

Collège d'autorisation et de contrôle

Avis n° 16/2009

Avis relatif au droit de distribution obligatoire (« *must-carry* »)

1. Introduction

La directive « Service universel » donne, en son article 31, la faculté aux États membres d'imposer des obligations de diffuser des services de radio et de télévision¹. Cependant, ce principe de « *must-carry* » est encadré quant aux services concernés, quant aux entreprises soumises et quant au choix des objectifs et des obligations. Concrètement, l'État membre doit désigner les services de radio et de télévision concernés² selon des critères qui doivent respecter les principes de proportionnalité³ et de transparence⁴, et suivant des objectifs d'intérêt général clairement définis.

La transposition de l'article 31 de la directive dans le décret sur les services de médias audiovisuels a fait l'objet d'une récente modification, qui impose au CSA se prononcer sur la mise en œuvre du « *must-carry* ».

2. Situation antérieure

Auparavant, le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion organisait le droit de distribution obligatoire aux articles 48 et suivants ainsi qu'aux articles 81 et 82 (concernant la distribution de services par câble).

L'article 48, relatif aux éditeurs, permettait au Gouvernement de la Communauté française d'attacher un droit de distribution obligatoire à un service déterminé d'un éditeur de services de radiodiffusion télévisuelle autorisé, à la condition de la conclusion d'une convention entre l'éditeur en question et le Gouvernement. Différentes obligations minimales devaient néanmoins être remplies par l'éditeur de services, en vertu de l'article 50 du décret :

- mise en valeur du patrimoine de la Communauté française ;
- durée minimale de programmation quotidienne (dont une partie en première diffusion) ;
- diffusion quotidienne d'au moins un journal d'information générale ;
- contribution à la production audiovisuelle de la Communauté française ;
- création d'un nombre minimal d'emplois.

Les modalités d'exécution de ces obligations étaient à définir dans la convention, laquelle pouvait prévoir des obligations complémentaires. Aucune convention entre le Gouvernement et un éventuel

¹ « Les États membres peuvent imposer des obligations raisonnables de diffuser, pour la transmission des chaînes ou des services de radio et de télévision spécifiés, aux entreprises qui, sous leur juridiction, exploitent des réseaux de communications électroniques utilisés pour la diffusion publique d'émissions de radio ou de télévision, lorsqu'un nombre significatifs d'utilisateurs finals de ces réseaux les utilisent comme leurs moyens principaux pour recevoir des émissions de radio ou de télévision. De telles obligations ne peuvent être imposées que lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis et doivent être proportionnées et transparentes. Ces obligations sont soumises à un réexamen périodique ».

² « pour la transmission des chaînes ou des services de radio et de télévision spécifiés », nous soulignons.

³ Être nécessaires et adéquats par rapport aux objectifs à atteindre.

⁴ La désignation ne peut être issue d'une décision arbitraire.

éditeur de services privé autorisé en Communauté française n'a été appliquée sous l'empire du décret sur la radiodiffusion.

L'article 81, relatif aux distributeurs, précisait que la charge de l'obligation de distribution de l'offre de base portait sur le distributeur ou à défaut sur l'opérateur intégré et que seuls les abonnés à l'offre de base pouvaient se voir proposer des offres complémentaires.

Enfin, l'article 82 du décret énonçait la liste exhaustive des services bénéficiant du « *must-carry* » et constituant l'offre de base légale :

- les services de la RTBF ;
- les services des télévisions locales dans leur zone de couverture ;
- les services, désignés par le Gouvernement, des éditeurs de services internationaux dont la RTBF est actionnaire (en pratique, TV 5) ;
- deux services du service public de radiodiffusion de la Communauté flamande, dès qu'il y a réciprocité ;
- un ou des services du service public de radiodiffusion de la Communauté germanophone, dès qu'il y a réciprocité.

A cette liste, se rajoutaient les services privés bénéficiant d'une convention avec le Gouvernement de la Communauté française (articles 48 et suivants du décret).

