

LE *MUST CARRY*, OU COMMENT RÉGULER LA POLITIQUE AUDIOVISUELLE ?

FRANÇOIS JONGEN

Le câble est-il un simple conduit permettant le passage de contenants? Un mode de transmission des programmes audiovisuels qui, à la différence de la diffusion hertzienne terrestre ou du satellite, permet un degré élevé d'interventionnisme étatique? Un outil essentiel de politique audiovisuelle?¹

La première hypothèse semble devoir être radicalement exclue. Même dans les pays réputés les plus libéraux dans le domaine de la radiodiffusion, les législateurs n'ont pas laissé s'installer un "laissez faire, laissez aller" pur et dur dans le domaine de la télédistribution.

Historiquement, la deuxième hypothèse a parfois dominé. Que ce soit pour de bonnes ou de mauvaises raisons, les pouvoirs en place ont longtemps vu dans le câble un précieux goulet d'étranglement par le contrôle duquel il était possible de limiter la liberté de réception des téléspectateurs. Aujourd'hui, si de tels réflexes interventionnistes sous-tendent encore certaines normes, on constate une volonté manifeste de donner un tour plus positif aux lois et règlements qui régissent le câble : on est alors en droit de parler de véritables politiques audiovisuelles même si, comme toutes politiques, ces politiques sont susceptibles de faire l'objet de critiques d'opportunité.

En réalité, l'évolution enregistrée au cours des dernières années dans la gestion juridique du câble correspond, *mutatis mutandis*, à celle que l'on a pu observer dans l'organisation de l'audiovisuel public : ce qui était autrefois pensé comme monopole d'état tente de se donner aujourd'hui, dans un environnement ouvert à la concurrence, le visage d'un établissement public au service de la collectivité. On est passé semblablement d'une perception négative à une conception positive de principes pourtant parfois similaires.

Quels types d'obligations l'autorité — législative ou réglementaire — peut-elle mettre à charge des télédistributeurs pour réaliser une politique audiovisuelle?

Les obligations des télédistributeurs

Le plus souvent, il s'agira d'obligations de contenu, c'est-à-dire visant à déterminer le type de programmes communiqués. Parfois, également, on trouvera dans les législations applicables des obligations d'accessibilité, visant à protéger les diffuseurs contre d'éventuels abus de position dominante des télédistributeurs. Enfin, on peut imaginer que des obligations techniques soient imposées aux exploitants, en considération par exemple de la situation de monopole dont ils disposent.

Le rôle de ces obligations dans la réalisation d'une politique audiovisuelle globale doit toutefois être relativisé à la lumière du taux de couverture du câble : se trouve-t-on, ou ne se trouve-t-on pas, dans un ressort territorial où la télédistribution est le vecteur dominant, voire exclusif, d'acheminement des programmes de télévision? Si l'on s'y trouve, on pourra conférer aux opérateurs du câble, et on devra même leur conférer, un rôle actif dans la politique audiovisuelle ; si par contre ces opérateurs ne détiennent

François Jongen est professeur invité à l'Université catholique de Louvain et avocat au Barreau de Bruxelles.

dans le marché de l'acheminement des programmes qu'une position marginale, il paraît illusoire de leur y faire jouer un rôle déterminant.

Ainsi, en France, le niveau assez faible de pénétration de la distribution par câble fait que les règles adoptées dans ce domaine par le législateur ou par le CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel) n'ont qu'un impact assez limité sur l'ensemble de la politique audiovisuelle du pays : les questions des exclusivités de diffusion pour les films coproduits par Canal +, ou de l'exclusivité de diffusion des chaînes hertziennes généralistes sur le bouquet TPS, seront par exemple bien plus déterminantes. En Belgique, par contre, le rôle des télédiffuseurs dans les politiques audiovisuelles des communautés sera essentiel compte tenu de ce qu'ils constituent, dans l'état actuel des choses et pour longtemps encore, un point de passage obligé pour tout programme de télévision.

