

**Observations sur le document de travail  
du CSA soumis à consultation publique  
à propos de la régulation des marchés de la livraison au public  
des services de contenu audiovisuel**

Les sociétés de télédistribution BRUTELE, ALE TELEDIS, IDEA, AIESH, IGEHO, INATEL, INTEREST, INTERMOSANE, SEDITEL, SIMOGEL et TELELUX n'ont pu prendre connaissance que tardivement du document intitulé «*État des lieux et options méthodologiques pour la régulation des marchés de la livraison au public des services de contenu audiovisuel* » soumis à consultation publique par le CSA.

1. Il est noté que ce document a été soumis à consultation publique sur la base de l'article 53 du règlement d'ordre intérieur du CSA et non en application de l'article 94, § 1<sup>er</sup> du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion. La transparence du processus de réflexion du CSA est la bienvenue mais on comprendra qu'en raison du stade préliminaire des travaux, les observations soumises ci-après ne sauraient elles-mêmes avoir qu'un caractère provisoire. Elles sont en outre formulées sous toutes les réserves les plus expresses de contester, sur la base des normes juridiques supérieures évoquées ci-après ou d'autres encore et le cas échéant, les réglementations et décisions qui seront prises à l'avenir par le législateur décréteur, le gouvernement ou le CSA.

Ce caractère provisoire et ces réserves s'imposent d'autant plus que le cadre réglementaire des réflexions du CSA s'avère lui-même en pleine mutation puisque, d'une part, la Commission européenne a entamé des travaux de révision des directives de 2002, et que, d'autre part, la Cour d'arbitrage, par arrêt du 8 novembre 2006 (n° 163/2006), a annulé les articles 81 à 83 ainsi que 90 à 98 du décret susdit (tout en maintenant les effets des dispositions annulées jusqu'à l'entrée en vigueur d'une réglementation prise de commun accord entre l'État fédéral et les Communautés, mais jusqu'au 31 mars 2007 seulement).

On peut d'ailleurs se demander si, dans ce contexte, il ne serait pas même plus opportun de suspendre les travaux en cours jusqu'à ce que soient établis de nouveaux cadres réglementaires, et ce d'autant plus que, si le souci du CSA est de préserver la « *liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans les services de radiodiffusion* »<sup>1</sup>, force est de constater que déjà dans l'état actuel du marché et de la réglementation, cette offre pluraliste existe et tout indique qu'elle se renforcera.

2. La description donnée par le CSA dans la première partie du document, des mesures nationales de régulation du marché 18 notifiées à la Commission européenne (« *enjeu 1* ») conduit d'abord à observer que la Commission européenne a exprimé à plusieurs reprises l'idée qu'elle pourrait prendre une

---

<sup>1</sup> Voy. le document soumis à consultation publique, pp. 16, 19 et 27

décision constatant l'existence d'un marché transnational constitué par la radiodiffusion télévisuelle satellitaire (art. 15, §4 de la directive « cadre »).

On ne saurait aujourd'hui, moins que jamais, nier la part croissante que représente le satellite dans les moyens pour le public d'accéder aux services de radiodiffusion télévisuelle, dans des conditions techniques toujours plus performantes et à des prix toujours plus compétitifs.

A cet égard, s'il est vrai que d'autres autorités nationales de régulation n'ont pas retenu les marchés de la radiodiffusion par satellite comme « pertinents », c'est pour le motif juridique que pour être « pertinent », c'est-à-dire susceptible d'une régulation « *ex ante* », il faut que ce marché relève de la compétence de l'autorité nationale concernée. Compte tenu des règles relatives aux compétences des Etats membres à propos des satellites, un grand nombre d'autorités nationales n'exercent pas de compétence en cette matière. Par conséquent, pour elles, de tels marchés ne sauraient être « pertinents ». Toutefois, cette particularité juridique ne saurait faire oublier que pour l'analyse des marchés, dans laquelle il doit être tenu compte des réalités concrètes de substituabilité des services, il faudra tenir compte de l'accès du public aux services de radiodiffusion par le satellite.

