



Votre lettre du  
Vos références  
Nos références E1-900- 81  
S'adresser à Thierry DELAVAL  
N° de téléphone (02) 233 03 08  
annexes  
date 16 janvier 2009

Direction générale de la Concurrence  
State aid Registry  
Commission européenne  
Rue de la Loi 200  
1049 Bruxelles

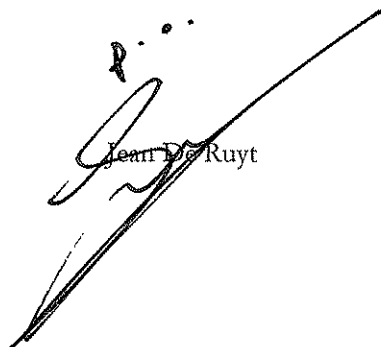
Copie à: VLG-DGO-MCF - J2- KC

**Objet:           Projet de communication de la Commission concernant l'application aux services  
publics de radiodiffusion des règles relatives aux Aides d'état.  
Contribution de la Belgique**

Je vous prie de bien vouloir trouver, en annexe, le texte de la contribution des autorités belges dans le cadre de la consultation sur la proposition de communication relative au service public de radiodiffusion.

Je vous souhaite bonne réception de la présente et je vous prie de croire en l'assurance de ma haute considération.

Le Représentant Permanent



Jean De Ruyt

**PROJET DE COMMUNICATION DE LA COMMISSION CONCERNANT  
L'APPLICATION AUX SERVICES PUBLICS DE RADIODIFFUSION DES REGLES  
RELATIVES AUX AIDES D'ETAT**

**CONTRIBUTION DE LA BELGIQUE**

**Remarque préliminaire**

La Belgique tient préalablement à remercier la Commission pour avoir offert à toutes les parties prenantes l'opportunité de présenter leurs remarques au projet de communication. La Belgique entend ainsi contribuer au débat de manière constructive, et espère que ses remarques seront prises en considération.

La Belgique fait partie du groupe des 19 Etats membres signataires de la position commune envoyée le 24 septembre à la Commissaire Nelly Kroes. Les positions exprimées dans la présente contribution reflètent et complètent cette position commune.

Comme elle l'a exprimé lors de la réunion multilatérale du 5 décembre 2008, la Belgique demande à la Commission qu'elle soumette aux Etats membres un nouveau projet révisé, et suggère qu'une seconde réunion multilatérale soit convoquée à l'initiative de la Commission afin de débattre de ce projet révisé. La Belgique pense que, de cette manière, la Commission contribuerait à maintenir le climat de dialogue avec les Etats membres.

**Remarques générales**

*Sur la nature juridique d'une communication*

1. Les communications contiennent des règles indicatives concernant l'approche que la Commission a l'intention d'adopter dans un domaine donné. D'après la Cour de justice, la Commission peut établir pour elle-même des lignes directrices pour l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires à l'aide de documents tels que des lignes directrices et des communications, « dans la mesure où ils contiennent des règles indicatives sur les orientations à suivre par cette institution et qu'ils ne s'écartent pas des normes du Traité »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Arrêt du Tribunal de première instance du 30 avril 1998, Het Vlaamse Gewest (région flamande) contre Commission, affaire T-214/95, Rec 1998 II-717, paragraphe 79; affaire C-313/90 CIRFS et autres contre Commission [1993] Rec I-1125, paragraphes 34 et 36; affaire T-380/94 AIUFFASS et AKT contre Commission [1996] Rec II-2169, paragraphe 57; voir aussi l'affaire T-149/95 Ducros contre Commission [1997], paragraphe 61.

2. Les règles contenues dans les communications lient uniquement la Commission, en ce sens qu'elles limitent son pouvoir discrétionnaire; elles ne lient pas la Cour de Justice ni le Tribunal de première instance.
3. La Commission ne dispose pas de la compétence, par le biais d'une simple communication, d'introduire de nouvelles règles – par exemple des garanties procédurales - ou de promouvoir des interprétations qui s'écarteraient du droit ou de la jurisprudence communautaire. Ce point est essentiel pour la suite de la présente contribution, spécialement lorsque l'on examinera la question d'une évaluation *ex ante* au regard de l'arrêt *TV2 Danmark*, et la question d'une marge de profit dans l'évaluation d'une éventuelle surcompensation au regard de l'arrêt *Altmark*.

