mise en oeuvre de cette promesse	531

§3 Les promesses non remplies relatives aux documentaires	533
A) Les promesses grossissantes de France 2	534
1) <i>La case hebdomadaire « Infrarouges »</i>	535
2) <i>Les promesses concernant la première partie de soirée</i>	536
B) Les promesses ineffectives de France 3	538
1) <i>La promesse inefficace sur les documentaires environnementaux</i>	538
2) <i>Promesse concernant les documentaires historiques</i>	539
3) <i>La promesse effective des documentaires consacrés à la culture populaire</i>	540
Chapitre 2 : Analyse du contenu des programmes	545
Section 1 : Les magazines du matin, mêlant information et divertissement	547
§1 En France, l'exemple de télé-matin	550
A) la structure du programme	550
B) Le caractère hybride du ton des présentateurs	552
1) <i>La revue de presse du 20 juillet 2018</i>	552
2) <i>Un groupe d'enfants sauvé de la traite sexuelle par un tweet</i>	554
§2 L'exemple italien avec Unomattina estate	554
§3 L'exemple anglais avec BBC Breakfast	557
Section 2 : Les émissions de divertissement	560
§1 La convivialité privilégiée par rapport à l'apprentissage	560
B) L'individualisme exacerbé	563
1) <i>Les caractéristiques de l'individualisme sur la télévision publique</i>	563
2) <i>Les conséquences néfastes sur la cohésion sociale</i>	564
§2 Les dérapages italiens quant au statut de la femme	567
1) <i>L'omniprésence du corps féminin à la télévision</i>	567
2) <i>Le renforcement des stéréotypes féminins sur la RAI</i>	568
§3 Une convivialité factice entre des animateurs omniprésents et des participants « lambda »	570
A) Une convivialité factice ?	571
B) Des animateurs stars omniprésents, empêchant l'éclosion de nouveaux talents	571
Section 3 : L'analyse des journaux télévisés et des magazines politiques.....	573
§1 La prééminence des magazines de société durant le journal télévisé	573
A) Structure du journal télévisé	574
1) <i>Journal de 20 heures de France 2</i>	574
2) <i>Analyse du TG 1, ore 20:00</i>	577

B) Analyse comparée à l'aide de théories de sociologie des médias	578
§2 Analyse sémiologique des discours journalistiques sur France 2	582
A) Traitement de l'affaire Benalla par France 2	583
B) Un manque d'impartialité récurrent	587
1) <i>L'interview très critiquée de L. Delahousse</i>	588
2) « <i>La psychologisation de la vie politique</i>	589
3) <i>Le discours non journalistique de Nathalie Saint-Cricq</i>	591

Titre 2 : Les explications institutionnelles de l'ineffectivité599

Chapitre 1 : L'ineffectivité de la régulation en droit(s) interne(s)..601

Section 1 : La mise en place d'autorités indépendantes.....603

Sous-section 1 : Justification et critères de l'indépendance..... 603

§1 La remise en cause du modèle administratif dominant603

A) Genèse de ces autorités indépendantes604

1) *L'ambition de dépolitisation de secteurs clés de la vie économique*604

2) *La nécessité d'indépendance dans les secteurs où l'État agit comme opérateur et comme régulateur*608

3) *La protection des libertés fondamentales des citoyens*.....610

B) Des autorités formellement rattachées à l'administration, mais non liées par le principe hiérarchique.....612

1) *En France et en Italie, la création d'une nouvelle catégorie juridique : Les autorités administratives indépendantes*612

2) *L'utilisation de catégories déjà existantes au Royaume-Uni*617

§2 Une indépendance organique et fonctionnelle à degrés variables620

A) La plus ou moins grande indépendance organique.....620

1) *Les conditions de l'indépendance en Italie et en France*621

2) *Le principe de séparation vis-à-vis de l'exécutif au Royaume-Uni*624

B) L'indépendance fonctionnelle.....626

1) *Les moyens juridiques de l'indépendance fonctionnelle*626

Sous-section 2 : Fonctions des autorités administratives indépendantes et démocratie politique634