Certes, à propos de l'Irlande, la Commission européenne aurait-elle émis des doutes sur le statut de marché unique que constitueraient les services de transmission de radiodiffusion sur les réseaux de câble et par les satellites ; ces interrogations ne portent toutefois que sur l'Irlande et datent du début de l'année 2004. La situation a bien évolué depuis lors partout en Europe, et en Belgique particulièrement en raison du plein effet ressenti aujourd'hui de la levée des restrictions urbanistiques et fiscales à l'emploi d'antennes paraboliques, outre les deux facteurs déjà rappelés de progrès technique et de prix.

On retiendra aussi de l'analyse par la Commission européenne de la situation en Irlande que s'il fallait opérer une scission entre le marché du câble et celui du satellite, il faudrait les exclure des marchés pertinents en raison du fait que n'y est pas réalisé le second critère de pertinence (absence d'un caractère dynamique de la concurrence).

En particulier, et comme l'indique le résumé du CSA, ont été retenus à cet égard le pouvoir d'achat compensatoire dont bénéficient les radiodiffuseurs, les obligations de « *must carry* » fixées légalement et les sources de concurrence alternatives fournies par la possibilité de location ou de sous-location de transpondeurs satellitaires. Ceci est parfaitement transposable à la situation en Communauté française de Belgique, mis à part le *must carry* dont il ne devrait plus être tenu compte à l'avenir sans doute étant donné, sa légalité douteuse au regard de la directive « service universel », et qui devra en toute hypothèse, compte tenu de l'arrêt de la Cour d'arbitrage qui y a mis fin, être réévalué dans le respect de cette directive. Les deux autres facteurs (pouvoir compensatoire des acheteurs et

concurrence satellitaire) suffisent à faire du marché visé, à supposer même qu'on puisse le limiter à celui du câble, un marché où la concurrence effective existe et se développe.

On notera aussi les réflexions relativement parallèles de l'autorité autrichienne pour conclure que le marché de la télédistribution par câble n'est pas « pertinent », c'est à dire ne requiert pas de régulation *ex ante* : dépendance des opérateurs de réseaux câblés quant aux contenus à fournir par les radiodiffuseurs (et donc pouvoir compensatoire au profit de ceux-ci) et « *must carry* » (sous la même réserve que ci-dessus).

3. Il peut paraître approprié, comme l'indiquent la Commission européenne et le CSA, d'approcher la définition (périmètre et contenu) du marché 18 en tenant compte des marchés de détail en aval de ce marché de gros des services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finals (pour reprendre tels quels les termes utilisés par la Commission dans sa recommandation du 11 février 2003) (partie II du document).

En revanche, le souci du législateur décrétoal de préserver le pluralisme de l'offre médiatique ne peut constituer ni la base ni un critère de définition du périmètre et du contenu du marché 18. Comme l'indique la Commission européenne dans sa recommandation du 11 février 2003, les marchés doivent être définis conformément aux principes du droit de la concurrence, c'est-à-dire en fonction des caractéristiques de la demande et de l'offre, ce qui implique de tenir compte également du caractère substituable des moyens d'accéder aux contenus radiodiffusés. La prise en considération de l'objectif du pluralisme dans les média ne pourrait intervenir qu'à un stade ultérieur au cas où le marché ou le sous-marché considéré s'avèrerait « pertinent », c'est-à-dire requérant une réglementation « *ex ante* », et qu'il y ait un ou des opérateurs puissants sur ce marché ou sous-marché (article 8 de la directive « accès »). Encore faudra-t-il que les obligations à imposer soient adéquates et fondées sur la nature du problème constaté et qu'elles soient proportionnées et justifiées au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive « cadre » (voy. le point 20 de la recommandation du 11 février 2003).

De même faut-il rappeler que l'objectif de la liberté du public d'accéder à une offre pluraliste dans les services de radiodiffusion ne peut être imposé qu'à l'égard des éditeurs ou distributeurs de services ayant une position significative (art. 7, § 1<sup>er</sup> du décret). Il y a là une raison supplémentaire de ne pas faire de cet objectif un critère de définition du marché 18.

Ces observations s'appliquent aux « enjeux 2 et 3 ».

4. Encore à propos d'une définition de travail du marché 18 (« enjeu 3 »), les distinctions terminologiques entre les « distributeurs de services de contenu audiovisuel », de « fournisseurs de services de contenu audiovisuel » et de

« fournisseurs de réseaux de communications électroniques » aboutissent, ce qui est regrettable, à une définition de travail du marché 18 où la correspondance avec les notions définies par le décret du 27 février 2003 n'apparaît pas immédiatement.

