

koan

ASSOCIATION D'AVOCATS

**OBSERVATIONS DEPOSEES SUR LE PROJET DE COMMUNICATION DE LA
COMMISSION (2009)
CONCERNANT L'APPLICATION AUX SERVICES PUBLICS DE
RADIODIFFUSION DES REGLES RELATIVES AUX AIDES D'ETAT**

Bruxelles, le 7 mai 2009

PREAMBULE

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 8 avril 2009 (ci après, « *le nouveau projet de communication* ») et modifiant la communication du 15 novembre 2001¹.

Ces observations font suite aux réponses fournies par le cabinet d'avocats KOAN aux deux consultations publiques précédentes et menées par la Commission européenne sur le même sujet, aux mois de mars et décembre 2008.

Les commentaires formulés dans les présentes observations ne portent donc que sur les dernières modifications apportées au projet de communication en avril 2009 et doivent être lues et interprétées au regard des observations déjà déposées.

Elles sont communiquées en nom propre par le cabinet KOAN, afin de contribuer une nouvelle fois, 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.

Le cabinet KOAN tient à remercier la Commission européenne pour avoir à nouveau permis aux parties intéressées de faire connaître leurs positions sur le projet de communication révisé. Cet effort particulier de dialogue se doit d'être salué et encouragé.

¹ JO, 15.11.2001, n° C 320, p. 5.

Conformément aux recommandations émises par la Commission, nos commentaires seront présentés en suivant la structure du nouveau projet de communication.

1. INTRODUCTION ET CHAMP D'APPLICATION DE LA COMMUNICATION

Cette partie n'appelle pas de nouveaux commentaires.

2. RÔLE DES ORGANISMES PUBLICS DE RADIODIFFUSION

Le nouveau projet de communication ne reprend plus les dispositions du **paragraphe 16 du projet de décembre** qui, pour mémoire, disposait :

« 16. Compte tenu de ces caractéristiques propres au secteur de la radiodiffusion, une mission de service public couvrant «un large éventail de programmes, conformément à sa mission», ainsi que l'affirme la résolution, peut en principe être considérée comme légitime, en ce qu'elle vise à établir une programmation équilibrée et variée apte à conserver aux organismes publics de radiodiffusion un certain taux d'audience, et à assurer ainsi l'accomplissement de leur mission, à savoir satisfaire les besoins démocratiques, sociaux et culturels de la société et garantir le pluralisme. »

La suppression de cette disposition est regrettable en ce que, d'une part, elle mettait l'accent sur le caractère qualitatif de la programmation (« équilibrée et variée ») du service public et contribuait ainsi à clairement réaffirmer sa spécificité, et d'autre part, elle rappelait (« *peut en principe être considérée comme légitime* ») que la légitimité du contenu du service public doit faire l'objet d'un examen d'opportunité.

Cette suppression nuit à la compréhension générale du secteur et à la sécurité juridique, pour les opérateurs qui y sont actifs.

En revanche, la reconnaissance, au **paragraphe 16** du rôle clé des opérateurs privés dans la réalisation des objectifs du protocole d'Amsterdam doit être saluée. Au vu des critères larges de définition des missions de service public et des objectifs généraux visés par le Protocole, il aurait été incorrect de ne pas le souligner.

De la même manière, la disposition du même paragraphe selon laquelle les aides d'Etat à l'audiovisuel public peuvent avoir un impact sur d'autres marchés que la radiodiffusion doit être accueillie avec satisfaction en ce qu'elle tient pertinemment compte de l'évolution des marchés et du bouleversement des modèles économiques en cause.

3. CONTEXTE JURIDIQUE

Au **paragraphe 19**, la mention de l'application de la décision de 2005 au secteur de la radiodiffusion doit être positivement accueillie, en ce qu'elle constitue une nouveauté et favorise la sécurité juridique.

Néanmoins, compte tenu du champ d'application très restreint de cette décision (article 2(1) a), il est fort peu probable qu'elle trouve un jour à s'appliquer aux compensations versées aux organismes publics de radiodiffusion.

Il est d'ailleurs regrettable que cette décision fixant des critères plus stricts, ou à tout le moins plus précis, que ceux fixés par la Communication de 2001 et la pratique décisionnelle de la Commission, ne s'applique qu'à des compensations de faible montant.

Il va de soi, en effet, que des compensations excédant EUR 30 millions sont davantage susceptibles de fausser la concurrence et il serait souhaitable que l'appréciation de leur compatibilité soit soumise à des critères plus précis.

