

# Le nouvel environnement des réseaux de radiodiffusion

Boris LIBOIS, Conseil supérieur de l'audiovisuel

## 1. Contexte : la radiodiffusion dans le NRF

1.1. Le nouveau cadre réglementaire européen sur les communications électroniques est entré en vigueur le 25 juillet 2003<sup>1</sup>. Aujourd'hui, dix anciens Etats membres (Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, France, Irlande, Italie, Portugal, Royaume-Uni, Suède et, prochainement, l'Allemagne) ont effectivement transposé dans leur droit national ce que l'on appelle aussi abusivement le « paquet télécom ». Cet ensemble de textes (six directives, trois décisions, deux recommandations, des lignes directrices, etc.<sup>2</sup>) traite de manière indifférenciée les réseaux et les services de communications électroniques, peu importe que la transmission des données s'effectue avec ou sans fil, par câble, satellite ou via l'éther, que les contenus soient fournis sur demande individuelle du bénéficiaire du service ou à l'initiative de son prestataire, que les services proposés aux utilisateurs s'assimilent à des correspondances privées ou à des communications au public ou que les textes, sons ou images soient reçus sur un poste de télévision, un écran d'ordinateur ou un téléphone mobile.

Le nouveau cadre réglementaire européen sur les communications électroniques (que nous appellerons « CRECEL » dans la suite de l'exposé) consacre le principe de la « neutralité technologique » : le traitement juridique des infrastructures et supports doit être indifférent au régime applicable aux contenus que les réseaux véhiculent. Cette approche nuance certaines options proposées dans le Livre vert de la Commission européenne du 3 décembre 1997 *sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation – Vers une approche pour la société de l'information*<sup>3</sup>. En matière de services de communications électroniques, l'option 3 (qui proposait l'« introduction progressive d'un nouveau modèle réglementaire couvrant tout l'éventail des services nouveaux et existants ») est, en apparence seulement, abandonnée au bénéfice de l'option 2 (« Développer un modèle réglementaire séparé pour de nouvelles activités qui coexisteraient avec la réglementation des télécommunications et de la radiodiffusion »). En revanche, l'option 3 subsiste pour les infrastructures et réseaux de communications électroniques.

1.2. Si le champ d'application du CRECEL couvre les réseaux et services de communications électroniques (publics ou non<sup>4</sup>), en sont toutefois exclus « les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale [ou « un contrôle rédactionnel » art. 1.3. directive « concurrence »] sur ces contenus » (art. 2.c directive « cadre »). Mais la distinction technique

<sup>1</sup> Le nouveau Cadre Réglementaire Européen sur les Communications Electroniques est communément appelé « NRF » : « *New Regulatory Framework* ». En français, nous le baptiserons « CRECEL ». Ce dernier s'inscrit dans la « stratégie de Lisbonne » ([http://www.europa.eu.int/comm/lisbon\\_strategy/index\\_fr.html](http://www.europa.eu.int/comm/lisbon_strategy/index_fr.html)). On trouvera un résumé de l'arrière-plan idéologique dans la Communication de la Commission européenne *Communications électroniques : vers une économie de la connaissance*, COM(2003) 65, 11 février 2003, 18 p.

<sup>2</sup> La liste détaillée de ces textes se trouve en Annexe.

<sup>3</sup> COM(1997) 623 : <http://europa.eu.int/ISPO/convergencecp/97623fr.doc>.

<sup>4</sup> Ces derniers bénéficient d'un régime allégé (considérant 4 de la directive « autorisation ») : les obligations de service universel pèsent seulement sur les réseaux téléphoniques publics et sur les services téléphoniques accessibles au public.

entre contenu et contenant n'empêche pas le CRECEL de comporter des aspects spécifiques aux services de radiodiffusion : l'« obligation de diffuser » et les « ressources associées ».

L'article 31 de la directive « service universel » énonce, en ces termes, les normes relatives à l'« obligation de diffuser » sur les réseaux publics de communications électroniques : « *Les États membres peuvent imposer des obligations raisonnables de diffuser (« must carry »), 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 significatif d'utilisateurs finals de ces réseaux les utilisent comme leurs moyens principaux pour recevoir des émissions de radio ou de télévision* ». Ces obligations de diffuser « *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* ». La directive « service universel » n'écarte pas la faculté pour les États de déterminer une rémunération appropriée.

Autres zones de recoupement entre services de radiodiffusion et services de communications électroniques : l'interopérabilité des services de télévision numérique interactive (art. 18 directive « cadre »), l'interopérabilité des services de télévision numérique grand public (art. 24 et annexe VI directive « service universel »), l'accès des utilisateurs finaux aux services de télévision et de radio numériques via des systèmes d'accès conditionnel (art. 6 et annexe 1, première partie directive « accès »), les interfaces de programmes d'application (API) et les guides électroniques de programmes (EGP) (art. 5 et annexe 1, deuxième partie directive « accès »). Nous y reviendrons ci-dessous (3.2.3° « Accès conditionnel et ressources associées »).

## 2. Le CRECEL dans le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion

2.1. Comment s'exerce concrètement la régulation des services de communications électroniques au public sur les réseaux de radiodiffusion en Communauté française de Belgique ? Le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion (ci-après « décret »<sup>5</sup>) distingue trois fonctions interdépendantes qui structurent la chaîne de valeur de la communication au public : l'éditeur de services, l'opérateur de réseau et le distributeur de services. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) est l'autorité administrative en charge de la régulation de la radiodiffusion<sup>6</sup>. Cette différenciation fonctionnelle devrait améliorer l'autonomie du système médiatique en assurant une plus importante interdépendance des rôles et une adaptation accrue à son environnement numérique.

L'éditeur de services de radiodiffusion exerce sa responsabilité sur l'élaboration et la fourniture de contenus : il a une fonction de contrôle rédactionnel et de programmeur éditorial. L'opérateur de réseau assure l'établissement et l'exploitation de l'infrastructure : il a une fonction de transport de signaux et de fourniture de capacités de transmission (par exemple les opérateurs de câble ou de satellite). La fonction de distribution des services est, à la différence de celle d'opérateur de réseau, une fonction culturelle dans la mesure où il s'agit de composer et de commercialiser une offre de programmes et de services de radiodiffusion à destination du public de la Communauté française, considéré dans son ensemble ou traité dans ses composantes géographiques, sociales ou culturelles. Le

<sup>5</sup> <http://www.csa.cfwb.be/pdf/Décret%20radiodiffusion.pdf>.

<sup>6</sup> Au sens que lui donne le Conseil de l'Europe dans sa Recommandation REC(2000) 23 du 20 décembre 2000 concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion.

distributeur a une fonction d'assemblage et de mise à la disposition publique, de sa propre initiative ou sur appel individuel de l'utilisateur final, de contenus élaborés par un éditeur et techniquement transmis à distance par un opérateur de réseau. A la différence de l'éditeur de services, le distributeur exerce une fonction éditoriale dérivée (il compose une offre produite par d'autres) mais primordiale (il la programme en vertu des utilisateurs finaux avec lesquels il est en contact direct).

Le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion n'institue aucun régime particulier pour les trois fonctions définies selon que l'éditeur de services, l'opérateur de réseau ou le distributeur de services exercent leur métier dans l'environnement analogique ou numérique, à l'exception toutefois des dispositions relatives à la distribution de services en rapport avec l'assignation individuelle de fréquences du spectre radio-électrique (« ressources rares »). Actuellement, les opérateurs de réseau sont soumis à un régime d'autorisation préalable (hertzien sonore : art. 103 & 109 décret ; hertzien télévisuel : art. 113 & 117 décret ; satellite : art. 120 décret) ou à un régime déclaratif (télédistribution : art. 97 décret), selon que l'on se trouve ou non dans une situation de rareté des ressources de diffusion. Dans ce cas, le principe de neutralité technologique s'applique de manière restreinte puisque le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion établit un lien étroit entre les services et les infrastructures : l'assignation des ressources rares attribuées à la radiodiffusion par les voies satellitaire et hertzienne analogique est subordonnée à une décision administrative relative à la prestation des services de communications électroniques au public. En revanche, l'égalité de traitement des opérateurs de réseau, au sein d'une même type d'infrastructure, et l'équivalence des régimes juridiques entre formes concurrentes d'infrastructures sont garanties.