La définition de travail du marché 18 comme étant « l'ensemble des relations économiques entre distributeurs de services de contenu audiovisuel, linéaires et non linéaires » souffre non seulement de la difficulté terminologique déjà indiquée, mais aussi et surtout de l'absence d'une identification différenciée des intervenants dans ce marché (les « demandeurs » et les « fournisseurs » des services en cause).

A cet égard, la formule utilisée au point 2.1.2. (Page 18) ne paraît guère plus adéquate : « le marché 18 recouvre la relation économique entre les fournisseurs de services de contenu audiovisuel, linéaires et non linéaires, et les fournisseurs de réseaux de communications électroniques ». Encore faut-il bien s'entendre sur la notion de « fournisseurs de services de contenu audiovisuel linéaires et non linéaires » puisqu'il semble s'agir (page 20, note 48) des « éditeurs de services de radiodiffusion » au sens de l'article 1, alinéa 13 du décret, ce qui paraît alors - et bien curieusement - laisser les distributeurs de services (au sens du décret) en dehors de la définition du marché 18.

Ce n'est pas parce que, en Communauté française, beaucoup d'opérateurs de réseaux sont également des distributeurs de services, qu'il faut éliminer la notion de distributeur de services comme telle. On ne peut pas considérer que, face aux « fournisseurs de réseau de communications électroniques » (les opérateurs de réseaux), il n'y ait que les « fournisseurs de services de contenu audiovisuel, linéaires et non linéaires », c'est-à-dire les éditeurs de services au sens du décret. La circonstance que certains éditeurs de services sont également des distributeurs de services au sens du décret n'implique pas non plus que l'on puisse éliminer de la définition les distributeurs de services.

En définitive, il semble plus simple et plus conforme à la réalité de définir le marché 18 comme celui des relations entre les distributeurs de services et les opérateurs de réseaux, au sens donné à ces deux expressions par le décret.

5. La partie du document (pp. 19 à 21) (« enjeux 5 et 6 ») consacrée à une approche « neutre technologiquement » en rapport avec les autres régulateurs paraît confondre deux étapes. Certes l'article 5 de la directive « cadre » permet-il de demander aux entreprises assurant la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques de fournir des informations financières, mais encore faut-il que ces informations soient nécessaires au respect des directives et qu'elles soient proportionnées aux besoins de l'autorité réglementaire pour l'accomplissement de ses tâches. Ce critère de nécessité est d'ailleurs confirmé par l'article 133, § 6 du décret.

On ne saurait pour autant passer d'emblée à une étape ultérieure sans respecter les préalables de celle-ci. Cette étape ultérieure, voulue pour « *identifier des discriminations injustifiées à l'égard des tiers et les subventions croisées abusives (entre branches d'activité internes) au détriment du pluralisme de l'offre médiatique* » (page 21 du document), consisterait à imposer des obligations structurelles de transparence financière et comptable. Mais ceci ne peut relever que de deux dispositions légales dont aucune n'est satisfaite à ce jour :

- soit de l'article 13 de la directive « cadre », ce qui suppose que les entreprises visées jouissent de droits spéciaux ou exclusifs pour la fourniture de services dans d'autres secteurs que les réseaux de communications publiques ou des services de communications électroniques accessibles au public ; telle n'est pas la situation des intercommunales wallonnes de télédistribution, sauf dans un cas mais où, précisément, cette transparence sur ce plan est déjà acquise ;

- soit il s'agit des obligations de transparence ou de séparation comptable visées aux articles 9 et 11 de la directive « accès », et il faut alors (art. 8 de la même directive) au préalable (a) avoir défini le marché, (b) l'avoir retenu comme pertinent (application des trois critères), (c) y avoir identifié les éventuels opérateurs disposant d'une puissance significative, (d) avoir constaté un problème conformément à l'article 8 de la directive « cadre » et (e) avoir établi que l'obligation de transparence ou de séparation comptable est proportionnée et justifiée pour résoudre ledit problème.

