Comment limiter l'expansion de l'audiovisuel public allemand ?

Victor Henle

Traducteur : Isabelle Bourgeois

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rea/975>

DOI : 10.4000/rea.975

ISBN : 978-2-8218-0870-6

ISSN : 1965-0787

Éditeur

CIRAC

Édition imprimée

Date de publication : 1 juillet 2008

Pagination : 27-36

ISSN : 1156-8992

Référence électronique

Victor Henle, « Comment limiter l'expansion de l'audiovisuel public allemand ? », *Regards sur l'économie allemande* [En ligne], 87 | juillet 2008, document 3, mis en ligne le 01 juillet 2010, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/rea/975> ; DOI : 10.4000/rea.975

Comment limiter l'expansion de l'audiovisuel public allemand ?

Victor Henle

L'Allemagne affronte actuellement les mêmes défis que la France : mettre son service public de l'audiovisuel en conformité avec le droit communautaire. Néanmoins, entre les travaux de la Commission Copé et les négociations en cours outre-Rhin sur l'avenir des missions du service public, les approches divergent fondamentalement. Les questions à régler sont pourtant les mêmes : comment financer, dans un environnement médiatique en profonde mutation du fait des évolutions technologiques et de sa constitution en marché, le développement du secteur public sans fausser le jeu de la concurrence par ces aides d'Etat auxquelles s'assimile la redevance ? Ensuite, comment justifier à l'avenir une exception statutaire et budgétaire pour un type d'acteurs seulement ? Alors que, dans les autres services d'intérêt général en voie de libéralisation comme les télécommunications ou les activités postales (voir REA 78/06 et 85/07) dont les opérateurs historiques sont en cours de privatisation, la solution consiste à définir des obligations de service universel, l'exception culturelle de l'audiovisuel s'accompagne de l'existence d'un secteur public doté d'une mission particulière. Il convient dès lors de moderniser et de clarifier celle-ci pour éviter aussi que sa garantie de financement ne mène à une garantie illimitée de développement.

Si la France cherche à se mettre en conformité avec le droit européen en supprimant les recettes publicitaires des opérateurs publics, ce qui les soustrait à la concurrence sur le marché publicitaire, sans augmenter significativement la redevance en contrepartie, l'Allemagne fait un tout autre choix. Non seulement, le service public verra augmenter sa redevance en 2009 (voir REA 86/08), mais il conserve aussi ses ressources publicitaires (voir à la fin de ce numéro). Dès lors, les préoccupations allemandes se focalisent moins sur le mode de financement de l'audiovisuel public que sur la définition de ses missions à l'ère du numérique. Comme d'habitude, les négociations s'effectuent outre-Rhin sur la place publique. Mais comme les vecteurs de l'information sont en l'occurrence juge et partie, la qualité des débats est d'une rare virulence. Elle est exacerbée par le fait que l'audiovisuel relève des Länder, que donc 16 gouvernements doivent se mettre d'accord sur un nouveau cadre réglementaire, et par le fait que le contrôle des activités du service public s'effectue en interne dans chacune des sociétés opératrices, statutairement autonomes et indépendantes des gouvernements des Länder. Les négociations sur l'avenir de l'audiovisuel public allemand à l'ère du numérique s'enrichissent ainsi d'un troisième débat, portant sur l'organisation future de la régulation spécifique au service public de l'audiovisuel. (IB)

L'Allemagne est actuellement le théâtre d'une guerre picrocholine, déclenchée par la Commission européenne, et dont l'enjeu est l'audiovisuel public – plus précisément : l'offre de services en ligne par celui-ci et la définition à donner à cette nouvelle mission. Trois camps s'affrontent : celui de l'audiovisuel public (ARD et ZDF), celui de leurs concurrents privés et des éditeurs de presse ; au milieu, celui des responsables de la réglementation des médias, les Länder, sur lesquels se concentre le feu. Depuis des semaines, la presse écrite tire à boulets rouges sur ses adversaires, diffusant dans l'espace public, avec une ardeur jusque-là inconnue en Allemagne, les arguments du lobby des éditeurs. Radios et chaînes publiques ripostent par des émissions où l'on chercherait en vain la neutralité et la

Victor Henle a dirigé, de 1992 à 2007, l'instance de régulation de l'audiovisuel privé du Land de Thuringe (*Thüringer Landesmedienanstalt*). Il a été vice-président et chargé des affaires européennes de la Conférence permanente des Directeurs des *Landesmedienanstalten*, en charge de la régulation des opérateurs nationaux. Depuis 2007, V. Henle exerce en tant qu'expert de la régulation des médias.

factualité d'habitude au cœur de leur éthique journalistique : elles présentent la réglementation à venir comme un retour à « l'ère de la censure », voire comme un nouveau « Plan Morgenthau », du nom de ce ministre américain qui, après 1945, aurait aimé rejeter l'Allemagne à l'état de pays agricole !

Une procédure pour aides d'Etat a mis le feu aux poudres

C'est la fédération de l'audiovisuel privé *Verband Privater Rundfunk und Telemedien* (VPRT) qui avait déclenché les hostilités en saisissant la Commission européenne il y a cinq ans, amenant celle-ci à intervenir. Au milieu des années 1990, quelque dix ans après l'instauration progressive de « l'Ordre dual de la radiodiffusion » (*duale Rundfunkordnung*) outre-Rhin, le secteur privé s'était en effet établi quasi à égalité face au secteur public (voir REA 75/06). Et les opérateurs privés s'étaient mis à multiplier les critiques sur une distorsion de la concurrence engendrée par le financement des opérateurs publics par la redevance.