■ Obligations de contenu

Parmi les obligations de contenu du câble, on peut distinguer deux types de mesures de politique audiovisuelle : les mesures positives, qui visent à encourager ou favoriser la distribution de certains types de programmes, et les mesures négatives qui visent au contraire à empêcher ou à limiter la distribution de certains types de programmes.

Ressortissent à la première catégorie ce qu'il est convenu d'appeler les *must carry*, c'est-à-dire les programmes dont la retransmission est rendue obligatoire par le législateur ou l'autorité réglementaire compétente. Participent de la seconde les *may carry if*, c'est-à-dire les programmes dont la retransmission n'est permise aux câblo-opérateurs que moyennant l'autorisation préalable de l'instance de régulation — gouvernement ou autorité indépendante. Entre ces deux comportements qui procèdent d'un même interventionnisme dans la gestion du câble, on peut — à tout le moins théoriquement car le modèle ne semble pas exister à l'état pur — imaginer un libéralisme pur : les télédiffuseurs sont libres de retransmettre ce qu'ils souhaitent, et ce sans autorisation préalable. C'est, on l'aura compris, le régime du *may carry*.

Dans la pratique, le régime du *may carry* n'existe que combiné avec un certain nombre de *must carry* : c'est par exemple le cas aux États-Unis ou aux Pays-Bas. Ou encore, depuis que la Cour de justice des Communautés européennes est venue rappeler les principes de libre circulation découlant de la directive « Télévision sans frontières »², en Belgique.

Sans doute est-il exagérément schématique de présenter les choses en positif ou négatif. Une accumulation de *must carry*, mesure en principe positive, peut avoir pour effet de surcharger à ce point les canaux des télédiffuseurs que la distribution d'autres programmes est, *de facto*, empêchée. Inversement, une politique très poussée de *may carry*

if, mesure à tout le moins restrictive sinon négative, peut procéder d'une démarche volontariste qui vise à servir une politique audiovisuelle : il est constant en effet que les conditions mises à la distribution de certains programmes sont en réalité des conditions imposées aux diffuseurs eux-mêmes plutôt qu'aux câblo-opérateurs.

Ainsi, quand la Communauté française subordonnait à la signature d'une convention avec son gouvernement la distribution sur le câble de chaînes étrangères, en assortissant éventuellement d'une obligation d'investissements la signature de cette convention, elle le faisait moins dans un souci de gestion du câble qu'avec l'intention de stimuler son industrie de production audiovisuelle. Intention certes louable dans son principe, mais qui présenta le double inconvénient de n'être que partiellement appliquée (seules les nouveaux entrants furent effectivement soumis à l'obligation de convention) et d'être en contradiction avec le droit communautaire, qu'il s'agisse des règles du traité relatives à la libre prestation de services ou des dispositions de la directive consacrant la libre retransmission dans l'Union européenne des programmes autorisés dans un État membre.

Quoi qu'il en soit, ce régime des *may carry if* est en voie de disparition. S'il subsiste dans la législation française une obligation de conventionnement avec le CSA pour toutes les chaînes non nationales, cette disposition paraît manifestement contraire à l'article 2 bis de la directive « Télévision sans frontières » dans la mesure où elle s'appliquerait aux chaînes autorisées par un État membre de l'Union européenne. En Belgique, de récentes modifications législatives sont intervenues pour limiter désormais aux seules chaînes en provenance d'États non membres de l'Union européenne l'obligation d'obtenir une autorisation d'être distribué sur les réseaux câblés.

De façon assez regrettable, une telle autorisation reste requise en Communauté française pour la distribution des chaînes en provenance d'autres communautés. Ici, on peut considérer sans nul doute que le *may carry if* est un outil, non de politique audiovisuelle, mais de politique communautaire : c'est une assez belle survivance de ce que le câble peut être un terrain privilégié d'interventionnisme gouvernemental dans l'exercice de la liberté de réception, et on peut d'ailleurs douter que ce régime soit pleinement conforme à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le régime le plus fréquent devient dès lors celui du *may carry*. Il s'impose désormais dans l'Union européenne pour tous les programmes en provenance d'un État membre, mais aussi, à tous les signataires de la Convention télévision transfrontière du 15 mars 1987, pour les programmes en provenance d'autres pays signataires.