La transparence financière ou comptable n'est donc pas un objectif admissible en soi. Elle n'est qu'un moyen à définir après ces diverses étapes. On ne saurait donc, en l'absence des résultats vérifiés d'une telle analyse de la situation du marché, se prononcer déjà sur des mesures visant à établir une transparence financière ou comptable.

En réalité, au stade auquel il y avait lieu de s'en tenir, c'est-à-dire la recherche du périmètre et du contenu exact du marché 18, des informations économiques sur l'offre et la demande des services, et en particulier leur caractère substituable, doivent suffire.

**6.** Une réponse aux « enjeux 7 et 8 » ne paraît plus guère utile puisque les articles 90 à 98 du décret ont été annulés par l'arrêt n° 163/2006 du 8 novembre 2006 de la Cour d'arbitrage.

Pour le surplus, il a déjà été répondu (n° 4 ci-avant) à la question de la définition de travail du marché 18 (« enjeu 7 »).

L'interprétation de l'article 96, alinéa 2 du décret (« enjeu 8 ») paraît prématurée, non seulement en raison de l'annulation de cette disposition dont on ne sait donc ce qu'elle deviendra, mais également en raison du fait que le ou les marchés n'ont pas encore été identifiés, que leur caractère concurrentiel n'a pas été vérifié et

qu'aucun opérateur puissant n'a donc été reconnu. Après quoi, il s'agirait encore de déterminer exactement le « problème constaté » aux fins de déterminer quelles obligations seraient proportionnelles et justifiées (article 8, §4 de la directive « accès »).

7. Les hypothèses de travail formulées dans la troisième partie du document (« enjeux 9 à 12 ») reposent essentiellement sur l'étude intitulée « Analyse des marchés 18 » du Bureau Van Dijk. Cette étude est toutefois très succincte. Si la méthodologie de l'analyse s'y trouve exposée, les constatations et raisonnements qui pourraient éventuellement fonder les conclusions, ne sont en revanche nullement exposés.

Pas davantage l'étude ne s'explique-t-elle sur la vérification des trois critères cumulatifs par lesquels les marchés identifiés serait à considérer comme pertinents, c'est-à-dire susceptibles d'une régulation *ex ante*.

Les plus grandes réserves sont donc ici faites sur les hypothèses de travail du CSA

On s'interroge en particulier sur l'absence prétendue du caractère substituable des services de transmissions par le satellite, par le câble bifilaire et par le câble coaxial ou optique. A propos de la transmission par satellites, on observera aussi que le constat juridique qu'aucune réglementation *ex ante* n'est à envisager à défaut d'un opérateur autorisé par le CSA, n'empêche pas qu'il y a dans le marché une incidence certaine de ce mode de transmission sur les autres.

Si l'on peut considérer que le Hertzien terrestre est difficilement substituable au satellite et au câble en raison de l'équipement à acquérir par le consommateur et des faibles possibilités de captation des émetteurs étrangers, la question se pose tout différemment en ce qui concerne le satellite et les deux formes de câbles (bifilaire, coaxial ou optique). En un point donné du territoire, le consommateur a pratiquement toujours le choix entre le satellite et le câble coaxial ou optique ou encore le câble bifilaire (à tout le moins une de ces deux formes de câble).

La segmentation de ces différents aspects en marchés distincts ne correspond pas à la réalité et elle y correspondra de moins en moins, même dans un avenir immédiat.

On rappellera à cet égard que dans l'exposé des motifs de la recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents (11 février 2003), la Commission européenne énonçait :

*« On peut donc considérer que le marché pertinent aux fins de l'analyse ex ante, si elle est jugée nécessaire par un Etat-membre, est le marché de gros des services techniques auxiliaires de radiodiffusion sur toutes les plates-formes de livraison pertinentes, à moins que des circonstances nationales spécifiques en terme de coûts d'adaptation et de*

disponibilité des plates-formes de livraison ne justifient une définition plus restreinte du marché » (page 42).

Par ailleurs, sur le plan géographique, la division faite par l'étude du Bureau van Dijk en onze marchés locaux correspondant aux territoires des télédistributeurs actuels en Communauté française n'est pas expliquée ni donc justifiée.

