



COUNCIL OF EUROPE  
CONSEIL DE L'EUROPE

Strasbourg, le 7 avril 2008

Etude n° 415 / 2006

CDL(2008)040  
fr. seul

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

**RAPPORT**  
**SUR L'INDÉPENDANCE DES ORGANES**  
**DE RÉGULATION DES MÉDIAS**

**par M. Christoph GRABENWARTER (Membre, Autriche)**

## Introduction

Du point de vue théorique et de l'histoire des idées, l'indépendance des autorités de régulation du secteur des médias est fondée sur le concept des « Independent Regulatory Agencies ». La revendication d'indépendance des autorités de régulation est l'expression d'une méfiance de principe face aux ingérences politiques dans les processus commerciaux. D'une part, la distance envers les instances politiques de l'administration et d'autre part la continuité des membres décisionnels de ces autorités à travers les législatures tiennent justement compte de cette méfiance.

La composition des autorités indépendantes comprenant des personnes particulièrement qualifiées dans le secteur du droit des médias est de plus une expression de confiance en l'expertise professionnelle dans un champ caractérisé par des aspects économiques et techniques extrêmement complexes. La décision de l'autorité qui tranche le litige de façon neutre et compétente traduit l'idée de régulation indépendante des médias, combinant l'indépendance d'instances analogues aux tribunaux avec l'organisation bureaucratique analogue à l'administration publique.

Afin d'expliquer le rôle et la fonction des autorités administratives indépendantes il faut constater que celles-ci en la matière remplissent non seulement une fonction administrative mais aussi une fonction "quasi-juridictionnelle". Elles constituent à la fois une protection contre le risque arbitraire de l'intervention de l'Etat et aussi un procédé par lequel l'Etat peut parvenir à rendre plus acceptable le maintien de ses interventions. La comparaison avec la fonction judiciaire repose sur l'idée que l'action des autorités indépendantes empiète plutôt sur la sphère de compétence du juge, accomplissant ainsi un mode de régulation indispensable, que la justice administrative n'est pas en mesure de réaliser.<sup>1</sup>

L'exigence d'indépendance des autorités de régulation dans le secteur des médias est en outre soulignée par la Recommandation N° R (2000) 23 du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion adoptée le 20 décembre 2000. Elle recommande aux Etats membres :

- « a. d'instaurer, s'ils ne l'ont pas déjà fait, des autorités indépendantes de régulation du secteur de la radiodiffusion;
- b. d'inclure des dispositions dans leur législation et des mesures dans leur politique accordant aux autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion des pouvoirs leur permettant de remplir leurs missions, telles que prévues par le droit national, d'une manière effective, indépendante et transparente conformément aux lignes directrices figurant à l'annexe à cette recommandation;
- c. de porter ces lignes directrices à l'attention des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion, des autorités publiques, des milieux professionnels concernés, ainsi que du public en général, tout en veillant au respect effectif de l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis de toute forme d'ingérence dans leurs activités. »

Dans l'annexe à cette Recommandation, vingt-sept points formulent les lignes directrices concernant l'indépendance des autorités indépendantes du secteur de la radiodiffusion. Ces lignes directrices décrivent la nécessité d'un cadre général clairement défini par la loi, la composition des autorités et la désignation de leur membres, leur indépendance financière, les pouvoirs et compétences des organes des autorités, les conditions concernant l'octroi de licences, le suivi du respect des engagements et obligations des radiodiffuseurs et la responsabilité légale des autorités.

---

<sup>1</sup> JONGEN, La police de l'audiovisuel (1994), p. 64 seq.

Sur le plan du droit communautaire, l'article 23b de la proposition de directive sur la radiodiffusion télévisuelle modifiant la directive 89/552/CE du Conseil<sup>2</sup> exige que les Etats membres garantissent l'indépendance des autorités de régulation nationales et veillent à ce qu'elles exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente. Selon l'alinéa 2 de l'article cité, les autorités de régulation nationales communiquent à cette fin aux autorités de régulation des autres Etats membres et à la Commission les informations nécessaires aux fins de l'application des dispositions de la directive. De manière conséquente, le 47<sup>ème</sup> considérant de la directive en question formule la raison d'être de ces dispositions : Les instances de régulation devraient être indépendantes des gouvernements nationaux comme des fournisseurs de services de médias audiovisuels, afin de pouvoir mener à bien leur tâche de manière impartiale et transparente et de contribuer au pluralisme. Une coopération étroite entre les autorités de régulation nationales et la Commission est nécessaire pour garantir la bonne application de la directive.

