

8 mai 2009

**REPONSE DE FRANCE TELEVISIONS A LA CONSULTATION
DE LA COMMISSION EUROPEENNE
SUR LE SECOND PROJET DE COMMUNICATION REVISEE CONCERNANT
L'APPLICATION AU SERVICE PUBLIC DE RADIODIFFUSION
DES REGLES RELATIVES AUX AIDES D'ETAT**

France Télévisions remercie la Commission européenne de la possibilité de commenter le deuxième « *projet de communication révisée concernant les aides d'Etat à la radiodiffusion publique* », publié le 8 avril 2009. France Télévisions partage les analyses développées par l'Union européenne de radiotélévision (UER) dans sa réponse à la présente consultation et se limitera ici à en souligner quelques points.

Comparé au projet de communication révisée du 4 novembre 2008, ce second projet comporte de nombreuses et importantes améliorations. Il réaffirme en particulier des principes fondamentaux, tels que l'indépendance éditoriale des radiodiffuseurs publics ou la nécessité pour ceux-ci, afin de poursuivre leur mission à l'ère numérique, de fournir des contenus audiovisuels sur toutes les plateformes de diffusion. Le principe de neutralité technologique est mieux pris en compte.

Ces améliorations laissent envisager que le processus de révision en cours de la communication de 2001 pourrait aboutir à un projet final de communication révisée plus clair, plus équilibré et tenant mieux compte de la diversité des Etats membres en matière de médias audiovisuels publics.

Cependant, le second projet a introduit un changement relatif à la définition de la mission de service public, susceptible de créer une ambiguïté quant à la répartition des compétences entre les Etats membres et la Commission dans ce domaine (1).

Surtout, l'obligation faite aux Etats membres de procéder à l'évaluation *ex ante* des nouveaux services des radiodiffuseurs publics reste, selon France Télévisions, de nature à compromettre dans les faits la capacité de ceux-ci à remplir leur mission de service public dans la société de l'information (2).

D'autre part, en dépit d'améliorations, des règles strictes relatives à la proportionnalité du financement public demeurent, qui seraient inadaptées à la diversité des situations nationales (3).

Enfin, les dispositions relatives à l'acquisition des droits premium et aux sous-licences présupposent encore, malgré une évolution favorable, un comportement anticoncurrentiel des médias de service public qui ne correspond pas à la réalité de ces marchés (4).

1. Il appartient aux seuls Etats membres de définir la mission des médias audiovisuels publics

En application du Protocole d'Amsterdam, la définition de la mission des médias de service public relève des Etats membres et le rôle de la Commission se limite à vérifier l'absence d'erreur manifeste. La Cour l'a rappelé à plusieurs reprises. Constitue une erreur manifeste le fait d'inclure dans le périmètre de la mission de service public un service qui ne répond manifestement pas aux « *besoins démocratiques, sociaux et culturels* » de la société. La communication de 2001 cite comme exemples d'erreurs manifestes le commerce électronique et les activités commerciales telles que la vente d'espaces publicitaires.

Dès lors, la modification introduite par le second projet (paragraphe 48), selon laquelle « *Une erreur manifeste pourrait en outre se produire si les aides d'Etat étaient utilisées pour financer des activités qui n'apportent pas de valeur ajoutée évidente pour les citoyens, tout en conduisant à des distorsions disproportionnées de la concurrence et des échanges transfrontaliers* » attribuerait à la Commission un pouvoir d'appréciation des besoins de la société dont elle ne dispose pas en vertu du droit communautaire.

D'une part, le caractère imprécis de la notion serait susceptible d'accroître le nombre de plaintes devant la Commission. D'autre part, on note que, si l'existence de « *distorsions disproportionnées de la concurrence* » est pertinente pour apprécier globalement la compatibilité du financement public aux règles du Traité, elle ne saurait intervenir dans la définition de la mission de service public.

2. L'obligation d'évaluer ex ante les nouveaux services est de nature à restreindre l'offre de services de médias audiovisuels

Le second projet de communication révisée n'impose plus de critères détaillés pour une éventuelle évaluation *ex ante* des nouveaux services des radiodiffuseurs publics, ce qui constitue une évolution positive. Néanmoins, l'obligation de procéder à un test *ex ante* demeure.

Sans revenir sur les objections de nature juridique à l'encontre d'un test *ex ante* qui serait imposé par la Commission aux Etats membres, France Télévisions souhaite insister ici sur le fait qu'une telle procédure si elle est systématique peut, au cas par cas, s'avérer contraire aux objectifs d'indépendance éditoriale pourtant rappelés par la Commission. Elle empêcherait, dans les faits, les radiodiffuseurs publics d'utiliser les nouveaux modes de diffusion des contenus audiovisuels pour remplir leur mission dans l'environnement numérique.

Dans certains Etats membres en effet, où les opérateurs privés sont en position dominante et ont une importante capacité de lobbying, le test *ex ante* pourrait être utilisé pour empêcher le lancement par les radiodiffuseurs publics de nouveaux services potentiellement concurrents des services privés, ou bien pour le retarder tout en prenant place sur le marché avec une offre privée concurrente, ce qui dans un contexte d'évolutions constantes et rapides aurait le même effet d'éviction du marché. Dans la pratique, ce serait donc la décision des opérateurs privés d'investir dans certains services en fonction de leurs perspectives de rentabilité, qui déterminerait *a contrario* l'étendue de la mission de service public en matière de nouveaux médias.

