

koan

ASSOCIATION D'AVOCATS

**OBSERVATIONS DEPOSEES SUR LE PROJET DE  
COMMUNICATION DE LA COMMISSION (2008)  
CONCERNANT L'APPLICATION AUX SERVICES PUBLICS DE  
RADIODIFFUSION DES REGLES RELATIVES AUX AIDES D'ETAT**

Jean-Paul HORDIES  
Bruxelles, le 15 janvier 2009

## **Préambule**

Les présentes observations portent sur le projet de communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État, rendu public le 4 novembre 2008 et modifiant la communication du 15 novembre 2001<sup>1</sup> (ci après, « *le projet de communication* »).

Ces observations font suite aux réponses fournies par le cabinet KOAN à la consultation publique menée par la Commission sur le même sujet au mois de mars 2008.

Elles sont déposées en nom propre par le cabinet KOAN, afin de contribuer, dans une mesure modeste, à la réflexion entamée par la Commission dans le cadre du projet de révision de sa Communication susmentionnée.

Les présentes observations ont un caractère général et concerne l'application de la Communication à l'ensemble des Etats membres. Les présentes observations doivent être considérées comme indépendantes et sans lien direct avec les procédures en cours. Elles ne peuvent porter préjudice aux intérêts des clients que nous défendons, la responsabilité des idées développées dans les présentes étant de la seule responsabilité des signataires.

\*\*\*

---

<sup>1</sup> JO, 15.11.2001, n° C 320, p. 5.

Dans un souci de clarté, nous avons choisi de formuler ces commentaires en suivant la structure du projet de communication.

## 1. INTRODUCTION ET CHAMP D'APPLICATION DE LA COMMUNICATION

De manière générale, l'initiative d'une nouvelle communication doit être bien accueillie, dans la mesure où celle-ci vient compléter utilement le texte de 2001, renforçant ainsi la sécurité juridique à laquelle aspirent les opérateurs sur le marché.

A cet égard, nous rappellerons que le texte de la communication de 2001 n'a pas empêché le développement d'un contentieux de plus en plus fourni au cours de ses dernières années, sans doute en raison de la généralité excessive de sa rédaction. En d'autres termes, la communication de 2001 n'a pas apporté la sécurité juridique voulue et, partant, n'a pas assuré la paix judiciaire.

Or, cette dernière est d'autant plus souhaitée que les radiodiffuseurs historiques, qu'ils soient publics ou privés, sont désormais exposés à la concurrence accrue émanant de nouveaux acteurs sur le marché (les exploitants de réseau et les entreprises internet) et/ou de nouveaux services de médias (les services en ligne, non linéaires ou à la demande). Les descriptions relatives aux développements affectant le contexte factuel et économique dans lequel opèrent les radiodiffuseurs doivent donc être maintenues, à notre sens. Elles donnent une vision plus juste des contraintes qui affectent lesdits radiodiffuseurs.

Notons, enfin, que tout effort allant dans le sens de préciser la portée de la communication de 2001 – c'est-à-dire le cadre régissant tant la définition que le financement des organismes publics de radiodiffusion par l'Etat- est le bienvenu et doit être encouragé. A défaut, le texte de la communication ne rencontrera pas les préoccupations formulées par les opérateurs sur le marché de la radiodiffusion, et à l'origine du contentieux évoqué ci-dessus.

## 2. RÔLE DES ORGANISMES PUBLICS DE RADIODIFFUSION

Il est constant que les activités menées par les organismes publics de radiodiffusion constituent dans les Etats membres des services d'intérêt économique général (ci-après, « SIEG ») bénéficiant d'un régime dérogatoire aux règles du traité.

A titre liminaire, il convient de rappeler que le SIEG a été défini par la Commission comme « *les services, tant économiques que non économiques, que les autorités publiques classent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public* »<sup>2</sup>. Aux termes de l'article 16 CE, les SEIG figurent parmi les valeurs communes de

---

<sup>2</sup> Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen, COM (2007) 725 final, 20.11.2007, p. 4.

l'Union et jouent un rôle dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses Etats membres.

Le projet de communication revient de façon pertinente, à notre sens, sur la légitimité de l'existence du service public de radiodiffusion. Bien qu'il s'agisse aujourd'hui d'une question qui ne fait plus véritablement débat au sein des Etats membres, il nous semble utile de rappeler les fondements de cette légitimité.