Les entreprises sont soumises à des obligations horizontales, communes aux trois fonctions, indispensables pour assurer la transparence financière du secteur et, en cas d'intégration verticale, la mise en œuvre du principe de non-discrimination. Ainsi, dans un souci de transparence de ses structures à l'égard du public et pour assurer son degré d'indépendance au sein du secteur de la radiodiffusion, chaque entreprise communique au collègue d'autorisation et de contrôle (CAC) du Conseil supérieur de l'audiovisuel les informations suivantes lors de sa déclaration préalable ou de sa demande d'autorisation préalable (art. 6 § 2 décret) :

- 1° l'identification des personnes physiques ou morales participant au capital de la société et le montant de leur participation respective ou la liste des membres pour les personnes morales constituées en ASBL ;
- 2° la nature et le montant des intérêts détenus par les personnes précitées dans d'autres sociétés du secteur de la radiodiffusion ou d'autres secteurs des médias ;
- 3° l'identification des personnes physiques ou morales œuvrant dans des activités de fourniture de ressources intervenant de manière significative dans la mise en œuvre des programmes des services de radiodiffusion, ainsi que la nature et le montant de leur participation<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Cette catégorie concerne l'identification des personnes qui, sans appartenir à l'une des fonctions de radiodiffusion précitées, sont susceptibles d'exercer une influence déterminante sur le service ou la programmation. A titre d'exemple, il peut s'agir de la fourniture de moyens financiers indispensables au lancement du service par une banque ou d'un volume substantiel de programmes par un tiers (en particulier lorsqu'ils sont essentiels à la thématique du programme : films, manifestations sportives, etc.).

Tout changement dans les informations citées ci-dessus devrait être communiqué dans le mois au CAC (art. 6 § 3 décret).

En outre, si l'entreprise cumule ses activités avec celles d'opérateur de réseau, de distributeur de services, d'opérateur de système d'accès conditionnel ou d'éditeur de services, elle tient une comptabilité séparée pour chacune de ses activités spécifiques liées à la fourniture de réseaux, à la distribution de services, à la fourniture de services d'accès conditionnel ou à l'édition de services (art. 77, 125 § 2 & 41 § 3.2 décret). Cette obligation de séparation comptable<sup>8</sup> doit permettre le contrôle de l'application du principe de non-discrimination, énoncé à l'article 10 de la directive « accès », en vertu duquel les entreprises (a) doivent appliquer des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents et fournir aux autres entreprises des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'elles assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires et (b) elles doivent pouvoir justifier objectivement toute différenciation. A titre transitoire, l'article 167 § 7 du décret précise que les opérateurs de réseau de télédistribution disposent d'un délai d'un an à dater de la clôture des comptes et bilans annuels suivant l'entrée en vigueur du décret (intervenue le 17 avril 2003) pour se conformer à leur obligation de séparation comptable.

2.2. Quel est le régime spécifique aux opérateurs de réseau de radiodiffusion en Communauté française de Belgique ? Les articles 90 à 98 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion mettent en place une réglementation horizontale des réseaux de radiodiffusion (câble, satellite, hertzien), inspirée du droit européen de la concurrence. Le paradigme adopté par le CRECEL est celui de l'autorégulation du marché et de la dissolution du droit sectoriel. Cela présuppose un marché des infrastructures effectivement concurrentiel. L'objectif réglementaire poursuivi par le CRECEL est d'encourager la reproductibilité des infrastructures afin de favoriser la concurrence entre elles, sauf si de significatives économies d'échelle ou d'envergure ou d'autres restrictions à l'entrée rendent cette réplique des réseaux factuellement impossible ou économiquement non souhaitable. A défaut, il s'agit de corriger la puissance que les infrastructures dominantes exercent sur le marché, tant qu'une alternative effective n'est pas développée et en vue d'assurer la transition vers un marché durablement concurrentiel<sup>9</sup>.

Il revient aux autorités de régulation nationales (ARN), en premier ressort et sous le contrôle de la Commission européenne, de déterminer si les marchés pertinents sont effectivement concurrentiels et, le cas échéant, d'imposer aux opérateurs de réseau puissants sur un ou plusieurs de ces marchés des obligations destinées à contrebalancer leur capacité d'agir, seul ou conjointement avec d'autres entreprises, de manière indépendante de leurs concurrents, de leurs clients et, en fin de compte, des consommateurs. La méthode à suivre comporte deux étapes importantes : d'abord la définition du marché, en termes géographiques et de produits, susceptible ou non de faire l'objet d'une régulation *ex ante* (1°). Ensuite, l'analyse de la structure concurrentielle du marché pertinent et les mesures à prendre à l'égard des entreprises qui en obéiraient la concurrence effective (2°). En vertu de l'article 133 § 1<sup>er</sup> 11° du décret, le CAC est chargé de la mise en oeuvre de cette approche. Enfin, certains aspects concernent les « ressources associées », indispensables pour permettre

<sup>8</sup> Sans épuiser le prescrit de l'article 11 de la directive « accès », ni celui de l'article 13 de la directive « cadre ».

<sup>9</sup> *ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework*, ERG(03)30rev1, 1<sup>er</sup> avril 2004, 131 p., [http://erg.eu.int/doc/whatsnew/erg\\_0330rev1\\_remedies\\_common\\_position.pdf](http://erg.eu.int/doc/whatsnew/erg_0330rev1_remedies_common_position.pdf)

aux tiers d'exploiter toutes les fonctionnalités des réseaux de communications électroniques (3°).

1°) *Définition des marchés pertinents (art. 90 § 1<sup>er</sup> décret)*

A. Dans sa recommandation « marchés pertinents » du 11 février 2003, la Commission européenne a désigné les 18 marchés pertinents pour l'application du CRECEL. Parmi ceux-ci, le CAC n'est concerné que par le marché des réseaux et des services de communications électroniques relevant de la compétence de la Communauté française : le marché 18 « *Services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux* ».

Le CAC doit définir, dans le contexte de la Communauté française, quels sont les marchés économiques et géographiques couverts par le marché 18. Sa décision doit intervenir dès que possible après le 11 février 2003 (art. 16 § 1<sup>er</sup> directive « cadre »).

B. Le projet de décision du CAC doit être soumis à la consultation publique préalable des parties intéressées d'une part, des autres ARN et de la Commission européenne d'autre part. La consultation publique ne peut pas être clôturée avant l'expiration d'un délai de huit semaines à compter de son ouverture (art. 53 règlement d'ordre intérieur du CSA (« ROI »). Le gouvernement doit fixer les modalités de la procédure de consultation publique (art. 94 § 1<sup>er</sup> décret) : celles-ci sont déjà prévues aux articles 49 et 53 du ROI. La procédure de notification, dans le cadre de la consultation publique intra-européenne, est quant à elle détaillée dans la recommandation « article 7 » de la Commission européenne du 23 juillet 2003.

Si le CAC propose de déroger aux marchés désignés par la Commission européenne, il doit, à la demande de cette dernière, prolonger de deux mois le délai de clôture de la consultation publique (art. 49 § 1<sup>er</sup> ROI). Si, dans ce délai, la Commission européenne s'oppose de manière motivée à la proposition de décision du CAC, celui-ci doit s'abstenir de l'adopter (art. 95 § 2 décret).

A ce jour, les ARN de trois Etats membres (Autriche, Irlande et Royaume Uni) ont défini des marchés d'infrastructures et de réseaux de radiodiffusion en conformité avec les principes du droit de la concurrence<sup>10</sup>. Ces projets de mesures ont été soumis à la procédure de consultation intra-européenne exigée à l'article 7 de la directive « cadre »<sup>11</sup>. Après analyse, les marchés délimités divergent, dans les trois cas, de l'annexe à la recommandation « marchés pertinents » : soit qu'ils ne relèvent pas de la juridiction de l'Etat membre ou échappent à la compétence de l'ARN ; soit que les éléments qui composent ces marchés ou les limites qui les séparent des autres marchés diffèrent de ceux qui figurent dans ladite recommandation (§ 19) ; soit que ces marchés échappent aux trois critères de pertinence qui, « appliqués cumulativement » (§ 16 recommandation « marchés pertinents »), justifieraient une régulation *ex ante* : (a) présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée (qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire), (b) absence de structure dynamique du marché qui empêcherait de le faire évoluer vers une situation de concurrence effective et (c) incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché (§ 9 recommandation « marchés pertinents »).