### ***Sur la portée de l'arrêt Altmark***

4. Bien que le cas *Altmark* ne concerne pas les médias<sup>2</sup>, la Commission considère que l'approche dégagée par la Cour dans cet arrêt est d'application générale (point 28 du projet de communication). On peut cependant critiquer cette généralisation, plus particulièrement en ce qui concerne l'application de la quatrième condition relative à la comparaison avec un opérateur moyen efficient.
5. Presque simultanément à l'arrêt *Altmark*, la CJCE a rendu le 3 juillet 2003 un arrêt dans l'affaire *Chronopost*<sup>3</sup>, arrêt qui infirme quelque peu le principe d'une généralisation de la quatrième condition. Dans cette affaire, il s'agissait d'un pourvoi formé contre un arrêt du TPI qui annulait une décision de la Commission relative à une aide d'Etat dans le secteur postal en France. L'arrêt de la CJCE traite essentiellement de la notion de « conditions normales du marché », et considère que « *en l'absence de toute possibilité de comparer la situation de La Poste avec celle d'un groupe privé d'entreprises n'opérant pas dans un secteur réservé, les «conditions normales de marché», qui sont nécessairement hypothétiques, doivent s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles* ». La CJCE en conclut que *le Tribunal a commis une erreur de droit en interprétant l'article 87 §1<sup>er</sup> du traité en ce sens que la Commission ne pouvait pas apprécier l'existence d'une aide en faveur de la SFMI-Chronopost en se référant aux coûts supportés par La Poste, mais qu'elle aurait dû vérifier si la contrepartie reçue par La Poste «était comparable à celle réclamée par une société financière privée ou un groupe privé d'entreprises, n'opérant pas dans un secteur réservé, poursuivant une politique structurelle, globale ou sectorielle et guidé par des perspectives à long terme*». Dans cet arrêt, la CJCE semble clairement rejeter l'idée d'une comparaison avec les coûts qui seraient supportés par un opérateur privé, lorsque cette comparaison n'est objectivement pas possible.
6. Plus récemment, le TPI a rendu le 12 février 2008 un arrêt dans l'affaire *BUPA*<sup>4</sup>. Cet arrêt traite d'un recours en annulation introduit contre une décision de la Commission de ne pas

---

<sup>2</sup> L'arrêt répond à une question préjudicielle posée dans le cadre d'un litige entre deux sociétés allemandes concernant l'octroi, par le gouvernement de la région de Magdebourg, de licences de services réguliers de transport par autocar et de subventions publiques pour l'exécution desdits services

<sup>3</sup> Arrêt de la CJCE du 3 juillet 2003, affaires jointes C-83/01, C-93/01 et C-94/01, *Chronopost, La Poste, République française*

<sup>4</sup> Arrêt de la CJCE du 12 février 2008, affaire T-289/03, *BUPA*

soulever d'objections à l'égard de l'établissement d'un système d'égalisation des risques sur le marché irlandais de l'assurance maladie privée. Dans cet arrêt, il n'est notamment question de savoir si les quatre conditions de l'arrêt *Altmark* s'appliquent au système de compensation mis en œuvre. En l'espèce, le Tribunal a admis que, dans la mesure où le système en question diffère radicalement du système de compensation faisant l'objet de l'arrêt *Altmark*, il ne peut obéir strictement aux troisième et quatrième conditions énoncées dans l'arrêt. Plus particulièrement, le Tribunal a estimé qu'il était impossible pour la Commission de procéder à une comparaison avec un opérateur efficient. Le Tribunal s'est toutefois assuré du respect de la finalité et de l'esprit de ces conditions (voir à cet égard les points 237, 248 et 249 de l'arrêt). On retrouve dans cet arrêt du TPI un raisonnement comparable à celui que la CJCE a tenu dans l'arrêt *Chronopost*.

7. Il serait pertinent de rappeler cette jurisprudence au point 28 du projet de communication, en insistant sur le fait que, en vertu de cette jurisprudence, l'**applicabilité** du test *Altmark* devrait être vérifiée pour chaque cas en l'espèce, et ce **avant** de vérifier la conformité des compensations visées aux critères du test.

