



Collège d'autorisation et de contrôle

Décision du 6 mars 2008

En cause de la société anonyme de droit public Belgacom, dont le siège est établi boulevard du Roi Albert II 27, à 1030 Bruxelles ;

Vu le décret du 27 février 2003 sur radiodiffusion, et en particulier les articles 133 § 1^{er} 10 ° et 156 à 160 ;

Vu le rapport d'instruction établi par le Secrétariat d'instruction du Conseil supérieur de l'audiovisuel ;

Vu les griefs notifiés à Belgacom par lettre recommandée à la poste le 30 novembre 2007 :

- « de ne pas respecter ses obligations en matière d'offre de base, en contravention aux articles 81 et 82 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion ;
- de ne pas avoir présenté une comptabilité séparée lors du contrôle annuel de l'exercice 2006, en contravention à l'article 77 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion » ;

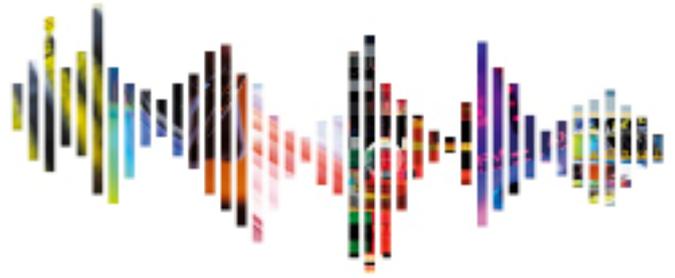
Vu le mémoire en réponse du 22 janvier 2008 ;

Entendus Maîtres Agnès Maqua et Vanessa Ling, avocates, et Monsieur Frederic Logghe, conseiller juridique, en la séance du 14 février 2008.

1. Exposé des faits

Durant les exercices 2005 et 2006, le distributeur de services n'a pas fourni au public l'offre de base et les offres complémentaires n'ont pas été proposées qu'aux seuls abonnés à l'offre de base.

En outre, Belgacom n'a pas mis en œuvre l'obligation de présentation comptable pour l'exercice 2006.



2. Argumentaire du distributeur de services

Quant au premier grief

Le distributeur de services estime que l'article 81 § 1^{er} du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion procède à une mauvaise transposition de l'article 31 de la directive « service universel » dès lors que la disposition décrétole ne conditionne pas l'obligation de distribution (« *must carry* ») au nombre significatif d'utilisateurs finaux du réseau de télédistribution concerné. Belgacom rappelle qu'en septembre 2006, il disposait d'une part de marché proche de 2,5 %, tant sur le marché de gros que de détail.

Partant, le distributeur invoque l'effet direct de la disposition européenne, dont le contenu est inconditionnel et suffisamment précis selon Belgacom, pour que le Collège d'autorisation et de contrôle écarte la règle illégale issue du décret.

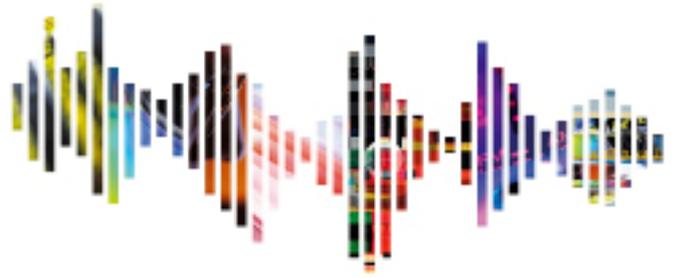
S'agissant de l'obligation de ne fournir l'offre complémentaire qu'aux seuls abonnés de l'offre de base, édictée à l'article 81 § 2 du décret, le distributeur de services considère l'application de cette disposition contraire à l'intérêt du consommateur, dans la mesure où il s'agirait d'une offre conjointe illicite, en contravention à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

A titre subsidiaire, le distributeur de service rappelle que le « *must carry* » n'est pas assorti d'un « *must offer* » dans le chef des éditeurs visés par l'article 82 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, alors que c'est précisément certains d'entre eux – plus précisément certaines télévisions locales – qui refusent toute relation contractuelle, en dépit de la volonté de Belgacom d'intégrer ces éditeurs sur sa plateforme.

