

# Collège d'autorisation et de contrôle

## Décision du 7 mai 2015

(Contrôle annuel 2013)

- 1 En cause la SA de droit public Belgacom, dont le siège est établi boulevard Albert II, 27 à 1030 Bruxelles ;
- 2 Vu le décret coordonné sur les services de médias audiovisuels, et en particulier les articles 136, § 1<sup>er</sup>, 12° et 159 à 161 ;
- 3 Vu l'avis du Collège d'autorisation et de contrôle n° 03/2015 du 15 janvier 2015 relatif au contrôle de la réalisation des obligations de la SA de droit public Belgacom en tant que distributeur de services de radiodiffusion par câble pour l'exercice 2013 ;
- 4 Vu le grief notifié à la SA de droit public Belgacom par lettre recommandée à la poste du 26 janvier 2015 :

*« de ne pas avoir respecté, pour l'exercice 2013, l'obligation de tenir une comptabilité séparée pour les activités liées à la distribution de services et les activités liées à la fourniture de réseaux, en contravention à l'article 79 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels et de la recommandation du Collège du 31 mai 2006 relative à la mise en œuvre de l'article 77 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion (devenu l'article 79 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels) » ;*

- 5 Vu les observations écrites de la SA de droit public Belgacom ;
- 6 Entendu MM. Dirk Van Liedekerke et Alexis Laes, avocats, Mmes. Vicky Giannakis, regulatory division manager, et Brigitte Paquay, conseillère juridique, ainsi que M. Peter Lepoutre, conseiller juridique, en la séance du 19 mars 2015 ;

### 1. Exposé des faits

- 7 Le 15 janvier 2015, le Collège d'autorisation et de contrôle rend un avis relatif au contrôle de la réalisation des obligations de la SA de droit public Belgacom en tant que distributeur de services de radiodiffusion par câble pour l'exercice 2013.
- 8 Il y constate que ce distributeur n'a pas respecté, pour l'exercice 2013, l'obligation de tenir une comptabilité séparée pour les activités liées à la distribution de services et les activités liées à la fourniture de réseaux, en contravention à l'article 79 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels et de la recommandation du Collège du 31 mai 2006 relative à la mise en œuvre de l'article 77 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion (devenu l'article 79 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels).
- 9 Le Collège décide dès lors de notifier un grief au distributeur.

## 2. Arguments du distributeur de services

- 10 Dans ses observations écrites et lors de son audition du 19 mars 2015, Belgacom a développé quatre arguments distincts.

### 2.1. Violation du cadre réglementaire européen des communications électroniques

- 11 Le premier argument de Belgacom consiste à affirmer que l'article 79 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels (ci-après, « le décret »), sur lequel repose le grief, doit être écarté car il serait contraire au cadre réglementaire européen des communications électroniques.
- 12 Selon Belgacom, ce cadre réglementaire repose sur une distinction entre « contenant » (l'activité de transmission de signaux via les réseaux et services de communications électroniques) et « contenus » (l'information circulant via ces réseaux et services). Le contenant est soumis au cadre réglementaire sur les communications électroniques alors que les contenus, eux, sont soumis à des règles spécifiques (comme par exemple la directive SMA et ses transpositions).
- 13 Belgacom estime que les activités des *opérateurs de réseaux* relèvent sans aucun doute d'une activité de « contenant » car elles consistent en la gestion technique d'un réseau permettant la transmission de signaux. Elles sont donc soumises au cadre réglementaire européen sur les communications électroniques.
- 14 Quant aux activités des *distributeurs de services*, Belgacom les décrit comme étant hybrides et touchant à la fois au contenant et aux contenus. En effet, à l'égard de l'utilisateur final (qui n'a pas de rapports contractuels avec l'opérateur de réseau), le distributeur propose deux types de services : l'acheminement des signaux télévisés (contenant) et la commercialisation d'une offre de services de télédiffusion (contenu). S'agissant des activités des distributeurs relevant de la composante « contenant », tant la CRC<sup>1</sup> que la Cour d'appel de Bruxelles et la Cour de Justice de l'Union européenne ont considéré qu'elles étaient soumises au cadre réglementaire européen des communications électroniques. En revanche, leurs activités relevant de la composante « contenus » relèvent du cadre SMA.
- 15 Belgacom relève que l'obligation imposée par l'article 79 du décret consiste justement à dissocier la composante « contenant » et la composante « contenu » de ses activités. Selon elle, une telle obligation « à cheval » sur les deux composantes est soumise au cadre réglementaire des communications électroniques. A l'appui de cette affirmation, elle indique que la Commission européenne l'a déjà implicitement admis face à une mesure similaire prévue aux Pays-Bas. Elle relève également que, comme indiqué dans la recommandation du Collège d'autorisation et de contrôle du 31 mai 2006 relative à la mise en œuvre de l'article 77<sup>2</sup> du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion (ci-après, « la recommandation du 31 mai 2006 »), l'objectif de l'obligation est d'assurer un accès non discriminatoire à l'infrastructure des opérateurs de réseau, objectif qui se rattache au cadre réglementaire des communications électroniques et non au cadre SMA.
- 16 Sur cette base, Belgacom considère que l'article 79 du décret devrait respecter le cadre réglementaire des communications électroniques, mais qu'il ne respecte en fait aucun des principes qu'elle présente comme les cinq grands principes de ce cadre réglementaire.