Selon le projet de communication, le service public de radiodiffusion n'est pas un service SIEG comparable aux autres, pour les raisons suivantes :

- « *Il n'existe pas d'autre service qui, simultanément, dispose d'un accès aussi large à la population, lui fournit une grande quantité d'informations et de contenus et qui, ce faisant, relaie et influence les opinions individuelles et l'opinion publique* » (point 10) ;
- « *la radiodiffusion est généralement perçue comme une source d'information fiable et représente la principale source d'information d'une partie non négligeable de la population* » (point 11) ;
- « *Elle enrichit ainsi le débat public et, en fin de compte, peut garantir à tous les citoyens un degré équitable de participation à la vie publique* » (point 11) ;
- Selon les termes du Protocole d'Amsterdam sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres « *la radiodiffusion de service public dans les États membres est directement liée aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de chaque société ainsi qu'à la nécessité de préserver le pluralisme dans les médias* » (point 14) ;
- la radiodiffusion de service public joue un rôle dans la promotion de la diversité culturelle (point 17);

Ces considérations appellent, principalement, deux remarques.

Dans un premier temps, le SIEG de radiodiffusion est légitime en ce qu'il joue un rôle politique important, par l'accès au citoyen dont il dispose, la communication d'informations considérées comme fiables et la participation au débat public auquel il participe, contribuant ainsi à la communication et aux développements des opinions publiques et individuelles.

Cette mission doit donc rester sa mission principale mais aussi son incontestable spécificité pour que le SIEG de radiodiffusion conserve sa légitimité.

Nous rappellerons, à cet égard, nos développements contenus dans nos observations déposées en mars 2008 relatifs à la similitude qui existe, notamment en France, entre les obligations d'intérêt général et les objectifs assignés, par le législateur national, aux opérateurs privés et publics de radiodiffusion. Cette similitude a pour effet, selon nous, d'estomper la distinction

entre le secteur privé et public (investi d'une mission de service public) de radiodiffusion et, partant, la spécificité de ce dernier. Une démarche tendant à affirmer et accentuer la différence du service public de radiodiffusion nous paraît donc indispensable. Cela pourrait, notamment, se faire en accordant une importance accrue à la satisfaction de besoins qualitatifs dans le chef du service public de radiodiffusion (voy. *infra*).

Dans un second temps, quant à sa participation à la diversité culturelle, le SIEG de radiodiffusion doit rester le principal moteur, par exemple, de l'industrie culturelle audiovisuelle et cinématographique.

A notre sens, l'offre de programmation des radiodiffuseurs de service public pourrait refléter les investissements consentis dans l'industrie culturelle audiovisuelle et cinématographique en réservant une plus grande place aux œuvres ainsi produites.

### 3. CONTEXTE JURIDIQUE

Il nous paraît que cette section pourrait être étoffée avec les considérations suivantes.

1. Le Protocole sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres, annexé au Traité d'Amsterdam, contient le paragraphe suivant :

*« Les dispositions du traité instituant la Communauté européenne sont sans préjudice de la compétence des États membres de pourvoir au financement du service public de radiodiffusion dans la mesure où ce financement est accordé aux organismes de radiodiffusion aux fins de l'accomplissement de la mission de service public telle qu'elle a été conférée, définie et organisée par chaque État membre et dans la mesure où ce financement n'altère pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la Communauté dans une mesure qui serait contraire à l'intérêt commun, étant entendu que la réalisation du mandat de ce service public doit être prise en compte ».*

Certains Etats membres et certains radiodiffuseurs publics lisent dans ce Protocole une compétence exclusive pour les Etats membres relative au service public de radiodiffusion. Ils en déduisent que la définition, l'organisation ou le financement du service public de radiodiffusion est à l'abri du droit communautaire. Cet argument est notamment utilisé pour émettre des objections à l'encontre de la proposition de la Commission d'introduire, au niveau national, un contrôle ex ante (voy. les points 56 à 64 du projet de communication).