Quant au second grief

Belgacom estime que l'article 77 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, en énonçant une obligation de séparation comptable à tout distributeur qui exerce également une activité d'opérateur de réseau quelque soit sa puissance sur le marché, n'est pas conforme au cadre réglementaire européen sur les communications électroniques et plus particulièrement à l'article 11 de la directive « accès ». Selon le distributeur, l'autorité de régulation ne peut imposer un remède tel que la séparation comptable qu'aux seuls opérateurs disposant d'une puissance significative sur un marché déterminé, après avoir procédé à une analyse du marché et désigné cet ou ces opérateurs puissants. Belgacom, qui se qualifie de nouvel entrant sur le marché, considère que la disposition édictée à l'article 77 a un effet discriminatoire et disproportionnée à son égard.

Rappelant les remarques du Conseil d'Etat concernant la non-conformité cette disposition dans le projet de décret soumis lorsqu'elle était intégrée au chapitre des



opérateurs, ainsi que les commentaires du Collège d'autorisation et de contrôle dans la recommandation du 31 mai 2006, le distributeur de services se prévaut de l'effet direct de l'article 8 (3) de la directive « accès » pour demander au Collège d'écarter l'article 77 du décret.

3. Décision du Collège d'autorisation et de contrôle

Quant au premier grief

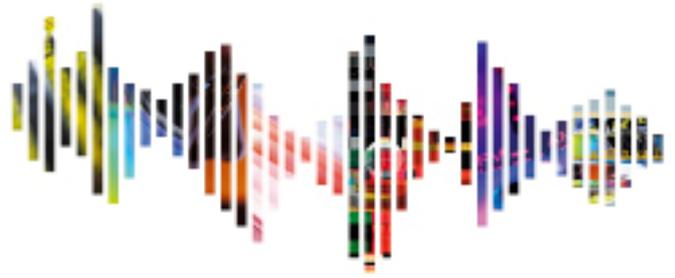
Le Collège constate que l'article 81 § 1^{er} du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion transpose en droit interne l'article 31 de la directive « service universel », selon lequel *« les États membres peuvent imposer des obligations raisonnables de diffuser, pour la transmission des chaînes ou des services de radio et de télévision spécifiés, aux entreprises qui, sous leur juridiction, exploitent des réseaux de communications électroniques utilisés pour la diffusion publique d'émissions de radio ou de télévision, lorsqu'un nombre significatifs d'utilisateurs finals de ces réseaux les utilisent comme leurs moyens principaux pour recevoir des émissions de radio ou de télévision. De telles obligations ne peuvent être imposées que lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis et doivent être proportionnées et transparentes. Ces obligations sont soumises à un réexamen périodique »*.

Toutefois, l'article 81 § 1^{er} du décret dispose l'obligation de distribution de l'offre de base pèse sur tout distributeur de services par câble, quelque soit le nombre d'utilisateurs.

L'effet direct invoqué par Belgacom ne rencontre pas en l'espèce toutes les conditions d'applicabilité dans la mesure où la disposition européenne doit être non seulement claire, précise et inconditionnelle, mais également complète et juridiquement parfaite, c'est-à-dire non subordonnée à l'adoption d'un autre acte pour son exécution ou pour produire ses effets. Or l'article 31 de la directive « service universel » n'est qu'une possibilité offerte aux Etats membres qui ne peut produire d'effet. Le Collège ne peut par conséquent se prévaloir de l'effet direct de la disposition européenne pour écarter l'article 81 §1^{er} du décret.

Pour le surplus, le Collège doit constater que la procédure ouverte par la Commission européenne en juin 2006 (IP/06/948, MEMO/06) sur un éventuel manquement aux obligations découlant de l'article 31 de la directive précitée et de l'article 49 du traité CE lors de la transposition en droit interne par la Communauté française a été clôturée le 11 décembre 2007.

Néanmoins, dès lors que le législateur a intégré le câble bifilaire dans le régime applicable à la télédistribution, jusque là réservé au câble coaxial, sans définir clairement les objectifs d'intérêt général poursuivis par l'obligation de distribution, le



Collège estime qu'une application inconditionnelle de l'article 81 § 1^{er} à ces deux plateformes, pourtant technologiquement distinctes et dont les pénétrations sur le marché de la livraison de services audiovisuels diffèrent considérablement, est contraire au principe de proportionnalité selon lequel les actes ne doivent pas dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché ¹.