On parlera à mon sens de *may carry* même quand les législateurs adoptent une formulation apparemment condi-

tionnelle : ainsi, quand l'article 82 h de la *Mediawet* néerlandaise autorise l'exploitant d'un réseau à distribuer les programmes de tiers lorsque la personne ou l'institution responsable de la forme et du contenu du programme est habilitée par la loi (ou en vertu de la réglementation étrangère applicable) à fournir un tel programme. c'est un *may carry* et non un *must carry* puisque aucun pouvoir d'autorisation préalable n'est conféré au Commissariat aux Médias.

Reste à évoquer les *must carry* qui, s'ils ne constituent pas le dernier ni même le seul outil de politique audiovisuelle, n'en sont pas moins les plus répandus actuellement dans le domaine du câble. Tous les législateurs appelés à organiser le régime juridique des réseaux de télédistribution imposent en effet l'une ou l'autre forme de *must carry*.

On le voit : il y a une grande diversité dans les *must carry*. Le système allemand va même encore plus loin puisque l'ensemble de l'offre des réseaux câblés est fixée par les autorités de régulation dans chacune des autorisations.

On peut tenter de catégoriser les divers types de *must carry*. Il y a, d'abord, ceux qui visent à imposer aux télé-distributeurs de fournir une offre au moins égale à celle qui peut être reçue par voie hertzienne. On comprend la *ratio legis*, mais on ne peut s'empêcher de penser que pareille obligation est un peu surabondante : quel serait en effet l'intérêt commercial d'un réseau payant qui n'offrirait pas au moins ce qui est susceptible d'être reçu gratuitement ?

On relève ensuite des *must carry* qui visent à garantir la distribution de programmes qui, sinon, n'auraient que des chances limitées d'avoir accès au câble : ce sont par exemple les programmes éducatifs non commerciaux tels que visés par le Communications Act américain, ou les programmes des organismes internationaux auxquels participent la RTBF visés par le décret audiovisuel de la Communauté française. Ici, on peut parler de véritable politique audiovisuelle, exercée directement et à des fins culturelles.

Il y a enfin des *must carry* qui ne sont pas liés à la nature et au contenu d'un programme, et qui n'ont apparemment d'autres raisons que de garantir à des diffuseurs la distribution de leur programme. C'est par exemple le cas de *must carry* portant sur les chaînes privées ou, en Communauté française, sur les organismes de télévision payante. Dans le cas belge, et particulièrement en Communauté française, le *must carry* apparaît ainsi comme une sorte de récompense conférée par le législateur aux télévisions qui ont signé avec le gouvernement des conventions par lesquelles elles s'engagent à certains achats, coproductions, créations d'emplois ou investissements, ou en tout cas à certaines de ces télévisions. C'est ainsi qu'on a vu l'ancien *may carry* *if* subordonnant la distribution des chaînes étrangères européennes à la signatu-

re d'une convention avec le gouvernement se transformer, après constat de la non conformité de ce système aux règles de libre retransmission de la directive, en *must carry* imposé au bénéfice de celles de ces chaînes qui signeraient une telle convention³. Ici aussi, on peut considérer que le *must carry* est l'expression d'une politique audiovisuelle : mais il devient un outil indirect, et servant des objectifs économiques et non plus culturels. L'idée est en effet d'offrir une contrepartie à des investisseurs, et non de permettre aux téléspectateurs de voir des programmes dont la simple application des lois du marché les priverait peut-être.

Cette tentative de catégorisation amène évidemment à une question centrale : quelle est la raison d'être d'un *must carry* ou, en d'autres termes, au bénéfice de qui est-il établi ?