L'offre pléthorique de l'audiovisuel public allemand (offre standard et gratuite)

Dans l'offre standard, accessible gratuitement à tous les Allemands, du moins en mode analogique, le service public fournit environ la moitié des chaînes disponibles et un quart des radios. Le duopole privé (RTL Group et ProSiebenSat.1 ; voir REA 75/06) fournit l'autre moitié de l'offre TV gratuite (l'offre complémentaire payante est résiduelle outre-Rhin en comparaison de la France) ; quant aux quelque 150 radios privées, elles sont en grande partie aux mains des éditeurs de presse.

- **ARD.** Ce groupement de travail fédère les 9 établissements régionaux qui couvrent un ou plusieurs Länder (*Landesrundfunkanstalten*) et dont chacun diffuse en moyenne 5 radios, réalise une chaîne généraliste desservant son Land ou ses Länder d'implantation (la plupart avec des décrochages régionaux), mais également diffusée par satellite sur l'ensemble du territoire. Brême coopérant avec le NDR (Hanovre, Hambourg et Kiel), on dénombre au total 7 de ces « 3^{èmes} chaînes ».

Les mêmes établissements réalisent conjointement une chaîne généraliste destinée à être diffusée sur l'ensemble du territoire allemand : la « Une ». A cette offre généraliste analogique s'ajoutent des thématiques numériques : *Eins Extra* (information), *Eins Plus* (éducation) et *Eins Festival* (culture). S'y ajoute en outre *BRα*, TV éducative et culturelle de l'établissement bavarois (*Bayerischer Rundfunk*).

- **ZDF.** L'établissement *Zweites Deutsches Fernsehen* (Mayence) est commun à tous les Länder et réalise une généraliste à diffusion nationale : la « Deux », ainsi qu'une série de thématiques numériques : *ZDF Info*, *ZDF Doku* et *ZDF Theaterkanal*.

- **ARD et ZDF** coopèrent en outre pour la réalisation de thématiques : *3sat* (chaîne culturelle germanophone réalisée avec les TV suisse et autrichienne), *ARTE*, *Phoenix* (chaîne documentaire et parlementaire), *KiKa* (pour enfants), et prévoient de lancer une chaîne pour mobiles.

- **DeutschlandRadio.** Cet établissement est commun à tous les Länder. Il a deux antennes, dont les émissions sont destinées à l'ensemble du territoire allemand : *Deutschlandfunk* (Cologne ; information et culture) et *Deutschlandradio Kultur* (Berlin). Il projette le lancement de radios numériques.

La Commission demande à l'Allemagne de revoir sa réglementation

Les législateurs allemands restant sourds à leurs revendications, à savoir la limitation de l'expansion de l'audiovisuel public dans des activités n'entrant pas, selon la VPRT, dans les attributions liées à leur mission de service public, la fédération s'était tournée vers la Commission européenne. D'abord de manière informelle à l'automne 2002, avant de la saisir officiellement d'une plainte en avril 2003. La Commission européenne ouvre alors une enquête au titre de l'art. 17 de la procédure sur les aides d'Etat à l'issue de laquelle elle établit en mars 2005 un constat provisoire : le mode de financement du service public en Allemagne n'est pas conforme aux règles communautaires relatives aux aides d'Etat dans le domaine de la radiodiffusion. Elle émet des préconisations et engage la République fédérale à prendre position sur le dossier.

Länder, Bund, Bruxelles – une articulation complexe des compétences médiatiques

Du fait de la répartition sectorielle des compétences législatives au sein de la République fédérale, toute démarche de la Commission déclenche un processus collectif complexe de négociation entre le Bund (échelon fédéral) et les Länder. En effet, d'un côté, chaque Land est souverain sur son territoire en ce qui concerne la législation de 'son' audiovisuel (ce qui implique que, dans les questions intéressant tous les Länder, ceux-ci adoptent des dispositions communes par voie contractuelle, les traités conclus ayant alors force de loi sur l'ensemble du territoire). De l'autre, le gouvernement fédéral est le représentant unique des intérêts de la RFA au sein de l'UE. L'articulation entre Bund, Länder et l'échelon communautaire est réglée par l'art. 23 de la Loi fondamentale (Constitution) et une loi détaillant les dispositions concrètes. Dans les cas où un domaine relève des compétences législatives exclusives des Länder (comme l'audiovisuel), le gouvernement fédéral transfère à un représentant des Länder, élu par le *Bundesrat* – la deuxième chambre du parlement allemand, qui les représente à l'échelon fédéral –, les compétences pour négocier au nom de l'Allemagne avec la Commission européenne ou le Conseil. Une fois l'accord conclu, celui-ci constitue la position officielle défendue par le gouvernement fédéral.

Les responsables et les experts allemands ne partagent pas l'analyse de la Commission mais, soucieux d'éviter un débat de fond avec la Commission, d'autant que les positions allemandes auraient été indéfendables devant la Cour européenne de justice, ils engagent des négociations et parviennent à un compromis. En avril 2007, conformément à l'art. 19 de la procédure sur les aides d'Etat, la Commission adresse au gouvernement fédéral une décision. Ce texte de 90 pages, surnommé la « *Lettre de l'art. 19* », enjoint à l'Allemagne de mettre en œuvre d'ici avril 2009 les termes du compromis adopté sur les aides d'Etat. C'est là l'objectif du « 12^{ème} Contrat modifiant le Contrat d'Etat sur la radiodiffusion » (12. *Rundfunkänderungsstaatsvertrag*) qui est au cœur des virulents débats actuels. L'ébauche de ce contrat inter-étatique que négocient actuellement les gouvernements des Länder et qui, une fois ratifié par leurs parlements, aura force de loi dans toute l'Allemagne, est de nature à transformer en profondeur l'organisation de l'audiovisuel allemand – une réforme qui eût été impossible sans l'intervention de « Bruxelles ».