---

<sup>1</sup> Conférence des régulateurs du secteur des communications électroniques

<sup>2</sup> Devenu aujourd'hui l'article 79 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels

- 17 Premièrement, l'article 79 impose à tous les distributeurs de services, *ex ante*, une obligation de séparation comptable alors qu'une telle mesure ne peut être imposée qu'après analyse de marché et désignation comme entreprise puissante sur le marché.
- 18 En outre, le CSA ne pourrait écarter cet argument en qualifiant l'obligation en cause de « présentation comptable » plutôt que de « séparation comptable ».
- 19 En effet, tout d'abord, si seule l'obligation de séparation comptable est visée par le cadre réglementaire des communications électroniques, il n'en demeure pas moins que, pour imposer une obligation *non* prévue par ce cadre, il y aurait également des formalités préalables à accomplir, dont le respect de la procédure de consultation de la Commission européenne.
- 20 Qui plus est, Belgacom relève que la distinction faite par le CSA dans sa recommandation du 31 mai 2006 entre séparation et présentation comptables est purement abstraite et ne correspond à aucune différence réelle. Selon elle, la distinction a été artificiellement créée lors de l'adoption de l'article 79 du décret. En effet, à l'origine, le législateur avait prévu une obligation de séparation comptable *ex ante* pour tous les opérateurs de réseau étant également distributeur de services. Mais la section de législation du Conseil d'Etat a considéré que ceci n'était pas possible sans analyse de marché préalable et désignation comme entreprise puissante sur le marché. Le législateur a alors reformulé l'obligation et l'a insérée dans le décret sous le titre des obligations imposées non plus aux opérateurs de réseaux mais aux distributeurs de services. Toutefois, étant donné qu'elle devait s'appliquer aux distributeurs de services étant également opérateurs de réseau, Belgacom estime que rien n'a changé par rapport à la mesure initiale et qu'il s'agit toujours bien de la même obligation de séparation comptable, ne pouvant être imposée *ex ante*.
- 21 Deuxièmement, l'article 79 impose une obligation de séparation comptable alors qu'une telle mesure ne peut être imposée qu'après l'imposition d'une obligation d'accès.
- 22 Selon Belgacom, ceci est particulièrement incohérent au vu de la recommandation du 31 mai 2006 qui précise justement que l'un des objectifs de l'article 79 est d'assurer un accès non discriminatoire à l'infrastructure des opérateurs de réseau. En outre, certains opérateurs de réseaux qui se sont vus imposer une obligation d'accès ont été, eux, dispensés par le CSA de respecter l'article 79 du décret en vertu du principe de proportionnalité. Si l'obligation contenue dans cet article est disproportionnée pour eux, elle l'est *a fortiori* pour les distributeurs non soumis à une obligation d'accès, estime Belgacom.
- 23 Troisièmement, la mesure de séparation comptable prévue à l'article 79 du décret ne devrait pouvoir être imposée que si elle est proportionnée et adéquate par rapport à ses objectifs.
- 24 Or, selon Belgacom, tel n'est pas le cas. En effet, les objectifs de la mesure sont, à en croire la recommandation du Collège du 31 mai 2006, de garantir la non-discrimination à l'égard des éditeurs et distributeurs demandant l'accès aux réseaux. Mais Belgacom n'étant pas soumise à une obligation d'accès, la mesure n'est, selon elle, pas du tout adéquate. En outre, elle serait disproportionnée en ce qu'elle exigerait de la part de Belgacom des investissements significatifs alors que les enseignements que pourrait en tirer le CSA seraient non pertinents, voire totalement inutiles, puisque Belgacom n'est pas soumise à une obligation d'accès.
- 25 Quatrièmement, Belgacom souligne qu'une mesure de séparation comptable telle que celle prévue à l'article 79 du décret ne peut être imposée qu'après avoir été préalablement notifiée à la Commission.

