

RÉPONSE DES MEMBRES DU GOF À LA CONSULTATION PUBLIQUE CONCERNANT LA SÉPARATION COMPTABLE ENTRE DISTRIBUTEUR DE SERVICES ET OPÉRATEUR DE RÉSEAU DE RADIODIFFUSION DANS LA MISE EN OEUVRE DE L'ARTICLE 77 DU DÉCRET DU 27 FÉVRIER 2003 SUR LA RADIODIFFUSION

De manière générale, les membres du GOF remercient le CSA pour l'opportunité donnée par ce dernier d'exprimer ses observations concernant l'obligation de séparation comptable entre distributeur de services et opérateur de réseau radiodiffusion dans la mise en œuvre de l'article 77 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion.

1. En premier lieu et en termes généraux les membres du GOF soulignent leur désaccord avec l'imposition de l'obligation de séparation comptable aux distributeurs de services qui fonctionnent également comme opérateurs de radiodiffusion.

L'imposition de l'obligation de séparation comptable par l'article 77 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion sans aucune analyse préalable du marché est intégralement contraire au cadre réglementaire communautaire

En effet, la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (ci-après « directive cadre ») stipule expressément que des obligations réglementaires, telles qu'entre autres l'obligation de séparation comptable, ne peuvent être imposées qu'après qu'une analyse du marché ait clairement indiqué que le marché analysé n'est pas concurrentiel :

« Il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème.¹ »

¹ Considérant 27 de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive cadre).

En outre, l'article 16 de la directive cadre ainsi que l'article 8 de la directive 2002/19/EC du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (ci-après « directive accès ») stipulent que le régulateur compétent doit d'abord analyser le marché afin de déterminer si le marché est concurrentiel ou non. Ce n'est que dans la mesure où le régulateur estime que le marché n'est pas concurrentiel et après que le régulateur a désigné une ou plusieurs entreprises comme entreprise(s) disposant d'une puissance significative sur le marché concerné (SMP), qu'il est obligé d'imposer au moins une obligation réglementaire à chaque entreprise SMP. L'obligation réglementaire doit être choisie de telle manière qu'elle puisse remédier le défaut de concurrence et qu'elle soit proportionnée au problème du marché. La séparation comptable est une de ces obligations que le régulateur peut imposer à des entreprises analysées comme étant SMP.

Aucune analyse du marché n'a été effectuée par le CSA et aucune entreprise n'a été désignée comme entreprise SMP. Par conséquent et en accordance avec la législation communautaire, à défaut d'une analyse de marché et d'une constatation que le marché n'est pas concurrentiel, il n'existe aucune base juridique pour imposer une obligation réglementaire telle que l'obligation de séparation comptable aux entreprises actives sur le marché.

L'article 77 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion est donc incontestablement contraire au cadre réglementaire européen, ordre juridique qui prime sur l'ordre juridique des États membres.

2. Deuxièmement, sur base de la primauté du droit communautaire, les autorités administratives nationales sont obligées de ne pas appliquer toute législation nationale qui serait contraire au droit communautaire.

Dans ce sens, la Cour de Justice a jugé dans l'affaire « Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) » que:

« Il convient de rappeler, en second lieu, que, selon une jurisprudence constante, la primauté du droit communautaire exige que soit laissée inappliquée toute disposition d'une loi nationale contraire à une règle communautaire, qu'elle soit antérieure ou postérieure à cette dernière.

Ce devoir de laisser inappliquée une législation nationale contraire au droit communautaire incombe non seulement aux juridictions nationales, mais également à tous organes de l'État, en ce compris les autorités administratives (voir, en ce sens, arrêt du 22 juin 1989, Fratelli Costanzo, 103/88, Rec. p. 1839, point 31)² ».