Au cœur des débats : la négociation du 12^e Contrat d'Etat révisant le régime du service public

Les Contrats d'Etat qui réglementent l'audiovisuel en Allemagne

Chaque Land a sa propre réglementation qui repose sur deux lois : la Loi sur la radiodiffusion (*Landesrundfunkgesetz*) qui fixe statut, organisation, missions, type d'offre et lignes directrices pour la programmation des établissements publics ; la Loi sur les médias (*Landesmediengesetz*) qui réglemente le secteur privé et qui institue une instance de régulation (*Landesmedienanstalt*) dont elle définit également les statuts, l'organisation, la mission et le financement.

Les questions impliquant plusieurs Länder ou tous sont réglées de manière contractuelle : les Länder concluent alors des Contrats d'Etat. A l'issue d'un processus de négociation par les gouvernements des Länder, leurs ministres-présidents paraphent les Contrats d'Etat qui doivent être adoptés à l'unanimité, puis les transmettent chacun à son parlement pour ratification. Si le parlement d'un Land refuse de voter le Contrat, celui-ci est considéré comme rejeté, et la procédure doit être relancée depuis le début.

Ces Contrats d'Etat sont nombreux, et s'appliquent aux domaines les plus divers. Le texte qui a fonction de 'loi audiovisuelle' dans toute l'Allemagne est le « Contrat d'Etat sur la radiodiffusion dans l'Allemagne réunie » (*Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinten Deutschland*) du 31-08-1991, qui succède à celui qui avait été conclu en 1987. Le Contrat de 1991 rassemble divers traités dont le Contrat d'Etat sur la Radiodiffusion (*Rundfunkstaatsvertrag*) qui est le texte fondateur de l'actuelle organisation du paysage audiovisuel allemand puisqu'il réglemente la coexistence public-privé introduite en 1987 et le dispositif de régulation spécifique à l'audiovisuel privé.

La dynamique du paysage médiatique allemand a amené les Länder à réviser ce texte à neuf reprises déjà. Le 10^{ème} Contrat d'Etat amendant celui de 1987 entrera en vigueur le 02-09-2008 après ratification par les 16 parlements des Länder. En juin 2008, les Länder ont signé le 11^{ème} (hausse de la redevance) dont l'entrée en vigueur est prévue au 01-01-2009. Et le 12^{ème}, en cours de négociation pour satisfaire aux exigences de la Commission, doit entrer en vigueur au plus tard le 01-05-2009.

Pour « Bruxelles », la redevance allemande est une aide d'Etat

La redevance n'est pas une aide d'Etat – tel est le credo allemand qui repose sur les bases suivantes : la réglementation accorde à la redevance un statut particulier qui fait qu'elle ne relève pas des budgets publics ; diverses dispositions garantissent par ailleurs que ce mode de financement ne confère pas aux établissements publics une position menant à une distorsion de la concurrence. Le système allemand de la redevance présente quelques particularités en comparaison de celui des autres Etats membres, et dont la principale est la grande indépendance statutaire du secteur public de l'audiovisuel par rapport à l'Etat que requiert son autonomie éditoriale.

Dans la doctrine allemande, la redevance n'est pas une aide d'Etat

Le Tribunal constitutionnel fédéral, qui est l'acteur déterminant pour le droit allemand de l'audiovisuel (celui-ci relève en effet du droit constitutionnel), exige que les législateurs adoptent des dispositions et des procédures qui garantissent que le financement de l'audiovisuel par la redevance ne puisse donner lieu à aucune prise d'influence politique, directe ou indirecte, sur le contenu éditorial. Cette garantie concerne la procédure de fixation du montant de la redevance, ses modalités de prélèvement et l'emploi de cette ressource par les établissements.

Le droit allemand des médias est de source constitutionnelle

Le système de financement par la redevance de l'audiovisuel public allemand

La Loi fondamentale (Constitution) garantit aux établissements publics de radiodiffusion le droit à un financement en adéquation avec leur mission. Actuellement, les recettes issues de la redevance s'élèvent à près de 8 milliards €, répartis entre les membres de l'ARD (5,9 milliards €), la ZDF (1,9 milliard €) et DeutschlandRadio (180 millions €). Le montant de la redevance, déterminé tous les 4 ans, est actuellement de 17,03 € par mois. Il passera à 17,98 € au 1^{er} janvier 2009.

La réglementation afférente est fixée par les Länder dans deux Contrats d'Etat :

- le « Contrat d'Etat sur la redevance » (*Rundfunkgebührenstaatsvertrag*). Il fixe les modalités relatives au prélèvement de la redevance (et au régime d'exonération). Celle-ci est due par tout particulier ou toute entreprise détenteur d'un poste de réception (radio, TV et désormais PC) ; le multi-équipement n'est pas pris en considération. Chaque établissement est créancier du produit de la redevance sur son territoire. Ce sont donc les établissements qui la prélèvent en toute autonomie (*via* une centrale qui leur est commune) et en gèrent le produit comme ils l'entendent. Les pouvoirs publics n'ont donc aucune prise sur son produit, puisque celui-ci ne relève pas du budget du Land ou des Länder et qu'il échappe donc à leur contrôle parlementaire. La redevance n'est en effet pas une taxe (comme en France), mais une sorte de cotisation due par la collectivité des citoyens qui a confié aux établissements publics la charge de réaliser pour leur compte des programmes audiovisuels. Pour le dire autrement : si les fonds issus de la redevance sont publics, ils ne sont pas étatiques ;

- le « Contrat d'Etat sur le financement de l'audiovisuel » (*Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag*). Il régit la procédure selon laquelle est révisé à intervalles réguliers le montant de la redevance, ainsi que la péréquation relative à une partie du produit de la redevance entre les membres de l'ARD, un système de redistribution solidaire (quelque 50 millions € actuellement).