Ainsi, l'argument tiré de la compétence exclusive revient dans plusieurs commentaires formulés lors de la première consultation relative à la communication :

- Swedish public service broadcasters : *“The Member State has the responsibility and – according to the Amsterdam Protocol – the competence to spell out the characteristics of the public service broadcasting, valid in each period and relevant in the cultural and social settings of the country. The procedural framework in Sweden, as outlined*

*in 2.3.1, provides for sufficient clarity as well as flexibility in the definition of the task. The discretion of all the involved parties – including all the stakeholders - in the process works better than a static list – either positive or negative – of characteristics that should define the services in question”;*

- Swedish public service broadcasters: *“According to the Amsterdam Protocol each member state has the competence to confer, define and organize the public service remit, so as to best meet the democratic, cultural and social needs in that state. This principle has been affirmed by the Council of the European Union in the Resolution of 25 January 1999 (OJ 1999 C30/1). It is for the Member States to judge, which methods and procedures are most appropriate for the definition of the public service remit. An introduction of procedural rules for the definition of the public service remit would go against the principle of the Member States’ procedural and institutional autonomy”;*
- VRT – NPO – Roos: *“Dat van de lidstaten een zo precies mogelijke omschrijving van de publieke omroepopdracht wordt gevraagd, is een terechte eis. Zowel de Vlaamse als de Nederlandse overheid hebben in hun respectieve wet- en regelgeving hieraan omvattend gehoor gegeven. Echter de inhoudelijke omschrijving en de wijze waarop dit gebeurt (aan de hand van een positieve en negatieve lijst, aan de hand van een conceptuele invulling van de opdracht e.d.m.), is een exclusieve bevoegdheid van de lidstaten en vanwege het Protocol van Amsterdam uitdrukkelijk niet van de Europese Gemeenschap”;*
- VRT – NPO – Roos: *“Dat van de lidstaten een zo precies mogelijke omschrijving van de publieke omroepopdracht wordt gevraagd, is zoals reeds eerder gesteld een terechte eis, maar de inhoudelijke omschrijving en de wijze waarop dit gebeurt is een exclusieve bevoegdheid van de lidstaten. Het is dus niet aan de Europese Commissie om in het kader van de herziening van de omroepmededeling de wijze te omschrijven waarop de lidstaten tot een bepaling (al dan niet na een publieke ex ante evaluatie) en concrete omschrijving van de opdracht kunnen besluiten”;*
- ARD: *“Eine weitergehende Unterscheidung zwischen den öffentlichrechtlichen Diensten und anderen Tätigkeiten ist auf Gemeinschaftsebene weder möglich noch erforderlich. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, gemäß der klaren Kompetenzzuweisungen zwischen Gemeinschaft und nationaler Ebene, den Auftrag zu bestimmen, so wie es das Amsterdamer Protokoll, welches Bestandteil des Primärrechts ist, unmissverständlich klarstellt. Es ist daher auch Sache des einzelnen Mitgliedstaates Sorge dafür zu tragen, dass der jeweilige Auftrag klar definiert ist“;*
- La Communauté française de Belgique: *« Nous estimons que la définition et l’organisation de la mission de service public relèvent exclusivement de la compétence des Etats membres, comme le prévoit le protocole d’Amsterdam. Nous considérons en particulier que les Etats membres sont seuls compétents pour décider si la mission de service public inclut des activités liées au développement des nouvelles technologies (comme par exemple des services en ligne) » ;*