#### **Remarques sur l'influence de l'existence d'une rémunération directe sur la nature de service public d'un service**

8. Les points 52 à 55 du projet de communication abordent la question de l'impact d'une rémunération de services d'un organisme de service public de radiodiffusion au niveau du consommateur sur la nature de service public des services considérés. La Commission semble suggérer que l'élément de rémunération d'un service est susceptible de porter atteinte à son caractère de service public. Cette position s'appuie toutefois sur un postulat erroné, comme cela a été clairement mis en évidence par la jurisprudence communautaire.
9. Tant dans l'arrêt *TV2* (point 108 de l'arrêt) que dans l'arrêt *SIC*<sup>5</sup> (point 203 de l'arrêt), le TPI a conclu que « *un SIEG se définit, par hypothèse, par rapport à l'intérêt général qu'il vise à satisfaire et non par rapport aux moyens (y compris de financement) qui assureront sa fourniture* ». Le fait que certains Etats membres ont jusqu'à présent choisi de ne pas autoriser les organismes publics de radiodiffusion à proposer des services payants dans le cadre de leur mission de service public (voir la dernière phrase du point 52) ne fait que refléter leur propre évaluation basée sur leurs besoins nationaux ; cela ne peut en aucun cas être utilisé pour en déduire une règle valable à l'échelle de l'Union européenne.
10. Au point 53 de son projet, la Commission considère que la « *rémunération des services d'un organisme public de radiodiffusion au niveau du consommateur est susceptible de porter atteinte au caractère universel de ces services à la collectivité, la distribution se trouvant limitée à la frange de la population qui a la capacité et la volonté de payer pour les services en question* ». Cette considération n'est pas conforme à l'arrêt *BUPA*<sup>6</sup> (points 186 et 187 de l'arrêt), dans lequel le TPI estime qu'« *il ne découle pas du droit communautaire que, pour pouvoir être qualifié de SIEG, le service en cause doit constituer un service universel au sens strict (...). En effet, la notion de service universel, au sens du droit communautaire, n'implique pas que le service en cause doit répondre à*

<sup>5</sup> Arrêt du 26 juin 2008, affaire T-442/03

<sup>6</sup> Arrêt du 12 février 2008, affaire T-289/03

*un besoin commun à l'ensemble de la population ou être fourni sur l'intégralité d'un territoire (voir, à cet égard, arrêts Ahmed Saeed Flugreisen, point 181 supra, point 55 ; Corsica Ferries France, point 97 supra, point 45, et Olsen/Commission, point 166 supra, points 186 et suivants). (...) Dès lors, le fait que les obligations SIEG en cause n'ont qu'un champ d'application territorial ou matériel restreint ou que les services concernés ne bénéficient qu'à un groupe relativement restreint d'utilisateurs ne remet pas nécessairement en cause le caractère universel d'une mission SIEG au sens du droit communautaire ».*

11. L'élément de rémunération au niveau du consommateur ne peut dès lors affecter l'évaluation de la Commission lorsqu'elle examine s'il y a erreur manifeste ou non. En effet, conformément à la jurisprudence communautaire, le critère de la rémunération directe n'est pas relevant pour évaluer le caractère de service public d'un service donné.
12. En conclusion de ce point, nous proposons dès lors de supprimer la dernière phrase du point 52, ainsi que les points 53 et 54. Il nous paraît que le point 55, lu en combinaison avec la section 6.3 (Financement du service public et critère de proportionnalité), est suffisant pour refléter l'attention que l'on doit apporter à l'existence d'une rémunération directe.