La révision du montant de la redevance s'effectue en plusieurs temps. D'abord, les établissements publics font état de leurs besoins ; leur estimation prévisionnelle est ensuite soumise au contrôle externe de la Commission d'évaluation des besoins financiers des établissements de radiodiffusion (*Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten, KEF*), composée de 16 experts indépendants. Celle-ci transmet enfin ses propres propositions (légitimité d'une hausse et montant retenu) aux Länder qui décident certes en dernier ressort, mais doivent justifier toute décision se distinguant des préconisations de la KEF.

En 2007, parce que les Länder avaient convenu d'une hausse inférieure de 0,28 € à celle prônée par la KEF, les établissements publics avaient saisi le Tribunal constitutionnel fédéral. Il a invalidé cette décision, considérant que les raisons invoquées par les Länder (modération de la hausse pour ménager le pouvoir d'achat en phase de faible croissance conjoncturelle) n'étaient pas suffisamment établies, voire reposaient sur des prémisses en partie erronées (voir REA 86/08).

Pour la Commission, la redevance allemande est une aide d'Etat

Les subtilités des règles garantissant en Allemagne l'indépendance de l'audiovisuel public par rapport à l'Etat ont laissé de marbre une Commission préoccupée par l'application de la doctrine communautaire en matière d'aides d'Etat. Elle considère donc que la redevance allemande est une aide d'Etat (art. 87 § 1 du Traité CE) et ce, pour trois raisons :

- le financement des établissements de radiodiffusion publics est garanti par l'Etat. Cette garantie découle de l'obligation faite aux Länder d'assurer aux établissements un financement qui leur permette de remplir leur mission (garantie constitutionnelle de maintien et de développement). Cette obligation n'est assortie d'aucune contrepartie ;
- ce sont les Länder qui fixent le montant de la redevance, et ces derniers ont transféré aux établissements la prérogative de la prélever directement. Il en appert d'une part que le produit de la redevance est soumis à un contrôle étatique ; d'autre part, comme sa perception s'effectue par un acte administratif, que la redevance entre dans la catégorie des prélèvements obligatoires ;
- du fait de leur statut de collectivité de droit public, les établissements ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés, ce qui leur confère un avantage concurrentiel. Toutefois, ils tirent également une partie de leurs revenus d'activités commerciales (publicité, cession de droits, location de studios, autres prestations immobilières). Or comme la stricte distinction entre ces deux types de revenus est délicate à opérer, les administrations fiscales procèdent à une estimation forfaitaire de leurs bénéfices. Les ratios retenus sont de 16 % pour les recettes publicitaires, de 25 % en matière de cession de droits et de 40 % en ce qui concerne la mercatique comme les baux immobiliers.

Il faut noter cependant que la catégorisation de la redevance comme aide d'Etat par la Commission n'a aucune incidence en droit allemand, puisque cette aide est classée comme « pré-existante », et donc considérée comme légitime dans son principe.

Quelle mission pour l'offre complémentaire publique de TV numérique et de services en ligne?

Cette aide légitime doit en revanche être conforme aux règles en vigueur au sein du marché communautaire. La Commission a donc déplacé la problématique de la justification de ce mode de financement vers la question de la définition de la mission d'intérêt général exercée par les membres de l'ARD et la ZDF et les obligations qui en découlent. Si les Etats membres ont entière latitude pour ce faire, une définition précise de cette mission publique est indispensable pour permettre à la Commission d'évaluer si les services anciens et nouveaux offerts dans ce cadre n'altèrent pas la concurrence dans la Communauté.

La Commission n'a pas incriminé la définition en vigueur en Allemagne pour l'offre analogique. Les Länder n'en ont pas moins inséré dans le texte du « 12^{ème} Contrat modifiant le Contrat d'Etat sur la radiodiffusion » en projet les précisions suivantes : la mission de l'audiovisuel public est de « *répondre aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société* », de délivrer « *un aperçu conséquent de l'actualité internationale, européenne, nationale et régionale dans les principaux domaines de la vie des citoyens* » et de « *promouvoir l'entente entre les peuples, l'intégration européenne et d'entretenir le lien social à l'échelon de la fédération et des Länder* ».

La Commission a par contre jugé insuffisante la définition de la mission du service public en ce qui concerne l'offre complémentaire de TV numérique et les nouveaux services Internet. Jusqu'ici en effet, les chaînes numériques étaient vaguement définies comme « *à dominante culturelle, éducative et informative* ». Le Contrat d'Etat à venir s'enrichit donc d'un arsenal de précisions purement rhétoriques et, encore plus, tautologiques. Ainsi, la mission éducative est désormais décrite comme une offre relative aux domaines suivants: « *sciences et technologies, enfance et jeunesse, éducation, histoire, religions, sciences naturelles* » et ainsi de suite. Les obligations faites aux établissements de l'ARD et à la ZDF pour concrétiser cette mission dans leurs programmes sont un peu plus précises. Elles font l'objet d'un texte qui doit être adopté par le conseil de surveillance des établissements et sera ensuite publié dans les journaux officiels des Länder.

Le cœur de la problématique des aides d'Etat est constitué par les nouveaux services Internet que développe le service public. Ces services sont désignés depuis mars 2007 par le terme de « télémedias » (*Telemedien*), un être hybride qui ne correspond à aucune catégorie juridique précise et qui tente un compromis entre le média classique qu'est la télévision et un portail Internet. On aurait pu les désigner plus simplement comme une offre en ligne. Or lorsqu'un opérateur public propose ce type de services, il entre en concurrence avec une multitude d'acteurs privés qui sont financés par le marché. Dès lors se pose avec bien plus d'acuité que pour les activités traditionnelles de radiodiffusion la question de savoir si ces services en ligne relèvent des services d'intérêt économique général et quels sont, d'autre part, les contenus qui n'entrent pas dans cette définition. Autrement dit : *quid* des jeux, des bourses de contacts, des forums ou des calembours vous permettant de choisir l'assureur le plus avantageux?

