



Strasbourg, le 20 mai 2005

Avis n° 309/2004

Diffusion restreinte

CDL(2005)009rev

Or.Eng.

*

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

PROJET D'AVIS

**SUR LA COMPATIBILITE
DES LOIS ITALIENNES « GASPARRI » ET « FRATTINI »
DE L'ITALIE
AVEC LES STANDARDS DU CONSEIL DE L'EUROPE
EN MATIERE DE LIBERTE D'EXPRESSION
ET DE PLURALISME DES MEDIAS**

Sur la base des observations de

M. Christoph GRABENWARTER (membre suppléant, Autriche)

M. Jan HELGESEN (membre, Norvège)

M. Peter PACZOLAY (membre suppléant, Hongrie)

M. Kaarlo TUORI (membre, Finlande)

TABLE DES MATIERES

I.	<i>Introduction</i>	3
II.	Remarques préliminaires	4
III.	Le secteur de la radiodiffusion et de la presse quotidienne en Italie : aperçu général 5	
1.	Le secteur de la radiodiffusion.....	5
a.	Le secteur de la télévision.....	5
b.	Le secteur de la radio	6
2.	Le secteur de la presse quotidienne	6
IV.	« Principes régissant l'organisation du système de radiodiffusion et de la RAI-Radiotelevisione Italiana SpA, et autorisant le gouvernement à adopter le texte de loi consolidé sur la radiodiffusion » (« loi Gasparri », CDL(2004)092)	7
1.	Bref rappel historique.....	7
2.	Liberté d'expression et pluralisme des médias : cadre général	10
3.	Les standards du Conseil de l'Europe en matière de liberté d'expression et de pluralisme des médias	14
a.	Recommandations des organes du Conseil de l'Europe	14
b.	Principes développés par la Cour européenne des droits de l'homme.....	15
i.	Pluralisme et liberté de radiodiffusion.....	15
ii.	Restrictions visant la publicité dans la radiodiffusion publique et pluralisme dans les médias	17
4.	Loi Gasparri : dispositions visant à protéger le pluralisme des médias	18
5.	Analyse de ces dispositions	20
V.	« Règles pour la résolution des conflits d'intérêts » (« loi Frattini », CDL(2004)93rev)	38
1.	Contexte	38
2.	Conflit d'intérêts : esquisse d'analyse comparative	39
3.	Les standards du Conseil de l'Europe dans le domaine de la liberté de presse et des conflits d'intérêts	40
a.	Les standards élaborés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe	40
b.	Les recommandations du Conseil de l'OCDE sur les Lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public.....	41
c.	La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	41
4.	Dispositions concernant les conflits d'intérêts	43
5.	Analyse de ces dispositions	44
a.	L'applicabilité des standards du Conseil de l'Europe à la situation examinée	44
b.	Analyse.....	45
VI.	Conclusions	49

I. Introduction

1. Par lettre datée du 7 juillet 2004, le Président de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, M. Peter Schieder, demandait à la Commission de préparer un avis sur « la compatibilité de la loi Gasparri [*Principes régissant l'organisation du système de radiodiffusion et de la RAI-Radiotelevisione Italiana SpA, et autorisant le gouvernement à adopter le texte de loi consolidé sur la radiodiffusion*], ci-après « loi Gasparri », CDL(2004)092] et le projet de loi Frattini¹ [*Règles de résolution des conflits d'intérêts*], CDL(2004)093rev] avec les standards du Conseil de l'Europe en matière de liberté d'expression et de pluralisme des médias, à la lumière notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ». L'Assemblée souhaitait en particulier obtenir l'avis de la Commission sur la question de savoir « dans quelle mesure la loi Gasparri tient compte des préoccupations de l'Assemblée au sujet du pluralisme des médias et de l'indépendance du service public de radiodiffusion et si le projet de loi Frattini apporte effectivement une solution au conflit d'intérêts entre la propriété d'entreprises de communication et l'exercice de fonctions publiques au plus haut niveau ». Cette demande s'appuyait sur la Résolution 1387(2004) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

2. Un groupe de travail, composé de MM. Helgesen, Tuori, Grabenwarter et Paczolay, a été créé. Ce groupe a sollicité l'assistance technique de deux experts, MM. Karol Jakubowicz et David Ward, qui ont présenté conjointement une analyse de la loi Gasparri et du projet de loi Frattini en septembre 2004 (voir respectivement CDL(2005)010 et CDL(2005)011).²

3. MM. Helgesen, Tuori, Grabenwarter et Paczolay, accompagnés de M. Gianni Buquicchio, Secrétaire de la Commission, et de Mme Simona Granata-Menghini, Chef de la Division de coopération constitutionnelle de la Commission de Venise, ont rendu visite aux autorités italiennes les 13 et 14 janvier 2005. Ils ont rencontré des parlementaires de la Chambre des Députés appartenant aussi bien à la majorité qu'à l'opposition, des représentants de la Federazione Nazionale Stampa Italiana, un syndicat de journalistes, et des représentants de l'Ordine Nazionale dei Giornalisti, ainsi que M. Giancarlo Innocenzi, Sous-Secrétaire d'Etat à la Communication, Mme Laura Aria, Directrice du Département pour la supervision et le contrôle de l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, M. Giuseppe Tesauro, Président de l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, et M. Mauro Masi, qui était alors Chef du service d'information de la Présidence du Conseil des Ministres.

4. Une discussion préliminaire sur cette question a eu lieu au sein de la Commission lors de sa 62^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2005). A cette occasion, deux représentants du gouvernement italien, Mme Francesca Quadri, Chef du service de la législation du Ministère de la Communication, et Mme Sabrina Bono, Chef Adjointe du service de la législation de la Présidence du Conseil des Ministres, ont présenté leurs arguments. Ces arguments ont ensuite été communiqués sous forme écrite.³

5. Le présent avis, fondé sur les observations des membres du groupe de travail, a été adopté par la Commission lors de sa 63^{ème} session plénière (Venise, 10-11 juin 2005).

¹ Le projet de loi a été adopté par la Chambre des députés le 13 juillet 2004.

² La Commission remercie MM. Jakubowicz et Ward pour leur coopération et leur aide précieuse.

³ Ces arguments ont été présentés uniquement en italien et c'est pourquoi leur texte n'a pas été distribué aux membres de la Commission. Néanmoins, les principaux arguments qu'ils contenaient ont été intégrés dans les sections pertinentes du présent avis.

II. Remarques préliminaires

6. Dans sa Résolution 1387 (2004) « Monopolisation des médias électroniques et possibilité d'abus de pouvoir en Italie » (article 13), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a demandé à la Commission de Venise « de donner un avis sur la compatibilité de la loi Gasparri et du projet de loi Frattini avec les standards du Conseil de l'Europe en matière de liberté d'expression et de pluralisme des médias, à la lumière notamment de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ».

7. Les questions soulevées par l'Assemblée parlementaire au sujet de la situation des médias en Italie peuvent être résumées comme suit :

a. L'Assemblée parlementaire s'inquiète de la concentration des pouvoirs politique, économique et médiatique dans les mains d'une seule personne, le Premier ministre Silvio Berlusconi (art. 1).

b. L'Assemblée rappelle que, en vertu de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les Etats ont l'obligation de protéger le pluralisme des médias et, si nécessaire, de prendre des mesures concrètes pour le préserver et le promouvoir (art. 2).

c. L'Assemblée n'est pas d'avis que le principe directeur du projet de loi Frattini – qui prévoit que seuls les gestionnaires et non les propriétaires peuvent être tenus responsables – apporte une solution réelle et complète au problème du conflit d'intérêts concernant M. Berlusconi (art. 3).

d. Le duopole dans le marché italien de la télévision constitue en soi une anomalie dans une perspective antitrust. Le statu quo a été maintenu en dépit du fait que des dispositions juridiques touchant au pluralisme des médias ont à deux reprises été déclarées anticonstitutionnelles, et que les autorités compétentes ont établi que la RAI et les trois chaînes de télévision de Mediaset exercent une position dominante (art. 5).

e. L'Assemblée estime que la loi récemment adoptée sur la réforme du secteur de la radiodiffusion (« loi Gasparri ») pourrait ne pas garantir effectivement le renforcement du pluralisme par la simple augmentation du nombre de chaînes de télévision à l'occasion du passage au numérique. Cette loi permet de toute évidence à Mediaset de croître encore davantage, car elle donne aux acteurs du marché la possibilité d'exercer un monopole dans un secteur donné, sans aucun risque d'atteindre la limite antitrust à l'intérieur du système intégré des communications (SIC) (art. 6).

f. L'Assemblée s'inquiète particulièrement de la situation de la RAI, qui est contraire aux principes d'indépendance énoncés dans sa Recommandation 1641 (2004) sur le service public de radiodiffusion (art. 7).

8. L'Assemblée appelle le Parlement italien à prendre les mesures suivantes (art. 11) :

a. adopter d'urgence une loi réglant le conflit d'intérêts entre la propriété et le contrôle d'entreprises, et l'exercice de fonctions publiques, en prévoyant des sanctions pour les cas où il y a conflit d'intérêts avec l'exercice de fonctions publiques au plus haut niveau ;

b. faire en sorte que des lois et d'autres mesures réglementaires mettent un terme à l'ingérence politique, pratiquée de longue date, dans le travail des médias, en tenant compte notamment de la Déclaration du Comité des ministres sur la liberté du discours politique dans les médias, adoptée le 12 février 2004 ;

c. amender la loi Gasparri conformément aux principes énoncés dans la Recommandation n° R (99) 1 du Comité des ministres sur des mesures visant à promouvoir le pluralisme des médias, notamment :

i. en évitant l'émergence de positions dominantes dans les marchés pertinents à l'intérieur du SIC ;

- ii. en incluant des mesures spécifiques visant à mettre un terme au duopole existant RAI-Mediaset ;
- iii. en incluant des mesures spécifiques qui assurent que le passage au numérique garantira le pluralisme des contenus.

9. L'Assemblée appelle aussi le gouvernement italien à (art. 12) :

- i. engager des mesures visant à mettre le fonctionnement de la RAI en conformité avec la Recommandation 1641 (2004) de l'Assemblée sur le service public de radiodiffusion, la déclaration de la 4^e Conférence ministérielle européenne sur la politique des communications de masse (Prague), et les Recommandations du Comité des ministres n° R (96) 10 concernant la garantie de l'indépendance du service public de radiodiffusion et Rec (2003) 9 sur des mesures visant à promouvoir la contribution démocratique et sociale de la radiodiffusion numérique ;
- ii. donner un exemple positif au niveau international en proposant et soutenant, au sein du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, des initiatives visant à promouvoir le pluralisme des médias en Europe.

III. Le secteur de la radiodiffusion et de la presse quotidienne en Italie : aperçu général

1. Le secteur de la radiodiffusion

a. Le secteur de la télévision

10. Il existe 14 chaînes hertziennes nationales en Italie, dont trois chaînes publiques (RAI 1, RAI 2 et RAI 3) et trois chaînes exploitées par l'opérateur commercial Mediaset (CANALE 5, RETEQUATTRO et ITALIA 1). Les autres réseaux nationaux sont : LA 7 et MTV Italia, qui appartiennent à Telecom Italia ; Sport Italia (Europa TV) (anciennement Tele+ 1) et DFREE (Prima TV) (anciennement Tele+ 2), contrôlées par Holland Coordinator-TF1 ; HSE (Home Shopping Europe) (anciennement Rete Mia), contrôlée par Fondo Convergenza ; Rete A (anciennement Gruppo Peruzzo Editore, aujourd'hui Gruppo Editoriale L'Espresso) ; Elefante TeleMarket (Telemarket) ; et Rete Capri (TBS).⁴

11. La structure du marché de la télévision en Italie présente donc un fort niveau de concentration, les deux acteurs principaux – RAI Radiotelevisione Italiana et Mediaset – contrôlant six des 14 chaînes de télévision nationales analogues qui, en 2003, représentaient environ 90% de la part d'audience, près de 80 % des revenus nets tirés de la publicité et environ 75% du total des revenus du secteur.⁵

⁴ Selon l'Autorité antitrust, en 2004, la RAI détenait 45,8% des fréquences analogues, Fininvest-Mediaset 35,5%, Telecom Italia 8,3 %, Holland Coordinator-TF1 5,1 %, Fondo Convergenza 2,1 %, Gruppo Peruzzo Editore 1,3%, Telemarket 1,4 % et TBS 0,5%.

⁵ En 2003, selon Auditel (données citées dans AGCOM, « Indagine Conoscitiva sul Settore Televisivo : la raccolta pubblicitaria », p. 58 et suivantes), les parts d'audience moyennes aux heures de grande écoute se répartissaient comme suit : RAI 44,7%, Fininvest 44,9 %, TMC/La 7 2,1%, autres chaînes analogues 5,9% et chaînes de télévision par satellite 2,4 %. Les parts du marché publicitaire se répartissaient comme suit en 2003 : Fininvest-Mediaset 64,7 %, RAI 28,5 %, Telecom Italia 3,3%, Sky 2% et autres 1,5 %. Voir aussi David Ward, Oliver Carsten Fueg et Alessandro D'Armo, « A mapping study of media concentration and ownership in ten European countries », 2004, p. 93-110, www.cvdm.nl, www.mediamonitor.nl.

12. Le nombre de stations de télévision locales, qui sont gérées pour la plupart par de petits opérateurs ou des entrepreneurs uniques, est estimé à 650.

b. Le secteur de la radio

13. Le secteur de la radio en Italie comprend quatre licences exploitées par la RAI, 14 stations de radio commerciales et plusieurs consortiums. Au niveau local, le marché est extrêmement fragmenté et l'on évalue à un millier environ le nombre de stations locales ayant un faible taux d'auditeurs.⁶

2. Le secteur de la presse quotidienne

14. Le nombre de titres quotidiens publiés en Italie (marché national, interrégional, régional et local) était légèrement supérieur à 200 en 2002. Les dix journaux les plus importants (dont le Corriere della Sera et La Repubblica) représentent un peu plus de 60% du total de la diffusion nationale.

15. Les chiffres de diffusion des journaux sont assez faibles : moins de 5,9 millions en 2002.⁷

16. Le développement économique du secteur de la presse quotidienne est freiné par le peu d'intérêt des lecteurs et par la très forte concurrence de la télévision. La part des revenus publicitaires correspondant à la presse quotidienne dépassait légèrement 20% en 2002, contre 53% pour le secteur de la télévision la même année.

3. Revenus du secteur de la télévision

17. Les revenus publicitaires représentent une part extrêmement forte des recettes dans la structure financière globale du système de télévision italien, les revenus de la RAI provenant d'un mélange de redevances (56%) et de revenus publicitaires (44%).⁸

18. S'agissant de la ventilation des revenus, RAI et Mediaset (par l'intermédiaire de sa filiale RTI, qui gère les trois chaînes nationales du groupe) constituent les acteurs principaux ; les deux groupes reçoivent plus des trois quarts de l'ensemble des revenus. Les revenus publicitaires de RTI représentent plus de 50% du total des revenus publicitaires du secteur télévisuel.⁹ Le secteur local représente seulement 12% des revenus publicitaires nets et 7,3 % du total des revenus du secteur de la télévision.

⁶ « A mapping study of media concentration and ownership in ten European countries », 2004, p. 103-104.

⁷ *id.*, p. 93-97.

⁸ *id.*, p. 100-101.

⁹ Institut européen de la communication (EIM), « Final report on the information of the citizen of the EU : obligations for the media and the institutions concerning the citizen's right to be fully and objectively informed », août 2004, p. 120, www.epra.org.

IV. « Principes régissant l'organisation du système de radiodiffusion et de la RAI-Radiotelevisione Italiana SpA, et autorisant le gouvernement à adopter le texte de loi consolidé sur la radiodiffusion »¹⁰ (« loi Gasparri », CDL(2004)092)

1. Bref rappel historique

19. L'origine de la réglementation actuelle sur les médias remonte au milieu des années soixante-dix et à la décision de la Cour constitutionnelle (Corte Costituzionale) de limiter la position de monopole de la RAI et l'ingérence directe du gouvernement dans le domaine des médias.

20. L'arrêt n° 225 de 1974 de la Cour constitutionnelle a réaffirmé le principe du monopole terrestre de la RAI en invoquant l'intérêt public conformément à l'article 43 de la constitution.¹¹ Le nombre techniquement limité des fréquences justifiait à son avis le monopole. Dans ce même arrêt, cependant, la Cour a introduit une exigence d'objectivité et d'impartialité pour le service public. D'autre part, dans son arrêt n° 226 de 1974, la Cour a considéré que le monopole de radiodiffusion de la RAI n'était pas justifié à l'égard des chaînes câblées et des chaînes diffusant de l'étranger.¹² La Cour a interprété l'article 21 de la constitution en un sens assez large.

21. L'article 21 de la constitution italienne prévoit ce qui suit :

« Tout individu a le droit de manifester librement sa pensée par la parole, par l'écrit et par tout autre moyen de diffusion.

La presse ne peut être soumise à autorisation ou censure.

Il ne peut être procédé à une saisie que par un acte motivé de l'autorité judiciaire en cas de délits ou crimes pour lesquels la loi sur la presse l'autorise expressément, ou en cas de violation des règles que la loi elle-même prescrit pour l'indication des responsables.

Dans ces cas, lorsque l'urgence est absolue et que l'intervention de l'autorité judiciaire ne peut avoir lieu à temps, la saisie de la presse périodique peut être effectuée par des officiers de police judiciaire qui doivent immédiatement, et au plus tard dans les vingt-quatre heures, avertir l'autorité judiciaire. Si celle-ci ne la confirme pas dans les vingt-quatre heures suivantes, la saisie est considérée comme révoquée et privée de tout effet.

La loi peut établir, par des règles de caractère général, que les moyens de financement de la presse périodique soient rendus publics.

Sont interdits les imprimés, les spectacles et toutes les autres manifestations contraires aux bonnes mœurs. La loi établit les mesures aptes à prévenir et à réprimer les violations. »

22. Les conséquences de ce tournant sont apparues dans la loi sur la radiodiffusion adoptée l'année suivante par le Parlement.¹³ Dans une disposition importante, cette loi a transféré le contrôle du service public de radiodiffusion de l'exécutif au corps législatif. Une commission

¹⁰ La Commission limite son analyse de la loi Gasparri aux dispositions directement visées par la résolution de l'Assemblée parlementaire. En outre, la Commission n'évalue pas les dispositions de la loi Gasparri du point de vue de la constitution italienne mais uniquement à l'aune des critères européens.

¹¹ Article 43 : « Dans des buts d'utilité générale, la loi peut réserver originairement ou transférer, par l'expropriation et sous réserve d'indemnisation, à l'Etat, à des établissements publics ou à des communautés de travailleurs ou d'usagers, des entreprises ou des catégories d'entreprises déterminées qui concernent des services publics essentiels ou des sources d'énergie ou des situations de monopole et qui ont un caractère d'intérêt général prééminent. »

¹² Arrêt n° 226 du 9 juillet 1974.

¹³ Loi n° 103 du 14 avril 1975 (*Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva*).

parlementaire bicamérale a été créée pour assurer la direction générale et la surveillance des services de radiotélévision. Le Conseil d'administration de la RAI a été nommé par le Parlement. Cette loi, cependant, a conduit à ce que l'on appelle la lottizzazione des médias italiens et, en particulier, au partage des deux chaînes publiques (Rai uno et Rai due) entre les forces politiques (les démocrates-chrétiens au pouvoir et les socialistes). La loi a institué formellement deux directions de réseau distinctes. Une troisième chaîne de la RAI a été lancée en 1979, notamment afin d'introduire des programmes régionaux. Toutefois, ce but n'a jamais été pleinement atteint.

23. En 1976, la Cour constitutionnelle a déclaré les dispositions de la nouvelle loi prévoyant un monopole ou un oligopole de la radiodiffusion locale inconstitutionnelles.¹⁴ A la suite de cette décision, les opérateurs commerciaux ont été autorisés à exploiter des chaînes de télévision locales.

24. L'allocation arbitraire et la redistribution spontanée des fréquences locales¹⁵ a favorisé le développement de grands opérateurs régionaux et même nationaux, parmi lesquels Silvio Berlusconi. Berlusconi a commencé à diffuser la chaîne Canale 5 au niveau national en 1980 et, après avoir pris le contrôle de deux autres chaînes (Italia Uno et Retequattro), est parvenu à établir en 1984 ce que les commentateurs appellent le « duopole » des opérateurs public et privé avec, d'un côté, la RAI et, de l'autre, les chaînes dont Berlusconi est propriétaire.

25. En 1990, la « loi Mammì » sur le système de radiodiffusion public et privé a été adoptée, notamment en vue d'introduire des dispositions antitrust.¹⁶ La désignation des membres du Conseil d'administration de la RAI a été transférée de la commission parlementaire aux présidents de la chambre des députés et du sénat en invoquant leur rôle « non-partisan ». ¹⁷ Malgré les efforts pour mettre un terme à l'allocation des chaînes de la RAI selon des critères politiques, l'impression générale est demeurée que le service public de radiodiffusion restait soumis à l'influence de la politique et, principalement, du parti politique au pouvoir. Sous tous les gouvernements, les dirigeants de la RAI ont été accusés de prendre des décisions politiquement favorables au cabinet au pouvoir.