Cette législation a fait l'objet en juin 2006 d'une mise en demeure adressée à l'Etat belge par la Commission européenne⁵ au sujet d'un éventuel manquement aux obligations découlant de l'article 31 de la directive « Service universel » et de l'article 49 du traité CE⁶. La Commission estimait que la Communauté française n'avait pas correctement transposé l'article 31 de la directive dans le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion. Selon la Commission, la Communauté française n'avait pas clairement défini les objectifs d'intérêt général, dans la mesure où elle s'attachait seulement à parler de promotion de la production culturelle en Communauté française et d'accès garanti à l'information générale, sans en préciser les critères d'évaluation. Le Gouvernement de la Communauté française aurait disposé d'un large pouvoir discrétionnaire quant à l'interprétation et à l'application de la disposition décrétole (non-respect de l'obligation de transparence). En outre, la Commission pointait le non-respect par la Communauté française de l'obligation de proportionnalité quant au nombre maximal de services bénéficiant du *must-carry*. Enfin, aucune disposition ne prévoyait le réexamen périodique des obligations de diffusion, alors que l'article 31 §1^{er} de la directive l'impose.

Malgré la clôture de la procédure de mise en demeure par la Commission⁷, les rédacteurs du projet de modification du décret ont souhaité fournir une transposition plus fidèle de la lettre de la directive.

3. Nouveau régime

Les nouvelles dispositions décrétoles sont les suivantes :

(Section III – Dispositions relatives au droit de distribution obligatoire pour les services télévisuels linéaires)

⁵ « *a letter of formal notice* » (IP/06/948, MEMO/06/271).

⁶ « *Dans le cadre des dispositions visées ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.*

Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, peut étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissants d'un État tiers et établis à l'intérieur de la Communauté. »

⁷ Cette clôture faisait suite à l'annulation des articles visant le *must carry* par la Cour d'arbitrage en novembre 2006, bien que lesdits articles aient été ultérieurement réintroduits dans le décret sans modification.

Art. 48.

Le Gouvernement peut attacher à un ou des services télévisuels linéaires spécifiés d'un éditeur de services, un droit de distribution obligatoire. L'octroi de ce droit est conditionné à la conclusion d'une convention entre l'éditeur de services et le Gouvernement.

Ce droit s'exerce à l'égard des distributeurs de services conformément à l'article 82, §2.

Art. 49.

§1^{er}. L'octroi du droit de distribution obligatoire fait l'objet d'une demande préalable introduite par lettre recommandée avec accusé de réception auprès du Ministre ayant l'audiovisuel dans ses attributions et auprès du secrétariat général du Ministère de la Communauté française.

§ 2. Dans le mois de la réception de la demande, le secrétariat général du Ministère de la Communauté française notifie au demandeur la prise en compte de sa demande.

§ 3. le Gouvernement transmet la demande et le projet de convention y afférent au Collège d'autorisation et de contrôle qui rend son avis conformément aux modalités prévues à l'article 133, §4.

Art. 50.

§ 1^{er}. Un droit de distribution obligatoire ne peut être attaché à un service télévisuel linéaire que si celui-ci répond aux obligations minimales suivantes :

1° Mettre en valeur le patrimoine – et particulièrement le patrimoine culturel- de la Communauté française au sens large et dans ses différents aspects régionaux ;

2° Proposer un nombre quotidien minimal d'heure de programmes, dont une partie à déterminer en première diffusion ;

3° Proposer quotidiennement au moins un journal d'information générale.

§ 2. En outre, pour bénéficier d'un droit de distribution obligatoire attaché à un service télévisuel linéaire, l'éditeur de services doit répondre aux obligations minimales suivantes :

1° Contribuer à la production audiovisuelle de la Communauté française. A cette fin, il consacre, outre la proportion visée à l'article 41, §3, au moins 24 p.c. de son chiffre d'affaires, tel que visé à l'article 41, §4, à la production propre, la commande partielle ou totale, l'acquisition de programmes, les prestations extérieures, le pré-achat et la coproduction. Le chiffre d'affaires est le chiffre engendré par les services bénéficiant du droit de distribution obligatoire.

Dans le calcul de la proportion minimale de 24 p.c. visée à l'alinéa 1er, le pourcentage du chiffre d'affaires consacré à la coproduction ou au pré-achat équivaut à 8 fois sa valeur nominale.

2° créer en Communauté française un nombre minimum de 60 emplois équivalent temps plein sous contrat de travail, indépendamment du nombre de services édités.