#### **Remarques sur l'obligation de procéder à une évaluation *ex ante***

13. La section 6.1.3 du projet de communication vise à imposer une évaluation *ex ante*, publique et contradictoire, de la nature de service public de tout « *service nouveau important* » qui serait proposé par des organismes publics de radiodiffusion. La rédaction des points 59 et 61 du projet de communication montre clairement que la Commission a l'intention de rendre cette évaluation obligatoire.
14. Cela étant, le projet de communication n'apporte aucune indication sur les conséquences d'une absence d'évaluation *ex ante*. L'inclusion d'un nouveau service dans la mission de service public ne serait-elle pas admissible ? La Commission considérerait-elle qu'une telle inclusion relèverait d'une erreur manifeste ? Il est à cet égard pertinent de rappeler que la jurisprudence communautaire suggère qu'une erreur de procédure dans le domaine des aides d'Etat ne conduit pas automatiquement à une illégalité substantielle<sup>7</sup>.
15. La proposition de la Commission est basée sur le postulat selon lequel une « *extension d'activités financées par des ressources publiques devrait (...) s'accompagner de mesures adéquates garantissant le plein respect du Traité* » (point 56). Ce postulat est contestable en soi dans la mesure où il n'est pas consistant avec la jurisprudence communautaire selon laquelle, d'une part les États membres disposent d'un large pouvoir discrétionnaire quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général, et d'autre part la définition de ces services par un Etat membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste<sup>8</sup>. Dans l'affaire *TV2*, le TPI a

<sup>7</sup> Voir à cet égard les arrêts de la CJCE dans les affaires C-301/87 (Boussac) et C-142/87 (Tubemeuse), où la Cour n'a pas accepté l'argument selon lequel un défaut de notification sous l'article 88 CE impliquerait **automatiquement** l'incompatibilité de l'aide avec le marché commun.

<sup>8</sup> Arrêt du 22 octobre 2008, *TV2 Danmark*, affaires jointes T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, point 101, ainsi que la jurisprudence citée, ainsi que l'arrêt du 12 février 2008, *BUPA*, affaire T-289/03, point 166

considéré en l'espèce que « *la compétence des États membres pour définir le SIEG de la radiodiffusion en termes larges et qualitatifs, de manière à recouvrir la diffusion d'un large éventail de programmes, ne saurait être contestée* » (point 113).

16. Conformément au Protocole d'Amsterdam, la mission de radiodiffusion de service public comprend des objectifs liés aux besoins démocratiques et sociaux de la société, ainsi qu'à la culture et à l'éducation. Dans ces domaines, les États membres disposent de la compétence exclusive de définir et d'organiser la mission de service public, et l'action de l'Union européenne ne peut qu'appuyer celle des États membres, sans pour autant la remplacer<sup>9</sup>. Par conséquent, le principe de subsidiarité est d'autant plus important concernant la définition de la mission de la radiodiffusion de service public.
17. Dès lors, tant le droit que la jurisprudence communautaires ne limitent la compétence des États membres de définir et d'organiser la mission de service public, sous réserve du contrôle de l'erreur manifeste par la Commission. Il n'y a dès lors aucune raison en doctrine ou en jurisprudence qui justifie la soumission de certains services à un régime procédural particulier. Il appartient aux États membres de décider quelles seraient les procédures les plus appropriées pour définir et organiser la mission de service public.
18. Le principe de neutralité technologique est la pierre angulaire de la réglementation communautaire en matière de communications électroniques et de la directive relative aux services de médias audiovisuels. Ce principe ne semble pas être respecté dans le projet de communication, dans la mesure où, par 'nouveaux services' qui seraient soumis à des règles procédurales particulières, la Commission semble essentiellement viser les services non linéaires.
19. En outre, requérir une procédure d'autorisation *ex ante* pour chaque 'nouveau' service pourrait aller à l'encontre de l'indépendance éditoriale des radiodiffuseurs de service public. Dans l'arrêt *TV2*, le TPI a approuvé la « *liberté laissée par les autorités danoises à TV2 dans la définition concrète de sa programmation* », en mettant en avant la nécessité « *qu'un radiodiffuseur de service public jouisse d'une indépendance éditoriale par rapport au pouvoir politique dans le choix concret des programmes* » (point 118 de l'arrêt).
20. La proposition de la Commission semble également impliquer que l'extension de la mission de service public à de 'nouveaux' services dépendrait de l'état de l'offre commerciale sur le marché (point 61). Cela est contraire à l'arrêt *TV2*, qui conclut que « *faire (...) dépendre, au moyen d'une analyse comparative des programmations, la définition du SIEG de la radiodiffusion du périmètre de la programmation des radiodiffuseurs commerciaux, aurait pour effet de priver les États membres de leur compétence pour définir le service public. En effet, la définition du SIEG dépendrait, en définitive, des opérateurs commerciaux et de leurs décisions de diffuser ou pas certains programmes. Comme le relève à juste titre TV2 A/S, les États membres, lorsqu'ils définissent la mission du service public de radiodiffusion, ne sauraient être limités par les activités des chaînes de télévision commerciale* » (point 123 de l'arrêt – nous soulignons).
21. Qui plus est, en proposant de « *tenir compte des effets potentiels des services en question sur le marché et d'éviter les distorsions de concurrence indues* » lorsqu'il s'agit pour les