26. La crise du système politique italien et, en particulier, la disparition de la démocratie chrétienne (DC) et du parti socialiste (PSI) ont évidemment eu des conséquences très importantes pour la RAI. La réforme du service public de radiodiffusion a tenté de mettre un terme au système de lottizzazione et de créer un service public indépendant et efficace.

27. Entre temps, Mediaset a été créé formellement par Berlusconi en 1994, bien qu'il ait cédé une partie de ses actifs l'année suivante. Néanmoins, on considère généralement que, depuis 1994, existe un duopole RAI-Mediaset dans le secteur des médias en Italie. Ce fait a été reconnu

¹⁴ Arrêt n° 202 du 15 juillet 1976.

¹⁵ La Cour constitutionnelle italienne a fait valoir en novembre 2002 (affaire 466/2002) que « la formation du système actuel de télévision italienne privée sur le plan national et en technique analogique résulte de situations de simple occupation de fait des fréquences (exploitations d'installations sans octroi de concessions et d'autorisations), en dehors de toute logique de développement du pluralisme dans l'attribution des fréquences et de planification effective du système hertzien » (cité dans la Résolution du Parlement européen sur les risques de violation, dans l'UE et particulièrement en Italie, de la liberté d'expression et d'information (article 11, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux) (2003/2237(INI)), par. 62).

¹⁶ Loi n° 223 du 6 août 1990 (*Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*). Oscar Mammì était à l'époque ministre des Télécommunications.

¹⁷ Loi n° 206 du 25 juin 1993.

par la Cour constitutionnelle¹⁸ dans un arrêt relatif au caractère constitutionnel de la disposition de la loi Mammì autorisant un même opérateur à détenir trois licences de télévision nationales, à la condition que ces licences ne couvrent pas plus de 25% des chaînes nationales incluses dans le plan d'allocation des bandes de fréquence. La Cour a déclaré inconstitutionnelles les dispositions permettant aux trois chaînes contrôlées par le groupe Fininvest (Canale 5, Italia 1 et Retequattro), dont Silvio Berlusconi est propriétaire, d'occuper une position dominante. Selon la Cour, la disposition autorisant un même opérateur à détenir plusieurs licences de télévision à la condition de ne pas dépasser 25% du nombre total de chaînes nationales, ou trois chaînes en tout, est insuffisante pour empêcher la concentration des chaînes télévisées et est, par conséquent, contraire à l'article 21 de la constitution car elle ne permet pas de garantir la pluralité des sources d'information. L'existence d'une législation apte à empêcher l'établissement de positions dominantes est une condition fondamentale à l'abandon par l'Etat de son monopole sur la radiodiffusion. L'établissement de positions dominantes dans ce secteur, a indiqué la Cour constitutionnelle, aurait non seulement pour effet de modifier les règles de la concurrence mais conduirait aussi à la formation d'un oligopole et irait à l'encontre du principe fondamental de la pluralité des sources d'information. La simple existence à l'intérieur du système de radiodiffusion d'une entreprise de statut public parallèlement aux entreprises privées (système mixte) ne suffit pas à assurer le respect du droit de recevoir des informations à partir de plusieurs sources concurrentes. Comme indiqué précédemment par la Cour dans sa décision n° 826 de 1988, une telle entreprise ne peut à elle seule faire contrepois à l'existence d'une position dominante dans le secteur privé.

28. La déclaration du caractère inconstitutionnel de la disposition de la loi Mammì exigeait du législateur qu'il fasse usage de son pouvoir discrétionnaire en réduisant le nombre de réseaux de télévision pouvant être exploités par un seul opérateur ou, le cas échéant, en maintenant un nombre de chaînes identique tout en augmentant simultanément le nombre de bandes de fréquences pouvant être allouées à des opérateurs privés.

29. Cependant, le 11 juin 1995, le contrôle de trois chaînes par Mediaset a été comme légitimé par les électeurs italiens qui ont rejeté à la majorité (57%) un référendum visant à interdire le contrôle de plus d'une chaîne de télévision par un entrepreneur privé. Un autre référendum a également initié le processus de privatisation de la RAI, qui se poursuit depuis.

30. La loi sur la radiodiffusion qui a suivi, la « loi Maccanico », adoptée en 1997¹⁹, a entamé légalement le processus de privatisation en divisant la RAI en cinq parties ou sous-sociétés distinctes et en créant une société de holding détenue par l'Etat (RAI Holding) pour en assurer la gestion. Elle a aussi créé une Autorité de la communication (AGCOM) ayant un statut d'organe autonome et indépendant. La loi Maccanico interdisait qu'une même entité puisse couvrir plus de 20 % des programmes des chaînes de télévision ou de radio et de la télévision ou de la radio numérique (article 2, par. 6) ; les radiodiffuseurs nationaux ne pouvaient dépasser un seuil de revenus supérieur à 30% des ressources du secteur concerné (radio ou télévision) (article 2, par. 8.a et b).

¹⁸ Arrêt n° 420 du 5 décembre 1994.

¹⁹ Loi n° 249 du 31 juillet 1997 (*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*). Cette loi portait le nom du ministre Antonio Maccanico.

31. En 2000 a été adoptée une loi²⁰ assurant la parité d'accès (par *condicio*) aux médias lors des campagnes électorales et pour l'information politique.

32. En juillet 2002, le Président de la République, Carlo Azeglio Ciampi, a demandé au Parlement d'élaborer et d'adopter une législation apte à favoriser le pluralisme de l'information en se référant aux décisions de la Cour constitutionnelle et aux dispositions de l'UE. Il a également appelé à respecter les droits et le rôle des régions.²¹

33. En novembre 2002, la Cour constitutionnelle²² a déclaré l'article 3.7 de la loi Maccanico inconstitutionnel car il ne fixait pas un délai précis pour le transfert à la télévision par câble ou à la télévision par satellite des programmes diffusés par des radiodiffuseurs dépassant le seuil imposé par la loi (la loi subordonnait ce délai à une « forte augmentation effective de l'audience » de la télévision par câble ou par satellite). La Cour indiquait que la situation déclarée inconstitutionnelle dans l'arrêt de 1994 s'était aggravée et demandait que soit fixé un délai définitif pour assurer la compatibilité avec les règles constitutionnelles. La Cour déclarait en conclusion que « la situation de fait ne garantit pas le respect du pluralisme externe de l'information ». La Cour fixait elle-même, sur la base d'une décision antérieure de l'AGCOM²³, le délai final au 31 décembre 2003.

34. Afin de respecter ce délai et pour répondre aux avertissements du chef de l'Etat, le gouvernement Berlusconi a déposé une proposition de loi visant à réformer l'ensemble du système des communications. Cette loi, nommée d'après le ministre des Télécommunications, Maurizio Gasparri, a été adoptée par le Parlement à l'automne 2003. Le président Ciampi, cependant, a refusé de la signer et l'a renvoyée devant le Parlement pour réexamen. Ses objections portaient notamment sur la notion de « système intégré de communications » et il s'est déclaré préoccupé par le risque éventuel de positions dominantes. Le Parlement a finalement adopté la loi en mai 2004 après certains changements portant notamment sur les seuils antitrust.

2. Liberté d'expression et pluralisme des médias : cadre général

35. La liberté d'expression est l'une des bases fondamentales de toute société démocratique et l'une des conditions essentielles au progrès et au développement de chaque individu.²⁴ Elle est inscrite à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui énonce ce qui suit :

²⁰ Loi n° 28 du 22 février 2000 (*Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica*).

²¹ Message du Président de la République aux Chambres du Parlement, 23 juillet 2002 (XIV Legislatura, documenti Doc. I. N. 2).

²² Arrêt n° 466 du 20 novembre 2002.

²³ Voir AGCOM, Delibera n° 346/01/Cons, « Termini e criteri di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 3 commi 6,7,9,11 della Legge n° 249/2001 », in G.U., 27 août 2001, n° 198.

²⁴ Voir, en particulier, la Déclaration sur la liberté d'expression et d'information, adoptée par le Comité des Ministres le 29 avril 1982 et la Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias, adoptée par le Comité des Ministres le 12 février 2004, lors de la 872^e réunion des Délégués des Ministres ; voir aussi Commission de Venise, Rapport sur la révision de la constitution de la République d'Arménie, CDL-INF(2001)14, par. 26.

« 1. 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 Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

36. L'article 10.1 de la Convention garantit en premier lieu le droit de tout individu à la liberté d'expression. Comme l'indique la deuxième phrase du paragraphe 1, ce droit comprend la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées. Cependant, il n'est pas fait expressément mention de la liberté des médias, non plus que de la pluralité et de la diversité des médias. La liberté de la radiodiffusion et de la presse, en tant qu'éléments de la liberté d'opinion active et passive, peuvent être déduites de l'interprétation de la deuxième phrase du paragraphe 1. La Cour européenne des droits de l'homme a été la première à interpréter l'article 10.1 en termes de droits individuels et à considérer la liberté de radiodiffusion comme découlant de la liberté d'expression et comme une forme de la liberté d'entreprendre, en tant que liberté de poursuivre une activité privée de radiodiffusion. L'idée d'une finalité de la fonction des médias, en tant que moyens de promouvoir la liberté d'information, a cependant été reprise et appliquée par la Cour en relation avec le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention européenne.²⁵

37. Le pluralisme des médias peut donc être considéré comme un aspect de la liberté d'expression. Son importance, tant du point de vue de la multiplicité des sources que de l'ouverture de l'accès là où se forment des goulots d'étranglement, a été reconnue par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans la Recommandation n° R (99) 1 sur des mesures visant à promouvoir le pluralisme des médias²⁶ et par l'Assemblée parlementaire dans la Recommandation 1506 (2001) « Liberté d'expression et d'information dans les médias en Europe ».

38. La Convention européenne sur la télévision transfrontière²⁷ réaffirme également dans son préambule « l'importance de la radiodiffusion pour le développement de la culture et pour la libre formation des opinions dans des conditions permettant de sauvegarder le pluralisme et l'égalité des chances entre tous les groupes et les partis politiques démocratiques ». Cette Convention prévoit à l'article 10bis : « Dans l'esprit de coopération et d'entraide qui sous-tend la présente Convention, les Parties s'efforcent d'éviter que les services de programmes transmis ou retransmis par un radiodiffuseur ou par d'autres personnes physiques ou morales relevant de leur compétence, au sens de l'article 3, ne mettent en danger le pluralisme des médias. »

²⁵ Voir AP-MD, Rapport sur la diversité des médias en Europe, H/APMD (2003)001, p. 4 et suivantes.

²⁶ Recommandation n° R (99) 1 du Comité des ministres aux Etats membres sur des mesures visant à promouvoir le pluralisme des médias, adoptée par le Comité des ministres le 19 janvier 1999 lors de la 656^e réunion des Délégués des Ministres.

²⁷ Convention européenne sur la télévision transfrontière, Strasbourg, 5 mai 1989, STE n° 132.

39. Le caractère essentiel du pluralisme est également souligné à l'article 11, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui stipule : « La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ».

40. Le pluralisme des médias exige l'existence de multiples médias autonomes et indépendants au niveau national, régional et local, assurant une diversité de contenus reflétant des points de vue politiques et culturels différents.

41. Le pluralisme externe ou structurel doit être distingué du pluralisme interne.

42. Le pluralisme externe concerne la diversité des acteurs présents sur un marché spécifique. Cette diversité est obtenue grâce à la pluralité des propriétaires de médias dans un secteur particulier.

43. Le pluralisme interne se rapporte à l'obligation pour les médias de fournir des émissions diverses. Il exige une couverture étendue, des émissions de haute qualité et une programmation diversifiée.

44. Le pluralisme externe concerne plus particulièrement le secteur privé, tandis que la question du pluralisme interne se pose de plus en plus fréquemment à propos du secteur public.²⁸ Le secteur commercial est perçu comme le fournisseur de médias divers mais l'on attend du secteur public, notamment en cas de forte concentration du secteur commercial, qu'il constitue le pilier du pluralisme en fournissant des programmes diversifiés répondant aux besoins de l'ensemble du public.²⁹

45. Du point de vue du pluralisme externe, les restrictions en matière de propriété des médias peuvent préserver la pluralité des propriétaires et favoriser la diversité des contenus dans la mesure où sont découragés les regroupements ou le partage de contenus éditoriaux entre propriétaires de produits rivaux.

46. S'agissant du pluralisme interne, par contre, les restrictions en matière de propriété des médias ne peuvent suffire à garantir une diversité de contenus reflétant différents points de vue politiques et culturels. Il est donc nécessaire de recourir, en sus de ces restrictions, à d'autres types de mesures pour encourager le pluralisme interne.

47. La Commission est d'avis que le pluralisme interne doit être assuré simultanément dans chacun des secteurs des médias : il ne serait pas acceptable, par exemple, de garantir le pluralisme dans le secteur de la presse imprimée mais non dans celui de la télévision.

48. Trois modèles principaux ont été avancés pour assurer la pluralité des médias et la diversité des contenus.³⁰

²⁸ Voir David Ward, « The European union democratic deficit and the public sphere : an evaluation of EU media policy », IOS press, 2004.

²⁹ Voir David Ward, « Media concentration and pluralism : regulation, realities and the Council of Europe's standards in the television sector », CDL-UDT (2005)005.

³⁰ Voir Karol Jakubowicz, « Legislative guarantees of a plurality of information sources », in Implementation of constitutional provisions regarding mass media in a pluralist society, *Science and Technique of Democracy* n° 13, 1994, p. 81-86.

49. Le modèle exclusif du marché repose sur le présupposé selon lequel le libre jeu de l'offre et de la demande assure l'accès aux médias de toutes les « voix » qui peuvent payer pour cela et garantit une offre de contenus pertinente pour tous les consommateurs. Selon ce modèle, qui dépend de la publicité, la diversité est obtenue en cherchant à adapter le contenu des médias à la composition de tel ou tel marché de consommateurs. La diversité des contenus est assurée par des médias distincts coexistant les uns à côté des autres. Ce modèle favorise évidemment la concentration du capital et de la propriété dans les médias.

50. Le nouveau modèle des médias est fondé sur l'idée que la profusion de chaînes créées par les nouvelles technologies incite les émetteurs de programmes à rechercher la rentabilité en identifiant certaines « niches » à l'intérieur du marché des médias et en répondant aux besoins de publics négligés par les autres médias. L'abondance de chaînes thématiques, de portée étroite ou spécialisées favoriserait, selon ce modèle, la naissance de « médias personnalisés » permettant aux auditeurs de choisir les contenus les mieux adaptés à leurs besoins, leurs goûts et leurs intérêts.

51. Le modèle de l'intervention publique considère que, pour promouvoir le pluralisme, l'action des pouvoirs publics constitue un complément nécessaire au fonctionnement du marché. Ce modèle repose sur la prise en compte non seulement de la liberté d'expression mais aussi du besoin et du droit de tous les groupes sociaux à communiquer. L'intervention de l'Etat dans le secteur des médias est ici conçue non seulement comme un élément essentiel d'une société démocratique mais aussi comme nécessaire au fonctionnement même de la démocratie.

52. La radiodiffusion publique est un service public. Les radiodiffuseurs publics ont des obligations incluant la fourniture d'un service universel, une certaine forme de représentation sociale et la fourniture d'un large éventail de programmes de qualité.³¹ Ils bénéficient en retour d'un accès privilégié aux équipements et aux ressources.

53. Le service public de radiodiffusion doit donc servir l'intérêt public et couvrir les besoins de l'ensemble de la population sur une base universelle et sans but lucratif ; il s'agit d'une responsabilité publique qui doit répondre aux besoins démocratiques des sociétés contemporaines.

54. Le service public de radiodiffusion doit être libéré de la contrainte de l'Etat et, en même temps, jouir d'une véritable autonomie et d'une indépendance à l'égard du marché. Sa mission spécifique est essentiellement de fonctionner en toute indépendance des détenteurs du pouvoir économique et politique. Le service public de radiodiffusion « permet à la collectivité toute entière de s'informer, de se cultiver, d'acquérir des connaissances et de se distraire ; il renforce la citoyenneté sociale, politique et culturelle, et stimule la cohésion sociale. A ces fins, il a la caractéristique d'être universel en termes de contenu et d'accès ; il garantit l'indépendance et l'impartialité rédactionnelles ; il fournit des critères de qualité ; il offre divers programmes et services répondant aux besoins de tous les groupes de la société, et il doit rendre des comptes publiquement de ses activités. Ces principes s'appliquent quelles que soient les modifications nécessaires pour faire face aux exigences du 21^e siècle. »³² Certaines formes de consultation

³¹ Le secteur commercial n'est pas généralement soumis à de telles obligations, sauf au Royaume-Uni et en Norvège où les radiodiffuseurs terrestres commerciaux sont tenus, dans le cadre de leur contrat de radiodiffusion, de respecter certains quotas selon le type d'émissions. En France, les radiodiffuseurs privés sont soumis à des obligations en matière de production, afin de réserver une certaine part de la programmation aux productions nationales ; voir D. Ward, « The European Union democratic deficit and the public sphere : an evaluation of EU media policy », *op. cit.*

³² Voir Recommandation 1641 (2004) de l'Assemblée parlementaire sur le « Service public de radiodiffusion », par. 2.

doivent aussi être envisagées dans les organisations de service public de radiodiffusion afin de leur permettre de prendre en compte dans leur programmation les besoins et les exigences des différents groupes sociaux.

55. En Europe, le « modèle de l'intervention publique » dans le domaine de la radiodiffusion repose principalement sur le maintien d'un système mixte comprenant à la fois des stations commerciales et un service public de radiodiffusion mandaté et protégé par la législation.

56. L'histoire politique des pays de l'Europe du Sud fait apparaître, cependant, un fort degré d'ingérence de la part de l'Etat ; les radiodiffuseurs publics ont dans le passé joué le rôle de courroie de transmission de l'Etat et ceci a contribué à affaiblir l'idée de leur nécessaire indépendance à l'égard de l'Etat.

57. Diverses tentatives ont été menées au cours des dernières années pour renforcer l'indépendance des radiodiffuseurs publics. Les principales solutions envisagées à cette fin ont généralement porté sur le mode de financement de ces organisations, qui ont été incitées à s'appuyer sur d'autres ressources que celles qui leur sont fournies par l'Etat. C'est ainsi que les systèmes de radiodiffusion sont passés d'une forme ouverte de contrôle par l'Etat à un type de contrôle mettant en jeu à la fois les intérêts commerciaux et ceux de l'Etat, avec ce résultat que les radiodiffuseurs se trouvent constamment pris en tenaille entre ces deux types d'intérêts. En France, en Italie et en Espagne, par exemple, le sous-financement chronique du secteur public a conduit les chaînes publiques, pour pouvoir maintenir leur équilibre financier, à s'endetter en permanence à l'égard de l'Etat, ce qui a permis en fait à l'ancien système de perdurer.³³

58. Les radiodiffuseurs qui dépendent fortement des ressources commerciales³⁴, et qui entrent ainsi en concurrence directe avec les médias privés, sont extrêmement réceptifs aux demandes de leurs sponsors et des publicitaires et leurs stratégies de programmation sont déterminées plus par les besoins des publicitaires et par l'audimat que par la nécessité de remplir leurs obligations légales.

3. Les standards du Conseil de l'Europe³⁵ en matière de liberté d'expression et de pluralisme des médias

a. Recommandations des organes du Conseil de l'Europe

59. Les instruments du Conseil de l'Europe³⁶ définissent certains outils en vue de promouvoir le pluralisme, tant externe qu'interne, des médias. Ces outils comprennent notamment :

³³ Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, 1998, p. 46, cité in David Ward, « The European Union democratic deficit and the public sphere : an evaluation of EU media policy », *op. cit.*

³⁴ En Italie, en France et en Espagne, selon le rapport du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel cité plus haut, les radiodiffuseurs publics ont subi de plein fouet la concurrence du secteur commercial en cherchant à attirer par tous les moyens les ressources publicitaires, ce qui a entraîné une déstabilisation permanente du secteur public.

³⁵ Dans le présent avis, la Commission analyse les lois italiennes uniquement du point de vue des normes du Conseil de l'Europe, conformément à la demande de l'Assemblée parlementaire, et non du point de vue des normes de l'Union européenne. Elle n'examine donc que certains aspects de ces lois.

³⁶ Comité des ministres : Recommandations R (99) 1 sur des mesures visant à promouvoir le pluralisme des médias ; R (96) 10 concernant la garantie de l'indépendance du service public de la radiodiffusion ; Rec (2000) 23 concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion ; R (94) 13 sur des mesures visant à promouvoir la transparence des médias ; Rec (2003) 9 sur des mesures visant à promouvoir la contribution démocratique et sociale de la radiodiffusion numérique. Assemblée parlementaire : Recommandation 1589 (2003) « Liberté d'expression dans les médias en Europe » ; Recommandation 1506 (2001) « Liberté d'expression et d'information dans les médias en Europe ».

