

Publié par
l'Observatoire européen de l'audiovisuel

**Propriété des médias -
Réalités du marché
et réponses
réglementaires**

IRIS Spécial 2016-2

Propriété des médias - Réalités du marché et réponses réglementaires

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2016

ISBN 978-92-871-8404-7

EUR 55

Directrice de publication – Susanne Nikoltchev, Directrice exécutive

Supervision éditoriale – Maja Cappello, Responsable du département Informations juridiques

Equipe éditoriale – Francisco Javier Cabrera Blázquez, Maja Cappello, Sophie Valais

Observatoire européen de l'audiovisuel

Auteurs

Amedeo Arena (Université de Naples), Konstantina Bania (IUE), Elda Brogi (IUE), Mark D. Cole (EMR), Gilles Fontaine (OEA), Silke Hans (EMR), Pascal Kamina (Université de Franche-Comté), Deirdre Kevin (OEA), Carles Llorens (Universitat Autònoma de Barcelona), Roberto Mastroianni (Université de Naples), Michael Petri (die medienanstalten/KEK), Krzysztof Wojciechowski (Telewizja Polska), Lorna Woods (Université d'Essex)

Traduction / Relecture

Marco Polo Traductions, Nathalie Sturlèse, Erwin Rohwer, Roland Schmid, Julie Mamou, Gianna Iacino, Lucy Turner

Assistante éditoriale – Snezana Jacevski, Sabine Bouajaja

Marketing – Markus Booms, markus.booms@coe.int

Presse et relations publiques – Alison Hindhaugh, alison.hindhaugh@coe.int

Observatoire européen de l'audiovisuel

Editeur

Observatoire européen de l'audiovisuel
76, allée de la Robertsau, 67000 Strasbourg, France
Tél.: +33 (0)3 90 21 60 00
Fax: +33 (0)3 90 21 60 19
iris.obs@coe.int
www.obs.coe.int

Organisation partenaire ayant contribué à l'ouvrage

Institut du droit européen des médias (EMR)
Franz-Mai-Straße 6, 66121 Sarrebruck, Allemagne
Tel.: +49 681 99275 11
Fax: +49 681 99275 12
emr@emr-sb.de
www.emr-sb.de

Maquette de couverture - P O I N T I L L É S, Hoenheim, France

Veillez citer cette publication comme suit :

Cappello M. (éd.), *Propriété des médias - Réalités du marché et réponses réglementaires*, IRIS Spécial 2016-2, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2016

© Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe), Strasbourg, 2016

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.



Propriété des médias

Réalités du marché et réponses réglementaires

Amedeo Arena, Konstantina Bania, Elda Brogi, Mark D. Cole, Gilles Fontaine,
Silke Hans, Pascal Kamina, Deirdre Kevin, Carles Llorens, Roberto Mastroianni,
Michael Petri, Krzysztof Wojciechowski, Lorna Woods



Avant-propos

Le pluralisme des médias représente pour le secteur audiovisuel l'un des piliers de la liberté d'expression. Cette notion englobe, d'une part, la mise à disposition par les différents acteurs des médias d'un vaste choix en matière de programmation et suppose, d'autre part, la présence effective d'une multitude d'opérateurs de manière à empêcher toute forme de concentration excessive sur le marché.

Le pluralisme des médias en soi a été largement examiné par la législation et la jurisprudence tant au niveau national qu'européen. Il est par ailleurs nécessaire de garantir la transparence du financement des différents fournisseurs de médias et d'avoir une bonne connaissance de la structure de la propriété des médias et de leur contrôle ou influence.

A cette fin, la plupart des pays ont mis en place des outils et des mécanismes visant à la collecte des informations nécessaires et permettant ainsi également à l'Observatoire européen de l'audiovisuel (OEA) d'assembler une certaine partie de ces données. D'autres sources d'information ont également été mises à disposition par les instances réglementaires de l'ensemble de l'Europe ; la jurisprudence administrative relative aux questions de concurrence vient par ailleurs compléter ce tableau.

Le présent IRIS Spécial offre une vue d'ensemble des réalités actuelles du marché et un choix de textes réglementaires adoptés en Europe pour faire face à cette situation depuis la publication du rapport de l'Observatoire « Marchés convergents – pouvoir convergent ? Régulation et jurisprudence » de 2012. Cette nouvelle publication a été élaborée par l'Institut du droit européen des médias (EMR) à Sarrebruck et compile les contributions de divers auteurs. Elle se concentre sur une sélection de pays européens (Allemagne, Royaume-Uni, Italie, France, Espagne et Pologne) choisis afin de présenter un ensemble d'approches différentes.

Le rapport débute par une introduction de Gilles Fontaine et Deirdre Kevin (OEA) sur l'état actuel des marchés européens. Les données analysées sont tirées de la base de données MAVISE de l'Observatoire, qui comporte des informations relatives à la propriété des chaînes de télévision et des services à la demande disponibles en Europe, ainsi que leur pays d'établissement (au sein ou à l'extérieur de l'Europe) et les grilles de programmes des principaux distributeurs européens.

Mark D. Cole et Silke Hans (EMR) abordent ensuite la question des garanties fixées à l'échelon européen pour protéger la diversité des médias. Ils passent ainsi en revue les différents marchés du secteur de l'audiovisuel – à savoir la télévision à péage, la télévision gratuite, les droits de radiodiffusion et la publicité en ligne – et la jurisprudence pertinente de la Commission européenne. Konstantina Bania et Elda Brogi (Institut universitaire européen) complètent ce tableau par un aperçu des principales conclusions faites en 2015 dans le cadre du Dispositif de suivi du pluralisme des médias (*Media Pluralism Monitor*) pour mesurer le niveau de pluralisme dans 19 États membres de l'Union européenne.

Le rapport présente ensuite des études de cas nationales portant sur l'Allemagne par Michael Petri (Medienanstalten/KEK), le Royaume-Uni par Lorna Woods (Université d'Essex), l'Italie par Roberto Mastroianni et Amedeo Arena (Université de Naples), la France par Pascal Kamina (Université de Franche-Comté), l'Espagne par Carles Llorens (Universitat Autònoma de Barcelona) et la Pologne par Krzysztof Wojciechowski (Telewizja Polska). La publication s'achève par la conclusion de Mark D. Cole et Silke Hans (EMR).



Les principales conclusions du présent rapport font apparaître l'importance fondamentale de garantir le pluralisme des médias au moyen de dispositions européennes visant à protéger la diversité des médias. Les études de cas nationales illustrent le fait que, d'une part, la convergence constitue une source de défis pour les instances de régulation et de contrôle et que, d'autre part, les possibilités offertes par internet ne permettent pas de penser que la diversité des médias puisse uniquement être protégée par les nouvelles évolutions technologiques. Le fait que la radiodiffusion traditionnelle continue à être une source d'information importante pour de nombreux citoyens européens signifie également que les dispositions en matière de propriété des médias conservent toute leur pertinence.

Strasbourg, novembre 2016

Maja Cappello

Coordinatrice IRIS

Responsable du Département Informations juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel



Table de matières

1. Introduction : la propriété des médias au sein des marchés européens.....	9
1.1. Introduction.....	9
1.2. Examen de la propriété, des données et de la transparence des médias.....	10
1.3. Les systèmes nationaux et la concentration des médias	11
1.4. Les groupes paneuropéens de médias audiovisuels	13
1.4.1. Les groupes de radiodiffusion multinationaux	13
1.4.2. Les groupes paneuropéens de marques de chaînes.....	13
1.5. Les sociétés paneuropéennes de distribution.....	14
1.6. Les groupes paneuropéens et leurs contenus	15
1.7. Observations finales et autres axes de recherche envisageables.....	16
2. La garantie du pluralisme au niveau européen.....	17
2.1. Introduction.....	17
2.2. Dispositif juridique	18
2.2.1. Le cadre des droits de l'homme.....	18
2.2.2. Réglementation spécifique aux médias	20
2.3. Politique de prévention de la concentration des médias au niveau de l'Union européenne. 20	
2.3.1. La garantie du pluralisme et de la diversité des médias dans le droit européen de la concurrence	21
2.3.2. Le phénomène de convergence des marchés de médias audiovisuels dans l'UE	22
2.3.2.1. Définition courante des marchés de médias pertinents dans le droit de la concurrence de l'UE.....	23
2.3.2.2. Définition des marchés de médias audiovisuels convergents dans le droit de la concurrence de l'UE.....	26
2.3.3. Les rapports entre le droit de la concurrence de l'UE et le contrôle des concentrations des Etats membres	28
2.3.4. Principales affaires traitées par la Commission européenne ces dernières années	29
2.3.4.1. L'affaire <i>Google/DoubleClick</i>	29
2.3.4.2. L'affaire <i>ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV</i>	30
2.3.5. Initiatives politiques.....	31
2.4. Les approches liées à la prévention de la concentration des médias au niveau de l'Europe .	32



2.5. L'influence significative des marchés connexes pertinents	34
2.5.1. Les agences médias.....	35
2.5.2. Google, Facebook et Cie.....	35
2.6. Conclusion	36
3. Les instruments de mesure et visant à rendre publique la concentration des médias : l'exemple du dispositif de suivi <i>Media Pluralism Monitor</i> (MPM).....	37
3.1. Introduction.....	37
3.2. Pourquoi mesurer la concentration de la propriété des médias ? Les raisons d'être du « domaine de la pluralité du marché »	39
3.2.1. La place des acteurs traditionnels dans l'actuel paysage médiatique.....	40
3.2.2. L'influence des « intermédiaires numériques » sur la consommation de contenus médiatiques	42
3.2.3. Les perspectives	44
3.3. Comment mesurer la concentration de la propriété des médias : La méthodologie applicable au « domaine de la pluralité du marché »	44
3.3.1. Les indicateurs de la concentration horizontale.....	46
3.3.2. L'indicateur de la concentration croisée des médias.....	48
3.4. Les résultats de la mise en œuvre du dispositif de suivi <i>Media Pluralism Monitor</i> 2015...	49
3.5. Le bilan des enseignements tirés : La mise en œuvre du dispositif de suivi <i>Media Pluralism Monitor</i> 2016.....	52
4. La concentration des médias en Allemagne.....	55
4.1. Fondements constitutionnels de la garantie du pluralisme d'opinion.....	55
4.2. Les marchés des médias	57
4.2.1. Définitions traditionnelles des marchés	57
4.2.2. Développement de la convergence	58
4.3. Cadre juridique de prévention de la concentration des médias	59
4.3.1. Réglementation du secteur spécifique des médias	59
4.3.2. Droit de la concurrence.....	61
4.3.3. Rapport entre le droit antitrust et le droit encadrant la concentration des médias.....	61
4.3.4. Les autorités de régulation des médias et de contrôle de la concurrence.....	62
4.4. Décision de la KEK dans l'affaire <i>Springer/ProSiebenSat.1</i>	63
4.4.1. Objet de la décision.....	63
4.4.2. Examen juridique	63
4.4.3. Les effets de la jurisprudence	64
4.5. Projets de réforme	65



4.6. Autres facteurs pertinents pour les médias	66
4.6.1. Intermédiaires	66
4.6.2. Agences médias.....	66
4.7. Restrictions des participations dans le secteur des médias.....	67
5. La concentration des médias au Royaume-Uni.....	69
5.1. Le contexte constitutionnel.....	69
5.2. Les marchés convergents des médias audiovisuels	69
5.3. La législation visant à prévenir la concentration des médias.....	71
5.3.1. Les enquêtes récemment menées par l'Ofcom	72
5.3.2. Les fusions et acquisitions.....	73
5.3.3. L'approche retenue en cas de conflit de compétences	75
5.3.4. Les organes de régulation et de contrôle	76
5.4. Les principales décisions	77
5.4.1. Le projet Kangaroo et le projet Canvas.....	77
5.4.2. BSkyB/ITV	78
5.4.3. NewsCorp/BSkyB.....	79
5.4.4. BT/EE	80
5.5. Le débat actuel	81
5.6. Les restrictions particulières en matière de propriété.....	81
5.7. Considérations diverses.....	83
6. La concentration des médias en Italie.....	85
6.1. Le contexte constitutionnel.....	85
6.2. Les marchés convergents de l'audiovisuel et des médias.....	86
6.2.1. La définition classique des marchés.....	86
6.2.2. La définition des marchés convergents des médias	87
6.3. La législation visant à prévenir la concentration des médias.....	88
6.3.1. La législation applicable : la réglementation spécifique au secteur des médias	88
6.3.1.1. Les limites « techniques » visant à prévenir la concentration des médias	88
6.3.1.2. Les limites « économiques » visant à prévenir la concentration des médias	89
6.3.1.3. Les dispositions réglementaires applicables au secteur de la presse et les limites de propriété croisée (diagonale) visant à prévenir la concentration des médias.....	90
6.3.2. La législation applicable : le droit de la concurrence	90
6.3.3. Les interactions entre la réglementation applicable aux médias et le droit de la concurrence	91
6.3.4. Les organes de régulation et de contrôle et les autorités compétentes en matière de	



concurrence	92
6.3.5. Les principales décisions	93
6.4. L'importance des facteurs et des marchés spécifiques aux médias	94
6.5. Les restrictions et les obstacles spécifiques en matière de propriété des médias	95
6.6. Le débat actuel	97
7. La concentration des médias en France	99
7.1. Résumé	99
7.2. Le contexte constitutionnel	99
7.3. La délimitation des marchés et les effets de la convergence	101
7.4. Le contrôle et la prévention des concentrations dans le secteur audiovisuel	103
7.4.1. Les règles spécifiques au secteur audiovisuel	103
7.4.2. Les règles de concurrence	106
7.4.3. Articulation entre la réglementation spécifique et le droit de la concurrence	107
8. La concentration des médias en Espagne	109
8.1. Le contexte constitutionnel	109
8.2. Les marchés convergents de l'audiovisuel et des médias	110
8.2.1. La définition classique des marchés	110
8.2.2. La définition des marchés convergents des médias	111
8.3. La législation visant à prévenir la concentration des médias	112
8.3.1. La législation applicable : la réglementation spécifique au secteur des médias	112
8.3.2. La législation applicable : le droit de la concurrence	113
8.3.3. Les interactions entre la réglementation applicable aux médias et le droit de la concurrence	114
8.3.4. Les organes de régulation et de contrôle et les autorités compétentes en matière de concurrence	115
8.4. Les principales décisions	116
8.5. Le débat actuel	118
8.6. Les restrictions et les obstacles spécifiques en matière de propriété des médias	119
9. La concentration des médias en Pologne	121
9.1. Le contexte constitutionnel	121
9.2. Les marchés convergents de l'audiovisuel et des médias	123
9.2.1. La définition classique des marchés	123
9.2.2. La définition des marchés convergents des médias	126



9.3. La législation visant à prévenir la concentration des médias.....	127
9.3.1. La législation applicable : la réglementation spécifique au secteur des médias	127
9.3.2. La législation applicable : le droit de la concurrence	128
9.3.3. Les interactions entre la réglementation applicable aux médias et le droit de la concurrence	130
9.3.4. Les organes de régulation et de contrôle et les autorités compétentes en matière de concurrence	131
9.4. Le débat actuel	131
10. Conclusions.....	133
10.1. Importance de la garantie du pluralisme des médias	133
10.2. Importance de la garantie du pluralisme au niveau européen	134
10.3. Principales caractéristiques observées dans les pays étudiés	135
10.4. Les défis posés par le développement de la convergence	137





1. Introduction : la propriété des médias au sein des marchés européens

Gilles Fontaine et Deirdre Kevin, Observatoire européen de l'audiovisuel

1.1. Introduction

En guise d'introduction au présent IRIS *Spécial* consacré à la propriété des médias, ce chapitre donne tout d'abord un aperçu des tendances actuelles au sein des marchés européens des médias. Les données et analyses sont issues d'un récent rapport publié par l'Observatoire européen de l'audiovisuel – une première étude sur la propriété des médias, réalisée à partir des informations réunies dans la base de données MAVISE¹, en tirant parti de son catalogue de sociétés et des relations de ces dernières avec le secteur des médias audiovisuels².

Le présent rapport porte à la fois sur les radiodiffuseurs et sur les distributeurs de services audiovisuels. Dans le cadre de la recherche et des préoccupations politiques en matière de pluralisme des médias, ce type de données permet de dresser une cartographie du paysage médiatique et de traiter les questions relatives au pluralisme des contenus et aux liens existants entre production, acquisition, offres groupées et distribution de contenus. Nous avons privilégié l'étude des groupes paneuropéens, c'est-à-dire les entreprises qui exercent leurs activités dans un certain nombre de pays en Europe, en retenant 15 principaux acteurs du marché, parmi lesquels figurent des sociétés de radiodiffusion et de distribution.

Ce chapitre s'intéresse tout d'abord à la manière de mesurer la position dominante des sociétés de médias à l'échelon national, puis donne un bref aperçu de la situation de la concentration des médias sur le plan national. Enfin, le rapport met l'accent sur les entreprises paneuropéennes qui exercent leurs activités dans toute l'Europe, leur couverture géographique et leur stratégie.

¹ Voir la base de données MAVISE sur : <http://mavise.obs.coe.int/>.

² Observatoire européen de l'audiovisuel (2016) : *Media ownership: towards pan-European groups?*, disponible en anglais sur : <http://www.obs.coe.int/documents/205595/264629/Media+ownership+towards+pan-European+groups/418385fa-cf0e-4c12-b233-29476177d863>.



1.2. Examen de la propriété, des données et de la transparence des médias

Les niveaux de concentration dans le secteur des médias peuvent s'analyser de plusieurs façons. Les parts d'audience des radiodiffuseurs offrent une mesure classique du poids des entreprises et ces données sont disponibles pour la plupart des pays (bien qu'elles soient souvent payantes). Plus les parts d'audience sont élevées, plus le temps publicitaire a de valeur³. Cependant, les données relatives aux parts des recettes publicitaires télévisuelles à l'échelon national sont généralement cumulées et il est difficile de les ventiler par groupe de radiodiffusion, sauf si ces informations sont fournies par le radiodiffuseur lui-même. C'est la raison pour laquelle il est impossible de donner une image précise de la concentration des médias sur le marché de la publicité télévisuelle, bien que l'on puisse émettre des hypothèses en se fondant sur les parts d'audience⁴. Pour ce qui est du secteur de la télévision à péage, les chiffres des recettes perçues par les sociétés de distribution pour les chaînes à péage et les chaînes premium tendent également à être cumulés au niveau national, sans que l'on puisse se faire une idée précise du poids respectif des entreprises de ce secteur.

Les distributeurs de services audiovisuels payants à domicile englobent les opérateurs à péage de la TNT, du câble, du satellite et de l'IPTV. Ils distribuent de manière linéaire des contenus télévisuels, ainsi que des services audiovisuels à la demande pour le câble, l'IPTV et les services hybrides. Le poids de ces entreprises peut se mesurer au nombre de leurs abonnés et la plupart des sociétés publient ces chiffres dans des rapports annuels ou des communiqués de presse. La comparaison des chiffres des entreprises avec les données cumulées nationales des foyers abonnés à la télévision à péage permet de déterminer les parts de marché de chaque entreprise⁵. D'autres marchés pertinents pour le secteur des médias sont fréquemment examinés dans les études réalisées par la Direction générale (DG) Concurrence de l'Union européenne lorsqu'elle est amenée à évaluer des fusions. Il s'agit notamment de l'octroi et de l'acquisition des droits des œuvres, pour répondre à la demande des radiodiffuseurs et des opérateurs de vidéo à la demande sur ce marché. De fait, la Commission a également souvent subdivisé le marché des droits relatif aux contenus premium, lorsque les droits sportifs et les droits cinématographiques peuvent être considérés comme des marchés distincts spécifiques⁶. L'évaluation du poids des entreprises de médias sur ces marchés supplémentaires suppose un travail de recherche rigoureux, qui n'entre pas dans le champ du présent rapport. C'est la raison pour laquelle nous nous sommes cantonnés à la concurrence que se livrent les acteurs du secteur pour séduire le client final (public ou abonné).

Enfin, une cartographie de la propriété des sociétés de médias et de leurs filiales, ainsi que de toute relation de propriété transversale entre les entreprises, est indispensable pour donner une image précise de l'état de la propriété des médias. A l'échelon national, l'établissement de cette

³ Dans la plupart des pays, les parts d'audience englobent désormais également les chiffres du visionnage en décalé (et de rattrapage) des programmes télévisuels. Voir Observatoire européen de l'audiovisuel (2015) : *Measurement of fragmented audiovisual audiences* (uniquement en anglais).

⁴ En ce qui concerne les données cumulées de la publicité télévisuelle, l'Annuaire de l'Observatoire européen de l'audiovisuel publie les données fournies par WARC.

⁵ Pour les recettes cumulées de la télévision à péage, l'Annuaire utilise les données d'IHS et d'Ampere Analysis.

⁶ Voir, par exemple : Commission européenne (2014) - Procédure européenne de contrôle des concentrations dans l'affaire n° M.7000 - LIBERTY GLOBAL / ZIGGO ou Commission européenne (2013) - Procédure européenne de contrôle des concentrations dans l'affaire n° COMP/M.6880 - LIBERTY GLOBAL / VIRGIN MEDIA.



cartographie débute tout d'abord par une collecte d'informations sur les titulaires de licences ou sur l'enregistrement des services audiovisuels, lesquelles sont compilées dans la base de données MAVISE grâce aux données communiquées par les autorités nationales de régulation des médias. Il peut se révéler difficile d'établir un lien entre ces entreprises et des groupes de médias plus importants, d'autres entreprises nationales ou des personnes physiques ; cette démarche exige généralement une expertise nationale afin de mettre clairement en lumière ces liens de propriété. Pour ce qui est des groupes paneuropéens, le rapport de l'Observatoire met en évidence les intérêts commerciaux et la prédominance de ces entreprises dans différents pays d'Europe, au moyen des sites web et des rapports annuels de ces entreprises, ainsi que de la base de données AMADEUS⁷.

1.3. Les systèmes nationaux et la concentration des médias

Pour ce qui est des marchés de la radiodiffusion, les taux mesurés de concentration des parts d'audience présentent de fortes variations d'un pays à un autre. Le tableau 1 synthétise quelques-unes des données du rapport précité sur tout un éventail de marchés, y compris les marchés particulièrement dominés par un ou deux grands groupes.

Tableau 1 : Marchés européens des médias : la concentration des médias sur les marchés de la radiodiffusion dans une sélection de pays européens (taux d'audience 2014)

Un seul groupe de radiodiffusion obtient un taux d'audience quotidien de :	Les deux premiers groupes obtiennent ensemble un taux d'audience quotidien de :
Plus de 35 % : BE (VLG), BG, DK, FI, GB, IT, MT	60 à 70 % : BE (VLG), BG, CZ, DK, FI, IT, SE
30 à 35 % : AT, CZ, ES, LT, LV, NL, SE, SI, SK	50 à 60 % : AT, DE, ES, FR, GB, HR, LT, MT, NL, SI, SK
25 à 30 % : DE, FR, HR, HU, IE, MK, PL, PT	40 à 50 % : BE (CFB), HU, LV, MK, PL, PT, RO
20 à 25 % : BE (CFB), RO	30 à 40 % : CY, EE, GR, IE
15 à 20 % : CY, EE, GR	20 à 30 % : BA, TR

Source : Observatoire européen de l'audiovisuel (2016) : Media ownership: towards pan-European groups? (en anglais)

Analyse des données de Médiamétrie/Eurodata TV (uniquement en anglais).

Compte tenu des changements qui se sont opérés entre 2009 et 2013, la fragmentation progressive des taux d'audience a entraîné une diminution de la concentration au niveau des chaînes. La part de marché cumulée des principaux groupes télévisuels a toutefois moins souffert de cette tendance ; ils

⁷ Cette base de données offre des informations sur les entreprises européennes et leurs rapports financiers : <https://amadeus.bvdinfo.com/version-2016720/home.serv?product=amadeusneo>.



ont en effet souvent réussi à compenser cette perte d'audience sur leurs principales chaînes au moyen de nouvelles chaînes numériques ou de chaînes de niche.

Comme l'indiquait le récent rapport de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, sur un échantillon de 30 pays européens, les deux principaux groupes de radiodiffusion de chaque marché obtiennent en moyenne 51 % du taux d'audience et les trois principaux groupes 64 %. En matière de distribution, les niveaux de concentration varient également d'un pays à l'autre. Le secteur de la distribution est en règle générale bien plus concentré que les marchés de l'audience de la radiodiffusion et, pour ce qui est de son évolution, ce marché compte désormais moins d'acteurs qu'il y a quatre ans. Les niveaux de concurrence entre les acteurs nationaux impliquent cependant que les marchés soient plus équitablement répartis (en termes d'abonnés) qu'auparavant : dans sept pays, seules deux sociétés de distribution fournissent les services télévisuels à plus de 80 % des abonnés ; dans 24 pays, deux sociétés à elles seules offrent leurs services à 50 % ou plus des foyers abonnés nationaux. Le tableau 2 synthétise quelques-unes des données du rapport consacrées à une série de marchés de distribution, ainsi que leurs niveaux de concentration entre les mains d'un ou de deux grands groupes.

Tableau 2. Marchés européens des médias : la concentration des médias sur les marchés de la télévision à péage/distribution (proportion d'abonnés en 2014) dans une sélection de pays

Le principal groupe obtient une part de marché de :	Les deux principaux groupes obtiennent ensemble une part de marché de :
60 à 70 % : GB, IE, IT	90 à 100% : PT, MT, IT, IE, GR
50 à 60 % : CZ, GR, HR, MT, RO, TR	80 à 90% : GB, HR
40 à 50 % : BE, DK, PT, SK	70 à 80% : BE, CY, CZ, RO, TR
30 à 40 % : BG, CY, DE, EE, ES, NL, PL, SE, SI	60 à 70% : DK, ES, SI, SK
20 à 30 % : AT, FI, FR, HU, LT	50 à 60% : BG, DE, EE, FI, HU, NL, PL, SE

Source : Observatoire européen de l'audiovisuel (2016) : Media ownership: towards pan-European groups?

Etude (en anglais) des données d'Ampere Analysis.

Dans cette récente étude, les systèmes nationaux de médias n'ont pas été examinés en détail sur le plan de la propriété des radiodiffuseurs et des distributeurs. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, il est indispensable de disposer d'une expertise pour chacun de ces pays pour pouvoir établir un lien entre ces sociétés et des groupes de médias plus importants ou d'autres intérêts commerciaux ou politiques. Cependant, comme le précise le point 1.4 ci-dessous, trois importants groupes de radiodiffusion (RTL, Modern Times Group et Central European Media Enterprises) opèrent dans une série de pays européens et représentent à eux trois les principaux acteurs des marchés de la radiodiffusion gratuite dans 17 pays. En outre, 15 grandes sociétés de distribution, dont chacune est présente sur trois marchés au moins en Europe, offrent leurs services à près de 70 % des foyers abonnés à la télévision à péage au sein de l'Union européenne (voir ci-dessous).



1.4. Les groupes paneuropéens de médias audiovisuels

Il est difficile de quantifier le nombre de radiodiffuseurs que l'on pourrait qualifier de paneuropéens, compte tenu de la complexité de leur propriété et de l'existence de « groupes au sein d'autres groupes ». Selon certaines estimations, 13 grands groupes de médias environ opèrent sur l'ensemble du continent européen, auxquels s'ajoutent leurs filiales importantes, qui constituent elles aussi des groupes paneuropéens. Ces groupes peuvent en outre se subdiviser en deux catégories distinctes : les groupes de radiodiffuseurs « multinationaux » et les groupes paneuropéens de marques de chaînes.

1.4.1. Les groupes de radiodiffusion multinationaux

En sa qualité de radiodiffuseur paneuropéen, le « radiodiffuseur multinational » tend à détenir certains des radiodiffuseurs les plus importants dans son éventail de marchés. L'émergence de ces groupes de radiodiffusion « multinationaux » s'explique par plusieurs raisons, notamment la constitution de grandes sociétés nationales (souvent dans un cadre réglementaire libéral), la privatisation des marchés télévisuels européens, l'ouverture de nouveaux marchés en Europe centrale et orientale et les insuffisances occasionnelles des radiodiffuseurs de service public sur les marchés dans lesquels ils opèrent. On peut citer à titre d'exemple RTL, Modern Times Group et Central European Media Enterprises. Ces trois sociétés représentent à elles seules les principaux acteurs du marché dans 17 pays européens et obtiennent les quatre plus importants taux d'audience.

Les stratégies de ces radiodiffuseurs consistent, notamment, à accroître leur taux d'audience et leurs recettes ; à élaborer des économies d'échelle sous la forme d'une optimisation de la production, de l'acquisition des contenus et des droits d'exploitation, ainsi que de la vente d'espaces publicitaires ; à se concentrer sur les régions dans lesquelles les préférences en matière de contenus tendent à être proches (consommation culturelle similaire) ; et à étendre de manière générale la distribution de leurs propres contenus. Plus récemment, ces radiodiffuseurs ont consolidé leurs activités (en les réduisant par exemple à un nombre plus limité de pays ou en les centralisant dans un seul pays) ; se sont positionnés sur le marché à la demande (télévision de rattrapage et autres services à la demande) ; ont étendu leur participation ou fait l'acquisition de parts dans le capital de sociétés de production télévisuelle ; ont investi dans de nouveaux actifs numériques, comme la publicité sur internet.

1.4.2. Les groupes paneuropéens de marques de chaînes

Il existe dans toute l'Europe de nombreuses marques de chaînes de télévision internationales bien connues, parmi lesquelles les chaînes Discovery, National Geographic, Fox, Disney, Eurosport, AXN et



HBO. L'évolution des radiodiffuseurs paneuropéens « de marques⁸ » a profité d'un autre ensemble d'opportunités, comme la privatisation des marchés européens de la radiodiffusion ; le développement des services de distribution par câble et par satellite qui ont permis de remédier aux ressources limitées du spectre de fréquences ; le fait de disposer des contenus opportuns pour alimenter ces nouvelles capacités de diffusion (films ou musique, par exemple) ; l'évolution du marché unique européen (Directive « Télévision sans frontières ») ; et, par conséquent, la capacité à constituer des sociétés de *holding* et à implanter des radiodiffuseurs dans tous les pays attractifs, pour des raisons tant de réglementation que de fiscalité.

Les initiatives stratégiques retenues par ces radiodiffuseurs traduisent leur volonté d'accroître leur distribution et leurs recettes ; d'être plus à l'écoute du client final (et donc de gagner en valeur ajoutée) en lançant de nouvelles chaînes plutôt qu'en se contentant de vendre des programmes ; et, par extension, de créer en Europe des chaînes européennes à partir d'une marque de chaîne américaine, et bien souvent de continuer à décliner ces marques en versions nationales. Il convient par ailleurs d'observer que ces dernières années plusieurs radiodiffuseurs (Discovery, Viacom et Scripps) se sont également positionnés sur les marchés de la télévision gratuite selon un modèle de « radiodiffuseur multinational ». D'autres stratégies récentes concernent quant à elles la création d'entreprises communes avec de grands groupes de distribution (par exemple Ziggo câble et HBO aux Pays-Bas) ; l'entrée dans le capital de sociétés européennes de production télévisuelle ; et l'acquisition de droits sportifs européens.

1.5. Les sociétés paneuropéennes de distribution

La constitution de groupes paneuropéens de distribution, que la DG Concurrence de l'Union européenne définit comme des « détaillants de contenus audiovisuels destinés aux utilisateurs finaux⁹ », a été influencée par toute une série de circonstances, parmi lesquelles, notamment, la libéralisation des marchés ; l'assouplissement potentiel de la réglementation en matière de concentration afin de permettre des économies d'échelle en vue de promouvoir la numérisation des réseaux, qui se révèle être une activité particulièrement coûteuse ; la lenteur de la mise en place des systèmes de télévision numérique terrestre gratuite dans plusieurs pays, qui a favorisé la croissance du secteur des services à péage par satellite ; la libéralisation et la privatisation des marchés nationaux des télécommunications ; la numérisation et la convergence, ainsi que le développement de réseaux à haut débit, qui ont facilité la fourniture de contenus audiovisuels par les services de télécommunications.

L'étude sur les groupes paneuropéens révèle que 15 grandes entreprises sont présentes sur trois marchés au moins en Europe et qu'elles offrent leurs services à 68 % des foyers abonnés à la télévision à péage au sein de l'Union européenne. Cette liste compte Altice, Deutsche Telekom AG, Liberty Group Global, Groupe M7, Orange (France Télécom), RCS/RDS, Sky Plc, Telefonica, Telekom

⁸ Parmi lesquels figurent : 21st Century Fox (Sky Plc, Fox International channels), AMC Networks, Bonnier (C-More entertainment), Discovery Communications (Eurosport), Modern Times Group (Viasat), NBC Universal, Scripps Networks, Sony Corporation (SPTI), Time Warner Inc. (Turner Broadcasting, HBO), Viacom Inc. (MTV Networks), Vivendi (Canal+), et Walt Disney Inc. (AETN, Disney ABC).

⁹ Commission européenne (2013) - Procédure européenne de contrôle des concentrations : affaire n° COMP/M.6880 - LIBERTY GLOBAL / VIRGIN MEDIA.



Austria Group, Telenor, Teliasonera, United Media Group, VIASAT, Vivendi et Vodafone Group Plc. Il s'agit notamment d'opérateurs de la distribution par câble et satellite et des opérateurs de télécommunications présents sur les marchés de l'IPTV, ainsi que bien souvent sur les marchés du câble et du satellite.

Le marché de la distribution de services audiovisuels s'est particulièrement renforcé ces dernières années. A l'échelon national, d'importantes fusions se sont opérées, comme celle d'UPC NL (Liberty Global) et Ziggo aux Pays-Bas (2014), d'Unitymedia (Liberty Global) et Kabel BW en Allemagne (2011), ainsi que d'Orange España et Jazztel en Espagne (2015). La DG Concurrence de l'Union européenne a tout récemment autorisé la fusion entre Ziggo (Liberty Global) et Vodafone aux Pays-Bas (août 2016).

A l'échelon européen, les acteurs du marché ont élargi leur couverture géographique et fait l'acquisition de grands acteurs nationaux, comme l'illustre parfaitement le rachat par Liberty Global d'Unitymedia DE (2010), puis de Kabel BW (2011), ainsi que l'acquisition par Liberty Global de Virgin Media UK (2013). Plusieurs fusions croisées entre des entreprises de télécommunications et des câblodistributeurs ont été également observées. Le rachat de Kabel Deutschland par Vodafone (2013) en est un exemple éloquent, suivi par la fusion entre Vodafone et l'opérateur du câble espagnol ONO (2014). Le rachat de SFR par Numéricâble en France (2014) est tout aussi représentatif de cette situation. Dans le même temps, l'opérateur de télévision à péage Vivendi a augmenté sa participation dans le capital de Telecom Italia à hauteur de 24,9 %.

Les distributeurs paneuropéens bénéficient d'économies d'échelle spécifiques, dans la mesure où une couverture géographique plus étendue se traduit par l'augmentation des recettes qu'ils tirent de leurs abonnements et par la possibilité de développer leurs infrastructures. Cette situation leur offre par ailleurs l'opportunité de créer des synergies en matière de développement technologique, notamment en ce qui concerne l'élaboration de décodeurs télévisuels. L'harmonisation de ces dispositifs et de leurs fonctionnalités entraîne également une forme d'harmonisation des services.

La plupart des entreprises de distribution sont en outre solidement intégrées verticalement dans la chaîne de valeur des services audiovisuels, puisqu'elles assurent la production et l'élaboration d'offres (chaînes de télévision et/ou services à la demande), ainsi que la distribution de contenus. Dès lors qu'elles sont intégrées verticalement et qu'elles disposent de leurs propres chaînes de marque (ou de leur propre production), ces entreprises s'assurent des recettes de distribution.

Les initiatives stratégiques d'intégration verticale ont amené ces groupes de distribution à constituer des entreprises communes avec d'importantes sociétés de contenus ; à développer leurs « propres chaînes » de contenus premium (films et sport) ; à faire l'acquisition de radiodiffuseurs nationaux ou à investir dans ces derniers ; à accroître leur participation ou à acquérir des parts dans le capital des sociétés de production télévisuelle ; et à lancer des marques régionales à la demande.

1.6. Les groupes paneuropéens et leurs contenus

La présente étude ne porte ni sur l'examen des contenus, ni sur la possibilité pour ces groupes d'optimiser leurs recettes par la distribution de contenus en Europe ; autrement dit, elle n'analyse pas l'influence sur le pluralisme des médias que peut avoir la fourniture d'un même contenu sur une multitude de marchés. Il faudrait pour cela examiner la programmation télévisuelle des radiodiffuseurs multinationaux ou les grilles de programmes des distributeurs paneuropéens sur chaque marché. On peut supposer qu'en matière de contenu, les marques paneuropéennes et les



chaînes de télévision à péage sont en mesure de créer plus facilement ces synergies que les chaînes gratuites, puisqu'elles bénéficient d'obligations réglementaires moins strictes en matière de programmation et qu'elles sont moins tenues de satisfaire aux exigences de contenu et aux attentes du grand public qu'impose le marché national. En outre, on peut également présumer que cette internationalisation des contenus est plus simple à réaliser pour les services de vidéo à la demande, notamment du fait de l'augmentation des services de VoD d'une « seule marque » lancés dans une série de pays par les radiodiffuseurs, les opérateurs de télévision à péage ou les distributeurs.

1.7. Observations finales et autres axes de recherche envisageables

En règle générale, les marchés nationaux de la radiodiffusion et de la distribution en Europe sont soit modérément soit fortement concentrés. Cela s'explique en partie par la nature même de ces activités, dont les lourds investissements sont autant d'obstacles à l'entrée sur le marché, ainsi que par la manière dont les marchés ont évolué au fil du temps. La tendance à la concentration persiste toutefois à l'échelon national, ce qui renforce davantage encore l'influence et le poids de ces groupes. L'appréciation du pluralisme des systèmes nationaux de médias suppose de rechercher en détail pour chaque pays les liens qui existent entre les médias nationaux et les intérêts commerciaux ou politiques.

Il ressort clairement de l'examen des grands groupes européens que certains d'entre eux sont, dans un grand nombre de marchés nationaux, les principaux acteurs des marchés de la radiodiffusion gratuite. Même s'ils respectent les plafonds de propriété imposés par les différentes réglementations nationales, leur présence dans une multitude de pays est certainement bénéfique en termes d'économies d'échelle. Leur pluralisme en matière de contenu ne peut s'apprécier qu'avec un examen minutieux des contenus proposés par les groupes de radiodiffusion et mis à disposition par les groupes de distribution sur l'ensemble des marchés.

Pour ce qui est des groupes de distribution paneuropéens, il est clair qu'un important processus de consolidation s'opère au sein des marchés, entre les marchés et entre les différents secteurs. Par ailleurs, les principaux groupes de médias paneuropéens renforcent bien entendu leur présence sur l'ensemble des marchés de la chaîne de valeur des œuvres audiovisuelles, c'est-à-dire de la phase de production à l'octroi de la licence d'exploitation, jusqu'à la diffusion et la distribution sur l'ensemble des plateformes.

La plupart des fusions sont examinées et avaluées par la DG Concurrence de l'Union européenne. La politique de l'Union européenne ne se soucie pas tant de l'existence ou de l'émergence de positions dominantes sur le marché, que de la prévention des abus de ces positions dominantes, en veillant à ce que l'entrée de nouveaux acteurs sur ces marchés ne soit pas entravée et à ce que le bon fonctionnement du secteur soit profitable au consommateur final. La question du pluralisme sur les marchés des médias n'est pas traitée au niveau européen. On peut également se demander, dans le cadre d'un autre axe de recherche, dans quelle mesure la volonté de créer de grandes entreprises européennes et d'améliorer les offres de services audiovisuels et de services des technologies de l'information comme le haut débit, a une incidence sur le pluralisme des contenus et la diversité des opinions.



2. La garantie du pluralisme au niveau européen

Mark D. Cole et Silke Hans, *Institut du droit européen des médias (EMR)*¹⁰

2.1. Introduction

A ce jour, la nature et la portée de l'action des instances européennes visant à garantir le pluralisme des médias restent loin d'être claires. D'une part, se pose la question de la compétence éventuelle de l'Union européenne pour adopter un droit pertinent en la matière pour ses Etats membres ou créer, par exemple au moyen de ses décisions en matière de concurrence, un cadre juridique applicable à cet égard. D'autre part, le Conseil de l'Europe est concerné au premier chef, dans la mesure où l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et la protection des droits fondamentaux assurée par la Cour européenne des droits de l'homme constituent pour ainsi dire le cœur de la « régulation européenne des médias » et qu'un certain nombre d'initiatives en matière de politique des médias proviennent également de Strasbourg¹¹.

En raison de l'approche plutôt économique de l'Union européenne - et en particulier des organisations qui l'ont précédée - et de la dimension au contraire culturelle et démocratique des médias, les relations entre le droit national et le « droit européen des médias » sont soumises à certaines tensions¹². Lors de la création de la Communauté économique européenne, en 1957, les questions de droit des médias ne faisaient pas partie des priorités, car leur dimension transfrontière économique et commerciale n'était pas encore reconnue. Ce n'est que plus tard que les institutions de la Communauté européenne ont commencé à se préoccuper du droit des médias dans le cadre de l'intégration européenne. A cet égard, les diverses initiatives engagées par le Conseil de l'Europe dans ce domaine ont joué un rôle important. Le Conseil de l'Europe a travaillé dès les années 1960 sur le thème des médias, en raison de leur importance pour le fonctionnement d'une société démocratique, en particulier au regard des valeurs européennes communes ; il a également préparé

¹⁰ Mark D. Cole est Directeur des affaires académiques à l'EMR et professeur de droit des médias et droit des télécommunications à l'Université du Luxembourg. Silke Hans était conseillère juridique à l'EMR au moment de la rédaction de cette publication

¹¹ Voir Fink/Cole/Keber, *Europäisches und Internationales Medienrecht*, C.F. Müller, Heidelberg 2008, p. 1 et suiv., 10 et suiv. (paragraphes 1 et suiv., 10 et suiv.).

¹² Voir également Dörr, dans : Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner, *Kommentar zum Staatsvertrag Rundfunk und Telemedien (RStV) und zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV)*, section B 4, paragraphes 1 et suiv.



des conventions qui ont contribué à la mise en place d'un cadre juridique propre aux médias. Du fait de la diversité linguistique de l'Europe, qui joue un rôle crucial dans la diffusion et la consommation des médias, et malgré les nombreuses approches initiées par la suite, notamment par l'UE et dont certaines allaient jusqu'à proposer un contrôle européen de la concentration des médias, c'est le niveau national qui reste déterminant. Cette tendance est renforcée par les nouveaux défis liés aux développements technologiques, tels que le passage au numérique et la convergence croissante, ainsi que, plus récemment, par la tendance de certains États à intervenir dans les rapports de propriété des entreprises médiatiques¹³. Comme le montre l'analyse qui suit, au vu des rapports de tension susmentionnés et des décisions récentes en la matière, le droit européen joue toutefois un rôle crucial en ce qui concerne la garantie de la diversité et du pluralisme des médias dans le paysage actuel convergent des médias.

2.2. Dispositif juridique

Bien que l'Union européenne et le Conseil de Europe soient des organisations internationales distinctes, avec des priorités et des formes de coopération différentes, toutes deux s'appuient sur les mêmes valeurs fondamentales telles que les droits de l'homme, la démocratie et l'État de droit. En raison de ces valeurs communes, notamment la protection des droits de l'homme, les dispositifs juridiques élaborées par ces deux organisations pour garantir le pluralisme des médias sont à la fois liés et similaires.

2.2.1. Le cadre des droits de l'homme

L'article 10 de la CEDH protège de manière fondamentale et exhaustive la liberté d'expression, notamment le droit de recevoir des informations provenant d'autres pays. Lors de l'interprétation de cette disposition, la Cour européenne des droits de l'homme a admis la possibilité de restreindre la liberté des médias, en particulier par des règles visant à garantir le pluralisme. L'article 10 de la CEDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, était appliqué par principe dans l'UE avant même la création de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (CDF). Après avoir été intégrée par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) comme principe juridique général dans sa jurisprudence en matière de droits communautaires dits fondamentaux, cette approche a ensuite été reconnue par les États membres de l'UE dans l'article 6 du Traité UE¹⁴. L'article 10 de la CEDH ne comporte aucune référence explicite à la diversité ou au pluralisme des médias, car il protège en premier lieu le droit individuel à la liberté d'expression et non pas tant la liberté des médias dans le cadre d'un système objectif de valeurs. Cela ne signifie pas pour autant que des

¹³ Voir d'un point de vue général Oeter/Dienelt, dans *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, Nomos, Baden-Baden, 3^e édition, 2016, p. 34 ; Woods/Harrison, *European Broadcasting Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, p. 146 et suiv., Harcourt, *The European Union and the regulation of Media Markets*, Manchester University Press, Manchester and New York 2006, p. 41 et suiv., Cole, « *Notwendigkeit und Gestalt eines zukunftsfähigen Medienkonzentrationsrechts* » dans *Meinungsbildung und Meinungsvielfalt in Zeiten der Konvergenz*, documentation de colloque de la *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich* (KEK), VISTAS Verlag, Leipzig 2016, p. 89 et suiv.

¹⁴ Fink/Cole/Keber, *Europäisches und Internationales Medienrecht*, C. F. Müller, Heidelberg 2008, p. 10 et suiv. (paragraphe 10 et suiv.).



objectifs généraux, tels que la nécessité d'un journalisme critique pour le fonctionnement de toute démocratie, ne sont pas couverts par la CEDH¹⁵. La protection du pluralisme des médias a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui, outre l'importance particulière des médias (audiovisuels) dans une société démocratique et des exigences connexes en matière de pluralisme, de tolérance et d'ouverture, a également reconnu la possibilité pour les Etats d'imposer des restrictions à la liberté des médias aux fins de préserver le pluralisme, conformément à l'article 10, paragraphe 2 de la CEDH¹⁶. Dans son arrêt *Lentia Informationsverein c. Autriche* sur le monopole de la radiodiffusion autrichienne de l'époque, par exemple, la Cour expose explicitement que la préservation d'une offre de radiodiffusion pluraliste et diversifiée constitue un objectif qui justifie la restriction de la liberté des radiodiffuseurs¹⁷. Par ailleurs, la Cour reconnaît également une obligation d'intervention de l'Etat pour garantir des structures pluralistes¹⁸.

En parallèle, l'article 11 de la CDF garantit également la liberté d'expression et la liberté des médias au niveau de l'UE. Cet article reprend presque mot pour mot l'article 10 de la CEDH, mais mentionne en outre explicitement le respect de la liberté et du pluralisme des médias dans son paragraphe 2. Même si cet article, lu en lien avec la portée de la CDF, n'énonce pas clairement si des règles peuvent en découler directement, cette disposition souligne le fait que la diversité des médias, y compris le pluralisme des services audiovisuels, constitue un objectif reconnu¹⁹. Cela correspond à la jurisprudence de la CJUE, qui dans le prolongement de la Cour européenne des droits de l'homme, souligne régulièrement l'importance du pluralisme des médias, en insistant sur le fait que le maintien d'un paysage médiatique pluraliste est un objectif d'intérêt général impérieux pouvant justifier une restriction des libertés fondamentales²⁰. Dans l'arrêt *United Pan-Europe Communications Belgium c. Belgique*, la Cour établit que la liberté d'expression et le pluralisme des médias jouent un rôle central dans l'UE et que le maintien d'un système de radiodiffusion pluraliste est étroitement lié à la liberté d'expression²¹. Par conséquent, la liberté des communications ne doit pas seulement être protégée contre la mainmise de l'Etat, mais aussi contre celle des puissants acteurs du secteur privé²².

¹⁵ Dörr, dans : Dörr/Kreile/Cole, *Handbuch Medienrecht*, éd. Recht & Wirtschaft, Francfort-sur-le-Main, 2011, p. 43 (paragraphe B 50 et suiv.).

¹⁶ La CJUE a suivi cette position, voir à cet égard l'arrêt du 18 juin 1991, affaire *ERT c. DEP* C-260/89, Rec. 1991, I-2925, ECLI:EU:C:1991:254; arrêt du 25 juillet 1991, *Stichting Collectieve Antennenvoorziening Gouda c. Commissariat voor de Media*, affaire C-288/89, Rec. 1991 I-4009, ECLI:EU:C:1991:323; arrêt du 16 décembre 1992, *Commission c. Belgique*, C-211/91, Rec. 1992 I-6757, ECLI:EU:C:1992:526.

¹⁷ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 23 septembre 1993, *Lentia Informationsverein c. Autriche*, EuGRZ 1994, 549.

¹⁸ Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 17 septembre 2009, *Manole et autres c. Moldova*, affaire 13936/02 ; arrêt du 7 juin 2012, *Centro Europa 7 S.R.L et di Stefano c. Italie*, affaire 38422/09. Dörr, dans : Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner/Cole/Wagner Wagner, *Kommentar zum Staatsvertrag Rundfunk und Telemedien (RStV) und zum Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV)*, section B 4, paragraphes 8 et suiv.

¹⁹ Dörr, dans : Dörr/Kreile/Cole, *Handbuch Medienrecht*, éd. Recht & Wirtschaft, Francfort-sur-le-Main, 2011, p. 44.

²⁰ Voir CJUE, arrêt du 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und -vertriebs GmbH/Heinrich Bauer Verlag c. Österreich*, affaire C-368/95, Rec. 1997, I-3689, ECLI:EU:C:1997:325 ; Fink/Cole/Keber, *Europäisches und Internationales Medienrecht*, C. F. Müller, Heidelberg 2008, p. 32 et suiv., 49 et suiv. (paragraphe 39 et suiv., 49 et suiv.).

²¹ CJUE, arrêt du 13 septembre 2007, *United Pan-Europe Communications c. Belgique*, affaire C-250/06, Rec. I-11135, ECLI:EU:C:2007:783.

²² Schulz, dans *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, Nomos, Baden-Baden, 3^e édition, 2016, p. 109.



2.2.2. Règlementation spécifique aux médias

Si l'objectif du pluralisme des médias est bien inscrit dans le cadre juridique, la formulation de l'article 11, paragraphe 2 de la CDF, qui emploie le terme « respectés », exprime clairement que les institutions de l'Union ne sont pas elles-mêmes investies d'une obligation d'agir pour garantir ce pluralisme. En revanche, cette formulation souligne que leurs actions, par exemple leurs propositions législatives, ne doivent pas nuire à la diversité des médias. En tout état de cause, cette disposition n'instaure pas de nouvelle compétence de l'UE, ce qui est aussi le cas de la CDF dans son ensemble. Que ce soit au niveau du Conseil de l'Europe ou de l'UE, il n'existe pas de réglementation spécifique aux médias visant à garantir la diversité au sens strict. De même, il n'existe pas de dispositions juridiques spécifiques pour l'harmonisation ou la coordination du droit général des médias dans le droit primaire de l'UE, de sorte qu'il n'y a pas de règles spécifiques aux médias garantissant leur pluralisme dans la législation secondaire²³. La protection active du pluralisme des médias est donc une tâche incombant aux seuls Etats membres, puisque selon le droit européen, en l'état actuel des choses, le principe des compétences d'attribution empêcherait la mise en place d'un système de contrôle global du pluralisme, et que l'approche normative du droit européen des médias se réfère à l'harmonisation du marché intérieur, aux libertés fondamentales et à la politique en matière de concurrence. La clause culturelle de l'article 167 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) confirme qu'une régulation européenne active des médias visant à l'harmonisation des aspects culturels des médias n'est pas souhaitable et qu'à cet égard, l'action de l'UE se limite à l'adoption de mesures incitatives. L'interprétation de l'article 167, paragraphe 4 du TFUE établit d'une part, que dans les activités directement liées à la culture, la réserve est de mise et d'autre part, dans la mesure où la garantie du pluralisme des opinions (y compris des médias) relève d'une situation politique, sociale et donc culturelle particulière à chaque Etat membre, qu'il ne saurait y avoir de mesures d'harmonisation de la part de l'UE²⁴.

2.3. Politique de prévention de la concentration des médias au niveau de l'Union européenne

Bien que l'UE ne dispose pas d'une compétence globale pour adopter une réglementation en matière de diversité des médias, elle joue néanmoins un rôle important dans le cadre du contrôle des concentrations excessives des médias. L'UE peut s'appuyer sur un dispositif normatif qui réglemente l'activité économique en général - et pas seulement sectorielle, comme dans le cas ici

²³ Voir aussi concernant les décisions précédentes de la Commission européenne, Cole, « Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Pluralismussicherung » dans BLM-Symposium Medienrecht 2007 – Freiheitssicherung durch Regulierung: Fördert oder gefährdet die Wettbewerbsaufsicht publizistische Vielfalt im Rundfunk?, Nomos, Baden-Baden 2009, p. 93, 94 et suiv., ainsi que Gounalakis/Zagouras, « Ein Plädoyer für ein europäisches Medienkonzentrationsrecht », ZUM 2006, 716, Gounalakis/Zagouras, « Publizistische Vielfaltsicherung – Eine Aufgabe für Europa? », JZ 2008, 652, voir également sur ce thème Hain, « Sicherung des publizistischen Pluralismus auf europäischer Ebene? », AfP 2007, 527.

²⁴ Voir d'un point de vue général Cole, « Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Pluralismussicherung » dans BLM-Symposium Medienrecht 2007 – Freiheitssicherung durch Regulierung: Fördert oder gefährdet die Wettbewerbsaufsicht publizistische Vielfalt im Rundfunk?, Nomos, Baden-Baden 2009, p. 104 et suiv., 111 et suiv.



des médias -, et aide à protéger le pluralisme des médias : la garantie de la libre concurrence au moyen du droit antitrust, y compris la réglementation du contrôle des fusions²⁵.