Histoire de faire de nécessité vertu, certains télé-distributeurs ont tenté de faire valoir le point de vue selon lequel l'existence d'un *must carry* les dispenserait de l'obligation d'obtenir des chaînes concernées l'autorisation de procéder à une nouvelle communication du programme et, partant, de rémunérer les ayants droit. L'idée était originale, mais n'a pas convaincu le juge qui a répondu que « l'existence de la créance de caractère civil que la RTBF et la BRTN puisent dans la loi de 1994 est sans relation avec l'obligation de caractère administratif mise à charge des câblodistributeurs par les décrets précités et la loi du 30 mars 1995 » et « qu'en imposant aux câblodistributeurs de diffuser certains programmes, ni les Communautés ni l'État fédéral ne les ont dispensés de l'obligation de respecter leurs obligations d'ordre privé ».

Le *must carry* est-il alors établi au bénéfice du téléspectateur ? Quand il a pour but ou pour effet de permettre la distribution sur le réseau de chaînes qui, sinon, n'y auraient pas eu accès, on peut le penser. Évidemment, il se trouvera toujours des voix pour considérer que le téléspectateur n'a pas besoin de chaînes éducatives et culturelles, et que seule la demande du marché — c'est-à-dire l'audience — doit déterminer l'offre. Mais c'est justement l'essence d'une politique audiovisuelle que d'être l'expression d'un choix dont l'opportunité peut être contestée.

En réalité, tout *must carry* peut être considéré comme étant imposé au bénéfice des téléspectateurs, mais aussi à leur détriment. À leur bénéfice, parce qu'il leur permet de voir des chaînes qu'ils n'auraient peut-être pas eu l'occasion de voir sans cette obligation ; à leur détriment parce que, dans le même temps, l'occupation obligée d'un canal rend celui-ci indisponible pour un autre programme qui, sinon, aurait peut-être été préféré. Le problème est évidemment qu'il n'y a pas un seul téléspectateur, mais une multitude dont les goûts et les attentes ne sont pas uniformes.

Le *must carry* est-il établi au bénéfice du diffuseur ? Certes, on a constaté dans un certain nombre de cas — Canal + en Communauté française, Event TV en Communauté flaman-

de... — que l'existence d'une telle obligation ne suffisait pas toujours aux diffuseurs concernés pour bénéficier d'une distribution gratuite: une récente ordonnance de référé, certes réformée en appel, mais sans que la Cour se soit exprimée sur ce point précis, a ainsi dit pour droit que « *le statut de must carry ne peut exister que dans le but de rendre un service considéré comme d'intérêt général accessible au public le plus large possible; que ce statut, qui a donc été créé pour le bénéfice des téléspectateurs, n'a en aucun cas pour but de permettre à l'organisme une radiodiffusion concernée (...) de s'en servir pour renforcer sa position concurrentielle* » et que, dès lors, le radiodiffuseur n'était pas dispensé de conclure une convention avec le télédistributeur quant aux modalités de distribution. Semblablement, l'existence d'un *must carry* ne dispense pas nécessairement les diffuseurs bénéficiaires d'avoir à prendre eux-mêmes en charge les droits d'auteurs et les droits voisins liés à leur présence sur le câble.

Il n'empêche: le *must carry* constitue bien un avantage concurrentiel dans la mesure où la discussion entre l'exploitant du réseau et le diffuseur ne porte plus que sur le montant de la rémunération du premier, et non sur la présence du diffuseur sur le réseau. Plus crûment encore, le *must carry* oblige le télédistributeur à discuter avec le diffuseur alors que, sans *must carry*, le premier peut se permettre d'ignorer superbement le second.