- la mise en place d'un cadre législatif fixant des limites précises à la concentration des médias et définissant, en particulier, les seuils (mesurés à partir d'un ou de plusieurs critères comme la part d'audience, la part de capital ou certaines limites en matière de revenus) que ne peut franchir une entreprise de médias dans un ou plusieurs segments de marché pertinents ;
- la création d'autorités spécifiques de régulation des médias dotées de pouvoirs pour empêcher la concentration ;
- les mesures spécifiques contre l'intégration verticale (contrôle des éléments essentiels de la production, de la radiodiffusion, de la distribution et d'autres activités apparentées par une seule entreprise ou un seul groupe) ;
- l'indépendance des autorités de régulation ;
- la transparence des médias ;
- les mesures proactives visant à promouvoir la diversité des contenus au niveau de la production et de la radiodiffusion ;
- l'attribution, sur la base de critères objectifs et non-partisans, dans le cadre de procédures transparentes et soumises à un contrôle indépendant, d'un soutien financier direct ou indirect pour renforcer le pluralisme ;
- les instruments auto-réglementaires comme les lignes directrices en matière éditoriale et les statuts garantissant l'indépendance éditoriale des médias.

60. Les développements dans le domaine des nouveaux services de communication peuvent conduire à l'établissement de positions dominantes sur le marché. S'agissant de la radiodiffusion numérique, les Etats sont appelés à introduire une réglementation garantissant un accès équitable, transparent et non-discriminatoire aux systèmes et aux services. La Recommandation (2003) 9 du Comité des ministres³⁷ demande aux Etats membres de « préparer les conditions juridiques et économiques adéquates pour le développement de la radiodiffusion numérique, qui garantissent le pluralisme des services de radiodiffusion et l'accès du public à un choix élargi de programmes divers et de qualité » et de « protéger et, si nécessaire, de prendre des mesures positives pour sauvegarder et promouvoir le pluralisme des médias, afin de rééquilibrer la concentration croissante dans ce secteur ».

b. Principes développés par la Cour européenne des droits de l'homme

61. On trouvera ci-dessous une brève analyse de quelques principes pertinents issus de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg concernant : 1) le pluralisme et la liberté de la radiodiffusion ; 2) la liberté en matière de publicité.

i. Pluralisme et liberté de radiodiffusion

62. Entre 1990 et 1993, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à traiter trois affaires portant sur des restrictions en matière de radiodiffusion, plus précisément sur des systèmes

³⁷ Recommandation du Comité des ministres aux Etats membres sur des mesures visant à promouvoir la contribution démocratique et sociale de la radiodiffusion numérique, adoptée par le Comité des ministres le 28 mai 2003 lors de la 840^e réunion des Délégués des Ministres.

d'octroi de licences.³⁸ L'une d'entre elles, l'affaire Informationsverein Lentia et autres c. Autriche³⁹, est devenue l'affaire de référence pour ce qui concerne la compatibilité d'un monopole public avec les dispositions de l'article 10 de la Convention et, en particulier, le paragraphe 2 de cet article.

63. Selon la Cour, l'article 10, paragraphe 1, a pour but d'exprimer clairement que les Etats sont autorisés à réglementer au moyen d'un système d'octroi de licences les modalités d'organisation de la radiodiffusion sur leur territoire, en particulier dans ses aspects techniques.⁴⁰ L'importance de ces aspects ne fait guère de doutes mais l'attribution ou le refus d'une licence peut aussi, de l'avis de la Cour, être soumise à d'autres considérations telles que la nature et les objectifs d'un projet de chaîne, son audience potentielle à l'échelon national, régional ou local, les droits et les besoins d'un public particulier et les obligations découlant des instruments juridiques internationaux. Ceci peut conduire à des ingérences dont la finalité est légitime au vu de la troisième phrase du paragraphe 1, même si elle ne correspond à aucune des finalités énoncées au paragraphe 2.⁴¹ Toutefois, la compatibilité de telles ingérences avec la Convention doit être évaluée au regard des autres critères formulés au paragraphe 2.

64. L'évaluation par la Cour de l'ancien système de radiodiffusion autrichien contient certains arguments pertinents pour l'analyse d'un duopole public-privé spécifique comme celui de l'Italie. La Cour commence par reconnaître que le système de monopole en place en Autriche est conforme à la troisième phrase du paragraphe 1 et répond à une finalité légitime dans la mesure où il permet de contribuer à l'équilibre et à la qualité de la programmation grâce aux pouvoirs de supervision ainsi conférés aux autorités. Toutefois, à propos de la nécessité de l'ingérence au titre de l'article 10, paragraphe 2, la Cour se prononce de manière négative. S'agissant de la presse et de la radiodiffusion, le contrôle doit être strict en raison de l'importance des droits en cause. La nécessité de les restreindre doit donc être établie de manière convaincante.⁴²

65. La Cour réaffirme sa jurisprudence quant au rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique, en particulier s'agissant de la presse à qui il incombe de communiquer des informations et des idées sur des questions d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre.⁴³ A cet égard, la Cour accorde une importance particulière à la protection du pluralisme : « Pareille entreprise ne saurait réussir si elle ne se fonde sur le pluralisme, dont l'Etat est l'ultime garant. La remarque vaut spécialement pour les médias audiovisuels, car leurs programmes se diffusent souvent à très grande échelle. »⁴⁴ La Cour a considéré que le monopole n'était pas nécessaire pour un certain nombre de raisons.⁴⁵

³⁸ Groppera Radio AG et autres c. Suisse, arrêt du 28 mars 1990, série A, n° 173 ; Autronic AG c. Suisse, arrêt du 22 mai 1990, série A, n° 178.

³⁹ Informationsverein Lentia et autres c. Autriche, arrêt du 24 novembre 1993, Série A, n° 276.

⁴⁰ Voir l'arrêt Groppera, par. 61.

⁴¹ Voir l'arrêt Informationsverein Lentia et autres c. Autriche, par. 31.

⁴² Voir l'arrêt Autronic, par. 61.

⁴³ Voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt rendu le 26 novembre 1991 dans l'affaire Observer et Guardian c. Royaume-Uni, série A, n° 216, p. 29-30, par. 59.

⁴⁴ Arrêt Informationsverein Lentia et autres c. Autriche, par. 38.

⁴⁵ *id.*, par. 39.

66. La réponse de la Cour à un argument supplémentaire du gouvernement répondeur présente un intérêt particulier dans le contexte du présent avis. Le gouvernement, en effet, avançait l'argument économique selon lequel le marché autrichien ne serait pas de taille à supporter un nombre de stations privées suffisant pour éviter les concentrations et la constitution de « monopoles privés ». La Cour répond que cette assertion est « démentie par l'expérience de plusieurs Etats européens, de dimension comparable à celle de l'Autriche, où la coexistence de stations publiques et privées, organisée selon des modalités variables et assortie de mesures faisant échec à des positions monopolistiques privées, rend vaines les craintes exprimées ». La référence à des « mesures faisant échec à des positions monopolistiques privées » peut être interprétée comme indiquant que la Cour adhère au présupposé selon lequel il existe pour l'Etat une obligation positive d'assurer le pluralisme en matière de radiodiffusion. Ce point est confirmé par la jurisprudence de la Cour sur les restrictions concernant la publicité à la télévision.

ii. Restrictions visant la publicité dans la radiodiffusion publique et pluralisme dans les médias

67. Les restrictions concernant la publicité à la télévision et à la radio doivent avoir pour objet la sauvegarde de l'indépendance de la radiodiffusion. Dans une affaire récente, la Cour a dû se prononcer sur la question de savoir si l'interdiction des messages publicitaires à caractère politique à la télévision suisse était compatible avec la liberté de la publicité, qui est aussi protégée par l'article 10 de la Convention.⁴⁶ Le requérant, une association de protection des animaux, considérait que le refus de la télévision suisse de diffuser une publicité contre le traitement des animaux dans la production industrielle, constituait une atteinte aux droits garantis à l'article 10 de la Convention. Examinant la légitimité de l'objectif recherché par l'interdiction, la Cour note que l'interdiction de la propagande politique vise à empêcher de puissants groupes financiers d'obtenir un avantage concurrentiel dans le domaine politique et, en outre, à garantir l'indépendance des diffuseurs, à préserver le débat politique d'une influence commerciale indue, à assurer une certaine égalité des chances entre les différentes forces sociales et à soutenir la presse écrite, qui demeure libre de faire paraître des publicités à caractère politique. Bien qu'admettant la légitimité de ces buts, la Cour juge que l'interdiction n'est pas nécessaire dans une société démocratique et que l'ampleur de la marge d'appréciation de l'Etat doit dans ce cas être relativisée, notamment parce que la publicité de l'association requérante échappe au contexte commercial normal, dans lequel il s'agit d'inciter le public à acheter un produit particulier, et qu'elle traduit plutôt des opinions controversées tenant à la société moderne en général, et qu'en outre, dans de nombreuses sociétés européennes, la protection et les modalités d'élevage des animaux ont donné et donnent toujours lieu à un débat général.⁴⁷

68. La Cour parvient à cette conclusion après un examen approfondi des divers intérêts en jeu : « A cet égard, il lui revient de concilier la liberté d'expression de l'association requérante, d'une part, et les motifs avancés par les autorités suisses pour interdire la publicité à caractère politique d'autre part, c'est-à-dire préserver l'opinion publique des pressions de puissants groupes financiers et d'influences commerciales indues, assurer l'égalité des chances entre les différentes forces sociales, garantir l'indépendance des diffuseurs vis-à-vis de sponsors puissants quant à leur politique éditoriale et, enfin, soutenir la presse. »⁴⁸

⁴⁶ Voir *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, arrêt du 28 juin 2001.

⁴⁷ *id.*, par. 70.

⁴⁸ *id.*, par. 72.

69. La Cour reconnaît que « de puissants groupes financiers peuvent obtenir des avantages concurrentiels dans le domaine de la publicité commerciale et peuvent par ce moyen exercer des pressions sur les stations de radio et de télévision diffusant les publicités et, finalement, compromettre la liberté de celles-ci ». Elle poursuit en indiquant que : « De telles situations portent atteinte au rôle fondamental de la liberté d'expression dans une société démocratique telle que garantie par l'article 10 de la Convention, notamment quant elle sert à communiquer des informations et des idées d'intérêt général, auxquelles le public peut d'ailleurs prétendre. Pareille entreprise ne saurait réussir si elle ne se fonde sur le pluralisme, dont l'Etat est l'ultime garant. La remarque vaut spécialement pour les médias audiovisuels, dont les programmes se diffusent souvent à très grande échelle (Informationsverein Lentia et autres c. Autriche (n° 1), arrêt du 24 novembre 1993, série A n° 276, p. 16, par. 38) ».⁴⁹

70. Bien que ces arguments portent uniquement sur la légitimité des mesures prises par l'Etat pour assurer le pluralisme et empêcher certains groupes puissants d'exercer une influence sur la télévision, les formulations qu'emploie la Cour semble indiquer qu'elle serait prête en certains cas à soutenir une obligation positive à cet égard.

71. La Commission européenne des droits de l'homme mentionne le devoir de l'Etat de prendre des mesures pour empêcher un degré excessif de concentration de la presse dans l'affaire *De Geillusteerde Pers N.V. c. Pays-Bas*.⁵⁰

4. Loi Gasparri : dispositions visant à protéger le pluralisme des médias

72. Nombre des dispositions de la loi Gasparri couvrent un terrain précédemment couvert par la loi n° 66 de 2001 et par la réglementation de l'AGCOM de novembre 2001 (chapitre 5, articles 24 à 29), qui contient des dispositions visant à sauvegarder le pluralisme et la transparence du marché de la télévision numérique. La nouvelle loi cherche donc à adapter ces instruments, en introduisant aussi un élément nouveau dans la réglementation relative à la concentration des médias (voir plus bas). Les mesures suivantes étaient prévues dans la réglementation de l'AGCOM :

- un tiers des capacités de transmission terrestres numériques est réservé aux fournisseurs de contenus locaux (article 24.1a) ;
- aucune entité ne peut détenir à elle seule des licences lui permettant d'exploiter, en tant que fournisseur de contenus, plus de 20% du nombre total de chaînes gratuites ou payantes accessibles par télévision numérique terrestre (DTT) au niveau national (article 24.1b) ;
- aucune entité ne peut détenir des licences lui permettant, en tant que fournisseur de contenus, de diffuser à la fois au niveau national et au niveau local (article 24.2) ;
- les normes de transparence s'appliquant aux fournisseurs de contenus incluent l'obligation pour les détenteurs de plus d'une licence de maintenir une comptabilité séparée pour chaque licence, cette obligation valant aussi pour les entités détentrices de licences en tant que fournisseurs de contenus et en tant que fournisseurs de services (article 25) ;
- les normes de transparence s'appliquant aux opérateurs de réseau comprennent l'obligation pour les opérateurs de réseau local qui sont aussi fournisseurs de contenus de maintenir des comptabilités séparées, cette obligation valant aussi pour les entreprises exploitant un réseau national qui sont aussi fournisseurs de contenus (article 27).

73. Les objectifs de la loi en matière de pluralisme des médias sont énoncés principalement aux articles 3, 4 et 5 qui définissent les principes fondamentaux de la loi.

⁴⁹ *id.*, par. 73.

⁵⁰ Rapport du 6 juillet 1976, D.R. 8, p. 14, par. 88.

74. L'article 4.a garantit l'accès à « une pluralité d'opérateurs nationaux et locaux (...) dans des conditions de pluralisme et de libre concurrence ». L'article 5.1a protège la concurrence sur le marché des médias et interdit l'établissement ou le maintien de positions dominantes nuisibles au pluralisme.

75. Un certain nombre d'articles sont consacrés à la question du pluralisme des médias et de la concentration de la propriété des médias. Les principes généraux, qui sont énoncés aux articles 3.1, 4.1a, 5, 12.3, 24.1b, 25.1 et 25.11, étendent les normes définies aux articles 3, 4 et 5 aux réseaux terrestres numériques nationaux et locaux. Ces dispositions couvrent également la radio et le secteur intermédiaire.

76. En ce qui concerne le pluralisme interne, l'article 5, paragraphe 1e, exige des opérateurs de réseau qu'ils assurent l'égalité de traitement des fournisseurs de contenus n'appartenant pas à une entreprise liée à eux ou placée sous leur contrôle en mettant à leur disposition une information technique identique à celle qu'ils communiquent aux entreprises qui leur sont liées ou qui dépendent d'eux. En outre, s'agissant des conditions d'accès au réseau, les opérateurs doivent éviter toute discrimination entre fournisseurs de contenus indépendants et ceux qui appartiennent à une entreprise liée à eux ou placée sous leur contrôle.

77. La loi propose deux grands changements ayant des conséquences du point de vue du pluralisme externe :

- la limitation à 20% des chaînes nationales de la part du secteur pouvant être exploitée par un même diffuseur (article 15.1) ;
- l'introduction de la notion de système intégré des communications (SIC) pour établir des seuils financiers s'appliquant aux secteurs des médias électroniques et de l'imprimé (article 15.2).

78. L'article 15.1 définit les seuils en termes de part de marché qui devront s'appliquer aux diffuseurs nationaux de radio et de télévision dès l'entrée en vigueur du plan de fréquences pour la télévision terrestre numérique.

79. Les modalités prévues pour déterminer le seuil correspondant à 20% du marché sont (dans la traduction anglaise que nous avons utilisée) ambiguës. L'article 15.1 stipule qu'un fournisseur de contenus ne peut détenir de licences lui permettant de diffuser plus de 20% de l'ensemble des programmes de télévision ou plus de 20% des programmes de radio pouvant être diffusés sur des fréquences terrestres au niveau national par les réseaux inclus dans le plan de fréquences. L'article 25.8, qui couvre la période de transition, affirme que, jusqu'à l'application complète du plan de répartition des fréquences pour la télévision numérique, le nombre total des programmes de chaque entité ne devra pas dépasser 20% et sera calculé sur la base du nombre total de programmes de télévision autorisés ou diffusés au niveau national sur des fréquences terrestres numériques ou analogues, conformément à l'article 23.1. L'interprétation la plus plausible de l'article 15.1 est que le seuil des 20% doit être calculé à partir du nombre total de chaînes qui, selon le plan technique, peuvent être diffusées par télévision numérique terrestre (DTT) au niveau national mais, si l'on en croit l'article 25.8, le seuil des 20% doit être calculé sur la base du nombre total de programmes de télévision accessibles (diffusés ou autorisés) au niveau national. Ceci semble plus logique et conforme, en outre, à l'article 24.1b de la réglementation de l'AGCOM sur la DTT (2001), qui prévoit qu'aucune entité ne peut détenir, en tant que fournisseur de contenus, des licences lui permettant de diffuser plus de 20% du nombre total de

chaînes de télévision (gratuites ou payantes) accessibles par télévision numérique terrestre au niveau national. Ici aussi, par conséquent, le seuil des 20% est calculé à partir du nombre total de programmes de télévision diffusés au niveau national.

80. L'article 15.2 complète l'article 15.1 et définit la notion de système intégré des communications utilisée pour établir la limite des parts de marché sur la base des revenus du secteur.

81. L'expression générique de « système intégré des communications » (SIC) a été forgée afin d'établir un seuil fondé sur les revenus du secteur ; elle couvre une gamme étendue de médias (article 15.3) : 1) la radiodiffusion nationale et locale, y compris les services payants, ainsi que les revenus découlant de la publicité, des droits de licence, des activités de parrainage et du téléshopping ; 2) toute forme d'édition (journaux, magazines, livres, édition électronique) ; 3) les activités de production et de distribution dans le domaine du cinéma et de la télévision et dans le domaine musical ; 4) toute forme de publicité (y compris la publicité par voie d'affichage), ainsi que les revenus provenant de l'Internet.

82. L'article 15.2 indique qu'une entreprise ne peut recevoir à elle seule plus de 20% des revenus du secteur des médias couvert par la notion de système intégré des communications.

83. Une place importante est accordée aux diffuseurs locaux dans le secteur de la télévision ; un tiers des capacités de fréquences allouées à la télévision est réservé aux chaînes locales. On notera aussi que l'interdiction pour les radiodiffuseurs nationaux de détenir une chaîne locale a été maintenue (article 5d). Les mesures visant les diffuseurs locaux de télévision sont plus strictes que celles qui s'appliquent aux diffuseurs nationaux (article 7.2, 3 et 4).

84. En vertu de l'article 15.1, le secteur national de la radio est soumis aux mêmes règles que le secteur de la télévision : les diffuseurs nationaux de radio ne peuvent dépasser 20% du nombre de chaînes nationales et, en vertu de l'article 15.2, 20% également de la totalité des revenus du système intégré des communications.

85. L'article 5g1 et g2 et l'article 15.4 et 6 contiennent des dispositions intermédiaires. L'article 15.6 interdit aux diffuseurs de télévision qui exploitent plus d'un réseau national de détenir des participations dans une entreprise de presse jusqu'à la fin 2010. Les éditeurs de journaux seront autorisés à entrer sur le marché de la télévision dès l'introduction de la loi.

5. Analyse de ces dispositions

86. La Commission note que les autorités italiennes semblent considérer que le pluralisme des médias peut être mesuré par l'évaluation quantitative du nombre total de chaînes. Selon les représentants de la coalition au pouvoir que la délégation de la Commission a pu rencontrer, comme le plan numérique prévoit une augmentation importante du nombre de chaînes et de fournisseurs au niveau national (d'après le plan national de fréquences, la plate-forme de télévision terrestre numérique devrait accueillir 12 multiplexes de diffusion nationale, chacun d'eux regroupant entre quatre et six chaînes, mais certaines de ces chaînes servent et/ou serviront à la radio et aux applications interactives), il sera possible d'accéder au marché des médias qui sera ouvert à de nouveaux diffuseurs. Dans ce contexte, le seuil de 20% des chaînes (ou des programmes) permettra d'empêcher les concentrations. L'élargissement de la définition du marché des médias vise à tenir compte de la convergence progressive des différents marchés liés à la télévision qui n'en formeront bientôt qu'un seul. Le système intégré des communications est conçu de façon à permettre l'expansion de ces marchés, notamment en vue du passage au numérique.

87. Pour les représentants de l'opposition, les nouveaux seuils autorisés en ce qui concerne le nombre de chaînes, les programmes ou les revenus ne vont pas mettre un terme au duopole RAI-Mediaset mais au contraire le renforcer. Il est vrai que le nombre de chaînes va augmenter mais le principal bénéficiaire en sera Mediaset, qui va continuer à croître ; l'extension du système intégré des communications, en outre, fait qu'il sera pratiquement impossible d'appliquer à Mediaset le concept de « position dominante ». Le principal effet de l'extension du marché des médias est l'élargissement de la part de la publicité, qui a permis d'autoriser Mediaset à continuer à utiliser les fréquences occupées par Retequattro, empêchant ainsi l'application effective des arrêts pertinents de la Cour constitutionnelle.

88. La Commission convient avec les pouvoirs publics italiens que la numérisation va entraîner une augmentation du nombre des chaînes ; et, en effet, l'évolution de l'environnement numérique dans d'autres pays européens donne à penser que des chaînes vont apparaître sur le marché⁵¹ en nombre encore plus important.

89. Par ailleurs, la Commission souligne que, selon toute vraisemblance, bon nombre des nouvelles chaînes accessibles au public ne disposeront que de très faibles parts d'audience mais avec des niveaux de production similaires. En conséquence, il apparaît à la Commission que le seuil proposé pour protéger le pluralisme des moyens de communication – tel que mesuré par le chiffre de 20 % du nombre des chaînes – n'est pas en lui-même un indicateur clair de la part de marché détenue.