Dès lors qu'il doit être admis qu'il y a une substituabilité du côté de la demande en raison de la concurrence du satellite, on doit constater que dans tout le territoire de la Communauté française, il existe des conditions de concurrence similaires ou suffisamment homogènes pour considérer le marché comme unique sur le plan géographique (étant bien entendu observé par ailleurs que l'unité linguistique constitue une autre raison en faveur d'une telle conclusion). Il est vrai qu'on a pu considérer dans certaines affaires que les marchés étaient géographiquement restreints à des territoires correspondant à des autorisations mais le contexte est aujourd'hui différent puisque la câblo-distribution n'est plus soumise à un régime d'autorisation et qu'en ce qui concerne les satellites, l'extension de leurs empreintes au territoire de la Communauté française (sans besoin d'une autorisation de celle-ci) crée dans tout ce territoire une concurrence effective.

8. A tout le moins, même s'il fallait aujourd'hui considérer le marché du câble coaxial ou optique comme un sous-marché distinct de celui du satellite, encore faudrait-il (1) ne pas le distinguer de celui du câble bifilaire, et (2) constater que ce marché ne connaît plus aucune barrière légale à l'entrée et que les barrières financières et techniques que paraissent représenter les investissements d'un nouveau réseau, ne sont en réalité pas insurmontables puisqu'on a vu apparaître des réseaux parallèles dans des mêmes zones géographiques (voyez par exemple la ville de Louvain).

En outre, à supposer même que le câble coaxial ou optique constitue un sous-marché distinct, on ne pourra nier la menace constante que représentent pour les opérateurs la retransmission par satellite et la retransmission par câble bifilaire. Ce sous-marché, à supposer donc qu'il en soit un, est ainsi soumis à une pression de concurrents potentiels telle que les câblodistributeurs ont déjà aujourd'hui un comportement effectivement concurrentiel et devront nécessairement continuer à le suivre à l'avenir.

On se souviendra à cet égard de ce qui a été dit au sujet du deuxième critère de pertinence en Irlande et en Autriche, considérations parfaitement transposables en Communauté française (voy. ci-avant n° 2 *in fine*).

Il s'impose donc de considérer déjà aujourd'hui que ni le premier critère (présence de barrières élevées et non provisoires) ni le deuxième critère (absence d'évolution vers une situation de concurrence effective) ne sont remplis

pour qu'il y ait lieu de considérer que le marché serait pertinent au sens des directives européennes.

Pas davantage n'est-il constant que le droit de la concurrence serait incapable de remédier à lui seul à l'une ou l'autre défaillance, au demeurant non établie, sur ce marché (troisième critère).

Enfin, une régulation *ex ante* est d'autant moins justifiée que la câblo-distribution est soumise au contrôle des prix par l'autorité fédérale, ce qui prévient toute crainte que d'aucuns pourraient avoir (sans compter le « *must carry* » tant qu'il pourra subsister), tandis que de leur côté, les opérateurs de satellites ne connaissent aucune contrainte à cet égard.

Les avantages concurrentiels des opérateurs de satellites sont déjà suffisants aujourd'hui pour ne pas justifier d'en créer de nouveaux à leur profit par le biais de nouvelles charges (régulation *ex ante*) frappant exclusivement les câblodistributeur (puisqu'elles ne sauraient frapper les opérateurs de satellites qui, tous, échappent au contrôle du CSA).

Ni l'étude du Bureau Van Dijk ni le document soumis à consultation publique ne sont valablement motivés sur ce qui justifierait de considérer ce marché comme pertinent.

Le concurrence du satellite ne justifie ni de l'exclure du marché 18 ni de mettre à charge exclusivement des câblodistributeur des obligations nouvelles.

9. Quant à l'offre de base (« enjeu 13 »), il semble aujourd'hui prématuré de répondre à cette question puisque les articles 81 à 83 du décret ont été annulés. L'article 31 de la directive « service universel » énonce sur cette question des conditions strictes et cumulatives que les nouveaux textes devront respecter.


\* \* \*

Pour : BRUTELE, ALE TELEDIS, IDEA, AIESH, IGEHO, INATEL, INTEREST, INTERMOSANE, SEDITEL, SIMOGEL, TELELUX,

Leurs conseils,



Emmanuel Cornu



Fernand de Visscher

Le 8 décembre 2006