§ 3. La convention visée à l'article 48 règle les modalités d'exécution des obligations reprises aux §§. 1^{er} et 2.

§ 4. La convention peut prévoir des obligations complémentaires à celles visées aux §§. 1er et 2 en fonction du format et de la nature du service télévisuel linéaire pour lequel l'éditeur demande un droit de distribution obligatoire.

§ 5. L'éditeur de services qui dispose d'un droit de distribution obligatoire mentionne dans le rapport annuel visé à l'article 40, les éléments d'information relatifs au respect des obligations contenues dans la convention visée à l'article 48.

Art. 51.

Les éditeurs de service sont tenus de distribuer le service télévisuel linéaire disposant d'un droit de distribution obligatoire dans les 6 mois à compter de l'octroi dudit droit.

(Section II – La distribution de services de médias audiovisuels par câble)

Art. 81.

§1^{er}. Pour autant qu'un nombre significatif de personnes utilisent leurs réseaux comme moyen principal de réception de services de médias audiovisuels, les opérateurs de réseau visés à l'article 97 garantissent la distribution sur leurs réseaux d'une offre de base comprenant au moins les services faisant l'objet d'une distribution obligatoire visés à l'article 82.

L'offre de base est fournie par un distributeur de services. A défaut, les opérateurs de réseau sont tenus d'exercer l'activité de distributeur en fournissant l'offre de base.

§ 2. Tout distributeur de services ne peut proposer d'offre complémentaire de services de médias audiovisuels qu'aux utilisateurs qui ont un accès à l'offre de base.

Art. 82.

§ 1er. Les distributeurs de services visés à l'article 81, §1er, 2ème alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services télévisuels linéaires suivants :

1° les services de la RTBF destinés prioritairement au public de la Communauté française;
2° les services des télévisions locales dans leur zone de couverture;
3° les services, désignés par le Gouvernement, des éditeurs de services internationaux au capital desquels participe la RTBF;
4° deux services du service public de la Communauté flamande pour autant que les distributeurs de services de cette Communauté soient tenus de transmettre deux services télévisuels de la RTBF;

5° un ou des services du service public de la Communauté germanophone pour autant que les distributeurs de services de cette Communauté soient tenus de transmettre un ou des services télévisuels de la RTBF.

Les distributeurs de services visés à l'article 81, §1er, 2ème alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services télévisuels non linéaires suivants :

1° les services de la RTBF désignés par le Gouvernement ;
2° les services, désignés par le Gouvernement, des télévisions locales, dans leur zone de couverture ;
3° les services, désignés par le Gouvernement, des éditeurs de services internationaux au capital desquels participe la RTBF.

§ 2. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2ème alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services télévisuels linéaires des éditeurs de services déclarés ou autorisés en vertu du présent décret et bénéficiant d'un droit de distribution obligatoire.

§ 3. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2ème alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services télévisuels désignés par le Gouvernement de tout éditeur de services de l'Union européenne et qui ont conclu avec celui-ci une convention relative à la promotion de la production culturelle en Communauté française et dans l'Union européenne prévoyant notamment une contribution financière à cette promotion.

§ 4. Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2ème alinéa, doivent distribuer au moment de leur diffusion et dans leur intégralité les services sonores linéaires suivants :

1° les services de la RTBF émis en modulation de fréquence ;
2° deux services du service public de la Communauté flamande pour autant que les distributeurs de services de cette Communauté soient tenus de transmettre deux services sonores de la RTBF ;
3° un service du service public de la Communauté germanophone pour autant que les distributeurs de services de cette Communauté soient tenus de transmettre un service sonore du service public de la Communauté française.

Les distributeurs de services visés à l'article 81, § 1er, 2ème alinéa, doivent distribuer les services sonores non linéaires de la RTBF désignés par le Gouvernement.

(Section IV – La distribution de services de médias audiovisuels par voie satellitaire ou par tout système de transmission autre que le câble et la voie hertzienne terrestre numérique)

Art. 87 bis.