90. En outre, ce seuil ne constitue pas non plus une indication dépourvue d'ambiguïté de l'équilibre et du pluralisme constatés sur le marché de la télévision et de la radio considéré dans son ensemble. Les plus grandes entreprises vont bénéficier d'une capacité d'acquisition supérieure dans toute une gamme d'activités – telles que les achats de programmes – et elles vont jouir d'avantages significatifs par rapport aux autres fournisseurs nationaux de contenus. Si ce régime était mis en œuvre, elles pourraient également bénéficier d'une part d'audience illimitée.

91. En fin de compte, la mesure du degré de concentration basée sur le partage des chaînes ou sur la production de programmes ne peut rendre compte de la puissance du marché ni s'avérer utile pour évaluer la position qu'occupe une société donnée sur les marchés nationaux de la radio et de la télévision.

92. En ce qui concerne la possibilité de voir de nouveaux concurrents se présenter sur le marché des médias, la Commission note que les questions fondamentales posées par les économies d'échelle et par les coûts élevés de la production télévisuelle vont, comme dans d'autres pays, jouer en faveur des opérateurs qui s'y trouvent déjà.

93. S'agissant du concept de système intégré de communication (SIC) tel que défini à l'article 2 (g) et détaillé à l'article 15 (2) et (3), la Commission note que ce processus est unique en matière de disparition de marchés, jusqu'ici séparés, aux fins d'adoption de mesures de concentration. Il semblerait que la définition très large du marché des médias soit sans précédent en Europe⁵².

⁵¹ Bien que *Sky Italia* ait passé un accord avec la CE pour ne pas diffuser à partir de la plate-forme TNT (télévision numérique terrestre) et que cet engagement conditionne l'obtention de son autorisation d'émettre.

⁵² Mme Quadri a signalé que l'article 15 § 5 de la loi n° 223 de 1990 et l'article 2 § 1 de la loi n° 249 de 1997 faisaient référence au concept d'un système de communication « intégré ».

94. Les représentants de l'Italie ont soutenu que ce concept prenait dûment en compte l'évolution technologique ainsi que la pratique commerciale de plus en plus répandue qui consiste à associer, par exemple, la vente d'un quotidien à celle de livres ou de CD musicaux. Il permet le développement de secteurs tels que la presse écrite qui, jusqu'à présent, restaient confinés dans des limites étroites. En fait, l'article 15 de la loi Gasparri permet à la presse de pénétrer sur le marché de la télévision tout en s'opposant à la démarche inverse jusqu'en 2010. De ce point de vue, il est intéressant de noter que le Gruppo l'Espresso a fait l'acquisition d'une chaîne de télévision.

95. La Commission constate avec le gouvernement italien que le concept de système intégré de communication est le reflet d'une tendance actuelle ; en effet, il n'est pas invraisemblable qu'un jour les différents marchés des médias convergent pour ne plus conformer qu'un seul marché. Il est même vraisemblable que, pour certains de ces marchés, un tel processus de convergence relative soit déjà en cours.

96. Quoi qu'il en soit, la Commission considère hautement improbable de voir, dans un futur prévisible, cette convergence matérialisée dans les faits et elle estime qu'il est peu vraisemblable qu'elle puisse avoir une incidence significative sur la situation actuelle. Par conséquent, elle estime que le concept de SIC ne devrait pas être utilisé pour remplacer, même à ce stade, le critère du « marché pertinent ».

97. En réalité, le recours au concept d'un système intégré de communication en tant qu'indicateur économique de la part de marché dilue considérablement l'efficacité des instruments utilisés pour protéger le pluralisme extérieur basé sur le partage des ressources « sur des marchés individuels » (voir Rec. (99) 1, paragraphe 1 de l'annexe). Une société, prise individuellement, pourrait disposer de parts de revenus très importantes sur des marchés individuels tout en restant, dans le même temps, sous la barre des 20 % pour le secteur global.

98. En outre, la Commission note que la convergence des différents marchés dans le secteur italien des médias – aux fins d'adoption de mesures contre la concentration et par le biais de l'introduction du concept de système intégré de communication – semble également ne pas concorder avec la définition des marchés dont la Commission européenne s'est servie dans ses décisions relatives à la concurrence applicables au secteur de la télévision⁵³. Dans un certain nombre d'affaires de concurrence dans lesquelles le secteur des médias était impliqué, la Commission européenne a fait la distinction entre des marchés différents (et, notamment, les marchés de la télévision payante et de la télévision en clair) sur la base des divers types de ressources et de services fournis par les opérateurs.

99. Dans le texte de la nouvelle loi et dans une certaine mesure, la notion de « marchés pertinents » a été laissée de côté. Il est vrai, comme l'ont signalé les représentants italiens, que l'article 14 § 2 de la loi Gasparri exige de l'AGCOM qu'il procède à l'évaluation de la concentration dans le secteur des médias pour éviter que ne s'y développent des positions dominantes (la question reste ouverte de savoir si l'AGCOM dispose de pouvoirs à l'égard de positions dominantes déjà acquises). Toutefois, cette disposition pourrait être délicate à mettre en œuvre dans la pratique, en particulier du fait de la redéfinition des « marchés pertinents » ou peut-être plus précisément encore, à cause de l'absence d'une définition de ce qu'est un « marché pertinent ». L'application de l'article 14 § 2 semble être gravement compromise par le cadre qu'a délimité le concept de système intégré de communication. Il

⁵³ Voir, entre autres, Commission des Communautés européennes (2000). Affaire n° COMP/JV.37-BskyB/Kirch Pay TV. Réglementation (CEE) n° 4064/89 procédure de fusion-acquisition du 21/03/2000. Commission des Communautés européennes (2003). Affaire n° COM/M.2876-NEWSCORP/TELEPIU. Réglementation (CEE) n° 4064/89 procédure de fusion-acquisition 1/04/2003.

n'y aurait vraisemblablement de positions dominantes que dans les cas où les seuils maximaux énoncés à l'article 15 de la loi Gasparri seraient dépassés par une entreprise ou par des sociétés affiliées. En fait, il semblerait que l'AGCOM ne soit compétent pour intervenir que dans ce type de situations. Et ce type d'intervention ne semble pas suffisant pour garantir le pluralisme dans les divers secteurs des médias individuels qui, en termes de marchés ou de services, - et même lorsque la numérisation sera achevée - pourraient ne pas converger autant que le suggère le cadre défini par ces seuils.

100. Par ailleurs, il faut noter que les mesures générales antitrust resteront applicables. Pour autant, alors que ces dispositions assurent une protection contre les abus de position dominante, dans le secteur des médias, les positions dominantes sont interdites comme telles.

101. Il est probable que l'application du concept de système intégré de communication permette de transférer, dans une large mesure, les niveaux actuels de concentration sur le marché national de la télévision vers les plates-formes numériques. Par voie de conséquence, le duopole constitué par Mediaset et par la RAI trouvera des prolongements dans le secteur de la télévision numérique ; en outre, compte tenu des modifications apportées par cette loi, ces prolongements s'inscriront dans le cadre juridique défini par la loi.

102. En effet, avec l'assouplissement des règles applicables aux participations croisées, Mediaset pourrait (après 2010) s'étendre dans d'autres secteurs en vue d'intensifier sa présence sur différents marchés des médias. En fait, aux termes de la loi Gasparri, les règles applicables aux participations croisées ont été considérablement libéralisées. Et ce phénomène peut inquiéter en raison de la position dominante de la télévision sur le marché italien global des médias. Le secteur de la radio est particulièrement fragmenté et donc vulnérable aux processus de consolidation et de concentration. Le secteur de la presse se comporte également moins bien que la moyenne des marchés de même taille en Europe et l'importance du lectorat est bien moindre que dans d'autres pays de l'Union européenne.

103. La Commission renvoie aux standards du Conseil de l'Europe dont il a été question plus haut - qui s'appliquent au pluralisme externe des médias - et telles qu'inscrites dans les instruments du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire. Assurément, la Commission n'ignore pas que ces standards sont peu précis, notamment en ce qui concerne les plafonds financiers auxquels un radiodiffuseur peut prétendre, rapportés à ses parts de marché. Quoi qu'il en soit, la Commission considère qu'aucun doute ne subsiste quant à l'objectif poursuivi par l'adoption de ces plafonds : protéger les secteurs individuels contre la position dominante que pourrait s'arroger tel ou tel intervenant individuel. Pour autant, la Commission n'est pas certaine que l'article 15, paragraphes (1) et (2) de la loi Gasparri permette d'atteindre cet objectif.

104. Par ailleurs, la Commission note qu'en réalité l'effet combiné du nouveau cadre défini par l'article 15, paragraphes (1) et (2) prévoit la libéralisation des anciennes règles contre la concentration, dont les niveaux maximaux autorisés ont déjà été dépassés à la fois par Mediaset et par la RAI⁵⁴. Par conséquent, aux termes de ces nouvelles dispositions, Retequattro a eu l'autorisation de continuer à exploiter des fréquences. A cet égard, la Commission rappelle que « les sociétés qui ont atteint les plafonds autorisés sur un marché

⁵⁴ Aux termes de la loi Macanico, la télévision commerciale a atteint le plafond de 12 milliards d'euros et le seuil, alors fixé à 30 %, se montait donc à environ 4 milliards d'euros. Aux termes de la loi Gasparri, le système intégré de communication (SIC) a atteint le plafond de 26 milliards d'euros, et le seuil est donc passé à 5.2 milliards d'euros.

pertinent ne devraient pas se voir octroyer des licences supplémentaires de radiodiffusion sur ce marché » (point 1 de l'annexe à la Recommandation Rec(99)1⁵⁵ du Comité des Ministres).

105. Pour finir, en ce qui concerne la radiodiffusion locale et numérique, la Commission note qu'elle est protégée grâce au niveau fixé pour le seuil de fréquences attribuées aux chaînes locales et régionales et au fait qu'il est interdit aux radiodiffuseurs nationaux d'exploiter des chaînes locales et régionales. Cette restriction devrait encourager les journaux à investir dans le secteur de la télévision locale.

106. En conclusion, la Commission considère qu'en l'absence d'un autre indicateur – tel qu'un seuil de part d'audience⁵⁶ et un indicateur de « marché pertinent », les seuils prévus par l'article 15 § 1 et 2 sont très largement redondants en tant qu'indicateur de la diversité du marché.

107. S'agissant, maintenant, du pluralisme interne, la Commission note que l'article 5 (e) interdit explicitement toute discrimination entre les fournisseurs de contenus indépendants et ceux qui relèvent de sociétés dépendantes et contrôlées.

108. En outre, la Commission note que, conformément à la décision de l'AGCOM n° 253 de 2004⁵⁷, l'accès aux réseaux des fournisseurs indépendants de contenus qui bénéficient d'une certaine réputation est garanti dans une certaine mesure.

109. Bien que la Commission n'ait pas repéré les critères fixés par l'AGCOM, elle considère que, dans la pratique, l'application en bonne et due forme de ce principe peut, en effet, contribuer au pluralisme interne.

6. Dispositions relatives à la transition vers l'environnement numérique

110. Le chapitre V de la loi Gasparri concerne la phase de transition entre l'environnement analogique et la diffusion numérique terrestre. Il propose un cadre juridique pour une évolution progressive vers la diffusion numérique terrestre des opérateurs et des radiodiffuseurs actuels et, le cas échéant, de nouveaux organismes de radiodiffusion. Les principales dispositions figurent dans la loi n° 66 du 20 mars 2001, dans la Résolution de l'AGCOM n° 435/01/CONS du 15 novembre 2001 (Réglementation de la radiodiffusion numérique terrestre) et dans la loi n° 112 du 3 mai 2004.

111. Antérieurement à l'interruption définitive de la radiodiffusion analogique, la loi n° 66 de 2001 prévoit, dans son article 2-bis (1), une phase de transition pendant laquelle « afin

⁵⁵ En revanche, aucune fréquence n'a encore été attribuée à *Centro Europa 7* qui a pourtant remporté l'appel d'offres.

⁵⁶ La Commission note que le Groupe consultatif sur les concentrations, le pluralisme et la diversité des médias du Comité directeur sur les moyens de communications de masse (CDMM) du Conseil de l'Europe a conclu que, même s'il ne serait pas « réaliste de considérer qu'une approche réglementaire commune en Europe dans le domaine des réglementations applicables à la propriété des médias soit possible », « l'approche par la part d'audience est un modèle largement répandu qui présente l'avantage de refléter l'influence réelle d'un organisme de radiodiffusion sur un marché donné et qui, dans le même temps, reste neutre par rapport au nombre de licences dont cet organisme est titulaire, et permet son développement à l'international. » Voir rapport préparé par le Groupe consultatif sur la diversité des médias en Europe (AP-MD), H/APMD(2003)001, p. 10.

⁵⁷ Delibera AGCOM 253/04/CONS : « Norme a garanzia dell'accesso dei fornitori di contenuti di particolare valore alle reti per la televisione digitale terrestre », publié le 23 août 2004.

d'assurer le déploiement du marché de la télévision numérique terrestre, les organismes qui opèrent déjà en bonne et due forme en qualité de radiodiffuseurs (radiodiffusion analogique terrestre, câble et satellite) sont habilités à expérimenter dans un environnement numérique les transmissions télévisuelles et les services d'une « société de l'information ». Cette « autorisation d'expérimenter la radiodiffusion numérique terrestre » ne concerne que les opérateurs de réseaux, dans la mesure où les fournisseurs de contenus bénéficient d'une autorisation directe. La loi n° 66 de 2001 – telle qu'interprétée et appliquée par la réglementation de l'AGCOM de novembre 2001 – prévoit ainsi la mise en œuvre progressive d'un double régime basé sur l'octroi de licences aux opérateurs et l'attribution d'autorisations aux fournisseurs de contenus ; elle introduit donc un dispositif d'habilitation provisoire (« autorisation pour l'expérimentation de la radiodiffusion numérique terrestre ») réservé aux futurs opérateurs titulaires d'une licence d'exploitation.

112. Les articles 22, 23, 24 et 25 de la loi concernent les modalités de déploiement de la radiodiffusion numérique terrestre et la disparition des fréquences analogiques afin d'assurer la transformation totale du système actuel.

113. L'article 22 (1) fait obligation à l'AGCOM « de préparer un projet de mise en œuvre du plan national d'attribution des fréquences numériques ». Ce plan a été approuvé par l'AGCOM le 29 janvier 2003 (Résolution n° 15/03/CONS). Il s'agit du « plan » dit « du premier niveau » (attribution de fréquences aux chaînes nationales et régionales ». Le 12 novembre 2003, l'AGCOM a approuvé le « plan intégré » (Résolution n° 399/03/CONS) qui intègre le plan dit « du premier niveau » à un plan dit « du second niveau » (attribution de fréquences aux chaînes locales). Auparavant, le 15 novembre 2001, l'AGCOM avait approuvé le règlement (Regolamento) d'attribution des licences et autorisations aux opérateurs de radiodiffusion numérique terrestre (Résolution n° 435/01/CONS). Dans le cadre de ce plan, l'AGCOM est tenu de favoriser les expérimentations nouvelles et la sauvegarde des services actuels. A l'heure qu'il est – et telle que la situation nous apparaît – il y a cinq multiplexes numériques dont la couverture touche plus de 50 pour cent de la population.

114. Jusqu'à la mise en œuvre du plan, les fournisseurs de contenus (aux niveaux national et local) qui remplissent les conditions requises pour bénéficier d'une autorisation, peuvent procéder à leurs expérimentations (soit qu'ils exploitent un service numérique existant soit qu'ils sollicitent une licence pour l'exploitation d'une chaîne numérique) en tout conformément à l'article 23 (1), jusqu'au basculement complet dans l'environnement numérique prévu pour décembre 2006. Pour l'essentiel, cette disposition prolonge les mesures précédentes stipulées par la loi n° 66 de 2001 et par la réglementation de l'AGCOM qui précise le régime actuel applicable à l'expérimentation de la radiodiffusion numérique terrestre appelé à prendre fin le 25 juillet 2005.

115. L'article 23 (1) prévoit également que les entités qui remplissent les conditions requises pour expérimenter la radiodiffusion numérique terrestre peuvent solliciter une licence ou une autorisation en vue de lancer des services de radiodiffusion numérique terrestre à la date d'entrée en vigueur de la loi. L'article 35 de la réglementation de l'AGCOM de novembre 2001 a également précisé qu'à compter du 31 mars 2004 et, en tout état de cause, après l'adoption par l'AGCOM des mesures prescrites par l'article 29 de cette réglementation (non encore adoptée), les entités qui remplissent les conditions pour procéder à l'expérimentation de la technologie numérique pourraient demander au ministère des Communications à bénéficier d'une licence en tant qu'opérateurs de réseau dans la zone de diffusion pour laquelle ils remplissent les conditions exigées pour un telle expérimentation.

116. L'article 23 (3) étend également la pratique de la « redistribution des fréquences » qui constitue une innovation centrale de la loi n° 66 de 2001 (articles 2-bis (2)). Le système a été créé pour faciliter le déploiement du marché, compte tenu de la rareté relative des fréquences terrestres disponibles pour des transmissions en numérique. Le système de la « redistribution des fréquences » a été autorisé pour une période de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi n° 66 de 2001 (c'est à dire jusqu'en mars 2004). Pour autant, la loi Gasparri réaffirme la validité de ce système, apparemment sans fixer de cadre chronologique à son expiration (article 23 (3)). Dès la seconde moitié de 2003, la RAI et Mediaset ont acquis des fréquences auprès des radiodiffuseurs locaux. Le système permet à des entités qui s'adonnent légitimement à des activités télévisuelles de céder des émetteurs ou des filiales de façon à constituer des réseaux numériques, à la condition que ces acquisitions servent à la radiodiffusion numérique.

117. Aux termes de l'article 23 (5), une licence d'opérateur de réseau est délivrée sur demande aux entités intéressées qui exercent en bonne et due forme des activités de radiodiffusion, à la condition qu'elles couvrent au moins 50 pour cent de la population ou de la zone locale de service où elles sont exercées. Une exemption temporaire est prévue pour les opérateurs locaux (article 25 (11) qui sont également autorisés à solliciter une licence en tant qu'opérateur de réseau national pour autant qu'ils remplissent certaines conditions et qu'ils s'engagent à respecter certains objectifs en termes de couverture (article 23 (7)).

118. Aux termes de l'article 23 (7), les demandes de licence d'opérateur de réseau national peuvent également être déposées par des entités qui opèrent en bonne et due forme au niveau local, si elles sont en mesure de prouver qu'elles satisfont à toutes les exigences posées pour obtenir une licence d'opérateur national et si elles font part de leur intention d'assurer, dans les six mois qui suivront le dépôt de leur demande, la couverture d'au moins 50 % de la population, en renonçant à tous droits dont elles pourraient être titulaires en matière de radiodiffusion locale.

119. L'article 24 concerne l'introduction des services de radio numériques et l'AGCOM est tenu d'élaborer une stratégie nationale qui prépare la migration des radiodiffuseurs analogiques vers l'environnement numérique. Elaboré parallèlement au plan qui s'applique déjà aux télévisions, ce projet a été approuvé par l'AGCOM et, en ce sens, l'article 24 fait référence au projet de réglementation de l'AGCOM. Le plan repose, entre autres choses, sur les principes suivants qui régissent le passage de l'environnement analogique à l'environnement numérique : l'article 24 (b) définit le pluralisme des émissions et des services ainsi que l'équilibre à trouver entre le niveau national et le niveau local ; l'article 24 (c) définit les phases de cette évolution et le rôle de la RAI dans l'appui au déploiement du système ; l'article 24 (g) fixe les limites en matière de cession de fréquences et de programmes de radio détenus par des entreprises individuelles ; enfin, l'article 24 (2) établit le droit de mise en place d'un plan de soutien après qu'aient été entendus tous les acteurs du secteur pour aider au développement des services de radio numériques.

120. L'article 25 (1) précise que la télévision numérique terrestre a été lancée afin de développer le pluralisme dans le secteur télévisuel.

121. La loi adopte une approche en deux temps pour la transition des fréquences analogiques aux fréquences numériques et impose à la RAI un ensemble d'obligations spécifiques. Les deux phases initiales sont prévues comme suit :

- pour le 1^{er} janvier 2004, la télévision numérique terrestre devrait être accessible à 50 pour cent de la population ;

- pour le 1^{er} janvier 2005, la télévision numérique terrestre devrait être accessible à 70 pour cent de la population.

122. En conséquence, pendant la période de transition, l'entreprise titulaire de la « licence de radiodiffusion publique générale » (RAI) est tenue au respect de certaines obligations, notamment en matière de seuils stratégiques à atteindre dans la disponibilité des services de TNT énumérés à l'article 25 (2). Ainsi, au 1er janvier 2004, la couverture assurée doit être de 50 pour cent de la population et de 70 % au 1er janvier 2005. L'AGCOM est (était) tenu par la loi d'évaluer le développement de la télévision numérique terrestre sur la base de trois principes énoncés à l'article 25 (3) et qui supposent :

- une couverture par la TNT d'au moins 50 pour cent de la population ;
- la mise à disposition de décodeurs à un prix abordable ;
- un éventail satisfaisant d'émissions différentes de celles déjà diffusées sur le réseau analogique.