Dans l'état actuel du droit, le secteur public est autorisé à offrir des services en ligne, mais seulement si leurs contenus sont « *liés aux programmes* ». La Commission n'accepte pas cette définition qui ne précise pas si cette offre doit apporter une valeur ajoutée par rapport à celle des opérateurs déjà présents sur le marché. Or une telle précision permettrait aux autres offreurs d'évaluer plus facilement leurs chances d'accès au marché et mettrait les organes de surveillance des opérateurs publics dans la position de contrôler efficacement la réalisation de leur mission. Pour satisfaire à ces exigences, les Länder se sont accordés sur le système d'un « *test en trois étapes* » (*Drei-Stufen-Test*).

La première étape : la mission traditionnelle de l'audiovisuel public est élargie aux nouveaux services en ligne. La deuxième : cette offre est limitée aux contenus

Précision de la définition de la mission pour l'offre analogique...

... et pour l'offre numérique

Mais sous quel angle considérer l'offre en ligne ?

Quelle valeur ajoutée pour une offre publique en ligne ?

Au cœur des débats : le « test en trois étapes » pour l'évaluer

liés à l'actualité et réalisés par les rédactions selon les critères du journalisme ; cette définition est précisée dans l'exposé des motifs du 12^{ème} Contrat d'Etat en cours de négociation. Une annexe à ce même Contrat dresse une « *liste négative* » d'exemples concrets illustrant les offres illicites. Troisième et dernière étape : obligation est faite à ces services en ligne de permettre à toutes les catégories de la population de participer à la société de l'information, de s'orienter dans la vie, et de développer la « *compétence médiatique* » de toutes les générations et de toutes les minorités. C'est ce système à trois étages qui nourrit la guerre picrocholine qui fait rage au sein du monde médiatique allemand.

Tir croisé sur la mission élargie du service public

Editeurs de presse et opérateurs privés contre un 'Internet public'

La première cible des critiques est l'ancrage *expressis verbis* des services en ligne dédiés à l'information dans les missions du service public. Les opérateurs privés et les éditeurs de presse considèrent en effet que ce troisième pilier d'activités (après la radio et la TV) n'est pas compatible avec la mission impartie aux programmes audiovisuels. Ils estiment au contraire que la fonction de ces nouveaux services électroniques ne peut être que de venir en soutien à l'offre radio-phonique et télévisuelle. Si cela n'était pas le cas, le secteur public, protégé par son mode de financement particulier, pourrait se livrer sans risque à une expansion illimitée sur un marché où le secteur privé offre depuis longtemps des services d'une grande diversité et d'une haute qualité.

Les Länder d'accord pour limiter dans le temps la mise en ligne de contenus

C'est donc la question de savoir jusqu'où un secteur financé par des fonds publics peut démultiplier son offre sur un segment de marché présentant une offre pléthorique de supports d'information qui se trouve au cœur des conflits. Les Länder prévoient de définir diverses limitations temporelles et en matière de contenus qui vont au-delà des préconisations de la Commission. A la mi-juin, leurs ministres-présidents sont ainsi parvenus, après une longue discussion dans l'espace public, à un accord de principe sur la régulation future de ces activités. Une fois les termes de cet accord précisés, ils les présenteront à la Commission, puis soumettront le texte définitif à la procédure législative allemande.

ARD et ZDF contre une limitation de la mise en ligne de contenus en complément de l'antenne

Pour éviter les distorsions de concurrence, l'accord prévoit d'exclure d'office de l'offre Internet de l'audiovisuel public : publicité, parrainage, informations générales à l'échelon local, œuvres audiovisuelles et cinématographiques acquises. Les éditeurs de presse craignent toutefois que l'interdiction concernant l'information locale ne suffise pas à réduire le risque de concurrence « déloyale » faite à la presse quotidienne locale. En ce qui concerne la durée de la mise en ligne des émissions diffusées à l'antenne, l'accord prévoit une limitation à sept jours, délai réduit à 24 heures pour les grands événements sportifs. La même limitation de sept jours s'applique aux contenus mis en ligne en complément des émissions diffusées. Ces dispositions-là suscitent un tir nourri de la part des opérateurs publics qui s'insurgent contre cette « *obéissance aveugle* » aux désirs de la Commission et vont jusqu'à y voir une surenchère typique d'un « *sonderweg* » allemand. Ce qu'ils se gardent bien de dire, c'est que ces dispositions leur laissent une grande latitude : les opérateurs doivent définir la ligne de leur offre Internet conformément aux critères de la catégorie des « *télémédias* » et la faire approuver par leurs organes de contrôle interne. Or si la durée de la mise en ligne des contenus connaît des limitations dans cette catégorie aussi, il n'est fait mention nulle part du délai de sept jours.

Les éditeurs veulent une limitation de la « presse électronique »...

Autre pomme de discorde : les contenus sans lien avec les programmes. Elle fait monter au créneau les éditeurs de presse qui incriminent l'expansion illimitée du service public qu'elle permet et concentrent leur tir sur la notion de « *presse électronique* » (*elektronische Presse*). Ce type d'offre est certes interdit dans la catégorie des contenus sans lien avec les programmes, mais pas dans celle des contenus liés. Plus important encore : la définition du concept de « *presse électronique* » étant jugée trop peu précise, les éditeurs considèrent qu'elle ouvre grand

la porte à la multiplication de portails d'information publics, financés par la redevance. Or ils redoutent cette nouvelle concurrence à un moment où, pour perdurer, la presse écrite doit s'appuyer sur l'offre d'information en ligne. Ils plaident donc pour une redéfinition de ce concept dans la catégorie des contenus sans lien avec les programmes et, dans celle des contenus liés, pour une limitation des activités de « presse électronique » à la mise en ligne de résumés des programmes diffusés.