<sup>10</sup> L'ARN finlandaise a notifié le 17 juin 2004 son projet de définition et d'analyse du marché 18.

<sup>11</sup> Les projets de mesures et les commentaires sont publiés à l'adresse suivante : <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/ecctf/library>.

- La Kommunikationsbehörde Austria (« KOMMAUSTRIA », l'ARN autrichienne) a identifié six sous-marchés possibles au sein du marché 18. Dans son projet de décision, notifié à la Commission européenne le 14 novembre 2003 sous le numéro AT/2003/0018, KOMMAUSTRIA ne retient comme marchés pertinents que celui de la radiodiffusion télévisuelle terrestre et celui de la radiodiffusion sonore terrestre en fréquences modulées. Tous deux s'étendent à la totalité du territoire national. Après analyse, KOMMAUSTRIA a exclu d'une régulation *ex ante* le marché de la radiodiffusion télévisuelle par câble, celui de la radiodiffusion sonore terrestre en ondes moyennes et celui de la radiodiffusion sonore par câble et satellite. KOMMAUSTRIA n'a pas examiné le marché de la radiodiffusion télévisuelle par satellite au motif qu'aucun opérateur de ce type ne relevait de sa compétence bien que des services de radiodiffusion soient transmis par cette voie au public autrichien.

Dans ses commentaires du 11 décembre 2003, la Commission européenne ne s'est pas opposée aux définitions des marchés proposées par KOMMAUSTRIA mais attire l'attention sur le marché transnational que pourrait constituer la radiodiffusion télévisuelle satellitaire, en vertu d'une décision qui serait prise, le cas échéant, par la Commission européenne sur base de l'article 15.4 de la directive « cadre ».

- La Commission for Communications Regulation (« COMREG », l'ARN irlandaise) a identifié quatre sous-marchés possibles au sein du marché 18. Dans son projet de décision, notifié à la Commission européenne le 3 février 2004 sous le numéro IE/2004/0042, COMREG ne retient comme marchés pertinents que celui des services de transmission de radiodiffusion sonore sur les réseaux analogiques terrestres de couverture nationale et celui des services de transmission de radiodiffusion télévisuelle. Après analyse, COMREG a exclu d'une régulation *ex ante* le marché des services de transmission de radiodiffusion sonore sur les réseaux analogiques terrestres de couverture locale et régionale et celui des services de transmission de radiodiffusion sur les réseaux de câble et satellite.

Dans ses commentaires du 2 mars 2004, la Commission européenne ne s'est pas opposée aux définitions des marchés proposées par COMREG mais élève des doutes sur le statut de marché unique que constitueraient les services de transmission de radiodiffusion sur les réseaux de câble et satellite. Toutefois, si ce marché devait être scindé en deux marchés de produits distincts, câble et satellite devraient être exclus des marchés pertinents au motif que le second critère de pertinence ne peut être retenu, vu le pouvoir d'achat compensatoire dont bénéficient les radiodiffuseurs, les obligations de « *must carry* » fixées légalement et les sources de concurrence alternative fournies par la possibilité de location ou de sous-location de transpondeurs satellitaires. Enfin, la Commission européenne attire l'attention sur le marché transnational que pourrait constituer la radiodiffusion télévisuelle satellitaire, en vertu d'une décision qui serait prise, le cas échéant, par la Commission européenne sur base de l'article 15.4 de la directive « cadre ».

- L'Office of Telecommunications - « OFTEL » (remplacé depuis décembre 2003 par l'Office of Communications - « OFCOM », l'ARN britannique unique) a également proposé de déroger à la définition du marché 18 proposée dans la recommandation « marchés pertinents ». Son projet de mesures du 9 septembre 2003<sup>12</sup> divise le marché 18 entre le marché de la transmission télévisuelle terrestre et celui de la transmission radiophonique terrestre. Ce dernier forme un marché national unique dans lequel aucun opérateur n'exerce de puissance significative. Aucune mesure correctrice doit être adoptée. En revanche, pour la

<sup>12</sup> OFTEL, *Review of competition : broadcasting transmission services*, 9 septembre 2003, 59 p., [http://www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/publications/eu\\_directives/2003/broad0903.pdf](http://www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/publications/eu_directives/2003/broad0903.pdf).

radiodiffusion télévisuelle, l'OFTEL proposait de subdiviser géographiquement le marché entre réseau analogique et réseau numérique et en distinguant les réseaux de chacun des deux opérateurs concernés (Crown Castle et NTL). Ces derniers exercent, dans les quatre marchés délimités, une puissance significative et doivent faire l'objet de mesures correctrices. Les autres marchés (radiodiffusion par câble et satellite) ne sont pas visés par l'analyse de l'OFTEL dans la mesure où, selon l'OFTEL, la réglementation du câble (« *must carry* ») restera effective avec le CRECEL et où les opérateurs satellitaires ont l'obligation de fournir des services d'accès conditionnel à tous les radiodiffuseurs et selon des règles contrôlées par l'ARN. Le projet de mesure de l'OFTEL a été soumis à consultation publique nationale jusqu'au 10 novembre 2003 mais n'a pas encore été notifié à la Commission européenne.

2°) *Analyse de marché et opérateur(s) puissant(s) sur le marché (art. 91 décret)*

A. Dans ses lignes directrices relative à la puissance significative sur le marché (« PSM ») du 8 juillet 2002, la Commission européenne a énoncé les principes sur lesquels les ARN doivent fonder leur analyse des marchés et de la concurrence effective.

Lorsqu'il aura défini les marchés pertinents, le CAC devra, sur base de ces lignes directrices, analyser chacun des marchés qu'il a définis pour :

- évaluer s'il est effectivement concurrentiel ;
- identifier le ou les opérateurs puissants sur le marché et
- proposer les mesures correctrices qu'il lui (leur) imposerait.

Ces trois éléments sont indissociablement constitutifs d'une unique proposition de décision qui doit être présentée à la consultation publique préalable des parties intéressées d'une part, et des autres ARN et de la Commission européenne d'autre part. La consultation publique ne peut pas être clôturée avant l'expiration d'un délai de huit semaines à compter de son ouverture (art. 53 ROI). La procédure de notification, dans le cadre de la consultation publique intra-européenne, est quant à elle détaillée dans la recommandation « article 7 » de la Commission européenne du 23 juillet 2003.

Si le CAC propose d'identifier un opérateur puissant, il doit, à la demande de la Commission européenne, prolonger de deux mois le délai de clôture de la consultation publique (art. 49 § 3 ROI). Si, dans ce délai, la Commission européenne s'oppose de manière motivée à la proposition de décision du CAC, celui-ci doit s'abstenir de l'adopter (art. 95 § 2 décret).

B. Un opérateur de réseau est considéré comme puissant sur le marché « *s'il se trouve, individuellement ou conjointement avec d'autres, dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'il est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs* » (art. 91 § 3 al. 2 décret).

La Commission européenne énumère les indices de puissance de marché sur base des parts de marché :

- si les parts de marché sont égales ou inférieures à 25 %, pas de présomption de position dominante ;
- si elles dépassent 40 %, présomption sérieuse de position dominante ;

- si elles sont supérieures à 50 %, cela suffit, sauf circonstances exceptionnelles, à établir l'existence d'une position dominante (§ 75 lignes directrices « PSM »).