123. En mai 2004, l'AGCOM a pu fournir une première évaluation positive attestant que ces objectifs avaient été atteints ; toutefois, cette remarque était assortie d'une mise en garde, selon laquelle la forte concentration des ressources financières dans le secteur pouvait faire peser une menace sur le pluralisme des médias. Pour autant, le processus de transition progressif a pu se poursuivre et les radiodiffuseurs analogiques ont pu continuer leurs émissions. L'AGCOM n'a pas tenu compte des dispositions mentionnées à l'article 2 (7) de la loi n° 249 du 31 juillet 1997 basées sur l'article 25 (4) dans la mesure où les conditions spécifiées avaient été remplies.

124. L'article 25 (5) fait obligation à la RAI de prendre l'avis du ministère des Communications pour identifier la ou les zone(s) qui pourraient connaître des problèmes de réception des signaux analogiques afin de lancer un processus de migration totale vers l'environnement numérique pour janvier 2005. Abstraction faite des dispositions de l'article 25 (5), la RAI doit s'assurer, aux termes des dispositions de l'article 25 (6) qu'il y a bien trois chaînes de télévision analogiques et trois chaînes de télévision numériques gratuites (article 25 (6) accessibles sur l'ensemble de la zone de couverture définie à l'article 25 (2) pendant la période de transition.

125. La loi comporte également des dispositions pour favoriser l'acquisition de décodeurs ; ces dispositions prévoient des aides financières pour les foyers dont il est question à l'article 25 (7). Une clause précise que cette disposition ne devrait être incluse qu'après collecte des produits de la privatisation de la RAI conformément à l'article 21 (3). Des aides publiques destinées à ceux qui recevront la TNT ont également été approuvées par la loi de finance annuelle pour 2003 (« Legge Finanziaria »).

126. Dans la mesure où les conditions fixées par l'article 25 (3) et (4) ont été remplies (couverture de la population et conditions de son évaluation), une mesure provisoire est adoptée, conformément à l'article 25 (8), qui limite la part de marché sur la base du nombre de chaînes nationales terrestres (analogiques et numériques) pendant la phase de transition. Chacun des radiodiffuseur ne peut détenir au maximum qu'une part égale à 20 pour cent des chaînes (chiffre à établir à partir du nombre total de chaînes de télévision, jusqu'au moment où la numérisation des réseaux sera entièrement achevée conformément au plan). Ce chiffre inclut les chaînes nationales à caractère expérimental et/ou la programmation en simultanée/les rediffusions (aux termes de l'article 23 (1), indépendamment de la technologie – analogique ou numérique – de la diffusion. Cela dit, conformément à l'article 25 (9), ces conditions ne s'appliquent qu'aux radiodiffuseurs qui couvrent plus de 50 pour cent de la population (sociétés qui exploitent un multiplex national). La RAI est exclue de ce seuil, sauf aux fins de

calcul de la limite de 20 pour cent précitée. A cet égard, les chaînes de la RAI entrent dans le calcul du nombre total de chaînes disponibles (tel était déjà le système adopté par la loi n° 259 de 1997 pour la télévision analogique terrestre).

127. Après l'évaluation positive par l'AGCOM des conditions fixées par l'article 25 (1) et (3), conformément à l'article 25 (11), la validité des licences de radiodiffusion analogique est prolongée sur demande jusqu'à la date du changement définitif de système. Une telle demande peut être formulée soit par un titulaire qui diffuse en numérique soit par un radiodiffuseur numérique national (dont les services sont accessibles à plus de 50 pour cent de la population). Une demande peut également être déposée par les radiodiffuseurs qui émettent sur des fréquences numériques. Dans le cas des radiodiffuseurs numériques nationaux, il faut que leurs services soient également accessibles à plus de 50 pour cent de la population. Les radiodiffuseurs locaux qui ont l'intention de demander l'octroi d'une licence en tant qu'opérateur local (pour la TNT) – et par exception aux dispositions de l'article 23 (5), - peuvent solliciter l'octroi d'une telle licence même si la couverture qu'ils assurent n'atteint que 20 pour cent de la couverture analogique (au lieu de 50 pour cent pour les radiodiffuseurs nationaux). Par conséquent, si un opérateur (jusqu'à la mise en œuvre complète du plan de fréquences) peut apporter la preuve d'une couverture de 20 % par le biais de fréquences numériques, il peut demander l'autorisation d'intervenir en tant qu'opérateur numérique local, à condition de s'engager lui-même à investir, dans un délai de cinq ans, une somme minimale fixée à un million d'euros pour chaque région couverte par ladite licence. En outre, une réduction de cette somme à 500.000 euros est prévue lorsque les licences sont limitées à des zones plus petites que la région (et, dans le cas où une « licence additionnelle valide pour d'autres activités de radiodiffusion » autorise le déploiement de telles activités à l'intérieur de la région en cause, la somme est ramenée à 250.000 euros).

7. Analyse de ces dispositions

128. Les dispositions énoncées au chapitre V pour le passage de l'environnement analogique à l'environnement numérique fixent un taux de migration particulièrement élevé par rapport aux délais imposés pour un arrêt définitif de l'analogique et une migration complète vers le numérique.

129. Bon nombre des dispositions essentielles du chapitre V appuient et prolongent les dispositions de la loi n° 66 de 2001 ; elles repoussent les délais et, par conséquent, prorogent les conditions actuelles applicables à la migration des radiodiffuseurs d'un type de fréquences à l'autre. Les principaux outils mêlent : 1) des aides de l'Etat destinées à faciliter la diffusion du matériel au sein des foyers, mais aussi subventions indirectes sous la forme de l'attribution au secteur de la presse écrite d'une part minimale du budget publicitaire de l'Etat ; 2) la fixation de dates limites qui contraignent la RAI au respect des délais et des seuils imposés aux opérateurs en termes de couverture pour pouvoir solliciter des licences et des autorisations aux niveaux local, régional et national ; et 3) le libre jeu des mécanismes du marché, c'est à dire la redistribution des fréquences entre opérateurs. Il a également été procédé à un remaniement des catégories pour l'octroi des licences et des limites transitoires ont été fixées en matière de parts détenues pour assurer un certain pluralisme pendant la période de migration. Bon nombre de ces particularités avaient déjà été prévues par la loi n° 66 de 2001 et par la Réglementation de l'AGCOM.

130. Conformément à la loi n° 66 de 2001, la Réglementation de l'AGCOM prévoit une phase de transition pendant laquelle le régime d'octroi des licences aux opérateurs n'est plus applicable ; elle précise les différentes étapes à suivre pour parvenir à la transition entre le régime des autorisations individuelle valables pour la radiodiffusion analogique et le double

régime (autorisations pour les fournisseurs de contenus et licences pour les opérateurs) prévu par la loi n° 66/2001 dans un environnement télévisuel entièrement numérique.

131. La Commission rappelle que la Recommandation Rec(2003)9 du Comité des Ministres demande aux Etats membres « de préparer les conditions juridiques et économiques adéquates pour le développement de la radiodiffusion numérique, qui garantissent le pluralisme des services de radiodiffusion et l'accès du public à un choix élargi de programmes divers et de qualité » et « de protéger et, si nécessaire, de prendre des mesures positives pour sauvegarder et promouvoir le pluralisme des médias afin de rééquilibrer la concentration croissante dans ce secteur ».

132. La Commission note que, conformément à l'Annexe à la Recommandation Rec(2003)9, « étant donné que le passage au numérique suppose, pour le consommateur, l'acquisition d'un nouvel équipement permettant le décodage ou le décryptage des signaux numériques, ce qui implique un certain nombre de dépenses, et afin d'éviter toute discrimination pour des raisons matérielles et tout risque de « fossé numérique » entre différentes catégories sociales, les Etats membres devraient attacher une attention particulière aux moyens de réduire le prix de tels équipements » et « devraient faciliter la migration du public vers la radiodiffusion numérique ». A cet égard, la mise à la disposition des ménages d'aides financières pour l'acquisitions de décodeurs ne pourrait qu'être favorablement accueillie⁵⁸, bien que ces subventions restent exclusivement à la charge du gouvernement et bien qu'à l'évidence Mediaset en tire également avantage.

133. Dans l'ensemble, toutefois, la Commission a l'impression que la loi Gasparri ne traite pas de façon satisfaisante la question de la concentration des médias telle qu'elle se trouve posée aujourd'hui. L'approche retenue consiste à repousser le moment où il faudra trouver une solution concrète au problème de la concentration des médias sur le marché de la télévision ; elle compte fortement sur le moment où le déploiement de l'environnement numérique portera tous ses fruits. Cette approche ne semble pas satisfaisante dans la mesure où, si le statu quo se prolonge, il est vraisemblable que Mediaset et la RAI resteront les intervenants dominants sur le marché de la télévision italienne.

8. Dispositions relatives à un service public de radiodiffusion

134. L'article 2 (1h) de la loi Gasparri définit un « service public général de radiodiffusion⁵⁹ » qui prend la forme d'un « service public exploité en franchise (licence⁶⁰) dans le secteur de la radiodiffusion » (voir également article 6 (4)). L'article 17 ajoute que « le service public général de radiodiffusion doit être concédé en franchise à une société par actions [SARL], qui aura en charge l'exploitation du service sur la base d'un contrat de service national signé avec le ministère des Communications, de contrats de service régionaux et, dans le cas des provinces autonomes du Trentin (capitale Trente) et du Haut-Adige (capitale Bolzano), de contrats de service provinciaux qui définiront les droits et obligations de la société titulaire de la concession de service public. Les contrats seront reconduits tous les trois ans ». L'article 20 désigne la RAI-Radiotelevisione italiana Spa

⁵⁸ La Commission ne s'est pas penchée en détail sur les implications de ces aides financières, notamment en ce qui concerne, par exemple, d'éventuels effets discriminatoires et elle ne s'est pas non plus posée la question de leur compatibilité avec le droit européen.

⁵⁹ Cette allusion à la « télédiffusion publique » (dans le texte de cet article et dans tous autres articles) est une erreur de traduction. Le texte original italien parle d'un « service public de radio et de télédiffusion ». Ainsi, la loi concerne un service public de radiodiffusion garanti pour l'un et l'autre média, la radio et la télévision.

⁶⁰ Les ajouts entre crochets [] sont d'autres traductions de termes qui figurent dans le texte de la loi.

comme l'entreprise à laquelle « la concession du service public général de radiodiffusion est concédée pour une période de douze ans », c'est à dire jusqu'en 2016.

135. L'article 19 confie à l'AGCOM la tâche de « vérifier que le service public général de radiodiffusion est effectivement assuré en tout conformément aux dispositions que contient la présente loi, le contrat de service public national et les contrats de service spécifiques [...], avec une mention spéciale pour les paramètres que sont la qualité du service et les indicateurs de satisfaction du consommateur ». Cet article spécifie les procédures de contrôle imposées et donne à l'AGCOM les pouvoirs nécessaires pour la réalisation de cette tâche, y compris le pouvoir d'infliger des amendes en cas de non-respect des obligations en matière de mission de service public et de programmation. En cas de manquements répétés au respect de ces obligations, l'AGCOM peut ordonner au titulaire de la concession de service public général de radiodiffusion, d'interrompre la commercialisation de ses activités pour une période d'une durée maximale de 90 jours.

136. Aux termes de la loi Gasparri, l'exploitation d'un service public de radiodiffusion demeure formellement dissociée de celle de tout autre organisme spécifique de radiodiffusion. La concession de service public de radiodiffusion peut être octroyée à n'importe quel radiodiffuseur (lequel doit, toutefois, avoir la forme juridique d'une société par actions). Cette concession peut alors faire l'objet d'une exploitation sur la base des dispositions contenues dans la loi et en vertu des contrats de service public national, provincial et régional renouvelables tous les trois ans. Toutefois, la loi ne règle pas la question de la situation créée si aucun radiodiffuseur ne sollicite la prorogation de la concession à l'expiration du délai pour lequel elle lui avait été accordée (et à l'expiration de la convention entre la RAI et le gouvernement italien).

137. A ce jour, la RAI a toujours été le seul bénéficiaire d'une concession de service public en vertu d'une série de conventions passées avec le gouvernement italien. La dernière de ces conventions date de 1994 et a été souscrite pour une durée de vingt ans ; en d'autres termes, elle viendra à échéance en 2014, deux ans avant l'expiration de la nouvelle concession. Nul ne peut dire aujourd'hui si la présente loi a une incidence sur cet état de fait.

138. L'article 2 de la loi n° 223 du 6 août 1990 (« loi Mammi ») précisait que la concession ne pouvait être octroyée qu'à une société par actions entièrement détenue par l'Etat, ce qui, dans les faits, désignait la RAI. Cette disposition a été supprimée, ce qui, d'un point de vue formel, signifie que la concession peut être adjugée à n'importe quel radiodiffuseur qui ait la structure juridique d'une société par actions. Et, en effet, la RAI devrait être privatisée, du moins en partie.

139. Comme précisé plus haut, la RAI a passé une série de conventions avec le gouvernement. Elle a également souscrit un contrat de service national avec le ministère des Communications, des contrats de service régionaux et, dans le cas des provinces autonomes du Trentin (capitale Trente) et du Haut-Adige (capitale Bolzano), des contrats de service provinciaux. Le contrat de service national doit être approuvé par le Président de la République. Le directeur général de la RAI est nommé par le président du conseil d'administration et par le ministre des Affaires économiques.

140. Par ailleurs, le radiodiffuseur de service public est soumis au contrôle d'une commission parlementaire qui en surveille l'orientation générale et qui supervise l'exploitation des services de radio et de télévision. Cette commission dispose de pouvoirs et de compétences étendus vis à vis de la RAI – et il semble qu'elle doive les conserver –, y

compris s'agissant de certains pouvoirs décisionnaires en matière de programmation et de financement⁶¹.

141. Conformément à l'article 17 (4), des lignes directrices concernant la teneur des obligations qui incombent au service public général de radiodiffusion « seront précisées dans une décision adoptée par accord entre l'AGCOM et le ministre des Communications avant chaque renouvellement du contrat de service national de trois ans ». Ces lignes directrices doivent « être définies en fonction des évolutions du marché, des progrès technologiques et des changements intervenus dans les besoins culturels aux niveaux local et national ».

142. La loi n° 249 du 31 juillet 1997 relative à l'AGCOM et aux réglementations des plateformes de télécommunication et de radiodiffusion prévoit, dans son article 1 (6.b.10), que l'AGCOM « propose au ministère des communications les aménagements à introduire en vue de l'agrément de la concession d'un service public de radiodiffusion (franchise, licence) ». Ce texte pourrait signifier que l'AGCOM joue un rôle de médiateur entre l'organisme de radiodiffusion titulaire de la concession du service public général de radiodiffusion et le ministère des Communications pour la conclusion du contrat de service. Comme indiqué plus haut, l'AGCOM intervient également au moment de l'adoption des lignes directrices qui définissent la teneur d'un tel contrat.

143. Les obligations du service public de radiodiffusion, du double point de vue des missions et des programmes, sont définies par l'article 17 de la loi et, de façon plus détaillée, dans les contrats de service public.

144. Le ministère des Communications participe, conjointement avec l'AGCOM, à l'élaboration des lignes directrices du contrat de service (article 17, paragraphe 4) puis le négocie et le signe au nom du gouvernement (paragraphe 1).

145. Le service public de radiodiffusion est appelé à faciliter « l'accès à la programmation [...] des partis et des groupes représentés au parlement et aux assemblées et conseils régionaux, des organisations liées aux pouvoirs locaux, des syndicats nationaux, des différentes confessions religieuses, des mouvements politiques, des entités et associations politiques et culturelles, des associations nationales du mouvement coopératif reconnues par la loi, des associations d'hygiène sociale inscrites aux registres régionaux et national, des groupes ethniques et linguistiques et de tous autres groupes qui présentent un intérêt social substantiel et qui pourraient demander à bénéficier d'un tel accès » (paragraphe 1d).

146. Le service public de radiodiffusion doit également faciliter « la libre diffusion de messages d'utilité sociale ou d'intérêt public qui peut lui être demandée par la présidence du Conseil des ministres » (paragraphe 1g).

⁶¹ Aux termes de l'article 4 de la loi n° 103 du 14 avril 1975 (telle qu'amendée), la commission parlementaire « formule les orientations générales en vue de l'exécution des principes mentionnés à l'article 1 : « programmation et diffusion uniformes dans les délais impartis ; la commission s'assure que les lignes directrices sont bien respectées et, s'il y a lieu, prend rapidement les mesures nécessaires pour qu'elles le soient ; elle élabore les réglementations qui garantissent l'accès à la radio et à la télévision ; elle précise les critères généraux qui s'appliquent à la planification des dépenses et aux plans d'investissement annuels et pluriannuels en se reportant aux dispositions qu'impose le texte de la concession ; elle approuve les projets de programmation annuels et pluriannuels et veille à leur bonne exécution ; elle reçoit les rapports préparés sur la diffusion des émissions par le conseil d'administration de la société prestataire du service et s'assure du respect des grandes orientations générales » [...]

9. Analyse de ces dispositions

147. Dans la Recommandation n° Rec(96)10 concernant la Garantie de l'indépendance du service public de la radiodiffusion, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe recommandait aux gouvernements des Etats membres « d'inclure dans leurs législations nationales ou dans les textes régissant les organismes de radiodiffusion de service public des dispositions garantissant l'indépendance de ceux-ci ».

148. Une Annexe à cette Recommandation ajoute que « le cadre juridique régissant les organismes de radiodiffusion de service public devrait clairement affirmer leur indépendance éditoriale et leur autonomie institutionnelle ». L'annexe précise que cette exigence revêt une importance particulière « dans des domaines tels que : la définition de la programmation ; la conception et la production des programmes ; l'édition et la présentation des programmes d'information et d'actualité ; l'organisation des activités du service ; le recrutement, l'emploi et la gestion du personnel utilisé dans le cadre du service ; l'achat, la location, la vente et l'emploi de biens ou de services ; la gestion des ressources financières ; la préparation et l'exécution du budget du service ; la négociation, la préparation et la signature des actes juridiques liés au fonctionnement du service ; la représentation du service en justice et avec les tiers ».

149. La Commission note que l'article 16 (2.f) de la loi Gasparri stipule – dans le contexte des contrats de service souscrits avec le bénéficiaire de la concession du service public de radiodiffusion, aux niveaux régional et provincial – qu'il convient d'accorder une attention particulière dans ces contrats au « droit de l'entreprise titulaire de la concession à prendre des décisions économiques, y compris s'agissant de mesures relatives à l'organisation de l'entreprise elle-même ». Il est vraisemblable que les mêmes dispositions s'appliquent au cas des contrats de service du niveau national. Mais cette disposition ne semble pas garantir la pleine indépendance institutionnelle ni l'autonomie de l'organisme de radiodiffusion de service public.

150. Le rôle de la commission parlementaire en matière de programmation (cette commission apparaît comme le garant du pluralisme interne des médias italiens par opposition à l'AGCOM qui en est le garant du pluralisme externe) et les modalités d'élaboration des contrats de service avec une forte participation du gouvernement (voir paragraphe 93) pourraient également s'avérer problématiques à cet égard. La Commission rappelle que l'annexe à la Recommandation n° Rec(2000)23 du Comité des Ministres « concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du service de la radiodiffusion » stipule que, pour préserver l'indépendance éditoriale du service public de radiodiffusion, les autorités de régulation « ne devraient pas exercer de contrôle a priori sur les programmes ».

151. A cet égard, la Commission aimerait insister sur le fait que le rôle de supervision exercé par le parlement sur l'organisme de radiodiffusion national est assurément acceptable et compatible avec les fonctions démocratiques d'un parlement. Il reflète souvent la culture politique qui prévaut au sein des Etats concernés.

152. En effet, la Commission note que la présence d'un représentant du parlement au sein des conseils d'administration des organismes de radiodiffusion de service public est un fait acquis non seulement en Italie mais également dans d'autres pays européens⁶². En Finlande,

⁶² Voir David Ward : Composition, élection et compétences des conseils d'administration des organismes de radiodiffusion de service public.

par exemple, ce sont, pour l'essentiel, des parlementaires qui siègent au conseil d'administration de la YLE. En France, il y a deux parlementaires au conseil d'administration de France Télévision. En Espagne, le conseil d'administration de Television Espanola est composé de douze membres de tous les partis représentés au parlement⁶³

153. Toutefois, ce rôle du parlement devrait essentiellement être confiné à l'élaboration des lignes directrices, à la solution de certains problèmes qui touchent à l'opinion public et il ne devrait pas pouvoir interférer avec le travail éditorial de l'organisme de radiodiffusion de service public ni non plus avec la nomination et la révocation des journalistes.

154. En ce qui concerne l'accès au temps d'antenne, le paragraphe 1.d de l'article 17 prévoit une solution démocratique, en tout conformément aux standards du Conseil de l'Europe, pour autant, naturellement, que l'attribution du temps d'antenne ait lieu de façon appropriée.