---

<sup>9</sup> Arrêt du 12 février 2008, *BUPA*, affaire T-289/03, point 167

Etats membres d'inclure un 'nouveau' service dans la mission de service public, la Commission fait une confusion entre deux étapes séparées du raisonnement juridique, à savoir : (a) la définition de la mission, et (b) l'évaluation des distorsions de concurrence et de leurs effets sur l'intérêt commun.

22. Une mission de service public peut être définie de manière large et inclure de 'nouveaux' services déjà offerts sur le marché par des opérateurs commerciaux, même si le marché en est affecté. La question de la distorsion de concurrence dans une mesure contraire à l'intérêt commun intervient à une étape ultérieure du raisonnement. En d'autres termes, le critère de la distorsion de concurrence, qu'elle soit acceptable ou non, n'est pas relevant pour les besoins de la définition de la mission de service public.

23. En conclusion sur ce point, nous proposons d'apporter à la section 6.1.3. les modifications suivantes :

- Il convient de supprimer la dernière phrase du point 56.
- La deuxième phrase du point 57 serait modifiée comme suit : « *Les Etats membres examineront si les services nouveaux importants satisfont les mêmes besoins (...)* ».
- Il convient de supprimer les termes mis entre parenthèses dans la deuxième phrase du point 58.
- Le point 60 devrait être supprimé.
- Le point 61 devrait être réécrit comme suit : « *Afin de tenir compte des effets potentiels des services en question sur le marché, les Etats membres sont invités à examiner, dans le contexte de l'offre globale des organismes de service public, les conséquences de l'introduction d'un nouveau service, par une procédure d'évaluation basée sur une consultation publique.* »
- Le point 62 devrait être supprimé.
- De manière générale, il convient d'être attentif, dans la rédaction, au respect du principe de neutralité technologique, et dès lors de ne pas établir de discrimination entre services linéaires et non linéaires.

24. Par ailleurs, en pour être cohérent avec ces propositions, la deuxième phrase du point 51 devrait être réécrite comme suit : « *Afin de garantir le rôle fondamental des médias de service public dans le nouvel environnement numérique, les organismes publics de radiodiffusion peuvent fournir un contenu audiovisuel sous la forme de services **aussi bien linéaires que non linéaires** distribués via de nouvelles plateformes, à destination du public en général ou de publics particuliers, pour autant qu'ils assurent la satisfaction des (...) besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société en question et qu'ils n'induisent pas d'effets disproportionnés sur le marché, qui ne sont pas nécessaires à l'accomplissement de la mission de service public.* ».

### **Remarques sur la question de la surcompensation**

25. La position prise par la Commission sur la question du bénéfice raisonnable (point 93 du projet de communication) ne tient pas compte tant de sa pratique passée que du droit et de la jurisprudence communautaire récents (en particulier le cas *Altmark* et les développements législatifs qui ont suivi).