Les critères à utiliser pour mesurer la part de marché des entreprises concernées dépendent des caractéristiques du marché pertinent. Mais l'existence d'une position dominante ne saurait être établie sur le seul fait qu'une entreprise détient d'importantes parts de marché. Enfin, la dominance sur le marché peut s'exercer de manière isolée ou collective, comme l'exposent les documents de la Commission européenne (lignes directrices « PSM ») et du Groupe européen des régulateurs (« ERG », document de travail sur le concept « PSM »<sup>13</sup>).

En complément des parts de marché, la Commission européenne et l'ERG ont, dans ces documents, identifié d'autres critères pour apprécier la puissance sur le marché qui, combinés, peuvent démontrer l'existence de la position dominante d'une entreprise, isolément (B.1) ou conjointement avec d'autres (B.2).

B.1. Liste indicative des critères de position dominante isolée (§§ 74-80 lignes directrices « PSM » ; §§ 7-23 document de travail ERG) :

- *« la taille globale de l'entreprise,*
- *le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile à dupliquer,*
- *les avancées ou la supériorité technologiques,*
- *l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs,*
- *l'accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières,*
- *la diversification des produits et/ou des services(par exemple, produits ou services groupés),*
- *les économies d'échelle,*
- *les économies de gamme,*
- *l'intégration verticale,*
- *l'existence d'un réseau de distribution ou de vente très développé,*
- *l'absence de concurrence potentielle,*
- *des entraves à l'expansion,*
- *des prix excessifs ».*

B.2. Dominance conjointe : *« deux entreprises, ou plus, peuvent occuper conjointement une position dominante au sens de l'article 14 [de la directive « cadre »] dès lors que, même s'il n'existe entre elles aucun lien structurel ou autre, elles opèrent dans un marché dont la structure est considérée comme propice à produire des effets coordonnés »* (annexe II directive « cadre »). Les lignes directrices « PSM » (§§ 97-100) et le document de travail ERG (§§ 24-41) explicitent la liste (non exhaustive) des critères (non cumulatifs) qui permettraient d'étayer les affirmations relatives à l'existence d'une position dominante conjointe sous la forme d'une coordination tacite :

- *« concentration,*

---

<sup>13</sup> ERG Working Paper on the SMP concept for the new regulatory framework, ERG(03) 09, mai 2003, 13 p., [http://erg.eu.int/doc/publications/erg\\_03\\_09\\_smp\\_workingpaper.doc](http://erg.eu.int/doc/publications/erg_03_09_smp_workingpaper.doc).

- *transparence,*
- *marché arrivé à maturité,*
- *stagnation ou croissance modérée de la demande,*
- *faible élasticité de la demande,*
- *produits homogènes,*
- *structures de coût analogues,*
- *parts de marché similaires,*
- *absence d'innovations techniques, technologie au point,*
- *absence de capacité excédentaire,*
- *importantes barrières à l'entrée,*
- *absence de contre-pouvoir des acheteurs,*
- *absence de concurrence potentielle,*
- *diverses sortes de liens informels ou autres entre les entreprises concernées,*
- *mécanismes de rétorsion,*
- *absence ou possibilité réduite de concurrence par les prix ».*

Le CAC devra apprécier si la situation des opérateurs de réseau de télédistribution en région de langue française s'apparente à une telle hypothèse de dominance conjointe. En complément des textes cités, la Commission européenne relève, dans ses Lignes directrices du 5 février 2004 sur les concentrations horizontales, les différentes formes d'effets coordonnés entre entreprises qui pourraient entraver de manière significative la concurrence effective sur un marché, notamment : « *la publication d'informations importantes, l'échange d'informations au sein d'associations professionnelles ou l'accès à des informations au moyen de participations croisées ou de participations dans des entreprises communes peuvent aussi aider les entreprises pour parvenir à une coordination* »<sup>14</sup>.

L'essentiel est ici que l'analyse du marché effectuée par l'ARN soit solidement informée par des éléments factuels. Dans sa décision C(2004) 527 du 20 février 2004, la Commission européenne a demandé à l'ARN finlandaise (« FICORA ») de retirer deux projets de mesures jugés incompatibles avec le droit communautaire au motif qu'ils manquaient de preuves et du niveau d'analyse requis pour soutenir qu'aucun opérateur ne détenait de puissance significative sur les marchés concernés (services téléphoniques internationaux accessibles au public en position déterminée pour la clientèle résidentielle et non résidentielle en Finlande). En outre, « *l'évaluation, par FICORA, du degré de puissance de marché des entreprises sur les marchés concernés n'a pas convenablement tenu compte des mesures correctrices de la réglementation existante et de leur effet sur l'état perçu de la concurrence sur le marché* ». La Commission européenne est donc loin d'appliquer de manière dogmatique et décontextualisée les principes et règles de la concurrence.

C. Les mesures correctrices qui peuvent être imposées par le CAC à l'opérateur puissant sur le marché concerné sont les suivantes (art. 96 décret) :

---

<sup>14</sup> COMMISSION EUROPEENNE, *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, 2004/C31/03, 5 février 2004, § 47. Voir également § 51.

- obligation de négocier de bonne foi avec tout distributeur de services demandant un accès à son ou ses réseaux ;
- obligation de notifier et de motiver le refus d'accès dans les trois mois qui suivent la demande ;
- obligation de fournir au CAC ou de rendre publiques des informations définies (informations comptables, dont les recettes provenant de tiers, spécifications techniques, caractéristiques du réseau, modalités et conditions de fourniture et d'utilisation, prix).

Ces obligations ne peuvent être imposées qu'à des opérateurs identifiés comme puissants, à l'exception des situations suivantes (art. 93 décret) :

- lorsque c'est nécessaire en vue de se conformer à des engagements internationaux ;
- dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer la connectivité de bout en bout <sup>15</sup>.

D. Pour chaque marché pertinent, le CAC publie la liste des opérateurs puissants ainsi que, pour chaque opérateur de réseau, la liste des obligations qui lui sont imposées (art. 90 § 3 al. 3 décret).

E. Le contrôle est exercé par le CAC (art. 133 § 1<sup>er</sup> 10<sup>o</sup> & 156 décret).

De manière complémentaire mais non subsidiaire à l'exercice de cette compétence, le CAC peut également utiliser d'autres instruments mis à sa disposition par le décret, tels que :

- émettre des recommandations de portée générale ou particulière (at. 133 § 1<sup>er</sup> 9<sup>o</sup> décret) ;
- engager, à la demande de l'une des parties, une procédure de conciliation (art. 50 ROI) ;
- prendre toutes les mesures permettant le respect du pluralisme de l'offre dans les services de radiodiffusion (art. 7 décret).

On peut toutefois regretter que le décret n'ait pas confié au CAC une compétence de résolution des litiges relatifs à l'accès aux réseaux ou à l'interconnexion de ceux-ci, telle que définie par l'article 20 de la directive « cadre ». Il s'agirait de pouvoir régler, par une décision contraignante, les conflits qui surviendrait entre opérateurs de réseau, éditeurs de services et distributeurs de services. Cela constitue même une condition d'effectivité des mesures énoncées à l'article 96 du décret, en cas de refus injustifié d'accès au réseau. Le Gouvernement de la Communauté française conserve une telle prérogative en matière de servitudes d'utilité publique au bénéfice des réseaux de télédistribution (art. 98 al. 4 décret). Aujourd'hui, cette lacune a été corrigée, faute de pouvoir être comblée, par l'article 50 du ROI du CSA qui prévoit une procédure de conciliation. A défaut, si le Conseil fédéral de la concurrence devait détenir l'exclusivité de la compétence de règlement des différends, le CSA pourrait-il lui remettre un avis préalable, à l'instar de l'Institut belge des postes et des

---

<sup>15</sup> Voir le projet de mesures du Ministère hollandais des Affaires économiques (exerçant, dans ce cas, la fonction d'ARN) visant à assurer la connectivité de bout en bout des services téléphoniques publics, projet notifié à la Commission européenne le 5 novembre 2003 sous le numéro NL/2003/0017. Commentaires de la Commission européenne : 3 décembre 2003 ;  
<http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/ecctf/library?l=/nederland/registerednotifications/nl20030017&vm=detailed&sb=Title>.

télécommunications (« IBPT », l'ARN fédérale belge compétente pour la régulation des marchés 1 à 17) ?