§1 La nature des fonctions des autorités indépendantes.....634

A) La finalité des fonctions de régulation confiées aux autorités administratives indépendantes.....635

1) *La finalité de la régulation selon la doctrine néo-libérale*.....636

2) *Critiques de la conception néo-libérale de la régulation*639

B) L'impossible neutralité.....	645
§2 Une indépendance suscitant des problèmes vis-à-vis des principes de démocratie politique	649
A) L'indépendance des autorités de régulation avalisées par la doctrine et le juge.....	650
B) La nécessité de renforcer les garde-fous assurant l'impartialité dans la prise de décisions.....	652
1) <i>De la légitimité majoritaire à la légitimité d'impartialité</i>	653
2) <i>La nécessité d'adopter des règles de procédures assurant l'impartialité pendant la durée du mandat</i>	657
Section 2 : L'attribution d'un pouvoir de sanction à ces autorités indépendantes	661
<i>Sous-section 1 : La naissance du pouvoir de sanction administrative.....</i>	661
§1 Des fondements juridiques différents aux sources de la sanction administrative	661
A) En France et au Royaume-Uni, un pouvoir de sanction fondé sur un lien particulier entre la personne publique et la personne privée	661
1) <i>En France, le fondement de l'autorisation administrative préalable</i>	662
2) <i>Du contrat à l'acte unilatéral de droit public</i>	664
B) En Italie, un pouvoir de sanction précocement fondé sur le principe de légalité	666
§2 L'encadrement législatif et constitutionnel du pouvoir de sanction administrative	668
1) <i>La constitutionnalisation de la réserve de loi en Italie</i>	668
2) <i>L'encadrement constitutionnel du pouvoir de sanction administrative en France</i>	670
3) <i>Un fondement contractuel en droit britannique</i>	672
B) La nature des mises en demeure et des injonctions	673
<i>Sous-section 2 : L'évolution du pouvoir de sanction des autorités de régulation dans le secteur de l'audiovisuel.....</i>	677
§1 La naissance du pouvoir de sanction consubstantielle à la naissance des autorités de régulation dans le secteur de l'audiovisuel	677
A) Au Royaume-Uni, la création précoce d'une autorité de régulation modifiée dans les années 80.....	677
1) <i>Des pouvoirs assez importants conférés à l'ITA</i>	677
2) <i>Une modification du système dans les années 80</i>	680
B) La naissance du pouvoir de sanction des autorités de régulation dans le secteur de l'audiovisuel en Italie et en France	683
1) <i>Un pouvoir de sanction étendu progressivement</i>	683

2) En Italie, l'attribution d'un pouvoir de sanction pécuniaire	686
§2 L'évolution du pouvoir de sanction dans les trois États	695
A) En France, l'homogénéisation des sanctions entre secteur public et privé.....	696
1) <i>Les problèmes d'applicabilité du régime de sanction prévu par la loi de 1986</i>	696
2) <i>Régime prévu par la loi de 1989</i>	698
B) En Italie, une régulation désormais surtout destinée aux opérateurs publics	701
1) <i>L'introduction de sanctions pécuniaires pour les opérateurs publics</i>	702
2) <i>Procédure en cas de constatation de manquement</i>	703
C) Au Royaume-Uni, le tournant de l'autorégulation.....	705
Section 3 : Une nouvelle forme de normativité en quête d'effectivité.....	711
§1 La multiplication du recours aux instruments de droit souple.....	714
A) Des différences significatives dans l'encadrement des différents pouvoirs	716
1) <i>Un contrôle strict par le Conseil d'Etat</i>	716
B) Conséquences de ces différences sur l'effectivité des obligations	720
§2 Les conséquences limitées du droit souple sur le comportement des destinataires	726
Chapitre 2 : Les éternels problèmes de gouvernance du secteur public de l'audiovisuel	733
Section 1 : Dépendance(s) et indépendance(s) vis-à-vis du pouvoir exécutif .736	
<i>Sous-section 1 : Les normes organisationnelles, reflet des conceptions plus ou moins neutres du service public audiovisuel avant la libéralisation</i>	<i>736</i>
§1 De la grande diversité des structures organisationnelles au sortir de la Seconde Guerre mondiale.....	737
A) En France, la RTF sous autorité directe du gouvernement.....	737
1) <i>Un service en régie créé en 1945</i>	737
2) <i>La création d'un EPIC « fantôme » en 1959.....</i>	740
B) En Italie, la RAI, toujours étroitement liée au pouvoir exécutif.....	742
1) <i>Les structures de gouvernance de la société concessionnaire</i>	742
2) <i>Une domination du Parti démocrate-chrétien expliquée par l'histoire politique du pays.....</i>	744
C) Au Royaume-Uni, l'indépendance vis-à-vis du gouvernement grâce à l'invention de la Corporation	745
1) <i>L'institution de la corporation par la charte royale.....</i>	745
2) <i>Des coutumes constitutionnelles instaurant l'autolimitation du Gouvernement et du Parlement</i>	748