Sur la base de cette polémique et des contre-propositions présentées, les ministres-présidents des Länder ont reformulé leur texte. La « presse électronique » se définit désormais ainsi : « *une offre assimilée à la presse, qui ne se résume pas à la version électronique des quotidiens ou périodiques, mais qui s'étend à toute offre rédactionnelle semblable par sa forme et son contenu à un quotidien ou un périodique* ». Mais le service public peut toujours offrir ces nouveaux services dans la catégorie des contenus liés aux programmes.

Il faut dire aussi que certains éditeurs de presse ont miné leur position par leur propre stratégie de coopération avec l'audiovisuel public. Le géant allemand de la PQR, le groupe WAZ (Essen) dont les titres tirent à 1,3 million d'exemplaires en Allemagne avait récemment conclu avec le plus grand des établissements publics, le Westdeutscher Rundfunk (Cologne) un accord l'autorisant à mettre en ligne ses émissions radio et TV régionales sur le portail de son principal titre (www.der-westen.de). Cette « *coopération modèle* » née à l'instigation du gouvernement du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie s'est attirée les foudres de l'opinion comme des médias. Et la fédération VPRT des opérateurs privés a annoncé qu'elle allait intenter contre le WDR un recours en conformité juridique auprès du gouvernement du Land.

... les Länder refusent

Le « test en trois étapes », nouveau système de contrôle pour les nouveaux services de l'audiovisuel public...

La nouvelle procédure de régulation de l'offre à venir de l'audiovisuel public (chaînes numériques et services en ligne) est un « *test en trois étapes* » (*Drei-Stufen-Test*) inspiré du « *public-value-test* » en vigueur à la BBC. Mais alors que le système allemand a été 'imposé' par le droit communautaire, celui de la BBC était né dans le contexte du renouvellement de sa licence (intervenu le 01-01-2007) et des réflexions sur la modernisation de sa gouvernance. Les deux approches se distinguent également en ce qui concerne leur domaine d'application et les critères comme la méthode d'évaluation. Alors que dans le cas de la BBC, le test s'applique à l'ensemble de l'offre, le test allemand en trois étapes s'applique seulement lorsqu'un opérateur public décide de lancer une nouvelle offre ou d'apporter une modification conséquente à une offre existante. Enfin, le test britannique est effectué par le *trust* de la BBC qui, à la différence des conseils de surveillance des établissements publics allemands, se compose d'experts exerçant à temps plein.

Une évaluation inspirée du *public-value-test* de la BBC

Dans la première étape du test allemand, les projets sont d'abord examinés pour savoir s'ils correspondent à la mission de service public, c'est-à-dire s'ils servent les besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société. Ensuite, pour savoir s'ils apportent à celle-ci une valeur ajoutée. Cela implique que soient recensés et pondérés les besoins des bénéficiaires en matière d'information et de communication. Quels sont leurs types d'émission préférés, quels sont les modes de réception privilégiés, linéaires ou non, en différé, etc ? La principale difficulté réside dans la pondération : quelle est la pertinence comparée, pour la société, d'une émission de divertissement et d'information ? La question est vaine par définition, puisqu'il n'existe aucune méthode valide pour opérer une telle pondération.

Première étape du test : l'offre en ligne est-elle conforme à la mission publique ?

La deuxième étape est encore plus épineuse. Elle se concentre sur une question clef : l'apport qualitatif de l'offre en projet à la « concurrence des contenus médiatiques » (*publizistischer Wettbewerb*). Les critères à prendre en considération

Deuxième : quel apport qualitatif à la « concurrence des contenus médiatiques » ?

pour cette évaluation relèvent du casse-tête : volume et qualité de l'offre existante sur le marché pertinent, contribution à la formation de l'opinion qu'apporte le projet en comparaison de l'offre existante, impact prévisionnel de ce projet sur l'ensemble du marché. Or une étude qualitative du marché implique l'identification de l'offre concurrente ; une analyse prévisionnelle du marché renvoie elle aussi à l'épineuse question de la méthodologie et des critères à mettre en œuvre. En ce sens, la deuxième étape présente au moins le mérite de forcer à se pencher sur ce qu'il faut entendre par « *contribuer à la formation de l'opinion* » et à tenter de préciser à quels contenus s'applique cette mission : à la seule information sur la vie politique, sociale, culturelle et économique ou également à tout ce qui influence la pensée et le comportement des individus ? Une thématique musicale, une chaîne de télé-achat, un magazine *lifestyle* sont-ils aussi importants ou pertinents pour l'opinion qu'une émission politique des grands médias ?

Troisième : évaluer le ratio coût/rendement d'utilité publique

La troisième étape se consacre au financement de cette offre. La Commission se contente d'évoquer la nécessité d'examiner le coût prévisionnel du projet. Mais au moins deux aspects demandent une étude plus approfondie. En premier lieu : le budget prévisionnel tient-il compte de tous les facteurs de coûts, et son montant est-il plausible ? Ensuite, et c'est là le point crucial : l'évaluation du coût du projet en relation avec son apport d'utilité publique. Elle implique une évaluation plus que délicate du ratio coût/rendement. Jürgen Heinrich, professeur d'économie des médias à l'Université de Dortmund, estime que le problème de l'évaluation de l'apport d'utilité publique n'est ni conceptuel ni méthodologique, mais qu'il se laisse aisément résoudre par le recours à l'imagination et à un raisonnement logique. Son collègue de l'Université d'Iéna, Wolfgang Seufert, doute quant à lui qu'il soit possible seulement de déterminer par recensement un tel apport. S'il est possible de déterminer de la sorte le bénéfice que tire un individu d'un bien isolé, comme il est d'usage en marketing, il est à l'inverse absolument impossible de mesurer le bénéfice de biens collectifs aux propriétés aussi hautement complexes que l'audiovisuel, et qui sont le fruit d'une négociation politique de surcroît.