Enfin, le CAC doit périodiquement procéder au réexamen des décisions (définition et structure) relatives aux marchés pertinents au regard du marché 18 afin de rencontrer les objectifs réglementaires poursuivis par le CRECEL. De son côté, la Commission européenne procédera au premier réexamen du nouveau cadre réglementaire au plus tard le 25 juillet 2006 (art. 25 directive « cadre »). Cette réévaluation par le CAC ne doit pas s'opérer sur une base annuelle mais en tout cas après chaque publication par la Commission européenne de sa recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services ou bien si les circonstances en Communauté française le justifient (art. 90 § 1<sup>er</sup> décret). La réévaluation du périmètre des marchés pertinents et de leur structure concurrentielle doit déboucher sur l'imposition, l'allègement, le renforcement ou le maintien des obligations imposées aux opérateurs puissants (art. 16.3 & 16.4 directive « cadre » ; art. 91 §§ 2 & 3 décret).

3°) *Accès conditionnel et ressources associées (art. 123 à 129 décret)*

Le décret prévoit également l'évaluation par le CAC du caractère équitable, raisonnable, transparent et non discriminatoire des conditions mises par les opérateurs de réseau et les opérateurs de systèmes et de services d'accès conditionnel pour l'utilisation par des tiers de leurs infrastructures, équipements et services (art. 123 à 126 décret). Cette évaluation (et les éventuelles sanctions en cas de non-respect) n'est pas conditionnée à la procédure susmentionnée d'analyse de marché et s'adresse à tous les opérateurs, sauf décision contraire des Etats membres d'inclure le marché du système d'accès conditionnel parmi les marchés pertinents (cf. annexe à la recommandation « marchés pertinents »).

En revanche, pour certains aspects tels que les guides électroniques de programmes et les autres ressources associées, le Gouvernement de la Communauté française conserve seul la faculté de mettre ces mesures en œuvre, après avis du CSA (art. 127 & 128 décret). A ce propos, on attirera l'attention sur le projet de mesures de l'OFTEL relatives aux services de contrôle d'accès pour la télévision numérique, notifié le 14 novembre 2003 à la Commission européenne sous le numéro UK/2003/0019. Afin d'assurer l'effectivité de la régulation, l'OFTEL propose d'étendre son champ d'application aux services nécessaires au plein exercice de l'interactivité, au-delà des seules interfaces de programmes d'application (API). Dans sa lettre du 22 janvier 2004, la Commission européenne s'est contentée d'inviter les ARN à la prudence dans l'utilisation de l'article 5.1 de la directive « accès ». En outre, l'OFCOM a notifié à la Commission européenne le 15 janvier 2004 sous le numéro UK/2004/0041, son projet de mesures relatives aux conditions d'accès imposées à l'opérateur de guide électronique de programmes (EPG). Dans sa lettre du 23 mars 2004, la Commission européenne n'a pas élevé d'objection à l'encontre des mesures proposées.

### **3. Actualité : quelles interactions entre concurrence, pluralisme et diversité ?**

Les esprits sont-ils mûrs pour dépasser la fausse antinomie entre réseaux et services de communications électroniques, contenants et contenus ? Dans sa Communication sur le « *switchover* »<sup>16</sup> numérique et le « *switch-off* » analogique, la Commission européenne martèle

---

<sup>16</sup> « *Digital switchover* » : migration progressive des foyers de réception en mode analogique vers la réception en mode numérique. « *Analogue switch-off* » ou « *analogue turn-off* » : arrêt de la diffusion analogique une fois que la quasi-totalité des foyers auront équipé leurs récepteurs (téléviseurs principaux, secondaires et magnétoscopes) pour la réception numérique.

que les questions du passage au numérique et de l'abandon de l'analogique ne se réduisent pas à un « *simple changement d'infrastructure, sans valeur ajoutée pour la population* » mais que « *le défi consiste à stimuler la demande pour que le processus soit induit par l'offre de services* »<sup>17</sup>. C'est pourquoi le plan d'action *eEurope 2005* « *s'efforce de stimuler un effet d'entraînement réciproque entre la modernisation de l'infrastructure (le développement de la large bande et de l'accès multi-plateforme) et le développement de services* »<sup>18</sup>. Les récentes offres, gratuite ou payante, de services audiovisuels sur le fil téléphonique ou l'Internet s'inscrivent dans le cercle vertueux entre, d'un côté, les services, les applications et les contenus et, de l'autre côté, les infrastructures large bande et les questions de sécurité.

Mais la numérisation de la radiodiffusion ne balaye pas les fondements normatifs de l'intervention publique dans le secteur des communications électroniques au public : promouvoir le pluralisme des médias et la diversité des contenus en tant que condition et résultat de l'exercice, juridiquement réglé, de la souveraineté populaire. Le passage d'une situation de rareté des ressources de transmission à une abondance relative des capacités de communication – principalement pour le câble en Communauté française de Belgique – provoque l'intégration verticale de fonctions différenciées et génère corrélativement de nouvelles formes de goulots d'étranglement et de contrôle des esprits. Avec la radiodiffusion numérique, les questions de pluralisme et de diversité s'étendent aux conditions d'accès des éditeurs et des distributeurs de services de radiodiffusion aux infrastructures et réseaux et à leurs équipements terminaux. Trois dossiers concrets illustrent les interactions entre concurrence des infrastructures et des services, pluralisme des médias et diversité des contenus : le traitement des distributeurs de services par câble (3.1.), la régulation de la télévision sur ADSL (3.2.) et la spécificité des services de communications électroniques au public (3.3).

3.1. Le régime applicable aux distributeurs de services par câble peut être une source d'interrogation. Si, en Communauté française de Belgique, les distributeurs de services par câble ne sont pas aujourd'hui en position de marché équivalente aux autres distributeurs, hertzien ou satellitaire, en revanche, au sein du régime juridique du câble, il est impossible, pour le CAC, d'alléger les obligations au bénéfice de distributeurs de services qui ne possèderaient pas une puissance significative sur le marché de la radiodiffusion, par exemple dans le cas d'une offre de services de radiodiffusion proposée en XDSL. Ce faisant, la Communauté française a opté pour la stabilisation et la pérennisation de l'infrastructure du câble large bande, dans sa forme historique de réseau de télédistribution.

Le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion crée trois régimes spécifiques de distributeur selon qu'il s'agisse du satellite (art. 88 décret), de l'hertzien (art. 84 décret) ou du câble (art. 81 décret). Cette différenciation semble heurter le principe de neutralité technologique lequel exige que la réglementation applicable aux contenus de la communication électronique au public (qui inclut la fonction de distribution des services) soit indifférente à leur mode technique de livraison. D'autant qu'un régime d'autorisation

---

<sup>17</sup> Communication de la Commission européenne concernant la transition de la radiodiffusion analogique à la radiodiffusion numérique (du passage au numérique à l'abandon de l'analogique), Bruxelles, COM(2003) 541, 17 septembre 2003, p. 15, [http://europa.eu.int/information\\_society/topics/ecommm/doc/useful\\_information/library/communic\\_report\\_s/switchover/acte\\_fr\\_vf.pdf](http://europa.eu.int/information_society/topics/ecommm/doc/useful_information/library/communic_report_s/switchover/acte_fr_vf.pdf).

<sup>18</sup> Communication de la Commission européenne *eEurope 2005 : une société de l'information pour tous. Plan d'action à présenter en vue du Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002*, COM(2002) 263, 28 mai 2002, p. 10, [http://europa.eu.int/information\\_society/eeurope/2002/news\\_library/documents/eeurope2005/eeurope2005\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2002/news_library/documents/eeurope2005/eeurope2005_fr.pdf).

préalable subsiste pour les opérateurs de réseaux satellitaire et hertzien, à la différence des opérateurs de réseau de télédistribution, soumis à régime déclaratif. En réalité, les obligations imposées aux distributeurs de services par le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion sont proportionnelles à leur puissance sur le marché concerné. En Belgique, il y a près de 3,9 millions d'abonnés à la télédistribution, ce qui représente 90 % des ménages. Ces abonnés reçoivent en Communauté française jusqu'à 44 programmes ou services de radiodiffusion en analogique, pour un coût moyen de 90 euros, TVA et droits d'auteur exclus<sup>19</sup>.