- 26 Or, ceci n'a pas été fait et Belgacom relève qu'il s'agit là d'un vice de procédure substantiel rendant l'obligation automatiquement illégale.
- 27 *Cinquièmement*, enfin, une mesure *ex ante* telle que celle prévue à l'article 79 ne peut être imposée que par une « autorité réglementaire nationale » au sens du cadre européen des communications électroniques.
- 28 Belgacom indique, à cet égard, que le législateur – qui impose indifféremment l'article 79 du décret à tous les distributeurs étant également opérateurs de réseau – ne peut être considéré comme une telle autorité réglementaire nationale. En effet, l'article 3, 3*bis* de la directive « cadre » impose à ces autorités des garanties d'indépendance politique qui excluent qu'un législateur national puisse être considéré comme tel.
- 29 *En conclusion*, Belgacom considère que l'article 79 du décret méconnaît cinq grands principes du cadre réglementaire européen des communications électroniques et qu'il incombe dès lors au CSA d'en écarter l'application, en application de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne qui a considéré qu'« à défaut de pouvoir procéder à une interprétation et à une application de la réglementation nationale conforme aux exigences du droit de l'Union, les juridictions nationales et les organes de l'administration ont l'obligation d'appliquer intégralement le droit de l'Union et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire du droit interne »<sup>3</sup>.

## **2.2. Violation des règles constitutionnelles de répartition des compétences**

- 30 Comme deuxième argument, Belgacom invoque la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui, dans des arrêts de 2004 et 2006, a considéré que l'Etat fédéral et les Communautés avaient une obligation de coopérer pour tout ce qui concerne les infrastructures et les services de communications électroniques.
- 31 S'en est suivi un accord de coopération<sup>4</sup> entre l'Etat fédéral et les trois communautés qui prévoit, pour les régulateurs de ces différentes entités, l'obligation de se consulter mutuellement et préalablement à l'adoption de toute décision en matière de *réseaux* de communications électroniques.
- 32 S'agissant des *services* de communications électroniques, l'accord de coopération ne prévoit rien mais la Cour d'appel de Bruxelles<sup>5</sup> et la Cour de cassation<sup>6</sup> ont considéré que la même obligation existait en vertu de la directive « cadre » et de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.
- 33 Selon Belgacom, cette obligation de coopération impliquait qu'avant d'initier la présente procédure, le CSA consulte les autres régulateurs (VRM, Medienrat et IBPT).

## **2.3. Violation des règles européennes en matière de libre prestation de services**

<sup>3</sup> CJUE, 25 novembre 2010, C-429/09, *Günter Fuß c. Stadt Halle*, point 40

<sup>4</sup> Accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision

<sup>5</sup> Bruxelles, 15 octobre 2009, R.G. 2007/AR/930, pp. 7, 10 et 11

<sup>6</sup> Cass., 4 mars 2013, C.11.0141.F

- 34 A titre subsidiaire de son premier argument, l'éditeur relève que, même si l'article 79 du décret ne relevait pas du cadre européen des communications électroniques, il serait néanmoins soumis au principe de la libre prestation des services.
- 35 Or, selon le droit européen, une restriction à la libre prestation des services ne peut être admise que sous trois conditions :
- elle doit être justifiée par un objectif d'intérêt général ;
  - elle doit être appropriée, c'est-à-dire propre à garantir cet objectif ;
  - elle doit être proportionnée à ce même objectif.
- 36 Selon l'éditeur, les objectifs de l'article 79 tels qu'ils sont décrits dans la recommandation du 31 mai 2006, à savoir la protection de la concurrence, de la diversité culturelle et du pluralisme dans les médias, peuvent être considérés comme relevant de l'intérêt général. En revanche, la mesure ne serait ni appropriée ni proportionnée à ces objectifs.
- 37 S'agissant, d'une part, du caractère approprié de la mesure, Belgacom rappelle, comme déjà exposé au point 24 de la présente décision, qu'une mesure supposée garantir la non-discrimination à l'égard des éditeurs et distributeurs demandant l'accès aux réseaux n'a pas de sens à l'égard d'un distributeur non soumis à une obligation d'accès. En outre, aucun autre législateur européen (ou belge) n'a prévu de mesure similaire de séparation comptable en dehors de l'application du cadre réglementaire des communications électroniques. Enfin, Belgacom juge également la mesure inappropriée en ce que sa portée dépasse le champ de compétence territoriale du CSA : même à supposer que Belgacom parvienne à séparer comptablement ses activités de distribution de services et de fourniture de réseaux, elle devrait le faire pour l'ensemble du territoire belge, ce qui ne générerait pas d'enseignements exploitables par le CSA dont le champ de compétence se limite à la région de langue française.
- 38 S'agissant, d'autre part, du caractère proportionné de la mesure, Belgacom indique qu'il fait également défaut puisque, comme déjà exposé dans d'autres arguments, elle impliquerait des investissements significatifs sans pour autant générer d'informations utiles pour le CSA puisque Belgacom n'est pas soumise à une obligation d'accès.