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

Concernant le **paragraphe 24**, il est étonnant de constater que la conclusion de la démonstration menée aux paragraphes 20 à 24, c'est-à-dire que le financement constitue une aide d'Etat, ne figure plus clairement dans le nouveau projet.

Cette conclusion, qui figurait au paragraphe 26 du projet de décembre 2008, est conforme au droit applicable et son maintien aurait le mérite de la clarté.

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

Cette partie n'appelle pas de nouveaux commentaires.

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

Cette partie n'appelle pas de nouveaux commentaires.

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

De manière générale, il peut être regretté que les intentions exprimées dans le Plan d'action dans le domaine des aides d'état de 2005 en faveur d'aides d'Etat plus ciblées et de la mise en place d'une analyse économique raffinée n'aient pas amené la Commission à revoir plus en profondeur le projet de communication, en particulier en ce qui concerne l'évaluation de la proportionnalité de la compensation.

6.1. Définition de la mission de service public

A titre liminaire, comme nous l'avons évoqué dans nos précédentes observations, il est regrettable que seul le critère de l' « erreur manifeste » constitue une limite à la marge d'appréciation des Etats membres dans la définition des missions de service public, dans la mesure où les Etats peuvent ainsi continuer à déterminer seuls le champ d'investigation de la Commission et, par là même, à unilatéralement limiter son pouvoir de contrôle.

L'extension du contenu des missions de service public augmente en effet les montants qui peuvent être alloués à leur financement et diminue ainsi les possibilités de contester la légitimité des compensations allouées.

Etant conscients des contraintes juridiques et politiques du travail de révision engagé, nous regrettons néanmoins que les nombreuses critiques qui se sont élevées sur ce point trouvent si peu d'écho dans le nouveau projet de communication.

Dans un tel contexte, la Commission devrait être invitée à interpréter ces notions larges et imprécises de façon stricte, et à procéder à un contrôle approfondi du financement du service public.

Au **paragraphe 47** du nouveau projet, la référence au respect de l'indépendance éditoriale des organismes publics de radiodiffusion constitue une nouveauté qui doit être positivement accueillie.

La rédaction du **paragraphe 48** sur la définition de la mission de service public appelle, quant à elle, plusieurs observations.

Premièrement, s'il faut se féliciter de l'insertion d'un nouvel exemple d'erreur manifeste de définition, nous demeurons perplexes quant à la suppression du téléachat dont le caractère d'activité relevant du service public nous semble contestable.

En effet, la vente de biens de consommation et le sponsoring qui peut y être associé ne relèvent *a priori* pas des missions de service public. Il serait étonnant de voir la Commission constater que de tels programmes satisfont les besoins démocratiques, sociaux et culturels des citoyens européens, surtout lorsqu'une telle activité fait déjà l'objet d'une offre abondante et

variée des opérateurs privés. La légitimité d'une telle suppression, dans le nouveau projet de communication, peut donc être valablement questionnée.

De plus, il serait pour le moins absurde, voire contraire aux règles communautaires telles qu'elles sont interprétées par la communication (interdiction des subventions croisées), que des émissions de téléachat, qui peuvent dégager des bénéfices opérationnels, soient financées par des fonds publics.

Il conviendrait en outre de rappeler expressément que cette liste d'exemples n'est pas limitative.

Deuxièmement, la référence à la notion nouvelle de « *valeur ajoutée évidente pour les citoyens* » doit être saluée en ce qu'elle met l'accent sur le caractère qualitatif des programmes de service public et contribue à réaffirmer sa spécificité. Cette notion nouvelle devrait être explicitée.

Néanmoins, la condition relative aux « distorsions disproportionnées » devrait, à notre sens, soulever des difficultés pratiques d'interprétation et d'application. En effet, d'abord, c'est un concept neuf par rapport au droit de la concurrence qui utilise davantage le concept de distorsion « sensible » de la concurrence. Ensuite, nous ne disposons d'aucuns critères qui permettent de quantifier ce qui constitue une distorsion « disproportionnée ». Ce concept doit donc être clarifié.

Cette exigence de clarification est d'autant plus pressante que, selon le nouveau projet, la valeur ajoutée évidente d'un programme pour le citoyen pourrait justifier des distorsions nouvelles de la concurrence, soit des distorsions « disproportionnées ». Ni la notion de « *valeur ajoutée évidente pour les citoyens* » ni celle de « *distorsions disproportionnées* » n'étant clairement définies, les opérateurs privés font face à des menaces inconnues et très difficilement identifiables qui pourraient aller jusqu'à une exclusion totale d'un marché. Cette situation est difficilement acceptable au regard du degré de sécurité juridique auquel les opérateurs peuvent légitimement s'attendre.