Par conséquent, les distributeurs de services par câble doivent proposer au public une offre de base prédéfinie au travers des droits de distribution obligatoire reconnus à certains types d'éditeurs de services. Ces obligations de « *must carry* » qui pèsent sur les distributeurs de services par câble<sup>20</sup> se justifient par des objectifs de pluralisme de l'offre médiatique, en contrepartie de la puissance significative de marché qu'ils exercent, seuls ou collectivement. Cette offre de base est préalable à la fourniture de toute offre complémentaire et doit être garantie à tous les abonnés aux réseaux de télédistribution de la Communauté française de Belgique, à un prix déterminé, selon une qualité donnée et sans discrimination géographique ou sociale. Cette obligation repose sur les distributeurs de services par câble ou, à défaut, sur les opérateurs de réseau de télédistribution (art. 81 décret). L'offre de base s'interprète en effet au regard de l'« obligation de diffuser », stipulée par l'article 31 de la directive « service universel », dans le cadre des intérêts et droits reconnus aux utilisateurs finaux des réseaux publics de communications électroniques. Etant déjà fournie en analogique, cette offre de base devrait l'être également en numérique, la durée du « *simulcast* »<sup>21</sup> ne posant *a fortiori* aucun problème particulier de capacité de transmission pour les réseaux de télédistribution. Mais l'inverse n'est pas vrai, ainsi que l'a rappelé le CAC dans sa décision 02/2004<sup>22</sup> : l'offre de base en numérique ne peut remplacer celle en analogique.

3.2. Si les obligations imposées uniformément aux distributeurs de services par câble peuvent se justifier au regard de la sauvegarde de la diversité culturelle et linguistique et du pluralisme des médias, objectifs tolérés par le CRECEL (considérant 6 & art. 8.1.3 directive « cadre »), encore faut-il que les ARN en apprécient la compatibilité avec les objectifs de concurrence effective des réseaux de communications électroniques. A ce titre, la dispense de régulation *ex ante* dont devraient bénéficier « *les marchés nouveaux et émergents sur lesquels des entreprises peuvent être puissantes grâce aux "avantages du précurseur"* » (§ 15 recommandation « marchés pertinents ») permet à l'Autorité de régulation des télécommunications (« ART », l'ARN française compétente pour tous les marchés, 18 inclus) de traiter distinctement le marché de la télévision sur l'ADSL par rapport aux infrastructures dominantes de radiodiffusion opérées par Télédiffusion de France, sans préjuger de la question de l'accès

<sup>19</sup> Les chiffres cités sont extraits de l'*Annuaire de l'audiovisuel 2003*, 9<sup>e</sup> édition, 2 t., Communauté française de Belgique et Edimédia, Bruxelles, 2003.

<sup>20</sup> Avec le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, les critères d'attribution du « *must carry* » sont devenus plus sélectifs (art. 82 décret) : d'un côté, seuls en bénéficient aujourd'hui, sur une base automatique, tous les services de radiodiffusion télévisuelle et sonore des éditeurs régionaux et locaux du secteur public francophone (et, sous la condition de réciprocité, leurs homologues flamand et germanophone), afin qu'ils puissent exercer leur obligation de service public de desserte géographique ; de l'autre côté, peuvent en bénéficier les services de radiodiffusion télévisuelle d'un éditeur qui a un établissement stable en Communauté française (volume de production propre et de coproduction, niveau d'emplois, etc.) ou qui contribue à la production régionale et européenne d'œuvres audiovisuelles, selon des modalités fixées par convention.

<sup>21</sup> « *Simulcast* » : diffusion des programmes simultanément en numérique et en analogique pendant la période de « *digital switchover* ».

<sup>22</sup> En cause : ALE-Teledis - service Canvas :

[http://www.csa.cfwb.be/pdf/Décision%202004-02%20\(ALE\).pdf](http://www.csa.cfwb.be/pdf/Décision%202004-02%20(ALE).pdf)

aux contenus audiovisuels, traitée par le CSA français<sup>23</sup>. Ce dernier, dans une réponse à des opérateurs de réseau publiée le 3 mars 2004, estime qu'il n'y a pas lieu de soumettre actuellement les réseaux ADSL au régime d'exploitation des réseaux câblés prévu par l'article 34 de la loi française du 30 septembre 1986. S'appuyant sur le considérant 27 de la directive « cadre », la Commission européenne considère que « *l'imposition prématurée d'une réglementation ex ante peut altérer les facteurs de concurrence en germe sur un marché nouveau et émergent. Il convient parallèlement d'empêcher que les entreprises dominantes ne barrent l'accès à ces marchés émergents. Sans remettre en cause le bien-fondé des interventions des autorités de la concurrence dans des cas particuliers, les ARN doivent veiller à ce que toute forme d'intervention ex ante précoce sur un marché émergent soit totalement justifiée, d'autant qu'elles conservent la possibilité d'intervenir à un stade ultérieur, dans le contexte du réexamen périodique des marchés pertinents* » (§ 32 lignes directrices « PSM »).

Entre-temps, le Groupe européen des régulateurs (ERG) a apporté des clarifications à la notion de « marché émergent », dans son document ERG(03)30rev1 du 1<sup>er</sup> avril 2004 sur les mesures correctrices dans le CRECEL. La caractéristique du marché émergent est d'être un « *marché immature* », c'est-à-dire qu'il est impossible de déterminer de manière certaine si les trois critères de définition d'un marché susceptible d'être régulé sont effectivement réunis (ERG(03)30rev1, p. 21). Ces trois critères sont : a) présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée (qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire), (b) absence de structure dynamique du marché qui empêcherait de le faire évoluer vers une situation de concurrence effective et (c) incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché (§ 9 recommandation « marchés pertinents »). Ces trois critères doivent être « *appliqués cumulativement* » (§ 16 recommandation « marchés pertinents »). Le document ERG donne comme exemple de « marché émergent » la future fourniture de services de données large bande sur les terminaux mobiles de troisième génération (ERG(03)30rev1, p. 22). *A contrario*, un marché qui figurerait dans la recommandation « marchés pertinents » (tel le marché 18 « *Services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux* ») n'est en aucun cas un marché émergent puisque tous ces marchés ont réussi le test des trois critères et par conséquent été identifiés comme pertinents au regard d'une régulation *ex ante* (cf. p. 10 du memorandum explicatif du document ERG(03)30rev1).

L'articulation entre distributeurs de services et opérateurs de réseau illustre combien l'application du seul droit de la concurrence au fondement du CRECEL ne suffit pas et peut même parfois faire obstacle aux objectifs politiques de sauvegarde du pluralisme et de développement culturel. Ces objectifs ont, en Belgique, une valeur constitutionnelle. Dans notre Etat fédéral, la régulation du secteur des communications électroniques ne se réduit pas à la distinction technique entre infrastructures et contenus mais est déterminée par le principe constitutionnel de libertés publiques et de droits subjectifs qui institue une différenciation entre la communication publique - comme l'affichage, la presse écrite ou la radiodiffusion - et les correspondances privées - comme la lettre manuscrite, le courrier électronique ou la téléphonie vocale. En tant que communication (électronique) au public, la radiodiffusion est une composante de l'espace public démocratique : elle doit être réglée au plus près des activités concernées, tant en matière de supports que de contenus ; et elle doit être réglée par les autorités compétentes pour ce qui touche à l'autonomie culturelle des personnes et des groupes. Cette situation diverge de la France (l'ART est chargée des infrastructures de communications électroniques, le CSA est chargé des contenus

---

<sup>23</sup> P. CHAMPSAUR (Président de l'ART), « Téléphonie et télévision sur Internet », intervention au colloque organisé au Sénat français, 20 février 2004, <http://www.art-telecom.fr/>.

audiovisuels, y compris de leur accès) ou du Royaume-Uni (l'Ofcom est le régulateur unique des services et réseaux de communications électroniques, excepté le contrôle de la liberté éditoriale de la BBC).