- La Communauté française de Belgique: « *Nous estimons qu'il ne faut pas prévoir dans la communication un principe d'appréciation ex ante pour chaque nouvelle activité de média non prévue dans un acte officiel. Comme rappelé ci-dessus, il appartient aux Etats membres de définir clairement dans des actes officiels la mission de service public et d'organiser son fonctionnement. A partir du moment où un Etat définit un mandat reprenant clairement les missions de service public, il n'est pas indispensable de prévoir une procédure ex ante, préalable à chaque utilisation de nouvelles activités de médias, pour vérifier si une nouvelle activité de média entre dans la mission de service public* » ;
- Bundesrepublik Deutschland : « *Die Beauftragung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit Telemedien, insbesondere audiovisuellen Abrufdiensten, in Ergänzung zu den klassischen Fernseh- und Hörfunkprogrammen unterliegt der vom Amsterdamer Protokoll geschützten Definitionshoheit der Mitgliedstaaten, denen die Beurteilung zusteht, auf welche Weise die demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Gesellschaft bedient werden sollen. Insoweit ist eine Klarstellung auf der Ebene des europäischen Rechts (insbesondere im Beihilferecht) nicht erforderlich; keinesfalls soll ein Ansatz akzeptiert werden, der über den im Beihilfeverfahren gefundenen Kompromiss hinaus geht. Auf nationale Besonderheiten, namentlich auf das jeweilige Verfassungsrecht ist Rücksicht zu nehmen. Im Hinblick auf die dynamische Entwicklung dieses Sektors sind Festlegungen zur Bestimmung des gemeinwirtschaftlichen Charakters nicht erstrebenswert* »;
- Nederland: „*Nederland is bezorgd dat een herziening van de Omroepmededeling ten koste gaat van de ruimte voor lidstaten om de publieke omroep naar eigen inzicht vorm te geven. Dit risico bestaat wanneer de Commissie in de Omroepmededeling te gedetailleerde voorschriften zou opnemen*”;
- Nederland: “*De Nederlandse autoriteiten kunnen zich in veel voorstellen van de Commissie vinden. Er is echter één groot bezwaar. Dat betreft de wijze waarop de voorstellen, op Europees niveau, gedetailleerde procedurele verplichtingen aan de lidstaten opleggen om bestaand marktaanbod en belangen van (commerciële) derden mee te wegen bij de goedkeuring van nieuwe media activiteiten van publieke omroepen*”;
- Nederland: “*Het huidige kader geeft duidelijk aan dat het aan de lidstaten is om de publieke taak van hun publieke omroepen vorm te geven en deze te financieren, en bevat slechts een marginale toetsingsbevoegdheid van de Commissie. Gezien deze bevoegdheidsverdeling voert het dan ook te ver om op Europees niveau een brede en voorafgaande toets op markteffecten als verplichting in te stellen*”.

Il ressort de ces extraits que ces différents acteurs défendent le point de vue selon lequel (i) les pouvoirs publics disposent d'une large marge de manœuvre dans la définition et le financement du service public ; et (ii) le droit communautaire ne peut donc « se mêler » ni ne jouer aucun rôle dans cet exercice de définition ou de financement du SIEG de radiodiffusion.

Or, si la première partie du raisonnement ne peut être contestée, il n'en va pas de même de la seconde.

Ainsi, nous sommes d'avis que la communication peut et - compte tenu de certains des commentaires parmi ceux cités ci-dessus - devrait être plus claire sur l'encadrement communautaire des compétences nationales en matière de définition du SIEG de radiodiffusion et de son financement.

Dans ce cadre, les éléments suivants pourraient davantage être mis en évidence dans la future communication :

- les Etats membres sont compétents pour définir le contenu du service public de radiodiffusion et la façon dont ce service est financé. En faisant cela, les Etats membres doivent néanmoins respecter l'ensemble du droit communautaire (règles en matière d'aides d'Etat, règles relatives au droit de la concurrence, etc) ;
- il appartient à la Commission de vérifier si les Etats membres respectent le droit communautaire. En effet, l'étendue de la compétence des Etats membres en la matière n'exclut pas que la Commission puisse vérifier que les Etats membres respectent le droit communautaire lorsqu'ils exercent cette compétence ;
- Le contrôle ex ante au niveau national, tel que proposé par la Commission dans le projet de communication, relève de la responsabilité générale de la Commission de vérifier le respect du droit communautaire par les Etats membres. En d'autres mots : le contrôle ex ante ne constitue pas une atteinte à la répartition des compétences entre la Communauté européenne et les Etats membres. Le contrôle ex ante organisé au niveau national ne constitue qu'une application du principe de subsidiarité au niveau du pouvoir de contrôle de la Commission: ainsi, en tenant compte des spécificités propres à chaque Etat membre, soit il reviendra aux Etats membres de vérifier si un nouveau service offert par un organisme public de radiodiffusion relève du SIEG de radiodiffusion ; soit, à défaut de contrôle par les Etats membres, il appartiendra à la Commission d'y procéder ;
- En tout état de cause, la Commission reste encore compétente pour vérifier le respect du droit communautaire lorsque, par exemple, elle constaterait que le contrôle ex ante des Etats membres n'est pas efficace.

2. La section 3 de la future communication devrait également insister un rôle primordial dans le contrôle du respect du droit communautaire par les Etats membres.

Or, nous avons déjà pu constater que la Commission n'exerce pas toujours d'une manière diligente sa tâche de gardienne du droit communautaire.