2.3.1. La garantie du pluralisme et de la diversité des médias dans le droit européen de la concurrence

Le secteur des médias comporte la particularité d'être le champ d'action de deux types de concurrence : une concurrence éditoriale sous forme de concurrence des opinions, des idées et des informations, et une concurrence économique qui vise à maintenir un environnement compétitif permettant le progrès et le développement d'innovations et d'avancées, ainsi que l'évolution des préférences du côté de la demande²⁶. Le droit antitrust européen est un instrument de protection de la concurrence économique sur le marché intérieur de l'UE et ne contient donc aucune disposition visant à régler directement et spécifiquement la concurrence éditoriale en vue d'éviter de façon ciblée la concentration de l'opinion. En même temps, les règles antitrust ont un impact non négligeable sur la configuration du paysage médiatique²⁷. Un jeu de la concurrence libre et efficace sur le marché intérieur est également un facteur important permettant d'assurer le pluralisme des médias²⁸. En particulier pour l'industrie des médias, qui se caractérise par un niveau d'innovation élevé et des cycles de développement rapides et qui, depuis plusieurs années, connaît des processus de concentration importants, la protection de la concurrence économique est primordiale pour la préservation ou la création d'une variété de fournisseurs et services de médias²⁹. Il existe donc un dualisme entre le contrôle du pouvoir de marché et du pouvoir de l'opinion, dans le cadre duquel le droit antitrust agit dans le même sens que les règles visant à garantir la diversité des opinions et peut avoir comme effet secondaire la préservation de la diversité des médias. Concrètement, si la Commission européenne empêche la concentration du pouvoir de marché entre les mains d'un petit nombre d'acteurs, cela peut signifier qu'en même temps, il y aura plus de choix sur le marché des opinions. Il convient toutefois d'être prudent à cet égard : l'existence d'un vaste éventail de fournisseurs, que le droit antitrust cherche à favoriser, n'est pas toujours synonyme d'une offre diversifiée ; en effet, le droit antitrust ne tient pas forcément compte, par exemple, du poids de l'influence d'une entreprise sur l'opinion dans les marchés connexes liés aux médias. Le droit antitrust et le contrôle du pouvoir de marché sont donc un moyen nécessaire, mais non suffisant, de garantir la diversité des opinions³⁰.

²⁵ Il en va de même, sur le principe, pour la réglementation européenne des aides d'Etat qui, par le biais de l'interdiction éventuelle de mesures incitatives, peut avoir un impact sur la configuration précise du paysage médiatique dans un Etat membre, voir sur ce point Fink/Cole/Keber, *Europäisches und Internationales Medienrecht*, C. F. Müller, Heidelberg 2008, p. 126 et suiv. (paragraphe 172 et suiv.).

²⁶ Hans, *Die Auswirkungen des Medienwandels auf das Werbevertrags- und Werbekartellrecht*, éd. C. H. Beck, Munich 2015, p. 135 et suiv.

²⁷ Dörr, dans : Dörr/Kreile/Cole, *Handbuch Medienrecht*, éd. Recht & Wirtschaft, Francfort-sur-le-Main, 2011, p. 221.

²⁸ Nehl, *Rechtsschutz im Bereich grenzüberschreitender Mediengruppenzusammenschlüsse*, p. 3,

http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2003_041_de.pdf.

²⁹ Dörr, dans : Dörr/Kreile/Cole, *Handbuch Medienrecht*, éd. Recht & Wirtschaft, Francfort-sur-le-Main, 2012, p. 222.

³⁰ Cole, « Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Pluralismussicherung » dans *BLM-Symposium Medienrecht 2007 – Freiheitssicherung durch Regulierung: Fördert oder gefährdet die Wettbewerbsaufsicht publizistische Vielfalt im Rundfunk?*, Nomos, Baden-Baden 2009, p. 105 ; concernant le lien avec le droit national en matière de garantie du pluralisme, voir le paragraphe 3.3.



La Commission dispose de plusieurs instruments sur lesquels elle peut s'appuyer pour exercer son contrôle du pouvoir de marché (les « trois piliers du droit antitrust ») : l'interdiction de toute entente concertée visée à l'article 101 du TFUE, l'interdiction de l'abus de position dominante inscrite à l'article 102 du TFUE et le contrôle des concentrations, qui fait l'objet d'une réglementation plus détaillée dans le Règlement 139/2004/CE relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (Règlement CE sur les concentrations). L'un des critères fondamentaux et déterminants des normes antitrust dans la prévention des conduites anticoncurrentielles ou de la concentration du marché concerne la définition du marché pertinent et de la position dominante. Cette dernière est définie dans la jurisprudence constante comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui permettant de se comporter dans une mesure appréciable de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, au bout du compte, des consommateurs³¹. Considérant qu'une position dominante ne peut être établie qu'en lien avec un marché pertinent bien précis, la définition du marché pertinent est le point de départ de tout examen mené dans le cadre du droit de la concurrence.

2.3.2. Le phénomène de convergence des marchés de médias audiovisuels dans l'UE

La définition des marchés pertinents sert à délimiter le domaine dans lequel les entreprises sont en concurrence les unes avec les autres et tient compte d'éléments liés aux produits concernés, ainsi que des facteurs géographiques et temporels³². Cela permet d'identifier les entreprises qui sont réellement en mesure de restreindre l'activité des autres entreprises présentes sur le marché et de se soustraire ainsi à une pression concurrentielle effective. La notion de marché pertinent est le principal outil utilisé par la Commission européenne pour délimiter les marchés. Selon ce concept, un marché distinct pertinent englobe tous les produits et services que les consommateurs considèrent comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auxquels ils sont destinés. Le marché géographique pertinent est identifié en fonction du territoire sur lequel les entreprises concernées proposent les produits ou services concernés, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes, et qui se distingue des zones géographiques voisines par des conditions de concurrence sensiblement différentes. Le concept de marché pertinent est étayé par des notions d'élasticité-prix croisée, le « test SSNIP » (« *small but significant non transitory increase in price* » : augmentation légère mais significative et durable du prix³³), ainsi que par le concept de substituabilité de l'offre³⁴.

³¹ CJUE, arrêt du 13 février 1997, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, affaire 85/76, Rec. 1979, 461, ECLI:EU:C:1979:36, TPI, arrêt du 17 septembre 2007, *Microsoft*, affaire T-201/04, Rec. 2007, II-3601, ECLI:EU:T:2007:289.

³² La dimension temporelle n'intervient pas de façon significative dans la délimitation des marchés pertinents et n'est donc pas examinée ici.

³³ Lors du test SSNIP ou du test du monopole hypothétique, on étudie la question du comportement de l'acheteur en cas d'augmentation du prix du produit en question de la société concernée. Il s'agit de déterminer si en réponse à une légère et durable augmentation hypothétique de 5 % à 10 % des prix relatifs du produit, les clients se tourneraient vers des substituts facilement disponibles. Si le nombre de consommateurs qui opteraient pour d'autres produits est tel que la hausse du prix n'est pas profitable, les produits sont classés comme faisant partie d'un marché unique.



L'application de ces concepts dans le cadre de la définition des marchés de médias pertinents montre que ceux-ci comportent deux volets, l'un où les entreprises sont en concurrence pour capter leur public (les marchés de destinataires) et l'autre où ces mêmes entreprises font la course aux annonceurs (les marchés publicitaires)³⁵. Ces deux volets du marché sont reliés par des liens économiques indissociables et d'étroits effets de réseau, de sorte que toute modification sur l'un des volets du marché peut se répercuter - de façon positive ou négative - sur la situation de l'autre volet en matière de concurrence³⁶.

2.3.2.1. Définition courante des marchés de médias pertinents dans le droit de la concurrence de l'UE

Dans le cadre des méthodes de délimitation décrites ci-dessus, la Commission européenne, la CJUE et le Tribunal délimitent généralement les marchés de médias pertinents en fonction des différents secteurs des médias. A la suite des premières grandes décisions de contrôle des concentrations dans le secteur des médias, la Commission avait commandé plusieurs études portant sur la question de la délimitation des marchés pertinents dans ce domaine³⁷. Par ailleurs, les délimitations découlent des nombreuses décisions de la Commission qui ont parfois défini des principes qui restent applicables en dépit des changements intervenus sur les marchés des médias. Il en résulte la reconnaissance des marchés de médias pertinents suivants en droit de la concurrence de l'Union européenne.

2.3.2.1.1. Le marché de la télévision à péage (marché des téléspectateurs)

Il existe un marché de produits pertinent pour la distribution de la télévision payante aux utilisateurs finaux, sur lequel les opérateurs de télévision à péage sont en concurrence directe auprès des téléspectateurs en tant que clients abonnés (marché des téléspectateurs). Celui-ci se subdivise à son tour en fonction du type de programme offert par la chaîne (programme thématique, programme multithématique, programme généraliste)³⁸. En outre, la Commission européenne considère qu'il est

³⁴ Concernant les approches utilisées, voir : Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97/C 372/03),

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=FR](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=FR).

³⁵ Voir sur ce point l'analyse exhaustive de Hans, *Die Auswirkungen des Medienwandels auf das Werbevertrags- und Werbekartellrecht*, éd. C. H. Beck, Munich 2015, p. 148 et suiv.

³⁶ Spirale liée induite par le volume des annonces ou la portée des spots publicitaires : plus le volume ou la portée d'un produit médiatique sont importants, plus le média peut générer de recettes publicitaires. Plus les recettes publicitaires sont importantes, plus le fournisseur de média dispose de moyens financiers, qui peuvent, en retour, contribuer à l'amélioration de la qualité du produit. Une meilleure qualité s'accompagne, en principe, d'une augmentation du nombre de destinataires et, donc, d'un plus gros volume ou d'une portée plus large, et la spirale recommence. Inversement, de faibles recettes publicitaires entraînent de faibles ressources financières à disposition du fournisseur de média, ce qui a un impact négatif sur la qualité et le volume/la portée, ce qui affecte le niveau des recettes publicitaires et provoque donc une baisse des moyens financiers. Voir Trafkowski, *Medienkartellrecht – Die Sicherung des Wettbewerbs auf den Märkten der elektronischen Medien*, C. H. Beck, Munich 2002, p. 11.

³⁷ Les principes de délimitation des marchés dans le secteur des médias se trouvent notamment dans l'étude détaillée « Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis » réalisée par l'EMR à la demande de la Commission européenne en 2005, disponible sur : http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/documents/2005_media_market_definition_study_en.pdf; voir également l'étude commandée par le Parlement européen : EMR, *The citizens right to information: law and policy in the EU and its Member States*, 2012, p. 101 et suiv.

³⁸ Commission européenne, décision du 13 juillet 2016, COMP/M.4204 – *Cinven/UPC France*, Commission européenne, décision du 30 avril 2002, COMP/JV.57 – *TPS*



pertinent de subdiviser le marché en fonction du genre de la chaîne de télévision à péage (par exemple chaîne documentaire, jeunesse, sports). Toutefois, la Commission a laissé ouverte la question de savoir si une distinction supplémentaire s'imposait en fonction du type de distribution, par câble ou par satellite³⁹. Ces marchés de la télévision payante sont définis géographiquement, ne serait-ce que pour des raisons linguistiques, mais aussi, très souvent, parce que les droits pertinents sont accordés pour un territoire national particulier. Ils doivent être considérés comme distincts du marché dit de la télévision gratuite, même s'il existe une certaine interdépendance entre eux, puisque le succès de la télévision à péage dépend largement de la qualité de la télévision gratuite⁴⁰. L'existence d'un marché de téléspectateurs similaire pour la télévision gratuite est controversée. La Commission avait tout d'abord considéré qu'il existait un marché de téléspectateurs unique⁴¹, puis elle a laissé la question ouverte⁴², avant d'évoquer dernièrement un marché de la télévision gratuite⁴³, ce qui est considéré par certains comme une reconnaissance de l'existence d'un marché de téléspectateurs distinct en télévision gratuite⁴⁴. En revanche, la Commission n'a pas tranché la question visant à déterminer dans quelle mesure la « radiodiffusion mobile », c'est-à-dire l'utilisation des services de médias, en particulier la télévision, sur de petits terminaux portables, relève du marché de la télévision payante⁴⁵.

2.3.2.1.2. Le marché de la télévision gratuite (publicité télévisée)

Le marché de la publicité télévisée est le marché de produits pertinent pour évaluer le pouvoir de marché de la télévision gratuite. Il se compose de toutes les chaînes qui - au moins partiellement - sont financées par la publicité, ce qui englobe également les chaînes de télévision payantes, dans la mesure où elles sont financées (aussi) par les recettes publicitaires⁴⁶. La position des concurrents sur ce marché est déterminée en premier lieu par leurs recettes publicitaires, mais l'évaluation du pouvoir sur le marché publicitaire fait également intervenir la part d'audience⁴⁷.

2.3.2.1.3. Les marchés d'acquisition des droits de retransmission

Les chaînes se procurent les contenus qu'elles ne produisent pas elles-mêmes sur les marchés des droits de retransmission, qui constituent des marchés distincts de ceux de la télévision gratuite et de

³⁹ Commission européenne, décision du 4 mars 2005, COMP/M.3609 – *Cinven/France Telecom Cable – NC Numericable*, Commission européenne, décision du 13 juillet 2016, COMP/M.4204 – *Cinven/UPC France*, Commission européenne, décision du 25 juin 2008, COMP/M.5121 – *NewsCorp/Premiere*.

⁴⁰ Commission européenne, décision du 2 avril 2003, COMP/M.2876 – *Newscorp/Telepiù*, Commission, décision du 7 novembre 2000, COMP/M.1943 – *Telefonica/Endemol*, Commission européenne, décision du 13 octobre 2000, COMP/M.2050 – *Vivendi/Canal+/Seagram*, voir aussi Braun/Paschke, dans *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, Nomos, Baden-Baden, 3^e édition, 2016, p. 603.

⁴¹ Commission européenne, décision du 20 septembre 1995, IV/M.553 – *RTL/Veronica/Endemol*.

⁴² Commission européenne, décision du 3 août 1999, IV/M.1574 – *Kirch Mediaset*.

⁴³ Commission européenne, décision du 22 février 2007, COMP/M.4547 – *KKR/Permira/ProSiebenSat.1*, Commission européenne, décision du 24 septembre 2010, COMP/M.5881 – *ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV*.

⁴⁴ Voir Braun/Paschke, dans *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, Nomos, Baden-Baden, 3^e édition, 2016, p. 603.

⁴⁵ Commission européenne, décision du 25 mars 2010, COMP/M.5748 – *Prisa/Telefonica/Telecinco/Digital+*

⁴⁶ Commission européenne, décision du 9 novembre 1994, IV/M.469 – *MSG Media Service*, Commission européenne, décision du 7 octobre 1996, IV/M.779 – *Bertelsmann/CLT*.

⁴⁷ Commission européenne, décision du 7 octobre 1996, IV/M.779 – *Bertelsmann/CLT*.



la télévision à péage⁴⁸. En tenant compte du caractère substituable des émissions du point de vue du consommateur, on peut ici encore faire une distinction plus détaillée entre les marchés de contenus cinématographiques, de compétitions de football, d'autres sports et de programmes généraux et thématiques⁴⁹. La Commission estime qu'en ce qui concerne les compétitions de football, il convient d'affiner encore davantage la différenciation en distinguant les compétitions des équipes nationales, qui se tiennent seulement certaines années, et les compétitions qui se composent de matchs réguliers dans le cadre de ligues⁵⁰. Les productions de films cinématographiques et de téléfilms relèvent également de marchés distincts, sachant que pour le marché du cinéma, il peut être pertinent de déterminer s'il s'agit de grandes productions hollywoodiennes ou d'autres productions⁵¹. Les programmes de télévision produits par les chaînes elles-mêmes ne sont, en principe, pas concernés par ces marchés. Ces productions internes ne sont prises en compte dans les marchés des droits de rediffusion de programmes TV que si elles sont vendues à des tiers⁵². D'un point de vue géographique, les marchés des droits de retransmission sont en général de portée nationale, mais ils peuvent également se référer à une région linguistique spécifique⁵³.

2.3.2.1.4. Les marchés de publicité et de contenus sur internet

Le marché de la publicité sur internet doit être distingué des marchés publicitaires sur d'autres médias. Il doit être subdivisé en marchés de fourniture d'espaces publicitaires en ligne, sur lesquels interviennent les annonceurs et les éditeurs de sites internet, et en marché d'intermédiation d'espaces publicitaires en ligne, sur lequel les agents intermédiaires proposent aux annonceurs des lots d'espaces publicitaires disponibles chez les opérateurs de sites internet. Le marché d'intermédiation d'espaces publicitaires peut, à son tour, être divisé entre la publicité liée aux recherches et celle non liée aux recherches, sachant qu'une telle distinction commence juste à être envisagée par la Commission pour les marchés de fourniture d'espaces publicitaires⁵⁴. Il convient également de faire la distinction entre la publicité diffusée en ligne (« *display* ») et les vidéos en ligne à la demande⁵⁵. Comme dans le domaine de la télévision, ce marché publicitaire est distinct du marché de la fourniture de contenus internet payants⁵⁶ et, puisque ces différents services (contenus et publicité) sont payés par des acteurs distincts, ils relèvent donc, selon la Commission européenne,

⁴⁸ Commission européenne, décision du 2 avril 2003, COMP/M.2876 – *Newscorp/Telepiù*, décision du 30 avril 2002, COMP/JV.57 – *TPS*.

⁴⁹ Commission européenne, décision du 3 octobre 2014, COMP/M.7217 – *Facebook/Whatsapp*, Commission européenne, décision du 2 avril 2003, COMP/M.2876 – *Newscorp/Telepiù*, Commission européenne, décision du 14 août 2002, COMP/M.2845 – *Sogecable/Canalsatellite Digital/Via Digital*, Commission européenne, décision du 10 mai 2000, IV/32.150 – *Eurovision*.

⁵⁰ Commission européenne, décision du 13 novembre 2001, COMP/M.2483 – *Group Canal+/RTL/GJCD/JV*, Commission européenne, décision du 19 avril 2001, affaire 37.576 – *Règles de radiodiffusion de l'UEFA*, Commission européenne, décision du 23 juillet 2003, COMP/C.2-37.398 – *Règles de radiodiffusion de l'UEFA*.

⁵¹ Commission européenne, décision du 2 avril 2003, COMP/M.2876 – *Newscorp/Telepiù*, Commission européenne, décision du 11 mars 2010, COMP/M.5776 – *Telecinco/Cuatro*, Commission européenne, décision du 13 juillet 2010, COMP/M.5779 – *Comcast/NBC Universal*.

⁵² Commission européenne, décision du 20 septembre 1995, IV/M.553 – *RTL/Veronica/Endemol*, Commission européenne, décision du 08 septembre 2009, COMP/M.5533 – *Bertelsmann/KKR/JV*.

⁵³ Commission européenne, décision du 13 octobre 2000, COMP/M.2050 – *Vivendi/Canal+/Seagram*, Commission européenne, décision du 02 avril 2003, COMP/M.2876 – *Newscorp/Telepiù*.

⁵⁴ Commission européenne, décision du 11 mars 2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*.

⁵⁵ Commission européenne, décision du 11 mars 2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, Commission européenne, décision du 24 septembre 2010, COMP/M.5881 – *ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV*.

⁵⁶ Commission européenne, décision du 20 juillet 2000, COMP/JV.48 – *Vodafone/Vivendi/Canal+*.



de marchés distincts⁵⁷. Les marchés de contenus internet sont étroitement définis et peuvent être différenciés en fonction du type de produits vendus. En ce qui concerne les marchés de la publicité sur internet, on peut également s'appuyer sur la nature du site internet pour délimiter le marché pertinent⁵⁸.

La Commission a, par ailleurs, précisé que la publicité sur internet et les contenus internet constituaient tous deux des marchés de produits distincts en plus du marché des services d'accès à internet⁵⁹. De même, les marchés de publicité et de contenus sur internet doivent être différenciés des marchés de fourniture de portails internet, sachant qu'à cet égard, la Commission fait une distinction plus avancée entre les portails verticaux, qui visent à fournir un accès relativement limité à une catégorie restreinte de contenus, et les moteurs de recherche généraux/portails horizontaux et les fonctions de recherche qui peuvent uniquement être utilisés sur un site internet donné⁶⁰.

D'un point de vue géographique, les marchés de publicité et de contenus sur internet sont de portée nationale en raison des différences de langue, ou s'étendent à une région homogène d'un point de vue linguistique⁶¹. Le marché des services d'accès à internet est généralement limité au niveau national, alors qu'en ce qui concerne les portails internet, il peut s'agir à la fois de marchés nationaux et de marchés européens⁶².

2.3.2.2. Définition des marchés de médias audiovisuels convergents dans le droit de la concurrence de l'UE

Le processus de numérisation, les innovations technologiques, l'évolution des modes de consommation et des offres de médias s'inscrivent dans une dynamique de convergence croissante. Le terme de « convergence », ou « convergence des médias », désigne le phénomène de fusion entre divers domaines de médias qui étaient auparavant distincts, étant donné qu'aujourd'hui les services de presse, de radiodiffusion, de communications mobiles et d'internet convergent de plus en plus⁶³. On tient aujourd'hui pour acquis que les médias traditionnels soient accessibles aux utilisateurs sous forme d'offres en ligne et mobiles, souvent en parallèle avec l'utilisation d'un « deuxième écran », et que les services internet puissent être disponibles sur des terminaux traditionnels tels que la télévision, ce qu'on appelle la télévision connectée ou télévision intelligente.

⁵⁷ Commission européenne, décision du 15 septembre 1997, IV/M.973, *Bertelsmann/Burda – HOS Lifeline*, Commission européenne, décision du 11 mars 2008, COMP/M.4731, paragraphes 44 et suiv. – *Google/DoubleClick*.

⁵⁸ Commission européenne, décision du 25 avril 2001, COMP/M.2398 – *Linde/Jungheinrich/JV*.

⁵⁹ Commission européenne, décision du 15 septembre 1998, IV/JV.11 – *@ Home Benelux B.V.* ; Commission européenne, décision du 20 juillet 2000, COMP/JV.48 – *Vodafone/Vivendi/Canal+*. Il convient cependant de noter que différentes méthodes d'accès à internet, par exemple par câble TV, ligne téléphonique classique ou réseaux sans fil, ne signifient pas nécessairement des marchés distincts. En outre, le marché des services d'accès a considérablement changé depuis la publication de ces décisions.

⁶⁰ Commission européenne, décision du 13 octobre 2000, COMP/M.2050 – *Vivendi/Canal+/Seagram* ; Commission européenne, décision du 18 février 2010, COMP/M.5727 – *Microsoft/Yahoo!Search Business*.

⁶¹ Commission européenne, décision du 27 mai 1998, IV/JV.1 – *Telia/Telenor/Schibsted*, Commission européenne, décision du 11 mars 2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*.

⁶² Voir aussi Braun/Paschke, dans *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, Nomos, Baden-Baden, 3^e édition, 2016, p. 591.

⁶³ Voir aussi Hans, *Die Auswirkungen des Medienwandels auf das Werbevertrags- und -werbekartellrecht*, éd. C. H. Beck, Munich 2015, p. 21 et suiv.



Or, du point de vue du droit de la concurrence, cela pose une question cruciale : y a-t-il une substituabilité générale des offres en ligne et hors ligne ou les offres en ligne et hors ligne peuvent-elles être rattachées, ne serait-ce qu'au cas par cas, au même marché pertinent ? Cela pose également la question de savoir si les approches suivies jusqu'à présent par la Commission dans ses décisions sont toujours valides. Pour répondre à ces questions, il ne suffit pas d'évoquer simplement la tendance générale des téléspectateurs/auditeurs/lecteurs à migrer vers les offres internet. Il ne suffit pas non plus de faire état de similitudes entre services diffusés de diverses manières⁶⁴.

En principe, la Commission européenne est relativement prudente en ce qui concerne la reconnaissance de marchés convergents, homogènes et interdisciplinaires. Ainsi, en 2014, dans l'affaire *Facebook/Whatsapp*, elle a réaffirmé clairement qu'il était pertinent de maintenir la distinction entre marché publicitaire en ligne et hors ligne⁶⁵. Par ailleurs, la Commission indique également qu'elle perçoit très bien le brouillage des frontières entre les différents secteurs des médias en acceptant ne serait-ce que d'envisager, au cas par cas, la reconnaissance de marchés interdisciplinaires. De même, les initiatives de la Commission en faveur d'une mise à jour de la législation pertinente pour le secteur des médias montrent qu'elle tient compte du phénomène de convergence des médias et que, d'une façon générale, elle souhaite mettre en place une réglementation technologiquement neutre. En témoignent à cet égard la proposition de réforme en cours de la Directive sur les services de médias audiovisuels, qui prévoit notamment d'étendre son champ d'application aux plateformes vidéo⁶⁶, ainsi que les déclarations de la Commission sur le marché de la publicité en ligne et en télévision. Si celle-ci refuse de reconnaître un marché publicitaire unique et interdisciplinaire, bien que dans ces affaires, les parties aient avancé des arguments en faveur de la définition d'un marché global de la publicité dans les journaux, à la télévision, à la radio et en ligne, elle envisage toutefois d'attribuer diverses formes de publicité en ligne au marché de la publicité télévisée. Elle a cependant songé à inclure diverses formes de publicité en ligne dans le marché publicitaire télévisé. Même si la publicité *display* en ligne et la publicité vidéo en ligne ne peuvent être rattachées au même marché de produits pertinent, il est possible que les publicités vidéo en ligne à la demande forment un marché unique avec celui de la vidéo hors ligne à la demande (par exemple les services de vidéo à la demande proposés par les câbloopérateurs ou les sociétés de télécommunications) et le marché publicitaire de la télévision gratuite⁶⁷. En outre, dans le domaine du *display*, on pourrait s'attendre à un brouillage des frontières du marché, puisque la pratique du « ciblage », c'est-à-dire l'ajustement précis de la publicité en fonction du groupe cible, permet de réduire les pertes par dispersion de la même façon qu'avec la publicité liée aux recherches⁶⁸.

⁶⁴ Beckmann/Müller, Hoeren/Sieber/Holznapel, *Handbuch Multimedia-Recht*, éd. C. H. Beck, 42. édition, juin 2015, section 10, paragraphe 44.

⁶⁵ Commission européenne, décision du 3 octobre 2014, COMP/M.7217 – *Facebook/Whatsapp*. Il faut noter cependant que la Commission ne s'est intéressée que de façon marginale à une subdivision plus détaillée du marché publicitaire en ligne, puisque celle-ci n'entre pas en ligne de compte dans sa décision. Elle n'a pas établi de distinction entre des marchés publicitaires en ligne, ce qui explique pourquoi une comparaison différenciée dans le domaine où un marché convergent semble le plus probable - la publicité vidéo en ligne et la publicité vidéo hors ligne - n'a pas été incluse dans la procédure de contrôle des concentrations.

⁶⁶ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché du 25 mai 2016, COM(2016) 287 final, p. 11 et suiv., p. 25 (article 1), disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0287&from=EN>; une synthèse de cette proposition est proposée par Hans, « Herzstück des digitalen Binnenmarkts – Rechtsrahmen für Bewegtbildangebote », NJW 2016, p. 17.

⁶⁷ Commission européenne, décision du 24 septembre 2010, COMP/M.5881 – *ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV*.

⁶⁸ Commission européenne, décision du 11 mars 2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*.



Avec la convergence croissante des modes de transmission, des comportements des utilisateurs, des contenus et des terminaux, il est probable que la question de l'appartenance ou non des produits en ligne et hors ligne à un seul et même marché continuera d'interpeller la Commission.

2.3.3. Les rapports entre le droit de la concurrence de l'UE et le contrôle des concentrations des Etats membres

La relation entre le droit européen de la concurrence et les initiatives des Etats membres visant à contrôler les concentrations montre que l'approche de la Commission, malgré les ajustements apportés aux définitions des marchés pour tenir compte du processus de convergence, n'est pas toujours applicable. Cela est particulièrement visible en ce qui concerne le contrôle des concentrations. A cet égard, les dispositions du droit européen de la concurrence ne sont applicables qu'en cas de fusion significative à l'échelle européenne, c'est-à-dire lorsque le chiffre d'affaires individuel d'au moins deux des entreprises concernées à l'échelle de l'Union est supérieur à 250 millions d'euros et lorsque le chiffre d'affaires mondial cumulé de l'ensemble des entreprises concernées excède 5 milliards d'euros⁶⁹. Même lorsque le seuil de pertinence est atteint, il existe une exception à la compétence décisionnelle exclusive de la Commission en matière de concentration : en vue de la réalisation d'autres objectifs pertinents, les Etats membres peuvent, parallèlement à la décision de la Commission fondée sur la puissance sur le marché, conduire un examen supplémentaire qui peut aboutir à la substitution de la décision de la Commission par celle de l'Etat membre, fondée sur le pouvoir sur l'opinion. En effet, l'article 21, paragraphe 4, phrase 1 du Règlement CE sur les concentrations permet aux Etats membres de prendre des mesures appropriées afin de protéger des intérêts légitimes qui ne sont pas couverts par le Règlement. L'article 21, paragraphe 4, phrase 2 reconnaît expressément la diversité des médias comme un intérêt légitime. Les autorités compétentes des Etats membres ont ainsi la possibilité d'interdire, en vue de protéger le pluralisme des médias, des concentrations pour lesquelles la Commission n'a pas émis de réserve du point de vue de la concurrence. Néanmoins, les Etats membres ne peuvent pas approuver des concentrations interdites par la Commission en invoquant, par exemple, l'argument d'un renforcement du pluralisme⁷⁰.

⁶⁹ La dimension communautaire - conformément à la terminologie du Règlement sur les concentrations - peut être atteinte avec des seuils de chiffres d'affaires plus bas lorsque la situation globale le justifie du fait de chiffres d'affaires pertinents réalisés dans plusieurs Etats membres de l'UE, voir à ce sujet l'article 1 du Règlement CE sur les concentrations, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:fr:PDF>.

⁷⁰ Westermann, Loewenheim/Meesen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann, *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, éd. C. H. Beck, 3^e édition, Munich 2016, article 21, paragraphe 11. Voir également Cole, « *Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Pluralismussicherung* » dans *BLM-Symposium Medienrecht 2007 – Freiheitssicherung durch Regulierung: Fördert oder gefährdet die Wettbewerbsaufsicht publizistische Vielfalt im Rundfunk?*, Nomos, Baden-Baden 2007, p. 93, 108 et suiv.



2.3.4. Principales affaires traitées par la Commission européenne ces dernières années

En matière de droit de la concurrence, la Commission européenne a rendu à maintes reprises, en particulier ces derniers temps, des décisions importantes ayant un impact durable sur le contrôle des concentrations dans le secteur des médias. Citons à titre d'exemples l'affaire *Google/DoubleClick*, dans laquelle la Commission s'est exprimée en détail au sujet de la concurrence sur les marchés de la publicité en ligne et, partant, de la principale source de financement des médias en ligne, et l'affaire *ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV*, dans laquelle la Commission indique que dans l'univers convergent des médias, les marchés intersectoriels pourraient également être pris en compte lors de l'examen des concentrations proposées.

2.3.4.1. L'affaire *Google/DoubleClick*

Dans la décision *Google/DoubleClick*⁷¹ du 11 mars 2008, la Commission a examiné l'acquisition de la société américaine DoubleClick par Google. DoubleClick proposait principalement des solutions technologiques de serveurs, de gestion et d'évaluation de la publicité en ligne aux opérateurs de sites internet, annonceurs et agences de publicité et était sur le point de lancer une plateforme d'intermédiation et détenait avec Performics une agence de marketing pour moteurs de recherche. Dans cette décision, la Commission a exposé en détail certains principes de base importants dont il faut tenir compte pour toute évaluation des marchés publicitaires en lien avec la publicité en ligne et les possibilités de ciblage.

En ce qui concerne l'analyse du marché, la Commission constate tout d'abord qu'il n'y a pas un marché unique de la publicité en ligne et hors ligne. Sur ce point, elle est en désaccord formel avec Google, qui considère qu'il existe un marché de produits pertinent englobant la fourniture d'espaces publicitaires dans toutes les formes de médias, puisque l'internet ne constitue qu'un support média parmi tant d'autres pouvant être sélectionnés par un annonceur pour promouvoir ses produits ou services, annonceur qui prend donc tous les supports en compte lors de sa planification. Pour justifier la séparation entre publicité en ligne et hors ligne, la Commission explique que la publicité en ligne est utilisée de façon ciblée et que, contrairement à la publicité hors ligne, elle peut être utilisée de façon plus précise et plus efficace en fonction des groupes cibles. En outre, la publicité en ligne offre un système de suivi particulier qui permet une mesure beaucoup plus précise de l'efficacité de la publicité qu'avec la publicité hors ligne. Enfin, la méthode particulière de détermination du prix en ligne, calculé en fonction du coût par clic/coût par impression, établit une différence entre les deux marchés⁷².

Par ailleurs, la Commission a examiné s'il convenait d'établir d'autres différenciations au sein du marché de la publicité en ligne en fonction de l'aspect de la publicité (texte ou *display* publicitaire) et, en particulier, selon qu'il s'agit d'une publicité liée aux recherches ou non. A cet égard, elle note qu'il n'y a aucune raison de faire une telle distinction dans le cadre de la fourniture

⁷¹ Commission européenne, décision du 11 mars 2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*.

⁷² Commission européenne, décision du 11 mars 2008, COMP/M.4731, paragraphes 44 et suiv. – *Google/DoubleClick*.



de publicité en ligne⁷³. Le fait que les serveurs de publicité, qui aident les annonceurs à évaluer leur retour sur investissement, comprennent de plus en plus de formes publicitaires, permet de conclure que tous les types d'annonces pourraient être substituables. Dans certains cas, la disponibilité limitée des méthodes de mesure découle davantage de pratiques établies par les acteurs eux-mêmes que de raisons techniques ou juridiques⁷⁴. En revanche, la situation est différente sur le marché de l'intermédiation de la publicité en ligne, pour lequel la Commission fait la distinction entre la publicité liée aux recherches ou non⁷⁵.

Sur la base de cette définition du marché, la Commission a estimé que le regroupement de Google et DoubleClick ne constituait aucun risque pour la concurrence dans le marché commun. Cependant, il s'agit là d'une décision concrète prise dans un cas précis, et cela ne signifie pas que la Commission ne considère pas fondamentalement Google comme une menace pour la concurrence. D'ailleurs, ces dernières années, la Commission a examiné à plusieurs reprises certaines activités commerciales de Google. Nous avons appris récemment par des rapports concordants de médias que la Commission préparait une enquête sur les activités publicitaires en ligne de Google, principalement centrée sur AdWords et AdSense⁷⁶.

2.3.4.2. L'affaire *ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV*

Deux ans après sa décision dans le dossier *Google/DoubleClick*, la Commission a mentionné dans une décision relative à l'affaire *ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV*⁷⁷ qu'une séparation stricte des marchés de la publicité en ligne et hors ligne ne serait sans doute pas possible indéfiniment dans un univers médiatique convergent et qu'elle envisageait de définir des marchés multimédias.

Cette affaire portait sur la création d'une entreprise commune ayant pour objectif de fournir une plateforme internet à partir de laquelle les utilisateurs auraient pu visionner la rediffusion de programmes télévisés gratuits pendant une période de sept jours suivant leur diffusion sur les chaînes de télévision linéaire gratuites (« rattrapage sur 7 jours »). La plateforme devait être financée par la publicité.

Lors de la définition des marchés de produits pertinents, la Commission a formellement établi que, dans le cadre de la concurrence pour les parts d'audience, on ne pouvait exclure le fait que les contenus professionnels gratuits de format long diffusés en ligne puissent constituer un marché distinct. En même temps, la Commission précisait explicitement qu'ils devaient être substituables, au moins en partie, à des contenus professionnels gratuits de format long diffusés en ligne sous la forme de vidéos de rattrapage à la demande et à des contenus VoD professionnels linéaires gratuits de format long diffusés hors ligne et à des contenus VoD professionnels payants de format long diffusés en ligne⁷⁸. Des considérations similaires ont finalement conduit la Commission à

⁷³ Commission européenne, décision du 11 mars 2008, COMP/M.4731, paragraphes 48 et suiv. – *Google/DoubleClick*.

⁷⁴ Commission européenne, décision du 11 mars 2008, COMP/M.4731, paragraphe 52 – *Google/DoubleClick*.

⁷⁵ Commission européenne, décision du 11 mars 2008, COMP/M.4731, paragraphes 54 et suiv. – *Google/DoubleClick*.

⁷⁶ Communiqué de presse de la Commission européenne du 20 avril 2016, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_fr.htm.

⁷⁷ Commission européenne, décision du 24 septembre 2010, COMP/M.5881, paragraphes 29 et suiv. – *ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV*.

⁷⁸ Commission européenne, décision du 24 septembre 2010, COMP/M.5881, paragraphes 50 et suiv. – *ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV*.



souligner expressément que, dans le cadre de la délimitation des marchés publicitaires, la convergence entre la télévision linéaire et l'internet pourrait à l'avenir justifier - en ce qui concerne la publicité vidéo en lien avec les contenus générés par des professionnels - un nouvel examen de la distinction établie dans les affaires précédentes entre publicité en ligne et hors ligne. En raison de l'absence de pertinence de ces questions dans le contexte de sa décision, la Commission s'est toutefois abstenue de produire une définition définitive du marché⁷⁹.

La Commission a au bout du compte conclu qu'il n'était pas exclu que l'opération prévue puisse avoir un effet négatif significatif sur la concurrence en Allemagne, ce qui justifiait de procéder à une expertise détaillée de ce dossier. Etant donné que cette affaire concernait uniquement ou principalement un marché de l'Allemagne, elle a renvoyé l'affaire devant le *Bundeskartellamt* (Office fédéral allemand de contrôle de la concurrence - BKartA) conformément à l'article 9, paragraphe 2 du Règlement CE sur les concentrations⁸⁰.

2.3.5. Initiatives politiques

Au-delà des décisions antitrust, la Commission européenne a reconnu assez tôt les défis réglementaires qui se posaient en termes de régulation des médias et de sauvegarde de la diversité. Elle a commencé à se préoccuper du pluralisme des médias dans le cadre de l'élaboration d'une directive communautaire sur la télévision dans les années 1980, bien que celle-ci n'ait pas mis en place de réglementation européenne spécifique. Dès décembre 1992, la Commission a publié un Livre vert intitulé « Pluralisme et concentration des médias dans le marché intérieur. Evaluation de la nécessité d'une action communautaire » qui examinait diverses options pour une approche réglementaire européenne⁸¹. Cependant, les longues consultations qui ont suivi n'ont pas permis d'embrayer sur des propositions législatives concrètes, car les Etats membres ne reconnaissaient à l'UE aucune compétence pour réglementer le pluralisme des médias.

Ce n'est qu'en 2007, à la suite de la création de la Directive sur les Services de médias audiovisuels, qui reléguait toujours la sauvegarde du pluralisme hors de son champ d'application, que la Commission a finalement publié un document de référence intitulé « *Media pluralism in the Member States of the European Union* » (Le pluralisme des médias dans les Etats membres de l'Union européenne), dans lequel elle proposait une approche visant à définir le concept du pluralisme des médias et une description des caractéristiques clés de la concentration des médias y compris au niveau transfrontalier⁸². L'objectif était de créer davantage de transparence à cet égard et d'identifier une éventuelle nécessité d'action de la part des Etats membres.

Par la suite, la Commission a publié en 2013 le Livre vert « Se préparer à un monde audiovisuel totalement convergent : croissance, création et valeurs », qui a servi à préparer diverses initiatives législatives dans le cadre de la stratégie sur le marché unique numérique⁸³. Bien que la

⁷⁹ Commission européenne, décision du 24 septembre 2010, COMP/M.5881, paragraphes 65 et suiv. – *ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV*.

⁸⁰ Commission européenne, décision du 24 septembre 2010, COMP/M.5881 – *ProSiebenSat.1/RTL interactive/JV*, BKartA, décision du 17 mars 2011 – B 6 – 49/10 – *ProSiebenSat.1/RTL interactive*.

⁸¹ http://aei.pitt.edu/1157/1/pluralism_gp_annexes_COM_92_480.pdf; http://europa.eu/rapid/press-release_P-92-68_fr.htm.

⁸² http://ec.europa.eu/information_society/media_taskforce/doc/pluralism/media_pluralism_swp_en.pdf.

⁸³ https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/convergence_green_paper_fr_0.pdf.



mise en place d'une compétence propre de la Commission européenne en matière de contrôle de la concentration des médias ne fasse pas partie de cette stratégie, les principes de base de la diversité des opinions et du pluralisme des médias jouent toutefois un rôle dans la réforme de la Directive sur les services de médias audiovisuels et de la directive Satellite-Câble, dans la mesure où ils y sont reconnus comme des objectifs. En outre, des actions permettant de mieux évaluer la situation du pluralisme sont encouragées, avec par exemple l'étude sur la mise en place du « *Media Pluralism Monitor* » (dispositif de suivi du pluralisme des médias), qui a été développé pour identifier les risques potentiels pesant sur le pluralisme des médias dans les Etats membres⁸⁴.

Ces activités de la Commission européenne dans le domaine de la sauvegarde de la diversité des médias sont non seulement soutenues, mais également imposées par le Parlement européen⁸⁵. Le Parlement européen a toujours souligné dans de nombreuses résolutions l'importance d'une offre pluraliste dans l'ensemble de l'Union européenne et se déclare régulièrement préoccupé par l'évolution du secteur des médias, lorsqu'il constate que le pluralisme des médias est menacé dans certains Etats membres ou au sein de l'Union européenne⁸⁶.

A cet égard, le Parlement européen ne manque jamais d'enjoindre à la Commission de réagir en prenant les mesures requises pour sauvegarder le pluralisme. A titre d'exemple, dans sa résolution du 14 octobre 2009, le Parlement invite la Commission « à publier dans les plus brefs délais une communication sur la protection du pluralisme des médias et la concentration des médias dans les Etats membres » et se réfère à cet égard à plusieurs résolutions antérieures dans lesquelles il formulait des propositions pour une directive appropriée. Il arrive à la conclusion que « le cadre législatif de l'UE en matière de pluralisme et de concentration des médias demeure inadapté et qu'il est partant urgent » que l'Union européenne agisse enfin. Le Parlement considère que l'Union dispose de suffisamment de compétences pour fixer elle-même les conditions minimales indispensables au pluralisme des médias dans les Etats membres⁸⁷.

2.4. Les approches liées à la prévention de la concentration des médias au niveau de l'Europe

Même si les activités du Conseil de l'Europe dans le domaine de la sauvegarde du pluralisme des médias n'ont pas d'effet juridique direct comme les règles de l'UE en matière de concurrence, elles revêtent néanmoins une importance particulière. Cela est lié d'une part à la portée territoriale beaucoup plus large du Conseil de l'Europe, qui regroupe 47 Etats membres, soit beaucoup plus que

⁸⁴ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/media-pluralism-monitor-mpm>; Concernant l'importance des initiatives de l'UE dans le secteur des médias, voir aussi : Donders/Pauwels/Loisen, *The Palgrave Handbook of European Media Policy*, Palgrave Macmillan UK, 2014.

⁸⁵ Cole, « Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Pluralismussicherung » dans BLM-Symposium Medienrecht 2007 – Freiheitssicherung durch Regulierung: Fördert oder gefährdet die Wettbewerbsaufsicht publizistische Vielfalt im Rundfunk?, Nomos, Baden-Baden 2007, p. 93, 114.

⁸⁶ Par exemple Résolution du Parlement européen sur la préparation à un monde audiovisuel totalement convergent du 12 mars 2014, Résolution du Parlement européen du 21 mai 2013 sur la Charte de l'UE : ensemble de normes pour la liberté des médias à travers l'UE, Résolution du Parlement européen du 25 septembre 2008 sur la concentration et le pluralisme dans les médias dans l'Union européenne, Résolution du Parlement européen du 20 novembre 2002 sur la concentration dans les médias, Résolution du Parlement européen du 15 février 1990 sur la concentration dans le secteur des médias.

⁸⁷ Résolution du Parlement européen du 19 octobre 2009 sur la liberté de l'information en Italie et dans l'Union européenne.



L'Union européenne, et dont font partie actuellement presque tous les pays d'Europe centrale et orientale, ainsi que la Turquie. Le Comité des Ministres et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'efforcent sans relâche de peser par diverses résolutions et recommandations sur la politique des Etats membres en matière de sauvegarde de la diversité des médias. A cet égard, ce sont des recommandations politiques qui sont utilisées, plutôt que des propositions de réglementation. Les recommandations et les résolutions ne sont pas contraignantes, mais elles permettent d'enclencher une coopération au niveau intergouvernemental et, qui plus est, une mise en œuvre au niveau national de leurs objectifs, qui peuvent alors à leur tour faire l'objet de débats⁸⁸. De plus, les recommandations et les résolutions du Conseil de l'Europe concernant la sauvegarde du pluralisme ont une longue tradition. Ainsi, un certain nombre de principes pour la promotion du pluralisme des médias, y compris dans les nouveaux médias, ont été mentionnés dans l'annexe de la Recommandation (99) 1⁸⁹ du Comité des Ministres et leur mise en œuvre dans le droit national a été préconisée. Dans sa Recommandation CM/Rec (2007) 2⁹⁰ sur le pluralisme et la diversité du contenu des médias, le Comité des Ministres invite les Etats membres à prévoir des règles nationales instaurant des restrictions à la propriété des entreprises de médias, devant faire l'objet d'un examen régulier à la lumière des développements économiques. Dans cette recommandation, il appelle également les Etats membres à promouvoir le rôle du service public de radiodiffusion également dans les nouveaux services de médias, à encourager l'engagement des médias pour renforcer la diversité des contenus, et à soutenir au niveau national la recherche sur la concentration des médias transnationaux. Cela fait donc quinze ans que le problème de la concentration des médias fait partie des priorités de la division Médias du Conseil de l'Europe, et les groupes d'experts correspondants ont étudié tôt et de façon approfondie le phénomène des concentrations transnationales⁹¹.

Récemment, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a publié la résolution 2065 (2015)⁹² et la Recommandation 2074 (2015)⁹³, qui traitent de la transparence de la propriété des entreprises de médias. Avec sa Recommandation 2074 (2015), le Conseil de l'Europe entend attirer l'attention sur les Etats membres dans lesquels la transparence fait défaut en ce qui concerne les rapports de propriété. Il pointe certaines tendances inquiétantes en lien avec les exigences de transparence et de pluralisme, conformément à l'article 10 de la CEDH et aux autres normes de l'organisation. L'Assemblée parlementaire recommande au Comité des Ministres de réviser et de développer les normes visant à promouvoir la transparence des médias, le pluralisme des médias et la diversité des contenus des médias. En particulier, elle appelle à assurer un meilleur suivi par le biais d'actions menées en lien avec la convergence technologique des médias numériques, et à renforcer les normes de transparence dans le cadre d'une coopération avec la Plate-forme européenne des instances de régulation (EPRA) et entre autorités de régulation nationales. Enfin, les

⁸⁸ Dörr, dans : Dörr/Kreile/Cole, *Handbuch Medienrecht*, éd. Recht & Wirtschaft, Francfort-sur-le-Main, 2012, p. 43.

⁸⁹ [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec\(99\)1&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec(99)1&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383&direct=true).

⁹⁰ [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec\(2007\)7E.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec(2007)7E.pdf).

⁹¹ Cole, « Europarechtliche Rahmenbedingungen für die Pluralismussicherung » dans BLM-Symposium Medienrecht 2007 – Freiheitssicherung durch Regulierung: Fördert oder gefährdet die Wettbewerbsaufsicht publizistische Vielfalt im Rundfunk? », Nomos, Baden-Baden 2007, p. 93 et suiv. Voir aussi le rapport du Panel consultatif sur la diversité des médias sur les concentrations transnationales des médias en Europe ; une synthèse du rapport est disponible sur <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/1/article2.fr.html>. Comité d'experts sur le pluralisme des médias et la transparence de leur propriété (MSI-MED), voir <http://www.coe.int/en/web/freedom-expression/committee-of-experts-on-media-pluralism-and-transparency-of-media-ownership-msi-med>.

⁹² <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21958&lang=fr>.

⁹³ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=21959&lang=fr>.



associations de médias sont invitées à établir des normes éthiques de transparence concernant la propriété des médias. Cette recommandation est basée sur la Résolution 2065 (2015), qui développe 11 points sur la transparence de la propriété des médias. La Résolution souligne l'importance fondamentale de la liberté d'information par les médias dans une démocratie et rappelle que la transparence de la propriété des médias est nécessaire pour permettre au public de se forger une opinion sur la valeur des informations, des idées et des opinions diffusées par les médias. Le Conseil de l'Europe explique notamment le manque de transparence par l'absence d'obligations de transparence prévues par le droit national des Etats membres et par la complexité et l'opacité des structures de propriété faisant l'objet de montages juridiques avec une propriété indirecte ou cachée, souvent en lien avec des attaches politiques ou des intérêts économiques ou religieux. De plus, en raison des pressions économiques accrues et de la concurrence des médias numériques, le pluralisme des médias est particulièrement remis en question. Par conséquent, le Conseil de l'Europe considère qu'il est important que les Etats membres révisent leur législation pour assurer une transparence adéquate de la propriété des médias ainsi que de l'influence sur ces structures. Toutefois, ces règles ne doivent pas être utilisées pour discriminer la propriété étrangère des médias. Le Conseil de l'Europe complète ces considérations générales par une liste des informations spécifiques aux entreprises de médias qui devraient être communiquées au public dans le cadre de la transparence de la propriété des médias. Ces informations devraient être adressées par les médias concernés à une autorité nationale indépendante chargée des médias, qui veillerait au respect de cette obligation et permettrait au public d'avoir accès gratuitement à ces informations, présentées de manière cohérente, sous forme électronique, grâce aux sites internet des médias et/ou à une base de données centralisée en ligne publiée par l'autorité nationale chargée des médias. En cas de non-respect des normes de transparence, le public devrait avoir la possibilité de former un recours.

2.5. L'influence significative des marchés connexes pertinents

Les menaces pesant sur le pluralisme des médias ne proviennent pas seulement des entreprises elles-mêmes, mais peuvent également survenir du fait de l'ingérence de l'Etat. Les marchés des médias décrits ci-dessus ne devraient pas être considérés de façon isolée, car les développements en cours sur d'autres marchés peuvent également avoir un impact durable sur le pluralisme des médias. Les marchés des médias sont intégrés dans une chaîne comportant plusieurs niveaux, en amont et en aval, qui sont tous tributaires les uns des autres et qui s'influencent mutuellement. A l'heure actuelle, le débat porte notamment sur le rôle des agences médias et le rôle des grandes multinationales telles que Facebook, Google et Cie.



2.5.1. Les agences médias

Les agences médias servent d'intermédiaires entre les annonceurs publicitaires et les médias qui diffusent les annonces ou leurs distributeurs⁹⁴. En raison de leur important savoir-faire, ils font office de *gate-keeper* (filtre) entre ces deux facettes du marché⁹⁵. Compte tenu des processus d'internationalisation et de concentration croissantes, seuls quelques grands groupes multinationaux ont subsisté et se partagent désormais le marché (notamment GroupM/WPP, Publicis Media, Omnicom Media, Dentsu Aegis Media Network). Le débat - parfois très polémique - porte donc sur l'ampleur de l'impact sur le financement des médias des politiques de rabais dominantes au sein de ces sociétés et de leurs modèles économiques⁹⁶. Dans le cadre du projet de fusion de Publicis et d'Omnicom, la Commission européenne a eu l'occasion, en 2014, de soumettre le marché européen des agences médias à un examen approfondi. Après avoir conclu que la fusion des deux agences n'entraînerait pas de position dominante sur le marché des ventes ou des achats de publicités, ni sur le marché des services de communication et de marketing, elle a déclaré n'avoir aucune réserve quant à cette fusion⁹⁷. Même si pour diverses raisons, cette fusion n'a finalement pas eu lieu, la décision de la Commission a été vivement critiquée, notamment par les petits fournisseurs et distributeurs de médias, qui subissent une pression croissante sur les prix de la part des agences médias⁹⁸.

2.5.2. Google, Facebook et Cie

Les grands groupes informatiques étasuniens tels que Facebook, Google et Cie sont de plus en plus mis en cause dans les débats sur le pluralisme des médias. Grâce à la structuration de leurs offres, ils ont la possibilité de collecter et d'exploiter de nombreuses données sur leurs utilisateurs et d'instaurer ainsi un pouvoir totalement inédit sur le marché. Du fait de la combinaison des données et des algorithmes, il existe un risque de manipulation des flux d'information envoyés aux destinataires et, partant, d'atteinte à la liberté d'expression et au pluralisme des médias. Ce risque d'influence est apparu nettement au cours de la dernière campagne électorale des présidentielles aux Etats-Unis, lorsqu'un document interne de Facebook a été divulgué au public, faisant état de la possibilité pour l'entreprise de soutenir activement la campagne des démocrates à l'aide de ses algorithmes dans le fil d'actualité, sans que les utilisateurs de Facebook ne puissent s'en rendre compte⁹⁹. Même si Facebook a démenti ces rumeurs, cette discussion montre tout de même tout le poids du pouvoir de marché que l'on attribue à ces entreprises en raison de leurs énormes stocks de

⁹⁴ Voir Hans/Ukrow/Knapp/Cole, (Neue) Geschäftsmodelle der Mediaagenturen, 2016, [https://www.blm.de/files/pdf1/emr-gutachten_mediaagenturen .pdf](https://www.blm.de/files/pdf1/emr-gutachten_mediaagenturen.pdf).

⁹⁵ Hans, Die Auswirkungen des Medienwandels auf das Werbeertrags- und Werbekartellrecht, éd. C. H. Beck, Munich 2015, p. 12 et suiv.

⁹⁶ Denzel/Holm-Hadulla, Gaedertz/Martinek/Ory, Handbuch Mediaagenturen – Aufgabenfelder, Geschäftsmodelle, Vertrags- und Wettbewerbsrecht, Munich 2016, p. 329.

⁹⁷ Commission européenne, décision du 9 janvier 2014, COMP/M.7023 – *Publicis/Omnicom*.

⁹⁸ Voir les observations à ce sujet sur

http://www.spdfraktion.de/system/files/documents/auszug_der_branchenbefragung_kartellrecht.pdf.

⁹⁹ <https://www.washingtonpost.com/news/the-fix/wp/2016/05/09/former-facebook-staff-say-conservative-news-was-buried-raising-questions-about-its-political-influence/>.



données¹⁰⁰. Le débat concernant le droit de la concurrence tente également de déterminer dans quelle mesure ces données doivent être considérées comme un nouvel « actif » venant s'ajouter au chiffre d'affaires économique dans le cadre de l'évaluation juridique du pouvoir de marché au vu de la concurrence¹⁰¹.