Enfin, la disqualification d'une mission de service public en raison de distorsions disproportionnées induit une nouveauté dans le raisonnement juridique de la Commission qu'il conviendrait de détailler. En effet, le critère de la « *valeur ajoutée évidente pour les citoyens* » intervient au stade de la définition des missions, alors que la distorsion de concurrence est en principe appréciée au stade de la proportionnalité du financement, soit à une étape ultérieure de l'analyse. Il conviendrait que cette nouvelle méthode d'analyse soit davantage explicitée.

6.2. Mandat et contrôle

Les dispositions du **paragraphe 51** invitent les Etats à « *préciser la nature exacte des obligations de service public* » et « *décrire les conditions appliquées à la compensation* ». Cette dernière expression, qui remplace l'expression « *paramètres utilisés pour définir la*

compensation » figurant dans le projet de novembre 2008, devra être précisée et des exemples devraient être donnés. La formulation actuelle, trop imprécise, ne permettra pas, à notre sens, une mise en œuvre effective de cette exigence.

Aux termes du **paragraphe 53**, la Commission « *doit pouvoir s'appuyer sur un contrôle adéquat, par les États membres, du respect par leurs organismes publics de radiodiffusion de leur mission de service public, notamment des normes qualitatives définies dans leur mandat* ».

Cette formulation laisse à penser que les missions de service public doivent nécessairement reposer sur des « *normes qualitatives* », ce qui à notre sens, est conforme aux impératifs formulés dans le Protocole d'Amsterdam et répétés dans les diverses autres recommandations.

Or, selon le **paragraphe 56**, « *les missions de service public peuvent être quantitatives, qualitatives, ou les deux* ». Ces deux paragraphes semblent donc créer une contradiction sur le contenu du service public.

Afin de respecter les particularités du service public de radiodiffusion, l'exigence de normes qualitatives devrait être plus expressément formulée et la référence à la définition des missions en termes quantitatifs, dont le contenu reste indéfini, devrait, pour des raisons de cohérence, être supprimée.

6.3. Choix du financement du service public de radiodiffusion

Cette partie n'appelle pas de nouveaux commentaires.

6.4. Obligations de transparence pour l'appréciation des aides d'État

En ce qui concerne le **paragraphe 65**, la suppression des exemples de coûts destinés au développement simultané d'activités relevant et ne relevant pas du service public qui figuraient au point 83 de la proposition de novembre 2008 augmente encore davantage la marge de manœuvre des États et nuit à la sécurité juridique.

La nouvelle formulation du **paragraphe 66** permet une tolérance plus grande à l'égard de la séparation comptable. En effet, la répartition proportionnelle des coûts servant à la fois les activités commerciales et les activités de service public n'est exigée que lorsque cela est « valablement possible », ce qui réduit les obligations des États.

De la même manière, au **paragraphe 67**, la suppression du critère de « l'interruption de programme » proposé au paragraphe 84 de la proposition de novembre 2008 est à regretter.

Compte tenu des difficultés d'application de ces dispositions en pratique et du contrôle réduit auquel peuvent se livrer les citoyens et les entreprises quant au respect de ces exigences,

l'assouplissement des obligations imposées aux Etats par la suppression de ces nombreuses précisions doit être déplorée.

6.5. Principe du coût net et surcompensation

Concernant le **paragraphe 73**, nous constatons que le principe selon lequel les radiodiffuseurs publics peuvent constituer des réserves équivalant à 10% de leur budget a été conservé. Néanmoins, les règles ont été assouplies en ce que le critère retenu est celui de la « *nécessité* », et non celui du « *risque d'interruption de leurs obligations* » (paragraphe 94 du projet de novembre 2008), et par le fait que l'utilisation de ces provisions n'est plus limitée dans le temps de façon précise.

Cet assouplissement des obligations des Etats devrait aller de paire avec un contrôle renforcé de la Commission.

La suppression des dispositions figurant au paragraphe 96 du projet de novembre 2008 nuit à la sécurité juridique.

La nouvelle formulation des dispositions figurant au **paragraphe 76** doit être accueillie favorablement en ce qu'elle est plus précise et interdit, enfin, explicitement les subventions croisées au profit d'activités commerciales.