Plus particulièrement, s'agissant des aides d'Etat en matière de service public de radiodiffusion, la Commission :

- ne procède pas toujours à un examen sérieux et diligent des plaintes

La Commission possédant une compétence exclusive pour apprécier la compatibilité d'une aide d'Etat avec le droit communautaire, il est constant que celle-ci est tenue d'examiner d'une manière diligente et impartiale les plaintes dénonçant l'existence d'aides qui seraient incompatibles avec le droit communautaire.

Ainsi, la Commission doit veiller à disposer d'informations complètes et correctes et, dans l'hypothèse où l'Etat membre concerné a transmis des informations incomplètes ou erronées sur les régimes d'aide notifiés ou dénoncés, la Commission est tenue de demander à cet Etat membre de fournir des informations supplémentaires lui permettant de procéder à un examen sérieux et diligent des plaintes. Ces principes ont encore été rappelés dans la jurisprudence récente.

Dans ce contexte, les acteurs du marché seraient certainement rassurés si la future communication évoquait l'attachement de la Commission à procéder à un examen sérieux.

Notons que la durée de l'examen des plaintes déposées en matière de radiodiffusion a également pu susciter des interrogations, puisque l'instruction de certaines plaintes a parfois duré pendant une décennie (et conduit à la condamnation en carence de la Commission) alors que d'autres plaintes ont abouti en quelques semaines. Sans doute serait-il bienvenu que la future communication contienne quelques considérations en rapport avec la durée de l'instruction.

- ne fait pas toujours la police de ses propres décisions

Compte tenu de l'impossibilité pour le plaignant de faire valoir un quelconque droit procédural une fois la décision finale adoptée, il est primordial que la Commission s'engage à assurer un suivi diligent et sérieux de l'exécution de ses décisions.

Alors que l'article 23 du règlement de procédure n° 659/1999/CE précise qu'en cas de violation d'une décision finale la Commission peut directement saisir la Cour de justice, il n'existe aucun moyen pour une quelconque partie intéressée, parmi lesquelles figure en premier lieu le plaignant, d'une part, de suivre l'état d'avancement de l'exécution de la décision, et, d'autre part, de s'assurer que la Commission poursuive l'Etat récalcitrant.

Cette situation n'est pas théorique, puisque dans les affaires concernant, notamment, le financement des radiodiffuseurs de service public au Portugal (aide E 14/2005, décision du 20.04.2005), en France (aide n° E 10/2005, décision du 20.04.2005), en Allemagne (aide E 3/2005, décision du 24.04.2007), en Irlande, (aide n° E4/05, décision du 27.02.2008), et en Belgique (aide n° E8/2006, décision du 27.02.2008), la Commission a imposé la mise en œuvre d'engagements qui nécessitait l'exercice d'un contrôle, a posteriori, sur lequel le

plaignant n'avait aucune incidence et que, au moins dans le cas de la France, les engagements n'ont pas été pris dans le délai fixé.

#### **4. APPLICABILITÉ DE L'ARTICLE 87, PARAGRAPHE 1, DU TRAITÉ**

##### **4.1. Caractère d'aide d'État du financement public des organismes publics de radiodiffusion**

A cet égard, le projet de communication se contente d'une référence à la jurisprudence de la Cour en matière de compensations de service public.

Conformément à cette jurisprudence, de telles compensations ne constituent pas des aides d'Etat au sens de l'article 87 CE dès lors que quatre conditions cumulatives sont réunies :

- (i) l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public, et ces obligations doivent être clairement définies ;
- (ii) les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ;
- (iii) la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir l'intégralité ou une partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont liées ainsi que d'un bénéfice raisonnable ;
- (iv) lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas particulier, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée, aurait supportés.

Il nous paraît, toutefois, utile que la future communication précise, dans le cadre de la sous-section 4.1., les éléments suivants.

S'agissant de la première condition, elle indique que les obligations doivent être « *clairement définies* ». Cela devrait impliquer, à notre sens, l'existence d'un acte étatique précisant, d'une part, les obligations à charge de l'entreprise et, d'autre part, les obligations à charge de l'Etat, notamment en termes de compensation financière. Un tel acte est, en effet, une condition indispensable à la transparence qui doit prévaloir en matière de financement d'un SIEG de radiodiffusion, particulièrement dans le contexte de concurrence accrue dans la section I du projet de communication.

De plus, en l'absence d'une définition précise des obligations du radiodiffuseur investi d'un SIEG, il n'est pas possible de calculer les coûts liés à ce service et le montant de la compensation.

Ces considérations valent également dans le contexte de l'application de l'article 86, par. 2, CE.