En termes juridiques, la radiodiffusion (infrastructures et services) relève, en Belgique, de la compétence exclusive des Communautés, selon une jurisprudence constitutionnelle constante (cf. les arrêts de la Cour d'Arbitrage n° 7/90, 1/91, 76/1998, 109/2000 et 156/2002). Concernant le CRECEL, le niveau fédéral est chargé de la régulation des marchés 1 à 17, tels que déclarés pertinents par la recommandation de la Commission du 11 février 2003, tandis que les entités fédérées exercent la régulation du marché 18, intitulé « *Services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux* ». Ce partage n'a pas été remis en cause, le décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion n'ayant pas fait l'objet de recours à la Cour d'Arbitrage, en particulier dans le chef des autorités fédérales. En revanche, les lois du 17 janvier 2003 respectivement relative au statut du régulateur des télécommunications et concernant les recours et le traitement des litiges (lois « IBPT ») et celles du 11 mars sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (lois « commerce électronique ») ont fait l'objet de recours en annulation de la Communauté flamande, le 25 juillet 2003.

3.3. Ces actions juridictionnelles traduisent un malaise à l'égard de la *summa divisio* établie par l'Union européenne entre les services de radiodiffusion télévisuelle, soumis à la directive « Télévision sans frontières »<sup>24</sup>, et les services de la société de l'information, régis par la directive « Commerce électronique »<sup>25</sup>. Quant à l'acte de communication électronique, le critère distinctif est l'initiative imputée soit au prestataire, soit au destinataire du service. Le service de radiodiffusion télévisuelle attribue l'acte déclencheur de la prestation du service au destinataire supposé, tel que reconstruit par le prestataire du service dans l'élaboration de son offre de programmes. Le service de la société de l'information attribue l'acte déclencheur de la prestation du service au destinataire effectif qui sollicite directement la prestation du service sur base d'une offre existante. Si cette distinction était établie selon un critère technique, elle aboutirait à des contresens juridiques : un même contenu serait traité différemment selon son mode de fourniture au public. En réalité, le critère technique de la forme de la transmission ne s'oppose pas à un critère lié au contenu de la communication électronique, lequel prend en compte l'interdépendance entre l'offre et la demande de services. Les communications électroniques au public incluent les services de radiodiffusion télévisuelle, les services de radiodiffusion sonore et une partie des services de la société de l'information. Un traitement équivalent des services électroniques de communication au public doit être adopté, indépendant de la forme technique de la transmission mais compatible avec elle, que la communication électronique s'effectue sur appel individuel d'un destinataire de services ou par diffusion unilatérale d'une programmation fixe<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 *visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle*.

<sup>25</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 *relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment, du commerce électronique, dans le marché intérieur*.

<sup>26</sup> Déjà, les pratiques des utilisateurs illustrent la continuité du domaine des communications électroniques au public, quel que soit le procédé utilisé ou le degré d'interactivité. « *On considère généralement que les services interactifs fournis par la télévision numérique englobent à la fois la "radiodiffusion améliorée" et l'"interactivité réelle". La "radiodiffusion améliorée" désigne la possibilité d'intégrer des applications, des données et des services multimédias dans le flux vidéo (une seule fois ou en boucle) et de les mettre à disposition soit en temps réel sur sélection de la part d'un spectateur, soit par leur stockage sur le disque dur, permettant ainsi une "interactivité locale". Un tel service ne remplirait pas le critère de "demande individuelle" qui caractérise les services de la société de l'information. L'"interactivité réelle"* »

Cette instabilité trouve un écho dans la Communication de la Commission européenne du 15 décembre 2003 sur *L'avenir de la politique de réglementation européenne dans le domaine de l'audiovisuel*, publiée à l'issue du processus de réexamen de la directive « Télévision sans frontières ». La Commission européenne n'écarte pas une remise en cause de la dualité des régimes juridiques applicables respectivement aux services de radiodiffusion télévisuelle et aux services de la société de l'information : « *A moyen terme, la Commission estime néanmoins qu'une révision approfondie de la directive pourrait être nécessaire afin de prendre en compte les développements technologiques et les changements intervenus dans la structure du marché de l'audiovisuel. Par conséquent, la Commission examinera, avec l'aide d'experts (dans des groupes de réflexion), la question de savoir si la réglementation du contenu devrait être modifiée au niveau communautaire pour les différents canaux de distribution du contenu audiovisuel afin de prendre en compte la convergence des médias au niveau technique et toute divergence entre les réglementations nationales qui portent préjudice à la mise en place et au fonctionnement du marché intérieur. Le mandat du groupe sera basé sur le cadre existant. Toute intervention devrait viser à garantir l'application proportionnée des règles et la mise en œuvre cohérente des politiques considérées comme étant liées à ce secteur, comme, par exemple, la concurrence, les communications commerciales, la protection des consommateurs et la stratégie du marché intérieur pour le secteur des services* »<sup>27</sup>.

La récente proposition de directive du Parlement européen et du Conseil *relative aux services dans le marché intérieur* (COM(2004) 2(01)), présentée par la Commission européenne le 13 janvier 2004, pourrait préfigurer cette approche harmonisée<sup>28</sup>. Ce texte adopte pour l'ensemble des services<sup>29</sup> la même méthode et les mêmes principes que ceux en vigueur pour les services de la société de l'information (directive « Transparence »<sup>30</sup>) et le commerce électronique (directive « e-Commerce »). Par une ironie de l'histoire, l'option 3 du Livre vert de 1997 sur la convergence connaîtrait ainsi une pérennité inattendue. Or une intégration fonctionnelle ne dégènerait pas en équivalence généralisée si le droit applicable répondait au besoin de différenciation des activités sociales par une complexité et une autonomie internes accrues. C'est l'option méthodologique qui parcourt le nouveau cadre juridique de la radiodiffusion en Communauté française de Belgique afin d'honorer l'enjeu politique essentiel et commun à tous les services électroniques de communication au public et à leurs contenus : le rôle – au moins potentiel – qu'ils jouent dans la formation critique des opinions

---

*implique une demande individuelle transmise par le "canal retour" à laquelle le fournisseur de service répond en fournissant les données et services demandés individuellement, séparément du programme vidéo principal. Le basculement entre l'interactivité réelle et l'interactivité simulée (radiodiffusion améliorée) est de plus en plus facile, de sorte que les utilisateurs finaux auront de plus en plus de difficulté à percevoir la distinction entre les deux. Actuellement, le choix du consommateur d'adopter la télévision numérique sera probablement davantage dicté par un intérêt pour l'accès à des contenus (de première qualité ou en grandes quantités) que pour l'accès à des services interactifs » (Communication de la Commission européenne sur les obstacles à un accès généralisé aux nouveaux services et applications de la société de l'information par l'intermédiaire de plate-formes ouvertes dans le domaine de la télévision numérique et des communications mobiles de troisième génération, COM(2003) 410, 9 juillet 2003, p. 17, [http://europa.eu.int/information\\_society/topics/ecom/doc/useful\\_information/library/communic\\_report\\_s/open\\_platform/acte\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/information_society/topics/ecom/doc/useful_information/library/communic_report_s/open_platform/acte_fr.pdf)).*

<sup>27</sup> Communication de la Commission européenne *L'avenir de la politique de réglementation européenne dans le domaine de l'audiovisuel*, COM(2003) 784, 15 décembre 2003, p. 16, [http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2003/com2003\\_0784fr01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2003/com2003_0784fr01.pdf).

<sup>28</sup> [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/fr/services/services/index.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/fr/services/services/index.htm).

<sup>29</sup> A l'exception des services qui font déjà l'objet d'une réglementation harmonisée spécifique tels que les communications électroniques, soumis au CRECEL, ou les services financiers, déjà couverts par le *Plan d'action pour les services financiers*.