6.6. Mécanismes de contrôle financier

Concernant le **paragraphe 78**, le remboursement des sommes indûment versées est, à juste titre, désormais présenté comme le seul remède à la surcompensation. Cette précision doit être saluée pour sa clarté.

Quant aux dispositions du **paragraphe 79**, nous constatons que les obligations des Etats ont à nouveau été allégées. Nous encourageons dès lors la Commission à procéder, à l'avenir, à un contrôle plus approfondi du respect de ces dispositions.

6.7. Diversification des services publics de radiodiffusion

La formulation du **paragraphe 81** du nouveau projet est plus vague que celle du projet de 2008 (paragraphe 51), ce qui nuit, à notre sens, à l'efficacité opérationnelle des conditions posées et, plus largement, à la sécurité juridique pour les opérateurs.

En outre, la référence à des « *services audiovisuels à destination d'une partie du public* », sans autres critères, risque de porter gravement atteinte à l'universalité du service public, qui

constitue pourtant, comme le rappelle le Conseil de l'Europe², une caractéristique essentielle du service public de radiodiffusion dans l'ensemble des Etats membres. Cette référence nuit, à nouveau, au respect de la spécificité du service public.

Les dispositions du **paragraphe 83** ne sont, selon nous, pas suffisamment claires.

En effet, d'une part, soit une activité relève du service public, soit elle est commerciale, sachant qu'une activité commerciale peut néanmoins contribuer au financement du service public. D'autre part, selon la position constante de la Commission, « *la question de la définition de la mission de service public ne doit pas être confondue avec celle du mécanisme de financement choisi pour fournir ces services* » (voir point 47 de la proposition de novembre 2008 et 49 de la nouvelle proposition).

Or, selon la formulation des dispositions du paragraphe 83, selon laquelle des activités commerciales pourraient relever du service public et générer directement des revenus, introduit une confusion entre les activités de service public et les activités commerciales.

La Commission ayant toujours refusé d'apprécier, en deçà de l'erreur manifeste, le contenu des émissions de service public, la nature gratuite et universelle d'un programme diffusé par un organisme public de radiodiffusion constituait jusqu'à présent le seul critère permettant de lui conférer le caractère de « programme de service public ». Dès lors, les dispositions du paragraphe 83, reconnaissant qu'un élément de rémunération peut être introduit dans les programmes de service public, tout en exigeant une séparation des activités commerciales, créent une confusion regrettable et dangereuse.

Il serait, par ailleurs, illégitime que des activités générant des revenus puissent être considérées comme relevant du service public et, par conséquent, puissent être préfinancées par des fonds publics.

De la même manière, la suppression des dispositions figurant aux paragraphes 53 et 54 du projet de novembre 2008 est à regretter, en ce que cette suppression semble clore le débat sur la légitimité même des services payants et des services non-universels au sein des programmes de service public et sur le contenu de tels services.

Compte tenu des bouleversements en cours dans le secteur de la radiodiffusion, il fait peu de doute que la diffusion de services payants et l'utilisation de nouvelles plateformes de diffusion constituent des enjeux majeurs pour les acteurs en présence.

Des explications devraient donc être données sur ces questions afin de clarifier la position de la Commission, au bénéfice de la sécurité juridique.

² Recommandation CM/Rec(2007)3 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur la mission des médias de service public dans la société de l'information, adoptée le 31 janvier 2007 à la 985^e réunion des délégués des ministres.

Les dispositions du **paragraphe 84** doivent, quant à elles, être positivement accueillies, d'une part, en ce qu'elles rappellent que le développement de nouvelles activités par les organismes publics de radiodiffusion sur les nouvelles plateformes de diffusion doit, d'une part, se limiter exclusivement aux services audiovisuels et, d'autre part, respecter les exigences du Protocole d'Amsterdam. Ces clarifications sont en faveur de la sécurité juridique et constitue un progrès par rapport à la formulation du projet de 2008, compte tenu des débats qui ont pu avoir lieu sur ces questions.

D'autre part, le maintien de l'exigence de « procédures d'évaluation préalable » et l'imposition de l'organisation d'une consultation publique sur les services nouveaux importants constitue un réel progrès par rapport à la communication de 2001. Ces dispositions créent une transparence accrue et permettent à toutes les parties intéressées de présenter leurs observations ce qui, espérons-le, devraient réduire le volume du contentieux sur ces questions, tout en permettant aux Etats membres de se conformer aux exigences du Protocole d'Amsterdam plus efficacement.