S'agissant de la deuxième condition, elle impose que la méthode de calcul de la compensation soit connue avant que ledit calcul ne soit effectivement réalisé. A notre sens, la portée de cette condition devrait être précisée (au moins) sur deux points.

D'abord, qu'est-ce qu'un « paramètre » ? Par définition, il s'agit d'un « élément d'information à prendre en compte pour prendre une décision ou effectuer un calcul ». Cette définition est trop vague et devrait donc être clarifiée.

Ensuite, le lien qui est ainsi fait entre la transparence des paramètres de calcul et l'absence d'avantage dans le chef du radiodiffuseur investi d'un SIEG n'est pas complètement satisfaisant. En effet, une transparence parfaite n'empêchera pas qu'un avantage soit accordé audit radiodiffuseur si les coûts sont évalués trop haut. En d'autres termes, la transparence n'est, à cet égard, qu'un moyen de contrôle et ne constitue donc pas un garde-fou suffisant contre l'existence d'un avantage. Il serait donc utile que la future communication explicite davantage ce qui se passera si les pouvoirs publics réalisent que les paramètres fixés à l'avance ont été mal calculés.

Plus globalement, cette condition pose également la question d'une harmonisation communautaire des méthodes de calcul des coûts.

S'agissant de la troisième condition, il faudrait que la future communication les critères sur lesquels il faut se fonder pour déterminer qu'un bénéfice est « raisonnable ».

S'agissant de la quatrième condition, sa mise en œuvre soulève de multiples interrogations. A titre d'exemple, se pose la question de savoir si la notion d'offre « au moindre coût pour la collectivité » est équivalente à la notion d' « offre économiquement la plus avantageuse » au sens de la réglementation relative aux marchés publics. Il est important de le préciser dès lors que l'offre « économiquement la plus avantageuse » n'est pas nécessairement l'offre la moins élevée. Ensuite, que recouvre exactement la notion d' « entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée », en matière de radiodiffusion ? Enfin, comment faudra-t-il considérer une compensation dont le montant excède les coûts d'une entreprise moyenne bien gérée, sans pour autant dépasser les coûts réels du radiodiffuseur investi d'un SIEG ? Une telle compensation pourra-t-elle être qualifiée d'aide et, dans l'affirmative, en totalité ou pour la part qui excède les coûts de référence ?

#### 4.2. Nature de l'aide: aides existantes et aides nouvelles

Cette sous-section n'appelle pas de commentaires particuliers.

#### 5. APPRÉCIATION DE LA COMPATIBILITÉ DES AIDES D'ÉTAT AU REGARD DE L'ARTICLE 87, PARAGRAPHES 2 ET 3, DU TRAITÉ

Cette section n'appelle pas de commentaires particuliers.

#### 6. APPRÉCIATION DE LA COMPATIBILITÉ DES AIDES D'ÉTAT AU REGARD DE L'ARTICLE 86, PARAGRAPHE 2, DU TRAITÉ

Cette section n'appelle pas de commentaires particuliers, sous réserve des remarques suivantes.

1. L'affirmation contenue au point 71 du projet de communication selon laquelle « *les missions de service public peuvent être quantitatives, qualitatives, ou les deux* » devrait être précisée.

D'abord, quels sont les critères qui permettent de définir une mission qualitative ou quantitative ? Quel niveau de qualité faut-il atteindre pour que la mission de service public puisse être qualifiée de mission qualitative ?

Les exemples d'erreurs manifestes fournis dans le projet de communication (point 47) démontrent la nécessité de préciser les critères de définition de la mission de SIEG de radiodiffusion au bénéfice de la sécurité juridique.

Ensuite, il nous paraît que la mission d'un radiodiffuseur de service public doit nécessairement résider dans la satisfaction de besoins qualitatifs plus que dans une contribution quantitative.