Ceci est de manière générale contraire à l'appréciation de la mission de service public par la jurisprudence, qui considère que l'on ne peut faire dépendre « *la définition du SIEG de la radiodiffusion du périmètre de programmation des radiodiffuseurs commerciaux* » (cf. TV2/Danmark A/S aff. T-309/04, paragraphe 123). Cela reviendrait, sans raison objective, à appliquer aux nouveaux médias un principe contraire à celui retenu pour l'édition de programmes. D'autant plus que subsistent dans le second projet des références à l'impact potentiel du nouveau service envisagé sur l'offre privée (paragraphe 88).

Rien ne garantit en effet que la durée du test *ex ante* sera suffisamment encadrée, ni que l'organisme en charge de l'évaluation ne sera pas accessible aux pressions des opérateurs privés.

Dans l'hypothèse même où un média de service public serait effectivement autorisé à lancer un nouveau service dans un délai raisonnable, un risque d'insécurité juridique demeure, dans la mesure où les opérateurs privés contesteraient la décision et la procédure d'évaluation suivie, tant auprès des autorités nationales que communautaires.

A tout le moins, les services liés aux programmes diffusés sur les chaînes publiques devraient être *a priori* hors du champ de toute évaluation *ex ante*. Le paragraphe 85 du second projet de communication révisée va dans ce sens en indiquant que la diffusion simultanée de programmes radiodiffusés sur d'autres plates-formes ne constitue pas un service nouveau. Néanmoins, son champ d'application devrait être étendu au-delà de la diffusion simultanée et concerner tous les nouveaux services reprenant les marques et contenus principaux développés sur les antennes.

Le « *streaming* » de programmes de télévision sur d'autres plates-formes répond en effet partiellement aux nouveaux besoins du public, mais les services non linéaires, par exemple la télévision de rattrapage, connaissent un très fort succès. Les opérateurs privés les intègrent d'ailleurs désormais dans leur stratégie de développement. Le paragraphe 85 devrait donc préciser : « *A titre d'exemple, la diffusion parallèle ou complémentaire d'un contenu déjà disponible sur une plateforme de diffusion (télévision ou radio) sur de nouvelles plateformes (Internet, appareils mobiles) n'est pas considérée comme un « nouveau » service* ».

France Télévisions considère donc toujours, en dépit des modifications apportées au premier projet, que le recours à un test *ex ante* doit être laissé à l'appréciation des Etats membres, seuls en mesure d'apprécier si un tel mécanisme est adapté aux spécificités de leur situation nationale. Tout au plus la communication révisée pourrait-elle recommander aux Etats membres de recourir à une procédure d'évaluation *ex ante*, par exemple dans les cas où des services ne seraient pas clairement couverts par la mission de service public.

3. Certaines règles relatives à la proportionnalité du financement public paraissent trop rigides pour tenir compte de la diversité des situations nationales

France Télévisions a déjà exprimé des réserves sur l'éventualité que les radiodiffuseurs publics ne soient pas autorisés, comme tous les autres services d'intérêt économique général, à dégager un bénéfice raisonnable, conséquence d'une bonne gestion des fonds publics.

Par ailleurs, s'il est important que le projet de communication révisée reconnaisse aux radiodiffuseurs publics la possibilité de constituer des réserves, il ne semble pas approprié qu'un plafond unique de 10% des dépenses annuelles liées à l'exécution du service public soit appliqué ni que les réserves excédant ce plafond soient qualifiées en principe de « *surcompensation* » devant être récupérée.

En pratique, cela priverait les radiodiffuseurs publics des marges de manœuvre nécessaires pour faire face à un ressaut technologique important et non prévisible, ou aux évolutions du marché des droits. Par ailleurs, une telle règle appliquée à France Télévisions rendra impossible la reconstitution des fonds propres et des capacités de financement à moyen ou long terme.

Une appréciation au cas par cas du niveau de réserves nécessaire, par le mécanisme des contrôles *ex post* nationaux, tenant compte notamment du mode de financement et des ressources globales, paraît seule adaptée.

Enfin, les règles relatives à l'utilisation des « *provisions de service public exceptionnelles* » supérieures au plafond de 10%, en particulier l'obligation d'affecter de telles réserves à des dépenses « *importantes et non récurrentes* », pendant une durée limitée, paraissent disproportionnées dans le contexte du contrôle de l'absence de « *surcompensation* ». L'existence de réserves destinées à faire face à certains aléas et restées non utilisées peut même dans certains cas se justifier.

4. Les dispositions relatives au marché des droits premium entraîneraient une situation d'insécurité juridique

France Télévisions a eu l'occasion d'exposer, dans ses réponses aux précédentes consultations, les raisons pour lesquelles les dispositions relatives aux « surenchères » pour l'acquisition des droits premium ne lui paraissaient pas justifiées, notamment dans le domaine des droits sportifs. La suppression de la majeure partie du paragraphe 102 du précédent projet de communication révisée constitue donc une amélioration notable. Il est cependant inopportun que la mention de surenchère systématique demeure dans le nouveau paragraphe 95.

D'autre part, l'invitation faite aux Etats membres de « ... veiller à ce que les organismes publics respectent le principe de proportionnalité aussi en ce qui concerne l'acquisition des droits sur les contenus d'appel et à prévoir des règles pour la cession sous licence de tels droits qui seraient inutilisés par les organismes publics de radiodiffusion » paraît inutile au regard du fonctionnement du marché de l'acquisition des droits premium, notamment des droits sportifs. En tout état de cause, l'application du droit commun, national et communautaire, de la concurrence serait suffisante pour garantir que le comportement des médias de service public en matière d'achat de droits premium est conforme aux règles du marché.

En revanche, de telles dispositions seraient sources d'insécurité juridique pour les médias audiovisuels publics en ce qu'elles pourraient être utilisées par les opérateurs privés pour obtenir la mise en place de règles spécifiques au niveau national, pour tous types de contenus premium.