Néanmoins, l'absence de précision sur la notion de « *service nouveau important* » (**paragraphe 85**) rend les mécanismes de contrôle potentiellement inefficaces. En effet, dans la mesure où seule l'introduction de ces nouveaux services donnera lieu à l'organisation d'une consultation publique et d'un contrôle indépendant, il est naturel de penser que les débats seront âpres, au niveau national, sur le fait de savoir si un service constitue ou non un « service nouveau important », sachant que la diffusion sur de nouvelles plateformes ne constitue pas un tel service.

Seule la Commission est en mesure d'apporter les précisions requises sur ce point. Ces précisions sont rendues d'autant plus nécessaires que l'absence de consultation nationale pourra difficilement être sanctionnée.

Concernant le **paragraphe 88**, la réduction des éléments à prendre en compte lors de l'analyse d'impact de l'introduction d'un nouveau service nuit à la sécurité juridique. A nouveau, le critère lié à la « *valeur ajoutée évidente pour la société* » devrait être précisé.

La suppression de nombreux détails relatifs à l'indépendance du contrôle figurant à l'ancien paragraphe 62 et ne figurant plus au **paragraphe 89** augmente sensiblement la marge de manœuvre des Etat et nuit également à la sécurité juridique.

6.8. Proportionnalité et comportement sur le marché

Les obligations des Etats en matière de contrôle des acquisitions de droits sur des contenus d'appel par les organismes publics, telles qu'elles résultent du **paragraphe 92**, ont été revues à la baisse.

En effet, la nouvelle proposition renforce, notamment, les droits des organismes publics en ce qu'elle précise que l'acquisition de contenu d'appel est légitime, alors que l'ancien texte

prévoyait simplement une *possibilité* de légitimité. Le nouveau texte ne condamne la surenchère que si elle est « *systématique* » (**paragraphe 95**).

Cette nouvelle position est regrettable à une époque où de plus en plus d'Etats (comme la France ou l'Espagne, par exemple) décident de clarifier le financement du service public de radiodiffusion et de revenir, de manière cohérente, à un financement unique. En effet, selon la nouvelle rédaction du paragraphe 95, les organismes publics pourraient régulièrement pratiquer des surenchères sur du contenu d'appel au détriment des opérateurs privés, alors que, dans le même temps, leurs finances proviendraient de plus en plus du contribuable. Ce type de pratique, dont la légitimité pourrait être sérieusement questionnée, porterait gravement atteinte à la concurrence.

En outre, la suppression de dispositions figurant au paragraphe 102 du projet de novembre 2008 nuit à la sécurité juridique et augmente également la marge de manœuvre des Etats.

Compte tenu du bouleversement du modèle économique de la radiodiffusion (ex. multiplication des plateformes de diffusion, révolution Internet, arrivée des opérateurs de télécommunication, éclatement du marché publicitaire) et des atteintes substantielle à la chaîne de valeur des contenus (téléchargement illégal), l'acquisition de contenus d'appel (ex. premium films, séries et droits sportifs, notamment) représente un enjeu majeur pour le secteur.

Le prix de certains droits de diffusion ayant littéralement explosé ces dernières années (pour le football notamment), l'acquisition de ces droits par des radiodiffuseurs publics pèse lourdement sur leurs finances et peut même causer des pertes sévères. Il serait *a priori* illégitime que les Etats membres financent non seulement l'acquisition de ces droits au détriment des opérateurs privés, mais également, compensent les pertes encourues.

Il est donc essentiel que, malgré la formulation moins précise des obligations des Etats en la matière par le nouveau projet de communication, la concurrence soit pleinement préservée sur ce marché.

Concernant le **paragraphe 94**, le critère du « dumping » (sous-cotation de prix) a été modifié: de prix inférieurs aux coûts, on passe à un prix inférieur à ce qui peut raisonnablement être considéré comme le prix du marché.

A notre sens, cette nouvelle formulation nuit à la sécurité juridique, car il est difficile de déterminer ce qui est « *en-deçà de ce que l'on peut raisonnablement considérer comme conforme au marché* ».

Enfin, si le principe du droit de plainte a été conservé au **paragraphe 96**, la suppression des autres précisions qui figuraient au paragraphe 106 du projet de novembre 2008 nuit encore à la sécurité juridique.



Nous espérons que ces observations pourront être utiles au débat en cours et félicitons la Commission pour l'organisation de cette consultation publique particulièrement approfondie.

Bruxelles, le 7 mai 2009

KOAN Law Firm

Sébastien SNOECK

Jean-Paul HORDIES