§2 L'extrême instabilité des structures organisationnelles durant les années 70, une spécificité française.....	751
A) La création de l'ORTF, une Révolution institutionnelle manquée	751
1) De l'autorité à la tutelle	753
2) À la recherche de l'équilibre des pouvoirs entre conseil d'administration et directeur général ..	755
B) La crise de l'ORTF et la loi de 1972	760
1) La dénonciation de la mauvaise gestion de l'ORTF	760
2) L'échec de l'autonomie	764
Sous-section 2 : Des évolutions antagonistes à partir des années 70	768
§1 L'indépendance de la BBC en danger au Royaume-Uni	769
§2 En Italie et en France, un vent de libéralisation politique	771
A) En France, le choix de la décentralisation pour libéraliser le secteur.....	771
1) L'éclatement de l'office	772
2) Des formes nouvelles de gestion privée.....	774
B) En Italie, le choix de la parlementarisation pour couper le cordon ombilical avec le pouvoir exécutif	778
1) Le rôle central donné à la Commission parlementaire pour l'orientation et la surveillance des services radio-télévisuels	778
2) Le lien maintenu entre monde politique et audiovisuel public	780
Section 2 : Le contrôle gouvernemental, une problématique toujours d'actualité	783
Sous-section 1 : Les avancées relatives de l'indépendance dans les années 80.	784
§1 Des choix opposés en France et en Italie pour libérer la télévision publique de l'emprise du pouvoir exécutif	784
A) En France, la voie de l'autorité indépendante	785
1) La révolution de l'autorité administrative indépendante	785
2) Une indépendantisation certaine du système audiovisuel public	787
B) En Italie, le choix du renforcement de la parlementarisation	791
§2 Des tentatives de « dépolitisation » contournées dans les trois pays.....	793
A) La trop courte expérience du Conseil d'administration neutre en Italie.....	794
B) En France, les échecs politiques de la Haute autorité et de la CNCL.....	795
1) Des modifications législatives assurant la domination de la droite sur le système	796
2) L'échec de la CNCL.....	799
C) Une tentative de dépolitisation contournée au Royaume-Uni	801
1) La création d'une autorité indépendante chargée de superviser les nominations	801