Comme l'a récemment précisé le Tribunal :

*-« (...) compte tenu de son impact économique, la radiodiffusion de service public définie d'une manière large ne saurait voir son financement par l'État déclaré conforme aux dispositions du traité sur les aides d'État **que pour autant que les exigences qualitatives exprimées dans le mandat de service public sont respectées.***

**Ces exigences qualitatives sont, en effet, la raison d'être du SIEG de la radiodiffusion dans le paysage audiovisuel national** et il n'y a donc pas de raison qu'un SIEG de la radiodiffusion défini en termes larges, mais qui sacrifierait le respect de ces exigences qualitatives au profit d'un comportement d'opérateur commercial consistant à diffuser une programmation spécialement définie pour générer des audiences optimales du point de vue des annonceurs publicitaires, continue d'être financé par l'État dans les mêmes conditions que si ces exigences qualitatives étaient respectées »<sup>3</sup> ;

- « (...) il n'est en rien anormal, bien au contraire, qu'un radiodiffuseur de service public jouisse, **sous réserve bien sûr de respecter les exigences qualitatives qui sont les siennes en sa qualité d'opérateur en charge du SIEG de la télévision**, d'une indépendance éditoriale par rapport au pouvoir politique dans le choix concret des programmes<sup>4</sup>. »

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a également estimé que :

- « 3.2. Les Etats membres devraient encourager les médias de service public à jouer un rôle actif dans la promotion de la cohésion sociale et l'intégration de toutes les communautés, groupes sociaux et générations, y compris les groupes minoritaires, les jeunes personnes, les personnes âgées, les catégories sociales défavorisées, les personnes handicapées, etc., tout en respectant leurs différences identitaires et leurs besoins. Dans ce contexte, l'attention doit être portée sur le contenu créé par et pour ces groupes, sur leur accès, leur présence et sur la manière dont ils sont représentés dans les médias de service public. Une attention doit être également portée aux questions d'égalité entre les femmes et les hommes »<sup>5</sup> ;

- « Les Etats membres détiennent la compétence permettant de définir une mission de service public et de la confier à un ou plusieurs médias, dans le domaine public et/ou privé, en conservant les éléments clés qui sous-tendent la mission traditionnelle de service public tout en l'adaptant aux nouveaux contextes. Cette mission devrait être accomplie en utilisant la technologie de pointe correspondant aux objectifs. Ces éléments sont évoqués à plusieurs occasions dans les documents du Conseil de l'Europe, définissant notamment le service public de radiodiffusion comme étant :

(...);

c) **une source impartiale et indépendante d'informations et de commentaires, et de contenus variés et innovants respectant des normes éthiques et de qualité élevées** ;

(...)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Arrêt du 26 juin 2008, *SIC/ Commission*, aff. T-442/03, point 211. La formulation du Tribunal est suffisamment large pour considérer que ce passage constitue un attendu de principe non limité au cas d'espèce

<sup>4</sup> Arrêt du 22 octobre 2008, *TV2*, aff. T-309/04, point 118.

<sup>5</sup> CM/Rec(2007)2, op. cit.

<sup>6</sup> Recommandation CM/Rec(2007)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la mission des médias de service public dans la société de l'information, 31 janvier 2007.

Il semble donc que la vocation du service public soit (exclusivement ?) d'offrir des programmes de qualité, sans se limiter à des missions d'intérêt général dont le secteur privé ne veut ou ne peut se charger. Il serait sans doute utile que la future communication attire l'attention des Etats membres sur la nécessité de définir les missions de service public (seulement ou avant tout) en termes d'obligations qualitatives précises.

Se pose également la question de savoir si le caractère véritablement alternatif des programmes offerts par le service public pourrait constituer un critère, parmi d'autres, de définition approprié. En effet, la politique de certains radiodiffuseurs de service public consistant en un alignement de leur programmation sur celle des radiodiffuseurs privés (notamment en matière de divertissement) a, à notre sens, pu jeter un doute sur la spécificité du service public de radiodiffusion, voire même sur sa légitimité.

2. La position de la Commission selon laquelle certains services pourraient entrer dans les missions de service public, mais n'être payés que par une partie de la population qui en bénéficie vraiment, n'est-elle pas susceptible d'ouvrir la voie à une confusion entre les services commerciaux et ceux relevant du service public ?

Si le caractère payant d'un service le fait sortir des missions de service public, c'est bien en raison de l'atteinte à l'universalité du service et à la recherche de profit, qui s'écartent de l'intérêt général que ce service est censé remplir. Attirer le débat sur le caractère payant des services ne doit pas faire oublier que la légitimité de la compensation des missions de service public repose avant tout sur la poursuite d'objectifs d'intérêts généraux, liés aux besoins démocratique, sociaux et culturels de la société.