Pour autant qu'un nombre significatif de personnes utilisent leurs réseaux comme moyen principal de réception de services de médias audiovisuels, les opérateurs de réseau visés aux articles 121 et 122bis garantissent la distribution sur leur réseau, au moment de leur diffusion et dans leur intégralité, des services de médias audiovisuels linéaires de la RTBF et des services linéaires, désignés par le Gouvernement, des éditeurs de services internationaux au capital

desquels participe la RTBF. Ils garantissent également la distribution sur leur réseau, des services de médias audiovisuels non linéaires, désignés par le Gouvernement, de la RTBF et des éditeurs de services internationaux au capital desquels participe la RTBF.

Ces services sont fournis par un distributeur de services. A défaut, les opérateurs de réseau sont tenus d'exercer l'activité de distributeur en fournissant les services de médias audiovisuels visés à l'alinéa 1er.

Les deux premiers alinéas du présent article ne sont pas applicables si la RTBF distribue elle-même les services de médias audiovisuels visés à l'alinéa 1^{er} sur des réseaux similaires à ceux visés aux articles 121 et 122bis qui ont été mis à sa disposition par le Gouvernement.

Les nouvelles dispositions prennent en compte l'évolution des services, grâce à la distinction entre la distribution obligatoire de services linéaires et de services non linéaires. Pour la distribution obligatoire de ces derniers, qui ne peuvent qu'émaner des services publics audiovisuels (RTBF et TVL), le Gouvernement doit procéder à leur désignation motivée, en fonction des contraintes et/ou des caractéristiques techniques des réseaux de communications électroniques concernés. En outre, seuls des services de télévision linéaire d'éditeurs privés conventionnés avec le Gouvernement pourraient bénéficier d'un droit de distribution.

Le concept de « nombre significatif de personnes » utilisant le réseau des opérateurs visés comme moyen principal de réception est un nouvel apport dans la législation de la Communauté française et s'avère être une simple transposition du dispositif législatif européen.

Enfin, les travaux préparatoires précisent qu'il revient au CSA d'apprécier cette notion de « nombre significatif ».

4. Mise en œuvre

4.1. Objectif

L'objectif poursuivi par le CSA vise à déterminer, par zone géographique, au moins un distributeur soumis au must carry pour la plateforme câble (coaxial et bifilaire confondus) et éventuellement sur une autre plateforme technologique (satellite ou autres que câble et hertzien).

Etant donné la situation actuelle du marché (des autres plateformes que le câble et le hertzien), précisément le lancement récent de l'unique offre de services par satellite (début 2009) et de son nombre encore très réduit d'abonnés, ainsi que la quasi-inexistence d'autres plateformes de distribution, les conditions posées par l'article 87 bis ne sont pas remplies (notamment nombre significatif d'utilisateurs) pour appliquer cet article. Une nouvelle analyse de la situation sera effectuée début 2010, sur la base des chiffres obtenus au 30 septembre 2009.

Néanmoins, les dispositions posées aux articles 81 et 82 du décret doivent être mises en œuvre, en raison de la position des plateformes câbles (coaxial et bifilaire) sur le marché de la livraison de services audiovisuels.

4.2. Dispositif

Compte tenu du découpage géographique des réseaux de câble coaxial, les marchés géographiques doivent être déterminés en fonction de cette contrainte. En communauté française, on peut relever actuellement l'existence de 5 marchés géographiques : la zone d'AIESH, la zone de Brutélé, la zone de NewIco, la zone de Tecteo et la zone de Telenet.

Pour chacune des zones ainsi déterminées, les parts de marché de chaque distributeur peuvent être déterminées, sur la base du nombre d'abonnés au 30 septembre de chaque année. Cette référence est en effet recueillie par le CSA dans le cadre du contrôle annuel du respect des obligations des distributeurs et en particulier du calcul de la contribution à la production audiovisuelle.

Selon l'article 31 de la directive service universel, il faut qu'un nombre significatif de personnes utilise le réseau d'un opérateur comme moyen principal de réception de services de médias audiovisuels pour qu'il soit soumis à l'obligation de must-carry.

Dans le cadre de la transposition de cet article dans les législations nationales, de nombreux pays européens mettent en œuvre cette notion de « nombre significatif », mais pas de manière uniforme.