155. Le paragraphe 1.g de l'article 17 semble avoir été formulé dans des termes trop vagues et qui ne paraissent pas suffisants pour réglementer d'éventuels abus par le gouvernement de la possibilité d'obtenir un temps d'antenne gratuit. L'obligation de mettre ainsi gratuitement un temps d'antenne à la disposition de la Présidence du Conseil des ministres « sur sa demande » pourrait faire de l'organisme de radiodiffusion de service public un simple porte-parole du gouvernement. A cet égard, la Commission rappelle que la Recommandation Rec(99)1 du Comité des Ministres précise que les cas où les organismes de radiodiffusion de service public peuvent être tenus de diffuser des messages, déclarations ou communications officiels ou de rendre compte des actes ou des décisions des pouvoirs publics ou à leur octroyer un temps d'antenne, devraient être limités à des circonstances exceptionnelles et expressément prévues par les lois et règlements.

10. Dispositions applicables à la forme juridique, à la gouvernance et au financement de la RAI

156. Jusqu'à présent, la RAI a toujours été une société appartenant à l'Etat et elle était administrée par un conseil de cinq membres nommés par les présidents de la Chambre des députés et du Sénat (trois issus de la coalition gouvernementale et deux de l'opposition). Comme indiqué plus haut, le directeur général de la RAI est désormais nommé par le président du conseil d'administration et par le ministre des Affaires économiques.

157. L'article 21 de la présente loi prévoit :

a. l'intégration de RAI-Radiotelevisione Italiana Spa à la holding RAI-Holding Spa (les licences, autorisations et concessions détenues par RAI-Radiotelevisione Italiana Spa sont automatiquement cédées à la nouvelle entité) ; et

b. la vente des actions que l'Etat détient dans le capital de l'entreprise. Une partie de ces actions doit être réservée aux personnes qui participeront à la vente et qui pourront apporter la preuve qu'elles ont acquitté les droits de licence (sans avoir le droit de revendre ces actions dans les dix-huit mois qui suivront la date de leur achat). Un plafond de un pour cent a été imposé à la possession d'actions assorties d'un droit de vote. Les alliances au moment du vote ou les votes en bloc sont interdits, comme le sont aussi les accords passés par le biais d'actionnaires contrôlés, qui contrôlent ou qui auraient des liens avec ces personnes dont le portefeuille total excéderait la limite de deux pour cent des actions et s'agissant d'actions

⁶³ Une réforme du système espagnol de radio et de télévision est actuellement en cours.

assorties d'un droit de vote ; la présentation conjointe de listes de personnes dans une telle situation est également prohibée.

158. La loi a retenu deux méthodes pour la désignation des neuf membres du conseil d'administration de la RAI (administrateurs) qui seront applicables avant et après la vente d'au moins dix pour cent⁶⁴ du capital de la RAI.

159. Avant la privatisation, sept membres du conseil seront désignés par la commission parlementaire pour la direction générale et la surveillance des services de radio et de télévision et deux (dont le président) par l'actionnariat majoritaire, c'est à dire par le ministre des Affaires économiques. La nomination du président doit être avalisée par la commission parlementaire à la majorité des deux tiers.

160. Après la privatisation, le conseil sera élu par l'assemblée générale des actionnaires, chacun de ces derniers devant détenir au moins 0.5 pour cent des actions ouvrant droit à la présentation d'une liste de candidats. Jusqu'à ce que l'Etat ait vendu la totalité de ses actions, le ministre des Affaires économiques continuera de présenter une liste de candidats (dressée par la commission parlementaire) où figurera le nombre maximal de candidats proportionnellement au nombre d'actions détenues par l'Etat. L'organisation du scrutin est conçue, dans une certaine mesure, pour favoriser, dans certains cas, les candidats proposés par les actionnaires qui détiennent un plus petit nombre d'actions. L'élection du président devra toujours être avalisée par la commission parlementaire à la majorité des deux tiers. Le conseil d'administration est élu pour trois ans.

161. Conformément à l'article 18, le titulaire de la concession de service public de radiodiffusion est financé, notamment, par les droits de licence dont le montant est calculé pour permettre à l'entreprise concessionnaire de couvrir les coûts associés au service public de radiodiffusion. En vertu de l'article 6 (5), l'entreprise peut signer des contrats ou passer des accords avec les pouvoirs publics au titre de services payants mais ne peut percevoir aucune autre aide financière sur fonds publics. L'article 17 (5) autorise l'entreprise à exercer des activités commerciales à la condition qu'elles ne portent pas atteinte à sa mission de service public. Parmi ces activités figurent la publicité, le mécénat et le téléachat qui sont réglementés par d'autres dispositions. Un commissaire aux comptes est officiellement désigné par la RAI avec l'approbation de l'AGCOM pour superviser l'exécution du budget annuel.

11. Analyse de ces dispositions

162. La Commission rappelle que l'une des caractéristiques fondamentales du service public de radiodiffusion tient à ce qu'il doit être exploité indépendamment des entités qui détiennent le pouvoir économique et politique. L'indépendance du service public de radiodiffusion est essentielle s'il veut pouvoir faire respecter un authentique pluralisme interne.

163. De façon traditionnelle, la RAI était régie par les forces politiques sur la base d'un partage du contrôle des trois grandes chaînes publiques. Cette anomalie a été encore aggravée par les circonstances qui veulent que Mediaset – groupe auquel appartiennent trois grandes chaînes nationales – soit aussi la propriété de l'actuel Premier ministre.

164. Les projets de privatisation devraient conduire à un moindre degré de politisation de la RAI.

⁶⁴ Actuellement, il est prévu de privatiser de 20-25 % à 30 % du capital de la RAI.

165. A cet égard, le succès de la privation sera fonction de sa plus ou moins grande attractivité pour les actionnaires potentiels, dans la mesure où aucune entité ne peut à elle seule détenir plus de un pour cent des actions. Pour le moment, c'est à dire jusqu'à la vente d'au moins dix pour cent des actions de la RAI, le changement intervenu dans les règles de gouvernance de l'organisme public implique que l'effet de la loi de 1975 portant réforme de la RAI – qui plaçait cette entité sous le contrôle du parlement et non plus du gouvernement (comme auparavant) – soit en partie inversé. La commission parlementaire continuera à désigner sept des neuf membres du conseil d'administration mais le système semble être conçu pour accorder une majorité automatique au parti ou à la coalition au pouvoir.

166. En ce qui concerne les effets de la privatisation, de l'avis de la coalition au pouvoir, les investisseurs privés auront de véritables opportunités de devenir actionnaires de la RAI. Le conseil d'administration sera en partie composé de particuliers, ce qui mettra un terme à la logique italienne de la *lottizzazione*.

167. Conformément à ce qu'en disent les représentants de l'opposition, l'intérêt représenté par l'achat des actions restera limité. Il sera plus intéressant d'acquérir de petites chaînes privées comme l'a fait récemment le groupe d'édition L'Espresso. Par ailleurs, il est probable que les investisseurs seront des entrepreneurs qui opèrent dans la mouvance politique du Premier ministre. Du point de vue des représentants de l'opposition, ceux qui parleront en leur nom au sein du conseil d'administration risquent de s'y exprimer dans un sens favorable à la majorité actuelle.

168. La Commission constate que, si l'intérêt manifesté pour l'acquisition d'actions de la RAI s'avère très relatif en vérité, le ministre de l'Economie exercera un certain contrôle sur le conseil d'administration. La possibilité existe également que les administrateurs qui représentent l'actionnariat privé appartiennent aussi aux partis politiques de la majorité. Toutefois, à ce stade, aucune prévision de ce type n'est encore possible. Il se pourrait, en effet, que cette crainte ne soit pas justifiée.

169. Il apparaît néanmoins que le ministre des Affaires économiques pourra continuer pendant longtemps à occuper une position de force lors de l'assemblée générale, en sa qualité de plus gros actionnaire, alors que tous les autres actionnaires ne pourront détenir que un pour cent des actions et qu'ils ne peuvent, d'un point de vue formel, regrouper leurs droits de vote. Même lorsque toutes les actions auront été vendues, la nomination du président du conseil d'administration devra toujours être approuvée par la commission parlementaire à la majorité des deux tiers ; de ce fait, le parti ou la coalition au pouvoir pourra s'opposer efficacement à son élection. Même si les actions sont vendues rapidement, le premier conseil d'administration où règnerait une majorité favorable au gouvernement achèvera son mandat de trois ans.

170. Les méthodes de financement de la RAI (fixation du niveau des droits de licence pour un an ou possibilité de passation de marchés avec les pouvoirs publics au titre de services payants) ne sont pas parfaitement cohérentes avec la Recommandation n° Rec(96)10 « concernant la Garantie de l'indépendance du service public de la radiodiffusion » dont l'annexe stipule que :

- le pouvoir de décision détenu par des autorités extérieures à l'organisme de radiodiffusion de service public en ce qui concerne le financement de cet organisme ne devrait pas être utilisé par ces autorités pour exercer, directement ou indirectement, un influence sur l'indépendance éditoriale et l'autonomie institutionnelle de cet organisme ; [...]

- le versement de la contribution ou de la redevance devrait être effectué de manière à garantir la continuité des activités de l'organisme de radiodiffusion de service public concerné et à permettre à celui-ci de planifier à long terme ses activités ; et,
- l'utilisation de la contribution ou de la redevance par l'organisme de service public concerné devrait obéir au principe d'indépendance et d'autonomie [...]

171. En termes plus généraux et s'agissant de la privatisation de la RAI, la Commission rappelle le dilemme qu'elle a constaté entre le modèle purement commercial et le modèle du service public.

172. La Commission souhaite également faire référence à la mise en garde faite récemment par l'AGCOM⁶⁵ à propos du fait que la RAI, en tant que société par actions, va être soumise à de fortes pressions pour optimiser les ressources qu'elles tire de la publicité et que cette exigence ne manquera pas d'interférer avec la réalisation de ses missions de service public. Selon l'AGCOM, la simple séparation des fonctions de contrôle ne semble pas constituer une garantie suffisante ou adéquate et la privation n'apparaît pas comme le moyen le plus approprié pour que la RAI puisse efficacement mener à bien ses missions de service public et, dans le même temps, faire face efficacement à la concurrence des autres opérateurs (dont, notamment, Mediaset) en ce qui concerne les recettes publicitaires.

173. Et, en effet, l'AGCOM a mentionné la solution en vigueur au Royaume-Uni où l'organisme de radiodiffusion de service public est la propriété de l'Etat et est financé par la redevance tandis que les opérateurs commerciaux – y compris les radiodiffuseurs publics – sont financés par la publicité.

174. En effet, la BBC est financée par une redevance à laquelle vient s'ajouter un revenu marginal issu de sources commerciales. La BBC tire également des ressources de certaines activités commerciales et, à cette fin, elle a créé un pôle commercial géré par deux filiales, BBC Worldwide, Ltd. et BBC Resources, Ltd. Ces deux filiales ont des conseils d'administration indépendants et remettent des comptes d'exploitation et des bilans annuels séparés. Les services commerciaux incluent un certain nombre de chaînes thématiques : la chaîne généraliste d'actualité BBC World, BBC Prime (variétés / divertissement) et BBC America (téléfilms, informations et divertissement). A ce jour, la BBC tire des revenus commerciaux de ses chaînes, de la location de ses studios et de la vente de programmes. Toutefois, ses activités commerciales doivent respecter certains critères et, pour l'essentiel, elles doivent assurer la promotion et soutenir les activités de la BBC en tant qu'organisme de radiodiffusion de service public. Pour satisfaire aux exigences de la directive de l'Union européenne sur la transparence et aux règles imposées par la politique concurrentielle nationale, la BBC a l'obligation de tenir à jour des comptabilités différentes et transparentes pour ses activités commerciales et de service public, afin d'apporter la preuve qu'elle ne fausse pas la concurrence en utilisant la redevance pour subventionner ses activités commerciales.

175. En conclusion, la Commission note que le changement intervenu dans la situation de la RAI va permettre un contrôle du gouvernement sur l'organisme de radiodiffusion de service public pour une période d'une durée imprévisible. Aussi longtemps que le gouvernement actuel restera aux affaires, cette remarque laisse entendre qu'outre ses trois chaînes de

⁶⁵ AGCOM, Indagine conoscitiva sul settore televisivo : La raccolta pubblicitaria, p. 158 et sv.

télévision nationales, le Premier ministre conservera également un certain contrôle sur les trois chaînes nationales de service public. La Commission fait part de son inquiétude de voir cette situation atypique renforcer encore la menace de création d'un monopole qui pourrait constituer, du point de vue de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, une ingérence injustifiée dans le droit à la liberté d'expression.

7. Protection de la presse écrite

176. La pluralité des médias n'implique pas seulement la diversité des acteurs et des débouchés ; elle suppose également l'existence d'un vaste éventail de moyens de communication, c'est à dire de différents types de médias. S'il en va ainsi, c'est qu'à chaque moyen de communication correspond une audience utile bien précise, qui n'a pas tendance à remplacer facilement ou automatiquement un moyen de communication par un autre. La façon dont les idées sont diffusées par chacun des moyens de communication varie considérablement de l'un à l'autre. Ainsi, la portée considérable de la télévision implique que les quotidiens soient désormais fournisseurs, non pas tant d'information et de nouvelles, que d'éditoriaux et d'articles de fond.

177. Le développement de la télévision et l'attrait qu'elle exerce sur l'industrie de la publicité ont déclenché pratiquement partout en Europe une crise financière qui affecte la presse écrite. Les recettes que la presse quotidienne tirait de la publicité ont considérablement baissé.

178. Plusieurs gouvernements ont accordé des aides financières aux journaux⁶⁶, soit sous la forme de subventions directes (tarifs des télécommunications, tarifs postaux et frais de port, avantages annexes ou primes à la création d'entreprises) soit sous la forme d'aides indirectes avec, par exemple, une réduction du taux de TVA, la limitation des publicités sur les chaînes de télévision nationales ou l'exonération de l'impôt sur les sociétés pour les imprimeurs, les éditeurs ou les agences de presse. Plusieurs Etats européens lèvent un impôt sur la publicité et certains d'entre eux s'en servent pour abonder un fond d'aide à la presse.

179. En Suède, par exemple, aux termes de la loi sur les aides financières à la presse, de nombreuses mesures en faveur de la presse écrite sont en vigueur dont, notamment, des taux d'imposition préférentiels en ce qui concerne les recettes publicitaires, la publication des communications et annonces gouvernementales dans tous les journaux et l'interdiction ou la limitation de la publicité à la radio et à la télévision afin de protéger la presse écrite.

180. Le gouvernement néerlandais a également adopté, à un certain stade, des mesures spécifiques pour réorienter une partie de recettes publicitaires vers la presse écrite. Le Fond néerlandais d'aide à la presse est abondé par les ressources tirées d'un impôt prélevé sur les publicités télévisuelles du service public et des chaînes commerciales.

181. En France, des aides sont accordées pour garantir la survie des journaux dont les recettes publicitaires sont faibles.

182. En Norvège, plusieurs mesures sont en vigueur pour soutenir la presse écrite. Un Fond public pour la presse accorde des prêts bonifiés et garantit les prêts consentis par l'Etat pour contribuer à la modernisation et à l'équipement des journaux.

⁶⁶ Voir Evan Ruth, Media Subsidies (Aide financière aux médias) sur le site www.article19.org ; Paul Murschetz, State support for the press – Theory and Practice (Aide de l'Etat à la presse – Aspects théoriques et pratiques), Mediafact, octobre 1997.

183. En Autriche, la nouvelle loi de 2004 sur les aides à la presse a mis sur pied un système de subventions directes basé sur trois piliers. Le premier consiste à promouvoir la diffusion de la presse écrite ; le second contribue à la préservation du pluralisme au sein de la presse écrite régionale et le troisième vise à défendre la qualité des quotidiens et des hebdomadaires en soutenant, notamment, la formation des journalistes et différents projets de recherche. Outre ces mesures, il existe également différentes formes de subventions indirectes.

184. Le gouvernement italien prend certaines mesures pour soutenir la presse écrite. Il accorde des aides financières sur demande aux journaux qui déclarent être l'organe officiel d'un parti politique. Ces aides permettent à certains journaux dont les recettes publicitaires sont insuffisantes de survivre⁶⁷.

185. Il est également question du soutien au secteur de la presse à l'article 25 (6) de la loi Gasparri qui précise : « soixante pour cent au moins du budget global réservé par une administration publique ou par un organisme public ou par une SARL à l'achat d'espaces publicitaires destinés à la communication institutionnelle dans les médias et pour chaque exercice financier, doivent être affectés à la presse quotidienne et aux magazines ».

186. Il apparaît à la Commission que ces mesures ont un caractère indubitablement positif et qu'elles contribuent utilement au pluralisme dans les médias.

187. La Commission ne sait pas si d'autres mesures ont été prises en Italie pour limiter l'effet négatif de la concurrence des télévisions sur les recettes publicitaires de la presse écrite. En effet, il semblerait nécessaire d'accorder à la presse écrite le plus large soutien possible, compte tenu de l'extrême concentration du marché des recettes publicitaires en Italie.

V. « Règles pour la résolution des conflits d'intérêts » (« loi Frattini », CDL(2004)93rev)

1. Contexte

188. Quand Silvio Berlusconi a été élu pour la première fois et est devenu Premier ministre en 1994, la question des conflits potentiels entre ses intérêts privés et ces fonctions publiques a commencé à se poser.

189. Ni son premier gouvernement, ni le gouvernement de la coalition de gauche, qui lui a succédé, n'ont passé de loi à ce sujet.

190. M. Berlusconi a été de nouveau élu en 2001. Lors de son élection, il s'est engagé à résoudre ce problème dans les cent jours.

191. Les « règles pour la résolution des conflits d'intérêts » ont finalement été adoptées par la Chambre des députés le 13 juillet 2004 et publiées au Journal officiel le 18 août 2004.

⁶⁷ Dans son rapport du 3 mars 2005 sur les droits civils et politiques – et, notamment, sur la question de la liberté d'expression – (Addendum, mission en Italie), le Rapporteur spécial des Nations Unies pour la promotion et la protection du droit à la liberté d'expression et d'opinion faisait remarquer que des informations lui étaient parvenues selon lesquelles l'attribution de subventions aux journaux en Italie dépendait du parrainage de parlementaires. De son point de vue, cette restriction peut conduire à l'exclusion de certains journaux et faire obstacle au développement d'une presse totalement indépendante, élément déterminant pour le dynamisme d'une démocratie. La Commission de Venise n'a pas eu connaissance d'informations sur de telles pratiques d'intervention du politique dans l'octroi d'aides financières à la presse écrite.

192. Le Décret-loi n° 233 du 6 septembre 2004 y a apporté des modifications mineures.

2. Conflit d'intérêts : esquisse d'analyse comparative

193. La Commission remarque tout d'abord qu'il convient de distinguer clairement l'incompatibilité générale, d'une part, et les situations concrètes de conflits d'intérêts, d'autre part.

194. L'incompatibilité générale des membres du gouvernement, qui est liée à des problèmes comme la confiance du public dans le système politique, est inscrite dans la constitution de plusieurs pays européens.

195. C'est le cas de l'Albanie⁶⁸, de la République tchèque⁶⁹, de l'Estonie⁷⁰, de la Finlande⁷¹, de la France⁷², de la Géorgie⁷³, de la Grèce⁷⁴, de la Moldova⁷⁵, de la Pologne⁷⁶, de la Roumanie⁷⁷, de la Slovaquie⁷⁸, de l'Espagne⁷⁹, de la Suède⁸⁰ et de l'Ukraine⁸¹.

⁶⁸ En vertu de l'article 103 de la constitution albanaise, un ministre ne peut exercer aucune autre fonction publique ni diriger de sociétés à but lucratif ou être membre de leurs organes de direction.

⁶⁹ En vertu de l'article 70 de la Constitution de la République tchèque, « Les membres du gouvernement ne peuvent pas exercer d'activités dont la nature s'oppose à l'exercice de leurs fonctions. Les modalités d'application du présent article sont fixées par une loi. »

⁷⁰ En vertu de l'article 99 de la constitution estonienne, « Les membres du gouvernement de la République ne peuvent occuper aucune autre fonction publique ni faire partie du directoire ou du conseil de surveillance d'une société commerciale. »

⁷¹ La partie 63 de la constitution finlandaise comporte les dispositions suivantes : Intérêts personnels des ministres. § 1 Pendant qu'il occupe le poste de ministre, un membre du gouvernement ne doit occuper aucun autre poste public ni entreprendre aucune autre action susceptible d'entraver l'exercice de ses fonctions ou de compromettre la crédibilité de son action en tant que ministre. § 2 Après avoir été nommé, un ministre doit présenter sans tarder au parlement un compte rendu de ses activités commerciales, participations et autres biens importants, ainsi que de toutes ses fonctions extérieures aux fonctions officielles de ministre et de ses autres intérêts susceptibles d'avoir de l'importance lors de l'évaluation de son action en tant que membre du gouvernement.

⁷² L'article 23 de la constitution française prévoit que « Les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire, de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou de toute activité professionnelle ».