En outre, Belgacom ne peut se prévaloir d'un nombre significatif d'utilisateurs dans la mesure où lors de l'exercice 2006 il disposait de seulement 150.000 abonnés en Belgique et ses parts de marché avoisinaient les 2,5 %.

Partant, le Collège d'autorisation et de contrôle est d'avis que la disposition édictée à l'article 81 § 1^{er} est disproportionnée pour une entreprise telle que Belgacom, eu égard à sa qualité actuelle de nouvel entrant sur le marché de la livraison de services audiovisuels.

Le grief n'est pas établi.

L'article 81 § 2 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion pose une obligation de distribution des offres complémentaires aux seuls abonnés à l'offre de base et l'article 82 précise les éditeurs de services bénéficiant de l'obligation de distribution. Ces dispositions étant corollaires à l'article 81 § 1^{er}, le Collège d'autorisation et de contrôle considère qu'elles ne peuvent s'appliquer à Belgacom, eu égard à sa qualité actuelle de nouvel entrant sur le marché de la livraison de services audiovisuels.

Le grief n'est pas établi.

Quant à l'article 77

Dans la recommandation du 31 mai 2006, le Collège d'autorisation et contrôle était d'avis, en se basant sur le principe de proportionnalité, que l'article 77 du décret du 27 février 2003 ne pouvait être considéré comme une mesure de séparation comptable, au sens des articles 13 de la directive 2002/21/CE « cadre » et 11 de la directive 2002/19/CE « accès », appliquée de manière inconditionnelle aux entreprises. Le Collège d'autorisation et de contrôle avait souhaité traduire « *la volonté du législateur suivant laquelle l'article 77 du décret du 27 février 2003 constitue une obligation de présentation comptable et de transparence financière imposée aux seuls distributeurs de services qui exercent simultanément l'activité d'opérateur de réseau de radiodiffusion et destinée à sauvegarder la liberté du public d'accéder à une offre dans les services de radiodiffusion* ». Le Collège avait précisé que cette disposition avait pour objet de « *rendre plus transparentes*

¹ Arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes (deuxième chambre) du 17 mai 1984 - Denkvit Nederland BV contre Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten. - Demande de décision préjudicielle: College van Beroep voor het Bedrijfsleven - Pays-Bas. Affaire 15/83, Rec. P. 02171.



et objectives les relations entre distributeurs de services et opérateurs de réseau de radiodiffusion ».

Au vu de ce qui précède et dès lors que le législateur décretaal a soumis l'obligation prévue à l'article 77 du décret à l'activité de distributeur de services, indépendamment du cadre réglementaire européen des communications électroniques applicable à l'activité d'opérateur de réseau, le Collège ne peut accueillir l'argumentaire du distributeur basé sur la non-conformité de la disposition décrétaale à cette réglementation européenne.

Cependant, le Collège estime que l'obligation de présentation comptable telle qu'énoncée par la recommandation de 2006 ne peut être appliquée à tous les distributeurs de services exerçant également une activité d'opérateur de réseau sans heurter le principe de proportionnalité.

Dès lors, il importe au régulateur de vérifier, en fonction de la position de l'entreprise visée sur le marché de la livraison de services audiovisuels, si l'obligation de présentation comptable est proportionnée aux objectifs de transparence et de sauvegarde du pluralisme poursuivis.

En l'espèce, Belgacom peut être qualifié par le Collège de nouvel entrant sur le marché de la livraison de services audiovisuels, eu égard au nombre d'abonnés et au taux de pénétration sur ce marché dont il bénéficiait au cours des exercices 2005 et 2006. L'application par le Collège de l'obligation de présentation comptable apparaît donc, précisément pour ces exercices, disproportionnée à l'égard de Belgacom.

Le grief n'est pas établi.

En conséquence, le Collège d'autorisation et de contrôle, après avoir délibéré, déclare les griefs de contravention aux articles 77, 81 et 82 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion non établis.

Fait à Bruxelles, le 6 mars 2008.