2.6. Conclusion

Le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, par le biais des décisions de la Commission européenne, ont tous deux un impact décisif sur la sauvegarde du pluralisme des médias en Europe. Le Conseil de l'Europe exerce son influence au moyen de diverses initiatives politiques et jouit d'un crédit particulier du fait du grand nombre d'Etats qu'il regroupe. L'Union européenne utilise l'instrument le plus efficace dont elle dispose ayant un effet indirect sur la sauvegarde du pluralisme, à savoir le droit de la concurrence, dans lequel elle dispose elle-même de pouvoirs exécutifs. Au vu de la stratégie de l'UE pour le marché unique numérique, en particulier, et de ses divers projets de lois et de réformes, on peut constater que le développement accru de la convergence lié aux avancées technologiques occupe une place importante dans l'activité politique et juridique de l'Union européenne.

¹⁰⁰ <http://www.wsj.com/articles/facebook-refutes-criticisms-about-a-bias-against-conservatives-1462890206>.

¹⁰¹ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2;
concernant la procédure d'enquête dont a fait l'objet Facebook :
http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html.



3. Les instruments de mesure et visant à rendre publique la concentration des médias : l'exemple du dispositif de suivi *Media Pluralism Monitor (MPM)*

*Konstantina Bania et Elda Brogi, Centre pour le pluralisme et la liberté des médias, Institut universitaire européen de Florence*¹⁰²

3.1. Introduction

Pour les Etats membres de l'Union européenne, le pluralisme des médias est une condition préalable à la démocratie, dans la mesure où l'accès à un large éventail d'informations renforce la citoyenneté et le tissu social d'un pays¹⁰³. Pourtant, bien que l'on s'accorde généralement à reconnaître les bienfaits de ce pluralisme, le développement d'une action supranationale visant à protéger le pluralisme des médias est extrêmement controversé. D'une part, le Traité ne confère pas à l'Union européenne une compétence explicite pour adopter des dispositions en ce sens. Conformément au principe de subsidiarité, les Etats membres sont supposés être les mieux placés pour élaborer des politiques nationales en matière de médias en fonction de leurs traditions culturelles, des besoins de la société et des spécificités des marchés nationaux. D'autre part, le pluralisme des médias est une pierre angulaire de l'Union européenne, dans la mesure où il fait partie intégrante des traditions

¹⁰² Les auteures sont, respectivement, chercheuse associée et chercheuse/coordinatrice scientifique du Centre pour le pluralisme et la liberté des médias, Institut universitaire européen de Florence. L'introduction a été rédigée en commun, les paragraphes 3.2, 3.3 et 3.5 ont été rédigés par Mme Bania, tandis que le paragraphe 3.4. a été rédigé par Mme Brogi. Le dispositif de suivi *Media Pluralism Monitor* a été mis en œuvre grâce au soutien financier de l'Union Européenne.

¹⁰³ Il convient de noter que les bienfaits du pluralisme des médias sont reconnus à la fois au sein et au-delà des frontières de l'Union européenne. En Europe, le Conseil de l'Europe a procédé à l'analyse des meilleures pratiques de ses Etats membres en matière de mesures politiques et réglementaires visant à protéger le pluralisme des médias, ainsi qu'à l'élaboration de propositions normatives sur le pluralisme des médias et la transparence de la propriété des médias. Voir, par exemple, Conseil de l'Europe, Recommandation n° R (99) 1 du Comité des Ministres aux Etats membres sur des mesures visant à promouvoir le pluralisme des médias, Recommandation n° R(2000) 23 concernant l'indépendance et les fonctions des autorités de régulation du secteur de la radiodiffusion et son exposé des motifs *Pluralism in the multi-channel market : suggestions for regulatory scrutiny* (MM-S-PL (1999) 012def) (en anglais), Recommandation n° R(96) 10 concernant la garantie de l'indépendance du service public de radiodiffusion et son exposé des motifs, ainsi que la Recommandation n° R(94) 13 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les mesures visant à promouvoir la transparence des médias.



constitutionnelles des Etats membres et est consacré par l'article 11(2) de la Charte des droits fondamentaux¹⁰⁴.

Bien que la capacité de l'Union européenne à légiférer pour sauvegarder le pluralisme des médias fasse l'objet de débats, il ne fait aucun doute que, compte tenu des nombreuses pratiques¹⁰⁵ préjudiciables des Etats et des entreprises qui entravent de manière significative l'accès à l'information et transcendent souvent les frontières nationales, une approche cohérente dans l'ensemble de l'Union européenne pourrait se révéler indispensable pour faire face à un certain nombre de menaces communes qui pèsent sur la diversité des médias. Toutefois, l'hétérogénéité qui caractérise les paysages médiatiques nationaux et la compétence limitée de l'Union européenne pour réglementer les questions non économiques liées au fonctionnement des organisations de médias¹⁰⁶, telles que la mission des médias de service public et l'imposition de restrictions en matière de propriété, rendent très difficile l'adoption d'une approche commune en vue d'élaborer un modèle réglementaire favorable au pluralisme des médias.

Le *Media Pluralism Monitor* (MPM – Dispositif de suivi du pluralisme des médias) est une initiative qu'il convient d'apprécier au vu des réalités mentionnées ci-dessus ; il s'agit davantage d'un instrument destiné à collecter un large éventail d'informations sur les questions relatives à l'état du pluralisme des médias dans l'ensemble de l'Union européenne et à sensibiliser les parties concernées à ce sujet, que d'un outil visant à proposer une approche universelle pour répondre aux inquiétudes en matière de pluralisme des médias. Plus précisément, le projet MPM, réalisé par le Centre pour le pluralisme et la liberté des médias (CPLM) de l'Institut universitaire européen de Florence, vise à évaluer les risques en matière de pluralisme des médias en se fondant sur les indicateurs légaux, économiques et sociopolitiques pertinents de quatre principaux secteurs à risque, à savoir la protection élémentaire, la pluralité du marché, l'indépendance politique et l'intégration sociale. La méthodologie du MPM repose sur l'approche holistique retenue par les auteurs d'une étude indépendante, *Independent Study on the Indicators for media Pluralism in the Member States: Towards a Risk-Based Approach*¹⁰⁷. Le CPLM a cherché à parfaire la conception du MPM en mettant progressivement au point une formule simplifiée de calcul des risques en matière de pluralisme des médias, en restructurant les indicateurs de cet outil afin de veiller à la pertinence des domaines qui relèvent de son champ d'application. Une mise en œuvre pilote du MPM a pris place en 2013-2014 (MPM2014) ; elle visait à évaluer les risques pour le pluralisme des médias dans

¹⁰⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [2010] JO C 83/389. L'article 11 précise que :

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.
2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.

¹⁰⁵ Ces pratiques peuvent aller de la censure politique absolue à des formes plus subtiles d'ingérence, comme la manipulation des algorithmes par les plateformes de réseaux sociaux et les moteurs de recherche.

¹⁰⁶ Voir, par exemple, l'article 167(4) et (5) du TFUE :

4. L'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures.
5. Pour contribuer à la réalisation des objectifs visés au présent article : — le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité des régions, adoptent des actions d'encouragement, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres, — le Conseil adopte, sur proposition de la Commission, des recommandations.

¹⁰⁷ Cette étude et les documents qui l'accompagnent sont disponible sur : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/media-pluralism-monitor-mpm>.



neuf États membres de l'Union européenne¹⁰⁸. En 2015, un second projet pilote (MPM2015) a été lancé dans les 19 autres États membres de l'Union européenne.

Comme nous l'avons précédemment indiqué, la pluralité du marché représente l'un des quatre domaines concernés par cet outil. Ce domaine se compose d'indicateurs qui sont appréciés au moyen de variables¹⁰⁹ visant à évaluer les atteintes au pluralisme des médias conséquentes à la concentration de la propriété des médias, c'est-à-dire le sujet du présent rapport. Le domaine de la pluralité du marché porte sur un certain nombre de questions importantes, dont l'existence (ou l'absence) de garanties réglementaires visant à limiter la concentration des médias, l'existence (ou l'absence) de garanties réglementaires visant à promouvoir la transparence en matière de propriété des médias, le rôle joué par les autorités indépendantes pour veiller à la mise en œuvre effective de ces garanties et le degré de concentration dans les médias les plus largement répandus.

La présente contribution examine tout d'abord les raisons d'être du « domaine de la pluralité du marché », en précisant en quoi les inquiétudes que suscite la concentration des médias restent pertinentes et méritent par conséquent d'être étudiées. Elle propose ensuite un aperçu de la méthodologie du dispositif de suivi, auquel s'ajoute une vue d'ensemble des résultats obtenus par la mise en œuvre de ce dispositif de suivi. Enfin, la contribution s'achève par quelques remarques en guise de conclusion. Compte tenu du fait que le MPM2015 est une version actualisée de la mise en œuvre pilote et qu'il est bien plus représentatif de la situation du pluralisme des médias à travers l'Union européenne, la présente étude portera précisément sur ce MPM2015.

3.2. Pourquoi mesurer la concentration de la propriété des médias ? Les raisons d'être du « domaine de la pluralité du marché »

Avant d'expliquer la méthodologie employée pour évaluer les risques découlant de la concentration de la propriété des médias, il est essentiel de formuler un certain nombre de remarques importantes sur les raisons d'être du « domaine de la pluralité du marché ».

Les évolutions dans le secteur des technologies de l'information et de la communication (TIC), notamment la numérisation et l'utilisation croissante des technologies sans fil, ont entraîné d'importantes modifications des marchés des médias en Europe et au-delà. De nouvelles plateformes de distribution font constamment leur apparition, alors que les ressources limitées du spectre et les importants investissements initiaux sont remplacés par un espace presque illimité et par la possibilité de créer une société de médias pour un coût dérisoire. Il en résulte une rapide augmentation du nombre de contenus susceptibles d'être désormais proposés aux consommateurs. Face à ces changements, les décideurs politiques véhiculent de plus en plus l'idée que cette révolution occasionnée par les TIC est en train de résoudre progressivement les problèmes liés à la concentration de la propriété des médias, qui étaient omniprésents dans le paysage médiatique

¹⁰⁸ Pour de plus amples informations sur la méthode de sélection de ces neuf pays, voir : <http://monitor.cmpf.eu.eu/countries/>

¹⁰⁹ Par souci de clarté, on entend par « variables » les questions posées aux experts nationaux qui ont participé à l'évaluation de chaque pays. Par exemple, la question suivante : « La législation relative aux médias prévoit-elle des plafonds spécifiques et/ou d'autres limitations fondées sur des critères objectifs (comme le nombre de licences, les parts d'audience, la distribution, la répartition du capital ou des droits de vote, le chiffre d'affaire/les recettes, etc.) pour prévenir toute concentration horizontale excessive de la propriété dans le secteur des médias audiovisuels ? » est une variable du domaine de la pluralité du marché.



traditionnel. Vu la multitude d'informations que les citoyens ont à portée de main, les décideurs politiques jugent obsolète l'établissement de dispositions visant à prévenir la concentration de la propriété des médias. Ce point de vue est progressivement intégré à la réglementation applicable aux médias ; la tendance constatée ces dernières années à l'assouplissement ou à l'abrogation des restrictions applicables en matière de propriété des médias en offre un exemple particulièrement éloquent¹¹⁰.

L'hypothèse selon laquelle le pluralisme des médias serait une conséquence naturelle de la révolution numérique qui serait « affranchi » de toute préoccupation en matière de concentration ne semble pas se justifier, puisque deux réalités au moins prouvent le contraire :

- Premièrement, les acteurs traditionnels que sont les radiodiffuseurs et éditeurs de presse déjà bien établis continuent à exercer une influence déterminante sur les contenus qui seront finalement consommés par le grand public.
- Deuxièmement, parallèlement aux organisations de médias traditionnels, les puissantes entreprises qui ont vu le jour avec l'arrivée d'internet, notamment les intermédiaires numériques, peuvent recourir à des pratiques qui créent artificiellement un effet de pénurie sur le marché¹¹¹.

3.2.1. La place des acteurs traditionnels dans l'actuel paysage médiatique

Pour ce qui est de l'influence des radiodiffuseurs et des éditeurs déjà bien établis, il convient de garder à l'esprit que les marchés des médias traditionnels tendent naturellement à se concentrer¹¹², ce qui s'explique en grande partie par les spécificités économiques du secteur. Parmi les caractéristiques qui contribuent à la concentration des médias figurent les obstacles considérables à l'entrée sur le marché (comme les coûts fixes relativement élevés liés à l'achat des licences de radiodiffusion et/ou à l'acquisition de contenus premium, le coût financier ou psychologique de cette nouvelle donne que le consommateur est réticent à assumer), les économies d'échelle dont peut bénéficier un fournisseur de médias en développant ses activités au même niveau, ou à des

¹¹⁰ Voir, par exemple, Open Society Foundations, *Mapping Digital Media in the European Union - A Report for the High-Level Group on Media Freedom and Pluralism*, p. 2, 2012 (en anglais),

http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/Mapping_Digital_Media_EU_20121217_0.pdf;

Ofcom, *Report on Media Ownership Rules*, p. 21 et suiv., 2009 (en anglais) et Freedom House, *Report on Spain*, 2013 (en anglais), https://www.freedomhouse.org/report/freedom-press/2013/spain#.VMJr_M016eY.

¹¹¹ Pour un aperçu complet des arguments contradictoires concernant la concentration des médias à l'ère du numérique, voir K. Bania, « *The Role of Media Pluralism in the Enforcement of EU Competition Law* » (en anglais), p. 60 à 93, Thèse de doctorat, Florence : Institut universitaire européen, 2016.

<http://biblio.eui.eu/search~S5?/abania/abania/1%2C3%2C6%2CB/frameset&FF=abania+konstantina&2%2C%2C2/indexsort=->, Paris/New York : Concurrences, à paraître, 2017. Voir également G. Gangemi, « *Exploring the Economic Aspects of Media Pluralism and Media Freedom in the European Union* », in CMPF « *European Union Competencies in Respect of Media Pluralism and Media Freedom* » RSCAS PP 2013/01, <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/26056>

¹¹² Cette tendance a été confirmée par des études empiriques qui ont examiné la structure du secteur des médias en Europe et au-delà. Voir, par exemple, *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Indagine conoscitiva sul settore della raccolta pubblicitaria (Allegato A alla delibera 551/12/CONS)* (en italien), <http://www.agcom.it/documents/10179/1/document/bd184d98-cdcd-41e1-b141-9864dcfba8d6>, et D. Ward, O. C. Fuego et A. D'Armo, « *Mapping Study of Media Concentration and Ownership in Ten European Countries* », 2004 (en anglais), <http://77.87.161.246/wp-content/uploads/2013/08/A-Mapping-Study-of-Media-Concentration-and-Ownership-in-Ten-European-Countries.pdf>.



niveaux différents, la chaîne d'approvisionnement et la double nature des médias dont le fonctionnement repose sur la publicité entraînent la constitution d'une structure favorable aux entreprises principales. L'évolution de la législation a également contribué à faciliter la concentration de la propriété des médias. Outre l'assouplissement ou la suppression des restrictions en matière de propriété, la libéralisation et une approche plus indulgente à l'égard des fusions et acquisitions dans le secteur des médias ont permis à de grands groupes de médias de se développer dans l'ensemble de l'Union européenne en consolidant leur présence sur un certain nombre de marchés de médias.

La crainte que cette concentration des marchés des médias traditionnels permette à une poignée de propriétaires de médias de dicter l'actualité politique n'a pas été dissipée et s'explique par trois principales raisons :

- Premièrement, les médias traditionnels continuent à représenter une part importante de la consommation de médias des citoyens européens. Par exemple, la télévision reste le média le plus populaire dans l'Union européenne, où la radio occupe la deuxième place¹¹³.
- Deuxièmement, les évolutions technologiques ont certes réduit les obstacles à l'entrée sur le marché, mais cette situation ne renforce pas pour autant le pluralisme des médias. Par exemple, l'abandon de la radiodiffusion analogique a effectivement libéré un certain nombre de fréquences du spectre radioélectrique, mais au lieu de créer des opportunités pour les nouveaux arrivants sur le marché, il risque de favoriser les conglomérats de médias existants qui disposent à la fois des ressources financières à l'acquisition de plusieurs nouvelles chaînes et de suffisamment de contenus pour les « alimenter »¹¹⁴. Le marché britannique offre un bon exemple du mode de répartition du pouvoir du marché et du pouvoir de communication dans la télévision numérique : au Royaume-Uni, 621 chaînes internationales, nationales et régionales sont actuellement disponibles¹¹⁵. L'ensemble de ces chaînes sont distribuées par une poignée de groupes bien connus, comme ITV, CBS et Viacom¹¹⁶.
- Troisièmement et finalement, de récentes études ont révélé que les utilisateurs en ligne tendent à consommer les contenus produits par des organisations de médias bien établies plutôt qu'à rechercher activement des contenus en ligne susceptibles de compléter les médias traditionnels auxquels ils sont habitués. Par exemple, l'Ofcom a constaté qu'en 2015, les trois sites d'actualités les plus populaires auprès des utilisateurs d'ordinateurs portables ou fixes du Royaume-Uni étaient les sites web des organisations de médias traditionnels (*The Daily Mail*, *The Guardian* et *BBC News*)¹¹⁷.

¹¹³ Commission européenne, Les habitudes médiatiques dans l'Union européenne, 2014, p. 5 et 11, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb82/eb82_media_fr.pdf. Voir également Observatoire européen de l'audiovisuel, MAVISE EXTRA, *Linear and on-demand audiovisual services in Europe 2015*, 2016 (en anglais), http://www.obs.coe.int/documents/205595/264629/MAVISE+EXTRA_TV+and+ODAS+in+Europe+2015.pdf.

¹¹⁴ Fédération internationale des journalistes, « *Media power in Europe: The big picture of ownership* » (en anglais), 2006, p. 5 et 6, http://www.ifi.org/fileadmin/images/EFJ/EFJ_documents/Reports/Media_Power_in_Europe.pdf.

¹¹⁵ Voir : <http://mavise.obs.coe.int/country?id=14>. Il convient de noter que le Royaume-Uni a achevé son passage au numérique en 2012.

¹¹⁶ Voir : <http://mavise.obs.coe.int/country?id=14>. Pour une analyse récente sur le thème de la concentration des médias à travers l'Europe, voir, par exemple, Observatoire européen de l'audiovisuel, MAVISE EXTRA, *Media Ownership: towards pan-European groups?* (en anglais), 2016, disponible sur : <http://www.obs.coe.int/documents/205595/264629/Media+ownership+towards+pan-European+groups/418385fa-cf0e-4c12-b233-29476177d863>.

¹¹⁷ Ofcom, Rapport sur le marché des communications, 2015, p. 373,



3.2.2. L'influence des « intermédiaires numériques » sur la consommation de contenus médiatiques

La deuxième raison pour laquelle les inquiétudes en matière de concentration n'ont pas été dissipées tient à la structure et aux pratiques des marchés émergents sur lesquels opèrent les intermédiaires numériques. Aux fins de la présente étude, les intermédiaires numériques peuvent être définis comme des entités qui « offrent aux consommateurs des contenus d'information provenant de fournisseurs tiers, au moyen d'une multitude de logiciels, chaînes et dispositifs numériques »¹¹⁸. Les intermédiaires numériques peuvent être distingués en quatre catégories : les moteurs de recherche comme Google et Bing, les agrégateurs d'informations comme Yahoo !, les médias sociaux comme Facebook et les boutiques numériques comme iTunes et Amazon¹¹⁹. La concentration des marchés sur lesquels opèrent les intermédiaires numériques s'explique en grande partie par les mêmes raisons pour lesquelles les marchés des médias traditionnels manifestent une tendance à la concentration : des coûts fixes particulièrement élevés qui doivent être engagés pour mettre au point une technologie innovante ; la double nature du marché ; la possibilité de réaliser des économies de grande envergure en se positionnant sur les marchés adjacents ; les coûts de transition que les utilisateurs en ligne ne sont pas disposés à prendre à leur charge¹²⁰. Il s'agit là des principaux paramètres qui expliquent la puissance économique dont disposent les intermédiaires numériques les plus populaires.

Contrairement aux médias traditionnels, les intermédiaires numériques ne sont en règle générale pas des créateurs de contenus¹²¹. Ils ne génèrent pas non plus d'importantes recettes publicitaires pour les fournisseurs d'actualités, ce qui signifie que nous ne sommes toujours pas en mesure d'établir de lien direct de causalité entre les intermédiaires et le journalisme de qualité¹²². Pourtant, dans un environnement où les contenus abondent et suscitent de moins en moins d'attention, le processus de découverte des contenus devient de plus en plus difficile et les intermédiaires numériques recourent parfois à des pratiques qui visent à réduire artificiellement la quantité de sources d'information disponibles en ligne. R. Foster recense quatre grands domaines dans lesquels les activités des intermédiaires numériques peuvent avoir des répercussions négatives sur le pluralisme :

- a) leur contrôle sur ce que l'on peut considérer comme des goulets d'étranglement de la distribution par l'intermédiaire desquels les utilisateurs, et en particulier les jeunes générations, accèdent aux contenus ;

http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/cmr/cmr15/CMR_UK_2015.pdf.

¹¹⁸ R. Foster, « *News Plurality in a Digital World*, rapport établi pour *Reuters Institute for the Study of Journalism* », p. 25, 2012, https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/News%20Plurality%20in%20a%20Digital%20World_0.pdf.

¹¹⁹ R. Foster, « *News Plurality in a Digital World* », rapport établi pour *Reuters Institute for the Study of Journalism*, p. 6, 2012, https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/News%20Plurality%20in%20a%20Digital%20World_0.pdf.

¹²⁰ Dans de nombreux cas, les coûts de transition peuvent être si élevés qu'ils produisent un effet de blocage. Par exemple, les utilisateurs qui ont fait l'acquisition d'un iPad (dispositif de lecture électronique d'Apple), sont contraints d'utiliser les boutiques d'Apple pour toute acquisition de contenus en ligne, comme des nouvelles applications et des livres électroniques.

¹²¹ R. Foster, « *News Plurality in a Digital World*, rapport établi pour *Reuters Institute for the Study of Journalism* », p. 28, 2012, https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/News%20Plurality%20in%20a%20Digital%20World_0.pdf.

¹²² R. Foster, « *News Plurality in a Digital World*, rapport établi pour *Reuters Institute for the Study of Journalism* », p. 24, 2012, https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/News%20Plurality%20in%20a%20Digital%20World_0.pdf.



- b) leur choix de type éditorial sur le contenu qu'ils diffusent ou pour lequel ils proposent un lien (ils sélectionnent et affichent par exemple les contenus « pertinents » relatifs à la recherche effectuée par l'utilisateur, décident quelles sources d'actualités doivent être mises en avant, etc.) ;
- c) leur rôle dans l'élaboration des futurs modèles économiques de diffusion d'informations (ils permettent, par exemple, la désagrégation des contenus d'informations, ce qui rend plus difficile encore pour les fournisseurs d'informations de générer des recettes publicitaires) ; et
- d) leur tendance et capacité à définir l'actualité politique (par exemple lorsqu'ils investissent dans les médias en leur nom propre)¹²³.

Cette classification identifie les principaux sujets de préoccupation qui ont jusqu'ici concerné le pluralisme des médias. On peut citer à titre d'exemples les moteurs de recherche et les contenus d'actualités. Les moteurs de recherche en général, et Google en particulier, jouent un rôle essentiel dans l'acheminement des informations vers les citoyens européens : la recherche est la principale utilisation d'internet, les moteurs de recherche généralistes semblent être les intermédiaires les plus utilisés par les citoyens européens qui souhaitent consulter des articles d'actualités et Google contrôle plus de 90 % du marché de la recherche en ligne généraliste dans la plupart des Etats membres¹²⁴.

Plusieurs fournisseurs d'actualités affirment que, compte tenu de son rôle de goulet d'étranglement de la distribution, Google exerce un contrôle excessif sur la manière dont ils souhaitent atteindre les utilisateurs en ligne¹²⁵. Plus précisément, les fournisseurs d'actualités qui ont mis en place un accès payant sur leurs sites soulignent qu'à moins d'accepter qu'une partie de leurs contenus soit accessible gratuitement sur le moteur de recherche Google, ils perdent automatiquement leur visibilité dans les résultats de recherche de Google¹²⁶. Cela signifie, si cette information se révèle exacte, que Google limite artificiellement le nombre de sources disponibles sur le marché. Cette pratique pourrait également devenir une source d'inquiétude si ces accès payants devenaient indispensables à la viabilité économique de la fourniture d'actualités.

Des éléments de choix de type éditorial générés par les moteurs de recherche figurent dans la liste des résultats de recherche ou dans la conception de leurs algorithmes¹²⁷. Les moteurs de recherche peuvent, par exemple, décider de déclasser des résultats de recherche de services concurrents afin de mettre en avant leurs propres services. Ce problème est actuellement examiné par la Commission européenne dans le cadre d'une enquête antitrust sur la manière dont Google

¹²³ R. Foster, « News Plurality in a Digital World, rapport établi pour Reuters Institute for the Study of Journalism », p. 6 et 7, 2012, https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/News%20Plurality%20in%20a%20Digital%20World_0.pdf.

¹²⁴ Voir Commission européenne, « Antitrust : La Commission enquête sur des allégations d'infraction aux règles antitrust par Google », communiqué de presse n° IP/10/1624, 30 novembre 2010, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_fr.htm.

¹²⁵ R. Foster, « News Plurality in a Digital World, rapport établi pour Reuters Institute for the Study of Journalism », p. 31, 2012, https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/News%20Plurality%20in%20a%20Digital%20World_0.pdf.

¹²⁶ R. Foster, « News Plurality in a Digital World, rapport établi pour Reuters Institute for the Study of Journalism », p. 31, 2012, https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/News%20Plurality%20in%20a%20Digital%20World_0.pdf.

¹²⁷ R. Foster, « News Plurality in a Digital World », rapport établi pour Reuters Institute for the Study of Journalism, p. 34, 2012, https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/News%20Plurality%20in%20a%20Digital%20World_0.pdf.



affiche les résultats de recherche de sites web qui lui font concurrence sur des marchés de recherche voisins¹²⁸. Cette affaire porte sur la possibilité d'une exclusion de la recherche en ligne généraliste des sites comparateurs de prix concurrents, c'est-à-dire les sites web dont les contenus proposés ne sont pas essentiels pour faire un choix éclairé. Toutefois, si cette pratique de déclassement visait des informations ayant trait à des questions d'intérêt général et se traduisait par l'exclusion de certaines informations, elle pourrait nuire au pluralisme des médias. L'expérience réalisée par Epstein et Robertson nous a montré que lorsque des moteurs de recherche visent à promouvoir une certaine actualité politique, le déclassement des résultats pourrait se révéler tout aussi préjudiciable qu'une ingérence dans la politique éditoriale d'un quotidien ; l'expérience en question fait apparaître que le déclassement des résultats de recherche influence le choix des électeurs et peut au final affecter les résultats d'une élection¹²⁹.

3.2.3. Les perspectives

L'analyse précédente conclut que la prolifération de sources et de contenus ne garantit pas pour autant le respect du pluralisme. Les arguments sur la diminution de l'importance des médias puissants dans la formation de l'opinion du public doivent être soigneusement examinés dans le contexte de la concentration hors ligne et de la concentration en ligne, qui peuvent affaiblir la démocratie à bien des égards et dont certains aspects sont déjà connus, alors que d'autres viennent tout juste de faire leur apparition et sont par conséquent peu étudiés. En conséquence, il importe que les décideurs politiques reconnaissent que « la seule abondance de communications ne saurait suffire à rendre obsolètes les questions relatives à la répartition du pouvoir de communication et du discours politique ; elle se contente de les reformuler sous une forme encore plus complexe »¹³⁰.

3.3. Comment mesurer la concentration de la propriété des médias : La méthodologie applicable au « domaine de la pluralité du marché »

Compte tenu des raisons invoquées dans la précédente partie, le dispositif MPM2015 visait à évaluer les risques que présente la concentration des médias pour le pluralisme des médias. A cette fin, le dispositif comportait deux indicateurs¹³¹ qui ont permis d'apprécier si, et dans quelle mesure, les

¹²⁸ Commission européenne, « Antitrust : La Commission enquête sur des allégations d'infraction aux règles antitrust par Google », communiqué de presse n° IP/10/1624, 30 novembre 2010, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1624_fr.htm.

¹²⁹ R. Epstein et R.E. Robertson, « *Democracy at Risk: Manipulating Search Rankings Can Shift Voting Preferences Substantially Without Voter Awareness* » (en anglais), American Institute for Behavioral Research and Technology, Document de travail/résumé d'un document présenté à l'occasion de la 25^e réunion de l'Association for Psychological Science, Washington, D.C., mai 2013, http://www.fraw.org.uk/files/politics/epstein_robertson_2013.pdf.

¹³⁰ K. Karppinen, « *Rethinking media pluralism and communicative abundance* » (en anglais), *Observatorio Journal* 3(4), p. 160, 2009, <http://obs.obercom.pt/index.php/obs/article/view/314/302>.

¹³¹ Il convient de noter que le domaine de la pluralité du marché comporte trois indicateurs, dont le troisième concerne la transparence de la propriété des médias. Cet indicateur permet d'évaluer l'existence et la mise en œuvre effective de garanties réglementaires visant à garantir que le grand public et le(s) régulateur(s) compétent(s) puissent connaître l'identité des propriétaires des organisations de médias qui opèrent dans l'Etat concerné. Aux fins du présent article, nous nous concentrons sur les indicateurs d'évaluation de la concentration



Etats membres étudiés ont adopté des dispositions visant à empêcher à une poignée de propriétaires de médias de contrôler le volume et la forme des informations transmises au public.

Plus précisément, le premier indicateur traite de la concentration horizontale de la propriété des médias, alors que le second concerne la concentration croisée de la propriété des médias. La concentration horizontale reflète le niveau de contrôle qu'un ou plusieurs propriétaires de médias peuvent exercer dans un secteur spécifique (par exemple, la place occupée par une entreprise qui fournit des services de radiodiffusion au détail sur le marché audiovisuel en question). La concentration croisée des médias se veut le reflet du degré de contrôle exercé par un ou plusieurs propriétaires de médias dans un certain nombre de secteurs de ce domaine (par exemple, la place occupée par un conglomérat de médias sur les marchés de l'audiovisuel et de publication de quotidiens).

La distinction entre la concentration horizontale et la concentration croisée des médias repose sur deux facteurs :

- Tout d'abord, le fait que la création d'un contenu médiatique soit particulièrement coûteuse et que sa diffusion le soit nettement moins a incité les sociétés de médias à se positionner sur le même niveau et/ou sur d'autres niveaux (successifs et/ou précédents) de la chaîne d'approvisionnement¹³², ce qui leur permet de réaliser d'importantes économies d'échelle. Les importantes économies d'échelle stimulent la concentration horizontale et la concentration croisée dans les médias, puisqu'elles permettent aux entreprises de rationaliser leurs ressources et de réduire les frais de transaction. Cette distinction vise donc à mettre en lumière l'économie propre aux médias et la manière dont les acteurs d'un marché national examiné ont réagi à cette tendance qui les pousse à la concentration.
- Deuxièmement, certains Etats membres ont adopté des dispositions visant à traiter ces deux types de concentration (par exemple l'Autriche et la Croatie), d'autres ont adopté des réglementations qui concernaient exclusivement la concentration horizontale (par exemple la Pologne), alors que certains pays ne prévoient aucune disposition spécifique pour prévenir la concentration des médias (comme la Finlande et la Lituanie). A l'évidence, les risques pour le pluralisme des médias devraient être plus faibles pour les Etats qui ont adopté des dispositions visant à traiter ces deux types de concentration, sous réserve que ces dispositions soient effectivement mises en œuvre. Par conséquent, outre l'économie spécifique au secteur, cette distinction tient également compte de l'existence de plusieurs modèles de réglementation au sein de l'Union européenne.

horizontale et croisée des médias. En ce qui concerne la question de la transparence, voir CMPF, *Monitoring Media Pluralism in Europe: Testing and Implementation of the Media Pluralism Monitor 2015*, p. 16 à 18, 2016, <http://monitor.cmpf.eu.eu/mpm2015/results/>.

¹³² G. Doyle, « *Media Ownership: The Economics and Politics of Convergence and Concentration in the UK and European Media* » (en anglais), p. 4, 2002, Londres : Sage Publications, <https://uk.sagepub.com/en-gb/eur/media-ownership/book210343>.



3.3.1. Les indicateurs de la concentration horizontale

Les indicateurs de la concentration horizontale se subdivisent en quatre grands ensembles de variables qui visent à évaluer la concentration de la propriété dans quatre secteurs, à savoir les services audiovisuels, la radio, l'édition de quotidiens et la fourniture de contenus sur internet.

Pour ce qui est du choix des secteurs, il convient de formuler les trois remarques suivantes :

- Premièrement, en ce qui concerne les services audiovisuels, le MPM2015 retient la définition donnée par la Directive Services de médias audiovisuels. En d'autres termes, les variables concernées s'appliquent aux services audiovisuels aussi bien linéaires que non linéaires¹³³. Cette approche a pour objectif de refléter l'évolution de cette convergence qui a radicalement modifié les marchés traditionnels de la radiodiffusion et de tenir compte d'une réglementation nationale susceptible de remédier à la concentration dans le secteur des services audiovisuels à la demande.
- Deuxièmement, le MPM2015 vise à faire ressortir les tendances de la consommation de contenus médiatiques qui ont fait leur apparition avec l'utilisation croissante d'internet. Les médias traditionnels ont notamment cherché à se repositionner dans l'environnement numérique en créant des sites web, qui sont régulièrement consultés par les internautes. Cependant, parallèlement aux médias traditionnels présents en ligne, de nouveaux acteurs qui ne font pas l'objet d'une diffusion sur support papier ont vu le jour (c'est-à-dire des acteurs uniquement présents en ligne). En outre, un nombre croissant de lecteurs en ligne ont recours à des intermédiaires numériques, qui agissent comme des passerelles vers la source initiale. Compte tenu de ces éléments, le MPM2015 cherche à évaluer la concentration sur les marchés dans lesquels opèrent les fournisseurs de contenu internet (FCI). Ces FCI englobent les créateurs de contenu, c'est-à-dire les fournisseurs qui produisent des contenus originaux, les agrégateurs d'informations, c'est-à-dire les fournisseurs qui compilent les actualités qui proviennent de diverses sources d'information et les diffusent dans un espace unique (par exemple, Google Actualités)¹³⁴ et les fournisseurs qui ne produisent aucun contenu original ou ne compilent pas les actualités, mais servent d'intermédiaire entre l'utilisateur et la source (par exemple, Facebook et Google Search). La définition et l'utilisation de ces trois catégories de FCI comme principales sources d'actualités en ligne reposent sur le cadre proposé par l'Ofcom pour mesurer la pluralité des médias¹³⁵.
- Enfin, les secteurs sélectionnés représentent les médias les plus utilisés au sein de l'Union européenne pour accéder à des contenus d'actualités¹³⁶.

¹³³ Voir la Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 sur la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres concernant la fourniture de services de médias audiovisuels (Directive Services de médias audiovisuels) [2010] Journal officiel n° L 332/27, considérant (11) et article 1(1).

¹³⁴ K. Isbell, « *The Rise of the News Aggregator: Legal Implications and Best Practices* », 2, 2010, publication de recherche n° 2010-10 du Berkman Center for Internet and Society de l'Université de Harvard (en anglais), <http://www.dmlp.org/sites/citmedialaw.org/files/news%20aggregation%20white%20paper.pdf>.

¹³⁵ Ofcom, Measurement framework for media plurality. A consultation on Ofcom's proposed advice to the Secretary of State for Culture, Media and Sport, paragraphe 4.19, 2015 (en anglais), http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/media-plurality-framework/summary/Media_plurality_measurement_framework.pdf.

¹³⁶ Commission européenne, Les habitudes médiatiques dans l'Union européenne, 2014, p. 5 et 11, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb82/eb82_media_fr.pdf.



Pour donner une description plus détaillée du « domaine de la pluralité du marché », nous examinerons six questions destinées à évaluer la concentration horizontale de la propriété dans chaque secteur.

La première de ces variables consiste à déterminer si l'Etat examiné a adopté des dispositions visant à prévenir une concentration horizontale dans le secteur concerné. Ces dispositions, lorsqu'elles existent, diffèrent d'un Etat à un autre ; certains Etats limitent par exemple le nombre de licences qu'une seule et même organisation de médias peut détenir, alors que d'autres Etats plafonnent les parts de marché ou d'audience qu'une organisation de médias ou la combinaison de plusieurs organisations de médias, par exemple à la suite d'une fusion, ne doit pas dépasser. Compte tenu de la diversité des modèles réglementaires qui s'appliquent au sein des Etats membres de l'Union européenne, cette variable est rédigée en termes généraux afin d'englober toutes les différentes formes de dispositions relatives à la concentration horizontale¹³⁷.

Les cinq autres variables portent quant à elles sur l'évaluation de l'efficacité de ces restrictions en matière de propriété, en prévoyant deux niveaux d'évaluation. Le premier ensemble se compose de trois variables dont l'objectif consiste à déterminer s'il existe une autorité de contrôle chargée du respect de la réglementation, si cette autorité de contrôle a le pouvoir d'infliger des sanctions en cas de non-respect de la réglementation et si l'autorité utilise efficacement les outils dont elle dispose.

Le deuxième ensemble compte deux variables qui visent à établir les véritables niveaux de concentration dans le secteur examiné ; ces variables reposent sur le « taux de concentration des quatre principales entreprises » (CR4), c'est-à-dire l'indice habituellement utilisé pour mesurer la concentration du marché et qui indique le poids des quatre principales entreprises d'un secteur par rapport aux résultats de l'ensemble de ce même secteur. L'une des variables de cet ensemble cherche à déterminer quelles sont les parts de marché détenues par les quatre entreprises les plus rentables, tandis que l'autre cherche à définir quelles sont les parts d'audience obtenues par les quatre entreprises les plus importantes du secteur examiné.

Pour quelle raison le dispositif de suivi (MPM) se préoccupe-t-il des parts de marché et des parts d'audience ? Les parts de marché font régulièrement office d'indicateur qui permet aux autorités compétentes en matière de réglementation et de concurrence de formuler un certain nombre de remarques préliminaires sur la structure du marché et sur le poids respectif des différentes entreprises présentes sur le marché¹³⁸. Ces parts sont calculées sur la base des ventes réalisées par le fournisseur d'un produit ou service précis sur le marché concerné¹³⁹. Toutefois, ce contenu est proposé gratuitement sur de nombreux marchés des médias. En d'autres termes, il arrive fréquemment qu'aucune transaction commerciale n'intervienne. Cependant, le fait qu'une organisation de médias ne facture pas les contenus qu'elle propose ne signifie pas nécessairement qu'elle ne dispose d'aucune influence sur le marché concerné. Par exemple, Google Actualités ne

¹³⁷ Pour une vue d'ensemble des différents systèmes en place au sein de l'Union européenne, voir P. Valcke. « From Ownership Regulation to Legal Indicators of Media Pluralism: Background, Typologies, and Methods », *Journal of Media Business Studies*, Vol. 6, n° 3, 2009, p. 19 à 42, et les rapports nationaux sur la mise en œuvre du MPM2015, disponibles sur : <http://monitor.cmpf.eui.eu/mpm2015/results/>.

¹³⁸ Voir, par exemple, Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes [2009], *Journal officiel* n° C 45/2, paragraphe 13, et Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises [2004], *Journal officiel* n° C 31/3, paragraphe 14.

¹³⁹ Communication de la Commission européenne sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, [1997], *Journal officiel* n° C 372/3, paragraphe 53.



vend aucun espace publicitaire et ne facture pas aux utilisateurs l'accès aux articles qu'il compile. Le fait de supprimer le titre et les premières lignes d'un article peut toutefois entraver la capacité des sites d'actualités qui ont produit l'article en question à générer du trafic et, par extension, des recettes publicitaires. Il ressort clairement au vu de ces éléments que la variable relative à la concentration des taux d'audience vise à offrir un précieux aperçu de la répartition du public entre les différents médias disponibles sur le marché, un aspect que les parts de marché ne reflètent pas nécessairement.

3.3.2. L'indicateur de la concentration croisée des médias

L'indicateur de la concentration croisée des médias repose exactement sur la même logique ; dès lors que l'existence de dispositions visant à prévenir la concentration croisée des médias est établie, l'indicateur permet d'apprécier la mise en œuvre effective de ces dispositions et la véritable situation du marché.

A l'instar des indicateurs de la concentration horizontale des médias, le cadre pertinent est déterminé en fonction de l'existence d'une autorité de contrôle, du rôle joué par cette autorité pour garantir le respect effectif de ces dispositions et de la structure des marchés concernés. Les seules différences entre ces deux indicateurs sont les suivantes.

Premièrement, comme la concentration croisée des médias suppose plus d'un secteur, la place occupée par les entreprises les plus rentables et les plus populaires sur le marché national examiné est calculée sur la base du « taux de concentration des huit principales entreprises » (CR8), c'est-à-dire l'indicateur du poids des huit principales entreprises d'un secteur par rapport aux résultats de l'ensemble de ce même du secteur.

Deuxièmement, l'indicateur d'évaluation des risques liés à la concentration croisée des médias comporte deux variables qui visent à déterminer si la réglementation en matière de concurrence traite la question du pluralisme des médias et s'il existe une autorité de contrôle du respect des dispositions applicables en la matière. Comme nous venons de le préciser, la raison d'être de ces deux variables de l'indicateur de la concentration croisée des médias tient au fait que la possibilité de réaliser d'importantes économies d'échelle incite les fournisseurs de contenus médiatiques à se développer sur les marchés voisins, qu'ils se situent en amont et/ou en aval de leur marché initial. Compte tenu de ces éléments, il est parfaitement clair que la concentration croisée des médias est un phénomène relativement courant. Toutefois, comme nous l'avons indiqué plus haut, plusieurs Etats qui appliquent pourtant des dispositions visant à prévenir la concentration horizontale ne disposent d'aucune garantie spécifique contre la concentration croisée des médias. Dans ces environnements réglementaires, seule la législation générale en matière de concurrence est applicable. Pourtant, le fait qu'une fusion, un accord et/ou un comportement unilatéral satisfasse aux exigences en matière de concurrence ne dissipe pas pour autant toute inquiétude quant au pluralisme des médias. Certains Etats reconnaissent d'ailleurs l'existence d'une telle éventualité et, à ce titre, soumettent le respect de la réglementation applicable à la concurrence à des considérations de pluralisme. Par exemple, une autorité ou un acteur du secteur qui n'a pas de lien avec l'autorité compétente en matière de concurrence peut intervenir lorsqu'une transaction ou un comportement, qui n'a fait l'objet d'aucune infraction en matière de concurrence, pose problème sur le plan du pluralisme des médias (par exemple, en Irlande, l'acteur en question est le ministre des Communications). Toutefois, dans d'autres cas de figure, même en l'absence de garanties réglementaires spécifiques au secteur, les autorités de la concurrence ont tenu compte du pluralisme des médias en rendant leur décision (par exemple en Lettonie, aux Pays-Bas et en Espagne).



Les mesures et notations des indicateurs de la concentration de la propriété des médias reposent sur des plafonds fixés par l'étude indépendante *Independent Study on the Indicators for media Pluralism in the Member States: Towards a Risk-Based Approach*, qui fait office de base méthodologique du MPM2015. Cette étude précise expressément que :

- si, dans un même pays, les quatre principaux propriétaires de médias disposent d'une part de marché supérieure à 50 %, le risque de forte concentration de la propriété est jugé élevé ;
- si, dans un même pays, les quatre principaux propriétaires de médias disposent d'une part de marché comprise entre 25 % et 49 %, le risque de forte concentration de la propriété est jugé moyen ; et
- si, dans un même pays, les quatre principaux propriétaires de médias disposent d'une part de marché inférieure à 25 %, le risque de forte concentration de la propriété est considéré comme faible¹⁴⁰.

3.4. Les résultats de la mise en œuvre du dispositif de suivi Media Pluralism Monitor 2015

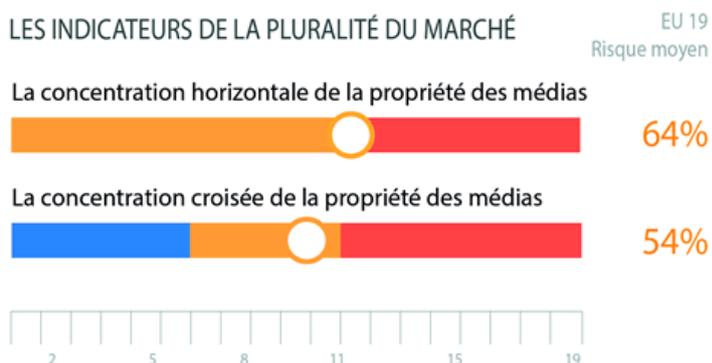
Les résultats des indicateurs de la propriété des médias montrent clairement que les marchés des médias de la plupart des pays européens étudiés dans le cadre du dispositif de suivi MPM sont particulièrement concentrés (voir figure 1). Il convient de souligner que les indicateurs relatifs à la concentration horizontale et à la concentration croisée des médias sont ceux qui ont été notés comme présentant le risque le plus élevé¹⁴¹.

¹⁴⁰ KU Leuven - ICRI et autres, *Independent Study on the Indicators for media Pluralism in the Member States: Towards a Risk-Based Approach* (en anglais), Annexe 1, 2009. Voir, par exemple, p. 89 et 90, https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/user_guide_09.pdf.

¹⁴¹ Il convient de noter que le dispositif de suivi MPM2015 compte 19 indicateurs au total.



Figure 1 - UE 19 – Risque moyen par indicateur (pluralité du marché).



Source : CMPF, *Monitoring Media Pluralism in Europe: Testing and Implementation of the Media Pluralism Monitor 2015*

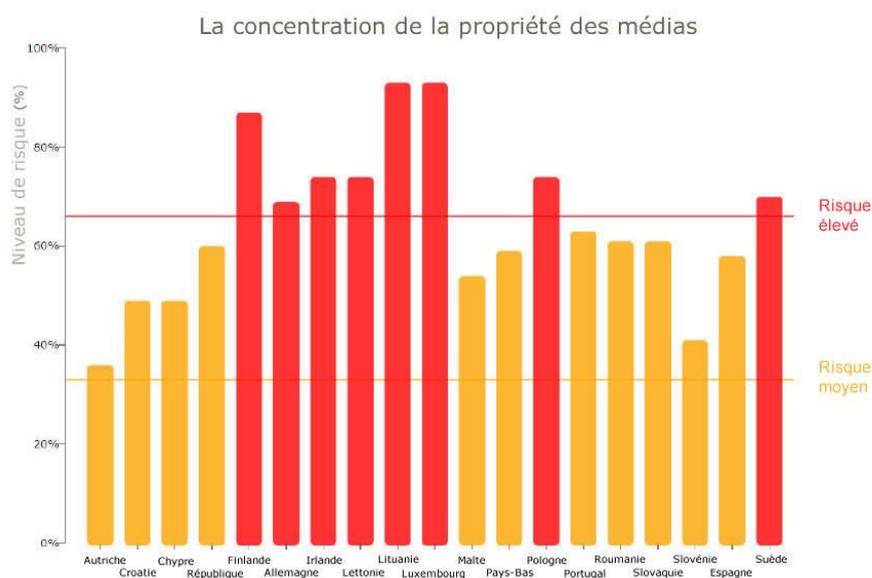
Les résultats ci-dessus concordent avec les résultats de la première mise en œuvre du dispositif de suivi MPM, qui évaluait les risques pour le pluralisme des médias dans les neuf Etats membres qui n'avaient pas été évalués dans le cycle de 2015, c'est-à-dire la Belgique, la Bulgarie, le Danemark, l'Estonie, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Italie et le Royaume-Uni¹⁴².

Il convient également de souligner que la note « risque faible » n'a été obtenue par aucun pays. Plus précisément, huit pays ont obtenu la note « risque élevé » et onze la note « risque moyen » (voir figure 2).

¹⁴² L'évaluation réalisée dans le cadre du MPM2014 (<http://monitor.cmpf.eu.eu/results-2014/>) a été effectuée à l'aide d'une liste d'indicateurs qui a ensuite été affinée par le MPM2015 ; cette liste compte désormais une procédure de compilation différente. L'évaluation réalisée dans le cadre de l'essai pilote de 2014 a révélé pour les neuf pays examinés un risque moyen/élevé dans le « domaine de propriété » retenu par le MPM2014.



Figure 2 – MPM2015. Résultats obtenus au moyen de l'indicateur de la concentration de la propriété des médias



Source : CMPF, *Monitoring Media Pluralism in Europe*:

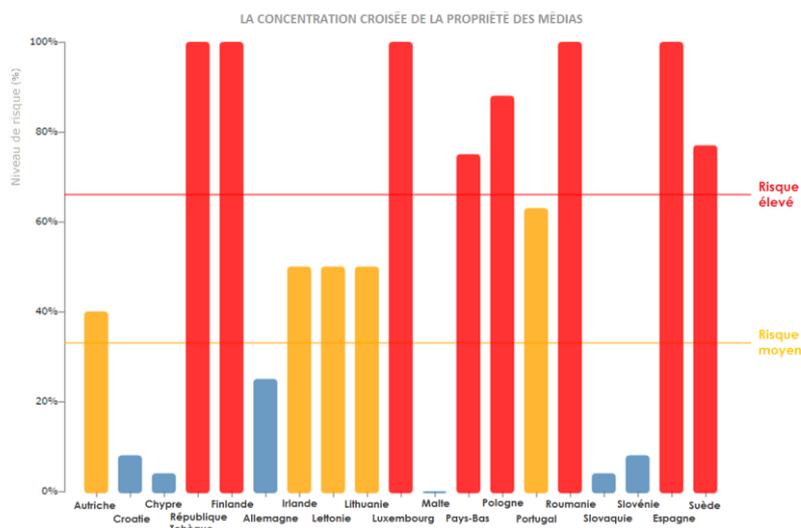
Testing and Implementation of the Media Pluralism Monitor 2015

En ce qui concerne l'indicateur de la concentration horizontale, les risques identifiés à la suite de la mise en œuvre du MPM2015 sont principalement imputables à l'absence de garanties réglementaires qui, comme indiqué ci-dessus, se traduit par le fait que l'application de la réglementation en matière de concurrence est le seul outil permettant de remédier au problème que pose la concentration des médias. Il ressort des variables qui illustrent les structures du marché que l'absence de mesures spécifiques pour traiter la question de la concentration des médias a facilité, voire encouragé, cette concentration. Les variables CR4 révèlent par exemple une forte concentration en termes de parts de marché et d'audience dans presque tous les pays étudiés.

Les résultats obtenus au moyen de l'indicateur de la concentration croisée des médias sont similaires aux résultats de l'indicateur des risques en matière de concentration horizontale. Cinq pays, le Portugal, la Lituanie, l'Irlande, la Lettonie et l'Autriche, ont ainsi obtenu la note « risque moyen », alors que huit pays (le Luxembourg, l'Espagne, la République tchèque, la Finlande, la Roumanie, la Pologne, la Suède et les Pays-Bas) ont obtenu la note « risque élevé » (voir Figure 3). Là encore, l'absence de réglementation spécifique au secteur, ou l'absence de mise en œuvre effective de cette réglementation, et la propension aux fusions et acquisitions semblent être les principales raisons qui expliquent les résultats ci-dessus.



Figure 3 – MPM2015. Résultats obtenus au moyen de l'indicateur de la concentration croisée de la propriété des médias



Source : CMPF, *Monitoring Media Pluralism in Europe*:

Testing and Implementation of the Media Pluralism Monitor 2015

En conclusion de ce bref aperçu des résultats du MPM2015, l'évaluation des risques en matière de pluralisme des médias qui découlent de la concentration de la propriété des médias se heurte à une difficulté majeure, puisqu'il est souvent difficile, voire impossible, d'identifier les informations indispensables à l'évaluation de la concentration de la propriété des médias. La collecte des données sur les parts de marché et d'audience s'est révélée particulièrement difficile. Les autorités nationales compétentes en matière de réglementation, de statistiques et/ou de concurrence se montrent bien souvent réticentes à collecter les informations en question. En conséquence, les informations relatives à la structure du marché ne sont souvent pas accessibles au public. Le dispositif de suivi MPM2015 a permis aux équipes nationales qui ont effectué cette collecte de données de sélectionner l'option « aucune donnée » pour la variable concernée. Les équipes nationales qui ont choisi cette option ont été invitées à évaluer si cette absence de données pouvait être assimilée à un problème de transparence. En adoptant cette approche, nous avons cherché à savoir si le système présentait une lacune, de manière à définir les améliorations à apporter à l'élaboration des politiques nationales en matière de médias.

3.5. Le bilan des enseignements tirés : La mise en œuvre du dispositif de suivi *Media Pluralism Monitor 2016*

Comme l'illustre la présente analyse, les inquiétudes en matière de concentration de la propriété des médias restent omniprésentes et notables, ce qui conduit à douter fortement du fait que le pluralisme des médias serait une conséquence presque naturelle des technologies numériques. Plutôt que d'adopter progressivement une approche non interventionniste, les décideurs de la politique en matière de médias devraient réfléchir soigneusement aux menaces que représentent les acteurs traditionnels et les nouveaux arrivants sur le marché pour le pluralisme des médias et



chercher à élaborer un cadre dans lequel les points de vue marginalisés puissent être connus du grand public et dans lequel le grand public serait plus réceptif à la diversité.

En se fondant sur le bilan des enseignements tirés et après avoir identifié un ensemble d'autres questions qui n'ont pas été suffisamment prises en compte par les précédentes mises en œuvre du dispositif de suivi, le MPM2016 ajoute au domaine de la pluralité du marché deux nouveaux indicateurs qui concernent un certain nombre de domaines sensibles liés à la concentration des médias. Il reste particulièrement important d'évaluer l'existence de garanties réglementaires visant à prévenir la concentration horizontale et la concentration croisée de la propriété des médias ; il importe en outre d'interpréter cette concentration à la lumière des spécificités du marché sur lequel opèrent les acteurs concernés. C'est la raison pour laquelle un indicateur de la viabilité des médias a été intégré au dispositif de suivi ; cet indicateur vise à apprécier les tendances en termes de recettes du secteur des médias, les tendances de la consommation des médias et à déterminer si les organisations de médias cherchent à trouver des alternatives à leurs recettes habituelles pour surmonter les difficultés que présente l'environnement numérique.