2) La politisation de la BBC et les années Labour	803
Sous-section 2 : Une homogénéisation des structures organisationnelles vers un plus grand contrôle par les gouvernants.....	807
§1 Le cas français : des problèmes structurels d'indépendance et de gouvernance	807
A) Les tergiversations autour de la nomination des PDG des chaînes publiques, le reflet de la dépendance structurelle vis-à-vis du gouvernement	808
1) L'attribution de la nomination au Président de la République via la nouvelle procédure de l'article 13 de la Constitution sous le mandat de N. Sarkozy	808
2) Le retour à la situation précédente, une situation non plus satisfaisante.....	811
B) L'opacité des processus de prise de décisions	815
1) La très grande marge de manoeuvre laissée au Président	816
2) L'opacité de l'externalisation	817
A) En Italie, un système transitoire organisant la domination de l'exécutif sur le Conseil d'administration	821
1) La loi Gasparri et le régime transitoire	822
2) Le rééquilibrage des pouvoirs par la Cour constitutionnelle	824
B) Une réforme très politique du système de gouvernance de la BBC après l'affaire Kelly	828
1) Une procédure à la neutralité discutable	829
2) La suppression du « Board of governors » et son remplacement par le BBC Trust	832
§3 Des réformes récentes renforçant la concentration du pouvoir dans les mains du directeur général pour améliorer la gestion.....	833
A) En Italie, une réforme renforçant les pouvoirs de l'administrateur délégué, nommé directement par le gouvernement.....	833
1) La modification du mode de nomination des membres du Conseil d'administration	834
2) La concentration des pouvoirs dans la personne de l'administrateur délégué, nommé par le gouvernement	836
B) La suppression du BBC Trust au Royaume-Uni	837
1) Contexte politique	837
2) La création d'un conseil d'administration unipolaire	838
Titre 3 : Les explications liées au régime de financement	845
Chapitre 1 : Le financement interne de la télévision publique dans les trois pays étudiés.....	849
Section 1 : Le financement public du service public audiovisuel.....	850

§1 Une qualification différente de la redevance dans les trois États	850
A) En France, la redevance paradoxalement qualifiée de taxe.....	850
1) <i>Des doutes sur la qualification de la redevance</i>	850
2) <i>La jurisprudence du Conseil constitutionnel</i>	852
B) En Italie, la requalification de la redevance comme un impôt	855
1) <i>L'absence de lien entre le paiement et la possibilité de jouir effectivement du bien</i>	856
2) <i>La qualification comme impôt de la redevance</i>	858
C) Au Royaume-Uni, une taxe liée à l'utilisation collective d'un bien commun	859
1) <i>La création de la licence fondée sur la nécessité de préserver les intérêts des seuls téléspectateurs</i>	859
2) <i>Régime juridique de la licence fee</i>	862
§2 Tentative d'interprétation des différences de qualification	864
A) Cadre d'analyse : le lien entre le mode de financement et l'utilité du service pour la collectivité.....	864
B) Résultats de l'analyse.....	868
Section 2 : Le financement commercial des chaînes publiques.....	871
§1 Financement par la publicité	871
A) Le cas français : la suppression étonnante de la publicité après vingt heures	872
1) <i>L'instauration de la publicité et la mise en place de la concurrence</i>	872
2) <i>La suppression de la publicité après vingt heures et ses conséquences</i>	874
B) Le financement par la publicité en Italie.....	876
§2 Le financement par la commercialisation des programmes	877
A) En France, la nécessité de recourir plus systématiquement à la production interne...878	
B) La commercialisation et l'exportation des programmes au Royaume-Uni	879
Chapitre 2 : Les paradoxes du contrôle par la Commission européenne de la légalité des aides d'État	883
Section 1 : Une communication permettant de clarifier le contrôle de la légalité du financement public de la radiodiffusion	884
§1 Des débats juridiques et politiques entourant le financement par la redevance des chaînes publiques	885
A) Contexte d'adoption du Protocole sur le système de radiodiffusion public dans les États membres.....	885
1) <i>Contexte politique</i>	885
2) <i>Contexte juridictionnel</i>	886