Par ailleurs, il convient de constater que de nombreux services offerts actuellement par les radiodiffuseurs de service public sont financés sur une assiette de citoyens souvent bien plus large que celle des consommateurs en bénéficiant effectivement (ex. paiement d'une redevance fondée sur la détention d'un poste de télévision).

Il est utile de rappeler que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a insisté sur l'universalité des services publics de radiodiffusion et leur rôle intégrateur en ces termes :

*« 7. Il conviendrait d'adapter les médias de service public au nouvel environnement numérique afin qu'ils soient en mesure d'accomplir leur mission qui consiste à promouvoir la cohésion sociale aux niveaux local, régional, national et international, et de stimuler le sens de la coresponsabilité du public quant à la réalisation de cet objectif.*

*8. Les médias de service public devraient intégrer toutes les communautés, tous les groupes sociaux et toutes les générations, y compris les groupes minoritaires, les jeunes, les personnes âgées, les catégories sociales les moins favorisées, les personnes handicapées, tout en respectant leurs différentes identités et leurs différents besoins. Dans ce contexte, il convient de prêter attention aux contenus créés par et pour ces*

*groupes, ainsi qu'à leur accès aux médias de service public, à leur présence et à leur évocation dans ceux-ci. Il conviendrait également de tenir compte des questions relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes. » (nous soulignons)<sup>7</sup>.*

3. Le contenu du mandat pourrait être précisé, dans la foulée de la décision du 28 novembre 2005<sup>8</sup>. La future communication pourrait ainsi stipuler que le mandat contienne les informations suivantes :

- a) la nature et la durée des obligations de service public;
- b) les entreprises et le territoire concernés;
- c) la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise;
- d) les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation;
- e) les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations.

Concernant le contrôle du respect du mandat, il serait également opportun de préciser d'avantage l'« indépendance » que doit revêtir l'organe externe chargé du contrôle (ex. nominations, indépendance financière, contrôle, etc.).

4. Nous nous permettons de nous réjouir particulièrement de l'introduction d'une nouvelle section relative aux garanties procédurales, qui constitue une avancée significative en termes de sécurité juridique et d'application des principes figurant dans le Protocole d'Amsterdam.

- L'examen *ex ante* des nouvelles missions de service public permet de satisfaire, de façon continue et efficace, les conditions posées par le Protocole. Loin d'imposer de nouvelles obligations significatives aux Etats membres, cette méthode présente l'avantage d'anticiper les difficultés et de réduire les plaintes des concurrents privés qui donnent lieu à des contentieux sans fin.

Sur cette question, les précisions apportées par le point 60 du projet de communication doivent être saluées.

Alors que le projet de communication incite les Etats à procéder de cette manière pour les « services nouveaux importants », il serait souhaitable que les Etats soient invités, en outre, à évaluer régulièrement dans le temps la pertinence de leur mission et celle de leurs modalités de mise en œuvre.

- La proposition d'organisation de consultations publiques sur les nouveaux services doit être positivement accueillie en ce qu'elle rend au public la définition de l'intérêt

---

<sup>7</sup> CM/rec(2007)3, op. cit.

<sup>8</sup> JOUE n° L 312/67 du 29.11.2005, point 10.

général et donne tout son sens à la référence aux besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société figurant dans le Protocole.

Cette proposition a, par ailleurs, le mérite de la cohérence par rapport à la décision du 28 novembre 2005<sup>9</sup> et à l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensation de service public<sup>10</sup>.

Elle est en outre conforme aux aspirations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe selon lequel « *les Etats membres devraient inviter les organisations de médias de service public à envisager l'introduction de formes de consultation du public ; celles-ci pourraient inclure la création de structures consultatives, le cas échéant reflétant le public dans sa diversité, afin de répercuter dans leur politique de programmation les souhaits et exigences du public.* »<sup>11</sup>

- Quant au « market impact test » proposé au point 61 du projet, il doit être salué pour les mêmes raisons. Compte tenu du nombre de plaintes déposées devant la Commission et de la durée particulièrement longue des procédures contentieuses, la mise en œuvre de ce test devrait constituer une procédure très efficace dans la réalisation des objectifs du Protocole, augmentant en outre significativement la transparence et la sécurité juridique.

\*\*\*\*

---

<sup>9</sup> JOUE n° L 312/67 du 29.11.2005, point 10.

<sup>10</sup> JOUE n° L 297/4 du 29.11.2005, point 10.

<sup>11</sup> CM/rec(2007)2, op. cit.