En outre, bien que l'adoption et la mise en œuvre effective de restrictions de propriété soient susceptibles d'atténuer certaines préoccupations relatives à la concentration des médias, un certain nombre de dispositions pertinentes (telles que le plafonnement du nombre de licences pouvant être détenues par une seule personne physique ou morale ou les plafonds de parts de marché que les organisations de médias ne doivent pas dépasser) ne prennent pas en compte l'aspect *qualitatif* de la concentration des médias, c'est-à-dire leur influence commerciale sur le contenu éditorial. En conséquence, le MPM2016 met en place un nouvel indicateur qui vise à évaluer si, et dans quelle mesure, il existe des garanties pour empêcher les puissances commerciales, y compris les propriétaires de médias et les annonceurs, de décider quels sont les contenus qui doivent être diffusés auprès des consommateurs. Pour dire les choses simplement, le MPM2016 innove en cherchant à mesurer les risques les plus subtils, mais néanmoins significatifs, que présente la concentration de la propriété pour le pluralisme des médias.





4. La concentration des médias en Allemagne

Michael Petri, *die medienanstalten/KEK*¹⁴³

4.1. Fondements constitutionnels de la garantie du pluralisme d'opinion

En Allemagne, l'article 5, paragraphe 1, phrase 2 de la *Grundgesetz* (loi fondamentale - GG) est le fondement constitutionnel de la garantie du pluralisme d'opinion¹⁴⁴. Cet article garantit la liberté de la presse et la liberté de l'information par la radiodiffusion et le cinéma. Sa formulation assez concise a été enrichie par la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* (cour fédérale constitutionnelle - BVerfG). Le BVerfG a souligné l'importance de la radiodiffusion et de la presse en tant qu'outils modernes de communication de masse et facteurs contribuant à façonner l'opinion publique, tout en relevant les particularités de la radiodiffusion : alors que l'Allemagne a vu se développer un secteur de la presse relativement vaste, indépendant et pluraliste, le BVerfG prévoit qu'un tel développement dans le domaine de la radiodiffusion sera entravé par des obstacles techniques (en premier lieu, la pénurie de fréquences) ainsi que par les charges financières exceptionnellement lourdes liées à la mise en place de la radiodiffusion¹⁴⁵.

Jusqu'en 1985, les seules chaînes de télévision disponibles en Allemagne étaient des chaînes de service public, qui proposaient une gamme diversifiée de programmes. Les radiodiffuseurs de service public sont tenus de proposer, en vertu de leur mandat de service universel, une offre de programmes globale couvrant tous les domaines, reflétant tout le spectre de la vie sociale et toute la diversité culturelle, et techniquement accessible à tous. Par ailleurs, en vertu du principe de la liberté de la radiodiffusion, le BVerfG a déclaré que les radiodiffuseurs privés étaient légitimes (système de radiodiffusion mixte). Dans la mesure où un service universel assuré par les radiodiffuseurs de service public fait contrepoids à la radiodiffusion privée, les exigences en matière

¹⁴³ L'auteur est directeur adjoint de la section concentration des médias auprès de l'autorité allemande chargée des médias (die Medienanstalten) et conseiller juridique de la Commission d'évaluation de la concentration dans le secteur des médias (KEK).

¹⁴⁴ *Grundgesetz* (loi fondamentale) de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 (BGBl. I p. 1), dans sa version modifiée par l'article 1 de la loi du 23 décembre 2014 (BGBl. I p. 2438),

<https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg/245216>.

¹⁴⁵ Voir BVerfGE 12, 205 (260 et suiv.), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv012205.html>.



de diversité et d'étendue de l'offre de programmes imposées aux radiodiffuseurs privés sont moins strictes que celles imposées aux radiodiffuseurs publics.¹⁴⁶

Le BVerfG subordonne néanmoins l'autorisation des opérateurs privés à la mise en place de structures garantissant une formation équilibrée de l'opinion dans un cadre de concurrence éditoriale¹⁴⁷. Ainsi, les distorsions au niveau de la concurrence des radiodiffuseurs privés doivent être évitées par des mesures législatives empêchant l'émergence d'un pouvoir d'opinion dominant¹⁴⁸. Cela signifie que les tendances de concentration doivent être traitées principalement de façon préventive plutôt que simplement répressive. Dans ce contexte, le BVerfG précise que l'opinion ne se façonne pas uniquement dans le cadre de programmes informatifs, par le biais de journaux d'information, par exemple, ou de commentaires politiques, mais aussi par le biais d'autres émissions d'intérêt public (par exemple, programmes de divertissement, événements sportifs). Il n'a pas été possible d'élaborer des critères objectifs permettant de définir la pertinence ou non d'un programme à cet égard. Par conséquent, l'information au sens de la mission traditionnelle de la radiodiffusion recouvre une information portant sur des sujets illimités concernant tous les aspects de la vie, sur la base de critères éditoriaux¹⁴⁹.

Le BVerfG relie l'importance capitale de la radiodiffusion et, notamment, de la télévision, aux critères d'impact, d'actualité et de pouvoir suggestif. Il considère que l'impact correspond à la portée et à la possibilité d'influencer une grande partie de la population. Le caractère d'actualité de la radio et de la télévision se retrouve dans le fait que les contenus et les événements peuvent être diffusés rapidement - voire parfois simultanément. Le pouvoir suggestif particulier du média ressort notamment de la possibilité de combiner du texte et du son, ainsi que, à la télévision, des images animées. Le BVerfG constate qu'en raison de l'apparence d'authenticité ainsi transmise, de l'expérience partagée et de sa disponibilité si pratique, la télévision est devenue le média par lequel la majorité de la population couvre ses besoins d'information¹⁵⁰. Dans le cadre de la numérisation croissante, le BVerfG souligne qu'il ne pense pas que les nouveaux développements (techniques) puissent réduire le besoin de garantir le pluralisme¹⁵¹. Au contraire, l'impact potentiel de la radiodiffusion gagne un poids supplémentaire par le fait que les nouvelles technologies vont de pair avec un élargissement et une différenciation de l'offre, des formes de diffusion et des canaux de distribution, et permettent l'émergence de nouveaux services en lien avec les programmes¹⁵².

¹⁴⁶ Voir BVerfGE 73, 118 (159), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073118.html>, BVerfGE 74, 297 (325), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv074297.html>, BVerfGE 83, 238 (296 et suiv.), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv083238.html>, BVerfGE 90, 60 (90), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090060.htm>, BVerfGE 136, 9 (29), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv136009.html>.

¹⁴⁷ Voir BVerfGE 12, 205 (261 et suiv.)

¹⁴⁸ Voir BVerfGE 73, 118 (155 et suiv.); BVerfGE 87, 181 (199), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv087181.html>.

¹⁴⁹ Voir BVerfGE 12, 205 (260 et suiv.), BVerfGE 35, 202 (222 et suiv.), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html>, BVerfGE 57, 295 (319), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv057295.html>, BVerfGE 73, 118 (157 et suiv.), BVerfGE 74, 297 (325), BVerfGE 97, 228 (257), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv097228.html>.

¹⁵⁰ Voir BVerfGE 31, 314 (325), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv031314.html>, BVerfGE 90, 60 (87), BVerfGE 97, 228 (256), BVerfGE 103, 44 (74), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv103044.html>, BVerfGE 114, 371 (387), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv114371.html>; voir également Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 5 novembre 2002 - requête n° 38743/97 - *Demuth c. Suisse*, EuGRZ 2003, p. 488 (491), article 43, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60724>; arrêt du 10 juillet .2003 - requête n° 44179/98 - *Murphy c. Irlande*, article 69, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61207>; voir jurisprudence.

¹⁵¹ BVerfGE 95, 163 (172 et suiv.), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv095163.html>.

¹⁵² Exposé détaillé des fondements constitutionnels : rapport de la KEK sur les concentrations, www.kek-online.de/information/publikationen/medienkonzentrationsberichte.html.



Selon la réglementation des compétences de la GG, les Länder sont, dans le cadre de leur « souveraineté culturelle », investis de la compétence législative pour la radiodiffusion, tandis que le gouvernement fédéral est compétent pour la réglementation des questions techniques (télécommunications, fréquences, technologies de diffusion en dehors du studio, c'est-à-dire de la transmission à la réception d'un programme)¹⁵³.

4.2. Les marchés des médias

4.2.1. Définitions traditionnelles des marchés

Le cadre réglementaire pour la fourniture de services de radiodiffusion est fixé par le *Rundfunkstaatsvertrag* (traité inter-Länder sur la radiodiffusion - RStV) conclu entre les Länder¹⁵⁴. Ce traité définit la radiodiffusion comme un service d'information et de communication linéaire sous la forme d'émissions à l'intention du public, destinées à être reçues simultanément, et de la diffusion d'images animées ou de contenus sonores selon une grille de programme, en utilisant des ondes électromagnétiques. Dans le cadre du contrôle des concentrations, le RStV prévoit également, dans certaines circonstances, la prise en compte des activités menées sur les « marchés connexes pertinents ». Ce terme n'est pas défini par le RStV, mais l'exposé des motifs cite à titre d'exemples la publicité, la radio, la presse, les droits et la production.

Aux termes du RStV, la définition et la délimitation de ces (sous-)marchés des médias incombent, dans le cadre de la compétence en matière de garantie du pluralisme, à la *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich* (Commission de surveillance de la concentration dans les médias - KEK), un organe des *Landesmedienanstalten* (offices régionaux des médias - LMA) indépendant de l'Etat et des opérateurs locaux¹⁵⁵. La KEK a défini plus concrètement les marchés connexes pertinents dont il faut tenir compte lors de l'examen de la concentration des médias au regard d'une influence spécifique sur l'opinion publique. En ce qui concerne les marchés déjà répertoriés, une distinction a été faite, par exemple, dans le domaine de la presse, entre les sous-marchés constitués par les journaux quotidiens, les magazines grand public et les revues de programmes télévisés. En outre, la KEK a identifié d'autres marchés parallèles aux marchés grand public pertinents (radio, quotidiens, magazines grand public, revues de programmes télévisés et médias en ligne) qui peuvent devenir indirectement pertinents en matière de formation de l'opinion et, partant, devraient figurer dans l'examen de la concentration des médias (par exemple les marchés situés en aval et en amont des programmes de télévision, tels que les droits sur les programmes, la production, les sources/agences d'information et les plateformes de programmes et de marketing).

Pour la délimitation des marchés, la KEK s'appuie essentiellement sur le critère de la pertinence respective au regard de la formation de l'opinion en fonction du type de produit. Ainsi,

¹⁵³ BVerfGE 12, 205 (225 et suiv.).

¹⁵⁴ *Rundfunkstaatsvertrag* (traité inter-Länder sur la radiodiffusion) du 31 août 1991 dans la version du 19^e traité inter-Länder portant modification des traités inter-Länder (dix-huitième traité inter-Länder sur la radiodiffusion) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2016, http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Rechtsgrundlagen/Gesetze_aktuell/RStV_18.pdf.

¹⁵⁵ Concernant les *Landesmedienanstalten*, voir également le point 4.3.4., et concernant la KEK, voir le point 4.3.1.



par exemple, les diverses formes de distribution des quotidiens (sur la voie publique/au détail, abonnement) ne sont pas pertinentes. Ainsi des divergences sont possibles par rapport aux définitions du marché établies par le *Bundeskartellamt* (Office fédéral allemand de contrôle de la concurrence - BKartA) sur la base du marché de la demande (substituabilité fonctionnelle)¹⁵⁶.

4.2.2. Développement de la convergence

Le secteur des médias est marqué par une accélération du processus de convergence. Les développements techniques permettent l'émergence de services multimédia qui transforment les modes de consommation des médias. Ce développement de la convergence a également un impact sur la définition et la délimitation des marchés des médias. Actuellement, la diffusion linéaire est encore une caractéristique déterminante de la radiodiffusion¹⁵⁷. Or, les images animées ne sont plus visibles uniquement sur le téléviseur classique, mais peuvent être visionnées via internet sur une multitude de terminaux différents - en tout lieu et à tout moment. Par conséquent, la KEK considère que pour assurer la pérennité du cadre réglementaire, il est nécessaire de se baser sur le caractère éditorial des contenus d'images animées, quel que soit le mode de diffusion (linéaire/non-linéaire). Elle préconise une modification correspondante au niveau législatif¹⁵⁸.

Par ailleurs, un autre problème se pose concernant la classification et le traitement réservés aux intermédiaires qui, en qualité de courtiers chargés de la collecte, du tri, de la pondération et de l'assemblage des informations, orientent les utilisateurs vers des contenus médiatiques créés par des tiers¹⁵⁹. Les intermédiaires n'exerçant pas une véritable activité éditoriale, ils ne relèvent donc pas des marchés de l'audience. Leur activité ne concerne pas non plus les marchés situés en aval ou en amont du programme de télévision. Le rôle des intermédiaires est davantage axé sur la recherche des services en ligne, ce qui leur confère la possibilité de peser sur la formation de l'opinion. A cet égard, les services en ligne soumis à un traitement éditorial sont pertinents du point de vue du droit encadrant la concentration des médias¹⁶⁰. Dans la mesure où les intermédiaires occupent une fonction située entre les fournisseurs et les utilisateurs de ce type de contenus médiatiques, ils exercent donc une influence indirecte sur la formation de l'opinion. Le fonctionnement des moteurs de recherche, des réseaux sociaux, des agrégateurs d'informations, des plateformes de blogs et des plateformes d'applications, qui transmettent ou permettent de trouver des contenus médiatiques au sens visé ci-dessus pourrait donc être considéré comme une activité relevant d'un marché connexe pertinent.

¹⁵⁶ Voir sur ce point l'ensemble des considérants dans le cadre de la décision de la KEK dans l'affaire *Springer/ProSiebenSat.1*, réf. KEK 293, http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf.

¹⁵⁷ Voir le point 4.2.1.

¹⁵⁸ Voir la prise de position de la KEK pour une garantie pérenne du pluralisme, 17^e rapport annuel de la KEK, p. 136 et suiv., http://www.kek-online.de/fileadmin/Download_KEK/Informationen_Publikationen/150819_KEKJahresbericht_web.pdf.

¹⁵⁹ Par exemple, les fournisseurs de moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les agrégateurs d'informations, mais, en revanche, pas les intermédiaires opérant dans le secteur du commerce électronique tels que les moteurs de recherche de prix, les portails comparatifs ou les plateformes de commerce électronique.

¹⁶⁰ Voir le rapport de la KEK sur les concentrations, 2015, p. 503 et suiv,

<http://www.kek-online.de/information/publikationen/medienkonzentrationsberichte/fuenfter-konzentrationsbericht-2015.html>.



Parallèlement, le développement de la convergence a parfois des effets qui ne nécessitent pas de redéfinir les marchés, comme, par exemple, les versions électroniques des journaux, qui sont comprises dans le cadre des chiffres d'audience rendus publics.

4.3. Cadre juridique de prévention de la concentration des médias

4.3.1. Réglementation du secteur spécifique des médias

Le contrôle de la concentration des médias est une tâche qui incombe directement au BVerfG en vertu de l'article 5 de la GG et qui est essentiellement liée à la radiodiffusion. A cet égard, le BVerfG n'exclut pas l'obligation de l'Etat de supprimer toute menace pouvant surgir en lien avec la formation de monopoles d'opinion dans un environnement de presse libre¹⁶¹. Le législateur est néanmoins formellement tenu de créer un « ordre positif » pour la radiodiffusion. Il doit combattre de façon préventive l'émergence d'une position dominante sur l'opinion publique par des mesures concrètes, organisationnelles et procédurales. La radiodiffusion doit refléter la diversité des opinions existantes dans la société dans toute leur étendue et leur intégralité¹⁶². L'émergence d'une position dominante sur l'opinion publique doit être si possible évitée par un contrôle préventif de la concentration spécifique aux médias, car une fois que des distorsions sont en place, il est extrêmement difficile, voire impossible, d'y remédier¹⁶³.

En réponse aux exigences du BVerfG, les Länder ont conclu en 1987 un « *Staatsvertrag zur Neuordnung des Rundfunkwesens* » (traité inter-Länder portant sur la réorganisation du système de radiodiffusion)¹⁶⁴. Dans un premier temps, ils ont essayé d'enrayer les tendances de concentration par un modèle de restriction des participations dans le cadre du droit des sociétés et de limitation du type et du nombre de chaînes autorisées par radiodiffuseur. Cependant, loin de permettre de lutter efficacement contre la concentration des entreprises dans la radiodiffusion privée, cette démarche a provoqué la formation d'entreprises conjointes et de groupes de diffusion. Par la suite, ce « modèle basé sur la participation » a été abandonné et remplacé par un « modèle basé sur la part d'audience » (en 1997). En vertu de la législation actuellement en vigueur, chaque radiodiffuseur¹⁶⁵ peut avoir à l'échelle nationale le nombre et le type de chaînes télévisées qu'il souhaite, tant qu'il n'occupe pas de ce fait une position dominante sur l'opinion publique (infraction de base, article 26, paragraphe 1 du RStV).

On présume qu'il y a position dominante sur l'opinion publique lorsqu'un radiodiffuseur et ses chaînes totalisent une part d'audience moyenne annuelle de 30 % ou plus (article 26, paragraphe

¹⁶¹ BVerfGE 20, 162 (176), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv020162.html>.

¹⁶² BVerfGE 57, 295 (320) ; BVerfGE 136, 9 (29 et suiv.) avec d'autres réf.

¹⁶³ Voir BVerfGE 57, 295 (323) ; BVerfGE 73, 118 (160), BVerfGE 95, 163 (173), voir également le rapport de la KEK sur les concentrations, 2015, p. 12.

¹⁶⁴ *Staatsvertrag zur Neuordnung des Rundfunkwesens (Rundfunkstaatsvertrag)* (traité inter-Länder sur la révision du système de radiodiffusion) du 1^{er} au 3 avril 1987, http://www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/RStV-00a-1987/text/1987_00.php3.

¹⁶⁵ Il faut une licence pour se livrer à des activités de radiodiffusion privée. L'une des conditions requises pour l'octroi d'une licence de radiodiffusion à l'échelle nationale veut que la personne physique ou morale concernée soit domiciliée ou établie en République fédérale d'Allemagne, dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans un autre Etat signataire de l'accord sur l'Espace économique européen et puisse être assignée au tribunal (article 20a, paragraphe 1, n°5 du RStV).



2, phrase 1 du RStV). En outre, on présume également qu'il y a position dominante sur l'opinion lorsqu'une entreprise atteint une part d'audience d'au moins 25 % et, de plus, détient une position dominante sur un marché connexe pertinent, ou lorsqu'une évaluation globale de ses activités à la télévision et sur les marchés connexes pertinents montre que son impact sur l'opinion équivaut à celui d'une entreprise ayant une part d'audience de 30 % (article 26, paragraphe 2, phrase 2 du RStV).

Pour déterminer la part d'audience, on se base sur l'ensemble de l'offre télévisuelle en Allemagne, c'est-à-dire sur les chaînes publiques et les chaînes privées de portée nationale. Dans le cadre d'un dispositif de bonus, il convient de retirer de la part d'audience établie pour une entreprise deux points de pourcentage pour l'intégration de programmes de décrochage régionaux et trois autres points de pourcentage pour l'aménagement parallèle de temps d'antenne au profit de tiers indépendants. L'obligation d'allouer un temps d'antenne à des tiers indépendants (article 26, paragraphe 5 du RStV) concerne les radiodiffuseurs dont l'une des chaînes généralistes ou thématiques à caractère essentiellement informatif atteint une part d'audience moyenne annuelle de 10 %, ou dont la totalité des chaînes qui lui sont attribuables réalisent une part d'audience de 20 %. L'aménagement de décrochages régionaux est une obligation pour les opérateurs des deux principales chaînes généralistes de portée nationale (article 25, paragraphe 4 RStV).

La compétence en dernier ressort pour l'évaluation des questions liées à la garantie du pluralisme dans le domaine de la télévision nationale privée incombe à la KEK (article 36, paragraphe 4, phrase 1 du RStV). La KEK comprend six experts en droit de la radiodiffusion et droit commercial et six représentants légaux des LMA désignés conformément aux dispositions du droit régional. La KEK examine les éléments pertinents en termes de concentration des médias dans le cadre des procédures d'agrément et de la modification des participations au sein des entreprises. La KEK intervient pour les LMA respectives qui ont reçu une demande de licence ou attribué une licence au radiodiffuseur concerné. Dans les procédures d'approbation de modifications des participations, il peut y avoir plusieurs LMA concernées. L'évaluation de la KEK est contraignante à l'égard des autres instances des LMA compétentes. En outre, la KEK est impliquée dans les processus de sélection et d'agrément des radiodiffuseurs bénéficiant de décrochages régionaux et de temps d'antenne alloué à des tiers.

Le RStV ne comporte aucune disposition visant à garantir le pluralisme dans le domaine de la radio privée, dont la majeure partie n'est pas diffusée à l'échelle nationale. En revanche, la mission de contrôle du pluralisme dans ce domaine est inscrite dans les lois régionales sur les médias, qui adoptent à cet égard des approches réglementaires différentes. Dans certains Länder, les législateurs régionaux se basent sur un modèle de pluralisme externe, selon lequel la radio doit garantir la diversité dans son ensemble. Dans d'autres Länder, ils ont recours à des mesures de pluralisme interne qui obligent le radiodiffuseur à garantir en tant que telle la diversité dans ses programmes en vue de préserver le pluralisme. Par ailleurs, certains Länder combinent ces deux approches.



4.3.2. Droit de la concurrence

La *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (loi sur la libre concurrence - GWB) vise à sauvegarder la concurrence économique tout en empêchant les ententes portant préjudice à la concurrence¹⁶⁶, l'exploitation abusive d'une position dominante¹⁶⁷ et les regroupements d'entreprises contraires à la libre concurrence¹⁶⁸. Les autorités de la concurrence ne sont autorisées, pour des raisons de compétences juridiques, à prendre des mesures fondées sur des dispositions du droit fédéral¹⁶⁹ que lorsqu'elles visent, par nature, à prévenir des abus de position économique dominante. Or, la concurrence entre radiodiffuseurs privés est également de nature économique. Ainsi, la réglementation sectorielle des médias et le droit de la concurrence peuvent parfois se recouper, en particulier en matière de contrôle des concentrations/fusions.

Le contrôle des concentrations dans le cadre du droit de la concurrence (article 35 et suivants de la GWB) n'intervient que pour les projets dont le poids économique dépasse un certain seuil. Les entreprises concernées doivent atteindre un chiffre d'affaires mondial cumulé supérieur à 500 millions d'euros. En Allemagne, le chiffre d'affaires d'au moins une des entreprises doit être supérieur à 25 millions d'euros et une autre doit atteindre au moins 5 millions d'euros de chiffre d'affaires. Pour la publication, la production et la distribution de journaux, de magazines et de leurs composants, le chiffre d'affaires multiplié par huit est pris en compte ; pour la production, la distribution et la réalisation de programmes de radiodiffusion, ainsi que pour la vente de plages publicitaires à la radiodiffusion, le chiffre d'affaires multiplié par vingt est pris en compte (article 38, paragraphe 3 de la GWB).

4.3.3. Rapport entre le droit antitrust et le droit encadrant la concentration des médias

Le contrôle de la concurrence dans le cadre du droit antitrust a parfois pour effet indirect de garantir le pluralisme, néanmoins il ne saurait remplacer un contrôle des concentrations spécifique aux médias. L'objectif de la réglementation antitrust est de maintenir la concurrence économique, non pas de garantir le pluralisme. Cela n'affecte en rien l'obligation faite au législateur, en corollaire de la liberté de la radiodiffusion, de garantir le pluralisme et d'empêcher toute position dominante sur l'opinion publique, même lorsqu'elle n'est pas due à une opération de fusion soumise au contrôle des concentrations ou qu'elle résulte de regroupements échappant à l'application du droit en matière de restrictions à la concurrence. Tel est le cas, notamment, si des entreprises individuelles qui occupent déjà une position dominante dans d'autres domaines des médias fondent une entreprise de radiodiffusion. De même, le cas d'une croissance interne qui, principalement dans la

¹⁶⁶ Interdiction des cartels, article 1 GWB, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (loi sur la libre concurrence) dans la version publiée le 26 juin 2013 (BGBl. I p. 1750, 3245), telle que modifiée par l'article 1 de la loi du 17 février 2016 (BGBl. I p. 203), <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/BJNR252110998.html> et article 101 du TFUE,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

¹⁶⁷ Interdiction des abus, article 19 GWB/article 102 TFUE, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>.

¹⁶⁸ Contrôle des concentrations, articles 35 et suiv. du GWB/Règlement CE sur les concentrations, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=URISERV:l26096>.

¹⁶⁹ Article 74, paragraphe. 1 n° 16 GG, https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_74.html.



presse, a donné lieu à l'émergence d'une position dominante malgré le contrôle des concentrations, ne relève pas du champ d'application du droit antitrust. Néanmoins, lorsqu'une croissance organique entraîne une position dominante sur l'opinion, cette situation est traitée par la réglementation encadrant la concentration des médias (article 26 du RStV)¹⁷⁰.

Par conséquent, le BVerfG considère l'application du contrôle des concentrations prévu par le droit de la concurrence comme un moyen légitime, mais pas suffisant pour garantir le pluralisme de la radiodiffusion et empêcher l'émergence d'une position dominante sur l'opinion dans ce domaine¹⁷¹. Parallèlement au contrôle des concentrations en vertu du droit de la concurrence, il est donc indispensable d'instaurer un droit de garantie du pluralisme spécifique à la radiodiffusion, c'est-à-dire un contrôle de la concentration des médias.

4.3.4. Les autorités de régulation des médias et de contrôle de la concurrence

La radiodiffusion - tant sous sa forme publique que privée - relève de la compétence des Länder en vertu de la GG. L'organisation et le contrôle de la radiodiffusion privée sont régis par les lois régionales sur les médias et leur réglementation en termes de droit des médias - à savoir l'agrément, la surveillance des programmes et le contrôle de la concentration des radiodiffuseurs privés - constitue la mission principale des 14 *Landesmedienanstalten* (offices régionaux des médias - LMA). De nombreuses questions relatives au droit de la radiodiffusion exigent une réglementation à l'échelle nationale, comme, par exemple, l'octroi des licences de radiodiffusion aux opérateurs nationaux, leur surveillance et le contrôle des concentrations. La coordination et l'harmonisation des tâches fondamentales relevant de tous les Länder sont assurées au sein des instances et des commissions communes des LMA. Comme cela a déjà été mentionné, en sa qualité d'organe commun spécialisé des LMA, la KEK est compétente en dernier ressort pour le contrôle de la concentration à l'échelle nationale dans le domaine de la télévision nationale¹⁷². La réglementation de la télévision et de la radio au niveau régional et local est assurée par la LMA localement compétente.

Le contrôle de la conduite des entreprises affectant la concurrence incombe aux autorités de contrôle de la concurrence. Dans les affaires ayant un impact limité à l'échelle régionale, ce sont les autorités régionales de la concurrence qui sont compétentes ; pour les affaires dépassant le cadre régional et le contrôle des concentrations, c'est le *Bundeskartellamt* (Office fédéral allemand de contrôle de la concurrence – BkartA) qui est responsable¹⁷³.

Les autorités de régulation des médias et de contrôle de la concurrence sont indépendantes. Elles ne sont soumises à aucune directive ni à aucune instance administrative supérieure de contrôle interne. Leurs décisions peuvent être contestées devant un tribunal.

¹⁷⁰ Voir également sur ce point le rapport de la KEK sur les concentrations, 2015, p. 14 et suiv.

¹⁷¹ Voir BVerfGE 73, 118 (174).

¹⁷² Voir le point 4.3.1.

¹⁷³ Article 48, paragraphe 2 du GWB. Conformément à l'article 49, paragraphes 3 et 4 du GWB, le *Bundeskartellamt* et les autorités régionales de la concurrence peuvent conclure un accord prévoyant une répartition différente des compétences.



4.4. Décision de la KEK dans l'affaire *Springer/ProSiebenSat.1*

4.4.1. Objet de la décision

La KEK a confirmé en 2006 qu'un projet de reprise du groupe de radiodiffusion privée ProSiebenSat.1 Media AG (ProSiebenSat.1) par la maison d'édition Axel Springer AG (Springer) posait certains problèmes quant à l'émergence d'une position dominante sur l'opinion publique¹⁷⁴. La Commission a fondé sa décision sur le fait que cette reprise impliquait le cumul d'une position forte du groupe ProSiebenSat.1 dans le paysage de la télévision nationale privée et d'une position dominante de Springer dans la presse quotidienne et dans d'autres domaines des médias ; la KEK avait estimé que l'influence correspondante sur l'opinion serait comparable à une part d'audience de plus de 42 % dans la télévision nationale. Les demandeurs avaient refusé les mesures visant à enrayer par d'autres moyens l'émergence d'une position dominante sur l'opinion.

4.4.2. Examen juridique

Cette décision a fait l'objet de plusieurs procédures, la décision finale étant intervenue avec l'arrêt du *Bundesverwaltungsgericht* (cour fédérale administrative - BVerwG) en 2014¹⁷⁵. Les points centraux du litige portaient sur l'interprétation du concept de position dominante sur l'opinion publique (article 26, paragraphe 1 du RStV), l'importance des règles visant à concrétiser ce concept (article 26, paragraphe 2 du RStV) et le système de bonus et la marge d'appréciation de la KEK dans le processus de contrôle des concentrations en vertu du droit des médias. En dernière instance, le BVerwG a déclaré que la décision prise par la KEK n'était pas conforme aux exigences légales et que le refus de la transaction prévue, fondé sur cette décision, était illicite.

Les programmes imputables à ProSiebenSat.1 réalisés sur la période de référence obtenaient une part d'audience de 22,06 %. Ce chiffre est inférieur au seuil de 25 % à partir duquel il convient de prendre en compte les activités relatives aux marchés connexes - en l'occurrence les quotidiens de Springer - dans le cadre des dispositions spécifiques de l'article 26, paragraphe 2, phrases 1 et 2 du RStV. L'hypothèse de l'émergence d'une position dominante sur l'opinion retenue par la KEK s'est donc fondée sur l'état de fait constitutif de l'infraction (article 26, paragraphe 1 RStV) établi à partir d'une analyse globale. La KEK a évalué pour cela les dispositions spécifiques de l'article 26, paragraphe 2, phrases 1 et 2 du RStV (dispositions relatives à la charge de la preuve) et les éléments constitutifs ouverts d'une concrétisation, auxquels venait s'ajouter une valeur de référence législative en ce qui concerne l'application de l'état de fait¹⁷⁶.

En désaccord avec cette analyse, le BVerwG a souligné que l'article 26, paragraphe 2, phrases 1 et 2 du RStV représentait des exemples généraux permettant de retenir l'hypothèse d'une position dominante sur l'opinion. Il précise que ces exemples ne doivent pas être considérés comme

¹⁷⁴ Décision de la KEK du 10 janvier 2006, réf. KEK 293.

¹⁷⁵ BVerwG, arrêt du 29 janvier 2014, dossier 6 C 2.13,

<http://www.bverwg.de/entscheidungen/entscheidung.php?lang=de&ent=290114U6C2.13.0>.

¹⁷⁶ Voir la décision de la KEK dans l'affaire *ProSiebenSat.1/Springer*, réf. KEK 293, III 5.



exhaustifs, de sorte que l'hypothèse d'une position dominante sur l'opinion peut se fonder uniquement sur la clause générale. Or, la valeur de référence également reconnue par le BVerwG pour l'interprétation de la clause générale a toutefois un caractère restrictif : la KEK n'est invitée à fournir une évaluation globale dans le cadre de la clause générale que dans les cas particuliers présentant des spécificités que les exemples généraux codifiés ne permettent pas de traiter correctement. Tant que le seuil visé à l'article 26, paragraphe 2 du RStV n'est pas atteint, on ne doit retenir l'hypothèse d'une position dominante sur l'opinion qu'en présence de motifs impérieux et sur la base d'une évaluation globale. Ces cas particuliers doivent se démarquer des cas normaux par des spécificités individuelles si singulières que l'option d'une suite juridique prévue dans les cas standard doit paraître inappropriée.

En outre, le BVerfG a estimé que dans le cadre de l'évaluation de la situation par rapport aux valeurs limites, le retrait des points de bonus devait se faire en amont. Dans cette affaire, on constate une valeur considérablement inférieure au seuil visé à l'article 26, paragraphe 2 du RStV, y compris dans le cadre de l'examen de la clause générale de l'article 26, paragraphe 1 du RStV. A cet égard, le tribunal savait délibérément que, le cas échéant - lorsque et parce que le seuil de 25 % n'est pas atteint après déduction du bonus - il n'y a pas de prise en compte de la position d'une entreprise sur les marchés connexes liés aux médias, quelle que soit l'importance de son emprise sur l'opinion.

Le tribunal a estimé que la KEK avait outrepassé le pouvoir discrétionnaire dont elle disposait dans l'application de la clause générale. Avant de procéder à un examen plus approfondi, elle aurait dû déduire un bonus de cinq points de pourcentage de la part d'audience effective de 22,06 % réalisée par les programmes de ProSiebenSat.1. Ce faisant, la part d'audience de référence se serait retrouvée si loin au-dessous du seuil de 25 % visé à l'article 26, paragraphe 2 du RStV, qu'il aurait été totalement exclu de retenir l'hypothèse d'une position dominante sur l'opinion. Conformément au droit constitutionnel, le législateur s'est contenté d'envisager uniquement le risque d'un renforcement d'une position dominante existante sur l'opinion à la télévision par le biais des activités du radiodiffuseur sur les marchés connexes. Plus l'écart en-deçà du seuil visé à l'article 26, paragraphe 2 du RStV est grand, plus l'évaluation de la conformité s'écarte des valeurs législatives justifiant un contrôle de la concentration des médias d'ordre général et non pas spécifique à la télévision. Avec une part d'audience de 20 %, la position sur le marché de la télévision est généralement tellement négligeable que même en tenant compte des activités sur d'autres marchés pertinents, on ne saurait retenir l'hypothèse d'une position dominante sur l'opinion.

4.4.3. Les effets de la jurisprudence

La jurisprudence du BVerwG a eu des répercussions importantes sur la pratique de la KEK. A présent que l'application des éléments constitutifs d'une infraction est limitée aux cas atypiques, non couverts par les exemples généraux, leur domaine d'application est pratiquement réduit à néant. Les exemples généraux, dont la portée est large, couvrent d'ores et déjà toutes les activités menées sur les marchés pertinents connexes et les positions dominantes occupées sur ces marchés. Le BVerwG relève, à juste titre, qu'en optant pour une approche de contrôle des concentrations axée sur la télévision, le législateur n'a pas instauré de contrôle généralisé de la concentration sur les marchés des médias. Néanmoins, le contrôle de la concentration ne se limite pas au seul domaine de la télévision, mais intègre également des situations de propriété croisée des médias. En outre, le tribunal a lui-même reconnu qu'il était possible de voir des configurations où, même lorsque le seuil visé à l'article 26, paragraphe 2, phrase 2 du RStV n'est pas atteint, une position dominante sur l'opinion peut émerger.



Dans ce contexte, le fait d'établir une valeur seuil absolue à partir de laquelle il est tout à fait impossible de voir apparaître une position dominante sur l'opinion semble quelque peu problématique au vu de l'exigence constitutionnelle de garantir le pluralisme. Parallèlement, une déduction en amont des points de bonus aboutit *de facto* à vider de tout contenu le champ d'application de l'article 26, paragraphe 2, phrase 2 du RStV. Pour pouvoir dépasser le seuil de 25 % avec des points bonus, une entreprise doit avoir une part d'audience d'au moins 30 %. Or, c'est précisément à partir de ce taux d'audience que l'on présume une position dominante sur l'opinion, conformément à l'article 26, paragraphe 2, phrase 1 du RStV¹⁷⁷. L'énoncé ne mentionne pas la déduction de points de bonus. De même, les autres activités sur les marchés connexes pertinents ne sont pas évoquées. En même temps, les entreprises ayant une part d'audience juste en-deçà de la limite des 30 % avec un pouvoir de marché aussi élevé qu'elles le souhaitent sur un marché connexe échappent, après déduction en amont du bonus, à l'examen juridique de la situation de concentration.

Sur le marché de la télévision allemande, seuls les groupes RTL Group et ProSiebenSat.1 atteignent jusqu'à présent une part d'audience de 20 % ou plus. Les chaînes de télévision des deux groupes étant légalement tenues d'une part, d'aménager des décrochages régionaux et d'autre part, d'allouer des temps d'antenne à des tiers, elles profitent donc automatiquement des points de bonus. Il s'ensuit que toutes les fusions croisées des médias échappent actuellement au contrôle juridique de la concentration des médias¹⁷⁸.

4.5. Projets de réforme

Au vu de l'évolution incertaine des modes de consommation des médias, de l'importance croissante des services de médias en ligne, et de la question des rapports entre l'utilisation linéaire et non linéaire d'images animées, un débat est actuellement en cours entre le législateur et la KEK pour déterminer s'il est nécessaire de réviser la loi sur la concentration des médias et, si oui, de quelle façon. Il existe essentiellement deux options pour une nouvelle réglementation juridique de la concentration dans les médias :

- D'une part, l'approche actuelle axée sur la télévision peut être élargie en faveur d'un modèle englobant la totalité du marché. Cela induirait un contrôle global de la concentration des médias, dans le cadre duquel l'examen juridique du niveau de concentration se ferait en fonction de la position d'un opérateur sur l'ensemble du marché de l'opinion. Avec cette approche, la difficulté consiste à déterminer quels cas relèvent de cette réglementation élargie et quelles sont les configurations qui pourraient ne pas y être assujetties. En outre, cela pose des problèmes au niveau de la définition et de la conception des secteurs pertinents des médias dans l'ensemble du marché de l'opinion. Il faudrait pour cela mettre au point un système de mesure et d'évaluation universel.

¹⁷⁷ Voir à ce sujet le point 4.3.1.

¹⁷⁸ Concernant la décision mentionnée et ses répercussions, voir le 17^e rapport annuel de la KEK, p. 137 et suiv. (prise de position de la KEK) et 143 et suiv. (commentaires sur la décision).



- Plus modérée, l'approche basée sur la télévision se réfère au paysage télévisuel national pour évaluer le niveau de concentration dans les médias, mais tient également compte des activités menées sur d'autres marchés pertinents pour le processus de formation de l'opinion publique. Une position dont l'emprise sur l'opinion se révèle critique peut être détenue soit uniquement par le biais des programmes de télévision à l'échelle nationale soit, en cas de fusions croisées entre médias, par le biais de l'ensemble des activités relevant des marchés de la télévision et autres médias (marchés horizontaux). L'activité sur les marchés situés en amont ou en aval (marchés verticaux) doit permettre de confirmer ou d'infirmier l'hypothèse qui se dessine. Cette approche s'appuie sur le rôle persistant de la télévision comme média de référence. En même temps, on peut également reprendre les règles établies en matière de contrôle des concentrations dans d'autres domaines des médias - notamment la presse.

La KEK estime qu'à l'avenir, la télévision linéaire et les offres professionnelles de vidéo non linéaires pertinentes en matière d'opinion devront être traitées de la même façon. Selon les critères pertinents établis par le droit constitutionnel, à savoir l'actualité, la force suggestive et l'impact de masse, les services de ce type ont sur l'opinion un effet comparable à celui de la télévision linéaire¹⁷⁹.

4.6. Autres facteurs pertinents pour les médias

4.6.1. Intermédiaires

En règle générale, les intermédiaires¹⁸⁰ n'assurent pas eux-mêmes de tâches éditoriales et jouent un rôle de médiateur entre les différents services de médias et les utilisateurs. Sont considérés comme intermédiaires, par exemple, les fournisseurs de moteurs de recherche ou de réseaux sociaux et les agrégateurs d'informations. Bien qu'il soit difficile de déterminer l'impact spécifique des intermédiaires sur l'opinion publique, la KEK considère qu'ils jouent un rôle central dans l'accessibilité des produits médiatiques. Les intermédiaires ont donc le potentiel d'orienter le processus de formation de l'opinion et, partant, sont concernés par le droit encadrant la concentration des médias.

4.6.2. Agences médias

Pour définir la répartition de leurs budgets publicitaires et le placement de publicités dans les médias, les annonceurs publicitaires ont recours aux services des agences médias. Dans un contexte où quelques agences médias centralisent à elles seules de gros volumes d'achat, on est en présence

¹⁷⁹ Voir la prise de position de la KEK pour une garantie pérenne du pluralisme, 17^e rapport annuel de la KEK, p. 136 et suiv.

¹⁸⁰ Voir à ce sujet le point 4.2.2.



d'un risque accru de prise d'influence éditoriale. Une influence croissante sur la répartition des budgets publicitaires peut s'accompagner de pressions renforcées sur les radiodiffuseurs pour qu'ils intègrent dans la programmation les objectifs économiques des annonceurs et, par exemple, les amener à éviter la diffusion de reportages critiques à l'égard de ces derniers ou interdire le traitement de sujets qui leur déplaisent. La position de force des agences médias peut induire une situation de dépendance pour certains radiodiffuseurs. C'est pourquoi, d'une façon générale, il est pertinent d'observer également les agences médias du point de vue du droit de la concentration des médias¹⁸¹. Dans son rapport final, la *Bund-Länder-Kommission* (commission gouvernement fédéral-Länder - BLK) note qu'il est tout à fait indiqué d'envisager des règles imposant aux agences médias des obligations de transparence et que par ailleurs, un contrôle antitrust des agences médias est nécessaire¹⁸².

4.7. Restrictions des participations dans le secteur des médias

En principe, il n'existe aucune restriction concernant la participation au sein des entreprises de radiodiffusion, à deux exceptions près : une participation ne doit jamais donner lieu à une position dominante sur l'opinion et il convient de respecter le principe d'indépendance vis-à-vis de l'Etat¹⁸³. Cette dernière exigence vise à empêcher toute ingérence de l'Etat dans la radiodiffusion en raison du risque d'instrumentalisation politique. Dans ce contexte, il est interdit à l'Etat de détenir un organe de radiodiffusion ou d'avoir la possibilité d'exercer, ne serait-ce qu'indirectement, une influence sur la programmation¹⁸⁴. A ce jour, le BVerfG n'a pas encore statué sur ce que cela implique au niveau des participations directes ou indirectes de l'Etat au sein des radiodiffuseurs. En raison du rôle et de la fonction des partis politiques dans la structure constitutionnelle, le BVerfG considère néanmoins qu'il est nécessaire d'appliquer également aux partis politiques le principe d'indépendance de la radiodiffusion vis-à-vis de l'Etat¹⁸⁵.

¹⁸¹ Rapport de la KEK sur les concentrations, 2015, p. 475 et suiv., voir note de bas de page 16.

¹⁸² Bericht der Bund-Länder-Kommission zur Medienkonzentration, juin 2016,

<https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Anlagen/BKM/2016/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk.pdf?blob=publicationFile&v=3>.

¹⁸³ Voir le rapport de la KEK sur les concentrations, 2010, p. 24 et suiv.,

<http://www.kek-online.de/information/publikationen/medienkonzentrationsberichte/vierter-konzentrationsbericht-2010.html>.

¹⁸⁴ Voir BVerfGE 12, 205 (263), BVerfGE 83, 238 (322 et suiv.), BVerfGE 90, 60 (88). Concernant la restriction de l'influence des membres du gouvernement ou proches du gouvernement dans les instances de surveillance des organismes de radiodiffusion publics, voir BVerfGE 136, 9 (37 et suiv.).

¹⁸⁵ Voir BVerfGE 121, 30 (53 et suiv.), <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv121030.html>.





5. La concentration des médias au Royaume-Uni

Lorna Woods, Université d'Essex¹⁸⁶

5.1. Le contexte constitutionnel

Le Royaume-Uni ne dispose pas de constitution écrite formelle qui énoncent les garanties en matière de liberté d'expression ou de liberté des médias. La loi relative aux droits de l'homme (ci-après la « LDH »)¹⁸⁷ intègre la Convention européenne des droits de l'homme en droit interne, y compris la jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention. L'article 12 de la LDH prévoit une disposition particulière pour les voies de recours en matière de liberté d'expression. Bien que le texte mentionne « tout code pertinent en matière de vie privée », ce qui englobe les codes d'organes d'autorégulation comme l'*Independent Press Standard Organisation* (IPSO), il ne comporte aucune disposition particulière applicable aux médias. Le cadre réglementaire qui découle des droits de l'homme ne comporte donc aucune contrainte particulière pour les médias. La loi de 1972¹⁸⁸ relative aux communautés européennes donne effet au droit communautaire au Royaume-Uni.

5.2. Les marchés convergents des médias audiovisuels

La législation qui définit le cadre réglementaire (y compris les restrictions en matière de propriété), traite la radiodiffusion, la presse et les télécommunications comme des activités distinctes aux fins de la loi. Le texte établit une distinction entre les différents types de radiodiffusion afin de définir les obligations imposées aux opérateurs au titre de leur régime de licence. Il existe en pratique une distinction entre la radiodiffusion terrestre¹⁸⁹ et les systèmes par satellite et par câble ; les « services de contenus télévisuels soumis à licence » sont définis de manière distincte¹⁹⁰. Tous ces types de

¹⁸⁶ L'auteure est professeure à la faculté de droit et directeur du programme LLM en technologies de l'information, médias et commerce électronique ainsi que membre du centre des droits de l'homme à l'Université d'Essex.

¹⁸⁷ Loi relative aux droits de l'homme de 1998, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>.

¹⁸⁸ Loi relative aux communautés européennes de 1972, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/contents>.

¹⁸⁹ Article 362 de la loi relative aux communications de 2003 ; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/contents>.

¹⁹⁰ Article 232 de la loi relative aux communications de 2003.



radiodiffusion relèvent de la définition des « services de programmes de télévision ». Un certain nombre de dispositions ont également été mises en place afin de créer des licences télévisuelles locales : les services locaux de programmes télévisuels numériques (L-DTPS – *local digital television programme services*). Les « services de multiplex de télévision » sont définis séparément¹⁹¹ et cette définition exclut la radiodiffusion par satellite. Une dernière distinction découle de la mise en place des services de vidéo à la demande (VoD), également connus sous le nom de « services de programmes à la demande » (*on-demand programme services* - ODPS)¹⁹², qui ont suivi l'extension de la réglementation de l'Union européenne. Il convient toutefois de préciser que le régime d'octroi de licence peut comporter un certain nombre de restrictions en matière de propriété. Bien que la loi relative aux communications s'applique également aux réseaux de communications électroniques, la structure du texte distingue les dispositions relatives au contenu et les dispositions relatives aux communications ; en l'espèce, en dehors de la législation relative à la concurrence, aucune restriction en matière de propriété n'est prévue.

La pratique décisionnelle en matière de concurrence révèle l'existence de sous-marchés au sein des différents segments des médias. Par exemple, l'Autorité de la concurrence et des marchés (*Competition and Markets Authority* – CMA) s'est récemment prononcée sur l'acquisition du groupe Financial Times, qui a eu lieu sur le marché des quotidiens de qualité¹⁹³. Pour ce qui est de la radiodiffusion, la plupart des décisions relatives aux fusions concernent les stations de radio. Dans ce secteur, la CMA fait une distinction entre les radiodiffuseurs commerciaux et les radiodiffuseurs non commerciaux, y compris lorsqu'il s'agit de radiodiffuseurs gratuits. Le marché des radiodiffuseurs commerciaux présente deux aspects : d'une part, les annonceurs et, d'autre part, les téléspectateurs et auditeurs. La CMA a souligné à propos de ces derniers les contraintes imposées par la réglementation et la présence de la *BBC* sur le marché de la radio locale¹⁹⁴. Dans l'affaire *Global/GMG*, la Commission de la concurrence (CC) avait classé le marché de la publicité radiophonique dans une catégorie à part, distincte du marché publicitaire des autres médias, comme la presse, la télévision et internet, malgré la place croissante de ce dernier média. En revanche, pour ce qui est des fournisseurs de services par câble et par satellite, les autorités réglementaires ont reconnu l'impact des services *triple play* (téléphonie fixe, télévision et internet à haut débit) dans plusieurs des décisions qu'elles ont prises en matière de concurrence. La question des services *triple play* avait été soulevée à l'occasion des fusions entre *BSkyB/Easynet* et *ntl/Telewest*, mais cette stratégie était encore trop précoce pour être correctement évaluée¹⁹⁵. De même, les services *quadruple play*, pourtant à l'esprit des parties à l'accord, n'ont pas véritablement influencé la décision du régulateur dans la fusion *BT/EE* (voir ci-dessous).

¹⁹¹ Article 241 de la loi relative aux communications.

¹⁹² Article 368A de la loi relative aux communications de 2003 (inséré par *SI 2009/2979*).

¹⁹³ Acquisition par Nikkei du groupe Financial Times (ME6565/15), Autorité de la concurrence et des marchés, 15 octobre 2015, disponible sur : https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5649bd8b40f0b674d3000030/Full_text_decision.pdf.

¹⁹⁴ Rapport sur la finalisation de l'acquisition par Global Radio Holdings Limited de GMG Radio Holdings Limited, Commission de la concurrence, 21 mai 2013 ; ME/6158/13 : acquisition anticipée par Bauer Radio Limited de TIML Golden Square Limited (Absolute Radio), Décision de l'OFT, 20 décembre 2013 ; CMA ME/6546/15 : acquisition anticipée par Global Radio Holdings Limited de Juice Holdco Limited, 22 octobre 2015, disponible sur : <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/>.

¹⁹⁵ OFT, Fusion anticipée de NTL Incorporated et Telewest Global Inc, décision du 30 décembre 2005 (publiée le 10 janvier 2006), paragraphe 17 ; OFT, Acquisition anticipée par *BSkyB Broadband Services Limited* de *Easynet group plc*, décision du 30 décembre 2005 (publiée le 13 janvier 2006),.



Bien qu'il y ait moins de cas de fusions de médias ou même de créations d'entreprises communes et que les plaintes en cours portent principalement sur l'abus d'une position dominante par rapport à certains contenus premium¹⁹⁶, l'Ofcom, le régulateur des médias, a dans le cadre de ses enquêtes sur le marché, ainsi qu'en matière de pratiques anticoncurrentielles, distingué différents types de contenus audiovisuels, tant au niveau du commerce de gros que du commerce de détail. Dans le cadre de son enquête sur la télévision à péage, l'Ofcom a ainsi conclu qu'il convenait de distinguer les chaînes de cinéma premium et les chaînes sportives premium des autres marchés de contenus¹⁹⁷. Alors qu'il a fait usage de ses compétences sectorielles pour répondre aux préoccupations relatives aux droits sportifs, l'Ofcom a estimé que le secteur cinématographique, qui impliquait en l'espèce les services de VoD, ne relevait pas suffisamment de ses compétences. De ce fait, pour ce qui est des contenus premium, l'Ofcom a fait usage de ses prérogatives en matière de concurrence et a renvoyé la question à la Commission de la concurrence¹⁹⁸. Il convient de noter à cet égard que la Commission de la concurrence avait initialement estimé, dans ses premières conclusions provisoires d'août 2011, que la concurrence en matière de fourniture de « contenus cinématographiques premium » par la télévision à péage aux consommateurs britanniques était insuffisante et qu'il convenait de remédier à cette situation. Elle avait ensuite changé d'avis en raison de l'augmentation du taux de pénétration du haut débit et de la présence croissante de *Netflix/Love Film* comme fournisseur d'œuvres cinématographiques. L'Ofcom avait quant à lui imposé une obligation d'offre de gros (*wholesale must-offer* – WMO) pour les droits sportifs, en vertu de l'article 316 de la loi relative aux communications, que *Sky* avait contestée avec succès. A l'issue d'une nouvelle consultation sur ce point en 2014, l'Ofcom a supprimé cette obligation en raison de l'évolution du marché, à la fois parce que les moyens de diffusion des contenus d'actualité s'étaient développés et parce que les contenus sportifs étaient devenus plus immédiatement disponibles qu'à l'époque de sa première enquête¹⁹⁹. *BT* conteste à présent cette décision, en soutenant notamment que l'Ofcom aurait dû viser les chaînes sportives ordinaires et non les chaînes sportives premium²⁰⁰.

5.3. La législation visant à prévenir la concentration des médias

La loi relative aux communications de 2003 impose à l'Ofcom de renforcer les intérêts des consommateurs sur les marchés pertinents, au besoin en favorisant la concurrence²⁰¹. Dans l'exercice de ses fonctions, l'Ofcom est tenu de veiller au respect d'une série d'objectifs, parmi

¹⁹⁶ Droits de retransmission des matchs de la Premier League – Plainte de Virgin Media (pendante) ; Approvisionnement de gros des contenus de Sky Sports - Plainte de BT, affaire close le 16 fév. 2016 (solution envisagée par le plaignant et accepté par Sky).

¹⁹⁷ Ofcom, Déclaration relative à l'enquête sur la télévision à péage, 31 mars 2010,

http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/third_paytv/statement/paytv_statement.pdf.

¹⁹⁸ Référence au 4 août 2010,

http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/inquiry/ref2010/movies_on_pay_tv/pdf/terms_of_ref.pdf.

¹⁹⁹ Déclaration de l'Ofcom relative à la révision de la WMO, 15 novembre 2015,

http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/wholesale-must-offer/statement/review_of_wmo_sStatement.pdf.

²⁰⁰ *Bt c. Ofcom*, résumé du recours, http://www.catribunal.org.uk/files/1246_BT_WMO_Summary_210116.pdf.

²⁰¹ Article 3(1)(b) de la loi relative aux communications de 2003.



lesquels figurent la mise à disposition d'un large éventail de contenus télévisuels conçus pour satisfaire une palette de goûts et de centres d'intérêt variés, ainsi que la garantie d'une « pluralité suffisante » de fournisseurs de contenus²⁰². Compte tenu de ces obligations, l'Ofcom a régulièrement réexaminé la question de la propriété des médias en signalant au ministre compétent les modifications qui s'imposaient²⁰³.

5.3.1. Les enquêtes récemment menées par l'Ofcom

Dans le cadre de son examen du pluralisme des médias au sujet du projet de fusion entre *NewsCorp* et *BSkyB*, l'Ofcom avait été invité à donner son avis sur la façon d'évaluer le pluralisme des médias et avait ainsi commencé par établir en 2012 un cadre visant à mesurer le pluralisme des médias. L'Ofcom définissait dans le préambule de son rapport le pluralisme comme : « (i) le fait de veiller à la diversité des points de vue proposés par les différentes entreprises de médias et au sein de chacune d'entre elles ; et (ii) le fait d'empêcher qu'un propriétaire de médias ou un discours n'ait une influence excessive sur l'opinion publique et l'agenda politique ». Il avait en outre estimé que les programmes d'informations et d'actualités devaient être pris en compte dans l'appréciation de ce pluralisme²⁰⁴.