⁷³ L'article 81.2 § 4 de la Constitution géorgienne prévoit qu' « Un membre du gouvernement n'a le droit d'occuper aucun poste, sauf dans un parti, ni de créer une entreprise, d'avoir une activité d'entrepreneur ou de recevoir un salaire pour toute autre activité, à l'exception d'activités scientifiques ou pédagogiques. »

⁷⁴ L'article 81 § 3-4 de la constitution grecque stipule : « Toute activité professionnelle, quelle qu'elle soit, des membres du gouvernement, des secrétaires d'Etat et du président du parlement, doit être suspendue pendant l'exercice de leurs fonctions. L'incompatibilité des postes de ministres et de secrétaire d'Etat avec d'autres activités peut être établie par une loi ».

⁷⁵ L'article 99 de la constitution moldave prévoit : « Incompatibilités. (1) Le poste de membre du gouvernement est incompatible avec une autre fonction rémunérée. (2) Les autres incompatibilités seront précisées par une loi organique. »

⁷⁶ L'article 150 de la constitution polonaise stipule : « Un membre du Conseil des Ministres ne peut exercer des activités contraires à ses fonctions publiques ».

⁷⁷ En vertu de l'article 104 de la constitution roumaine (Incompatibilités), « (1) La fonction de membre du Gouvernement est incompatible avec l'exercice d'une autre fonction publique d'autorité, excepté celle de député ou de sénateur. Elle est également incompatible avec l'exercice d'une fonction de représentation professionnelle

196. Dans beaucoup de pays, les situations de conflits d'intérêts spécifiques sont traitées par la législation ordinaire, qu'il s'agisse de lois organiques ou d'autres lois sur les incompatibilités, ou bien de dispositions de droit administratif sur les compétences légales concernant des problèmes concrets.

3. Les standards du Conseil de l'Europe dans le domaine de la liberté de presse et des conflits d'intérêts.

a. Les standards élaborés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe

197. En 2000, le Comité des Ministres a adopté une recommandation (n° R(2000)10) « Sur les codes de conduite pour les agents publics ».

198. Selon l'article 13 du Code de conduite,

« 1. Un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle un agent public a un intérêt personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles.

2. L'intérêt personnel de l'agent public englobe tout avantage pour lui-même ou elle-même ou en faveur de sa famille, de parents, d'amis et de personnes proches, ou de personnes ou organisations avec lesquelles il ou elle a ou a eu des relations d'affaires ou politiques. Il englobe également toute obligation financière ou civile à laquelle l'agent public est assujéti.

3. Etant donné que l'agent est généralement seul à savoir s'il ou elle se trouve dans cette situation, il est personnellement tenu : d'être attentif à tout conflit d'intérêts réel ou potentiel; de prendre des mesures pour éviter un tel conflit; d'informer son supérieur hiérarchique de tout conflit d'intérêts dès qu'il ou elle en a connaissance; de se conformer à toute décision finale lui enjoignant de se retirer de la situation dans laquelle il ou elle se trouve ou de renoncer à l'avantage à l'origine du conflit.

4. Lorsqu'on le lui demande, l'agent public doit déclarer s'il ou elle a ou non un conflit d'intérêts.

salariée dans le cadre des organisations à but commercial. (2) Les autres incompatibilités sont établies par une loi organique. »

⁷⁸ En vertu de l'article 109 § 2 de la constitution slovaque, « l'exercice d'une fonction de membre du gouvernement est incompatible avec un mandat de membre du parlement, avec l'exercice d'une autre fonction publique, avec une relation de service public, avec un emploi salarié ou une relation de travail similaire, avec une activité d'entrepreneur, avec l'appartenance à un organe de direction ou de contrôle d'une personne morale qui a une activité économique ou à but lucratif, sauf s'il s'agit de la gestion de ses propres biens ou d'une activité scientifique, pédagogique, littéraire ou artistique. »

⁷⁹ L'article 98 §§ 3-4 de la constitution espagnole stipule que « 3. Les membres du Gouvernement ne pourront exercer d'autres fonctions représentatives que celles qui sont propres du mandat parlementaire, aucune autre fonction publique que celle découlant de leur charge, ni aucune activité professionnelle ou commerciale. 4. La loi définira le statut et les incompatibilités des membres du Gouvernement ».

⁸⁰ Le chapitre 6, article 9 § 2 de la constitution suédoise stipule : « Un ministre ne peut occuper aucun autre emploi public ou privé. Il ne peut pas non plus occuper une fonction ou exercer une activité susceptible d'entamer la confiance du public à son égard ».

⁸¹ L'article 120 de la constitution ukrainienne prévoit que : « Les membres du cabinet des ministres d'Ukraine, ainsi que les fonctionnaires des pouvoirs exécutifs centraux et locaux, n'ont pas le droit de cumuler leur fonction officielle avec un autre emploi, à l'exception de l'enseignement, d'activité de recherche et de création en dehors des heures de travail, ou d'être membres d'un organe de direction ou de surveillance d'une entreprise à but lucratif. »

5. Tout conflit d'intérêts déclaré par un candidat à l'administration ou à un nouveau poste dans la fonction publique doit être résolu avant la nomination. »

199. Conformément à l'alinéa 4 de l'article 1, « Les dispositions du présent code ne concernent pas les représentants publics élus, les membres du gouvernement ni les personnes exerçant des fonctions judiciaires. »

b. Les recommandations du Conseil de l'OCDE sur les Lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public

200. En 2003, le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques a adopté des Lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public.

201. Elles donnent la définition suivante du « conflit d'intérêts » :

« Un « conflit d'intérêts » implique un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités. »

202. Elles contiennent également la liste, non exhaustive, suivante des « stratégies pour résoudre ou gérer de façon positive un conflit persistant ou récurrent » :

« Désinvestissement ou liquidation de l'intérêt par l'agent public.
Récusation de l'agent public pour la procédure concernée.
Limitation de l'accès de l'agent public à certaines informations.
Mutation de l'agent public à des fonctions n'impliquant pas une situation de conflit d'intérêts.
Redéfinition des missions et des compétences de l'agent public.
Consignation de l'intérêt générateur de conflit d'intérêts dans une fiducie sans droit de regard.
Démission de l'agent public des fonctions qu'il exerce à titre privé, ou
Démission de l'agent public des fonctions publiques qu'il exerce. »

c. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

203. En ce qui concerne le conflit d'intérêts, jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas prononcé de décision sur le lien entre l'incompatibilité de certaines fonctions publiques, d'une part, et les intérêts dans le domaine des médias de masse, d'autre part. Cependant, la Cour a eu l'occasion d'examiner le problème de l'incompatibilité entre les fonctions législatives et la représentation des intérêts d'un éditeur, dans un jugement concernant la liberté de la presse⁸².

204. Les requérants alléguaient qu'une injonction leur interdisant de renouveler certaines affirmations publiées dans un périodique (« Neue Kronen-Zeitung »), et leur ordonnant de revenir sur celles-ci, constituait une violation de leur droit à la liberté d'expression et était contraire à l'article 10 de la Convention. Dans cette affaire, les requérants appartenaient à un important groupe de médias autrichien, qui, à ce moment là, se trouvait dans une situation de vive concurrence avec un autre groupe de médias représenté par un avocat qui était, en même temps, secrétaire général du Parti populaire autrichien et président de la commission des lois du parlement. Dans cette dernière fonction, l'avocat négociait des lois qui concernaient directement

⁸² Dichand et autres c. Autriche, décision du 26 février 2002, requête n° 29271/95.

la société de journaux qu'il représentait. Des années plus tard, un article critiquant la double fonction de l'avocat a été publié. D'après la Cour, le premier paragraphe de l'article illustrait un principe moral général par un exemple concret, en l'occurrence celui d'un avocat français devenu ministre qu'il disait avoir agi de façon exemplaire en « considérant comme évident le fait d'abandonner son étude d'avocat quand il était devenu membre du gouvernement [français]. »

205. Les phrases qui suivaient affirmaient que : « Dans toutes les démocraties du monde on agit de cette façon. Seul M. M. G., manifestement insensible, n'a pas l'intention de respecter ce principe moral. »

206. Le paragraphe suivant décrivait en détail et avec soin, à propos de la fonction publique de l'avocat, les faits sur lesquels était fondée la conclusion formulée à son sujet dans la dernière du premier paragraphe. En voici la teneur : « Il s'est trouvé que pendant que M. G. présidait la Commission des lois du parlement, une loi a été modifiée dans un sens comportant des avantages importants pour les éditeurs de journaux dont M G. était l'avocat. Dans de tel cas, pour éviter de susciter le moindre soupçon, même si ceux-ci n'ont aucune justification objective, il existe la sage règle de l'incompatibilité, un avocat n'est pas autorisé à participer à l'adoption de lois qui conduisent à avantager ses clients. »

207. La Cour a estimé que l'injonction prononcée contre cet article constituait une violation de l'article 10 de la Convention. Le passage essentiel du raisonnement est formulé comme suit : « En ce qui concerne [...] l'affirmation que M. Graff avait, en tant que président de la Commission des lois, participé à l'adoption d'une modification qui avait entraîné des avantages importants pour l'un des ses clients, la Cour remarque que le test appliqué par le tribunal de commerce dans la procédure interne, obligeant les requérants à prouver que la modification de la Loi d'application servait exclusivement les intérêts des clients de M. Graff, imposait une charge trop lourde aux requérants. Les affirmations contestées ne prétendaient pas que la modification servait exclusivement les intérêts des clients de M. Graff, mais seulement qu'elle leur apportait des avantages considérables. Dans ces circonstances, la Cour estime que les faits constituaient une base suffisante pour le jugement de valeur (le deuxième élément) de l'article. Ce dernier représente, selon la Cour, un commentaire équitable sur une question d'intérêt général. [...] »

208. La Cour a admis que, avec une base factuelle assez mince, les requérants formulaient des critiques sévères dans un langage vif et polémique. Par contre, la Cour a estimé que les juridictions autrichiennes avaient outrepassé la marge d'appréciation accordée aux Etats membres et que, à cet égard, la mesure prise n'était pas proportionnée à l'objectif poursuivi.

209. Pour la Cour, le fait que la personne en question soit un homme politique important constituait un argument décisif, ainsi que « le fait qu'un homme politique soit dans une situation dans laquelle ses activités professionnelles et politiques s'entremêlent peut susciter un débat public, même quand, il n'y a pas, à proprement parler, de problème d'incompatibilité de fonctions en droit interne. »

210. Il convient de rappeler que la Cour n'exprimait pas son avis sur l'obligation des Etats de s'attaquer au problème du pluralisme et de l'indépendance de la presse. Cependant, on peut dire qu'en certaines circonstances, le non respect de principes d'incompatibilité peut porter atteinte à l'indépendance de la presse écrite et des médias électroniques. Il n'est généralement pas nécessaire d'imposer des restrictions à la presse dans ce domaine aux fins de l'art. 10 al. 2 de la Convention.

4. Dispositions concernant les conflits d'intérêts

211. La loi Frattini traite de la question du conflit d'intérêts entre les fonctions publiques et les activités professionnelles ou économiques⁸³.

212. La partie 1 de la Loi détermine les agents publics concernés par les dispositions de la loi (personnes occupant un poste au gouvernement, c'est à dire le Premier ministre, les ministres, les vice-ministres, les ministres délégués et les commissaires spéciaux du gouvernement), elle leur impose l'obligation de se consacrer uniquement à l'intérêt public et de s'abstenir de prendre des mesures, ainsi que de participer à des décisions communes, dans les situations où il y a conflit d'intérêts.

213. La Partie 2 (1) empêche les personnes occupant une fonction au gouvernement :

- d'occuper certains postes ou fonctions particuliers, notamment dans les sociétés à but lucratif ou dans d'autres entreprises ;
- d'avoir une activité professionnelle de quelque nature que ce soit ou une activité indépendante, pour le compte d'entreprises publiques ou privées, dans un domaine lié avec la fonction gouvernementale en question, occuper des postes, exercer des fonctions, réaliser des tâches de gestion ou d'autres missions dans des sociétés ou associations professionnelles ;
- d'effectuer un travail, de quelque nature que ce soit, dans le secteur public ou privé.

214. La Partie 2 (2) prévoit que les entrepreneurs individuels doivent s'organiser de façon à nommer un ou plusieurs dirigeants autorisés.

215. La Partie 3 définit le conflit d'intérêts comme l'apparition d'une ou deux situations :

- Un acte de commission (introduction d'une mesure ou proposition d'une mesure) ou d'omission (ne pas prendre une mesure qui aurait dû être prise) alors qu'elle est empêchée en vertu de la Partie 2 (1) ; ou
- Quand la mesure ou l'omission a un effet préférentiel spécifique sur les biens de la personne qui occupe la fonction ou sur ceux de son conjoint ou de ses parents jusqu'au deuxième degré, ou sur ceux de sociétés ou autres entreprises qu'ils contrôlent, au détriment de l'intérêt public.

216. Les membres du gouvernement sont tenus de déclarer les situations d'empêchement prévues à la Partie 2 (1) à l'Autorité antitrust (et, s'il y a lieu, à l'Autorité de l'audiovisuel), dans les trente jours qui suivent leur prise de fonctions, ainsi que, dans les soixante jours qui suivent leur prise de fonctions, leurs propres biens, notamment leurs participations. Par la suite, ils doivent également déclarer tout changement dans les informations fournies concernant leurs biens, dans les vingt jours qui suivent les événements ayant provoqué ce changement.

217. En vertu de dispositions provisoires, les personnes qui occupent de tels postes au moment où la loi entre en vigueur sont également tenues de remettre de telles déclarations.

218. Les conjoints et parents jusqu'au deuxième degré de la personne occupant une fonction au gouvernement sont également tenus de remettre de telles déclarations.

219. L'Autorité antitrust et l'Autorité de l'audiovisuel doivent supprimer les conflits d'intérêts quand ils se produisent. Ceci implique en premier lieu qu'un membre du gouvernement abandonne les postes, charges et fonctions énumérés à la Partie 2 (1) comme incompatibles avec une fonction gouvernementale.

⁸³ Cependant, la Commission examinera cette loi du point de vue du pluralisme des médias.

220. En deuxième lieu, les autorités ont l'obligation d'agir quand :

- une entreprise placée sous l'autorité d'une personne qui occupe une fonction gouvernementale ou de son conjoint ou de parents jusqu'au deuxième degré, ou de sociétés ou entreprises qu'ils contrôlent, agissent de façon à profiter de mesures prises dans une situation de conflit d'intérêts au sens de la Partie 3 et qu'il est prouvé que les personnes concernées étaient conscientes de ce conflit d'intérêts (Partie 6 (3)) ;
- des sociétés opérant dans les secteurs mentionnés à la Partie 2 (1) de la Loi 249/97, placées sous l'autorité de personnes occupant une fonction gouvernementale ou de leurs conjoints ou parents jusqu'au deuxième degré ou contrôlées par eux, agissent de façon à apporter un soutien préférentiel à une personne occupant une fonction gouvernementale (Partie 7 (1)).

221. Quand une telle situation se produit, les deux autorités sont autorisées à enjoindre à la société de s'abstenir d'une telle conduite, de prendre des mesures pour mettre fin à une telle atteinte ou de faire ce qu'il faut pour remédier à cette situation. Si la société n'obtempère pas, elles sont obligées d'infliger une amende, en fonction de la gravité du comportement, dont le montant maximum doit être proportionnel à l'avantage pécuniaire effectivement obtenu par la société ou à la gravité de la violation.

222. Les deux autorités doivent informer les présidents des deux chambres du parlement de leurs actions pour établir l'existence (ou non) de conflits d'intérêts et de toute action destinée à y remédier.

223. L'Autorité antitrust et l'Autorité de l'audiovisuel doivent remettre un rapport semestriel au parlement sur les progrès des activités de suivi et de contrôle susmentionnées.

5. Analyse de ces dispositions

a. L'applicabilité des standards du Conseil de l'Europe à la situation examinée

224. La Commission fait tout d'abord remarquer que le Code de conduite pour les agents publics élaboré par le Groupe multidisciplinaire sur la corruption (GMC), constitué par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, n'est « pas applicable » aux représentants élus et aux membres du gouvernement (voir alinéa 4 de l'article 1 du Code).

225. C'est pourquoi, il convient de se demander si l'on ne doit pas attendre des représentants élus et des membres du gouvernement qu'ils se conforment aux principes applicables à la conduite d'un agent public dans une situation de conflit d'intérêts telle que définie par le code.

226. Dans cette optique, la Commission a analysé l'exposé des motifs de la Recommandation Rec(2000)10⁸⁴, il indique que l'exclusion générale de l'application du code aux représentants élus et aux membres du gouvernement est due à certaines spécificités de cette catégorie, ainsi que des juges, qui ne sont pas liées à la fonction publique en tant que telle, c'est pourquoi il peut être nécessaire de leur appliquer des règles spécifiques⁸⁵.

⁸⁴ Exposé des motifs de la Recommandation Rec(2000)10 sur les Codes de conduite pour les agents publics (adoptée par le Comité des Ministres le 11 mai 2000, lors de la 106^{ème} session)

⁸⁵ « Une attention particulière doit être accordée aux échelons supérieurs de la fonction publique et aux membres du gouvernement qui peuvent être en même temps des représentants élus. Ces catégories pourraient exiger des règles particulières ».

227. Les rédacteurs du code de conduite ont souligné qu'« en général, les représentants élus sont responsables devant leur électorat et/ou le parti auquel ils appartiennent. Dans le même temps, l'intérêt public exige responsabilité, transparence et intégrité. La tradition joue un grand rôle dans l'évolution de la situation dans les Etats membres. Dans le contexte de la lutte contre la corruption, une attention particulière doit être accordée aux questions relatives aux immunités, aux relations avec le parti d'appartenance, aux sanctions et aux conflits d'intérêts. Un changement de la situation actuelle requiert un examen très attentif. »

228. Les rédacteurs ont estimé qu'il était « nécessaire d'opérer une distinction claire entre, d'une part, les agents publics, qui exercent des fonctions au sein d'une administration publique ou d'une entité du secteur public, et, d'autre part, les ministres et les représentants élus, figures politiques responsables soit devant le parlement, soit devant le corps électoral. Ainsi, par exemple, le principe de la neutralité politique reconnu au paragraphe 2 de l'article 4 ne saurait s'appliquer à ces derniers. »

229. La Commission en conclut que le code de conduite a été conçu pour la fonction publique générale et qu'il aurait fallu des règles spécifiques pour certaines catégories de personnes comme les représentants élus et les ministres du gouvernement. Etant donné qu'on n'avait pas élaboré de telles règles spécifiques et qu'ils n'était donc pas possible de les inclure dans le code, les catégories en question avaient été exclues du champ d'applications du dit code.

230. Cependant, les rédacteurs ont estimé par ailleurs que, nonobstant cette exclusion, « il serait souhaitable que les Etats adoptent des règles déontologiques adaptées aux fonctions que ces dernières exercent. A cette fin, l'Etat peut décider de s'inspirer des dispositions du code. »

231. Au vu de l'exposé des motifs, ainsi que pour des raisons de bon sens, la Commission considère que le fait que l'application du code de conduite est limitée aux fonctionnaires publics n'exclut pas que ces standards puissent être appliqués, par analogie, aux représentants élus et aux membres du gouvernement.

232. La Commission est néanmoins bien consciente des différences qui ne manquent pas d'exister entre les fonctionnaires et les représentants élus. En particulier, la Commission se rend bien compte qu'on attend des représentants élus et des membres du gouvernement, en tant qu'hommes politiques, qu'ils aient, par exemple, des engagements vis à vis de la société civile, qui seraient problématiques pour des fonctionnaires. De plus, les représentants élus et les membres du gouvernement sont soumis à des procédures spécifiques de responsabilité politique.

b. Analyse

233. La loi Frattini concerne les conflits d'intérêts entre fonction gouvernementale et activités d'entrepreneur. Elle est destinée en particulier à apporter une solution adaptée à la situation de conflit d'intérêts potentiels dans laquelle se trouve le Premier ministre actuel, en tant que propriétaire (mais pas dirigeant) d'intérêts importants dans les médias (dont Mediaset avec trois chaînes de télévision nationales importantes), à côté du Service public de radiodiffusion qui diffuse les trois principales chaînes de télévision nationales.

234. Comme on l'a expliqué précédemment (voir notamment par. 25), la radiodiffusion de Service public italienne est largement exposée à l'influence du parti au pouvoir. Par conséquent, différentes autorités de l'Etat, dont celles qui sont directement soumises à l'autorité du Premier ministre et chef du parti au pouvoir, sont largement et directement impliquées dans les affaires de la radiodiffusion de Service public.

235. Dans la loi Frattini, la description des deux situations de conflits d'intérêts concerne des cas très particuliers (définition de types particuliers d'emplois et d'activités comme incompatibles avec une fonction gouvernementale) au lieu de faire référence en des termes plus généraux à des situations dans lesquelles des agents publics ont des intérêts personnels ou financiers qui rendraient plus difficile pour eux de s'acquitter de leur mission en se souciant uniquement de l'intérêt général, comme c'est le cas à l'article 13 du Code de conduite pour les agents publics du Conseil de l'Europe.

236. En particulier, la loi est muette à propos des conflits d'intérêts susceptibles d'apparaître en raison des mesures législatives concernant une catégorie particulière de personnes à laquelle appartient le membre du gouvernement ou une catégorie d'activités dans laquelle le membre du gouvernement a des intérêts. Comme la Partie 3 requiert que les mesures ou omissions aient « un effet préférentiel spécifique sur les biens de la personne qui occupe le poste », il se peut que cela n'amène pas la personne qui occupe le poste à s'abstenir d'intervenir dans des affaires qui affectent généralement et indirectement, mais sûrement ses intérêts.