Dans une perspective de droit comparé qui prend comme point de départ surtout le cadre juridique allemand et autrichien, les autorités indépendantes de régulation dans le secteur des médias se caractérisent par :

1. Fondement de l'autorité par loi constitutionnelle, ou du moins ordinaire.
2. Composition d'un certain nombre de membres
3. Mode de désignation des membres défini par la loi
4. Durée minimum des mandats et inamovibilité des membres
5. Incompatibilités
6. Indépendance par représentation démocratique - composition pluraliste
7. Pouvoirs de régulation y compris en matière de sanction

#### **I. Base légale : loi ordinaire ou constitutionnelle**

L'annexe à la Recommandation N° R (2000) 23 engage les Etats membres à élaborer un cadre législatif général clairement défini par la loi aux fins d'assurer l'indépendance de l'autorité.<sup>3</sup>

L'indépendance de l'autorité - respectivement son statut particulier lié à ses compétences – exige souvent d'établir une exception par loi constitutionnelle au principe de hiérarchie de l'appareil administratif.

En Allemagne, les lois des *Laender* fournissent une base légale pour chacune des autorités « Landesmedienanstalten ». En Autriche, le « Bundeskommunikationssenat » (BKS), l'autorité suprême de radiodiffusion en Autriche, est en effet institué sur la base de l'article 20, al. 2 de la Constitution régissant les autorités collégiales indépendantes. Cette disposition exige la présence d'au moins un juge parmi les membres de l'autorité. La loi actuelle sur l'organisation du BKS<sup>4</sup> prévoit que sur les cinq membres du sénat, au moins trois appartiennent à l'ordre judiciaire (§ 12, al. 1). Cette disposition remplace le règlement précédent sur l'organisation de l'autorité des radios régionales, qui comptait neuf membres, dont un seul juge, après que la Cour constitutionnelle ait déclaré la compétence de cette autorité contraire aux principes de la démocratie et de l'état de droit.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> COM(2005) 646 fin.

<sup>3</sup> Point 1 seq.

<sup>4</sup> Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria ("KommAustria") und eines Bundeskommunikationssenates, J.O. I n° 85/2001.

<sup>5</sup> VfSlg 15.886/2000.

## II. Composition

Le nombre de membres des autorités varie considérablement. On peut toutefois constater que la plupart des autorités comptent entre cinq et dix membres. Tel est le cas en France (CSA), en Irlande (Broadcasting Commission of Ireland), au Portugal (Alta Autoridade para a Comunicação Social), en Angleterre (Office of Communications) et en Suisse.<sup>6</sup>

En Allemagne, les organes des « Landesmedienanstalten » et des « Bundesrundfunkanstalten » fédérales dépassent nettement cette moyenne en raison de leurs fonctions, en particulier celle de réaliser l'objectif d'une représentation démocratique. Le conseil de télévision du ZDF («Zweites Deutsches Fernsehen») compte ainsi soixante-dix-sept membres, les conseils d'administration sont composés tout de même de sept à quinze membres.<sup>7</sup>

## III. Mode de désignation

L'annexe à la Recommandation exige que les membres des autorités indépendantes soient désignés de manière démocratique et transparente.<sup>8</sup>

L'indépendance des membres des autorités de régulation est fortement déterminée par le mode de désignation applicable au cas d'espèce. La discussion sur la désignation est un débat sur la dépolitisation des autorités. On peut distinguer trois types de désignations: la désignation par les organes politiques, la désignation par les organes juridictionnels et la désignation par la « société civile ». Souvent on ne trouve pas un système homogène mais une combinaison des types, certains membres étant désignés par les instances politiques, d'autres par l'ordre judiciaire. Des pouvoirs de nomination parlementaires sont prévus en Allemagne, au Portugal, en Italie, aux Pays-Bas, en Suisse ou en France.<sup>9</sup>