A l'issue d'une série de consultations et d'examens, y compris le rapport Leveson, l'Ofcom a formulé un nouvel avis au Gouvernement britannique au sujet d'un cadre visant à évaluer le pluralisme des médias²⁰⁵. L'approche retenue par l'Ofcom reste la même qu'en 2012, à savoir le recours à un ensemble d'indicateurs permettant de mesurer le pluralisme des médias, en prenant en compte toutes les formes de médias, c'est-à-dire la presse écrite, la radio, la télévision et l'environnement en ligne (marchés de gros et de détail). Cet ensemble d'indicateurs comporte des indicateurs quantitatifs, des indicateurs de concentration croisée des médias et des indicateurs contextuels. Les indicateurs de consommation des médias représentent le « point de départ » de toute évaluation du pluralisme, même si celle-ci prend également en compte la portée et la disponibilité des médias²⁰⁶. Le nouveau cadre établi par l'Ofcom précise davantage comment celui-ci conçoit l'indicateur « d'importance individuelle ». Le sentiment de confiance des consommateurs à l'égard de l'impartialité et de la fiabilité des informations qui leur sont proposées, ainsi que la mesure dans laquelle ces sources d'information leur permettent de se forger une opinion, sont particulièrement importants pour en évaluer l'impact. L'Ofcom a par ailleurs supprimé l'indice Herfindahl-Hirschman, qui était auparavant utilisé pour mesurer la concentration du marché sur le plan de la consommation. L'une des principales caractéristiques du cadre de l'Ofcom est la

²⁰² Article 3(2) (c) et (d) de la loi relative aux communications de 2003.

²⁰³ Article 391 de la loi relative aux communications de 2003.

²⁰⁴ Ofcom, Déclaration relative à la méthode de mesure du pluralisme des médias, 19 juin 2012, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/measuring-plurality/statement/statement.pdf>.

²⁰⁵ Ofcom, Déclaration relative à la méthode de mesure du pluralisme des médias, 5 novembre 2015, [http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/media-plurality-framework/statement/Measurement framework for media plurality Statement.pdf?utm_source=updates&utm_medium=email&utm_campaign=Measurement-framework-for-media-plurality&utm_term=media%20plurality%20broadcasting%20UK%20DCMS](http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/media-plurality-framework/statement/Measurement%20framework%20for%20media%20plurality%20Statement.pdf?utm_source=updates&utm_medium=email&utm_campaign=Measurement-framework-for-media-plurality&utm_term=media%20plurality%20broadcasting%20UK%20DCMS).

²⁰⁶ Déclaration de 2015, paragraphe 1.18.



distinction qu'il établit entre les fournisseurs d'informations de gros et de détail, afin de déterminer l'identité des fournisseurs de contenus tiers. L'Ofcom met par ailleurs l'accent sur le rôle joué par les intermédiaires numériques, même si la méthode de cette évaluation reste encore à préciser.

En 2015, l'Ofcom a également procédé à un examen du secteur de la production en raison des changements intervenus dans ce secteur, et notamment de l'acquisition de certains des plus grands producteurs britanniques par des sociétés de médias internationales. Sept des dix principaux producteurs britanniques sont en effet détenus par de grandes sociétés de médias étrangères. Il n'existe aucune restriction au fait que les entreprises de médias puissent être détenues par des sociétés étrangères. L'Ofcom a conclu qu'en dépit de cette concentration, la diversité des entreprises perdure, notamment en raison de l'arrivée d'un grand nombre de nouvelles sociétés sur le marché, favorisée par l'obligation faite aux radiodiffuseurs de service public de commander 25 % au moins de leurs programmes, à l'exception des actualités, à des « producteurs indépendants ».

Pour ce qui est des réseaux de communication, bien que l'Ofcom soit habilité à en définir les conditions d'accès, il n'existe aucune disposition spécifique en matière de concentration de la propriété. En vertu de l'article 316 de la loi relative aux communications, l'Ofcom peut en revanche assortir ses licences de radiodiffusion d'une obligation visant à garantir une concurrence équitable et effective. Il peut en outre exercer ses compétences conformément aux lois relatives à la radiodiffusion de 1990 et 1996, ce qui lui permet d'agir pour faire respecter la concurrence. Dans ce cas, il revient à l'Ofcom de déterminer s'il est préférable pour lui d'exercer les compétences que lui confère la loi relative à la concurrence²⁰⁷. Celles-ci concernent davantage le comportement des sociétés du secteur que leur concentration et associent les prérogatives dévolues à l'Ofcom pour identifier tout comportement illégal, anticoncurrentiel ou préjudiciable à l'intérêt des consommateurs et prendre les mesures qui s'imposent pour y remédier.

5.3.2. Les fusions et acquisitions

La concentration des intérêts des médias était autrefois régie par un très grand nombre de dispositions. Bien qu'elles aient été considérablement réduites (en particulier les restrictions imposées aux médias locaux du fait de la concurrence avec internet), certaines dispositions relatives à la propriété croisée des médias subsistent. Aucune personne physique ou morale ne peut faire l'acquisition d'une licence d'exploitation de *Channel 3* (ITV, etc.) dès lors qu'elle exploite un ou plusieurs quotidiens nationaux dont la part de marché cumulée représente ou dépasse 20 % ; de même, le titulaire d'une licence d'exploitation de *Channel 3*²⁰⁸ n'est pas autorisé à participer à hauteur de 20 % ou plus au capital d'une société qui exploite un ou plusieurs quotidiens nationaux dont la part de marché cumulée est égale ou supérieure à 20 %²⁰⁹. Les dispositions relatives à la propriété des médias qui sont énoncées par la loi relative aux communications ne prévoient aucune restriction en matière de propriété de plateformes de télévision, lesquelles relèvent par conséquent

²⁰⁷ Article 317 de la loi relative à la concurrence de 1998, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/41/contents>.

²⁰⁸ Channel 3 est l'une des fréquences numériques terrestres ; la couverture géographique est répartie par régions. Les licences de Channel 3 ont été initialement accordées au titre de la loi relative à la radiodiffusion de 1990, partie 1, mais sont désormais traitées par l'article 214 et suivants de la loi relative aux communications de 2003.

²⁰⁹ Loi relative aux communications de 2003, article 14, alinéa 1.



du droit de la concurrence. La loi relative aux communications énonce également les principes que le fournisseur d'actualités de *Channel 3* est tenu de respecter. Le secrétaire d'Etat est habilité à instaurer un régime similaire pour *Channel 5* s'il estime que la part d'audience de *Channel 5* est globalement équivalente à celle des services de *Channel 3*, mais cela ne s'est pas encore produit, dans la mesure où le taux d'audience de *Channel 5* est bien plus modeste que celui de *Channel 3*. En vertu de l'article 391 de la loi relative aux communications, l'Ofcom doit procéder à la révision de ces dispositions au moins tous les trois ans. En 2012, il n'avait préconisé aucune modification. La révision la plus récente remonte à novembre 2015 et, malgré l'évolution des modes de consommation, l'Ofcom a conclu que ces dispositions satisfaisaient toujours à leur objectif et qu'il convenait de les maintenir.

La loi relative aux communications a apporté des modifications à la loi relative aux entreprises de 2002²¹⁰ (modifiée plus récemment par la loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire de 2013²¹¹) afin d'y insérer des dispositions spécifiquement applicables aux fusions de médias relatives à la presse et à la radiodiffusion. Le texte définit le rôle de l'Ofcom, ainsi que celui de l'Autorité de la concurrence et des marchés (CMA), qui remplace désormais la Direction générale de la concurrence (*Office of Fair Trading – OFT*) et la Commission de la concurrence, toutes deux supprimées en même temps.

En règle générale, les fusions de médias peuvent faire l'objet d'un examen au titre de la loi relative aux entreprises de 2002 (ci-après « la loi relative aux entreprises ») dès lors que deux entreprises ou plus « cessent d'être distinctes » et qu'elles satisfont à un critère de part de marché ou de chiffre d'affaires. Les entreprises communes peuvent également en faire l'objet. En vertu de la loi relative aux entreprises, telle que modifiée par la loi relative aux communications, l'OFT devait procéder à un premier examen afin d'apprécier l'opportunité de saisir ou non la Commission de la concurrence pour qu'elle mène une enquête approfondie sur la fusion. Depuis l'entrée en vigueur de la loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire, la CMA procède aussi bien à l'examen de la fusion prévu en phase 1 qu'à l'enquête plus détaillée prévue en phase 2, avant de rendre sa décision sur la fusion en question. L'Ofcom peut signaler des fusions réalisées ou projetées à l'Autorité des marchés et de la concurrence pour qu'elle examine si la fusion en question est susceptible d'entraver de manière substantielle la concurrence sur le marché pertinent²¹². Le signalement des fusions de médias n'est pas obligatoire²¹³.

Tout comme pour l'examen de la concurrence en matière de fusion de médias, la loi relative aux entreprises prévoit l'application d'un critère d'intérêt général pour l'appréciation de ces fusions. Elle définit une « entreprise de médias » comme une entreprise « dont l'activité principale est ou implique la radiodiffusion »²¹⁴. Ces dispositions semblent toutefois s'appliquer uniquement à un groupe restreint de sociétés de médias, à savoir la presse et la radiodiffusion traditionnelle. Elles ne semblent pas viser les services de programmes à la demande (ODPS), ni les sociétés qui assurent la transmission des contenus ou qui font office de passerelles. La loi relative aux entreprises prévoit néanmoins la possibilité d'une intervention du secrétaire d'Etat aux Affaires, à l'Innovation et aux

²¹⁰ Loi relative aux entreprises de 2002, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>.

²¹¹ Loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire de 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/24/contents/enacted>.

²¹² Articles 22 et 33 de la loi relative aux entreprises de 2002.

²¹³ Voir, par exemple, CMA, Acquisition anticipée par Nikkei Inc. du groupe Financial Times, ME/6565/15.

²¹⁴ Article 58A(1) de la loi relative aux entreprises de 2002 (telle que modifiée) ; l'article 44(9) précise la définition retenue pour le terme « radiodiffusion ».



Compétences en fonction de considérations d'intérêt général précises : l'obligation d'exactitude des articles et reportages, la liberté d'expression et la pluralité d'opinion dans chaque marché. Selon les lignes directrices du ministère du Commerce et de l'Industrie, seuls les cas de figure pour lesquels les dispositions en matière de propriété des médias ont été abrogées par la loi relative aux communications de 2003 pourraient normalement faire l'objet d'une intervention²¹⁵. Le secrétaire d'Etat peut demander à l'Ofcom de lui signaler les éléments préoccupants au regard de l'intérêt général. Deux critères d'intérêt général sont pris en compte pour les fusions de médias : un critère applicable à la fusion de sociétés de la presse écrite et un critère applicable à la fusion d'entreprises de radiodiffusion ou à la fusion croisée d'une entreprise de radiodiffusion et d'une société de la presse écrite. Ces prérogatives ont été utilisées pour la première fois au sujet de la fusion entre *BSkyB* et *ITV*. Le secrétaire d'Etat a par la suite publié deux autres avis d'intervention en vue de préserver l'intérêt général dans les médias, à l'occasion de la fusion de *News Corporation et BSkyB* et de celle de *Global et GMG Radio*.

5.3.3. L'approche retenue en cas de conflit de compétences

L'Ofcom et la CMA disposent d'une compétence concurrente pour l'application de la loi relative à la concurrence et des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)²¹⁶. L'Ofcom dispose en outre d'un pouvoir d'enquête pour les questions de communications²¹⁷. Avant la promulgation de la loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire, la *National Audit Office* et l'OFT avaient reproché aux autorités de régulation du secteur de n'avoir pas fait usage des compétences *ex ante* dont elles disposent, sans toutefois expressément viser l'Ofcom. Or, l'existence de ce contrôle *ex ante* théorique avait conduit à négliger l'adoption de dispositions essentielles et efficaces en matière de concurrence dans les secteurs réglementés, au profit d'une réglementation complémentaire et inutile ; qui plus est, cette situation avait également retardé le développement de marchés concurrentiels « classiques » dans ces mêmes secteurs. L'adoption de la loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire visait précisément à remédier à ce problème et pourrait conduire à un rééquilibrage entre l'exercice des compétences réglementaires *ex ante* et celui des compétences en matière de concurrence²¹⁸.

En vertu de la loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire, les autorités de régulation du secteur ont l'obligation de faire primer le droit de la concurrence sur leurs compétences réglementaires et de contrôler le respect des licences lorsque cette méthode leur est plus utile. En outre, la CMA peut procéder elle-même à l'enquête sur le plan du droit de la concurrence. A la suite de l'adoption de la loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire, l'article 4(2) du Règlement d'application de 2014 (conflit de compétences) de la loi relative à la concurrence de 1998²¹⁹ énonce les mesures à prendre avant qu'un organisme compétent n'exerce

²¹⁵ DTI, loi relative aux entreprises de 2002 : Public Interest Intervention in Media Mergers- Guidance on the Operation of the Public Interest Merger Provisions relating to Newspaper and Other Media Mergers (uniquement en anglais), mai 2004, <http://www.bis.gov.uk/files/file14331.pdf>, page 37.

²¹⁶ Article 371 de la loi relative aux communications de 2003.

²¹⁷ Article 370 de la loi relative aux communications de 2003.

²¹⁸ Voir les articles 51 à 53 de la loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire.

²¹⁹ SI 2014/536.



ses fonctions en matière de concurrence (telles que les définit l'article 2) dans un cas pratique donné et précise en particulier que tous les organismes compétents doivent s'accorder pour déterminer lequel d'entre eux exercera les fonctions prescrites dans le cas en question. La CMA a publié des lignes directrices sur les conflits de compétences²²⁰. La CMA et l'Ofcom sont tous deux membres du Réseau britannique de la concurrence, créé dans le cadre de la loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire, qui vise à assurer la collaboration efficace des diverses autorités de régulation du secteur avec la CMA²²¹. L'Ofcom et la CMA ont par ailleurs conclu un mémorandum d'accord sur l'exercice des compétences concurrentes et l'attribution des cas pratiques²²².

5.3.4. Les organes de régulation et de contrôle

L'Ofcom et la CMA sont les principaux organes compétents en matière de régulation et de contrôle. L'Ofcom, institué en qualité de personne morale par la loi relative à l'Office des communications de 2002, est le régulateur britannique des communications et exerce également ses compétences dans le domaine des postes et des communications électroniques. Il exerce ses activités au titre de plusieurs lois, dont la plus pertinente est la loi relative aux communications de 2003. Bien qu'il s'agisse d'un organe indépendant, il est toutefois tenu de rendre compte de l'exercice de ses fonctions devant le Parlement britannique. Outre ses pouvoirs en matière de réglementation du secteur, l'Ofcom dispose de compétences en matière de concurrence, qu'il exerce parallèlement à celles de la CMA.

La structure de l'Ofcom s'apparente à celle d'une personne morale ; son principal organe décisionnel, c'est-à-dire son conseil d'administration, fixe l'orientation stratégique de l'organisation. Il se compose d'un président non exécutif, d'administrateurs exécutifs (parmi lesquels figure son directeur général) et d'administrateurs non exécutifs. Les administrateurs exécutifs dirigent l'organisation et rendent compte au Conseil d'administration. L'Ofcom dispose par ailleurs d'un certain nombre de conseils et comités consultatifs, ainsi que d'agents à temps plein.

La CMA a succédé à la Commission de la concurrence et à la Direction générale de la concurrence (*Office of Fair Trading* – OFT). Créée en vertu de la loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire de 2013, la CMA est un organe non ministériel indépendant. Elle dispose d'une équipe exécutive et d'un conseil de direction auquel elle rend compte. Elle emploie près de 700 personnes à temps plein.

Le Tribunal d'appel en matière de concurrence, institué par l'article 12 et l'annexe 2 de la loi relative aux entreprises de 2002, est l'instance publique non ministérielle qui peut être saisie en cas de litige. Il s'agit d'une instance judiciaire spécialisée dont les membres comptent un certain nombre d'experts dans divers domaines, notamment le droit et l'économie. Il est saisi des affaires relatives à

²²⁰ CMA (2014), Regulated industries : Guidance on concurrent application of competition law to regulated Industries (CMA10) (uniquement en anglais).

²²¹ Réseau britannique de la concurrence, déclaration d'intention,

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/382445/UKCN_Statement_of_Intent.pdf.

²²² Mémorandum d'accord entre l'Autorité de la concurrence et des marchés et l'Office des communications – conflit de compétences, 2 février 2016, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/502645/Ofcom_MoU.pdf.



des problèmes de concurrence ou de réglementation économique ; sa compétence ne se limite cependant pas au droit de la concurrence, ni au secteur des communications²²³.

Il peut être interjeté appel devant les juridictions d'appel ordinaires. Les appels sont interjetés en Angleterre devant la Cour d'appel, en Ecosse devant la *Court of Session* et en Irlande du Nord devant la Cour d'appel d'Irlande du Nord. L'appel peut uniquement être interjeté après autorisation du Tribunal ou de la juridiction d'appel compétente. Un recours supplémentaire peut être déposé sur un point de droit, après autorisation, devant la Cour suprême. Il convient de noter que la décision prise par l'Ofcom de soumettre la licence de *British Sky Broadcasting* à des conditions relatives au droit de diffuser des contenus de grands événements sportifs, y compris les matchs de football de la Premier League, s'est soldée par une décision de justice rendue par la Cour d'appel²²⁴.

5.4. Les principales décisions

5.4.1. Le projet Kangaroo et le projet Canvas

Cette affaire concernait la création d'une entreprise commune entre *BBC Worldwide*, *ITV* et *Channel 4*, qui visait à mettre à la disposition du public des contenus d'actualités et d'archives par l'intermédiaire d'un site web commun offrant des services aussi bien gratuits que payants. Le projet Kangaroo devait permettre aux téléspectateurs d'accéder directement aux contenus disponibles et faire également office de vecteur pour la fourniture de gros de contenus. L'OFT avait saisi la Commission de la concurrence car elle craignait que ce projet se traduise par une fusion qui restreindrait la concurrence sur le marché de la VoD. La Commission de la concurrence avait confirmé que ce projet conduirait à une « restriction substantielle de la concurrence » sur les marchés de détail et de gros de la VoD²²⁵. En effet, les parties au projet détenaient non seulement de considérables parts de marché, mais elles étaient par ailleurs les plus proches concurrents sur ce marché. Cette restriction de la concurrence aurait pu entraîner une hausse des prix pour les consommateurs et entraver l'accès d'autres acteurs du marché.

Les parties au projet Kangaroo avaient alors envisagé le projet *Canvas* (désormais *YouView*), une nouvelle version du projet *Kangaroo* dont les éléments qui posaient problème avaient été supprimés. Sept partenaires (*BBC Worldwide*, *ITV*, *Channel 4*, *Channel 5*, *Talk Talk*, *BT* et *Arqiva*) entendaient ainsi mettre au point une norme technique commune pour la télévision interconnectée, qui devait être publiée sous la forme d'une norme ouverte. Ils envisageaient également la création d'une « boutique d'applications ». Les contenus pouvaient être mis à disposition soit sur le site principal, soit sur des sites personnalisés ; tout système de paiement devait être mis en place par

²²³ La législation pertinente comporte la loi relative à la concurrence de 1998, la loi relative aux communications de 2003, la loi relative à l'électricité de 1989, les lois relatives à l'énergie de 2004 et 2010, la loi relative aux services postaux de 2011, la loi relative à l'aviation civile de 2012, la loi relative aux services financiers (réforme bancaire) et la loi relative à la télégraphie sans fil de 2006.

²²⁴ *British Sky Broadcasting c. Office of Communications* [2014] EWCA Civ 133.

²²⁵ Commission de la concurrence, Rapport sur l'entreprise commune anticipée entre la BBC, Worldwide Limited, Channel Four Television Corporation et ITV plc concernant le secteur de la vidéo à la demande, 4 février 2009, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2009/fulltext/543.pdf.



une partie en utilisant la norme mise au point, qui n'était pas intégrée au projet *Canvas*. Aucun des partenaires ne devait transférer de contenu ou d'activité commerciale dans cette entreprise commune et le projet *Canvas* ne jouait aucun rôle dans la compilation, la commercialisation ou la vente directe au détail de contenus télévisuels. Ce projet avait été critiqué par d'autres parties concernées. L'OFT avait conclu que même si le projet pouvait avoir une importance pour le développement de la télévision interconnectée, il ne se traduisait pas par une situation de fusion pertinente ; en conséquence, l'OFT n'était pas compétente pour ouvrir une enquête à ce sujet. L'Ofcom a alors été saisi d'un certain nombre de plaintes pour infraction à la loi relative à la concurrence. L'Ofcom les avait rejetées sans ouvrir d'enquête²²⁶. Compte tenu du caractère naissant de ce marché à l'époque, l'Ofcom avait estimé qu'il serait prématuré de procéder à une enquête et que ce projet pouvait présenter un certain nombre d'avantages pour les consommateurs. L'Ofcom avait par ailleurs indiqué qu'il continuerait à suivre l'évolution de la situation.

5.4.2. BSkyB/ITV

Le fournisseur de services télévisuels par satellite *BSkyB*, qui fait partie d'un groupe ayant des intérêts bien plus vastes dans le secteur des médias, avait fait l'acquisition de 17,9 % du capital du radiodiffuseur télévisuel britannique indépendant *ITV*, titulaire de 11 des 15 licences régionales de Channel 3. Ce projet avait été examiné par l'OFT et l'Ofcom. L'OFT avait conclu que cette acquisition entraînait « d'importants problèmes de concurrence » ; l'Ofcom avait estimé que cette acquisition soulevait de graves questions d'intérêt général sur le plan du pluralisme des médias et qu'il convenait de renvoyer l'accord devant la Commission de la concurrence pour qu'elle procède à une enquête approfondie. Contrairement à l'avis de l'Ofcom, la Commission de la concurrence avait finalement conclu qu'il n'y avait aucun problème en matière de pluralisme, mais que cette acquisition entraînait une restriction significative de la concurrence. Cette différence d'appréciation, et le fait que la décision de la Commission de la concurrence puisse passer outre le point de vue de l'Ofcom, avaient ensuite été relevés par la commission spéciale des communications de la Chambre des Lords, qui s'en était inquiétée²²⁷. A la suite du rapport de la Commission de la concurrence, le secrétaire d'Etat avait conclu qu'il ne disposait pas de suffisamment d'éléments de preuve pour avancer que la participation de *BSyKB* au capital d'*ITV* à hauteur de 17,9 % permettrait à *BSkyB* ou à ses sociétés mères (par exemple News Corporation) d'exercer une influence éditoriale sur les actualités d'*ITV*, ou l'inciterait à le faire, et que cette situation ne posait par conséquent aucun problème en matière de pluralisme. Il était cependant parvenu à une conclusion contraire sur le plan du droit de la concurrence, considérant que cette participation entraînerait une restriction substantielle de la concurrence sur l'ensemble du marché télévisuel britannique et que celle-ci serait contraire à l'intérêt général²²⁸. *BSkyB* s'était ainsi vu ordonner de céder ses parts. Cette décision avait été contestée devant le Tribunal d'appel de la concurrence (*Competition Appeal Tribunal - CAT*). *BSkyB* avait fait valoir que ce contrôle juridictionnel devait être plus approfondi que le contrôle

²²⁶ <http://media.ofcom.org.uk/news/2010/no-investigation-into-project-canvas/>.

²²⁷ Déclaration de la Chambre des Lords 122 2007-08 paragraphe 268 et paragraphe 270-01.

²²⁸ Décisions définitives du secrétaire d'Etat au Commerce et aux Entreprises et Réforme réglementaire relative à l'acquisition par British Sky Broadcasting Group de 17,9 % du capital d'*ITV* plc, 29 janvier 2008,

https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/55194c63ed915d1424000382/sky_berr_decision.pdf.



juridictionnel classique d'une juridiction administrative, puisque le Tribunal d'appel de la concurrence était une juridiction spéciale, dotée d'une expertise spécialisée. Cet argument avait été rejeté à la fois par le CAT et la Cour d'appel²²⁹.

5.4.3. NewsCorp/BSkyB

En 2010, *News Corporation* envisageait d'augmenter sa part dans le capital de *BSkyB* à hauteur de 100 %. Elle disposait déjà d'une « influence matérielle » sur *Sky*, compte tenu des 39,1 % du capital d'ITV qu'elle détenait, soit plus du double des parts que *Sky* n'avait pas été autorisé à acquérir dans le capital d'ITV en 2007. Bien que la Commission européenne ait autorisé cette acquisition dans le cadre de l'Union européenne, le secrétaire d'Etat du gouvernement de coalition de l'époque, M. Vince Cable du Parti libéral démocrate, avait demandé à l'Ofcom de mener une enquête au titre des dispositions relatives à l'intérêt général. Compte tenu des rumeurs selon lesquelles M. Vince Cable était en guerre contre M. Murdoch, le principal actionnaire de *News Corporation*, l'affaire avait été confiée à un autre député, M. Jeremy Hunt du Parti conservateur²³⁰. Le rapport de l'Ofcom avait conclu que cette acquisition était susceptible de nuire au pluralisme. L'Ofcom était arrivé à cette conclusion en se fondant sur l'approche retenue par la Commission de la concurrence dans l'affaire *BSkyB/ITV*, c'est-à-dire en tenant davantage compte de la modification du niveau de pluralisme qui découlerait de cette acquisition qu'en cherchant à déterminer le nombre absolu de fournisseurs²³¹.

Avant de renvoyer l'affaire devant la Commission de la concurrence, le secrétaire d'Etat avait examiné avec soin les engagements proposés par *News Corporation* pour atténuer le risque que cette acquisition représentait aux yeux de l'Ofcom pour l'intérêt général sur le plan du pluralisme des médias²³². Il avait ensuite annoncé, sur les nouveaux conseils de l'Ofcom et de l'OFT, que la proposition de transformer *Sky News* en une société distincte serait acceptable au regard du pluralisme des médias²³³. De fait, cette modification pouvait en effet accroître l'indépendance éditoriale de *Sky News*, puisqu'elle plaçait cette dernière dans une situation radicalement différente de celle qui était la sienne à l'époque. Il avait également annoncé qu'il procéderait à de nouvelles consultations, de manière à obtenir une série de solides engagements²³⁴. Cependant, avant qu'une décision définitive ne soit prise sur ce dossier, le scandale des écoutes téléphoniques avait éclaté et révélé que des journalistes travaillant pour certains quotidiens (y compris des titres dans lesquels M. Murdoch avait des parts) avaient enfreint la loi pour obtenir des informations afin de rédiger leurs articles. Le secrétaire d'Etat avait demandé à l'Ofcom et à l'OFT si ces événements avaient influencé leur appréciation des risques en matière de pluralisme et de la crédibilité des engagements proposés²³⁵. *News Corporation* avait finalement retiré sa proposition d'engagements et M. Jeremy

²²⁹ *BSkyB/ITV*, paragraphes 32 et 41.

²³⁰ Débat de la Chambre des Lords, 18 janvier 2011, cc 35-6WS.

²³¹ Voir le Rapport de la Commission de la concurrence consacré à *ITV*, paragraphe 5.15.

²³² Débat de la Chambre des Lords, 25 janvier 2011, cc 3-4WS.

²³³ Débat de la Chambre des Lords, 3 mars 2011, cc 518-9.

²³⁴ Débat de la Chambre des Lords, 30 juin 2011, c 1107.

²³⁵ DCMS, Déclaration : Acquisition par *News Corporation* de *BSkyB*, 8 juillet 2011.



Hunt avait renvoyé l'affaire devant la Commission de la concurrence. News Corporations avait finalement abandonné son offre de rachat peu de temps après.

5.4.4. BT/EE

L'autorisation donnée en 2016 portait sur l'acquisition par la plus grande entreprise de télécommunications du Royaume-Uni²³⁶, BT, du principal opérateur britannique de télécommunications mobiles, EE, fruit de la fusion entre les réseaux *Orange* et *T-Mobile*. BT est également le principal fournisseur sur le marché de gros grâce à son réseau d'infrastructures *Openreach*. Cette opération, motivée par la vente de la gamme complète des services de BT à la clientèle d'EE, c'est-à-dire la convergence téléphonie fixe/mobile (offre *quadplay*), concernait tout spécialement les services à haut débit, la téléphonie fixe et la télévision à péage. L'opération de fusion était passée en phase II/enquête approfondie au moyen de la procédure accélérée prévue par la loi relative aux entreprises et à la réforme réglementaire.

Les autres opérateurs et clients du secteur britannique des télécommunications avaient soulevé une série de préoccupations au cours de l'enquête. Dans sa demande, *Carphone Warehouse* s'inquiétait du fait que cette fusion puisse entraîner une obligation de souscrire à des contrats *quadplay* pour une durée relativement longue, ce qui restreindrait d'autant la possibilité pour les consommateurs de changer de fournisseur. L'accès au réseau *Openreach* se révélait par ailleurs problématique, dans la mesure où BT est non seulement le plus grand fournisseur de services résidentiels à haut débit du Royaume-Uni, mais également un concurrent de plus en plus important pour la prédominance de *Sky* sur le marché de la télévision à péage. La CMA, sur la base d'un rapport favorable établi par l'Ofcom, avait également validé l'opération sans imposer de modification, du fait que BT et EE opèrent pour l'essentiel dans des zones distinctes, avec un taux de chevauchement limité. Cette fusion n'entraînera par conséquent pas de restriction substantielle de la concurrence sur un ou plusieurs marchés du Royaume-Uni, y compris pour ce qui est de la fourniture de services de téléphonie mobile de gros ou de détail, de raccordement mobile, ainsi que de haut débit de gros ou de détail. Cette évaluation reposait sur le fait que les communications mobiles et fixes ne se substituent pas l'une à l'autre et se trouvent par conséquent sur des marchés distincts. En cela, la CMA et l'Ofcom s'en tiennent à la pratique courante ; on peut cependant considérer que cette décision ne tient pas compte de l'ensemble des répercussions de l'approche *quadplay*.

Il convient de noter que *Hutchison*, propriétaire de l'opérateur mobile 3, avait fait part de son intention de faire une offre de rachat de l'opérateur mobile O2 de *Telefonica*. La CMA a demandé à la Commission de lui transmettre l'enquête, mais la Commission s'y est refusée. La CMA a exprimé son inquiétude à l'égard de l'accord, en particulier parce qu'elle considérait que la présence de quatre opérateurs de réseaux mobiles au Royaume-Uni était indispensable. Cet accord a finalement été bloqué par la Commission européenne.

²³⁶ Acquisition d'EE Limited par le groupe BT plc, janvier 2016. L'intégralité des documents sont disponibles sur : <https://www.gov.uk/cma-cases/bt-ee-merger-inquiry>.



5.5. Le débat actuel

Bien que les inquiétudes en matière de pluralisme des médias et de concentration de la propriété des médias au Royaume-Uni perdurent, le principal débat porte actuellement sur le renouvellement de la Charte de la BBC et les structures de gouvernance de la BBC. La BBC joue un rôle essentiel dans la garantie de la mise à disposition d'un large éventail de contenus. Elle considère notamment qu'il est désormais indispensable de facturer son dispositif iPlayer dans la redevance audiovisuelle. Un projet de texte réglementaire a été établi en vue d'étendre le régime de redevance audiovisuelle, qui couvre actuellement les téléspectateurs qui regardent les programmes de la BBC en direct, aux consommateurs qui recourent aux services de rattrapage (*catch-up TV*) de la BBC par l'intermédiaire de l'iPlayer.

L'Ofcom a publié l'an dernier sa troisième étude sur la radiodiffusion de service public²³⁷, qui a constitué en partie la toile de fond des discussions consacrées à la BBC, ainsi qu'à la balance des paiements entre les radiodiffuseurs et les plateformes. Cette étude évoquait les opportunités et les menaces relatives à l'utilisation croissante d'internet et les modifications qui en découlent sur le plan de l'innovation technologique, de la fourniture de contenus de médias et du comportement des consommateurs, en identifiant spécifiquement des services comme *Netflix* et *Amazon Prime*. L'Ofcom s'interrogeait également sur la capacité du régime réglementaire à soutenir le secteur de la production, ce qui a donné lieu à l'étude mentionnée plus haut. Il reste désormais à voir quelle sera la réponse du gouvernement à cette étude. La réponse à l'étude sur le pluralisme des médias et à l'étude sur la réglementation applicable à la propriété des médias (voir ci-dessous) est en suspens.

Le gouvernement procède en outre à des consultations sur une modification de la CMA, qui portera sans doute principalement sur une révision des procédures et de leur application²³⁸. Dans le discours qu'il a prononcé à l'occasion de la Convention sur les médias qui s'est tenue cette année à Oxford, le ministre a insisté sur la question des recettes publicitaires et des bloqueurs de publicité (*adblocks*) et, tout en confirmant qu'il n'y avait aucune intention de supprimer les bloqueurs de publicité, il a déclaré qu'il envisageait des négociations sur ce point avec les professionnels du secteur. Il n'a cependant pas expressément indiqué dans quelle mesure les droits relatifs à la protection des données à caractère personnel et éventuellement le droit des citoyens à ne pas faire l'objet d'un profilage seraient reconnus dans ces négociations.

5.6. Les restrictions particulières en matière de propriété

En vertu de l'article 3(3) des lois relatives à la radiodiffusion de 1990 et 1996, l'Ofcom est tenu de s'assurer que le titulaire d'une licence de radiodiffusion télévisuelle ou radiophonique est, et demeure, une personne dont l'aptitude et les compétences justifient la détention de cette licence²³⁹. Le sens précis à donner à cette formule reste incertain et, à l'occasion de la fusion entre *News*

²³⁷ http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/psb-review-3/statement/PSB_Review_3_Statement.pdf.

²³⁸ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/525462/bis-16-253-options-to-refine-competition-regime.pdf.

²³⁹ Voir les articles 3(3) et 86(3) de la loi relative à la radiodiffusion de 1990 et les articles 3(3) et 42(3) de la loi relative à la radiodiffusion de 1996.



International et *BskyB*, l'Ofcom semblait incapable d'expliquer précisément des dispositions générales qu'il applique pourtant²⁴⁰. Il a par ailleurs apprécié « l'absence d'aptitude et de compétence » du titulaire d'une licence qui avait refusé à plusieurs reprises de se conformer aux dispositions du Code de la radiodiffusion²⁴¹. L'Ofcom a toutefois affirmé dans le cadre de sa récente étude sur les dispositions en matière de propriété que l'impact d'une suppression de ces dispositions sur les consommateurs était incertain et qu'il convenait par conséquent de les conserver.

L'Ofcom procédera à l'examen de toute nouvelle situation née d'une modification de propriété. Lorsque le contrôle de la licence télévisuelle de *Channel 3* ou *Channel 5* passe en d'autres mains, l'Ofcom est tenu d'évaluer l'éventuelle incidence d'une modification de certains points précis énoncés par la loi relative aux communications²⁴². Cette situation pourrait se traduire par la mise en place de nouvelles conditions de licence afin de préserver certains aspects du service qui pourraient pâtir de ce changement de contrôle²⁴³. Par exemple, l'Ofcom a publié le 4 mai 2016 son « étude sur le changement de contrôle » en vertu de l'article 351 de la licence Channel 3 pour l'Irlande du Nord, à la suite du transfert de propriété d'*UTV Limited*, filiale d'*UTV Media plc* (désormais *Wireless Group plc*) à *ITV Broadcasting Limited*, filiale d'*ITV plc*. Dans le cadre des discussions auxquelles ce transfert de propriété a donné lieu, *ITV* proposait l'augmentation de 26 minutes à 33 minutes par semaine du quota des contenus d'actualités autres que les bulletins d'informations d'*UTV* ; l'Ofcom avait alors conclu que cette modification de contrôle n'était vraisemblablement pas préjudiciable.

Certaines catégories de personnes physiques ou morales, comme les agences de publicité²⁴⁴, les partis politiques/groupes de pression et les instances religieuses ne peuvent être titulaires d'une licence de radiodiffusion. Le fournisseur officiel d'actualités de *Channel 3* ne saurait être sous la tutelle d'instances politiques ou religieuses ou d'organes qui ne sont pas autorisés à être titulaires d'une licence de *Channel 3*²⁴⁵. *BBC*, *Channel 4 Corporation* et *S4C* ne peuvent être titulaires des licences de *Channel 3* et *Channel 5*. Les lois relatives à la radiodiffusion de 1990 et de 1996 comportaient des restrictions quant au contrôle par des ressortissants qui ne font pas partie de l'EEE des radiodiffuseurs terrestres *Channel 3*, *Channel 4* et *Channel 5*. Lors du dépôt du projet de loi relative aux communications, le gouvernement a déclaré que :

*Ces dispositions sont incompatibles et difficiles à appliquer. Le Gouvernement souhaite encourager les investissements étrangers en provenance de pays non membres de l'EEE, afin de permettre au Royaume-Uni de bénéficier rapidement de nouvelles idées et de nouveaux développements technologiques, qui contribueront au bon fonctionnement et à la productivité du secteur. La réglementation applicable aux contenus continuera à prévoir les exigences qui s'imposent pour garantir une programmation originale et de grande qualité*²⁴⁶.

²⁴⁰ <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/tv-ops/fit-proper/bskyb-final.pdf>.

²⁴¹ Avis de révocation de l'Ofcom : Bang Media, 25 novembre 2010, <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/tv-ops/fit-proper/bangmedia-revocation.pdf>.

²⁴² Articles 351 et 353 de la loi relative aux communications.

²⁴³ Articles 351, 352 et 354 de la loi relative aux communications.

²⁴⁴ Telles que définies à l'article 202(7) de la loi relative à la radiodiffusion de 1990.

²⁴⁵ Article 281 de la loi relative aux communications.

²⁴⁶ Consultation sur le projet de loi relative aux communications (mai 2002), paragraphe 9.3.1.



Malgré l'opposition suscitée au cours de son adoption par le Parlement, la loi relative aux communications de 2003 a omis d'énoncer les critères d'exclusion en matière de propriété applicables à l'octroi de licences au titre des lois relatives à la radiodiffusion ; ces licences restent toutefois soumises aux autres restrictions en matière de propriété et au respect de la réglementation.

5.7. Considérations diverses

Malgré les inquiétudes suscitées par la baisse des recettes publicitaires du fait de la crise économique, ainsi que par l'émergence de nouveaux modèles de diffusion de contenus, le rapport de l'Ofcom sur les marchés de 2015 indique qu'en 2014, 29 % des recettes des radiodiffuseurs provenaient de la publicité (les recettes tirées des abonnements représentaient 45 %). Cela représente une augmentation de 3,9 % par rapport aux recettes de l'année précédente. En dépit de la concurrence accrue de la publicité en ligne, la publicité radiodiffusée a représenté 43,5 % de l'ensemble du secteur publicitaire (presse, télévision, internet). Cette augmentation n'est cependant pas répartie de manière égale entre les différentes chaînes : *ITV* a connu la plus forte croissance, alors que *Channel 4* et *Channel 5* ont enregistré une légère baisse. Contrairement aux contenus disponibles par abonnement, certains contenus accessibles gratuitement en ligne sont financés par la publicité. Ces deux formes de publicité continuent à croître, bien qu'elles ne représentent qu'une part modeste des recettes globales.

L'Ofcom a examiné les problèmes de concurrence que pose le mécanisme commercial de la publicité télévisuelle au Royaume-Uni²⁴⁷ afin d'en informer la Commission de la concurrence. Des préoccupations particulières liées aux caractéristiques potentiellement anticoncurrentielles de ce modèle commercial, y compris les accords de partage de diffusion (*Share of Broadcast – SoB*), les accords-cadres conclus par les agences de médias et la tarification moyenne par chaîne (*Station Average Pricing – SAP*). A l'issue de sa consultation, l'Ofcom a cependant décidé de ne pas notifier la Commission de la concurrence et rien ne semble indiquer qu'il ait l'intention de réexaminer la question²⁴⁸.

Outre les modifications qui se sont opérées sur le marché et la convergence/intégration verticale, les sujets d'inquiétude concernent la « repérabilité », à savoir la capacité à repérer un contenu, notamment pour ce qui est de la capacité des radiodiffuseurs publics à accomplir leur mission. Bien que les guides électroniques des programmes soient tenus de respecter les obligations de mise en avant appropriée de certains contenus prévues par la réglementation, cette obligation ne s'applique pas à l'ensemble des fournisseurs (par exemple, les fournisseurs de services OTT).

²⁴⁷ http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/tv-advertising-investigation/summary/TV_advertising_MIR.pdf.

²⁴⁸ <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/tv-advertising-investigation/statement/statement.pdf>.





6. La concentration des médias en Italie

Roberto Mastroianni et Amedeo Arena²⁴⁹

6.1. Le contexte constitutionnel

Le pluralisme des médias est directement lié au droit d'informer et d'être informé, consacré par l'article 21 de la Constitution italienne²⁵⁰. En sa qualité de principe constitutionnel, le pluralisme des médias s'est tout d'abord développé dans le secteur de la radiodiffusion télévisuelle et s'est ensuite étendu à d'autres moyens d'information afin de devenir l'un des piliers de la liberté d'information.

Le pluralisme des médias présente une dimension interne, externe et matérielle²⁵¹. Le pluralisme interne concerne la capacité d'un moyen d'information donné à transmettre une multitude d'opinions culturelles, politiques et sociales. Le pluralisme extérieur suppose la mise à disposition du plus grand nombre possible de sources d'information, compte tenu de la situation actuelle de l'évolution technologique. Le pluralisme matériel est quant à lui indispensable à la mise en place de conditions de concurrence équitables en matière de communication politique²⁵².

La Cour constitutionnelle italienne a joué un rôle déterminant dans la sauvegarde du pluralisme, notamment en invitant le Parlement à élaborer des dispositions visant à prévenir la création de positions dominantes dans le secteur des médias²⁵³ et à abroger un certain nombre de textes législatifs qui ne permettaient pas d'empêcher les concentrations excessives dans le domaine de la radiodiffusion²⁵⁴. En dépit du statut constitutionnel que revêt le principe du pluralisme des

²⁴⁹ M. Mastroianni est professeur en droit de l'Union européenne à l'Université de Naples et a rédigé les deux premières parties du présent chapitre (« Le contexte constitutionnel » et « Les marchés convergents de l'audiovisuel et des médias ») ; M. Arena est professeur associé à l'Université de Naples et a rédigé l'ensemble des autres parties.

²⁵⁰ Cour constitutionnelle, arrêt n° 155 de 2002, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2002&numero=155>.

²⁵¹ Voir, d'une manière générale, Roberto Mastroianni et Amedeo Arena, *Media Law in Italy* (Le droit des médias en Italie), Wolters Kluwer, 2014, p. 36 et suiv.

²⁵² Cour constitutionnelle, arrêt n° 112 de 1993, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1993&numero=112> ;

ainsi que l'arrêt n° 466 de 2002, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2002&numero=466> ; voir également G. Gardini, *Le Regole dell'Informazione. Principi giuridici, strumenti, casi* (Milan : Bruno Mondadori, 2009), p. 37 et suiv.

²⁵³ Cour constitutionnelle, arrêt n° 826 de 1988, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1988&numero=826>.

²⁵⁴ Voir, par exemple, Cour constitutionnelle, arrêt n° 420 de 1994, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1994&numero=420> (selon lequel l'article 15, alinéa 4, de la loi n° 223 du 6 août 1990 était contraire à la Constitution du fait qu'il permettait à un même radiodiffuseur de détenir jusqu'à 25 % des fréquences de radiodiffusion disponibles et jusqu'à trois réseaux de radiodiffusion) ; et l'arrêt n° 466 de 2002,



médias, la question de la concentration dans le secteur des médias pose problème en Italie depuis plus de vingt ans, comme le rappelle brièvement l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Résolution 1387(2004) Monopolisation des médias électroniques et possibilité d'abus de pouvoir en Italie :

Grâce à Mediaset, le principal groupe de communications commerciales et de radiodiffusion en l'Italie, et l'un des plus importants au monde, M. Berlusconi détient près de la moitié de l'activité de radiodiffusion de l'ensemble du pays. En sa qualité de chef du Gouvernement, il est également en situation d'exercer une influence indirecte sur le radiodiffuseur de service public, la RAI, qui est le principal concurrent de Mediaset. Compte tenu du fait que Mediaset et la RAI totalisent environ 90 % des parts d'audience de la télévision et plus des trois quarts des ressources de ce secteur, M. Berlusconi exerce un contrôle sans précédent sur le média le plus puissant d'Italie.

Cette situation de duopole dans le marché de la télévision constitue en soi une anomalie dans une perspective antitrust. Le statu quo a été maintenu en dépit du fait que des dispositions juridiques touchant au pluralisme des médias ont à deux reprises été déclarées anticonstitutionnelles, et que les autorités compétentes ont établi que la RAI et les trois chaînes de télévision privées de Mediaset exercent une position dominante. Cette situation est illustrée par un récent décret du Premier ministre, approuvé par le parlement, qui a permis à la troisième chaîne de la RAI et à Retequattro de Mediaset de continuer à diffuser, en violation des restrictions antitrust existantes, jusqu'à l'adoption de nouvelles mesures législatives. La distorsion de concurrence dans le secteur des médias est aggravée par le fait que la régie publicitaire de Mediaset, Publitalia '80, exerce une position dominante sur le marché publicitaire de la télévision²⁵⁵.

6.2. Les marchés convergents de l'audiovisuel et des médias

6.2.1. La définition classique des marchés

Les législateurs et régulateurs italiens ont longtemps défini les marchés des médias en fonction de la technologie utilisée. Le Code des postes et des télécommunications de 1973 établit par exemple une distinction entre la télégraphie, la téléphonie et la radiodiffusion. De même, la législation adoptée dans les années 1980 et 1990 pour limiter la concentration dans le secteur de la radiodiffusion télévisuelle a fixé des seuils « techniques » sur la base du nombre de fréquences de radiodiffusion analogique détenues par chaque opérateur²⁵⁶.

<http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2002&numero=466> (selon lequel l'article 3, alinéa 7, de la loi n° 249 du 31 juillet 1997, était contraire à la Constitution du fait qu'il ne précisait pas clairement le délai de la période de transition pendant laquelle les radiodiffuseurs qui dépassaient les limites de concentration pouvaient continuer à diffuser leurs programmes).

²⁵⁵ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1387 (2004), Monopolisation des médias électroniques et possibilité d'abus de pouvoir en Italie, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10587&lang=fr>.

²⁵⁶ Voir, par exemple, l'article 15, alinéa 4, de la loi n° 223 du 6 août 1990,

<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-08-09&atto.codiceRedazionale=090G0270¤tPage=1> (qui limite à 25 % le nombre de licences radiophoniques qu'un même



Les acteurs institutionnels et les universitaires ont exprimé des inquiétudes quant à la capacité de ce seuil « technique » à garantir le pluralisme des médias²⁵⁷. La Commission de Venise du Conseil de l'Europe a notamment estimé que le nombre de chaînes diffusées par un opérateur « n'est pas un indicateur clair de la part de marché détenue » et qu'il serait judicieux de l'associer « à un indicateur de part d'audience »²⁵⁸.

6.2.2. La définition des marchés convergents des médias

L'approche de la définition des marchés dans le secteur des médias s'est considérablement modifiée au début des années 2000. Le Code des postes et des télécommunications a été remplacé par le Code des communications électroniques (décret-loi n° 259 du 1^{er} août 2003)²⁵⁹, qui se veut le reflet de l'approche convergente adoptée par les directives européennes de 2002. En 2004, la loi Gasparri²⁶⁰ a mis en place le *Sistema integrato delle comunicazioni* (SIC – Système de communications intégré), un marché pertinent défini par la loi et qui regroupe les recettes tirées des activités suivantes : les quotidiens et magazines, les publications annuelles et électroniques, les services radiophoniques et les services de médias audiovisuels, le cinéma, la publicité extérieure, les stratégies de communication pour les produits et services, ainsi que le parrainage²⁶¹.

Selon les données fournies par l'*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (AGCOM), le régulateur italien des médias, trois principaux acteurs opèrent actuellement dans le SIC : 21st Century Fox, qui détient la télévision à péage Sky Italia et Fox International Channels Italy et dont la part de marché était de 15,7 % en 2014 ; Fininvest, propriétaire du radiodiffuseur commercial gratuit Mediaset et du groupe d'édition et de presse Arnoldo Mondadori, dont les parts de marché s'élevaient à 14,7 % en 2014 ; et, la RAI Radiotelevisione Italiana, le radiodiffuseur italien de service public, dont la part de marché représentait 13,5 % en 2014²⁶². L'autre moitié du chiffre d'affaires du SIC se compose de petits acteurs du secteur, dont les parts individuelles représentent 3 % ou moins.

radiodiffuseur est autorisé à détenir) ; l'article 3, alinéa 6, de la loi n° 249 du 31 juillet 1997, <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1997-07-31&atto.codiceRedazionale=097G0287¤tPage=1>.

(qui fixe cette limite à 20 %) ; l'article 3, alinéa 8, de la loi n° 249 du 31 juillet 1997 (qui plafonne à 30 % les recettes qu'un seul et même radiodiffuseur peut réaliser sur le secteur de la radiodiffusion télévisuelle).

²⁵⁷ Voir, par exemple, B. Valensise, *Il conflitto di interessi nella legge n. 215 del 2004 tra luci (poche) ed ombre (molte)* (Studium iuris, 2005), p. 834 et suiv. et p. 1034 et suiv. ; F. Scintola, *La disciplina del conflitto di interessi dei membri del Governo* (Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza, 2005), p. 2131 et suiv. ; R. Zaccaria et A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (Padua : Cedam, 2010), p. 72 à 77.

²⁵⁸ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis adopté lors de sa 63^e session plénière (10-11 juin 2005) sur la compatibilité des lois italiennes « Gaspari » et « Frattini » avec les standards du Conseil de l'Europe en matière de liberté d'expression et de pluralisme des médias, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2005\)017-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2005)017-f).

²⁵⁹ <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2003-09-15&atto.codiceRedazionale=003G0280¤tPage=1>.

²⁶⁰ Loi n° 112 du 3 mai 2004, <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2004-05-05&atto.codiceRedazionale=004G0153¤tPage=1>.

²⁶¹ Article 2, alinéa 1, point I) du décret-loi n° 177 du 31 juillet 2005, <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-09-07&atto.codiceRedazionale=005G0206¤tPage=1>.

²⁶² AGCOM, Rapport annuel 2016, p. 19, 2016, <https://www.agcom.it/relazioni-annuali>.



Les universitaires ont fait part de leur scepticisme à l'égard du SIC, qu'ils jugent trop étendu et qui comporte des services hétérogènes qui n'ont aucun lien entre eux et ne peuvent se substituer les uns aux autres, ce qui entrave l'efficacité des limites de concentration fixées sur la base des parts de marché du SIC²⁶³. La Commission de Venise a par ailleurs souligné que :

[le SIC] constitue certainement une tendance moderne mais qu'il ne faudrait pas, du moins avec cette définition très large, l'utiliser dès à présent à la place du critère du « marché concerné », car cela a pour effet de diluer l'efficacité des instruments destinés à protéger le pluralisme. En effet, il peut permettre à une société d'avoir une part de recettes extrêmement importante sur des marchés particuliers tout en restant en dessous du seuil de 20% pour l'ensemble du secteur²⁶⁴.

En outre, bien que les trois principaux opérateurs audiovisuels italiens réalisent des recettes similaires, leurs parts d'audience sont radicalement différentes : la RAI et Mediaset ont respectivement obtenu en 2015 des parts d'audience de 37,2 % et 32,4 % ; Sky, qui fait partie du plus grand groupe italien de médias en termes de chiffre d'affaires, est essentiellement un radiodiffuseur de télévision à péage dont la part d'audience n'a représenté que 5,4 % en 2015²⁶⁵. De même, les émissions phares de la RAI et de Mediaset, TG1 et TG5, ont respectivement enregistré des taux d'audience de 22,8 % et 19 % pour l'année 2015 ; Sky TG24, chaîne gratuite de la télévision numérique terrestre exclusivement consacrée aux actualités, représente un taux d'audience inférieur à 1 %²⁶⁶.

6.3. La législation visant à prévenir la concentration des médias

6.3.1. La législation applicable : la réglementation spécifique au secteur des médias

6.3.1.1. Les limites « techniques » visant à prévenir la concentration des médias

Le Code italien relatif aux services de médias audiovisuels (loi consolidée relative aux services de médias audiovisuels et radiophoniques²⁶⁷) définit les limites « techniques » et « économiques » en matière de concentration des médias. La première de ces limites vise à plafonner le nombre de chaînes diffusées par un même fournisseur de services de médias audiovisuels. Le Code prévoit notamment qu'un fournisseur de services de médias audiovisuels n'est pas autorisé à diffuser plus

²⁶³ Voir R. Zaccaria et A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (Padua: Cedam, 2010), p. 560 ; R. Mastroianni, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo* (Turin : Giappichelli 2004), p. 63.

²⁶⁴ Avis de la Commission de Venise, adopté lors de sa 63^e session plénière (10-11 juin 2005), citation.

²⁶⁵ AGCOM, Rapport annuel 2016 de l'AGCOM, p. 93.

²⁶⁶ AGCOM, Rapport annuel 2016 de l'AGCOM, p. 94.

²⁶⁷ Décret-loi n° 177/2005,

<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-09-07&atto.codiceRedazionale=005G0206¤tPage=1>.



de 20 % de l'intégralité des chaînes de télévision et plus de 20 % de l'ensemble des stations de radio²⁶⁸.

Il revient à l'Autorité italienne des communications, l'AGCOM, de veiller au respect de la mise en application de cette limite « technique ». A cet égard, l'AGCOM s'est engagée par sa Délibération n° 353/11/CONS à effectuer un contrôle *ex officio* du respect de la limite technique au plus tard le 30 octobre de chaque année. A ce jour, l'AGCOM n'a constaté aucune violation de cette limite « technique ».

6.3.1.2. Les limites « économiques » visant à prévenir la concentration des médias

Pour ce qui est des limites « économiques » visant à prévenir la concentration des médias, le Code relatif aux services de médias audiovisuels interdit toute création de position dominante dans le SIC, ainsi que dans les sous-marchés qui le constituent²⁶⁹.