26. Dans des décisions passées, la Commission a reconnu qu'un bénéfice raisonnable pouvait être pris en considération pour calculer le montant de la compensation.
27. Le troisième critère de l'arrêt *Altmark* tient compte d'un bénéfice raisonnable dans le calcul de la compensation. Cette notion de bénéfice raisonnable se retrouve tant dans la décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86 (2) du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, que dans l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public, sans qu'il soit fait une différence entre organismes publics et entreprises gérées commercialement. On assure ainsi la consistance juridique entre le test *Altmark* et l'évaluation de compatibilité sous l'article 86 (2) CE, dans la mesure où toute conclusion atteinte lorsque l'on examine si la compensation de service public peut être qualifiée d'aide d'Etat au sens de l'article 86 (2) CE ne peut être négligée ou ignorée lorsque, si nécessaire, on évalue la compatibilité de l'aide avec le marché commun.
28. Le projet de communication devrait dès lors permettre un bénéfice raisonnable dans tous les cas de figure. La détermination du bénéfice raisonnable devrait s'aligner sur la décision de 2005 et l'encadrement communautaire, et ne devrait pas être affectée par le fait de savoir si l'entreprise est autorisée ou non à faire du profit.
29. En prévoyant une marge de 10 % pour l'évaluation d'une surcompensation admissible (points 94 et 95), le projet de communication s'aligne sur l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public. On ne comprend toutefois pas pour quelle raison le projet de communication est plus strict que l'encadrement communautaire en ce qu'il stipule que des provisions exceptionnelles d'un niveau supérieur à 10 % doivent être constituées à l'avance et de manière contraignante en vue d'investissements importants et non récurrents (points 95 et 96), alors que l'encadrement communautaire ne fait peser sur les Etats membres qu'une simple obligation de justifier ces surcompensations exceptionnelles (point 21 de l'encadrement).
30. En outre, les points 94 à 96 doivent être interprétés à la lumière des points 222 et 223 de l'arrêt *TV2*, selon lesquels l'affirmation qu'un organisme de radiodiffusion n'ait pas besoin de puiser dans ses réserves n'est nullement à même d'établir l'existence d'une aide d'Etat.
31. En conclusion de ce point, nous proposons d'apporter à la section 6.3.3.2. (Surcompensation) les modifications suivantes :
- Le point 93 serait réécrit comme suit : « *Les entreprises percevant une compensation pour l'accomplissement d'une mission de service public perçoivent en général un bénéfice raisonnable, qui consiste en un taux de rémunération du capital propre qui tient compte du risque supporté par l'entreprise ou de l'absence de risque. La Commission estime qu'il est raisonnable d'inclure un élément de bénéfice dans le montant de la compensation octroyée pour l'accomplissement de la mission de service public, dans les limites et selon les modalités fixées par l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public (JOCE C297/4, 29.11.2005).* »

- Le point 95 serait réécrit comme suit : « *Les organismes publics de radiodiffusion (...) peuvent être autorisés à constituer des provisions d'un niveau supérieur à 10% des dépenses annuelles budgétées au titre de l'accomplissement de leur mission de service public dans les conditions fixées par l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public.* »
- Le point 96 serait supprimé.

### **Remarques finales**

32. Nous proposons de supprimer le point 102. Le point 105 est suffisamment clair pour ce qui concerne le principe, et les exemples du point 102 peuvent prêter à confusion.
33. La Communication de 2001 contenait un point 62 relatif aux services publics de radiodiffusion des 'petits' Etats membres, et rédigé comme suit : « *La Commission tiendra également compte des difficultés que peuvent éprouver certains États membres plus petits à réunir les fonds nécessaires lorsque les coûts du service public par habitant sont plus élevés, toutes choses étant égales par ailleurs (Des difficultés similaires peuvent surgir lorsque la radiodiffusion de service public s'adresse à des minorités linguistiques ou répond à des besoins locaux)* ». La Belgique estime que ce point devrait être maintenu dans la nouvelle communication. En effet, dans un secteur comme celui de la radiodiffusion, l'effet de taille du marché est extrêmement important. Dans la mesure où les marchés restent essentiellement nationaux (ou au plus organisés en bassins linguistiques), les radiodiffuseurs de service public de petits Etats membres sont comparativement désavantagés par rapport à ceux d'Etats plus grands. L'autorité publique ne peut pas lever des ressources financières aussi importantes que dans des Etats plus grands, et les éventuelles ressources commerciales complémentaires sont limitées par la taille du marché de référence. D'autre part, on constate que, même dans les petits Etats membres, les radiodiffuseurs privés qui concurrencent le service public sont de plus en plus des filiales de grands groupes audiovisuels, et bénéficient dès lors des effets d'échelle et de gamme inhérents à ces groupes. Dès lors, la concurrence joue de plus en plus en défaveur des radiodiffuseurs de service public dans un contexte où l'accroissement de la concurrence conduit essentiellement à une inflation des coûts