Le droit autrichien prévoit une composante judiciaire importante. Le Président de la République nomme tous les membres du BKS sur proposition du gouvernement pour un mandat de six ans. Pour les trois membres appartenant à l'ordre judiciaire, le gouvernement est tenu de choisir parmi trois propositions comprenant chacune les noms, classés par ordre alphabétique, de trois personnes appartenant à l'ordre judiciaire : une proposition lui est faite par le président de la Cour suprême (« Oberster Gerichtshof »), les deux autres par le président du Tribunal régional de Vienne (« Oberlandesgericht Wien »). En vertu de la loi, une mise au concours des candidats par le président de la Cour suprême et du Tribunal régional précède obligatoirement la remise de la liste des propositions en vue de la nomination des membres du BKS. La liste des deux autres propositions du gouvernement (concernant les deux autres membres) est également remise après une mise au concours par le Chancelier. Les listes de propositions sont à rendre sans délai pour éviter d'éventuels retardements en période de nouvelles élections.

En Allemagne, en vue de matérialiser le principe constitutionnel de pluralité dans la composition des autorités, la société civile est d'influence majeure. Les Eglises, les organisations d'employeurs et d'employés, les organisations de sport, les associations écologistes, les associations de femmes, de familles et d'enfants désignent ainsi certains membres des conseils des « Landesmedienanstalten ».

---

<sup>6</sup> JONGEN, Op.cit., p. 380.

<sup>7</sup> HERRMANN/LAUSEN, Rundfunkrecht, (2. Aufl., 2004) p. 327 seq.

<sup>8</sup> Annexe à la Recommandation n° R (2000) 23, point 5.

<sup>9</sup> JONGEN, Op. cit., p. 393 seq.

#### **IV. Durée des mandats et inamovibilité des membres**

La durée du mandat des membres et leur inamovibilité sont un critère pour apprécier non seulement l'indépendance de l'organe mais aussi son efficacité et sa compétence en la matière. Il est impératif de définir la garantie de la durée du mandat. Dans ce contexte, la durée que la Cour européenne des droits de l'homme retient pour l'indépendance d'un tribunal au sens de l'article 6 de la CEDH<sup>10</sup> devra être considérée comme pertinente pour déterminer la durée minimum capable de garantir l'indépendance des autorités de régulation dans le secteur des médias. Une durée du mandat de cinq à six ans est par conséquent un minimum absolu, suffisant de justesse, à condition que toutes les autres conditions d'indépendance aient été évidemment remplies.<sup>11</sup> Une durée du mandat de cinq ans paraît être la moyenne, d'autant plus qu'une telle durée correspond souvent à la durée des législatures et est par conséquent une forme de garantie d'indépendance face au pouvoir politique.<sup>12</sup> On trouve ainsi une telle durée aux Pays-Bas, en Italie, en Grande-Bretagne et en Irlande. En Allemagne, la durée des mandats des assemblées des « Landesmedienanstalten » varie de quatre à six ans. Les membres du Conseil supérieur de l'audiovisuel français et du « Bundeskommunikationssenat » autrichien sont nommés pour une durée de six ans.

L'annexe à la Recommandation n° R (2000) 23 exige des règles précises en ce qui concerne la possibilité de révoquer les membres des autorités, de manière à éviter que la révocation ne puisse être utilisée comme moyen de pression politique. La révocation ne devrait être possible qu'en cas de non-respect des règles en matière d'incompatibilité ou d'incapacité à exercer leurs fonctions.<sup>13</sup>

La possibilité d'un renouvellement du mandat et les conditions de révocation des membres ont de l'influence sur l'indépendance. Il va de soi que la possibilité d'un renouvellement après l'expiration du mandat et des motifs extensifs de révocation sont susceptibles de restreindre l'indépendance. Par conséquent, certaines lois excluent un renouvellement et stipulent qu'un nombre très limité de motifs de révocation. Les lois allemandes et autrichiennes fournissent des exemples de motifs de révocation restreints. Le droit allemand prévoit - mis à part le cas de l'expiration du mandat - la perte du mandat dans le conseil de radiodiffusion (« Rundfunkrat ») en cas de décès et de perte de certaines facultés juridiques.<sup>14</sup> Les membres peuvent cependant à tout moment être révoqués par les instances qui les ont envoyés. En Autriche, un membre du BKS perd son mandat en cas d'absence à trois séances consécutives sans excuse valable ou en cas d'incompatibilité. Seul le BKS est autorisé à statuer sur ces manquements.