... défie le mode allemand de régulation du service public

Aux difficultés conceptuelles et méthodologiques de ce « *test en trois étapes* » s'ajoute la question de la procédure de contrôle. Le conseil de surveillance des établissements publics de l'audiovisuel étant l'émanation de la société, et ce contrôle s'effectuant en interne dans chaque établissement, c'est donc à ce conseil qu'il revient de décider de l'opportunité d'un tel test lorsque le président (*Intendant*) soumet à son appréciation le projet de lancement d'un nouveau service. Or pour pouvoir l'évaluer, le conseil doit disposer d'un nombre conséquent de données. Mais qui les recense et comment ? Et en admettant que ces données existent, comment les mettre en relation et en tirer les conclusions nécessaires à la prise de décision ?

Les organes de contrôle interne de l'audiovisuel public allemand

« Les établissements de radiodiffusion de droit public ont un statut sui generis : ce sont des personnes morales bénéficiant de la capacité juridique ; elles sont dotées de l'autonomie financière et de la responsabilité administrative. Elles se définissent à la fois par un critère fonctionnel (mission de service public : Grundversorgung) et par un critère organique (leur structure spécifique) » (Bourgeois, 1993). Indépendants de l'Etat, émanation de la collectivité des citoyens, ces établissements sont soumis à un contrôle interne par cette dernière.

La structure de chaque établissement comporte trois organes :

- l'*Intendant* dirige l'établissement, en porte la responsabilité éditoriale et en est le représentant légal ;
- le conseil de surveillance (*Rundfunkrat* ; *Fernsehrat* à la ZDF) décide de la ligne éditoriale et exerce le contrôle des programmes. Concrétisation du contrôle par la collectivité des citoyens, il se compose de représentants de la société civile organisée (fédérations professionnelles, syndicats, Eglises, associations...) et d'un nombre restreint de représentants du monde politique (parlementaires, partis politiques) ; il compte, selon l'établissement, entre 24 et 74 membres. Dans la plupart des établissements, ce conseil élit l'*Intendant* ;
- le conseil d'administration (*Verwaltungsrat*), qui comprend moins de dix membres, contrôle la gestion de l'établissement, vote le budget et donne *quittus* à l'*Intendant*. Dans certains établissements, il peut proposer, voire élire l'*Intendant*. Dans la plupart des établissements publics, sa composition est largement dominée par le politique, notamment par les chefs de gouvernement des Länder.

Ce test révèle les limites du modèle allemand du contrôle des établissements par la société civile. La collectivité y est représentée par ses organisations (corps intermédiaires) au sein du conseil de surveillance où s'exprime ainsi l'ensemble de l'éventail des opinions. Or les membres du conseil ne sont donc, par définition, pas des experts des médias ; et ils remplissent leur fonction à titre honorifique. Certes, l'approche représentative qui fonde ce contrôle depuis la fin de la Guerre est noble, mais le modèle ne résiste pas à la réalité du monde numérique ni encore moins à la complexité du « *test en trois étapes* ». La seule taille de ces conseils qui comptent près d'une cinquantaine de membres en moyenne (voire 74 à la ZDF) limite l'efficacité de la prise de décisions. Sans parler de la difficulté à fédérer en une ligne d'action des *desiderata* aussi divers que ceux des parents d'élèves, des féministes, des élus, des syndicalistes ou des patrons. S'ajoute enfin ce que les détracteurs de ce modèle désignent sous le nom de « déficit mental » ; ils reprochent en effet aux membres des conseils de ne pas réellement vouloir exercer leur mission de contrôle ; mais ces derniers en ont-ils seulement les compétences ? Bien entendu, dans l'espace public, les responsables des établissements et de leurs organes s'inscrivent en faux contre cette critique – mais sans jamais y apporter une réponse argumentée et fondée.

Le contrôle interne inadapté à l'ère du numérique

Dans ce contexte, et pour réduire les risques inhérents au recours à l'expertise interne, a émergé l'idée de confier la procédure du « *test en trois étapes* » à des experts externes. La riposte du service public fut immédiate : une violation de l'autonomie des établissements ! Et la procédure relative à la mise en œuvre de la phase préliminaire du test, telle que l'a adoptée en décembre 2007 le conseil de surveillance de la ZDF illustre l'esprit de la ligne de défense adoptée : à aucun moment il n'est fait mention dans ce texte d'une expertise externe. Les Länder, quant à eux, se sont distanciés de cette opposition, comme le révèle la modification apportée au texte du projet du 12^{ème} Contrat d'Etat : si dans une première version, le recours à l'expertise externe pour évaluer l'impact des nouveaux services sur le marché médiatique était une simple recommandation, il est désormais une obligation.

Le service public s'oppose à tout contrôle externe

Mais la Fédération VPRT des opérateurs privés ne se contente pas de cette mesure qui répond à l'injonction faite par la Commission de permettre à des tiers de s'exprimer sur ce point. Non seulement, ces tiers devraient pouvoir contribuer à l'évaluation de l'impact des nouveaux services sur le marché, mais aussi à celle de leur impact sur la « *concurrence des contenus médiatiques* », les deux aspects étant indissociablement liés, argumentent-ils. La VPRT revendique donc pour l'essentiel l'instauration d'une commission d'experts externe aux établissements, compétente pour l'ensemble du secteur public. Elle serait chargée de mettre en œuvre le « *test en trois étapes* » pour le compte de chaque conseil de surveillance et dresser sur cette base un rapport d'évaluation qui serait transmis aux conseils pour guider leurs choix.