237. La loi déclare seulement une incompatibilité générale entre la direction d'une société et une fonction publique, pas entre la propriété d'une telle société, en tant que telle, et une fonction publique.

238. Pourtant, en Italie, il semble que ce soit l'aspect le plus important du conflit d'intérêts, celui qui a rendu nécessaire l'adoption de la loi. C'est pourquoi, la loi Frattini devrait apporter une solution adaptée à ce problème.

239. Il est vrai que la Partie 3 par. 2 fait référence à « un effet préférentiel spécifique sur les biens de la personne occupant une fonction publique ou ceux de son conjoint ou de ses parents jusqu'au deuxième degré, ou de sociétés ou autres entreprises qu'ils contrôlent, au détriment de l'intérêt général ».

240. Cependant, la nécessité que cet effet soit « spécifique » et « au détriment de l'intérêt général » rend la charge de la preuve très lourde » et cette disposition difficilement applicable en pratique.

241. La solution apportée par la loi Frattini au problème des conflits d'intérêts consiste en un mélange d'incompatibilités a priori (essentiellement de nature administrative) et en l'examen a posteriori d'actes de gouvernement individuels. Elle ne comporte pas de mesures « de prévention » suffisantes pour résoudre un conflit d'intérêts potentiel. Au lieu de cela, les Autorités antitrust et de l'audiovisuel doivent enquêter, au cas par cas, sur les abus, quand un acte du gouvernement est considéré comme violant la loi. Cela pourrait obliger à enquêter sur un grand nombre d'actes individuels, ce qui constituerait une charge pour l'autorité concernée et pèserait sur son action.

242. Les membres du gouvernement qui se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts doivent informer les autorités compétentes mais ne se voient pas imposer d'autre obligation de supprimer un tel conflit d'intérêts.

243. La Commission rappelle que dans des situations comparables, la Recommandation du Conseil de l'OCDE prévoit un grand nombre d'obligations, dont : Désinvestissement ou liquidation de l'intérêt par l'agent public, récusation de l'agent public pour la procédure concernée, limitation de l'accès de l'agent public à certaines informations, mutation de l'agent public à des fonctions n'impliquant pas une situation de conflit d'intérêts, redéfinition des missions et des compétences de l'agent public, consignation de l'intérêt générateur de conflit

d'intérêts dans une fiducie sans droit de regard, démission de l'agent public des fonctions qu'il exerce à titre privé, ou démission de l'agent public des fonctions publiques qu'il exerce.

244. La loi Frattini ne prévoit rien de tel.

245. Dans leur rapport à la Commission de Venise, les représentants de l'Italie invoquent l'argument selon lequel, si la loi prévoyait une incompatibilité entre une fonction gouvernementale et la propriété, elle devrait nécessairement prévoir l'obligation du membre du gouvernement de vendre ses biens ou actions. Ceci serait irréversible, au contraire de l'obligation faite à un praticien privé de laisser de côté son activité pendant la durée de son mandat, et constituerait donc, à leurs yeux, une violation évidente de la disposition de la constitution italienne protégeant la propriété privée et le libre accès à la fonction publique. Cette obligation de vendre ses biens entraînerait en effet une discrimination envers les praticiens privés, exactement pour ces mêmes raisons.

246. Pour les représentants de l'Italie, la loi Frattini, protège comme il se doit le droit à la libre initiative économique privée, garanti par la constitution, qui ne peut être considéré comme une « marque infamante » (marchio infamante) qu'il conviendrait d'effacer pour pouvoir accéder à une fonction publique, ainsi que le droit constitutionnel à la protection de la propriété privée, qui, en vertu de la constitution italienne, ne peut être expropriée que pour un motif d'intérêt général : or, l'intérêt de l'opposition à empêcher une personne d'accéder à une fonction publique ne peut être considéré comme relevant de l' « intérêt général ».

247. Les représentants de l'Italie prétendent que la vente obligatoire serait contraire à la constitution pour une autre raison encore : elle ne serait pas réalisée dans des conditions de marché libre, de telle sorte que la position du propriétaire serait affaiblie et qu'il subirait certainement une perte financière. En outre, une telle vente obligatoire n'entrerait pas dans le cadre d'une expropriation, puisque les biens concernés ne deviendraient pas propriété publique mais seraient acquis par une autre personne privée. Ceci serait « manifestement inconstitutionnel ».

248. De plus, les italiens affirment que confier la gestion des biens à une société fiduciaire (società fiduciaria) ne serait pas une solution adaptée dans la mesure où un fiduciaire devrait agir de manière transparente dans l'intérêt du propriétaire. L'institution du « trust aveugle » n'existe pas dans l'ordre juridique italien et permettrait seulement de gérer des biens mobiliers ou des biens facilement convertibles en biens mobiliers, mais pas une situation d'affaires particulière. En tous cas, étant donnée les dimensions considérables de l'entreprise de M. Berlusconi, il serait inimaginable qu'il ne soit pas au courant de la gestion de son entreprise par le « trust aveugle ». Il ne serait pas non plus acceptable au plan constitutionnel de diviser l'entreprise de M. Berlusconi et de constituer plusieurs « trusts aveugles ».

249. La Commission rappelle tout d'abord que son rôle n'est certainement pas de dire aux autorités italiennes quelle solution il faudrait choisir pour régler les problèmes actuels de conflits d'intérêts en Italie. Elle est plutôt appelée à dire si la solution choisie respecte les indications données par les standards internationaux.

250. La Commission ne peut que faire remarquer que la loi Frattini n'apporte à ce problème particulier aucune des solutions offertes par les standards européens. Les représentants de l'Italie ont essayé d'expliquer cette omission. La Commission remarque cependant que la vente obligatoire, à supposer qu'elle soit inconstitutionnelle, n'est certainement pas une conséquence automatique de l'incompatibilité entre une fonction publique et certaines activités professionnelles. Les professionnels indépendants qui laissent de côté leur activité pour quelques années peuvent également subir des pertes financières. Le fait que le trust aveugle n'existe pas

actuellement dans l'ordre juridique italien n'empêche pas de l'y introduire. Il serait possible de trouver des solutions acceptables de trust aveugle partiel. Contrairement à ces arguments, la Commission pense qu'il serait possible de trouver une solution, même s'il s'agit d'une solution de compromis.

251. La Commission considère que se lancer dans la politique relève du libre choix de chacun. Cela comporte des droits et des obligations. La fonction publique comporte un certain nombre d'incompatibilités et de restrictions. Si celles-ci sont raisonnables, claires, prévisibles et n'empêchent pas la possibilité même d'accéder à une fonction publique, il revient à chacun de décider de les accepter ou non. La simple possibilité de subir une perte financière ne devrait pas constituer, en soi, une raison d'exclure une activité de la liste des activités incompatibles avec une fonction publique.

252. La Commission fait remarquer que les sanctions prévues par la loi Frattini pour les violations des règles concernant le conflit d'intérêts ne paraissent pas suffisantes pour prévenir de façon efficace les conduites illicites. Des sanctions pécuniaires limitées infligées au dirigeant de la société, et pas au propriétaire, ne suffisent pas (bien que, comme l'ont fait remarquer les représentants de l'Italie, il soit évident que ces sanctions pécuniaires affectent le patrimoine de la société et donc de son propriétaire).

253. Il est vrai que l'Autorité antitrust et l'AGCOM doivent toutes deux informer les présidents des chambres du parlement de leurs actions pour établir l'existence de conflits d'intérêts et de toute action destinée à y remédier, elles doivent remettre un rapport semestriel au parlement sur les progrès de leurs activités de suivi et de contrôle. Ceci permet une sanction politique, qui, pour les représentants de l'Italie, est une forme de sanction extrêmement sévère, également évoquée par la Recommandation (2000) 10 du Comité des Ministres. De plus, les représentants de l'Italie affirment que toute mesure supplémentaire prise par les autorités compétentes à l'égard d'un membre du gouvernement constituerait une ingérence inconstitutionnelle dans les relations de confiance entre le parlement et le gouvernement.

254. La Commission convient qu'une sanction politique peut s'avérer efficace. Elle considère néanmoins que dans une situation où le parti politique du membre du gouvernement en cause domine le parlement, la possibilité d'une telle sanction et son impact risquent d'être limités.

255. En outre, dans la loi Frattini, les circonstances dans lesquelles les Autorités antitrust et de l'audiovisuel sont autorisées à agir pour résoudre des conflits d'intérêts sont définies de manière très prudente et étroite. Il s'agit de cas où des sociétés placées sous l'autorité de membres du gouvernement agissent de façon indue, mais pas où le membre du gouvernement agit de manière indue, par ex. en cherchant à discriminer ou à affaiblir une société concurrente. Ce dernier cas est mentionné indirectement dans la Partie 3 comme constituant un conflit d'intérêts, mais il ne semble pas qu'il y ait de disposition permettant de traiter de telles situations.

256. Au total, les situations de conflits d'intérêts définies par la loi et auxquelles la loi cherche à apporter une solution semblent étrangères au problème particulier du contrôle politique de la RAI par le propriétaire de Mediaset, par exemple.

257. A la lumière de ce qui précède, la Commission estime que la loi Frattini n'est pas susceptible d'avoir un impact significatif sur la situation actuelle en Italie. C'est pourquoi la Commission considère que les autorités italiennes devraient poursuivre leur réflexion sur ce sujet, peut-être en s'inspirant des exemples de lois ou dispositions adoptées dans d'autres pays européens.

VI. Conclusions

258. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a demandé à la Commission de Venise de donner un avis sur la conformité des deux lois italiennes sur le système audiovisuel (« la loi Gasparri ») et sur les conflits d'intérêts (« la loi Frattini ») par rapport aux standards du Conseil de l'Europe dans les domaines de la liberté d'expression et du pluralisme des médias.

259. La Commission de Venise a procédé à cette évaluation. Elle s'est limitée à déterminer les standards applicables et à analyser ces lois sur la base de ces standards. Par conséquent, elle n'a examiné que certains aspects de ces lois, c'est-à-dire ceux qui ont un rapport avec les standards existants. Là où il n'existe pas de standards déterminés ou suffisamment clairs, la Commission a effectué une analyse comparative des dispositions constitutionnelles et législatives des Etats membres du Conseil de l'Europe.

260. Même si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne donne pas d'indications spécifiques sur le sujet, il est néanmoins possible d'en déduire certains principes pertinents : tout d'abord, que la liberté d'expression joue un rôle fondamental dans une société démocratique, en particulier quand, par le biais de la presse, elle sert à communiquer des informations et des idées d'intérêt général que le public est en outre en droit d'obtenir, et que l'Etat est le garant ultime du pluralisme, notamment pour les médias audiovisuels, dont les programmes sont souvent très largement diffusés.

261. Les standards applicables identifiés par la Commission sont, pour l'essentiel, des résolutions et des recommandations du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. En tant que tels, ils n'imposent pas d'obligations juridiquement contraignantes aux Etats et constituent seulement de la « soft law ». La Commission souligne néanmoins qu'ils représentent une indication importante des tendances des Etats membres du Conseil de l'Europe à respecter ces véritables préoccupations de la société moderne.

262. Il y a véritable pluralisme des médias quand il existe un grand nombre de médias autonomes et indépendants aux niveaux national, régional et local, assurant une offre de contenus variée, reflétant des points de vue politiques et culturels différents. La Commission estime que le pluralisme interne doit exister en même temps dans tous les secteurs des médias : ainsi, il ne serait pas acceptable que le pluralisme soit garanti dans le secteur des médias écrits mais pas dans celui de la télévision. Pour la Commission, la pluralité des médias n'implique pas seulement l'existence d'une pluralité d'acteurs et de vecteurs, mais aussi l'existence d'un large éventail de médias, c'est-à-dire de différentes *sortes* de médias.

263. Les instruments du Conseil de l'Europe définissent certains outils de promotion du pluralisme des médias, parmi lesquels :

- un cadre législatif fixant des limites à la concentration des médias ; parmi les instruments permettant d'y arriver, il y a les seuils autorisés (qu'il convient de mesurer sur la base d'un élément ou d'un ensemble d'éléments comme la part d'audience ou la part de capital ou les limites de recettes) qu'une seule société est autorisée à contrôler sur un ou plusieurs des marchés concernés,

- des autorités de régulation des médias spécifiques dotées du pouvoir d'agir contre la concentration,
- des mesures spécifiques contre l'intégration verticale (contrôle d'éléments clés de la production, de la diffusion de la distribution et des activités connexes par une seule société ou un seul groupe),
- indépendance des autorités de régulation,
- transparence des médias,
- mesures destinées à promouvoir activement la production et la diffusion de contenus variés,
- soutien financier, direct ou indirect, destiné à renforcer le pluralisme, accordé sur la base de critères objectifs et non partisans, dans le cadre de procédures transparentes et soumises à un contrôle indépendant,
- des instruments d'autorégulation, comme des lignes directrices éditoriales et des lois régissant l'indépendance de la presse.

264. En ce qui concerne les dispositions de la loi Gasparri destinées à protéger le pluralisme des médias, la Commission considère tout d'abord que l'augmentation du nombre des chaînes que permet la télévision numérique n'est pas suffisant, en soi, pour garantir le pluralisme des médias. Les nouvelles chaînes peuvent avoir une part d'audience très faible mais des quantités d'émissions similaires. Enfin, les sociétés les plus importantes auront un pouvoir d'achat plus élevé dans de nombreuses activités, comme l'achat de programmes, et disposeront donc d'avantages importants sur les autres fournisseurs de contenus nationaux.

265. C'est pourquoi la Commission considère que le seuil de 20% des chaînes n'est pas un indicateur clair de part de marché. Il faudrait l'associer, par exemple, à un indicateur de part d'audience.

266. En ce qui concerne le deuxième seuil fixé par la loi Gasparri, qui est de 20% des recettes avec les systèmes de communications intégrées (SCI), la Commission considère que les SCI constitue certainement une tendance moderne mais qu'il ne faudrait pas, du moins avec cette définition très large, les utiliser dès à présent à la place du critère du « marché concerné », car cela a pour effet de diluer l'efficacité des instruments destinés à protéger le pluralisme. En effet, il peut permettre à une société d'avoir une part de recettes extrêmement importante sur des marchés particuliers tout en restant en dessous du seuil de 20% pour l'ensemble du secteur.

267. D'ailleurs, la Commission remarque que l'effet combiné du nouveau cadre défini par la loi Gasparri assouplit les lois anti-concentration antérieures qui fixaient des niveaux maximum autorisés, qui avaient été dépassés par Mediaset et la RAI. En conséquence, Retequattro a été autorisée à continuer à occuper des fréquences analogiques.

268. C'est pourquoi la Commission considère que le critère des SCI devrait être remplacé par le critère utilisé auparavant de « marché concerné », comme c'est le cas dans les autres pays européens.

269. La Commission considère que les dispositions interdisant la discrimination entre les fournisseurs de contenus indépendants et ceux qui relèvent de sociétés liées ou qu'ils contrôlent, ainsi que les décisions de l'Autorité de l'audiovisuel (AGCOM) garantissant, dans une certaine mesure, l'accès au réseau des fournisseurs de contenus indépendants, constituent, si elles sont correctement appliquées, de bonnes contributions au pluralisme interne.

270. En ce qui concerne les dispositions sur la migration des diffuseurs de radio et de télévision des fréquences analogiques vers les fréquences numériques, la Commission a l'impression que l'approche de la loi Gasparri tente de reporter à plus tard une véritable solution au problème de la concentration des médias sur le marché de la télévision, et qu'elle repose fortement sur le moment où se fera le passage au numérique. La Commission considère que cette approche n'est pas satisfaisante car, si le statu quo est maintenu, il est probable que Mediaset et la RAI resteront les acteurs dominants de la télévision italienne. A ce propos, la Commission rappelle que, si les mesures anti-concentration visent en général à empêcher les *abus* de position dominante, les positions dominantes sont interdites *en tant que telles* dans le secteur des médias

271. En ce qui concerne les dispositions de la loi Gasparri sur la radiodiffusion de service public, la Commission considère que le rôle de la commission parlementaire sur la radio et la télévision ne devrait pas s'étendre aux questions concernant les programmes et la façon d'élaborer des contrats de services.

272. L'accès au temps d'antenne semble être réglementé de façon démocratique. Cependant, le droit du Président du Conseil des ministres d'obtenir gratuitement du temps d'antenne « sur demande » paraît formulé dans des termes trop vagues.

273. En ce qui concerne la privatisation de la RAI, qui devrait conduire à réduire la politisation du radiodiffuseur public, la Commission remarque que le changement à la RAI permettra au gouvernement de contrôler le radiodiffuseur public pour une durée indéterminée. Tant que le gouvernement actuel reste en fonction, cela signifie qu'outre le contrôle des trois chaînes de télévision qui lui appartiennent, le Premier ministre disposera d'un certain contrôle sur les trois chaînes nationales de télévision publique. La Commission exprime sa crainte que cette situation atypique accentue le risque de monopolisation, susceptible de constituer une ingérence injustifiée dans la liberté d'expression, aux termes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

274. En Italie, la presse écrite est protégée par l'attribution de subventions aux journaux politiques et par une disposition de la loi Gasparri prévoyant qu'une partie du budget public consacré à l'achat d'espace publicitaire pour la communication institutionnelle doit être utilisée dans les quotidiens et périodiques. Il convient de se féliciter de cette disposition. Pour la Commission, il faut apporter le soutien le plus large possible à la presse, notamment au vu de la concentration extrême du marché italien des recettes publicitaires.

275. En ce qui concerne les conflits d'intérêts, la Commission remarque que la loi Frattini ne fait pas référence en des termes généraux aux situations dans lesquelles, en raison de leurs intérêts personnels ou financiers, il est difficile pour des agents publics de remplir leur mission en ne gardant à l'esprit que l'intérêt général. Elle est également muette sur les conflits d'intérêts qui peuvent apparaître en liaison avec des mesures législatives affectant une catégorie particulière de personnes à laquelle appartient un membre du gouvernement ou une catégorie d'activités dans laquelle un membre du gouvernement détient des intérêts.

276. La solution apportée par la loi Frattini au problème des conflits d'intérêts consiste en un mélange d'incompatibilités a priori (essentiellement de nature administrative) et en l'examen a

posteriori d'actes du gouvernement. Elle ne comporte pas de mesures « de prévention » suffisantes pour résoudre un conflit d'intérêts potentiel. Au lieu de cela, les Autorités antitrust et de l'audiovisuel doivent enquêter au cas par cas sur les abus quand il est considéré qu'un acte du gouvernement viole la loi. Il se pourrait que cela oblige à enquêter sur un grand nombre d'actes individuels, ce qui constituerait une charge pour l'autorité concernée et pèserait sur son action.

277. Les membres du gouvernement qui se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts doivent informer les autorités compétentes mais ne se voient pas imposer d'obligation de supprimer un tel conflit d'intérêts. Aucune des solutions envisagées mutatis mutandis pour les fonctionnaires n'est reprise par la loi Frattini. La Commission pense qu'il serait possible de trouver une solution, même s'il s'agit d'une solution de compromis.

278. La loi Frattini déclare seulement qu'il y a incompatibilité générale entre la direction d'une entreprise et une fonction publique, mais pas entre la propriété en tant que telle et une fonction publique. Pourtant, en Italie cela semble être le principal aspect du conflit d'intérêts, celui qui a rendu nécessaire l'adoption de la loi. C'est pourquoi, la loi Frattini devrait apporter une solution satisfaisante à ce problème.

279. La loi Frattini apporte une solution en ce qui concerne les mesures ou omissions d'un membre du gouvernement qui ont « un effet préférentiel spécifique sur les biens de la personne qui occupe le poste, ou de son conjoint ou de ses parents jusqu'au deuxième degré, ou de sociétés ou entreprises qu'ils contrôlent, au détriment de l'intérêt général ». Cependant, pour la Commission, la nécessité d'un effet « spécifique » et « au détriment de l'intérêt général » rend la charge de la preuve très lourde et rend cette disposition très difficile à appliquer en pratique.

280. Les sanctions prévues par la loi Frattini ne paraissent pas vraiment adaptées. En particulier, l'impact d'une sanction politique peut s'avérer efficace en principe, mais risque d'avoir peu d'effet dans une situation où le parti politique du membre du gouvernement concerné domine le parlement.

281. La Commission considère que se lancer dans la politique relève du libre choix de chacun. Cela comporte des droits et des obligations. Toute charge publique comporte un certain nombre d'incompatibilités et de limitations. Si celles-ci sont raisonnables, claires, prévisibles et n'empêchent pas la possibilité même d'accéder à une charge publique, il revient à chacun de décider de les accepter ou pas. La simple possibilité de subir une perte financière ne devrait pas constituer, en soi, une raison d'exclure une activité de la liste des activités incompatibles avec une charge publique.

282. La Commission considère que la loi Frattini a peu de chances d'avoir un impact significatif sur la situation actuelle en Italie. Elle invite donc les autorités italiennes à continuer d'étudier cette question dans le but de trouver une solution adaptée.