Le Code précise en outre que, sans préjudice de l'interdiction des positions dominantes, aucun opérateur de télécommunications ne peut, directement ou par l'intermédiaire d'entreprises qu'il contrôle ou avec lesquelles il est lié, réaliser des recettes supérieures à 20 % de l'ensemble des recettes cumulées du SIC²⁷⁰. Il s'agit notamment des recettes tirées de la vente de quotidiens et de périodiques, de l'édition en ligne, de la publicité, du téléachat et du parrainage²⁷¹. Ce plafond de 20 % est toutefois réduit à 10 % pour les sociétés qui réalisent plus de 40 % de l'ensemble des recettes du secteur des communications électroniques²⁷².

Il revient à l'AGCOM²⁷³ de veiller au respect des limites « économiques » visant à prévenir la concentration des médias et de prendre les mesures appropriées qui s'imposent en cas de non-respect de ces limites²⁷⁴. Pour ce faire, l'AGCOM adopte chaque année une décision dans laquelle elle indique la valeur globale du SIC ; cette somme a été fixée à 17 milliards EUR en 2014²⁷⁵. En 2010, l'AGCOM avait engagé une procédure visant à définir chacun des marchés constitutifs du SIC²⁷⁶. En

²⁶⁸ Article 43, alinéa 7, du Code des services de médias audiovisuels.

²⁶⁹ Article 43, alinéas 2 et 9, du Code des services de médias audiovisuels.

²⁷⁰ Article 43, alinéa 9, du Code des services de médias audiovisuels.

²⁷¹ Article 43, alinéa 11, du décret-loi n° 177 du 31 juillet 2005,

<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-09-07&atto.codiceRedazionale=005G0206¤tPage=1>.

²⁷² Article 43, alinéa 11, du Code des services de médias audiovisuels.

²⁷³ Article 43, alinéa 5, du décret-loi n° 177 de 2005,

<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-09-07&atto.codiceRedazionale=005G0206¤tPage=1>.

²⁷⁴ Article 43, alinéa 5, du Code des services de médias audiovisuels.

²⁷⁵ Décision n° 658/15/CONS de l'AGCOM,

https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnlodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_assetEntryId=3484284&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_type=document.

²⁷⁶ Décision n° 555/10/CONS de l'AGCOM,

https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnlodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1.



mai 2015, l'AGCOM avait dans ce cadre ouvert une enquête sur le secteur des services de médias audiovisuels afin d'établir l'existence de positions dominantes ou d'autres situations susceptibles de nuire au pluralisme des médias²⁷⁷.

6.3.1.3. Les dispositions réglementaires applicables au secteur de la presse et les limites de propriété croisée (diagonale) visant à prévenir la concentration des médias

Outre les limites de concentration spécifiquement applicables au secteur des médias audiovisuels, le Code italien des services de médias audiovisuels interdit également aux sociétés qui assurent la couverture nationale de programmes radiodiffusés ou de communications électroniques d'acquiescer des parts ou de contribuer à la création d'une société d'édition de quotidiens (à l'exception des quotidiens publiés uniquement sous forme électronique) avant le 31 décembre 2016²⁷⁸. Les plafonds de recettes concernés sont fixés à 8 % de l'ensemble des recettes du SIC pour les sociétés de radiodiffusion et à 40 % pour les opérateurs de communications électroniques²⁷⁹.

6.3.2. La législation applicable : le droit de la concurrence

Dans la mesure où elles exercent des activités commerciales, les entreprises qui opèrent dans le secteur des médias sont également soumises aux dispositions de l'Union européenne et aux dispositions nationales applicables en matière de concurrence. Ces dernières sont notamment énoncées par la loi n° 287 du 10 octobre 1990²⁸⁰ portant création de l'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM), l'Autorité italienne de régulation de la concurrence.

L'article 2 de la loi n° 287 de 1990 interdit tout accord, pratique concertée ou décision par des associations d'entreprises qui ont pour objectif ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché national ou sur une grande partie de celui-ci. L'article 3 interdit toute forme d'abus de position dominante par une ou plusieurs sociétés sur le marché national ou sur une grande partie de celui-ci. L'article 16 prévoit quant à lui une obligation de notification préalable pour les concentrations qui concernent les sociétés dont le chiffre d'affaires dépasse le plafond fixé.

[1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_assetEntryId=659588&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_type=document.](#)

²⁷⁷ Décision n° 286/15/CONS de l'AGCOM,

https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnlodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-

[1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_assetEntryId=2067993&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_type=document.](#)

²⁷⁸ Article 43, alinéa 12, du Code des services de médias audiovisuels,

<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-09-07&atto.codiceRedazionale=005G0206¤tPage=1.>

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-10-13&atto.codiceRedazionale=090G0340¤tPage=1.>



Les concentrations, transferts de propriété et accords relatifs à des entreprises qui opèrent dans le secteur des médias doivent être notifiés non seulement à l'AGCM, mais également à l'AGCOM²⁸¹, qui évaluera leur conformité au règlement établi par la Décision n° 368/14/CONS²⁸² de l'AGCOM ; ces opérations sont déclarées nulles et non avenues si elles ne respectent pas les limites de concentration énoncées par l'article 43 du Code des services de médias audiovisuels²⁸³.

6.3.3. Les interactions entre la réglementation applicable aux médias et le droit de la concurrence

Le chevauchement des compétences de l'AGCOM et de l'AGCM impose l'existence de dispositions visant à coordonner le travail de ces autorités. En principe, ces deux autorités poursuivent des objectifs différents : l'AGCOM se doit de veiller à la protection du pluralisme des médias, tandis que l'AGCM a pour objectif de garantir une concurrence effective sur les marchés des médias²⁸⁴. Cependant, les universitaires ont de fait indiqué que les limites exactes des attributions et compétences de ces deux autorités sont imprécises²⁸⁵. Afin d'assurer une cohérence entre les actions de ces deux autorités, la loi n° 249/1997 impose à l'AGCM de demander l'avis de l'AGCOM avant d'exercer ses compétences à l'égard des entreprises qui opèrent dans le secteur des communications²⁸⁶.

²⁸¹ Article 43, alinéa 1, du Code des services de médias audiovisuels ; article 1, alinéa 1(6)(c)(13), de la loi n° 249 du 31 juillet 1997. Voir également Tribunal administratif régional du Latium, arrêt n° 7286 du 7 septembre 2001 (selon lequel les entreprises ne sont pas tenues d'obtenir l'autorisation préalable de l'AGCOM pour satisfaire à leur obligation de notification à l'AGCM).

²⁸² La Décision n° 368/14/CONS de l'AGCOM de mars 2016,

https://www.agcom.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnlodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_assetEntryId=1501602&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_type=document.

a été modifiée par la Décision n° 110/16/CONS,

<https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/AmministrazionePortale/Ricerca/index.html?tipoRicerca=Provvedimenti&FullText=&FullTextA=&FullTextAdvanced=&advInNotParole=&advInFrase=&ResultCount=&ordinaPer=xNumeroDocumento&xTipoDocumento=PROVVEDIMENTI&xTipoSubProvvedimento=&xTipoProvvedimento=&xClassificazionePlenaria=&xSede=Roma&xTipoProvvedimentoDecisione=XXX&xNumeroDocumento=200107286&xAnno=2001&xNProv5=7286&PageNumber=&StartRow=&EndRow=&advanced=false>.

qui précise que les accords relatifs au transfert de l'autorisation de fourniture de services de médias audiovisuels et à la numérotation des chaînes correspondantes de la TNT doivent être déposés auprès de l'AGCOM, dès lors qu'ils concernent des entreprises dont les recettes dépassent un certain plafond.

²⁸³ Article 43, alinéa 4, du décret-loi n° 177 de 2005.

²⁸⁴ Ibid. L'AGCOM exerce par conséquent un contrôle sur la création de positions dominantes dans les marchés des médias, dans la mesure où l'existence même de ces positions dominantes peut nuire au pluralisme de l'information et des médias. Il convient en revanche que l'AGCM intervienne uniquement lorsque des entreprises abusent de leur position sur le marché pour fausser la concurrence par l'intermédiaire d'accords ou de pratiques concertées. Voir R. Zaccaria et A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (Padua : CEDAM, 2010) p. 533 et 534 et p. 554 à 555.

²⁸⁵ Voir F. Donati, *Funzioni di regolazione e impegni nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in F. Cintioli et F. Donati (éd.) *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, p. 103 à 113 (Turin : Giappichelli, 2008).

²⁸⁶ Loi n° 249/97, article 1, alinéa 6, sous-alinéa c), point 11,

<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1997-07-31&atto.codiceRedazionale=097G0287¤tPage=1>.



Le Conseil d'Etat a toutefois précisé que, même si l'AGCM est tenue de demander l'avis de l'AGCOM, cet avis n'a pas de caractère contraignant ; l'AGCM peut ainsi s'écarter des conclusions de l'AGCOM, mais doit tout de même justifier sa décision de manière précise et suffisante²⁸⁷. Le Conseil d'Etat a par ailleurs rappelé qu'une décision de l'AGCOM selon laquelle certaines clauses contractuelles étaient conformes à la réglementation du secteur n'avait pas empêché l'AGCM de conclure que ces mêmes clauses étaient incompatibles avec la législation antitrust, mais ne permettait pas pour autant à l'AGCM d'infliger de sanction²⁸⁸. L'AGCOM et l'AGCM ont en outre conclu un accord de coopération afin de partager leurs informations et de coordonner leurs missions respectives dans le domaine des communications électroniques²⁸⁹.

Ce mécanisme de double examen applicable aux concentrations des médias²⁹⁰ présente toutefois le risque d'une prise de décisions contradictoires : dans l'affaire *SEAT/Cecchi Gori*, par exemple, l'AGCOM s'était opposée à l'accord²⁹¹, alors que l'AGCM, sous réserve d'un certain nombre d'engagements²⁹², l'avait ensuite autorisé. Dans d'autres cas de figure, comme la constitution, par les principaux opérateurs italiens de télévision à accès libre, d'une entreprise commune, baptisée TIVÚ Srl, dont la mission est de retransmettre les programmes de ses sociétés mères sur les réseaux de la télévision numérique terrestre et par satellite, l'AGCOM avait conclu que l'opération ne constituait pas une concentration entre des sociétés indépendantes et avait décidé de ne pas ouvrir d'enquête²⁹³.

6.3.4. Les organes de régulation et de contrôle et les autorités compétentes en matière de concurrence

La mise en application de la réglementation du secteur afin de préserver le pluralisme des médias incombe à l'AGCOM, une autorité indépendante composée de cinq membres, dont le président est nommé par le Président de la République italienne sur proposition du Premier ministre, en accord avec le ministre du Développement économique, sous réserve d'un avis favorable rendu à la majorité des deux tiers par les commissions parlementaires compétentes. Les quatre autres

²⁸⁷ Conseil d'Etat, arrêt n° 1271 du 10 mars 2006, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=25745>

²⁸⁸ Ibid.

²⁸⁹ Accord de coopération entre l'AGCOM et l'AGCM dans le domaine des communications électroniques (2004), <http://www.agcm.it/protocolli-di-intesa/8179-accordo-di-collaborazione-agcm-agcom-in-materia-di-comunicazioni-elettroniche-23-febbraio-2004.html>.

²⁹⁰ Voir AGCOM, Règlement relatif aux procédures d'autorisation du transfert de propriété des entreprises de radiodiffusion, aux procédures relatives aux positions dominantes et au réexamen des concentrations et des accords dans le cadre du système de communication intégré, annexe I de la Décision n° 646/06/CONS de l'AGCOM du 9 novembre 2006, https://www.agcm.it/documentazione/documento?p_p_auth=fLw7zRht&p_p_id=101_INSTANCE_kidx9GUnlodu&p_p_lifecycle=0&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_assetEntryId=684400&_101_INSTANCE_kidx9GUnlodu_type=document.

²⁹¹ AGCOM, *Trasferimento di proprietà della Cecchi Gori Communications S.p.A. a Seat Pagine Gialle S.p.A.*, décision du 17 janvier 2001, n° 51/01/CONS, http://www.aistel.it/Authority/d51_01_CONS.htm.

²⁹² AGCM, Affaire C4158 - *SEAT Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications*, décision du 23 janvier 2001, n° 9142, <http://www.agcm.it/concorrenza/concorrenza-delibere/open/41256297003874BD/1C6C784AA9FEA66BC12569DF00535549.html>.

²⁹³ Voir la Décision n° 519/09/CONS de l'AGCOM du 14 septembre 2009, <https://www.agcm.it/documents/10179/15967/4+PARTE+3+RELAZIONE.pdf/06c9ce2f-d157-4c82-9eb8-f9e93c8adf76>.



membres de l'AGCOM sont élus par le Parlement : deux par la Chambre des députés et deux par le Sénat, et sont nommés par le Président de la République²⁹⁴.

Le respect des dispositions relatives à la concurrence qui s'appliquent à d'autres activités économiques revient quant à lui à l'AGCM, l'autorité indépendante de la concurrence, dont le Président et les deux commissaires sont respectivement nommés par les Présidents de la Chambre des députés et du Sénat²⁹⁵.

Les décisions rendues par l'AGCOM et l'AGCM peuvent être contestées devant le Tribunal administratif régional du Latium à Rome ; les jugements rendus par ce dernier peuvent quant à eux faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat.

6.3.5. Les principales décisions

La protection effective du principe fondamental du pluralisme des médias, consacré par l'article 21 de la Constitution, a fait l'objet d'un certain nombre de décisions importantes rendues par la Cour constitutionnelle italienne.

Avant de procéder à l'analyse de ces décisions, il convient de noter que du point de vue de la procédure, toutes ces décisions ont été rendues sur la base d'une « demande préliminaire de conformité avec la Constitution » (*questione incidentale di legittimità costituzionale*). En vertu de la Constitution italienne, les citoyens ne peuvent directement saisir la Cour constitutionnelle pour lui demander de se prononcer sur la constitutionnalité de la législation adoptée par le Parlement ou des décrets de nature équivalente pris par le gouvernement (décrets-lois et ordonnances). Toutefois, lorsqu'un litige suppose l'application d'une loi dont le respect est contesté par la Constitution, le tribunal compétent pour le règlement de ce litige peut décider de suspendre la procédure et de demander à la Cour constitutionnelle de rendre une décision contraignante sur la constitutionnalité du point de droit concerné²⁹⁶.

L'arrêt n° 826 de 1988 de la Cour constitutionnelle italienne est le plus emblématique en matière d'application des principes du pluralisme des médias à la radiodiffusion télévisuelle²⁹⁷. La Cour avait souligné dans cet arrêt le rôle central joué par le pluralisme des médias dans un système démocratique et avait conclu que le pluralisme des médias suppose avant tout la participation « du plus grand nombre de points de vue techniquement possible », sans que certaines opinions ne risquent d'être marginalisées du fait d'une concentration des ressources techniques et économiques entre les mains d'une poignée de personnes physiques ou morales. A cette occasion, la Cour constitutionnelle avait également précisé que le pluralisme des médias implique, d'une part, que

²⁹⁴ Article 1(3) de la loi n° 249 du 31 juillet 1997,

<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1997-07-31&atto.codiceRedazionale=097G0287¤tPage=1>.

²⁹⁵ Article 10 de la loi n° 287 du 10 octobre 1990.

²⁹⁶ Voir la Cour constitutionnelle italienne, *The Italian Constitutional Court*, p. 30 et suiv.

http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Cc_Checosa_2013_UK.pdf.

²⁹⁷ Cour constitutionnelle, arrêt n° 826 de 1988, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1988&numero=826>.



tout citoyen puisse librement faire son choix parmi diverses sources d'information et, d'autre part, que la radiodiffusion aussi bien publique que privée garantisse l'expression d'opinions différentes.

L'arrêt n° 420 de 1994²⁹⁸, dans lequel la Cour constitutionnelle soulignait la contrainte imposée au législateur par la Constitution pour protéger le pluralisme des médias et garantir le droit fondamental des citoyens à l'information, est tout aussi digne d'intérêt. La Cour avait estimé en l'espèce que l'existence d'une radiodiffusion de service public ne pouvait compenser les répercussions négatives sur le pluralisme des médias qui découlent d'une concentration excessive de la radiodiffusion privée sur le marché. La Cour avait par conséquent déclaré que l'article 15, alinéa 4, de la loi n° 223/1990 (loi Mammi)²⁹⁹ était contraire à la Constitution, dans la mesure où il prévoyait que le nombre de concessions nationales de radiodiffusion accordées à une même personne physique ou morale ne pouvait représenter plus de 25 % des réseaux nationaux proposés par le plan d'attribution des fréquences du spectre radioélectrique et qu'il importait surtout que le nombre de concessions ne soit pas supérieur à trois. La Cour était parvenue à cette décision au motif supplémentaire que cette limite était moins stricte que le plafond de 20 % applicable au secteur de l'édition, conformément à l'alinéa 1 de l'article 3 de la loi n° 67/1987³⁰⁰, même si la radiodiffusion télévisuelle pouvait influencer l'opinion publique d'une manière bien plus efficace que la presse.

Les principes énoncés dans l'arrêt n° 420 de 1994 avaient été réaffirmés par l'arrêt n° 155 de 2002³⁰¹, dans lequel la Cour constitutionnelle soulignait que l'impératif constitutionnel énoncé à l'article 21 de la Constitution devait se caractériser par la pluralité des sources d'information et par l'exhaustivité, l'exactitude et l'objectivité des informations fournies. Enfin, dans l'arrêt n° 466 de 2002³⁰², la Cour avait conclu que les articles 3 et 21 de la Constitution interdisaient les dispositions telles que celle énoncée à l'article 3, alinéa 7, de la loi n° 249/1997³⁰³; la Cour n'avait pas pour autant fixé de délai précis, si ce n'est au plus tard le 31 décembre 2003, dans lequel les programmes transmis par les radiodiffuseurs qui dépassaient les limites visées à l'alinéa 6 de l'article 3 de la loi devaient être exclusivement diffusés par satellite ou par câble.

6.4. L'importance des facteurs et des marchés spécifiques aux médias

La publicité représente une importante source de revenus pour deux des trois grands groupes qui opèrent dans le secteur des services de médias audiovisuels (RAI et Mediaset). En 2012, l'AGCOM a réalisé une enquête approfondie sur le sujet qui a permis de révéler une forte concentration du marché italien de la publicité télévisée, dans lequel le principal acteur (Mediaset/Fininvest) disposait

²⁹⁸ Cour constitutionnelle, arrêt n° 420 de 1994, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=1994&numero=420>.

²⁹⁹ <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1990-08-09&atto.codiceRedazionale=090G0270¤tPage=1>

³⁰⁰ <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1987-03-09&atto.codiceRedazionale=087U0067¤tPage=1>.

³⁰¹ Cour constitutionnelle, arrêt n° 155 de 2002, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2002&numero=155>

³⁰² Cour constitutionnelle, arrêt n° 466 de 2002 <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2002&numero=466>.

³⁰³ <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1997-07-31&atto.codiceRedazionale=097G0287¤tPage=1>.



de 62 % de parts de marché en 2010, suivi par la RAI avec 24 % de parts de marché, ainsi que par d'autres concurrents plus modestes³⁰⁴.

L'AGCOM a observé que la position dominante de Fininvest était particulièrement forte du fait de son intégration verticale avec d'autres sociétés présentes sur le marché de la télévision et sur le marché de l'infrastructure (par exemple Mediaset). L'AGCOM a par ailleurs déclaré que, même si la RAI et Mediaset ont des parts d'audience similaires, Mediaset/Fininvest jouit d'une position dominante sur le marché publicitaire puisque la RAI est soumise à des restrictions quantitatives plus strictes en matière de publicité du fait de sa mission de service public. De même, l'AGCOM a indiqué que les limites horaires plus faibles en matière de publicité imposées aux radiodiffuseurs de la télévision à péage, comme Sky, par rapport aux limites applicables aux radiodiffuseurs de la télévision à accès libre, notamment Mediaset, pouvaient contribuer au renforcement de la position dominante de Mediaset sur le marché publicitaire télévisuel.

Sky a contesté ces limites publicitaires plus strictes applicables aux radiodiffuseurs télévisuels à péage devant le Tribunal administratif régional du Latium et, dans ce contexte, a soulevé la question de l'impact de ces règles asymétriques sur le pluralisme des médias. La Cour de justice de l'Union européenne³⁰⁵ et la Cour constitutionnelle italienne³⁰⁶, toutes deux impliquées dans cette action en justice, n'ont cependant pas abordé cette question.

6.5. Les restrictions et les obstacles spécifiques en matière de propriété des médias

Pour ce qui est des droits de propriété spécifiquement applicables au secteur des médias, il convient de noter qu'en vertu de l'article 3(2) de la loi n° 249/97, les concessions pour la radiodiffusion nationale de chaînes de télévision terrestres ne peuvent être délivrées qu'à des sociétés établies en Italie ou dans un Etat membre de l'Union européenne. Une personne physique ou morale d'un Etat qui n'est pas membre de l'Union européenne peut toutefois exercer un contrôle sur ces sociétés, sous réserve que l'Etat en question garantisse de véritables conditions de réciprocité envers l'Italie, sans préjudice des dispositions découlant des accords internationaux.

Il importe par ailleurs de tenir compte des restrictions imposées en matière de propriété des médias aux personnes qui occupent des fonctions gouvernementales. Comme nous l'avons précisé plus haut, le secteur des médias italiens se caractérise depuis plusieurs décennies par « une combinaison unique des pouvoirs économique, politique et médiatique entre les mains d'un seul et même homme, l'ancien président du Conseil italien des ministres », M. Silvio Berlusconi³⁰⁷, principal actionnaire du groupe Mediaset depuis sa création en 1978 et Premier ministre italien de 1994 à

³⁰⁴ Voir l'annexe A de la Décision n° 551/12/CONS de l'AGCOM.

³⁰⁵ Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 18 juillet 2013, affaire C-234/12, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0234&from=EN>.

³⁰⁶ Cour constitutionnelle, arrêt n° 210/2015, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2015&numero=210#>.

³⁰⁷ Résolution du Parlement européen sur les risques de violation, dans l'Union européenne et particulièrement en Italie, de la liberté d'expression et d'information (article 11(2) de la Charte des droits fondamentaux), 2003/2237(INI), paragraphe 60, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2004-0230+0+DOC+XML+V0//FR>.



1995, de 2001 à 2006 et de 2008 à 2011. Le Parlement européen³⁰⁸ et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe³⁰⁹ estiment que cette situation de conflit d'intérêts pourrait porter atteinte au principe de la liberté d'expression et perturber l'équilibre en matière de concurrence électorale, ce qui serait contraire aux principes constitutionnels du pluralisme interne et externe³¹⁰.

Le débat sur les restrictions en matière de propriété des médias imposées aux personnalités politiques a débuté en 1994, à la suite de la première élection de M. Berlusconi et de sa nomination au poste de Premier ministre. Certains membres du Parlement avaient soutenu que l'élection de M. Berlusconi à la Chambre des députés était contraire à l'article 10 du décret n° 361 de 1957 du Président de la République, en vertu duquel les titulaires de concessions publiques dont la valeur est considérable ne peuvent être élus à la Chambre des députés³¹¹. La commission électorale de la chambre de députés avait toutefois estimé que cette disposition ne concernait que les titulaires de concessions de radiodiffusion « en leur nom propre », par opposition aux participations indirectes, comme dans le cas de M. Berlusconi³¹².

En 2004, le Parlement a adopté un projet de loi visant à réglementer les conflits d'intérêts entre les agents publics et les activités professionnelles et entrepreneuriales : la loi dite Frattini³¹³. Ce texte législatif prévoit qu'une fonction gouvernementale (par exemple Premier ministre, ministre, etc.) est incompatible avec certaines activités, comme la gestion d'entreprises commerciales³¹⁴. Les entrepreneurs qui souhaitent occuper des fonctions publiques sont par conséquent tenus de confier leurs activités commerciales à un ou plusieurs fiduciaires (qui peuvent être des membres de leur entourage familial)³¹⁵.

La loi Frattini impose aux personnes qui exercent une fonction gouvernementale de se consacrer exclusivement à l'intérêt général et de s'abstenir de prendre des mesures et de participer à des décisions communes dans les situations de possible conflit d'intérêts³¹⁶. Les conflits d'intérêts sont définis comme un acte ou une omission de la part des personnes occupant un poste

³⁰⁸ Ibid. ; Résolution du Parlement européen sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, 2002/2013(INI), JOCE C 076 E, 25/03/2004 P. 0412 – 0429, paragraphe 37 (le Parlement européen déplore le fait que, en Italie surtout, le pouvoir médiatique reste concentré dans les mains du président du Conseil, sans qu'ait été adoptée une législation sur le conflit d'intérêts), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2003-0376+0+DOC+XML+V0//EN&language=ET>.

³⁰⁹ Voir Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1387 (2004), Monopolisation des médias électroniques et possibilité d'abus de pouvoir en Italie, paragraphe 1 (l'Assemblée s'inquiète de la concentration des pouvoirs politique, économique et médiatique dans les mains d'une seule personne, le Premier ministre Silvio Berlusconi), <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=10587&lang=fr>.

³¹⁰ Voir R. Zaccaria et A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (Padua : Cedam, 2010), p. 72.

³¹¹ Décret n° 361 du Président de la République du 30 mars 1957, publié au Journal officiel n° 139 du 3 juin 1957, <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1957-06-03&atto.codiceRedazionale=057U0361¤tPage=1>.

³¹² Chambre des députés, Commission électorale, décisions du 20 juillet 1994 et du 17 octobre 1996,

http://legislature.camera.it/_dati/leg12/lavori/Bollet/39690_01.pdf, et

http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/bollet/199610/1017/pdf/16.pdf.

³¹³ Loi n° 215 du 20 juillet 2004, *Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi*,

[http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2004-08-](http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2004-08-18&atto.codiceRedazionale=004G0212¤tPage=1)

[18&atto.codiceRedazionale=004G0212¤tPage=1](http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2004-08-18&atto.codiceRedazionale=004G0212¤tPage=1), publiée au Journal officiel n° 193 du 18 août 2004. La Loi « Frattini » a été baptisée du nom de son parrain, le ministre Franco Frattini, alors chargé du ministère de la Fonction publique du Gouvernement Berlusconi II.

³¹⁴ Article 2, alinéa 1, de la loi Frattini.

³¹⁵ Article 2, alinéa 2, de la loi Frattini.

³¹⁶ Article 1 de la loi Frattini.



gouvernemental : i) lorsqu'elles occupent également une fonction incompatible telle que définie ci-dessus ; ou ii) lorsque cet acte s'accompagne d'un effet préférentiel spécifique sur les avoirs du titulaire de la fonction, de son conjoint ou de ses proches jusqu'au deuxième degré, ou des sociétés ou autres entreprises contrôlées par eux, au détriment de l'intérêt général³¹⁷.

La Commission de Venise du Conseil de l'Europe³¹⁸ et un certain nombre d'universitaires³¹⁹ ont exprimé leurs préoccupations quant à la capacité de la loi Frattini à remédier effectivement au problème des conflits d'intérêts qui caractérisent le secteur des médias italiens.

6.6. Le débat actuel

Le débat sur la concentration des médias s'est quelque peu estompé au cours de ces dernières années, notamment du fait que cette situation de conflits d'intérêts qui avait caractérisé le paysage médiatique italien pendant plusieurs années s'est dissipée en 2013³²⁰, lorsque M. Berlusconi a été exclu du Parlement après une peine d'emprisonnement de quatre ans pour fraude fiscale³²¹. Bien qu'un nouveau projet de loi sur les conflits d'intérêts ait été déposé en 2013, il n'a été approuvé par la Chambre des députés qu'en 2016³²² et est actuellement encore examiné par le Sénat³²³. Bien qu'il soit difficile de prédire le résultat de ce processus législatif, il est possible d'affirmer qu'à l'heure actuelle le nouveau projet de loi relative aux conflits d'intérêts ne semble pas constituer une priorité.

Le débat actuel se concentre davantage sur internet, qui a un impact considérable sur le pluralisme des médias dans la mesure où il s'agit du troisième moyen d'information pour les citoyens italiens, mais qui dépasse toutefois le cadre du SIC (à l'exception des recettes provenant de l'édition en ligne) et des limites visant à prévenir la concentration des médias. C'est la raison pour laquelle l'AGCOM a demandé au législateur d'apporter des modifications au SIC de manière à permettre une meilleure compréhension et une évaluation plus précise des défis actuels qui se posent en matière de pluralisme des médias³²⁴.

³¹⁷ Article 3 de la loi Frattini.

³¹⁸ Commission de Venise, Avis n° 309/2004 sur la compatibilité des lois italiennes « Gaspari » et « Frattini » avec les standards du Conseil de l'Europe en matière de liberté d'expression et de pluralisme des médias,

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2005\)017-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2005)017-f).

³¹⁹ Voir, par exemple, B. Valensise, Il conflitto di interessi nella legge n. 215 del 2004 tra luci (poche) ed ombre (molte), *Studium iuris*, 2005, p. 834 et suiv., et p. 1034 et suiv. ; F. Scintola, La disciplina del conflitto di interessi dei membri del Governo, *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2005, p. 2131 et suiv. ; R. Zaccaria et A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (Padua : Cedam, 2010) 72-77.

³²⁰ Projet de loi n° 275, présenté par M. Bressa le 15 mars 2013, visant à établir des dispositions applicables aux conflits d'intérêts des titulaires d'une fonction gouvernementale, disponible sur :

http://www.camera.it/leg17/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=17&codice=17PDL0009930.

³²¹ <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/silvio-berlusconi/10479012/Silvio-Berlusconi-expelled-from-parliament.html>.

³²² http://documenti.camera.it/votazioni/votazionitutte/schedaVotazione.asp?progrID=risultatidb&Legislatura=17&CDDANNO=2016&CDD MESE=02&CDDGIORNO=25&TipoRicerca=t&PAGESIZE=10&RifVotazione=577_133&tipo=dettaglio&PagCorr=1.

³²³ <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DDLPRES/966134/index.html>.

³²⁴ Décision n° 555/10/CONS de l'AGCOM, point 230-1.





7. La concentration des médias en France

Pascal Kamina, Université de Franche-Comté³²⁵

7.1. Résumé

En droit français, le pluralisme, entendu comme le « pluralisme des courants d'expression socioculturels », est un principe à valeur constitutionnelle.

Même s'il peut être préservé, et quelquefois renforcé, par l'application des règles de concurrence, le pluralisme n'est pas visé par les textes généraux de concurrence, et notamment par les règles en matière de concentration.

Cependant, la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication contient un ensemble complexe de règles spécifiques applicables aux prises et changements de participation dans le secteur audiovisuel, destinées à préserver le pluralisme des médias audiovisuels. D'autres règles renforcent les pouvoirs du régulateur de l'audiovisuel dans ce domaine.

La loi organise enfin l'articulation des compétences respectives des autorités en charge de la concurrence (au premier rang desquelles l'Autorité de la concurrence), et du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), en favorisant les possibilités de saisine ou de dialogue entre ces autorités.

7.2. Le contexte constitutionnel

En droit français, la liberté d'expression est inscrite à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789³²⁶, texte à valeur constitutionnelle, qui dispose :

La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.

³²⁵ L'auteur est professeur de droit privé à l'Université de Franche-Comté.

³²⁶ Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.



Cette liberté n'est pas sans limites. Dans sa décision du 27 juillet 1982³²⁷, le Conseil constitutionnel a précisé que :

Il appartient au législateur de concilier en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication (...), avec d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle, et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication par leur influence considérable sont susceptibles de porter atteinte.

Ces principes sont consacrés par la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication³²⁸.

Dans sa décision 93-333 DC du 21 janvier 1994³²⁹, le Conseil constitutionnel a confirmé que « le pluralisme des courants d'expression socioculturels » est lui-même un objectif de valeur constitutionnelle³³⁰.

Le pluralisme apparaît ainsi à la fois comme un corollaire nécessaire à la liberté de communication audiovisuelle, et à la liberté d'expression en général, et comme un principe fondamental du droit de la communication audiovisuelle.

Bien qu'il n'ait pas été précisément défini, le pluralisme semble couvrir les courants d'expression dans le domaine politique au sens le plus large. Par contre il n'est pas certain qu'il recouvre un pluralisme purement « culturel », et donc un principe de « diversité culturelle ». Cependant, on remarquera que le Conseil supérieur de l'audiovisuel se voit confier par l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 la mission de veiller « à la qualité et à la diversité des programmes », ce qui étend peut-être le sens à donner au principe dans le cadre de cette loi.

³²⁷ Décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 du Conseil constitutionnel concernant la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, JORF 29 juill. 1982, p. 2422, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000883985>.

³²⁸ Son article 1^{er} précise que « L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle ». Voir Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard), Version consolidée au 04 octobre 2016, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068930>.

³²⁹ Décision n° 93-333 DC du 21 janvier 1994, JORF n°21 du 26 janvier 1994, p. 1377, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000181704&categorieLien=id>.

³³⁰ Il y affirme que : « le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie ; la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuels n'était à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur privé que dans celui du secteur public, de programmes garantissant l'expression de tendances de caractère différent dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ; en définitive, l'objectif à réaliser, est que les auditeurs et les téléspectateurs (...) soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés, ni les pouvoirs publics puissent y substituer leur propre décision, ni qu'on puisse en faire les objets d'un marché ».



7.3. La délimitation des marchés et les effets de la convergence

Les autorités de concurrence ont eu l'occasion de définir, en matière télévisuelle, un certain nombre de marchés pertinents : en amont, au stade de l'acquisition des droits destinés à la télévision ; en matière de publicité télévisée ; au stade de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision ; et enfin, au stade de la distribution de services de télévision.

Sur les marchés d'acquisition de droits destinés à une diffusion à la télévision, la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence³³¹ opère deux segmentations principales, et identifie plusieurs marchés spécifiques à certaines catégories de contenus.

La première segmentation est faite selon le type de contenus audiovisuels, en distinguant les programmes de stock (hors les films de cinéma et séries américaines récentes³³²) et les programmes de flux³³³. Le marché des droits sportifs constitue également un marché distinct³³⁴. Ces marchés se limitent au territoire français, dans la mesure où les droits sont acquis uniquement pour ce territoire. La seconde segmentation est faite selon le type de diffusion des contenus. Sur ce point la pratique ne distingue pas les marchés selon les plateformes de distribution, dans la mesure où les droits acquis pour la télévision portent également sur les principales plateformes de distribution³³⁵. Par contre elle distingue entre les marchés d'acquisition de droits d'exploitation linéaire et non linéaire³³⁶. A ce stade, les autorités de concurrence n'ont pas retenu un marché spécifique de l'acquisition de programmes télévisuels destinés à une diffusion en télévision de rattrapage³³⁷.

Le marché de la publicité télévisée est distinct des autres marchés de la publicité, notamment des marchés de la publicité au cinéma, dans la presse, à la radio, par affichage ou sur internet. On notera cependant qu'en 2014, l'Autorité de la concurrence a relevé « une convergence croissante entre la publicité sur internet et la publicité télévisuelle du fait du développement de la

³³¹ Décision n° 16-DCC-10 du 21 janvier 2016 relative à la prise de contrôle conjoint par TF1 et FIFL de FLCP ; lettres du ministre de l'économie relatives aux opérations Canal +/UGC DA du 5 décembre 1996 et France Télévisions/TF1/CFII du 25 mai 2005, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/16DCC10VersionPublication.pdf>.

³³² S'agissant des droits relatifs aux œuvres cinématographiques et aux séries télévisées, la pratique décisionnelle adopte une triple segmentation selon le fenêtrage de diffusion, le mode de diffusion (linéaire, à la demande, à la demande par abonnement) et l'origine de l'œuvre acquise. Voir Décision n°12-DCC-100 du 23 juillet 2012, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/liste_injonctions_tps.pdf; Décision n° 14-DCC du 10 février 2014, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14DCC15decision_version_publication.pdf; Décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14DCC50decision_version_publication.pdf.

³³³ Il existe également un marché spécifique des droits portant sur les fictions européennes et d'expression originale française.

³³⁴ La pratique décisionnelle (Décision de la Commission européenne *GCP/RTL/GJCD* du 13 novembre 2001 ; lettre n° C2006-02 ; décisions de l'Autorité de la concurrence n° 14-DCC-50, n° 10-DCC-11 et 12-DCC-100, www.autoritedelaconcurrence.fr.) distingue les droits portant sur le football et les droits portant sur les autres disciplines sportives et identifie les marchés suivants : le marché de l'achat de droits pour une diffusion sur des services de télévision payante et gratuite (hors paiement à l'acte) des matchs de la Ligue 1 de football ; le marché de l'achat de droits pour une diffusion sur des services de télévision payante et gratuite (hors paiement à l'acte) des championnats étrangers de football les plus attractifs ; le marché de l'achat de droits pour une diffusion sur des services de télévision payante et gratuite (hors paiement à l'acte) des autres compétitions de football ; le marché de l'achat de droit pour une diffusion sur des services de télévision payante et gratuite (hors paiement à l'acte) des événements sportifs d'importance majeure autres que footballistiques ; et le marché de l'achat de droits pour une diffusion sur des services de télévision payante et gratuite (hors paiement à l'acte) des compétitions.

³³⁵ Décision n° 16-DCC-10 précitée ; lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi du 15 avril 2008, aux conseils de la société française du Radiotéléphone SA, relative à une concentration dans le secteur des télécommunications C2007-181, http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/dgccrf/boccrf/2008/08_04bis/c2007_181_sfr_9cegetel.pdf.

³³⁶ Du moins pour les programmes de stock, par opposition aux programmes de flux, pour lesquels la distinction ne semble pas pertinente. Décision n° 16-DCC-10 précitée.

³³⁷ Ibid. Points 33 à 35.



publicité par display video sur internet »³³⁸. Les deux marchés sont cependant toujours considérés comme distincts³³⁹.

S'agissant de l'édition et de la commercialisation de chaînes de télévision payante, la pratique décisionnelle des autorités de concurrence ne distingue pas les marchés en fonction des plateformes de distribution des chaînes, mais segmente ces marchés en fonction des thématiques des chaînes, en distinguant un marché des chaînes premium³⁴⁰, et des marchés propres aux chaînes cinéma, aux chaînes sport, aux chaînes jeunesse et aux chaînes d'information³⁴¹. La pratique décisionnelle distingue également les services de télévision linéaires et non linéaires, mais ne considère pas les services de télévision de rattrapage comme un marché distinct. Les autorités de concurrence ont également envisagé une sous-segmentation selon la nature du réseau sur lequel les chaînes sont diffusées (réseaux mobiles et fibre).

Enfin, s'agissant de la distribution des services de télévision, une première distinction est faite entre le marché de la télévision payante et celui de la télévision gratuite. S'agissant du marché de la télévision payante, une segmentation est faite selon les niveaux de services et entre les offres de services linéaires et non linéaires³⁴². Aucune segmentation n'est faite selon la plateforme de distribution, sauf concernant la télévision payante sur terminaux mobiles³⁴³ et la situation des territoires ultramarins³⁴⁴.

Ces définitions de marchés prennent en compte la convergence. Cette prise en compte se traduit notamment par l'absence de segmentation selon les plateformes de distribution, sous réserve d'exceptions qui prennent justement en compte les limites de la convergence sur certains territoires ou des pratiques propres à certains supports.

³³⁸ Décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014, Point 106,

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14DCC50decision_version_publication.pdf.

³³⁹ L'Autorité de la concurrence dans sa décision n°14-DCC 50 précitée citant notamment la Décision de la Commission européenne du 11 mars 2008, n° COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*,

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_fr.pdf, sa propre décision n°10 DCC-11,

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10DCC11decisionversionpublication.pdf>, et un avis du CSA du 22 mai 2012,

<http://www.csa.fr/Espace-juridique/Avis-du-CSA-a-l-Autorite-de-la-concurrence/Avis-du-CSA-a-l-Autorite-de-la-concurrence-sur-la-notification-de-l-acquisition-des-societes-Direct-8-Direct-Productions-Direct-Digital-et-Bollere-Intermedia-par-les-societes-Vivendi-et-Groupe-Canal-Plus>.

³⁴⁰ Décision n°12-DCC-100 précitée.

³⁴¹ Ibid.

³⁴² Décision n°14-DCC-15; n°12-DCC-100. Une distinction est faite entre les services à l'acte et par abonnement, et aucun marché distinct n'est retenu pour la distribution de services de vidéo par abonnement.

³⁴³ Lettre n° C2006-02, p. 27 et suiv. ; avis n° 06-A-13, p. 22 et suiv. ; décision de l'Autorité de la concurrence n°10-D-32, p. 53 et suiv.

³⁴⁴ Décision n°14-DCC-15, qui relève que le câble, l'ADSL ou la fibre sont imparfaitement substituables au satellite (points 98 à 104).



7.4. Le contrôle et la prévention des concentrations dans le secteur audiovisuel

7.4.1. Les règles spécifiques au secteur audiovisuel

Comme indiqué, la loi du 30 septembre 1986 contient des règles spécifiques, destinées à préserver le pluralisme dans le domaine audiovisuel. Elles comprennent des règles limitant la participation d'une même personne au capital de sociétés de communication audiovisuelle³⁴⁵, et des mécanismes anti-concentration spécifiques³⁴⁶. À côté de ces dispositifs, le Conseil supérieur de l'audiovisuel est également amené à agir dans le cadre de son pouvoir d'attribution des fréquences.

La loi n° 82-652 du 29 juillet 1982³⁴⁷ contenait un embryon de dispositif de contrôle des concentrations, constitué par l'interdiction de détenir plus d'une autorisation de même nature (télévision ou radio). La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 avait substantiellement renforcé ce dispositif dans ses articles 38, 39 et 41, sans pour autant édicter de règles visant à limiter la participation dans plusieurs sociétés ou la « concentration plurimédia ». Dans sa décision n° 86-217 du 18 septembre 1986³⁴⁸, le Conseil constitutionnel a annulé ce dispositif au motif de son insuffisance. À la suite de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions des articles 39 à 41-3 de la loi relative à la liberté de communication ont été introduites dans celle-ci par la loi n° 86-1210 du 27 novembre 1986³⁴⁹, qui a édicté un ensemble d'interdictions, mono et plurimédia. Ce dispositif a été partiellement assoupli par la loi n° 94-88 du 1^{er} février 1994³⁵⁰. Par la suite, ce dispositif a été adapté au développement de la télévision numérique terrestre par la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000³⁵¹, puis par la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001³⁵². Il a été ajusté par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004³⁵³ puis par les lois n° 2008-776 du 4 août 2008³⁵⁴ et n° 2009-258 du 5 mars 2009³⁵⁵.

³⁴⁵ L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, art. 39.

³⁴⁶ L. n° 86-1067, 30 sept. 1986, art. 41 et suiv.

³⁴⁷ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, Version consolidée au 04 octobre 2016, JORF 30 juillet 1982, p. 2431, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000880222>.

³⁴⁸ Conseil constitutionnel Décision n°86-217 DC du 18 septembre 1986 - Loi relative à la liberté de communication - Non conformité partielle, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriConst.do?oldAction=rechJuriConst&idTexte=CONSTEXT000017667436&fastReqId=20822449&fastPos=1>.

³⁴⁹ Loi n°86-1210 du 27 novembre 1986 complétant la Loi 86897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse et la Loi 861067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF du 28 novembre 1986, p. 14297, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000693913>.

³⁵⁰ Loi n° 94-88 du 1 février 1994 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF 2 février 1994, p. 1800, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000363209>.

³⁵¹ Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, JORF 2 août 2000, p. 11903, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000402408&dateTexte=&categorieLien=id>.

³⁵² Loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel (1), JORF 18 juillet 2001, p. 11496, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000757800>.

³⁵³ Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle (1), JORF 10 juillet 2004, p. 12483, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000439399>.

³⁵⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (1), JORF 5 août 2008, p. 12471, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050>.

³⁵⁵ Loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision (1), JORF 7 mars 2009, p. 4321, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020352071>.



Il résulte de cette succession de textes un ensemble de dispositions complexes, qui s'organise autour de trois séries de règles. Des règles de détention en capital, des règles anti-concentration monomédia, et des règles anti-concentration plurimédia.

Ces règles ne sont pas uniquement des règles de concurrence, car la prohibition s'applique aussi bien en dehors de tout effet quantifiable sur le marché, et certains seuils sont fixés très bas. Elles garantissent également un cadre propice à la préservation d'une certaine indépendance ou autonomie des éditeurs et, partant, un certain pluralisme.

Il convient de noter que ces règles ne sont pas applicables au secteur public. Cette différence de traitement a été validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2000-433 du 27 juillet 2000³⁵⁶.

Une restriction spécifique est applicable aux investissements étrangers en provenance d'un pays tiers à l'Union européenne. L'article 40 de la loi n°86-1067 précise ainsi que, sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France, aucune personne de nationalité étrangère ne peut procéder à une acquisition ayant pour effet de porter, directement ou indirectement, la part du capital détenue par des étrangers à plus de 20 % du capital social ou des droits de vote dans les assemblées générales d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service de radio ou de télévision par voie hertzienne terrestre assuré en langue française³⁵⁷. Sous cette réserve, les investissements dans le secteur audiovisuel ne sont pas visés au titre des investissements étrangers soumis à autorisation préalable par le Code monétaire et financier³⁵⁸.

Les seuils généraux de détention en capital sont définis à l'article 39 de la loi n° 86-1067. Certains seuils concernent la seule télévision terrestre analogique³⁵⁹, désormais interrompue. Pour le reste, deux seuils sont définis :

- Tout d'abord, une même personne physique ou morale agissant seule ou de concert ne peut détenir, directement ou indirectement, plus de 49 % du capital ou des droits de vote d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service national de télévision par voie hertzienne terrestre dont l'audience moyenne annuelle par un réseau de communications électroniques dépasse 8 % de l'audience totale des services de télévision³⁶⁰.
- Ensuite, une même personne physique ou morale titulaire d'une autorisation relative à un service national de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre dont l'audience dépasse le seuil précité ne peut détenir, directement ou indirectement, plus de 33 % du capital ou des droits de vote d'une société titulaire d'une autorisation relative à un service autre que

³⁵⁶ Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, JORF 2 août 2000, p. 11922, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2000/2000-433-dc/decision-n-2000-433-dc-du-27-juillet-2000.452.html>.

³⁵⁷ Pour l'application de cet article, est considérée comme personne de nationalité étrangère toute personne physique de nationalité étrangère, toute société dont la majorité du capital social n'est pas détenue, directement ou indirectement, par des personnes physiques ou morales de nationalité française et toute association dont les dirigeants sont de nationalité étrangère. Cette règle n'est pas applicable aux éditeurs de services dont le capital et les droits de vote sont détenus à hauteur de 80 % au moins par des radiodiffuseurs publics appartenant à des Etats du Conseil de l'Europe et dont la part du capital et des droits de vote détenue par une des sociétés du secteur public de l'audiovisuel français est au moins égale à 20 %. Des restrictions aux participations étrangères, désormais sans objet, avaient également été introduites dans la loi concernant la vente de la société TF1 par l'Etat (articles 61 et 63 de la loi du 30 septembre 1986).

³⁵⁸ Art. R.153-2 (www.legifrance.gouv.fr).

³⁵⁹ Les seuils concernant la seule télévision terrestre analogique sont plus stricts que ceux applicables à la TNT.

³⁶⁰ L. 30 sept. 1986, art. 39-I. Pour l'application de ces seuils, l'audience de chacun des programmes consistant en la rediffusion, intégrale ou partielle, d'un service de télévision diffusé est comptabilisée conjointement avec celle du service rediffusé.



national et qui ne consiste pas essentiellement en la reprise, dans les collectivités françaises d'outre-mer, d'un service national de télévision³⁶¹.

Le dispositif anti-concentration monomédia est prévu à l'article 41 de la loi n° 86-1067, qui porte à la fois sur les services de radios et de télévision. S'agissant des services de télévision³⁶², l'article dispose que nul ne peut être titulaire de deux autorisations relatives chacune à un service national de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre³⁶³. Toutefois, une même personne peut être titulaire, directement ou indirectement, d'un nombre maximal de sept autorisations relatives chacune à un service ou programme national de télévision autre que la télévision mobile personnelle diffusé par voie hertzienne terrestre en mode numérique lorsque ces services ou programmes sont édités par des sociétés distinctes³⁶⁴. Des restrictions sont ensuite imposées au regard principalement des zones géographiques et du nombre d'habitants desservis³⁶⁵. Des seuils d'audience ne sont utilisés que pour la radio et la télévision mobile personnelle³⁶⁶.

Le dispositif anti-concentration plurimédia, qui vise la combinaison de services de radio, de télévision (sans conditions de contenu) et de « publications quotidiennes imprimées d'information politique et générale » uniquement, est inscrit aux articles 41-1, 41-1, 41-2 et 41-2-1 de la loi n° 86-1067. La loi ne prend pas encore en compte les développements de la presse électronique et des médias en ligne, ni la convergence opérée par les grands acteurs de l'internet.

Comme nous l'avons indiqué, en dehors de ces dispositifs anti-concentration, le CSA est amené à contrôler l'effet de certaines opérations de concentration dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'attribution des autorisations d'usage des fréquences pour les services de radio et de télévision. La loi du 30 septembre 1986 précise en effet que le Conseil accorde ces autorisations « en

³⁶¹ L. 30 sept. 1986, art. 39, III.

³⁶² Et à l'exclusion des règles propres à la télévision terrestre analogique, que nous n'aborderons pas.

³⁶³ Cependant cette disposition ne s'applique pas aux services diffusés en télévision mobile personnelle (précision issue de la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007).

³⁶⁴ Ou lorsqu'ils consistent dans une rediffusion de programmes hertziens.

³⁶⁵ « Une personne titulaire d'une ou de plusieurs autorisations relatives chacune à un service de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre en mode analogique autre que national ne peut devenir titulaire d'une nouvelle autorisation relative à un service de même nature autre que national si cette autorisation devait avoir pour effet de porter à plus de douze millions d'habitants la population recensée des zones desservies par l'ensemble des services de même nature pour lesquels elle serait titulaire d'autorisations.

Une personne titulaire d'une ou de plusieurs autorisations relatives chacune à un service de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre en mode numérique autre que national ne peut devenir titulaire d'une nouvelle autorisation relative à un service de même nature autre que national si cette autorisation devait avoir pour effet de porter à plus de douze millions d'habitants la population recensée des zones desservies par l'ensemble des services de même nature pour lesquels elle serait titulaire d'autorisations.

Une personne titulaire d'une autorisation pour l'exploitation d'un service de télévision par voie hertzienne terrestre en mode analogique dans une zone déterminée ne peut devenir titulaire d'une nouvelle autorisation relative à un service de même nature diffusé en totalité dans la même zone en mode analogique.

Une personne titulaire d'une autorisation pour l'exploitation d'un service de télévision par voie hertzienne terrestre en mode numérique dans une zone déterminée ne peut devenir titulaire d'une nouvelle autorisation relative à un service de même nature diffusé en totalité dans la même zone en mode numérique ».

³⁶⁶ « Nul ne peut être titulaire d'une ou plusieurs autorisations relatives chacune à un service de radio dont l'audience potentielle cumulée terrestre dépasse 20 % des audiences potentielles cumulées de l'ensemble des services de radio, publics ou autorisés, diffusés par voie hertzienne terrestre.

Nul ne peut être titulaire d'une ou plusieurs autorisations relatives chacune à un service diffusé en télévision mobile personnelle si l'audience potentielle cumulée terrestre de ce ou ces services dépasse 20 % des audiences potentielles cumulées terrestres de l'ensemble des services de télévision, publics ou autorisés, diffusés en télévision mobile personnelle ».



appréciant l'intérêt de chaque projet pour le public, au regard des impératifs prioritaires que sont la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socioculturels, la diversification des opérateurs et la nécessité d'éviter des abus de position dominante ainsi que les pratiques qui entraveraient le libre exercice de la concurrence »³⁶⁷. Le Conseil tient compte, dans l'exercice de cette appréciation, des positions des acteurs sur les marchés concernés et de la structure de leur capital³⁶⁸.

En outre, aux termes de la loi une autorisation peut être retirée, sans mise en demeure préalable, en cas de modification substantielle des données au vu desquelles elle a été délivrée, notamment à raison de changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement de l'opérateur concerné³⁶⁹. Ainsi, en 2003, dans le cadre du projet du groupe Suez de se désengager du secteur de la communication et de se séparer ainsi de la plus grande part des actions qu'il détenait dans la société Métropole Télévision, faisant ainsi passer de 34 % à 49 % du capital de M6 les droits de vote de son autre actionnaire de référence, RTL Group, le CSA a exigé plusieurs modifications des statuts et conditions de l'actionariat de la chaîne³⁷⁰. De même, en 2010, le Conseil s'est prononcé sur l'acquisition des sociétés éditrices des services de télévisions TMC et NT1 par le groupe AB et TF1³⁷¹.

7.4.2. Les règles de concurrence

Malgré l'existence de règles et de procédures spécifiques, le droit commun de la concurrence a toujours vocation à s'appliquer dans le secteur audiovisuel. Les règles applicables ne contiennent d'ailleurs aucune dérogation spécifique au cinéma ou aux industries culturelles.

Les règles internes de concurrence sont diverses. Elles sont principalement constituées par l'interdiction des ententes anticoncurrentielles³⁷² et de l'abus de position dominante³⁷³, et par des règles de concentration³⁷⁴. Les autres infractions³⁷⁵, qui n'ont pas d'équivalent en droit communautaire de la concurrence, n'ont qu'une pertinence très limitée au regard des questions qui nous intéressent ici.

On rappellera cependant que ces règles n'ont pas pour objectif de préserver le pluralisme des courants d'expression socioculturels. L'atteinte à la concurrence reste l'unique critère des

³⁶⁷ L. 30 sept. 1986, art. 30-1 ; Voir également art. 29, 30-6.

³⁶⁸ Ibid..

³⁶⁹ L. 30 sept. 1986, art. 42-4 *in fine*.

³⁷⁰ Délibération du 20 novembre 2003 M6/Suez, <http://www.csa.fr/Espace-juridique/Decisions-du-CSA/M6-Suez-deliberation-du-20-novembre-2003>.