<sup>30</sup> Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 *prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques*.

et sur la libre circulation des informations et des idées <sup>31</sup>. C'est à leur égard qu'il s'impose d'adopter une approche juridique neutre par rapport à la technique de transmission qui ne soit pas indifférente aux valeurs démocratiques. Il s'agit ensuite de spécifier les obligations réglementaires propres à chaque type de service électronique de communication au public et de les proportionner en fonction de leur influence supposée sur le public, afin de rencontrer l'objectif politique sous-jacent à la différenciation de la catégorie de « services de la société de l'information », rappelé dans la « stratégie de Lisbonne ».

---

<sup>31</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport préparé par le Dr Andreas GRÜNWARD, sur les options possibles pour le réexamen de la Convention européenne sur la Télévision Transfrontière*, Strasbourg, T-TT(2003) 002, 13 mai 2003, 28 p., [http://www.coe.int/T/F/Droits\\_de\\_l'Homme/Media/2\\_T-TT/3\\_Textes\\_et\\_documents/T-TT\(2003\)002%20F%20Rapport%20de%20Grunwald.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Media/2_T-TT/3_Textes_et_documents/T-TT(2003)002%20F%20Rapport%20de%20Grunwald.asp#TopOfPage).

## Annexe :

### (a) Textes de référence du CRECEL <sup>32</sup>

- Six directives :
  - directive 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 ») ;
  - directive 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 ») ;
  - 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 ») ;
  - directive 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 ») ;
  - directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »). A la différence des directives précédentes, ce texte est entré en vigueur le 31 octobre 2003 ;
  - directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (directive « concurrence »).
- Trois décisions :
  - décision 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision « spectre radioélectrique ») ;
  - décision 622/2002/CE de la Commission du 26 juillet 2002 instituant un groupe pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision « groupe politique spectre » / « RSPG ») ;
  - décision 627/2002/CE de la Commission du 29 juillet 2002 instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine des réseaux et services de communications (« ERG »).

<sup>32</sup> Les textes juridiques sont disponibles à l'adresse :

[http://europa.eu.int/information\\_society/topics/ecommm/useful\\_information/library/legislation/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/topics/ecommm/useful_information/library/legislation/index_en.htm)

Pour une présentation synthétique du CRECEL :

[http://europa.eu.int/information\\_society/topics/ecommm/all\\_about/todays\\_framework/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/topics/ecommm/all_about/todays_framework/index_en.htm)

- Deux recommandations :
  - recommandation C(2003) 497 de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à 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 (; recommandation « marchés pertinents ») ;
  - recommandation C(2003) 2647 de la Commission du 23 juillet 2003 concernant les notifications, délais et consultations prévus par l'article 7 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 (final ; recommandation « article 7 »).
- Enfin :
  - la liste des normes et/ou des spécifications pour les réseaux de communications électroniques, les services de communications électroniques et les ressources et services associés - édition intérimaire du 31 décembre 2002 (OJ C331, 31.12.2002, p.32 ; liste « standards ») ;
  - les lignes directrices 2002/C 165/03 de la Commission du 8 juillet 2002 sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (lignes directrices « PSM »).

## (b) Mise en œuvre et suivi du CRECEL

D'abord, la mise en œuvre du CRECEL suppose de rester attentif aux travaux des différents comités (comité des communications / « COCOM », comité sur le spectre radio-électrique / « RSC ») et groupes (e-communications consultation task force / « ECCTF », groupe européen des régulateurs / « ERG », groupe pour la politique du spectre radio-électrique / « RSPG ») européens pertinents et, en matière de standardisation technologique, aux travaux des organismes européens de normalisation (Institut européen des normes de télécommunication / « ETSI », Comité européen de normalisation / « CEN », Comité européen de normalisation électrotechnique / « CENELEC », etc.) et aux forums de l'industrie (groupe sur la radiodiffusion télévisuelle numérique / « DVB », l'European Information & Communications Technology Industry Association / « EICTA », etc.). On peut ainsi relever le projet de position commune ERG - Commission européenne sur les « remèdes » à imposer aux opérateurs exerçant une puissance significative sur le marché, les rapports de l'ETSI adoptés en application des articles 17 et 18 de la directive « cadre » sur la liste des normes et spécifications pour les réseaux et services de communications électroniques<sup>33</sup> et sur les normes de la TV numérique<sup>34</sup>, les avis demandés au RSPG sur le

<sup>33</sup> Rapport ETSI SR 002 211 *List of standards and/or specifications for electronic communications networks, services associated facilities and services: in accordance with Article 17 of Directive 2002/21/CE*, février 2004, 144 p., [http://pda.etsi.org/pda/home.asp?wki\\_id=@kkKMXTsoo019255XQ0Bs](http://pda.etsi.org/pda/home.asp?wki_id=@kkKMXTsoo019255XQ0Bs)

<sup>34</sup> Rapport ETSI TR 102 282 *Standardisation Work Programme in support of digital interactive television and the effective implementation of article 18 of Directive 2002/21/CE*, février 2004, 48 p.,

marché secondaire des droits d'utilisation du spectre radioélectrique ou sur les implications pour le spectre radioélectrique du passage à la radiodiffusion numérique et de l'abandon de la radiodiffusion analogique.

Ensuite, une veille internationale est justifiée en matière d'infrastructures dans la mesure où la répartition initiale des ressources physiques (spectre radio-électrique) et immatérielles (numérotation, noms de domaine) des communications électroniques s'effectue par la voie de négociations intergouvernementales, sous l'égide de l'Union internationale des télécommunications (Conférence régionale européenne des radiocommunications, Conférence mondiale des radiocommunications). De même, une veille internationale est également justifiée en matière de contenus. Qu'il s'agisse des travaux du Conseil de l'Europe relatifs au droit de réponse en ligne ou à Internet, des débats de l'Unesco relatifs à l'avant-projet de convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, du processus conduit par l'Organisation des Nations Unies intitulé « Sommet mondial sur la Société de l'Information » (et en particulier la question de la gouvernance de l'Internet) ou des négociations poursuivies dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce autour du programme de Doha.

Enfin, le CRECEL est également imprégné des conclusions relatives à la gouvernance européenne<sup>35</sup>. Ainsi, la consultation publique préalable des parties intéressées devient une forme obligatoire de l'élaboration des politiques publiques<sup>36</sup> et des mesures adoptées par les instances de régulation dans le domaine des communications électroniques, si les mesures ont des incidences importantes sur le marché pertinent (art. 6 directive « cadre »). De plus, les procédés de co-régulation sont largement encouragés pour renforcer l'efficacité et la légitimité des décisions contraignantes<sup>37</sup>. Que l'on pense, en matière de signalisation et de filtrage des contenus, à la Recommandation du 24 septembre 1998 sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information ou, en matière de réglementation publicitaire, aux propositions récentes de la Commission européenne dans le cadre du réexamen de la directive « Télévision sans frontières ». Enfin, la coopération horizontale entre autorités nationales de régulation et avec la Commission européenne devient la méthode de consolidation du marché intérieur (art. 7 directive « cadre ») et de l'élaboration d'une culture juridique commune<sup>38</sup>.

---

<http://www.cenelec.org/NR/rdonlyres/C9CF68AE-2FC6-4657-AFAF-05B1EA0B400B/782/DigitalTVfinalreport.pdf>.

<sup>35</sup> Commission européenne, *Rapport de la Commission européenne sur la gouvernance européenne*, Bruxelles, 2003. Sur la gouvernance : [http://europa.eu.int/comm/governance/index\\_fr.htm](http://europa.eu.int/comm/governance/index_fr.htm).

<sup>36</sup> Communication de la Commission européenne *Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue – Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées*, COM(2002) 704, 11 décembre 2002.

<sup>37</sup> Communication de la Commission européenne *Plan d'action « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire »*, COM(2002) 278, 6 juin 2002 ; Parlement européen, Conseil, Commission, Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », 16 décembre 2003, [http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2003/c\\_321/c\\_32120031231fr00010005.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2003/c_321/c_32120031231fr00010005.pdf).

<sup>38</sup> Communication de la Commission européenne *sur l'amélioration du contrôle de l'application du droit communautaire*, COM(2002) 725, 20 décembre 2002, et Communication de la Commission européenne *L'encadrement des agences européennes de régulation*, COM(2002) 718, 11 décembre 2002.