B) Nature de la contribution : aide d'État, contrepartie à un service fourni ?	888
1) <i>L'hypothèse de la contrepartie à un service fourni</i>	889
2) <i>L'hypothèse de l'aide destinée à promouvoir la culture pouvant être considérée comme compatibles avec le marché intérieur</i>	891
3) <i>Une compensation de service public qualifiée d'aide d'État</i>	892
§2 Les communications de la Commission « concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État » ..	895
A) La conciliation entre la formulation du Protocole et l'article 106§2 TFUE	895
B) Conditions nécessaires à la dérogation sur le fondement de l'article 106§2 TFUE ...	897
1) <i>Définition de la mission de service public</i>	897
B) Le contrôle de proportionnalité.....	902
1) <i>La liberté de choix entre le système unique et le système mixte</i>	902
2) <i>Un contrôle comptable et fondé sur le marché</i>	903
Section 2 : les ambivalences du contrôle de proportionnalité	909
§1 Un processus de conciliation des différents intérêts menant à une politique incohérente.....	909
A) Le marché, l'outil de prédilection pour la Commission et la Cour	910
1) <i>Le respect des règles de concurrence privilégié par rapport au bien-être du consommateur</i>	910
2) <i>Les limites d'une construction européenne fondée sur le seul respect des règles de concurrence</i>	912
B) Le contrôle des règles de concurrence : du droit à la politique	915
1) <i>Le rôle désormais central de la Commission européenne</i>	915
2) <i>L'incohérence juridique des politiques parfois édictées</i>	916
§2 La répartition ambiguë des compétences entre les États membres et l'Union.....	918
A) La définition de la mission de service public, une compétence des États membres ..	919
1) <i>Une répartition a priori claire des compétences</i>	919
2) <i>Quelles conséquences de l'adoption de l'article 16 TCE sur cette répartition des compétences ?</i>	921
3) <i>Certaines obligations positives mises à la charge des entreprises chargées de la mise en oeuvre des SIEG</i>	925
B) La répartition des compétences dans le secteur de l'audiovisuel et de la culture.....	926
1) <i>Un secteur originellement ignoré par les traités</i>	926
2) <i>Les possibilités d'action de l'Union grâce à l'article 167 TFUE</i>	928
Conclusion générale :	935

Bibliographie	939
Textes juridiques de référence	1013
Liste des arrêts et décisions	1020

Le service public audiovisuel dans les Etats membres de l'Union européenne. Etude comparée Italie, France, Royaume-Uni

La multiplication des plateformes de transmission audiovisuelles et l'arrivée des offres délinéarisées, telles que celles proposées par Netflix, amènent aujourd'hui à s'interroger sur le rôle que doit jouer le service public audiovisuel dans un tel environnement. Cette thèse a pour objet d'étudier les raisons juridiques qui justifient en Italie, en France et au Royaume-Uni, la sauvegarde d'un secteur public de la radio-télévision, financé par des fonds publics, dans un environnement libéralisé, et sa protection par le droit de l'Union européenne. Elle vise à conceptualiser juridiquement la mission de service public audiovisuel telle qu'elle est définie par les législateurs français, britannique et italien, étape nécessaire pour s'intéresser ensuite à l'effectivité d'une telle définition dans la réalité sociale qu'elle entend régir. Le constat d'une relative ineffectivité des dispositions constitutionnelles, législatives et réglementaires encadrant la prestation de service public audiovisuel nous pousse ensuite à mettre en exergue les facteurs juridiques qui permettent de l'expliquer. Cette relative ineffectivité pose en effet des problèmes démocratiques et juridiques, car seule une distinction effective du contenu des chaînes publiques vis-à-vis des chaînes privées permet de justifier le financement par le contribuable du service public audiovisuel, considéré comme fondamental au bon fonctionnement des démocraties européennes.

Mots clés : Service public audiovisuel ; Droit comparé ; Missions de service public ; Effectivité ; Régulation ; Gouvernance des entreprises publiques ; Aides d'Etat ; Espace public ; Sociologie de la télévision

Public service Broadcasting in the European Union. A comparative study between France, Italy and the UK.

The rapid evolution of technologies in the Communication sector has allowed operators in the market to multiply and to use new tools to provide their content. This multiplication raises the issue of Public Broadcasters' role and legitimacy on the market today. The study first emphasizes the legal reasons for the safeguarding of a public-funded system of broadcasting in Italy, France and the UK, also protected by European Union law. It then seeks to conceptualise legally the public service broadcasting remit as defined by French, Italian and UK Parliaments. This conceptualisation is necessary to further question the effectiveness of such a definition in the social reality. The finding of ineffectiveness in the implementation of this mission leads us to highlight the legal factors behind it. Such ineffectiveness raises indeed the issue of the public funding's legitimacy, which is nevertheless regarded as fundamental for the democratic nature of European societies.

Key words : Public service broadcasting ; Comparative Law ; Public service remits, ; Effectiveness ; Regulation ; Corporate governance in state owned companies ; State aid ; Public sphere ; television studies