#### **V. Indépendance par représentation démocratique**

A la place d'une organisation quasi-juridictionnelle, le législateur peut - comme le démontrent de nombreux exemples dans les Etats membres - matérialiser l'indépendance par des éléments de représentation démocratique. Cette représentation peut s'exprimer par la composition du comité de direction collégiale ou - ceci vaut notamment pour les organes monocratiques - par le mode de désignation.<sup>15</sup> A cet égard, la nature directe du pouvoir de désignation confié au gouvernement tel qu'en Autriche ou à l'assemblée parlementaire est un phénomène typique de législation européenne des médias.

<sup>10</sup> CEDH, Campbell et Fell, Serie A 80, § 80

<sup>11</sup> GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, (3<sup>ième</sup> éd.) . 2007, § 24, N. 34.

<sup>12</sup> JONGEN, Op. cit. 386.

<sup>13</sup> Annexe à la Recommandation n° R (2000) 23, point 6 seq.

<sup>14</sup> HERRMANN/LAUSEN, Op. cit. p. 332.

<sup>15</sup> HOLOUBEK, Die Organisationsstruktur der Regulierung audiovisueller Medien - Typologie und Entwicklungstendenzen, ZUM 1999, p. 665 (668).

La représentation démocratique et plus précisément le pluralisme constituent un aspect primordial de la composition des *Landesmedienanstalten*. La structure collégiale des conseils de radiodiffusion, qui peuvent atteindre soixante-dix-sept membres, rend possible l'intégration de nombreuses personnes et d'opinions diverses, dans l'intérêt d'un audiovisuel orienté vers le bien commun et s'adressant au grand public.<sup>16</sup> Le droit constitutionnel prévoit la composition du conseil de radiodiffusion par « les représentants des groupes importants de la société ».<sup>17</sup> Parmi ceux-ci compte les représentants des « Landtage », ses Eglises, des organisations d'employeurs et d'employés, des organisations de sport, des associations écologistes, des associations de femmes, de familles et d'enfants, les universités etc.

## VI. Incompatibilité

D'après l'annexe à la Recommandation n° R (2000) 23, les Etats membres sont tenus d'établir des règles en matière d'incompatibilités de manière à éviter d'une part que les autorités de régulation soient sous l'influence du pouvoir politique et d'autre part que les membres des autorités exercent des fonctions ou détiennent des intérêts dans des entreprises du secteur des médias, ou de secteurs connexes, qui pourraient conduire à un conflit d'intérêt avec la qualité de membre de l'autorité de régulation.<sup>18</sup>

Pour assurer pleinement l'indépendance des membres de l'autorité, les lois sur les autorités établissent souvent un régime d'incompatibilité. Le système français est assez stricte à ce propos : il établit pour les membres du CSA une incompatibilité avec tout mandat électif, tout emploi public et toute autre activité professionnelle. Dans un tel système, il faut que la rémunération soit suffisamment attrayante pour conduire des personnes compétentes à abandonner leurs fonctions antérieures.

En Autriche, il est prévu – de façon moins stricte - que les membres du BKS ne peuvent exercer un mandat électif, tenir un emploi dans un organe de l'Office de Radiodiffusion-Télévision Autrichienne (« Österreichischer Rundfunk ») ou dans une instance régulatrice inférieure au BKS, ni détenir d'intérêts dans d'autres entreprises de radiodiffusion. Il s'agit d'une fonction secondaire, une indemnité est prévue pour chaque séance.

En Allemagne, les fonctions dans les assemblées sont à titre honorifique, les incompatibilités limitées: les membres ne peuvent exercer d'activités ni détenir d'intérêts dans des entreprises de l'audiovisuel et dans un certain nombre de *Laender* il ne leur est pas permis d'exercer un mandat politique.

## VII. Les fonctions des autorités indépendantes

Selon l'annexe à la Recommandation n° R (2000) 23, les autorités indépendantes devraient détenir certains pouvoirs et compétences, tels que des pouvoirs en matière de régulation, l'octroi de licences, le suivi du respect des engagements et obligations des radiodiffuseurs, y compris d'imposer des sanctions en cas de transgressions des loi ou des conditions spécifiques des licences.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> A ce propos BUMKE, *Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten* (1995) p. 126 seq.

<sup>17</sup> BVerfGE 83, 238, 334.

<sup>18</sup> Annexe à la Recommandation n° R (2000) 23, point 4.

<sup>19</sup> Annexe à la Recommandation n° R (2000) 23, point 12 seq.