■ Obligations d'accessibilité

Plusieurs législateurs ont eu à cœur de garantir, autrement que par la force contraignante du *must carry*, une certaine égalité d'accès des opérateurs aux réseaux câblés. Deux types de mesure peuvent être envisagés à cet effet. Celles, d'abord, qui visent à empêcher les exploitants de réseau de réserver leurs capacités à des chaînes qu'ils contrôleraient eux-mêmes; celles, ensuite, qui ont pour but d'assurer la transparence des conditions d'accès des chaînes aux réseaux et les procédures d'arbitrage en cas de conflits.

Parmi les dispositions qui visent à limiter le contrôle simultané de réseaux câblés et de chaînes de télévision figure l'article 21 du décret de la Communauté française sur l'audiovisuel, aux termes duquel le distributeur et son gestionnaire ne peuvent détenir ensemble plus de 24 % du capital d'un organisme privé de radiodiffusion, ni avoir une participation de plus d'un tiers dans les organes de gestion, ni être gérant d'un organisme privé de radiodiffusion ou d'une télévision locale et communautaire.

Dans le même ordre d'idées, aux États-Unis, l'exploitant d'un réseau câblé est tenu de réserver un certain pourcentage des canaux disponibles à des opérateurs indépendants. En France aussi, les autorisations d'exploitation peuvent prescrire la distribution d'un nombre minimal de programmes édités par des personnes morales indépendantes de l'exploitant effectif du réseau.

Les problèmes d'accessibilité des diffuseurs aux réseaux câblés ne se limitent toutefois pas aux seuls cas où l'exploitant du réseau risque de réserver ses canaux à ses propres programmes. C'est pourquoi, dans la plupart des États où le câble joue un rôle dominant dans l'acheminement des programmes de télévision, le législateur a mis en place des procédures de régulation.

Elles peuvent consister d'abord en le contrôle exercé sur les tarifs par l'autorité de régulation. Elles peuvent également prendre la forme d'un pouvoir consultatif dévolu à des représentants de la population pour déterminer l'offre du réseau. Il peut, enfin, s'agir d'une compétence d'arbitrage explicitement dévolue à une autorité — l'autorité de régulation de l'audiovisuel par exemple — en cas de conflit entre un exploitant de réseau et un radiodiffuseur désireux de voir ses programmes distribués sur ce réseau.

Quel statut futur pour la télédistribution ?

Sur base de ce qui précède, on peut tenter de dessiner ce qui constituerait le meilleur compromis entre les attentes légitimement placées par les téléspectateurs et la société dans le service public de la télédistribution et les impératifs de rentabilité et de concurrence d'entreprises commerciales.

Un principe semble déterminant: la télédistribution est un service public. Elle l'est plus encore dans un pays qui, comme la Belgique, en a fait le mode largement dominant pour ne pas dire exclusif de réception des programmes de télévision.

Les obligations de contenu imposées aux télédistributeurs sont assurément des outils de politique audiovisuelle, mais assurément des outils bien imparfaits. Les *may carry if* sont trop souvent la marque d'un interventionnisme étatique dans l'audiovisuel datant d'une époque aujourd'hui révolue. Ce n'est pas pour autant qu'il faille laisser s'installer purement et simplement un système où le plus offrant a accès à la distribution par câble, mais notre pays connaît peut-être aujourd'hui un abus de *must carry*.

Le *must carry* a un sens quand il garantit la distribution d'une chaîne qui, par la seule application des lois du marché, ne pourrait accéder à ce mode de diffusion: imposer la distribution d'un programme de service public est ainsi le prolongement logique du statut de service public conféré à l'opérateur de ce programme, qu'il s'agisse ou non d'une entreprise publique. Car on ne peut déduire purement et simplement du statut public d'un diffuseur que ses programmes ont un caractère de service public: il y a des services publics organiques, et des services publics fonctionnels.

Dans trop d'autres cas, et particulièrement dans le cas belge, le *must carry* est un substitut imparfait à une absen-

ce de règles d'accessibilité: faute d'avoir organisé des règles de concurrence efficace, on accorde à certains des avantages concurrentiels, créant par là même des déséquilibres plus importants encore.