Sur les 10 situations étudiées⁸, 9 témoignent d'une législation incluant cette notion (notamment Allemagne, Flandre, Suisse, Suède et Norvège), sans que tous ne l'ait déjà mise en œuvre (Portugal, Catalogne).

Dans 2 Etats (Suisse et Norvège), le seuil de 100 foyers est utilisé pour déterminer le nombre significatif. En Allemagne, les règles de must carry s'appliquent à toutes les plateformes (câble, plateformes terrestres), excepté pour les plateformes câblées avec fils qui disposent de moins de 100.000 foyers connectés et pour les plateformes sans fils fournissant à moins de 20.000 foyers. En Suède, la notion de « nombre significatif » s'applique si le nombre de foyers est significatif en termes absolus. La mise en œuvre de ce dispositif demeure floue et aléatoire. A Chypre, le concept de « nombre significatif » est défini d'un point de vue territorial. Seule la Flandre rattache la notion de nombre significatif au principe d'analyse de marché et d'évaluation de la puissance sur le marché. Le chiffre de 25 % a été retenu dans une décision du VRM n° 2008/007 du 18 Janvier 2008.

Par ailleurs, le Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) n'a pas récemment effectué de recherches ou de travaux au sujet du must carry et de la multiplication de ses dispositifs de mise en œuvre.

Face à la diversité d'interprétations sur le plan européen de la notion de « nombre significatif », l'approche de la Flandre semble objective et proportionnée. En effet, la notion peut être rattachée à celle de position significative de marché telle que définie par la Commission dans ses lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques. Le point 75 des lignes directrices précise : « ... *Bien qu'une forte part de marché ne soit pas à elle seule suffisante pour établir l'existence d'une puissance sur le marché (position dominante), il est peu probable qu'une entreprise ne possédant pas une part notable du marché pertinent puisse jouir d'une position dominante. Il est donc improbable que des entreprises dont la part de marché n'excède pas 25 % détiennent une position dominante (individuelle) sur le marché pertinent* »⁹.

En outre, une symétrie des règles applicables en Flandre et en Communauté française peut être intéressante pour les régulateurs et surtout pour les acteurs du secteur présents au niveau national.

Enfin, l'obligation de must carry entraîne un impact relativement conséquent sur les distributeurs de services visés dans la mesure où elle limite la capacité de ces distributeurs d'utiliser leur propre infrastructure au détriment de la diffusion d'autres services et implique des coûts financiers potentiellement plus importants.

⁸ Royaume-Uni, Flandre, Norvège, France, Allemagne, Suisse, Portugal, Catalogne, Suède et Chypre.

⁹ [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002XC0711\(02\):FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002XC0711(02):FR:HTML)

Par conséquent, le seuil retenu s'élève à **25 %** de part de marché. Ce taux s'avère donc proportionné à l'objectif poursuivi.

Le mode de diffusion choisi dépendra de l'utilisation de celui-ci par les abonnés :

- numérique pour la plateforme de Belgacom ;
- analogique pour les câblo-opérateurs, tant que l'offre numérique ne sera pas majoritairement sélectionnée par les abonnés.

4.3. Evaluation

Tableau2. Répartition des parts de marché (au 30 septembre 2008)

	Câble coaxial	Câble bifilaire
zone d'AIESH	>75%	<25%
zone de Brutélé	>75%	<25%
zone de NewICo	>75%	<25%
zone de Tecteo	>75%	<25%
zone de Telenet	>75%	<25%

5. Conclusion

Le Collège constate que dans toutes les zones définies, les distributeurs par câble coaxial restent les seuls disposant plus de 25 % de parts de marché. En conclusion, l'obligation de must carry ne devra être mise en œuvre que par AIESH, Brutélé, NewICo, Tecteo et Telenet, chacun dans leur zone de diffusion.

Le Collège procédera à une réévaluation de la situation en 2010, dès qu'il sera en possession des chiffres fournis par les distributeurs relatifs à leur nombre d'abonnés au 30 septembre 2009.

Une analyse de la situation pour les autres plateformes (satellite, ou autre que le câble et la voie hertzienne terrestre numérique) visées par l'article 87 bis du décret sur les services de médias audiovisuels sera également réalisée courant 2010.

Fait à Bruxelles, le 25 juin 2009.