A cet égard, l'existence de pouvoirs suffisants, y compris de coercition, conditionne l'exécution effective des tâches de régulation. La première catégorie comprend l'octroi des licences et l'administration des fréquences attribuées à la radiodiffusion. Les fonctions des autorités de l'audiovisuel indépendantes peuvent être divisées en trois catégories : fonction de régulation,<sup>20</sup> fonction de contrôle<sup>21</sup> et fonction juridictionnelle. La fonction de contrôle comprend la surveillance de la radiodiffusion et de même la révocation de la licence en cas de transgressions répétées et/ou graves des conditions énoncées par la législation et par les licences accordées comptent parmi ces pouvoirs. La fonction juridictionnelle comprend l'imposition de sanctions (pénales) et la décision au sujet des litiges entre les radiodiffuseurs telle que sur l'étendue du droit des radiodiffuseurs à transmettre des brefs reportages d'actualités face aux titulaires de droits exclusifs.

En Autriche, les lois attribuent une telle palette de pouvoirs au BKS (§ 11 de la loi sur l'autorité de l'audiovisuel<sup>22</sup> et § 5 de la loi sur l'exercice de droits exclusifs de télévision<sup>23</sup>).

### **VIII. Le problème de légitimité et contrôle**

L'Etat de droit exige en principe qu'il n'existe pas de lacune de contrôle dans le cadre de l'ordre juridique. Ceci vaut également pour les décisions en matière de régulation des médias, pour lesquelles doit exister, comme pour toute autre décision d'autorité de régulation, un recours de type juridictionnel. Les divers systèmes en Europe prévoient en général soit un recours devant les juridictions administratives ou bien un « judicial review », soit un recours devant le juge constitutionnel, soit une combinaison des deux.

En ce qui concerne la légitimité, il est difficilement imaginable d'assurer la légitimité démocratique des autorités et de conserver en même temps leur relative indépendance autrement que par le mode de désignation.

Dans le cadre du discours sur la légitimité démocratique des autorités de régulation, la référence à l'expertise professionnelle indépendante est moins convaincante dans la mesure où l'autorité prend des décisions en fonction de politiques culturelles, sociales, d'après des critères tels que diversité culturelle, d'opinions, de programmation etc. Ces décisions tirent leur légitimité moins de l'expertise professionnelle des membres de l'autorité que de leur légitimité démocratique.

En revanche, le rôle d'un Etat qui agit en tant que gouvernement et majorité politique et porte dans le domaine de la communication de telles appréciations sur les contenus n'est certainement pas dépourvu de problèmes.

La difficulté de transposer le modèle des autorités de régulation indépendantes aux secteurs de la radiodiffusion et de l'audiovisuel est de garantir d'une part une légitimité démocratique plus exigeante que dans d'autres secteurs d'infrastructures et d'autre part de conserver une indépendance comparable. Des modes de désignation différenciés (sous forme de coopération

---

<sup>20</sup> Celle-ci peut être divisée en fonction de régulation et d'administration; voire JONGEN, Op. cit. p. 427 seq.; pour la situation en Autriche voire HOLOUBEK, Aufgaben, Organisation und Verfahren von „Regulierungsbehörden“ vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Anforderungen, in: DUSCHANEK (éd.), Beiträge zur Ausgliederungsdiskussion (2002), p. 48 seq.

<sup>21</sup> Voir GRAMSTAD, Media Supervision - National regulatory Authorities, European Commission for Democracy for Law, UNIDEM, The Role of Media Freedom and Pluralism in Strengthening Democracy, 24 January 2005, CDL-UDT (2005)003, p. 6.

<sup>22</sup> Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria ("KommAustria") und eines Bundeskommunikationssenates, J.O. I n° 85/2001.

<sup>23</sup> Bundesgesetz über die Ausübung exklusiver Fernsehübertragungsrechte, J.O. I n° 85/2001.

entre différentes instances étatiques – par exemple § 12 de la loi autrichienne sur l'autorité de l'audiovisuel - offrent une voie de solution à ce problème.

En résumé, il est à retenir que la transposition de la tendance générale des « Independent Regulatory Agencies » au secteur des médias rencontre la difficulté de garantir une légitimité démocratique plus exigeante que dans d'autres secteurs d'infrastructures et en même temps une indépendance comparable.