La télédistribution est un service public: pas seulement au bénéfice des téléspectateurs, mais aussi au bénéfice des diffuseurs. Cela ne signifie pas que ces derniers doivent y avoir un accès gratuit et sans réserve, mais cela signifie que le principe d'égalité d'accès au service public doit être garanti aux deux extrémités du réseau.

Il paraît donc essentiel d'organiser une transparence des tarifs applicables à la distribution d'un programme sur un canal. Il faut également investir, comme aux Pays-Bas, les autorités indépendantes de régulation de l'audiovisuel du pouvoir de trancher les litiges pouvant naître à cet égard. Dans un cas comme dans l'autre, nombre d'enseignements peuvent être pris du domaine des télécommunications, qu'il s'agisse de l'Open Network Provision ou de la régulation de l'interconnexion.

Enfin, la politique audiovisuelle sur le câble ne doit pas s'arrêter aux obligations de contenu et aux obligations d'accessibilité. La Belgique a opté pour un monopole de la réception par câble, et la Communauté française a conforté ce monopole en permettant, sans organiser à cet effet le moindre statut légal ni exercer le moindre contrôle, que la diffusion numérique de programmes distribués ailleurs par satellite prenne de nouveau le câble comme point de passage obligé. Dès lors qu'on a ainsi manqué une occasion

historique de créer enfin dans ce pays une saine concurrence dans le domaine de la réception des programmes de télévision, il faut en tirer les conséquences et se montrer plus exigeant à l'égard de ceux qui sont les concessionnaires de ce service public.

Dans cette optique, les diverses dispositions de principe relatives aux caractéristiques techniques des réseaux⁴ doivent être mises en œuvre et recevoir un contenu précis. Il paraît indispensable que ceux qui exercent un service public en situation de monopole prennent les mesures nécessaires, et consentent aux investissements requis, pour que ce service puisse répondre aux attentes et besoins de ses destinataires, soit tant les téléspectateurs que les diffuseurs.

1. Une version plus longue de ce texte a fait l'objet d'une intervention de François Jongen dans un colloque sur la télédistribution organisé par les Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles (SSTC – Services du Premier ministre) le 10 janvier dernier. Les Actes de ce colloque seront également consultables sur le site Internet du SSTC (www.belspo.be).
2. La directive « Télévision sans frontières » (89/552/CEE), qui fut adoptée le 3 octobre 1989 et modifiée le 30 juin 1997 par la directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil, établit le cadre légal de référence pour la libre prestation de services télévisuels dans l'Union afin de promouvoir le développement d'un marché européen de télévision ainsi que des services connexes, comme la publicité télévisuelle et la production de programmes audiovisuels. À ces fins, elle coordonne au niveau communautaire la législation nationale dans les domaines suivants: loi applicable en matière de radiodiffusion télévisuelle; promotion de la production et de la distribution d'œuvres européennes; accès du public aux événements (sportifs) majeurs; publicité télévisuelle et parrainage; protection des mineurs; droit de réponse. Elle est consultable dans son intégralité sur le site Internet <http://europa.eu.int/comm/dg10/avpolicy/twf/twf-fr.html>.
3. Décret du 4 janvier 1999 modifiant le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel.
4. Voir par exemple, l'article 116 des décrets coordonnés sur la radiodiffusion et la télévision du 25 janvier 1995.



Le numéro 600 BEF + port
L'abonnement (2 numéros/an): 1000 BEF + port

Recherches en communication

Ruelle de la Lanterne magique, 14
B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 32 10 47 29 48
Fax. 32 10 47 27 97

1. La métaphore (I)
2. La métaphore (II)
3. Le temps médiatique
4. La médiation des savoirs
5. La médiation des passions sportives
6. La reconnaissance
7. Le récit médiatique
8. Image et narration
9. L'autorégulation des journalistes
10. Image(s) et cognition
11. Un demi-siècle d'études en communication
12. Anthropologie des lieux de communication