Les opérateurs privés désirent être associés à l'évaluation

La VPRT demande en outre à ce que toute entreprise concernée soit habilitée à donner son avis ou à porter plainte devant cette commission et que cette dernière soit tenue d'établir toute la transparence requise sur ses orientations stratégiques. Les Länder ont donné partiellement suite à ces revendications dans leur ébauche du « 12^{ème} Contrat modifiant le Contrat d'Etat sur la radiodiffusion » : le projet de nouveau service à évaluer, de même que la décision prise à l'issue du test devront être rendus accessibles par Internet, et la mise en ligne annoncée par voie de communiqué de presse. Enfin, cette procédure comme cette décision seront soumises au contrôle légal du Land concerné, c'est-à-dire de son gouvernement, avant d'être publiées dans le journal officiel du Land.

Länder : mise en place d'un dispositif assurant la transparence des décisions

LES INSTITUTIONS ÉTABLIES DE LONGUE DATE comme celles de l'audiovisuel public allemand ont une nette propension à ne pas refuser ouvertement de relever des défis désagréables, mais de les prendre en considération *pro forma* afin de mieux les transformer ensuite en stratégie d'auto-défense. C'est ainsi qu'elles restent maîtresses du *statu quo*. L'approche défensive, peu ouverte au compromis, dont

ont fait preuve jusqu'ici la ZDF et les membres de l'ARD laisse à penser que le test d'évaluation de l'apport public de leurs nouveaux services sera victime lui aussi de cette tradition. C'est pourquoi, malgré son caractère foncièrement novateur (bien que perfectible), ce nouvel outil de contrôle ne mènera pas à une réforme de fond de l'audiovisuel public allemand. Et, on le regrettera plus encore, il ne contribuera en rien à l'émancipation de ses organes de contrôle par rapport au pilotage du système des médias par le pouvoir exécutif. Certes, à l'issue du processus de révision de la réglementation, les législateurs auront réalisé un travail considérable – mais la réalité n'aura guère évolué. Aucun opérateur public n'aura à craindre de voir achopper sur un test visant à en évaluer le bien fondé dans l'intérêt général le projet de lancement d'une thématique numérique ou d'un portail Internet de plus.

(Traduction : I. Bourgeois)

Indications bibliographiques

- *Anmerkungen des VPRT zum Entwurf des 12. RÄndStV*, 26-03-2008 (www.vprt.de)
- *BDZV : Brüssel muss ein Machtwort sprechen*, 12-06-2008 (www.bdzv.de)
- *Bitkom kritisiert Gebühreneinsatz für Internet-Offensive der Öffentlich-Rechtlichen*, 11-06-2008 (www.bitkom.org)
- **BOURGEOIS I.**, *Radio et télévision publiques en Allemagne. Un modèle à l'épreuve de la nouvelle Europe, et Radios et télévisions privées en Allemagne. Entre la loi et le marché*, Travaux et Documents du CIRAC, 1993 et 1995
- **BOURGEOIS I.**, « Audiovisuel : l'avenir protégé du service public allemand », et « Springer/ProSiebenSat.1 : quel droit de la concurrence ? », *Regards sur l'économie allemande*, n°86/08 et n°75/06
- **BUNDESVERFASSUNGSGERICHT**, *Entscheidung zur Festsetzung der Rundfunkgebühr*, 11-09-2007 (www.bverfg.de/entscheidungen/rs200700911_1bvr227005.html)
- « Die Öffentlich-rechtlichen verzerren den Wettbewerb » interview de l'éditeur de presse Hubert Burda, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21-05-2008
- **DEUTSCHER BUNDESTAG**, *Schlussbericht der Enquête-Kommission „Kultur in Deutschland“*, 11-12-2007 (<http://dip.bundestag.de/btd/16/070/1607000.pdf>)
- **DÖRR D.**, « Eine Chance. ARD und ZDF sollten den Drei-Stufen-Test ernst nehmen », *epd medien* n° 34/2008
- **BDI**, «Dritte Säule» des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Internet nicht gerechtfertigt. Positionspapier zu den Beratungen des 12. RÄndStV, 20-05-2008 (www.bdi.eu)
- **EBERLE C.-E.**, « Der öffentlich-rechtliche Funktionsauftrag im Internet », *epd medien* n° 47/2008
- **HENLE V.**, « Wie testet man Public Value ? Ein vergleichender Blick auf das britische Verfahren », *epd medien*, n° 92/2007
- **HENLE V.**, *Das gesellschaftsplurale Ordnungs- und Kontrollmodell des deutschen Rundfunks. Überlegungen zu einer Reform*, Arbeitspapier n° 12, Hans-Bredow-Institut an der Universität Hamburg, juin 2002
- **KLEIST T., SCHEUER A.**, « Klärung von Grundsatzfragen. Die EU überprüft die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks », in *Funkkorrespondenz*, n° 10/2005
- *La concentration des médias à l'ère du numérique. Quelle prévoyance pour le marché et le citoyen ?* Dialogue franco-allemand sur les médias, organisé conjointement par la TLM, la LfM et le CIRAC, Berlin, 2006 (compte rendu disponible sur : www.cirac.u-cergy.fr). Actes à paraître prochainement aux Editions du CIRAC
- **LIBERTUS M.**, « Die Revision des EU-Regulierungsrahmens für elektronische Kommunikation. Problematik aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks », *Media Perspektiven* n° 5/2008
- *Mitteilung der Bundesregierung an die Europäische Kommission. Staatliche Beihilfen E 3/2005. Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – Deutschland*, in *epd medien*, n° 38/2005
- *Mitteilung der Generaldirektion Wettbewerb der EU-Kommission zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland*, Bruxelles, mars 2005, in *Funkkorrespondenz*, n° 10/2005
- **SCHNEIDER N.**, « Das Luhmann'sche Gesetz : Anmerkungen zum Stil des medienpolitischen Streits », *epd medien* n° 49/2008
- *VPRT legt Vorschlag zur Umsetzung des „Drei-Sufen-Tests“ für gebührenfinanzierte Angebote vor*, 19-03-2008 (www.vprt.de).