² Arrêt du 9 septembre 2003 de la Cour de Justice dans l'affaire C-198/01 – Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Rec 2003, I-8055, point 48 et 49

A toutes fins utiles, les membres du GOF remarquent que cette obligation de ne pas appliquer les dispositions nationales contraires au droit communautaire s'impose à toutes les autorités administratives, comme l'indique la Cour, et non uniquement aux autorités de la concurrence (qui étaient concernées par l'affaire à la base de cet arrêt) La Commission a d'ailleurs déjà repris cette argumentation à son compte à l'égard de l'autorité nationale finlandaise de régulation des communications³

Comme mentionné ci-dessus, l'article 77 du décret du 27 février 2003 est contraire aux dispositions des directives cadre et accès. Par conséquent, vu la primauté du droit communautaire et l'effet direct vertical des directives, le CSA est obligé de laisser inappliqué l'article 77 du décret du 27 février 2003.

- 3 Troisièmement, le CSA mentionne que « *l'objectif final de l'article 77 du décret du 27 février 2003 est d'assurer le respect du principe de non-discrimination à l'égard des fournisseurs de services de médias audiovisuels demandant l'accès [...]aux réseaux de radiodiffusion* ».

Les membres du GOF estiment qu'il est prématuré de lier une obligation de séparation comptable au respect du principe de non-discrimination dans l'accès aux réseaux de radiodiffusion. Aucun opérateur de réseaux ne supporte actuellement d'obligation d'accorder accès à son réseau de radiodiffusion et une telle obligation ne pourrait elle-même être imposée qu'après une analyse du marché par le régulateur compétent et à condition que le marché ait été constaté être concurrentiel (directive accès, art 8, décret du 27 février 2003, art. 90-96).

Par conséquent, même si certaines entreprises sur le marché sont verticalement intégrées, en tant qu'elles exercent en même temps les activités d'opérateurs de réseau et de distributeurs de services, elles ne sont pas tenues à respecter le principe de non-discrimination tant qu'elles n'ont pas été désignées comme entreprises SMP après une analyse du marché.

A cet égard également donc, l'obligation de séparation comptable imposée par l'article 77 du décret, est totalement prématurée.

4. Quatrièmement, le CSA semble vouloir justifier l'imposition de l'obligation de séparation comptable sur base de l'objectif de sauvegarde du pluralisme des médias. Le CSA argumente que cet objectif est admis par la directive cadre.

La directive cadre déclare que :

« La politique audiovisuelle et la réglementation en matière de contenus sont mises en oeuvre pour atteindre des objectifs d'intérêt général, tels que la liberté d'expression, le pluralisme des médias, l'impartialité, la diversité culturelle et linguistique, l'intégration sociale, la protection des consommateurs et la protection des mineurs. La communication de la

³ Decision de la Commission, 17 décembre 2003, réf. FI/2003/0031.

Commission intitulée «Principes et lignes directrices de la politique audiovisuelle de la Communauté à l'ère numérique» ainsi que les conclusions du Conseil du 6 juin 2000, accueillant favorablement cette communication, présentent les mesures essentielles que la Communauté doit adopter pour mettre en oeuvre sa politique audiovisuelle. »

Les membres du GOF ne comprennent pas dans quelle mesure cette déclaration permet de déroger au principe exposé dans la directive cadre, d'après lequel une analyse du marché est une condition nécessaire et préalable à l'imposition d'obligations réglementaires, telles que la séparation comptable. En outre, le cadre réglementaire européen ne prévoit aucune dérogation à l'obligation d'analyser le marché pour le secteur audiovisuel.

5. Cinquièmement, les membres du voudraient souligner que le marché des services de radiodiffusion sur des réseaux mobiles est un marché émergent. Il n'est certainement pas désirable de réguler un marché en développement. Un marché émergent, tel qu'en tout cas le marché de radiodiffusion par des réseaux mobiles, est soumis à une forte compétition et les relations concurrentielles entre les entreprises sur le marché ne sont nullement stabilisées mais se modifient rapidement. Par conséquent, il n'existe aucune base juridique valable sur laquelle un régulateur pourrait imposer des obligations réglementaires dans un tel marché.