#### **2.4. Violation des droits de la défense**

- 39 Enfin, à titre subsidiaire, Belgacom estime que la présente procédure ne pourrait aboutir à une sanction dans son chef car le CSA aurait méconnu ses droits de la défense en ne l'avertissant pas en temps utile, ni du fait qu'elle envisageait de la sanctionner, ni de la sanction envisagée à son encontre.

### **3. Décision du Collège d'autorisation et de contrôle**

- 40 Selon l'article 79 du décret coordonné sur les services de médias audiovisuels :
- « Lorsque les distributeurs de services sont également opérateurs de réseau, ils tiennent une comptabilité séparée pour les activités liées à la distribution de services et les activités liées à la fourniture de réseaux. »*
- 41 Selon Belgacom, une telle mesure relève du cadre européen des communications électroniques et doit dès lors en respecter les grands principes listés aux points 17 à 29 de la présente décision.

42 A ce sujet, la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>7</sup> a récemment dit pour droit que :

*« L'article 2, sous c), 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»), doit être interprété en ce sens qu'un service consistant à fournir un bouquet de base de programmes de radio et de télévision accessible par câble et dont la facturation englobe les coûts de transmission ainsi que la rémunération des organismes de radiotélévision et les droits versés aux organismes de gestion collective des droits d'auteur au titre de la diffusion du contenu des œuvres, relève de la notion de 'service de communications électroniques' et, partant, du champ d'application matériel tant de cette directive que des directives 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, 2002/19/CE 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 (directive «accès»), 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive «autorisation»), et 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil, du 7 mars 2002, concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive «service universel»), constituant le nouveau cadre réglementaire applicable aux services de communications électroniques, pour autant que ce service comprend principalement la transmission des contenus télévisuels sur le réseau de télédistribution par câble jusqu'au terminal de réception du consommateur final. »*

43 En l'espèce, il appert que les services fournis par Belgacom en tant que distributeur de services de médias audiovisuels par câble doivent être considérés comme des services « consistant à fournir un bouquet de base de programmes de radio et de télévision accessible par câble et dont la facturation englobe les coûts de transmission ainsi que la rémunération des organismes de radiotélévision et les droits versés aux organismes de gestion collective des droits d'auteur au titre de la diffusion du contenu des œuvres » au sens de l'arrêt précité. En outre, ces services consistent, à titre principal, dans « la transmission des contenus télévisuels sur le réseau de télédistribution par câble jusqu'au terminal de réception du consommateur final ». Ils relèvent dès lors effectivement du cadre européen des communications électroniques.

44 En cas d'apparence de conflit entre le droit national et le droit européen, la Cour de Justice de l'Union européenne considère que « A défaut de pouvoir procéder à une interprétation et à une application de la réglementation nationale conforme aux exigences du droit de l'Union, les juridictions nationales et les organes de l'administration ont l'obligation d'appliquer intégralement le droit de l'Union et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire du droit interne »<sup>8</sup>.

45 Il appert dès lors que, sans même devoir examiner les autres arguments soulevés par le distributeur, le CSA ne peut considérer le grief comme établi.

Fait à Bruxelles, le 7 mai 2015.

<sup>7</sup> CJUE, 7 novembre 2013, C-518/11, *UPC Nederland*

<sup>8</sup> CJUE, 25 novembre 2010, C-429/09, *Günter Fuß c. Stadt Halle*