³⁷¹ La société TF1 souhaitait acquérir l'intégralité du capital du groupe AB, ce qui lui permettait de contrôler 80 % du capital social de la société Télé Monte-Carlo (TMC) et 100 % de la société NT1, qui éditent les chaînes TMC et NT1 sur la télévision numérique terrestre. L'agrément du Conseil supérieur de l'audiovisuel a été délivré le 23 mars 2010. Un recours devant le Conseil d'Etat, formé par la société M6, a été rejeté (Conseil d'Etat, Section du contentieux, 30 décembre 2010, Société Métropole Télévision (M6), n° 338197 et n° 338273, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000022203522>).

³⁷² C. com., art. L. 420-1.

³⁷³ C. com., art. L. 420-2.

³⁷⁴ C. com., art. L. 430-1 à L. 430-10.

³⁷⁵ Comme l'abus de dépendance économique ou l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique (C. com., art. L. 420-2.). Le Code de commerce sanctionne également plusieurs « pratiques restrictives de concurrence » (C. com., art. L. 442-1 à L. 441-10).



différents textes applicables (et notamment de la réglementation des concentrations), et des prises de participations préjudiciables au pluralisme peuvent être autorisées sur le fondement de ces textes (ou échapper à leur application). Ceci a justifié la mise en place d'une réglementation spécifique dans la loi du 30 septembre 1986.

7.4.3. Articulation entre la réglementation spécifique et le droit de la concurrence

Les autorités en charge de l'application des règles prévues par la loi du 30 septembre 1986, d'une part, et des règles de concurrence du Code de commerce, d'autre part, sont distinctes.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité administrative indépendante en charge du secteur de l'audiovisuel, n'est pas une autorité de concurrence, et n'a pas de pouvoirs d'appliquer les règles de concurrence du Code de commerce³⁷⁶. Cependant l'article 3-1 de la loi du 30 septembre 1986 lui donne une mission générale de garantie des libertés et principes fondamentaux du droit de la communication audiovisuelle, et précise que le Conseil « veille à favoriser la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services, quel que soit le réseau de communications électroniques utilisé par ces derniers, conformément au principe de neutralité technologique » et « veille à la qualité et à la diversité des programmes, au développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ainsi qu'à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture françaises ».

Cette définition des missions générales du Conseil supérieur de l'audiovisuel est importante, car elle peut déclencher l'application du pouvoir de sanction prévu aux articles 42 et suivants de la loi n° 86-1067, qui visent le respect des obligations qui sont imposées aux éditeurs et distributeurs de services de radiodiffusion sonore ou de télévision par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis aux articles 1 et 3-1.

On en déduit que le non-respect par un opérateur des règles de concurrence de droit commun, relevé par les autorités compétentes (au premier rang desquelles l'Autorité de la concurrence), pourrait entraîner, dans la mesure où il affecterait les principes précités, des sanctions administratives prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, allant jusqu'à un retrait d'autorisation, qui s'ajoutent alors aux sanctions imposées en application du Code de commerce.

Le non-respect des règles et des mécanismes anti-concentration spécifiques inscrits à la loi du 30 septembre 1986 déclenche quant à lui les mécanismes de sanctions prévus en cas de non-respect de la réglementation audiovisuelle.

Afin de permettre au Conseil d'exercer son pouvoir de contrôle, l'article 38 de la loi du 30 septembre 1986 dispose que « toute personne physique ou morale qui vient à détenir toute fraction supérieure ou égale à 10 % du capital ou des droits de vote aux assemblées générales d'une société titulaire d'une autorisation est tenue d'en informer le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans le délai d'un mois à compter du franchissement de ces seuils ».

³⁷⁶ Art. 41-4 de la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Létard): « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel saisit l'Autorité de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles dont il a connaissance dans les secteurs de la radio, de la télévision et des services de médias audiovisuels à la demande ».



La loi précise que le Conseil supérieur de l'audiovisuel doit saisir l'Autorité de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles dont il a connaissance dans les secteurs de la radio, de la télévision et des services de médias audiovisuels à la demande³⁷⁷. Le Conseil peut également saisir pour avis l'Autorité de la concurrence des questions de concurrence et de concentration dont il a connaissance dans ces secteurs. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel doit également être consulté par l'Autorité de la concurrence sur des pratiques restrictives de la concurrence et les concentrations économiques dans le secteur audiovisuel³⁷⁸.

A noter enfin que, dans le cadre de son pouvoir de règlement des litiges entre éditeurs et distributeurs de services, la loi invite le Conseil supérieur de l'audiovisuel à recueillir l'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes « lorsque les faits à l'origine du différend sont susceptibles de restreindre l'offre de services de communications électroniques »³⁷⁹.

A l'heure actuelle, le partage des compétences entre les différentes autorités en charge de l'application des règles, générales et spécifiques, applicables à la propriété des médias audiovisuels et aux mécanismes de concentrations, ne semble pas remis en cause.

³⁷⁷ L. 30 sept. 1986, art. 17 et 41-4. Pour les pratiques anticoncurrentielles, cette saisine peut être assortie d'une demande de mesures conservatoires dans les conditions prévues par l'article L. 464-1 du Code de commerce.

³⁷⁸ L. 30 sept. 1986, art. 41-4.

³⁷⁹ L. 30 sept. 1986, art. 17-1.



8. La concentration des médias en Espagne

Carles Llorens, *Universitat Autònoma de Barcelona*³⁸⁰

8.1. Le contexte constitutionnel

La Constitution espagnole de 1978 n'évoque pas la réglementation du pluralisme des médias ou de la concentration des médias en tant que telle. Elle reconnaît uniquement au pluralisme politique, ainsi qu'à la liberté et à la justice, le rang de principe fondamental de l'ordre juridique espagnol (article 1.1). La liberté d'expression est réglée en Espagne par l'article 20 de la Constitution de 1978, adoptée démocratiquement après 40 ans de dictature franquiste. L'article 20.1.a reconnaît « le droit d'exprimer et de diffuser librement les pensées, les idées et les opinions par la parole, par l'écrit ou par tout autre moyen de reproduction ». L'article 20.1.d garantit « le droit de communiquer et de recevoir librement une information véridique par tout moyen de diffusion ». Enfin, le pluralisme de la société représente un autre principe, qui doit être protégé par les médias publics (article 20.3). Ce sont là les seules mentions du pluralisme qui figurent dans la Constitution espagnole. En somme, il n'existe aucune disposition ni article qui traite directement de la concentration des médias ou de la propriété des médias dans la Constitution espagnole.

Toutefois, comme l'Espagne a signé la Convention européenne des droits de l'homme en 1977 et l'a ratifiée en 1979, son article 10 sur la liberté d'expression et ses exceptions sont applicables à la réglementation des médias. Selon ce dernier, la liberté d'expression a) « n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations » et b) ce droit peut faire l'objet des restrictions nécessaires « à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». La réglementation de la propriété des médias a par conséquent été adoptée tardivement en Espagne : en 1987 pour les stations de radio et en 1988 pour les chaînes de télévision, au moment de l'adoption de la première loi relative à la télévision privée (10/1988)³⁸¹. Il importe également de tenir compte du fait que la Constitution de 1978 divise le territoire espagnol en communautés autonomes qui jouissent d'une importante autonomie politique et juridique,

³⁸⁰ L'auteur est professeur des médias électroniques et politique des médias à l'Universitat Autònoma de Barcelona.

³⁸¹ *Ley 10/1988, de Televisión Privada de 3 de mayo 1988* (loi relative à la télévision privée n° 10/1988 du 3 mai 1988), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-11073>.



même si elle est limitée. Ces gouvernements régionaux ont une compétence normative qui leur permet d'établir, d'organiser et de développer des services de médias audiovisuels sur leur propre territoire. Nous examinerons uniquement dans le présent rapport la réglementation nationale applicable à la concentration des médias, car les 17 communautés autonomes présentent une grande diversité de normes et de situations.

8.2. Les marchés convergents de l'audiovisuel et des médias

8.2.1. La définition classique des marchés

La législation relative à la concentration des médias est traditionnellement différente de celle des autres pays occidentaux : elle ne comporte aucune disposition visant à prévenir la concentration de la presse ou à empêcher la concentration croisée des médias. Cette situation s'explique par des raisons historiques. La majeure partie de la presse espagnole a joué un rôle important et constructif dans la démocratisation du pays, de sorte que toute forme de contrôle de sa propriété a été considérée comme une forme illicite de contrôle étatique de la liberté d'expression. De plus, la participation financière des groupes de presse espagnols à la mise en place de la télévision privée en Espagne a conduit ces derniers à faire front commun contre le pouvoir pour entraver toute tentative de limitation de la propriété croisée de la presse et des médias télévisuels. En conséquence, la seule réglementation en vigueur visant à limiter la concentration des médias dans l'Espagne démocratique concerne la télévision et la radio.

L'absence de législation relative à la propriété croisée des médias a profondément façonné le secteur des médias en Espagne, car elle a facilité avant la crise l'existence de cinq à sept groupes de plusieurs médias de taille moyenne, concurrents sur les secteurs de la télévision, de la radio, de la presse et d'internet. De ce fait, avant 2012, le secteur des médias en Espagne présentait une relative diversité des médias dans chaque secteur, qui s'accompagnait cependant d'une forte concentration croisée de la propriété des médias. La récession économique a entraîné une vague de fusions qui ont restreint la diversité des médias, surtout dans le secteur de la radiodiffusion et de la radio, de 2010 à 2014.

La définition classique des marchés est liée aux licences des télévisions et radios privées. La première réglementation relative à la concentration des médias a été appliquée en 1988 au moyen de la loi relative à la télévision privée espagnole ; elle prévoit qu'aucune personne physique ou morale ne peut détenir plus de 25 % des parts de l'une des trois licences qui existaient à l'époque. L'idée était de protéger ainsi le pluralisme interne de chaque radiodiffuseur télévisuel ; aucune société ne pouvait avoir à elle seule le contrôle intégral d'une licence de radiodiffusion télévisuelle privée, puisque la détention de cette dernière supposait la présence d'au moins quatre actionnaires. Le plafond initial de la propriété de 25 % des parts d'une licence de radiodiffusion nationale a été modifié à plusieurs reprises au cours des vingt ans qui ont suivi, mais toujours dans le sens d'une libéralisation du régime d'octroi. Une première réforme, qui avait haussé le plafond des parts d'une société de télévision pouvant être détenues par un seul actionnaire à 49 % en 1998, a été mise en place par la loi n° 50/1998 relative aux dispositions fiscales et administratives et aux questions



sociales du 30 décembre (*Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*)³⁸². Par la suite, tout actionnaire a été autorisé à détenir 100 % des parts d'une chaîne de télévision nationale, sous réserve qu'il ne détienne pas plus de 5 % du capital d'une autre chaîne, par la *Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas*³⁸³.

Quant au secteur de la radio, la première réglementation de la propriété date de la loi n° 31/1987 relative à l'organisation des télécommunications du 18 décembre 1987 (*Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones*³⁸⁴), modifiée par la suite par la loi n° 10/2005 relative aux mesures d'urgence pour la promotion de la télévision numérique terrestre, la libéralisation de la télévision par câble et la promotion du pluralisme des médias du 14 juin 2005 (*Ley de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo*³⁸⁵). Elle permet aux personnes morales ou physiques de contrôler jusqu'à 50 % des licences de radiodiffusion radiophonique disponibles dans certaines régions, à condition qu'elles n'aient pas le contrôle de plus de cinq licences de ce type qui se chevauchent dans la même région. Une même personne peut également contrôler jusqu'à un tiers des licences de radiodiffusion radiophonique de couverture nationale totale ou partielle. Lorsqu'une seule fréquence est disponible dans une région précise, aucune personne morale ou physique ne peut contrôler plus de 40 % des licences radiophoniques de cette région. Ces pourcentages ne tiennent pas compte des stations de radio publiques et les plafonds fixés sont appliqués séparément pour les radios analogiques et les radios numériques.

8.2.2. La définition des marchés convergents des médias

L'Espagne n'a pas modifié la définition classique des marchés des médias, qui repose sur les licences. La loi n° 7/2010 relative à l'audiovisuel du 31 mars 2010 (*Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual*³⁸⁶), qui régit à l'heure actuelle la propriété des médias en Espagne, ne donne aucune nouvelle définition des marchés des médias. A la suite de la définition retenue par la Directive Services de médias audiovisuels de l'Union européenne, les radiodiffuseurs qui exercent leurs activités au niveau national sont qualifiés de « services de médias audiovisuels linéaires ». La réglementation espagnole en matière de propriété des médias est cependant applicable aux mêmes acteurs et aux mêmes marchés : les opérateurs de télévision nationale et les propriétaires de radio.

³⁸² *Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 30 de diciembre 1998* (loi n° 50/1998 relative aux dispositions fiscales et administratives et aux questions sociales du 30 décembre 1998), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-30155>.

³⁸³ *Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social de 30 de diciembre 2003* (loi n° 62/2003 relative aux dispositions fiscales et administratives et aux questions sociales du 30 décembre 2003), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23936>.

³⁸⁴ *Ley 31/1987 de Ordenación de las Telecomunicaciones de 18 de diciembre 1987* (loi n° 31/1987 relative à l'organisation des télécommunications du 18 décembre 1987), https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1987-28143.

³⁸⁵ *Ley 10/2005 de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo de 14 de junio 2005* (loi n° 10/2005 relative aux mesures d'urgence pour la promotion de la télévision numérique terrestre, la libéralisation de la télévision par câble et la promotion du pluralisme des médias du 14 juin 2005), https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2005-10069.

³⁸⁶ *Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual de 31 de marzo 2010* (loi n° 7/2010 relative à l'audiovisuel du 31 mars 2010), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-5292>.



8.3. La législation visant à prévenir la concentration des médias

8.3.1. La législation applicable : la réglementation spécifique au secteur des médias

La réforme la plus profonde de la réglementation espagnole relative à la concentration des médias depuis 1989 a été provoquée, dans une large mesure, par la numérisation de la télévision. Les restrictions imposées en matière de parts et de licences étaient en effet impossibles à maintenir pour un nombre pléthorique de chaînes numériques. Le gouvernement a en conséquence pris le décret-loi royal n° 1/2009 relatif aux mesures d'urgence en matière de télécommunications du 23 février 2009 (*Real Decreto Ley 1/2009 de Medidas Urgentes en Materia de Telecomunicaciones*³⁸⁷), qui modifiait la loi 10/1988 relative à la télévision privée et ajoutait de nouvelles normes applicables à la propriété de la radiodiffusion. Une nouvelle réglementation complète en matière de concentration des médias a finalement été incorporée à la loi relative à l'audiovisuel, adoptée en avril 2010. La principale modification concerne l'ajout d'un plafond des parts d'audience de chaque opérateur en cas de fusion, qui visait à éviter toute concentration excessive de la propriété des médias. Toutefois, le texte conserve plusieurs restrictions applicables à la détention des licences. La nouvelle réglementation pose pour principe qu'une personne morale ou physique qui détient directement ou indirectement au moins 5 % du capital ou des droits de vote d'une société titulaire d'une licence de radiodiffusion ne peut posséder une part importante d'une autre société dans la même zone de couverture. Une importante exception est cependant prévue pour les titulaires d'une licence de radiodiffusion nationale : ils sont autorisés à posséder simultanément diverses parts dans plusieurs chaînes de télévision nationales par suite d'une fusion, sous réserve que leur taux d'audience ne soit pas supérieur à 27 % de l'audience totale des 12 derniers mois qui précèdent l'acquisition. Ce pourcentage a été soigneusement retenu pour empêcher la fusion de deux chaînes commerciales qui dominaient le marché espagnol, *Telecinco* et *Antena 3 TV*, détenues respectivement par le groupe *Mediaset* et le groupe *A3 Media*.

Soucieuse de garantir le pluralisme externe, la loi précise qu'une personne morale ou physique directement ou indirectement titulaire de droits dans une société titulaire d'une licence nationale de radiodiffusion ne peut faire l'acquisition d'une part importante du capital ou des droits de vote d'autres titulaires de licences de radiodiffusion lorsque cette acquisition empêche la coexistence d'au moins trois titulaires de licences nationales de radiodiffusion. Le texte impose donc la présence minimale de trois opérateurs indépendants sur le marché. Il prévoit en outre une autre garantie, en limitant le nombre de multiplex de télévision numérique terrestre détenus par un même opérateur. Il existait en 2010 six multiplex commerciaux numériques nationaux ; la loi dispose qu'une personne morale ou physique ne peut acquérir une part importante du capital ou des droits de vote d'une société titulaire d'une licence de radiodiffusion si cette acquisition lui confère le contrôle de plus de deux multiplex du spectre public. Là encore, trois opérateurs de multiplex au moins doivent être présents sur le marché.

³⁸⁷ *Real Decreto Ley 1/2009 de Medidas Urgentes en Materia de Telecomunicaciones de 23 de febrero 2009* (décret-loi royal n° 1/2009 relatif aux mesures d'urgence en matière de télécommunications du 23 février 2009), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-3022>.



La loi relative à l'audiovisuel règle également la propriété du secteur de la radio. Une personne morale ou physique peut contrôler jusqu'à 50 % des licences de radiodiffusion radiophonique disponibles dans une zone donnée, à condition qu'elle n'ait pas le contrôle de plus de cinq licences de ce type qui se chevauchent dans la même zone. Une même personne peut également contrôler jusqu'à un tiers des licences de radiodiffusion radiophonique qui assurent la couverture totale ou partielle du territoire national. Lorsqu'une seule fréquence est disponible dans une zone donnée, une personne morale ou physique ne peut contrôler plus de 40 % des licences de radiodiffusion radiophonique de ce type dans la même région ou la même communauté autonome. Ces pourcentages ne tiennent pas compte des stations de radio publiques et les plafonds fixés sont appliqués séparément pour les radios analogiques et les radios numériques. Les limites fixées ont été définies en fonction de la situation du marché, où prédominent les fréquences détenues par le groupe de radio *PRISA*, *PRISA Radio* (anciennement Unión Radio).

Pour ce qui est de la télévision terrestre locale, la loi n° 41/1995 relative à la télévision locale terrestre du 22 décembre 1995 (*Ley 41/1995 de televisión local por ondas terrestres*³⁸⁸), qui a été modifiée en 2002³⁸⁹ et 2003³⁹⁰, interdit aux titulaires de licences de radiodiffusion de constituer un réseau ou de conclure des accords de constitution de réseau avec d'autres titulaires de licences sans l'autorisation du Gouvernement de la région concernée.

8.3.2. La législation applicable : le droit de la concurrence

En Espagne, la réglementation contre la constitution de cartels est assurée par la loi 15/2007 relative à la protection de la concurrence du 3 juillet 2007 (*Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*³⁹¹), qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007 et a été complétée par le décret-royal n°261/2008 du 22 février 2008 (*Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*³⁹²). La loi relative à la protection de la concurrence a mis le droit espagnol de la concurrence en conformité avec les dispositions communautaires anticartel sur plusieurs points pertinents. Par exemple, le texte institue un nouveau service anticartel, met en place un régime de mansuétude et établit de nouvelles dispositions relatives à la collecte et à la présentation d'éléments de preuve, ainsi qu'un calendrier des enquêtes. Le droit espagnol de la concurrence est applicable à tous les accords, comportements abusifs, fusions ou acquisitions qui ont des répercussions importantes sur le marché espagnol, indépendamment de la nationalité ou de la localisation géographique des entreprises concernées.

³⁸⁸ *Ley 41/1995 de televisión local por ondas terrestres de 22 de diciembre 1995* (loi n° 41/1995 relative à la télévision locale terrestre du 22 décembre 1995), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-27707>.

³⁸⁹ *Ley 53/2002, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social de 30 de diciembre 2002* (loi n° 53/2002 relative aux dispositions fiscales et administratives et aux questions sociales du 30 décembre 2002), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2002-25412>.

³⁹⁰ *Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 30 de diciembre 2003* (loi 62/2003 relative aux dispositions fiscales et administratives et aux questions sociales du 30 décembre 2003), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2003-23936>.

³⁹¹ *Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de 3 de julio 2007*, (loi n° 15/2007 relative à la protection de la concurrence du 3 juillet 2007), <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12946>.

³⁹² *Real Decreto 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia de 22 de febrero 2008* (décret-royal n° 261/2008 relatif à la prévention de la constitution de cartels du 22 février 2008), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-3646>.



L'autorité indépendante créée par la loi veille à son respect sur l'ensemble du territoire espagnol, sur tous les marchés ou dans tous les secteurs de production de l'économie. Elle exerce une compétence exclusive sur (1) le contrôle des fusions, (2) les aides publiques, (3) le dispositif réglementaire général d'exonération, (4) la représentation devant les autres organisations nationales et internationales en matière de concurrence et (5) l'application du droit de la concurrence de l'Union européenne en Espagne.

En vertu de la loi relative à la protection de la concurrence, le service anticartel apprécie les concentrations du secteur économique en fonction de l'entrave qu'elles pourraient représenter pour le maintien d'une concurrence effective sur tout ou partie du marché national (article 10). Une concentration entrave la concurrence effective si les entreprises concernées réunissent au moins l'une des deux conditions suivantes : a) à l'issue de la concentration, elles représentent 30 % au moins du marché du produit ou service concerné à l'échelon national ; b) le chiffre d'affaires global cumulé en Espagne de tous les participants au cours du dernier exercice financier dépasse 240 millions EUR et le chiffre d'affaires individuel de deux participants au moins est supérieur à 60 millions EUR en Espagne.

Le ministre de l'Economie et des Finances a toutefois la faculté de s'opposer en Conseil des ministres à la décision finale du service anticartel au sujet d'une concentration, en invoquant des raisons d'intérêt général (article 60). Le Conseil des ministres peut alors apprécier cette concentration au regard, non pas de la concurrence, mais des critères d'intérêt général suivants :

- a) la défense et la sécurité nationale,
- b) la protection de la santé publique ou de la sécurité,
- c) la libre circulation des biens et des services sur le territoire national,
- d) la protection de l'environnement,
- e) la promotion de la recherche et de l'évolution des technologies et
- f) la réalisation satisfaisante des buts poursuivis par la réglementation du secteur.

Comme on peut le constater, le pluralisme ne figure pas dans cette liste d'intérêt général. Mais le dernier critère, « la réalisation satisfaisante des buts poursuivis par la réglementation du secteur », pourrait servir d'instrument de protection du pluralisme des médias dans la mesure où le pluralisme externe représente l'un des principes énoncés par la loi relative à l'audiovisuel dans son article 4.1 : « toute personne a le droit de bénéficier de communications audiovisuelles transmises par une pluralité de médias publics, commerciaux et associatifs qui soient le reflet du pluralisme idéologique, politique et culturel de la société ».

Enfin, le Conseil des ministres peut : a) confirmer la décision du Conseil de la Commission nationale de la concurrence ou b) autoriser la fusion, sans ou sous condition. Cette autorisation doit être dûment motivée par des considérations d'intérêt général autres que la concurrence.

8.3.3. Les interactions entre la réglementation applicable aux médias et le droit de la concurrence

Comme nous l'avons vu plus haut, la réglementation espagnole n'établit pas de lien direct entre la réglementation spécifique des médias et le droit de la concurrence. Il est toutefois clair que le fait que le Conseil des ministres puisse intervenir dans une décision de fusion et la création d'une



nouvelle et importante autorité de régulation indépendante et plurisectorielle en 2013 rendent cette interaction possible, même si elle s'effectue de manière informelle et non normative.

8.3.4. Les organes de régulation et de contrôle et les autorités compétentes en matière de concurrence

Jusqu'en 2013, l'Espagne était le seul pays européen dépourvu d'une autorité de régulation nationale et indépendante du secteur audiovisuel. Au départ, un simple service du ministère de l'Industrie assurait le suivi des questions de radiodiffusion. Par la suite, en 2010, la loi relative à l'audiovisuel avait défini une nouvelle autorité de régulation indépendante de l'audiovisuel. Mais les dissensions politiques avaient empêché sa mise en place sous la forme d'une instance officielle instituée par la loi.

Le parti conservateur avait finalement décidé de fusionner les autorités de régulation qui existaient déjà dans le domaine des télécommunications, de l'énergie et de la concurrence, en créant la Commission nationale des marchés et de la concurrence (*Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*, CNMC) en 2013³⁹³. Certaines compétences en matière audiovisuelle, qui concernaient tout spécialement les restrictions applicables au contenu et à la publicité, lui avaient été attribuées, mais pas celles qui portaient sur l'octroi des licences ou sur le contrôle de la concentration et de la propriété des médias³⁹⁴. Le gouvernement avait justifié la création de cette nouvelle instance plurisectorielle indépendante par un souci de réduction des coûts budgétaires. La CNMC devrait être indépendante, mais le gouvernement nomme l'ensemble de ses 10 membres pour un mandat de six ans et le Parlement dispose uniquement d'un droit de veto sur ces nominations.

La CNMC tient lieu de « super-régulateur », puisque plusieurs secteurs économiques et domaines d'intérêt relèvent de sa compétence. Il n'existe par conséquent pas d'autorité indépendante chargée uniquement des questions relatives aux médias. Le fait que la réglementation des médias et des questions générales de concurrence sur le marché aient été fusionnées peut nuire à l'élaboration d'une politique claire et spécifique en matière de liberté d'expression et de pluralisme des médias. Ni la réglementation, ni la CNMC n'établissent de lien particulier entre les médias et la concurrence. Les particularités des marchés des médias ne sont par conséquent pas prises en compte. Cette question a d'ailleurs été soulevée par la Cour suprême espagnole, qui, à l'occasion d'un renvoi préjudiciel, a demandé à la Cour de justice de l'Union européenne si ce « super-régulateur » créé par la loi relative à la CNMC pouvait être jugé compatible avec le droit de l'Union européenne et si son indépendance était menacée³⁹⁵.

³⁹³ *Ley 3/2013 de la de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 4 de junio 2013* (loi n° 3/2013 relative à la création de la Commission nationale des marchés et de la concurrence du 4 juin 2013), <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-5940>. *Real Decreto 657/2013 por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 30 de agosto 2013* (décret-royal n° 657/2013 d'approbation des dispositions organiques de la Commission nationale des marchés et de la concurrence du 30 août 2013), https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-9212.

³⁹⁴ F. J. Cabrera, « Création de la Commission nationale des marchés et de la concurrence ». IRIS 2014-2:1/16, <http://merlin.obs.coe.int/article.php?id=14553>.

³⁹⁵ R. Muñoz, « El Supremo cuestiona la legalidad de la CNMC y pide opinión a la UE », *El País*, 23 juillet 2015, http://economia.elpais.com/economia/2015/07/22/actualidad/1437562895_956039.html.



Le 19 octobre 2016, la Cour de justice de l'Union européenne a conclu que la Directive 2002/21/CE telle que modifiée (directive « cadre »)³⁹⁶ devait s'interpréter comme n'interdisant pas, en principe, qu'une législation nationale prévoie la fusion d'une autorité de régulation nationale avec d'autres autorités de régulation nationales, comme les autorités chargées de la concurrence, du secteur postal et du secteur de l'énergie, en vue de créer une instance réglementaire plurisectorielle compétente, notamment, dans les domaines d'attribution des autorités réglementaires nationales, sous réserve que dans l'exercice de ses fonctions, cette instance respecte les exigences de compétence, d'indépendance, d'impartialité et de transparence énoncées par la directive et qu'une voie de recours effective soit prévue contre ses décisions devant une instance indépendante des parties concernées, question sur laquelle il appartient à la juridiction nationale de statuer³⁹⁷.

8.4. Les principales décisions

Avant même que le Parlement avalise les nouveaux plafonds plus souples en matière de propriété des médias en fonction des taux d'audience de 2009, certains opérateurs commerciaux avaient déjà engagé des négociations en vue d'une fusion. La crise économique espagnole qui a débuté en 2008 a laminé le financement par la publicité. Plusieurs radiodiffuseurs commerciaux se sont par conséquent retrouvés dans des situations particulièrement périlleuses, notamment ceux qui avaient fait leur apparition avec la télévision numérique terrestre. Dans la mesure où la loi relative à l'audiovisuel rendait impossible la fusion des deux principaux opérateurs de radiodiffusion *Antena 3* et *Telecinco* car leur taux d'audience aurait été supérieur au plafond fixé à 27 %, la logique économique imposait une fusion ou une acquisition entre les grands acteurs et les acteurs plus modestes du secteur. Peu de temps après, le groupe *PRISA*, le leader espagnol sur les marchés de la presse et de la radio et propriétaire de la chaîne de télévision *Cuatro*, avait décidé en décembre 2009 d'engager des négociations en vue d'une fusion entre sa modeste chaîne gratuite *Cuatro* et *Telecinco* de *Mediaset*. L'ancienne autorité de la concurrence, la CNC (*Commission nationale de la Competencia*), exerçait encore ses fonctions et avait approuvé la fusion en octobre 2010. Cette fusion était toutefois soumise à l'engagement pris par *Telecinco* de restreindre sa mainmise sur les marchés de la publicité télévisuelle, de la télévision terrestre gratuite et des contenus audiovisuels³⁹⁸.

Pour ce qui est du marché de la publicité, *Telecinco* avait accepté de ne pas commercialiser dans une même offre commerciale l'espace publicitaire des deux chaînes gratuites qui réalisent le meilleur taux d'audience, sous la condition supplémentaire que le taux d'audience cumulé des deux chaînes proposées dans l'offre commerciale ne soit pas supérieur à 22 %. *Telecinco* ne pouvait pas

³⁹⁶ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0021>, telle qu'amendée par la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, <http://data.europa.eu/eli/dir/2009/140/oj>.

³⁹⁷ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (deuxième chambre), affaire C-424/15, 19 octobre 2016, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=CNMC&docid=184670&pageIndex=0&doclang=FR&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=404152%20-%20ctx1#ctx1>.

³⁹⁸ C-020-10-Telecinco/Cuatro, *Resumen Informe Propuesta C-230* (Résumé du projet de résolution C-230), <https://www.cnmc.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=25260>.



non plus définir une politique tarifaire établissant des liens entre les diverses offres publicitaires. Telecinco avait par ailleurs renoncé à étendre son offre de chaînes de la télévision gratuite en louant les services des opérateurs tiers de la TNT. Il avait accepté de ne pas bloquer les améliorations qualitatives que ses concurrents pourraient vouloir mettre en place, notamment La Sexta, avec qui il allait partager de nombreuses chaînes de la TNT jusqu'en 2015. Telecinco avait accepté les conditions visant à atténuer sa position dominante sur le marché en tant qu'acheteur de contenus audiovisuels en limitant à trois ans la durée des contrats d'acquisition de contenus en exclusivité, comme les films et les séries, afin que ces contenus soient régulièrement remis sur le marché. Il acceptait en outre de réduire à cinq ans la période d'exploitation exclusive d'une œuvre cinématographique. La chaîne s'était également engagée à exclure le moins possible les producteurs nationaux de programmes télévisuels en tant que fournisseurs de programmes.

Deux ans plus tard, le 6 février 2013, la CNC avait conclu que *Mediaset España Comunicación, S.A.* (propriétaire de *Telecinco*) n'avait pas respecté ses engagements et qu'il avait de ce fait porté gravement atteinte à l'article 62.4.c) de la loi espagnole n° 15/2007 du 3 juillet 2007 relative à la concurrence. *Mediaset* s'était par conséquent vu infliger en vertu de l'article 63.1.c) de cette même loi une amende de 15,6 millions EUR. *Mediaset* n'avait pas respecté l'obligation faite aux sociétés de publicité *Publiespaña* et *Publimedia* d'avoir une gestion distincte l'une de l'autre, puisque les organes de direction de ces deux sociétés étaient composés des mêmes personnes. *Mediaset* avait sans aucun motif différé sa décision de renoncer à ses droits de préemption pour l'acquisition de contenus audiovisuels et avait également retardé ou omis l'octroi de droits d'option pour l'ajustement des modalités du contrat en vigueur. Il avait en outre inséré des clauses abusives dans certains contrats portant sur l'acquisition de contenus audiovisuels. La CNC avait tout d'abord démontré que *Mediaset* n'avait pas respecté son engagement pris à l'égard du marché publicitaire en mettant en œuvre une stratégie qui visait dans les faits à lier la vente de temps publicitaire sur ses différentes chaînes. Cette stratégie avait en outre été renforcée par la récente mise en place par *Mediaset* d'un nouveau modèle de commercialisation d'espaces publicitaires³⁹⁹.

L'Autorité anticartel espagnole avait par la suite infligé à *Telecinco* une nouvelle amende de 3 millions EUR en 2015. La Commission nationale des marchés et de la concurrence avait annoncé qu'elle avait constaté de nouvelles infractions en matière de publicité aux termes de l'accord de 2010 qui avait permis la fusion entre la chaîne *Telecinco de Mediaset España* et la chaîne *Cuatro*. Plus précisément, la Commission avait estimé que *Mediaset* avait enfreint les principes de l'accord relatifs à l'indépendance de la publicité. En vertu de cet accord, il était interdit à *Mediaset* de procéder à la commercialisation commune de la publicité sur les chaînes nouvellement réunies ou d'exiger l'achat d'un volume publicitaire minimum par les chaînes. L'Autorité anticartel soutenait que, de février 2013 à mars 2014 au moins, *Mediaset España* avait exigé l'achat d'un volume publicitaire minimum par les chaînes, en violation de l'accord⁴⁰⁰. *Mediaset España* a contesté devant les juridictions ordinaires et supérieures le bien-fondé des amendes infligées par la CNMC.

La Sexta et *Antena 3* étaient quant à elles parvenues après deux ans de négociations à conclure un accord définitif en 2011. A l'issue de l'examen de cette fusion en juillet 2012, la CNC

³⁹⁹ F. J. Cabrera, « Amende infligée à Mediaset pour non-respect des engagements pris dans le cadre de la fusion entre Telecinco et Cuatro », IRIS 2013-3:1/12, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2013/3/article12.fr.html>.

⁴⁰⁰ CNMC, *Resolución del Consejo, VC/0230/10 Telecinco /Cuatro de 21 de febrero 2014* (Résolution du Conseil du 21 février 2014 relative à Telecinco/Cuatro), <https://www.cnmc.es/es-es/Competencia/Buscadores/Expedientes?num=VC%2f0230%2f10&ambito=Vigilancia>.



avait imposé des conditions plus strictes que celles relatives à la fusion entre *Telecinco* et *Cuatro*⁴⁰¹. L'autorité de la concurrence craignait au moment de cette fusion qu'*Antena 3* renforce sa place sur le marché de la publicité télévisuelle et que cette situation se traduise dans les faits par la création d'un duopole entre *Antena 3* et *Telecinco*, ce qui aurait permis à ces deux groupes de contrôler plus de 85 % des investissements publicitaires du secteur de la radiodiffusion. En conséquence, *La Sexta* et *Antena 3* avaient annoncé leur décision d'abandonner la fusion du fait de sa faible rentabilité compte tenu des conditions plus strictes imposées par la CNC. Peu de temps après, le 24 août 2012, alors que la fusion était examinée par le Conseil des ministres, le gouvernement avait décidé pour des raisons d'intérêt général d'assouplir les obligations imposées par la CNC de manière à ce qu'elles soient similaires aux exigences prévues dans le cadre de la fusion entre *Cuatro* et *Telecinco*, à savoir des restrictions en matière de publicité télévisuelle et d'acquisition de contenus audiovisuels⁴⁰². La fusion s'était finalement réalisée en octobre 2012. Le marché espagnol de la radiodiffusion est depuis cette date un duopole constitué par deux grands acteurs du secteur, *A3Media* et *Mediaset*, et un ensemble de petites sociétés qui, soit louent leurs chaînes à des contenus destinés aux chaînes américaines, soit tentent de survivre malgré des taux d'audience particulièrement faibles.

La Commission nationale des marchés et de la concurrence (CNMC) avait prolongé de deux ans les conditions dans lesquelles l'accord de fusion entre *Antena 3* et *La Sexta* avait été autorisé par le Conseil des ministres le 24 août 2012⁴⁰³. A l'issue de cette période, la CNMC devait évaluer, d'une part, si cette fusion avait engendré une modification significative des marchés concernés et, d'autre part, s'il y avait lieu de maintenir, d'ajuster ou de supprimer ces conditions pour une période supplémentaire de deux ans. La CNMC a estimé que la concurrence sur le marché espagnol de la publicité télévisuelle ne s'était pas améliorée depuis l'autorisation de la fusion et que cette situation tenait dans une large mesure au duopole du marché de la publicité télévisuelle. Dans les faits, la CNMC a conclu six mois plus tard que ces engagements n'avaient pas été respectés en 2014 et qu'*Antena 3* avait par conséquent porté gravement atteinte à l'article 62.4.c) de la loi espagnole n° 15/2007 du 3 juillet 2007 relative à la concurrence (*Ley de la Competencia*⁴⁰⁴). L'amende infligée à *Antena 3* s'est élevée à 2,8 millions EUR.

8.5. Le débat actuel

La réforme de la réglementation relative à la propriété des médias ne donne pas lieu à un vif débat dans l'Espagne actuelle, bien qu'un parti créé récemment, *Podemos* (« Nous pouvons »), ait présenté

⁴⁰¹ C-0432/12, *Antena 3/La Sexta* (Résumé du projet de résolution C-0432/12),

<https://www.cnmc.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=203934>.

⁴⁰² Ministerio de Economía y Competitividad, Acuerdo por el que se autoriza la operación de concentración económica Antena 3/la Sexta y se imponen condiciones a la misma de 27 de agosto 2012 (Ministère de l'Économie et de la Concurrence, Accord autorisant la transaction économique de concentration entre Antena 3/La Sexta et les conditions imposées, 27 août 2012), <https://www.cnmc.es/desktopmodules/buscadorexpedientes/mostrarfichero.aspx?dueno=1&codigoMetadato=211819>

⁴⁰³ E. Enrich, « La CNMC prolonge les conditions imposées à la fusion entre Antena 3 et La Sexta », IRIS 2015-8:1/13, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2015/8/article13.fr.html>.

⁴⁰⁴ CNMC, « La CNMC sanciona con 2,8 millones de euros a Atresmedia por incumplir las condiciones de fusión de Antena 3 y la Sexta », Nota de prensa de 18 de noviembre 2015 (CNMC, Atresmedia se voit infliger une amende de 2,8 millions EUR par la CNMC pour violation des conditions de la fusion d'Antena 3 et de La Sexta, communiqué de presse du 18 novembre 2015) https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/notasdeprensa/2015/COMPETENCIA/20151118_NP_Sancionador_Atresmedia-dcv.pdf.



une série d'initiatives en ce sens au Parlement en avril 2016⁴⁰⁵. La dissolution du Parlement et la tenue de nouvelles élections le 26 juin 2016 en ont empêché la poursuite.

Les entreprises du secteur considèrent de plus en plus qu'il faut une nouvelle définition convergente des médias, et ce davantage pour des raisons économiques que pour une question de pluralisme des médias. L'Association des radiodiffuseurs privés espagnols (UTECA) milite en faveur de l'extension de certaines dispositions réglementaires aux nouveaux opérateurs OTT, comme *Netflix*, *Amazon* ou *iTunes*. Elles demandent l'uniformisation des obligations imposées aux opérateurs OTT en les mettant sur un pied d'égalité au moyen d'une réglementation neutre. Le président de l'UTECA a précisé à ce sujet que « les opérateurs privés sont soumis à un certain nombre d'obligations ou de restrictions qui entravent l'activité de distribution des contenus audiovisuels et défavorisent au final les autres modèles de distribution de la TNT »⁴⁰⁶.

8.6. Les restrictions et les obstacles spécifiques en matière de propriété des médias

Un certain nombre de contraintes imposées aux ressortissants de pays qui ne sont pas membres de l'Union européenne ont été mises en place depuis l'adoption de la loi n° 10/188 relative à la télévision privée. La dernière réforme prévue par la loi n° 7/2010 relative à l'audiovisuel autorise les ressortissants de pays qui ne sont pas membres de l'Union européenne à acquérir de nouvelles parts de capital uniquement si un accord de réciprocité a été conclu avec le pays d'origine. Le texte précise par ailleurs que les personnes physiques ou morales de pays qui ne sont pas membres de l'Union européenne sont autorisées à détenir directement ou indirectement un maximum de 50 % des parts du capital du titulaire d'une licence de radiodiffusion.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ F. Manetto, « *Podemos propone limitar la concentración de medios audiovisuales* », (Podemos propose de fixer des limites à la concentration des médias audiovisuels, *El País*, 29 avril 2016),

http://politica.elpais.com/politica/2016/04/28/actualidad/1461871447_009236.html.

⁴⁰⁶ UTECA, « Alejandro Echevarría reclama la actualización de la normativa audiovisual y la equidad en el tratamiento de las distintas plataformas », Nota de prensa de 31 de mayo 2015 (UTECA, Alejandro Echevarría exige une mise à jour de la réglementation audiovisuelle et une égalité de traitement pour les différentes plateformes de télévision, communiqué de presse du 31 mai 2015), <http://uteca.tv/download.php?cp=120>.

⁴⁰⁷ Pour de plus amples informations voir :

W. Closs et S. Nikoltchev, « La télévision et la concentration des médias - Modèles de réglementation aux niveaux national et européen ». IRIS Spécial, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2001.

M. Fernández, « Independent Audiovisual Regulator in Spain: A unique Case in Europe » International Journal of Communication 10 (2016), pages 359 à 376 (uniquement en anglais), <http://ijoc.org/index.php/ijoc/article/view/3845>.

C. Llorens, « Spain's Media Concentration Policy: A Patchwork Crucial to the Understanding of the Spanish Media System », International Journal of Communication 4 (2010), pages 844 à 864 (uniquement en anglais). <http://ijoc.org/ojs/index.php/ijoc/article/viewFile/791/462>.

C. Llorens, V. Luzón et H. Grau, « Mapping Digital Media — Spain » (uniquement en anglais). Opens Society, London, Open Society Foundations. 2013, page 129. <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/mapping-digital-media-spain-20131023.pdf><https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/mapping-digital-media-spain-20131023.pdf>.

J. L. Manfredi, JM. Herranz, et S. de la Sierra, « Media Pluralism in Spain. A Test implementation of the Media Pluralism Monitor 2015 » (uniquement en anglais). Centre pour le pluralisme des médias de l'Institut universitaire européen de Florence. <http://monitor.cmpf.eui.eu/mpm2015/results/spain/>.





9. La concentration des médias en Pologne

Krzysztof Wojciechowski, *Telewizja Polska*

9.1. Le contexte constitutionnel

La Constitution de la République de Pologne de 1997⁴⁰⁸ garantit à la fois la liberté d'expression et des médias et la liberté d'exercer des activités économiques. En outre, les dispositions relatives au Conseil national de la radiodiffusion (*Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji - KRRiT*), érigent expressément l'intérêt général en matière de radiodiffusion en principe constitutionnel.

En vertu de l'article 54, alinéa 1, de Constitution, « toute personne a droit à la liberté d'expression et à la liberté de recevoir et de diffuser des informations » ; l'alinéa 2 de ce même article précise que « la censure préventive des médias et la concession de la presse sont interdites ». « L'obligation d'obtenir une concession en vue de gérer une station de radiodiffusion ou de télévision peut [cependant] être prévue par la loi ». L'article 14 de la Constitution indique que « la République de Pologne garantit la liberté de la presse et des autres médias ».

Conformément à la doctrine et à la jurisprudence, la liberté d'expression (article 54 de la Constitution) comprend trois libertés interdépendantes : a) la liberté d'exprimer des opinions ; b) la liberté de recevoir des informations ; et c) la liberté de communiquer des informations. La liberté d'expression présente la double nature d'une liberté individuelle dans la vie privée et d'une liberté politique dans la sphère publique. Ce dernier aspect revêt une importance fondamentale puisqu'il est lié à l'article 14 de la Constitution (liberté des médias) et, en tant que tel, va au-delà de la liberté des citoyens, en devenant un « principe du système étatique » et une « garantie institutionnelle »⁴⁰⁹.

Le Tribunal constitutionnel (*Trybunał Konstytucyjny*) estime que le principe du système étatique peut également être source d'obligations positives pour l'Etat. Il importe que l'Etat

⁴⁰⁸ La *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* du 2 avril 1997, disponible en français sur :

<http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/francuski/kon1.htm>.

⁴⁰⁹ Arrêt du Tribunal constitutionnel (*Trybunał Konstytucyjny* – TK) n° K 9/11 du 20 juillet 2011, <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?sprawa=7034&dokument=6861>, une traduction de l'arrêt en anglais est disponible sur : http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_09_11_EN.pdf ; arrêt n° P 10/06 du TK du 30 octobre 2006 ; arrêt n° P 2/03 du TK du 5 mai 2004, <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?cid=1&dokument=661&sprawa=2622>, un résumé en anglais est disponible sur : http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/P_2_03_GB.pdf ; P. Sarnecki, Observations sur l'article 54 dans : L. Garlicki (éd.), « *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* », Varsovie 2003 ; W. Sokolewicz, « *Prasa i Konstytucja* », Varsovie 2011 ; W. Sokolewicz, « *Wolność prasy i jej konstytucyjne ograniczenia* », *Państwo i Prawo* 2008/6, p. 22 à 37. J. Sadowski, Observations sur l'article 14 dans : M. Saffjan et L. Bosek (éd.), « *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86* », Varsovie 2016.



garantisse cette liberté non seulement en s'abstenant de toute forme d'ingérence, mais également en prenant les mesures qui s'imposent pour contrer toute menace qui pèserait sur la liberté des médias⁴¹⁰. Ce principe concerne en particulier les mesures réglementaires, ainsi que les mesures d'organisation et de contrôle, qui visent à garantir le pluralisme des médias, parmi lesquelles figurent les mesures prises au titre du droit de la concurrence pour prévenir toute concentration excessive sur le marché des médias⁴¹¹.

A ce propos, le rôle joué par le KRRiT se révèle lui aussi important. Le KRRiT est un organe constitutionnel chargé de veiller au respect de « la liberté d'expression, de l'exercice du droit à l'information, de l'intérêt général dans le domaine de la radiodiffusion et de la télévision » (article 213, alinéa 1, de la Constitution). Cette disposition est précisée par l'*ustawa o radiofonii i telewizji*, la loi relative à la radiodiffusion de 1992⁴¹², à l'article 6, alinéa 1, en vertu duquel le KRRiT «[...] protège l'indépendance des prestataires de services de médias et l'intérêt général, et garantit l'ouverture et le pluralisme de la radiodiffusion radiophonique et télévisuelle ».

Le souci de l'intérêt général dans la radiodiffusion, que l'article 213(1) de la Constitution érige en principe constitutionnel, s'accompagne du pluralisme des médias, qu'il s'agisse d'un pluralisme externe ou interne. Le pluralisme interne concerne tout particulièrement la radiodiffusion de service public⁴¹³. La mission de service public énoncée par la Constitution est une composante du souci de l'intérêt général dans la radiodiffusion et relève de la compétence constitutionnelle du KRRiT⁴¹⁴.

La liberté d'exercer une activité économique et le droit de propriété sont également protégés par la Constitution. En vertu de l'article 20 de la Constitution, « l'économie sociale de marché fondée sur la liberté de l'activité économique, sur la propriété privée et la solidarité, le dialogue et la coopération entre les partenaires sociaux, constitue le fondement du système économique de la République de Pologne ».

Les restrictions à la liberté d'exercer une activité économique et au droit de propriété sont autorisées par la Constitution, mais ne peuvent être imposées qu'au moyen de la loi et doivent par ailleurs satisfaire à un critère de proportionnalité⁴¹⁵. Il en va de même pour la liberté d'expression.

⁴¹⁰ Arrêt n° P 10/06 du TK du 30 octobre 2006, <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?cid=1&dokument=827&sprawa=4155>.

⁴¹¹ J. Sadowski, Observations sur l'article 14 : M. Safjan et L. Bosek (éd.), « *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz do art. 1-86* », Varsovie 2016.

⁴¹² La loi du 29 décembre 1992, telle que modifiée. Une traduction anglaise de la loi relative à la radiodiffusion est disponible sur : http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/angielska/ustawa-o-radiofonii-i-telewizji-2016-eng.pdf.

⁴¹³ Résolution n° W 6/95 du TK du 13 décembre 1995, <http://prawo.money.pl/orzecznictwo/trybunal-konstytucyjny/uchwala;zdnia;1995-12-13,w,6,95,228,orzeczenie.html>.

⁴¹⁴ Arrêt n° K 2/03 du TK du 9 septembre 2004, <http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/Sprawa?cid=1&dokument=440&sprawa=2593>, résumé en anglais : http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_2_03_GB.pdf.

⁴¹⁵ Article 22 (liberté d'exercer une activité économique), article 64, alinéa 3 (droit de propriété), article 31, alinéa 3 (critère de proportionnalité des restrictions aux droits constitutionnels et aux libertés fondamentales).



9.2. Les marchés convergents de l'audiovisuel et des médias

9.2.1. La définition classique des marchés

La définition des marchés des médias diffère en fonction des textes de loi qui l'énoncent. Seule la loi relative à la radiodiffusion traite spécifiquement, mais de manière limitée, de la prévention de la concentration des médias dans ses dispositions relatives aux licences de radiodiffusion. Ces dispositions n'utilisent pas une terminologie cohérente pour définir les marchés en question. Ainsi, le texte évoque le motif de refus de l'octroi d'une licence de radiodiffusion que constitue la « position dominante de l'auteur de la demande dans les médias de masse, dans une zone donnée » sans mentionner le droit de la concurrence (article 36, alinéa 2, de la loi relative à la radiodiffusion). Mais lorsqu'elle aborde la question du retrait d'une licence ou du refus de transfert d'une licence, la loi relative à la radiodiffusion prévoit le motif de « position dominante dans les médias de masse sur le marché pertinent » au sens du droit de la concurrence (article 38, alinéa 2 et 3 et article 38a (3) (1) de la loi relative à la radiodiffusion). Cette différence de terminologie permet des interprétations différentes et rend d'autant plus difficile l'application de ces dispositions.

Le KRRiT a retenu dans sa Stratégie réglementaire pour 2011-2013 la définition des marchés des médias énoncée par ces dispositions, en tenant compte de la fonction différente du droit des médias et du droit de la concurrence. Les termes « médias de masse » désignent l'ensemble du secteur des médias, à savoir la radio, la télévision, la presse et les médias en ligne, ce qui permet une approche plus large que celle habituellement prise en compte par le droit de la concurrence. Le KRRiT a par ailleurs reconnu l'inefficacité des dispositions visant à prévenir la concentration des médias, notamment du fait de l'absence de définition précise de la formule « position dominante dans les médias de masse » et de l'impossibilité pour le KRRiT, faute de compétence dans ce domaine, de recueillir les informations indispensables pour pouvoir apprécier la concentration des médias⁴¹⁶.

Le KRRiT a rappelé dans sa Stratégie réglementaire pour la période 2014-2016 le caractère limité de ses attributions légales en matière de concentration des médias et a précisé qu'aucun radiodiffuseur radiophonique ou télévisuel ne dispose d'une part de marché qui permet d'indiquer sa position dominante sur le marché de la radio ou de la télévision. Il s'agit là d'une approche apparemment plus étroite de la définition des marchés retenue par le régulateur, puisqu'elle distingue le marché de la télévision de celui de la radio, au lieu de prendre en compte les médias de masse dans leur ensemble. Le KRRiT reconnaît que le marché de la télévision présente un caractère oligopolistique et concède que la diminution progressive des parts de marché des trois principaux groupes de médias⁴¹⁷ est le signe d'une concentration moyenne des médias. Le KRRiT estime toutefois qu'un radiodiffuseur peut toujours parvenir à limiter la concurrence au moyen, par exemple, d'une intégration verticale avec les opérateurs de plateformes, de tarifs publicitaires particulièrement attractifs ou d'ententes sur les prix. L'évaluation de ces pratiques relève des compétences de l'*Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (l'Office de protection de la concurrence et des consommateurs – UOKiK). Le KRRiT a par ailleurs observé que les dispositions

⁴¹⁶ KRRiT, *Strategia regulacyjna na lata 2011-2013*, Varsovie, 1^{er} mars 2011, p. 57 à 59 : www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/pliki/publikacje/strategie/strategia_110420.pdf.

⁴¹⁷ 66,7 % en 2012 contre 81,7 % en 2006.



visant à prévenir la concentration des médias énoncées par la loi relative à la radiodiffusion ne sont pas compatibles avec le droit de la concurrence. Il a déclaré qu'il proposerait une harmonisation de ces dispositions et qu'il s'efforcera de renforcer sa coopération avec l'UOKiK et l'*Urząd Komunikacji Elektronicznej* (Office des communications électroniques – UKE) afin de lutter contre la concentration des fournisseurs de services de médias et des opérateurs de plateformes⁴¹⁸.

La doctrine souligne les différentes définitions des marchés des médias retenues par les dispositions visant à prévenir la concentration des médias de la loi relative à la radiodiffusion. Le marché des « moyens de médias de masse », tel que le désignent les motifs de refus d'octroi d'une licence de radiodiffusion (article 36 (2) (2) de la loi relative à la radiodiffusion) s'entend comme le marché de l'ensemble des services de médias de masse, parmi lesquels figurent la radio, la télévision et les médias de masse en ligne. Dans ce cas de figure, la définition d'un marché pertinent donnée par le droit de la concurrence n'est pas applicable⁴¹⁹. Pour ce qui est du retrait d'une licence ou du refus de transfert d'une licence, prévu par l'article 38 (2) (3) et par l'article 38a (3) (1) de la loi relative à la radiodiffusion, la position dominante dans les médias de masse doit être appréciée au sens de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs (*ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*)⁴²⁰. En conséquence, un « marché pertinent » doit s'entendre comme « un marché de marchandises qui, en raison de leur utilisation prévue, de leur prix et de leurs caractéristiques, y compris qualitatives, sont considérées par les acheteurs comme des produits substituables et sont proposées dans une zone où, compte tenu de la nature et des caractéristiques de ces produits, d'obstacles sur le marché, des préférences des consommateurs, des différences significatives de prix et des coûts de transport, les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes » (article 4, alinéa 9, de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs. Sur la base de cette définition, le marché pertinent des médias est apprécié au cas par cas.

Les définitions des marchés des médias dans le droit de la concurrence, qui découlent de la jurisprudence, se fondent sur une approche étroite. Les secteurs des médias, tels que la presse, la radio et la télévision, sont considérés comme des marchés distincts, puis subdivisés en marchés plus spécifiques, souvent en fonction des décisions prises au titre du droit de la concurrence de l'Union européenne⁴²¹. Le secteur de la radiodiffusion télévisuelle se subdivise par conséquent en deux marchés distincts, à savoir le marché de la télévision à péage et le marché de la télévision à accès libre⁴²². Dans un certain nombre d'affaires portant sur les relations entre les radiodiffuseurs de chaînes à péage et les opérateurs de la télévision à péage (principalement du câble), l'UOKiK et les juridictions compétentes ont identifié au sein du marché national de la télévision à péage la présence de plusieurs marchés nationaux distincts pour la distribution de gros des chaînes thématiques payantes diffusées en polonais. Il s'agit respectivement des chaînes consacrées aux

⁴¹⁸ KRRiT, *Strategia regulacyjna na lata 2014-2016*, Varsovie, 18 mars 2014, p. 11 et 25 :

http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/Portals/0/sprawozdania/strategia_final.pdf

⁴¹⁹ S. Piątek (éd.), W. Dziomdziora et K. Wojciechowski, *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz*, Varsovie 2014, p. 385.

⁴²⁰ Loi du 16 février 2007. Une traduction anglaise du texte est disponible sur : https://www.uokik.gov.pl/competition_protection.php.

⁴²¹ Voir, par exemple, la Décision n° DKK-100/2013 de l'UOKiK du 31 juillet 2013, relative à la fusion entre Burda International et G+J, http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/8354D826BA7A8D86C1257EC6007BA0C7?editDocument&act=Decyzja, qui évoque les décisions rendues par la Commission européenne dans les affaires n° IV/M.1401, du 1^{er} février 1999, *Recoletos/Uniseda* et n° IV/M.665, du 29 novembre 1995, *Havas/Groupe de la Cité*.

⁴²² Décision n° DDI-110/2002 de l'UOKiK du 16 décembre 2002, *TVP Advertising*,

http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/0B9BD1D24378987EC1257EC6007B96C9?editDocument&act=Decyzja.



actualités, aux divertissements, aux films, aux sports, à la musique, aux enfants, à la science et à la nature, et à la météo. Le marché des chaînes généralistes de télévision à péage diffusées en polonais est lui aussi considéré comme un marché distinct⁴²³.

De la même manière, la jurisprudence relative à la presse écrite a retenu une définition tout aussi étroite du marché. Ainsi, le marché (national ou local) des quotidiens se distingue du marché des magazines (périodiques). Chacun de ces marchés se compose de sous-marchés plus spécifiques. La jurisprudence établit une distinction entre, d'une part, le marché national des quotidiens tabloïdes et le marché national des quotidiens sportifs et, d'autre part, le marché de la presse financière et généraliste⁴²⁴. Pour ce qui est des marchés des magazines, ces marchés nationaux ont été classés en plusieurs catégories : les magazines féminins de luxe, les revues féminines, les magazines d'architecture et de décoration d'intérieur, les magazines de loisirs et de sciences, ainsi que les magazines consacrés à la santé⁴²⁵.

La jurisprudence donne une définition large du marché des services d'accès à la télévision à péage qui englobe les services de la télévision par câble (CATV), des plateformes par satellite et des opérateurs d'IPTV⁴²⁶. Toutefois, compte tenu de la différence de portée des réseaux câblés et des plateformes par satellite, la couverture géographique de ces marchés est appréciée différemment pour chacun d'entre eux – de manière locale (villes concernées) lorsqu'il s'agit du câble et sur le plan national pour les plateformes par satellite, ce qui entraîne d'importantes conséquences pratiques en cas de fusion dans ces secteurs⁴²⁷.

⁴²³ Arrêt n° XVII Ama 71/05 rendu par le *Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Tribunal de la protection de la concurrence et des consommateurs – SOKiK) le 14 septembre 2006, *TVN24/TVNMetro*; arrêt n° XVII Ama 107/07 rendu par le SOKiK le 28 novembre 2008, *Animal Planete*; Décision n° DKK-24/10 de l'UOKiK du 9 mars 2010, *Polsat JimJam*, [http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/742A93121911461CC1257EC6007B8E83/\\$file/Decyzja%20DKK-24%202010%20z%20dnia%209%20marca%202010.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/742A93121911461CC1257EC6007B8E83/$file/Decyzja%20DKK-24%202010%20z%20dnia%209%20marca%202010.pdf).

⁴²⁴ Arrêt n° VI ACa 704/08 rendu par la *Sąd Apelacyjny* (Cour d'appel) à Varsovie le 20 novembre 2008 dans l'affaire *Fakt c. Super Express*, disponible sur : <http://www.infor.pl/akt-prawny/U29.2009.002.0000016.wyrok-w-prawie-z-powodztwa-media-express-sp-z-oo-w-warszawie-przeciwko-prezesowi-uokik-sygn-akt-vi-aca-70408.html>.

⁴²⁵ Décision n° DKK-100/2013 de l'UOKiK du 31 juillet 2013, *Burda International et G+*, [http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/8354D826BA7A8D86C1257EC6007BA0C7/\\$file/DKK2-421-18_13_ML-decyzja-Burda%20i%20G%2B.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/8354D826BA7A8D86C1257EC6007BA0C7/$file/DKK2-421-18_13_ML-decyzja-Burda%20i%20G%2B.pdf).

⁴²⁶ Décisions du *Sąd Antymonopolowy* (Tribunal de répression des monopoles ; à présent le SOKiK) n° XVII Ama 77/98 du 17 mars 1999 ; n° XVII Ama 30/02 du 12 août 2002 et n° XVII Ama 12/01 du 2 avril 2001 ; Décisions de l'UOKiK n° RKT-8/2005 du 24 février 2005, [http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/AF2D16FB6D9A2089C1257EC6007B7CBB/\\$file/decyzja_nr_rkt08_2005_z_dnia_24.02.05.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/AF2D16FB6D9A2089C1257EC6007B7CBB/$file/decyzja_nr_rkt08_2005_z_dnia_24.02.05.pdf) ; n° RWR-73/2005 du 28 décembre 2005,

[http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/565849024BFEA696C1257EC6007B7E71/\\$file/Decyzja_nr_RWR73_2005_z_dnia_28.12.05.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/565849024BFEA696C1257EC6007B7E71/$file/Decyzja_nr_RWR73_2005_z_dnia_28.12.05.pdf) ; n° RBG-50/2008 du 31 décembre 2008,

[http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/A5675FF564C4C9C2C1257EC6007B8DCA/\\$file/Sp%C3%B3%C5%82dzielnia%20Mieszkanowa%20w%20Lubiczu_antym_31.12.08_KB.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/A5675FF564C4C9C2C1257EC6007B8DCA/$file/Sp%C3%B3%C5%82dzielnia%20Mieszkanowa%20w%20Lubiczu_antym_31.12.08_KB.pdf) ; n° DKK-93/2012 du 14 septembre 2012,

[http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/146382E83C2AF388C1257EC6007B99E8/\\$file/Decyzja%20DKK-93.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/146382E83C2AF388C1257EC6007B99E8/$file/Decyzja%20DKK-93.pdf) et n° DKK-94/2012,

[http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/7F61A0854353D6FFC1257EC6007B99E9/\\$file/Decyzja%20DKK-94.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/7F61A0854353D6FFC1257EC6007B99E9/$file/Decyzja%20DKK-94.pdf). À l'inverse, voir la Décision n° DDI-59/2001 de l'UOKiK rendue le 10 novembre 2001 dans l'affaire *Wizja TV/UPC*,

[http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/287FEE4E121C3AD7C1257EC6007B9466/\\$file/DDI%2059_2001.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/287FEE4E121C3AD7C1257EC6007B9466/$file/DDI%2059_2001.pdf) – dans laquelle le marché de la télévision à péage numérique par satellite a été jugé pertinent pour la fusion de deux de ces plateformes.

⁴²⁷ Décision n° DKK 101/2011 de l'UOKiK du 5 septembre 2011, *UPC/Aster* ([http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/EB5F0A1B546C8B58C1257EC6007B93AC/\\$file/decyzja%20UPC.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/EB5F0A1B546C8B58C1257EC6007B93AC/$file/decyzja%20UPC.pdf)) – dans laquelle l'UOKiK, qui avait conclu que la concentration de deux grands câblodistributeurs limitait de manière significative la concurrence sur les marchés de la télévision à péage de Varsovie et de Cracovie et, par conséquent, l'avait autorisée à certaines conditions ; les décisions de l'UOKiK n° DKK-93/2012 du 14 septembre 2012, *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision* et n° DKK-94/2012, *Canal+/N-Vision* (les liens sont disponibles dans la précédente note de bas de page) – dans lesquelles la fusion de deux des trois plateformes par satellite concurrentes a



9.2.2. La définition des marchés convergents des médias

Jusqu'à présent, la convergence n'a eu aucun impact direct sur la définition du marché des médias énoncée par la loi relative aux médias. Les dispositions limitées visant à prévenir la concentration des médias que comporte la loi relative à la radiodiffusion n'ont pas été modifiées pour faire face aux problèmes particuliers qui résultent de la convergence des marchés. Toutefois, comme les dispositions mentionnent respectivement la « position dominante dans les médias de masse d'une région donnée » et la « position dominante dans les médias de masse sur un marché pertinent donné » (au sens du droit de la concurrence), les marchés des médias doivent s'entendre de façon dynamique et neutre du point de vue de la technologie, en tenant compte de l'émergence de situations nouvelles dues à la convergence. Cela se justifie d'autant plus depuis l'extension de la loi relative à la radiodiffusion en 2012 aux services de médias audiovisuels à la demande dans le cadre de la transposition en droit interne de la Directive 2010/13/UE relative aux services de médias audiovisuels.

La convergence n'a pas entraîné de modification notable de la méthodologie de la définition des marchés des médias retenue par le droit de la concurrence. La jurisprudence constate et prend bien évidemment en compte les situations nouvelles. La télévision numérique terrestre, lorsqu'elle n'est pas utilisée pour proposer des chaînes de télévision à péage, se distingue du marché des services d'accès à la télévision à péage⁴²⁸. Ce dernier est lui aussi considéré comme un marché distinct du marché de détail des services fixes d'accès à internet à haut débit, qui se distingue à son tour du marché de détail des services mobiles d'accès à internet à haut débit⁴²⁹.

Un important cas de fusion, qui concernait la prise de contrôle d'un grand opérateur de téléphonie mobile (Polkomtel) par un puissant groupe de médias (Solorz-Żak)⁴³⁰ illustre l'approche étroite et sectorielle du marché pertinent retenue dans les affaires de télécommunications. Alors que cette fusion pouvait être assimilée à une concentration significative dans le secteur convergent des médias et des télécommunications, l'UOKiK avait autorisé la transaction, considérant que cette fusion n'engendrerait pas de restriction importante de la concurrence sur les marchés identifiés des services de télécommunications mobiles. Il avait certes constaté l'impact de la fusion sur le marché de la diffusion des services de programmes par l'intermédiaire des plateformes par satellite de télévision à péage, mais il avait estimé qu'il ne présentait aucun danger pour la concurrence⁴³¹.

Un autre cas de convergence du marché concernait un accord supposé anticoncurrentiel conclu entre les principaux opérateurs de téléphonie mobile au sujet de la mise en place des services de télévision mobile DVB-H.

été évaluée sous l'angle de la télévision nationale à péage ; l'UOKiK avait conclu que cette fusion ne créerait aucune position dominante ni autre obstacle majeur en matière de concurrence. Au moment de la rédaction du présent rapport, une autre affaire de fusion des deux plus grands opérateurs du câble (UPC et Multimedia) est pendante devant l'UOKiK.

⁴²⁸ Décisions de l'UOKiK n° DKK 101/2011 du 5 septembre 2011, *UPC/Aster* (le lien figure dans la précédente note de bas de page) et n° DKK- 32/2012 du 13 avril 2012, *Multimedia/Stream* (le lien figure dans la précédente note de bas de page), http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/5425FDF830ABA398C1257EC6007B9949?editDocument&act=Decyzja.

⁴²⁹ Décisions de l'UOKiK n° DKK 101/2011 du 5 septembre 2011, *UPC/Aster* et n° DKK- 126/2011 du 24 octobre 2011, *Spartan/Polkomtel*, http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/ABFF5B1D76E3C174C1257EC6007B9761?editDocument&act=Decyzja.

⁴³⁰ La société acquéreuse, Spartan Holding, était détenue par le groupe de capitaux contrôlé par Zygmunt Solorz-Żak, qui comprenait notamment une importante chaîne de télévision nationale privée (Polsat) et d'autres chaînes de télévision, la plateforme de télévision par satellite Cyfrowy Polsat et certains des principaux services de VoD (Ipla/Iplex).

⁴³¹ Décision n° DKK- 126/2011 de l'UOKiK du 24 octobre 2011, *Spartan/Polkomtel*, voir ci-dessus.



La décision rendue par l'autorité de la concurrence, qui avait constaté cette pratique⁴³², a été annulée par le Tribunal de la protection de la concurrence et des consommateurs (SOKiK) ; celui-ci a en effet estimé que les mesures prises ne constituaient pas un accord ayant pour effet de restreindre la concurrence et n'allaient pas au-delà de la coopération autorisée, avec le consentement de l'UOKiK, pour la création du nouvel opérateur par les opérateurs concernés⁴³³. Les marchés identifiés dans l'affaire, tant par l'autorité de la concurrence que par le tribunal étaient 1) le marché national de détail de la téléphonie mobile et 2) le marché national de gros des services de télévision mobile utilisant la technologie DVB-H.

9.3. La législation visant à prévenir la concentration des médias

9.3.1. La législation applicable : la réglementation spécifique au secteur des médias

La réglementation visant à prévenir la concentration des médias en Pologne est limitée ; elle est uniquement applicable au domaine de la radiodiffusion en cas d'octroi, de retrait et de transfert d'une licence de radiodiffusion.

Le texte de loi fondamental applicable à l'ensemble des médias, l'*ustawa Prawo prasowe* (loi relative à la presse) de 1984⁴³⁴, ne comporte aucune disposition particulière visant à prévenir la concentration des médias. L'obligation d'enregistrement auprès d'un tribunal de l'activité de publication d'un quotidien ou d'un périodique⁴³⁵, qui s'applique aussi bien à la presse écrite qu'à la presse en ligne, n'a en l'espèce aucune pertinence. La presse écrite et les médias électroniques autres que la radiodiffusion ne sont par conséquent soumis à aucune disposition visant à prévenir spécifiquement la concentration des médias ou à limiter la part de capitaux étrangers, ni à aucune obligation légale particulière en matière de transparence de la propriété des médias (en dehors des dispositions générales applicables à toute société).

Les dispositions spécifiques au secteur qui visent à prévenir la concentration des médias figurent dans la loi relative à la radiodiffusion de 1992. Une licence de radiodiffusion ne doit pas être attribuée dès lors que la transmission d'un service de programme par l'auteur de la demande est susceptible de placer ce dernier dans une position dominante à l'égard des médias de masse d'une région donnée⁴³⁶. De même, une licence de radiodiffusion peut être révoquée lorsque la transmission d'un service de programme permet à un radiodiffuseur de bénéficier d'une position dominante dans les médias de masse d'un marché pertinent donné, tel que défini par la

⁴³² Décision n° DOK -8/2011 de l'UOKiK du 23 novembre 2011,

[http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/AA4443CB93A73FB2C1257EC6007B9768/\\$file/decyza%20DOK-8_2011.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/AA4443CB93A73FB2C1257EC6007B9768/$file/decyza%20DOK-8_2011.pdf).

⁴³³ Décision de justice n° XVII AmA 112/12, rendue par le SOKiK le 19 juin 2015,

[http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/wyroki.nsf/0/46D4DD45E3A04874C1257F4E004A3DA5/\\$file/XVII%20ama%20112-12%20Polkomtel.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/wyroki.nsf/0/46D4DD45E3A04874C1257F4E004A3DA5/$file/XVII%20ama%20112-12%20Polkomtel.pdf) ; exposé des motifs : <http://www.bwhs.pl/data/news/61/photo/Uzasadnienie-XVII-AmA-112-12.pdf>. Critiques formulées au sujet de cette décision de justice : A. Streżyńska, « *Prosty przepis na kartel* », 31 août 2015, <http://www.telko.in/prosty-przepis-na-kartel>.

⁴³⁴ La loi du 26 janvier 1984, telle que modifiée.

⁴³⁵ Articles 20 à 21 de la loi relative à la presse.

⁴³⁶ Article 36, alinéa 2, point 2, de la loi relative à la radiodiffusion.



réglementation relative à la protection de la concurrence et des consommateurs⁴³⁷. Lorsqu'un radiodiffuseur parvient à occuper une position dominante identique, le KRRiT se doit de refuser le transfert des droits de la licence de radiodiffusion en cas de fusion, de division ou d'autres transformations de sociétés⁴³⁸. La licence de radiodiffusion est en principe inaliénable⁴³⁹. En conséquence, la législation prévoit la possibilité de révoquer une licence ou de refuser le transfert des droits dont elle est assortie dès lors qu'un tiers prend directement ou indirectement le contrôle de l'activité du radiodiffuseur⁴⁴⁰. La loi relative à la radiodiffusion limite à 49 % la part de capital étranger et le contrôle étranger des sociétés titulaires d'une licence de radiodiffusion, à l'exception des sociétés étrangères établies dans l'Espace économique européen (EEE)⁴⁴¹.

9.3.2. La législation applicable : le droit de la concurrence

Les sociétés de médias, comme toutes les autres entreprises, sont assujetties à la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs (*ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*), qui interdit les pratiques visant à restreindre la concurrence, y compris les ententes et abus de position dominante, et qui règle le contrôle de la concentration des sociétés. Elle interdit en outre toute pratique susceptible de porter atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs.

Les différents aspects de la concentration des médias apparaissent en particulier dans les affaires de concentration. Tout projet de concentration doit faire l'objet d'une notification à l'UOKiK dès lors que le chiffre d'affaires mondial cumulé des entreprises participantes au cours de l'exercice précédent est supérieur à 1 milliard EUR et/ou si leur chiffre d'affaires total réalisé en Pologne au cours de cette même année dépasse les 50 millions EUR⁴⁴². L'UOKiK donne alors son consentement pour la mise en œuvre d'une opération de concentration qui n'entraîne pas d'obstacle majeur en matière de concurrence sur le marché concerné, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante⁴⁴³. On entend par « position dominante » la place occupée sur le marché par une entreprise qui lui permet, d'une part, d'empêcher l'existence d'une concurrence effective sur le marché concerné et, d'autre part, d'agir dans une large mesure sans tenir compte de ses concurrents, des parties contractantes et des consommateurs. Le fait que la part d'une entreprise sur le marché pertinent dépasse 40 % conduit à présumer de sa position dominante⁴⁴⁴. Cette présomption est toutefois réfragable dans la mesure où la seule existence d'une part de marché élevée ne saurait suffire à constituer une position dominante.

Conformément à l'essence même du droit de la concurrence, les affaires examinées sont plutôt appréciées du point de vue économique général du poids de la société sur le marché qu'en fonction de la capacité propre aux médias à façonner les opinions. Ces considérations ne

⁴³⁷ Article 38, alinéa 2, point 3, de la loi relative à la radiodiffusion.

⁴³⁸ Article 38a, alinéa 3, point 1, de la loi relative à la radiodiffusion.

⁴³⁹ Article 38a, alinéa 1, de la loi relative à la radiodiffusion.

⁴⁴⁰ Article 38, alinéa 2, point 4, et article 38a, alinéa 3, point 2, de la loi relative à la radiodiffusion.

⁴⁴¹ Article 35 de la loi relative à la radiodiffusion.

⁴⁴² Article 13, alinéa 1, de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs.

⁴⁴³ Article 18 de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs.

⁴⁴⁴ Article 4, alinéa 10, de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs.



transparaissent guère dans les affaires relatives au droit de la concurrence qui concernent des entreprises de médias. L'UOKiK a autorisé d'importantes concentrations impliquant des sociétés de médias⁴⁴⁵ et, dans certains cas, a imposé des conditions spéciales aux entités fusionnées, comme la revente de portions de réseaux dans une affaire de concentration qui concernait de grands opérateurs du câble⁴⁴⁶ ou la revente d'un quotidien régional et de ses sites web à la suite de la prise de contrôle d'un éditeur de la presse régionale par un autre éditeur présent sur le même marché⁴⁴⁷.

L'application du droit de la concurrence aux médias dans des affaires portant sur des pratiques visant à restreindre la concurrence (abus de position dominante ou accords visant à limiter la concurrence) englobe divers aspects, comme la tarification agressive de la presse écrite⁴⁴⁸, les prix publicitaires télévisés⁴⁴⁹, les relations entre les radiodiffuseurs et les opérateurs de la télévision à péage quant à la retransmission des services de programmes⁴⁵⁰, l'abus de l'exclusivité des droits sportifs télévisés⁴⁵¹ et les clauses de droit de surenchérissment insérées dans les contrats des droits sportifs télévisés⁴⁵². La jurisprudence en matière de relations entre les opérateurs de télévision à péage et leurs clients est abondante et de nombreuses décisions rendues par l'UOKiK et les juridictions compétentes ont conclu que ces pratiques portaient atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs.

⁴⁴⁵ Citons par exemple : 1) la fusion de deux grands groupes de médias audiovisuels, Canal + et ITI/TVN, avec le rôle actif de Canal +, avalisée par deux décisions de l'UOKiK du 14 septembre 2012, la Décision n° DKK-93/2012, *Canal + Cyfrowy/ITI Neovision* et la Décision n° DKK-94/2012, *Canal + /N-Vision* (voir ci-dessus) ; 2) l'acquisition et le contrôle du principal opérateur de téléphonie mobile Polkomtel par Spartan Holding, société appartenant au groupe de capitaux contrôlé par Zygmunt Solorz-Żak, impliquant des chaînes de télévision (Polsat), une plateforme de télévision par satellite (Cyfrowy Polsat) et des services de VoD (Ipla/Iplex) - Décision n° DKK-126/11 de l'UOKiK du 24 novembre 2011, (voir ci-dessus) ; 3) la prise de contrôle du principal portail internet (Onet) par un grand éditeur de presse (Ringier Axel Springer) - Décision n° DKK-95/2012 de UOKiK du 17 septembre 2012, ([http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/AFBC93E7349F4CC4C1257EC6007B9A76/\\$file/DKK2-421-26_11_LK-Decyzja%20-%20Ringier_bip.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/AFBC93E7349F4CC4C1257EC6007B9A76/$file/DKK2-421-26_11_LK-Decyzja%20-%20Ringier_bip.pdf)) ; 4) le rachat des sociétés de G+J en Pologne par Burda International GmbH – Décision n° DKK-100/2013 du 31 juillet 2013 (voir ci-dessus) ; 5) la prise de contrôle de N-Vision – propriétaire de TVN (la principale chaîne de télévision privée) par Southbank Media Ltd, qui appartient au groupe Scripps Networks Interactive – Décision n° DKK-83/2015 du 16 juin 2015, (http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/1/4CD28A001AE53BF0C1257EC6007BA9FB?editDocument&act=Decyzja).

⁴⁴⁶ Décision n° DKK-101/2011 de l'UOKiK du 5 septembre 2011, *UPC/Aster* (voir ci-dessus).

⁴⁴⁷ Décision n° DKK-135/2013 de l'UOKiK du 24 octobre 2013, *Polskapresse/Media Regionalne*, ([http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/3E4B81C8DD138703C1257EC6007BA21A/\\$file/DECYZJA_nr_DKK_135_2013.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/3E4B81C8DD138703C1257EC6007BA21A/$file/DECYZJA_nr_DKK_135_2013.pdf)).

⁴⁴⁸ Arrêt n° III SK 5/09 rendu par la *Sąd Najwyższy* (Cour suprême) le 19 août 2009, *Przełqad Sportowy c. Sport*, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia1/iii%20sk%205-09-1.pdf> ; Décision n° VI ACa 704/08 rendue par la Cour d'appel (SA) le 20 novembre 2008 à Varsovie dans l'affaire *Fakt c. Super Express*, <http://www.infor.pl/akt-prawny/U29.2009.002.0000016,wyrokw-w-prawie-z-powodztwa-media-express-sp-z-oo-w-warszawie-przeciwno-prezesowi-uokik-sygn-akt-vi-aca-70408.html>.

⁴⁴⁹ Décision n° DDI-110/2002 de l'UOKiK du 16 décembre 2002,

[http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/0B9BD1D24378987EC1257EC6007B96C9/\\$file/Decyzja%20DDI%20110_2002.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/0B9BD1D24378987EC1257EC6007B96C9/$file/Decyzja%20DDI%20110_2002.pdf).

⁴⁵⁰ Décision n° XVII Ama 71/05 rendu par le SOKiK le 14 septembre 2006, *TVN24/TVNMeteo* ; décision n° XVII Ama 107/07 rendu par le SOKiK le 28 novembre 2008, *Animal Planete*.

⁴⁵¹ Décision n° DOK-1/2010 rendue par l'UOKiK le 12 février 2012, *Euro 2008 public viewing*, [http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/2A748DED413B9B9EC1257EC6007B8F2C/\\$file/DOC%20\(11\).pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/2A748DED413B9B9EC1257EC6007B8F2C/$file/DOC%20(11).pdf) ; Décision n° DOK-2/2013 rendue par l'UOKiK le 21 août 2013, *Sportfive/Cyfrowy Polsat et autres* ([http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/585CACD095EDFC6C1257EC6007BA217/\\$file/Decyzja_nr_DOK_2_2013.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/0/585CACD095EDFC6C1257EC6007BA217/$file/Decyzja_nr_DOK_2_2013.pdf)) – annulation de la décision n° XVII Ama 153/13 rendue par le SOKiK le 8 décembre 2013, ([http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/585cacd095edfcd6c1257ec6007ba217/\\$FILE/XVII%20ama%20153-13%20Cyfrowy%20Polsat%20i%20inni.pdf](http://decyzje.uokik.gov.pl/bp/dec_prez.nsf/43104c28a7a1be23c1257eac006d8dd4/585cacd095edfcd6c1257ec6007ba217/$FILE/XVII%20ama%20153-13%20Cyfrowy%20Polsat%20i%20inni.pdf)) ; Exposé des motifs : [http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/\\$N/154505000005127_XVII_Ama_000153_2013_Uz_2014-12-17_001](http://orzeczenia.ms.gov.pl/content/$N/154505000005127_XVII_Ama_000153_2013_Uz_2014-12-17_001).

⁴⁵² Arrêt n° III SK 16/08 rendu par la *Sąd Najwyższy* (Cour suprême) le 7 janvier 2009 dans l'affaire *PZPN c. Canal+*, <http://sn.pl/Sites/orzecznictwo/Orzeczenia1/III%20SK%2016-08-1.pdf>.



9.3.3. Les interactions entre la réglementation applicable aux médias et le droit de la concurrence

Il convient de considérer les dispositions visant à prévenir la concentration des médias de la loi relative à la radiodiffusion et celles du droit de la concurrence comme des dispositions complémentaires. Comme l'a précisé la Cour suprême, la législation relative à la concurrence s'applique chaque fois que les « dispositions réglementaires » laissent « une marge de liberté d'action » aux entreprises⁴⁵³. En pareil cas, les dispositions du droit de la radiodiffusion, y compris celles qui visent à prévenir toute concentration excessive des médias, ne font pas obstacle à l'application du droit de la concurrence, comme le confirme une abondante jurisprudence sur la concurrence dans le domaine des médias, dont la radiodiffusion⁴⁵⁴.

L'interaction entre les dispositions de la loi relative à la radiodiffusion qui visent à prévenir la concentration des médias et le droit de la concurrence pose toutefois problème à divers égards. Comme nous l'avons indiqué plus haut, les dispositions visant à prévenir la concentration des médias énoncées par la loi relative à la radiodiffusion ne mentionnent pas de manière cohérente le droit de la concurrence. Les dispositions relatives à la révocation d'une licence et au refus de transférer les droits dont elle est assortie, lorsque le radiodiffuseur a atteint une position dominante sur le marché pertinent, reprennent pour ces notions la définition retenue par le droit de la concurrence. En revanche, la disposition relative au refus d'octroi d'une licence, lorsque la radiodiffusion du service de programme pourrait conférer à l'auteur de la demande une position dominante, ne fait pas appel au droit de la concurrence pour définir cette notion. De plus, cette disposition ne parle plus de « marché pertinent », mais de « médias de masse dans une région donnée », notion qu'il convient d'interpréter de façon autonome et qui a pour effet de donner une définition du marché plus étendue que celle retenue par le droit de la concurrence. La doctrine se montre critique à l'égard du manque de cohérence de cette situation⁴⁵⁵. Il n'existe par ailleurs aucune précision sur la manière dont il convient d'apprécier la position occupée par le prestataire (radiodiffuseur) dans l'ensemble du secteur des médias de masse de la région donnée, en particulier sur le poids qu'il convient d'attribuer à sa position dans chacun des secteurs des médias de masse, comme la presse écrite, la radio, la télévision et les médias en ligne.

Le KRRiT déplore également l'absence d'instruments légaux qui permettent au régulateur de mesurer la position dominante des radiodiffuseurs et juge nécessaire de renforcer sur ce point la coopération avec l'UOKiK.

⁴⁵³ Arrêt n° III SK 15/06 rendu par la *Sąd Najwyższy* (Cour suprême) le 19 octobre 2006, (https://mojepanstwo.pl/dane/sn_orzeczenia/10808,iii-sk-15-06) – sur la relation entre la loi relative à la radiodiffusion et la législation applicable aux télécommunications; arrêt n° III SK 37/09 rendu par la *Sąd Najwyższy* (Cour suprême) le 3 mars 2010, (https://mojepanstwo.pl/dane/sn_orzeczenia/10860,iii-sk-37-09).

⁴⁵⁴ Voir plus haut. Toutefois, lorsque le radiodiffuseur est soumis à une règle stricte au titre de la loi relative à la radiodiffusion, il convient également de prendre en compte l'application du droit de la concurrence. Par exemple, la Cour suprême a conclu que la diffusion de publicités télévisuelles sous forme de programmes d'information, dans l'espace publicitaire prévu à cet effet au titre de la loi relative à l'audiovisuel, ne constituait pas une publicité clandestine déloyale au sens du droit de la concurrence, et de ce fait, ne relevait pas de l'interdiction de porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs prévu par le droit de la concurrence - Arrêt n° III SK 20/07 du 6 décembre 2007, (https://mojepanstwo.pl/dane/sn_orzeczenia/17367,iii-sk-20-10).

⁴⁵⁵ E. Czarny-Drożdziejko, *Komentarz. Ustawa o radiofonii i telewizji*, Varsovie 2014, p. 384.



9.3.4. Les organes de régulation et de contrôle et les autorités compétentes en matière de concurrence

L'autorité de régulation de la radiodiffusion en Pologne est le KRRiT – le Conseil national de la radiodiffusion, qui se compose de cinq membres⁴⁵⁶. Toutes les décisions relatives à une licence de radiodiffusion, y compris l'octroi, la révocation et l'autorisation de transfert d'une licence, sont officiellement prises par le Président du KRRiT sur la base d'une résolution adoptée à la majorité des deux tiers des voix des membres du Conseil⁴⁵⁷. Ces décisions ont le statut officiel de décisions administratives et, en tant que telles, sont définitives⁴⁵⁸. Toutefois, une partie qui s'estime lésée peut demander au Président du KRRiT le réexamen de l'affaire⁴⁵⁹. La décision rendue à la suite de ce réexamen peut alors faire l'objet d'un recours devant le tribunal administratif (*wojewódzki sąd administracyjny*), dont la décision peut quant à elle faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant la Cour suprême administrative (*Naczelny Sąd Administracyjny*).

L'autorité polonaise de la concurrence est le Président de l'UOKiK⁴⁶⁰. Il est compétent pour rendre des décisions administratives dans des affaires relatives au droit de la concurrence⁴⁶¹. Toute décision du Président de l'UOKiK peut faire l'objet d'un recours devant la juridiction de première instance de Varsovie – le Tribunal de la protection de la concurrence et des consommateurs (*Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów – SOKiK*)⁴⁶². La décision du SOKiK peut, à son tour, faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel (*Sąd Apelacyjny*) de Varsovie. Un pourvoi en cassation contre l'arrêt rendu à cette occasion peut être formé devant la Cour suprême (*Sąd Najwyższy*).

9.4. Le débat actuel

Les mesures assez limitées visant à prévenir tout spécialement la concentration des médias du secteur de la radiodiffusion, énoncées par la loi relative à la radiodiffusion, sont souvent jugées insuffisantes. Un ensemble bien plus vaste de dispositions applicables à la concentration croisée des médias avait été proposé en 2002, puis finalement rejeté, à la suite de la divulgation des motivations politiques et des intentions de corruption qui pouvaient être à l'origine de ces propositions (baptisées « *Rywin-gate* »). Cet épisode a gelé pendant plusieurs années le débat public sur de nouvelles mesures visant à prévenir la concentration dans le secteur des médias.

En conséquence, le KRRiT a souligné les difficultés qu'il rencontrait dans l'application de la réglementation en vigueur, tout en demandant sa révision. Il juge indispensable de donner plus de cohérence aux dispositions visant à prévenir la concentration des médias énoncées par la loi relative

⁴⁵⁶ Articles 213 à 215 de la Constitution et articles 5 à 12 de la loi relative à la radiodiffusion.

⁴⁵⁷ Article 33, alinéas 2 et 3, de la loi relative à la radiodiffusion, combiné à l'article 9, alinéa 2, de la loi relative à la radiodiffusion.

⁴⁵⁸ Article 33, alinéa 3, de la loi relative à la radiodiffusion.

⁴⁵⁹ Article 127, alinéa 3, du *Kodeks postępowania administracyjnego* (Code de procédure administrative).

⁴⁶⁰ Article 29 de la loi relative à la radiodiffusion.

⁴⁶¹ Dans le présent rapport, les « décisions de l'UOKiK » doivent officiellement s'entendre comme les « décisions prises par le Président de l'UOKiK ».

⁴⁶² Article 81 de la loi relative à la protection de la concurrence et des consommateurs.



à la radiodiffusion et le droit de la concurrence, ainsi que de mettre en place une coopération plus officielle entre le KRRiT et l'UOKiK⁴⁶³. Le KRRiT a également réalisé une étude sur la réglementation relative à la concentration de la propriété des médias dans un certain nombre de pays, qui souligne la faiblesse de la réglementation en vigueur dans ce domaine en Pologne⁴⁶⁴. Le projet de loi portant modification de la loi relative à la radiodiffusion (le projet de « loi de déréglementation »), qui avait fait l'objet de consultations publiques en 2015⁴⁶⁵, proposait une légère modification de ces dispositions. L'article 38 (2) (2) de la loi relative à la radiodiffusion qui traite du refus d'octroi d'une licence de radiodiffusion en cas de risque de position dominante, devait être précisé par l'ajout de la mention du marché pertinent au sens du droit de la concurrence. Mais ce projet de révision n'a pas été officiellement déposé devant le Parlement par le gouvernement en raison de l'approche des élections.

Le débat sur la concentration des médias a repris à la suite des élections législatives de 2015. Certains responsables politiques ont critiqué la place excessive de la propriété étrangère des médias, en particulier sur le marché de la presse écrite, et ont fait remarquer l'insuffisance de la réglementation relative à la concentration des médias. Aucun projet de loi concret n'a pour l'heure été présenté. La réalisation d'études et d'analyses a été annoncée comme une première étape vers un nouveau texte. Les articles de presse ont proposé différentes idées à examiner plus amplement dans le cadre d'un débat public. Ils préconisaient par exemple : 1) l'éventuel abaissement du plafond spécifique aux médias de présomption de position dominante (par exemple à 25 % au lieu des 40 % actuels) ; 2) une définition plus précise des marchés pertinents, plutôt fondée sur des critères de façonnement de l'opinion publique que sur des critères économiques ; 3) des dispositions plus rigoureuses applicables à la propriété croisée des médias et à l'intégration verticale des médias et ; 4) une meilleure protection des petites et moyennes entreprises des médias⁴⁶⁶. Il reste désormais à voir comment évoluera le débat sur ces sujets.

⁴⁶³ Voir, par exemple, KRRiT, *Strategia regulacyjna na lata 2011-2013*, Varsovie, 1^{er} mars 2011, p. 57 à 59, www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/pliki/publikacje/strategie/strategia_110420.pdf ; KRRiT, *Strategia regulacyjna na lata 2014-2016*, Varsovie, 18 mars 2014, p. 11 et 25, http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/Portals/0/sprawozdania/strategia_final.pdf ; KRRiT, *Sprawozdanie KRRiT z działalności w 2015 roku* (Rapport du KRRiT pour l'année 2015), Varsovie, 31 mars 2016, p. 27 à 29, <http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/Portals/0/komunikaty/spr-info-krrit-2015/sprawozdanie--krrit-z-dzialalnosci-w-2015-r..pdf>.

⁴⁶⁴ H. Rostek, « *Regulacje dotyczące koncentracji własności na rynku mediów w wybranych krajach* », KRRiT Departament Strategii, Varsovie 2015, http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/public/Portals/0/komunikaty/koncentracja-mediow/antykoncentracjne-regulacje_analiza.pdf.

⁴⁶⁵ *Ustawa o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji* – projet de loi du 4 février 2015. Consultation publique : <http://bip.mkidn.gov.pl/pages/legislacja/projekty-aktow-prawnych/projekty-ustaw/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-radiofonii-i-telewizji.php>.

⁴⁶⁶ B. Bubula (Poseł na Sejm RP – membre du Parlement), *Jak repolonizować media? Pilnie potrzeba prawa ograniczającego koncentrację kapitału na rynku mediów*, *Nasz Dziennik*, 24 juin 2016.



10. Conclusions

Mark D. Cole and Silke Hans, Institute of European Media Law (EMR)

Dans les chapitres précédents de ce numéro d'IRIS *Spécial*, nous avons vu que la garantie du pluralisme des médias et les problèmes connexes de la concentration des médias et de la propriété des médias étaient d'une importance cruciale. Le pluralisme est une condition fondamentale pour que se développe une liberté d'expression adéquate dans une société civile démocratique. Les médias de masse fournissent une source d'information de base aux individus, qui participe de la formation de l'opinion et de la liberté d'expression, ce qui explique pourquoi ils sont souvent désignés comme le « quatrième pouvoir » dans l'Etat, parallèlement aux dispositifs exécutif, judiciaire et législatif. Il est important que les individus puissent se procurer des informations à partir de différentes sources - et donc de provenances différentes - pour pouvoir se forger une opinion critique.

10.1. Importance de la garantie du pluralisme des médias

La garantie de la diversité des médias et, partant, d'un paysage médiatique pluraliste et opérationnel, revêt donc une importance majeure, non seulement dans chaque Etat, mais aussi au niveau de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Dans la plupart des pays étudiés dans ce dossier, le pluralisme des médias est une valeur de nature constitutionnelle qui, même si elle n'est pas mentionnée explicitement dans la Constitution, a été consacrée par les tribunaux constitutionnels des différents Etats comme une composante intrinsèque de la valeur objective de la liberté d'expression et/ou de la liberté d'information :

- En Allemagne, la garantie du pluralisme trouve son fondement constitutionnel dans la liberté de la presse et de la radiodiffusion visée à l'article 5, paragraphe 1 de la *Grundgesetz*. Le BVerfG consacre la radiodiffusion et la presse comme des outils de communication de masse et des facteurs qui façonnent l'opinion publique, en vertu de quoi il préconise de traiter les tendances négatives en matière de concentration de manière préventive et pas uniquement répressive. Le BVerfG souligne en particulier qu'il n'y a pas lieu de penser que la technique du numérique ou que les derniers développements technologiques puissent réduire le besoin de protéger le pluralisme.
- En France, c'est l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui protège la liberté d'expression. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, le pluralisme des médias est également explicitement garanti par cet article 11, la Cour constitutionnelle se référant en particulier dans sa décision du 27 juillet 1982 à la « préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels ».



- L'article 20 de la Constitution espagnole protège la liberté d'expression. La protection du pluralisme des médias n'est pas explicitement mentionnée dans la Constitution. Cependant, selon l'article 20.3 de la Constitution le radiodiffuseur de service public doit protéger le pluralisme dans la société. Le pluralisme des médias est protégé expressément en Espagne par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.
- En Italie, la sauvegarde de la diversité des médias est considérée comme une valeur de nature constitutionnelle. Elle est directement liée au droit à l'information en vertu de l'article 21 de la Constitution italienne, dont l'évolution a suivi celle des transmissions télévisuelles et qui, par la suite, a été élargi à d'autres outils d'information. En Italie, une distinction est établie entre pluralisme des médias interne, externe et matériel et le rôle central de la Cour constitutionnelle dans la protection de celui-ci est reconnu.
- En Pologne, l'article 50, paragraphe 1 de la Constitution polonaise garantit la liberté des médias et la liberté d'expression, et l'article 213, paragraphe 1 de la Constitution polonaise l'intérêt public en matière de radiodiffusion. Il en résulte, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle polonaise, que l'Etat ne doit pas intervenir à l'encontre de la liberté des médias et doit protéger celle-ci activement dès qu'elle est menacée. En premier lieu, cela implique de prendre des mesures, en termes d'organisation et de surveillance, visant à préserver le pluralisme.
- Seule la le Royaume-Uni ne dispose pas de garanties constitutionnelles écrites pour la liberté d'expression et des médias, comme c'est également le cas pour l'ensemble des droits fondamentaux. La protection passe toutefois par la mise en œuvre dans le droit britannique de l'article 10 de la CEDH via le *Human Rights Act* et par la jurisprudence pertinente.

10.2. Importance de la garantie du pluralisme au niveau européen

Au niveau européen, la nature et l'étendue des compétences dans le cadre de la garantie du pluralisme restent floues. Au cœur de la « réglementation » européenne des médias se trouvent l'article 10 de la CEDH et la protection des droits fondamentaux telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme et désormais inscrite dans le droit de l'UE via l'article 6 du Traité sur l'Union européenne. Par ailleurs, l'article 11, paragraphe 2 de la CDF établit une reconnaissance juridique formelle au niveau de l'Union européenne de la nécessité de protéger le pluralisme des médias. Pourtant, il n'existe aucune réglementation spécifique en matière de pluralisme des médias dans le droit de l'Union européenne. A cet égard, certains auteurs considèrent que l'UE ne dispose pas des compétences requises pour adopter une telle réglementation. Du côté du Conseil de l'Europe, il n'existe pas de conventions concrètes sur le thème de la protection du pluralisme des médias qui auraient pour effet l'introduction par les Etats parties de dispositifs législatifs en ce sens.

La réponse la plus efficace de l'Union européenne aux processus de concentration dans le secteur des médias s'appuie donc sur le droit général de la concurrence en vertu des articles 101 et 102 du TFUE et du Règlement sur les concentrations, qui permet, de façon non spécifique aux médias, l'examen de toute position dominante ou entente concertée, ainsi que de l'impact des projets de fusion en vue d'assurer le maintien d'une libre concurrence efficace. La Commission européenne et la Cour de justice de l'Union européenne exercent toutefois par le biais de cet instrument du droit de la concurrence une influence déterminante sur la sauvegarde du pluralisme. Dans le cadre du droit de la concurrence, la Commission est chargée de surveiller par des études de marché détaillées le contrôle de la concentration du marché dans le secteur des médias et, le cas



échéant, d'y remédier. A cet égard, notamment dans le cadre de la définition des marchés, la Commission apporte des précisions quant à la manière de prendre en compte la convergence croissante liée au numérique et aux innovations technologiques. Les grandes affaires telles que les enquêtes antitrust menées contre Google ou l'enquête sur le projet de fusion de Sky montrent que le poids des décisions antitrust de l'UE pour la sauvegarde du pluralisme des médias ne doit pas être sous-estimé. Il est plus que probable que le droit européen de la concurrence spécifique aux médias continuera à prendre de l'ampleur.

Les principaux outils du Conseil de l'Europe pour la sauvegarde du pluralisme des médias et la prévention de la concentration des médias sont des résolutions et des recommandations du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire, qui agissent comme des stimuli politiques pour que les Etats membres du Conseil de l'Europe mettent en place une réglementation nationale des médias. La dernière recommandation et la résolution publiées en 2015 sur ce thème traitent de la propriété des entreprises de médias et attirent l'attention sur les entreprises dont les rapports de propriété n'apparaissent pas de façon transparente. Même si les mesures du Conseil de l'Europe sont de nature purement politique, leur impact potentiel ne doit pas être sous-estimé. Par ailleurs, la zone d'influence territoriale du Conseil de l'Europe englobe 47 pays, dont la quasi-totalité des pays d'Europe centrale et d'Europe de l'Est.

10.3. Principales caractéristiques observées dans les pays étudiés

L'importance majeure accordée à la garantie du pluralisme des médias dans les pays étudiés implique qu'il existe différents instruments de nature proactive et réactive pour assurer la sauvegarde du pluralisme. Si l'on classe les divers instruments par catégorie, on constate qu'il existe trois types d'instruments différents qui, par ailleurs, peuvent trouver une application conjointe.

D'une part, il existe des dispositions juridiques spéciales en matière de médias pour lutter contre la concentration des médias et préserver le pluralisme. Ces dispositions portent sur la prévention de toute concentration de l'opinion dans le champ de concurrence des médias et peuvent servir à combattre de manière proactive la concentration avant qu'elle ne s'installe. Elles constituent souvent le pilier central de la garantie du pluralisme dans les pays concernés. Parallèlement, il existe dans de nombreux pays des règles générales de la concurrence, qui ont pour but d'empêcher toute position dominante ou entente concertée sur le marché. Ces règles ne s'adressent pas spécialement aux questions de droit des médias - même s'il peut y avoir, dans certains cas particuliers, des dispositions spécifiques aux médias - mais sont néanmoins applicables aux entreprises de médias. Elles peuvent bloquer certaines fusions de manière proactive dans le cadre du contrôle des concentrations ou enrayer de façon réactive des positions dominantes. Il faut toutefois noter que les normes du droit général de la concurrence ne permettent de protéger le pluralisme que de façon indirecte. Mais les Etats membres peuvent toujours contribuer à la sauvegarde du pluralisme par d'autres mesures positives. A cet égard, les principales mesures recouvrent la mise en œuvre et la protection d'un service public de radiodiffusion ou de services de médias publics soumis à des normes de qualité et à l'obligation de fournir un certain éventail d'informations de façon indépendance et impartiale. Il ne faut cependant pas oublier que la radiodiffusion publique peut également être en danger lorsqu'un gouvernement ou un régime politique se servent de leur pouvoir pour manipuler la radiodiffusion de service public, comme cela s'est produit récemment en Pologne.

On constate aujourd'hui encore - et pour des raisons historiques - que la question de la réglementation des services de radiodiffusion linéaires, en particulier les services de médias audiovisuels, se retrouve au cœur de la garantie du pluralisme des médias dans les pays étudiés.



Cela n'a rien de surprenant, puisque la télévision demeure le média le plus populaire au sein de l'UE. En outre, on observe dans de nombreux pays de fortes tendances à la concentration, en particulier dans le domaine de l'audiovisuel. Ainsi, après avoir analysé les données de 30 pays européens, une étude de l'Observatoire européen de l'audiovisuel révèle qu'en moyenne, les deux principales chaînes de télévision d'un pays représentent 51 % des parts d'audience et que les trois principaux groupes de télévision cumulent 64 % des parts d'audience.

- En Allemagne, le contrôle des concentrations dans les médias se fait essentiellement en lien avec la radiodiffusion, y compris au niveau du BVerfG. La procédure est basée sur le modèle des parts d'audience, à savoir que chaque radiodiffuseur peut avoir le nombre et le type de chaînes télévisées qu'il souhaite, tant qu'il n'occupe pas de ce fait une position dominante sur l'opinion publique en dépassant un certain seuil d'audience. Le contrôle relève de la compétence des 14 *Landesmedienanstalten* (offices régionaux des médias - LMA) qui disposent d'une instance commune pour la télévision nationale privée, la *Kommission zur Ermittlung von Konzentration im Medienbereich* (Commission de surveillance de la concentration dans les médias - KEK).
- En Italie, le marché de la télévision est très concentré et dominé par un oligopole constitué par Mediaset, le radiodiffuseur public RAI et le service payant Sky Italia. La forte concentration du secteur de la télévision fait l'objet de débats dans le cadre du droit des médias depuis plus de vingt ans en Italie. Actuellement, la loi consolidée sur les services de médias audiovisuels et radiophoniques fixe des barrières techniques et économiques dans le secteur des médias. La surveillance du secteur est assurée par l'autorité italienne de régulation, l'AGCOM.
- En Pologne, la réglementation antitrust spécifique aux médias se limite également à la réglementation des services de radiodiffusion. Les dispositions pertinentes sont inscrites dans la loi sur la radiodiffusion, qui traite notamment de la limitation des parts de capitaux étrangers dans les entreprises de médias et de la transparence de la propriété des médias. Le Conseil national de l'audiovisuel publie régulièrement des documents sur la stratégie réglementaire.
- La France s'est également dotée d'une loi conçue spécifiquement pour la sauvegarde du pluralisme des médias dans le domaine de l'audiovisuel. Cette réglementation comprend trois volets : les règles sur la participation au capital des sociétés de l'audiovisuel, les limitations à la concentration monomédia et les limitations à la concentration multimédia.
- Il n'existe pas de structure juridique identique ou similaire au Royaume-Uni. Le *Communications Act* de 2003 fixe le cadre réglementaire et les règles de limitation en matière de propriété. Cette loi ne régit pas seulement les médias audiovisuels, mais aussi la radio, la presse et la communication. En outre, la loi *Enterprise Act* reconnaît l'intérêt public comme un critère de décision majeur dans le cadre des regroupements médiatiques.

Par ailleurs, dans tous les pays étudiés, les normes du droit européen et national de la concurrence et les autorités compétentes en matière de concurrence interviennent en réponse à la concentration des médias, même si elles fournissent un axe de protection différent de celui des normes spécifiques du droit des médias.

L'importance de la préservation du pluralisme dans les pays étudiés se reflète dans les débats menés au cours des dernières années et parfois encore aujourd'hui :



- La position de l'ancien Premier ministre italien Berlusconi, qui était également le principal actionnaire de Mediaset et, de ce fait, propriétaire d'environ la moitié des services de radiodiffusion nationale, a provoqué en Italie un débat approfondi sur la propriété des médias, la sauvegarde du pluralisme des médias et la prévention de l'abus d'influence. Ce débat a débouché sur une intervention législative, avec notamment l'adoption de la loi Frattini qui interdit l'exercice de certaines activités économiques lorsqu'on occupe un poste gouvernemental. Le débat s'est par ailleurs nettement calmé depuis la condamnation de Berlusconi pour fraude fiscale en 2013.
- A l'heure actuelle, au niveau européen, c'est la Pologne qui se retrouve au centre du débat sur la sauvegarde du pluralisme. Après les élections parlementaires, en 2015, certains responsables politiques ont critiqué publiquement le rôle prédominant des propriétaires étrangers dans les médias, en particulier dans la presse, en déplorant l'inefficacité de la réglementation en vigueur sur la concentration des médias. Cependant, aucune proposition législative concrète n'a été faite jusqu'à présent pour la mise en œuvre d'une législation plus stricte. En outre, la Pologne a essuyé de nombreuses critiques lorsque, après les élections de 2015, le gouvernement conservateur a adopté une loi sur les médias prévoyant le renforcement du contrôle de l'Etat sur la radiodiffusion publique.
- Le rôle et la structure du service public de radiodiffusion, dont le rôle peut être d'une grande importance pour garantir le pluralisme, font également l'objet d'un débat au Royaume-Uni. A cet égard, la BBC occupe une position clé pour assurer l'accessibilité d'un large éventail de contenus multimédia. Le débat porte sur le renouvellement de la charte de la BBC et des structures administratives de la BBC, ainsi que sur les questions de réglementation des services non linéaires (télévision de rattrapage sur iPlayer).
- En Allemagne, un débat en matière de droit des médias s'est poursuivi pendant de nombreuses années à l'occasion d'un projet de fusion entre une entreprise de média spécialisée dans la presse et un groupe de chaînes télévisées. L'interdiction du projet de fusion a fini par mobiliser toutes les instances juridiques de la procédure administrative. L'affaire portait sur un projet de reprise de ProSiebenSat.1 par Axel Springer et posait la question du rôle des imbrications multimédia entre la télévision et la presse dans l'évaluation juridique du niveau de concentration des médias, ainsi que de la compétence dans cette affaire de la commission chargée de surveiller l'évolution de la concentration dans le secteur de la télévision.

10.4. Les défis posés par le développement de la convergence

Le numérique, le développement des possibilités techniques, l'évolution des offres et la modification des modes de consommation sont également porteurs de nouveaux défis pour la sauvegarde du pluralisme des médias au niveau national et européen. Outre la progression croissante de la convergence, l'extrême rapidité avec laquelle cette évolution se produit pose des problèmes qui doivent être résolus. De nouveaux « grands acteurs » tels que Google et Facebook développent de nouveaux modèles économiques et modifient les rapports de pouvoir existants de manière durable. Même si la télévision demeure le média dominant avec un taux d'utilisation qui reste toujours aussi élevé en Europe, la consommation croissante des services internet se confirme et le rôle des intermédiaires numériques tels que les moteurs de recherche ou les agrégateurs d'informations se développe. Cette tendance est particulièrement nette au niveau de la recherche d'informations par certains groupes d'utilisateurs spécifiques, notamment dans certains segments d'âge. Jusqu'à présent, aucune réponse concrète aux questions soulevées n'est apportée, ni au niveau européen, ni



au niveau national. Au vu de la définition des marchés dans le cadre du droit de la concurrence, notamment, on constate que les deux niveaux s'en tiennent aux délimitations conventionnelles des marchés. Néanmoins, on observe également au cas par cas que cet ancrage dans les structures traditionnelles commence à évoluer et que les considérations intégrant la convergence interviennent peu à peu dans le processus de définition des marchés. Cela est dû notamment au fait que les défis liés à la convergence et la conception technologiquement neutre de la réglementation se retrouvent de façon récurrente au centre des débats nationaux et européens sur le droit des médias :

- Au Royaume-Uni, par exemple, le débat porte sur les opportunités et les menaces que représentent les services comme Netflix et Amazon Prime du fait de l'utilisation croissante d'internet, ce qui pose la question de l'efficacité du régime de réglementation actuel en la matière.
- En Allemagne, la KEK, commission de contrôle compétente, et les législateurs régionaux se posent la question de la nécessité et des modalités d'une éventuelle réforme du droit en matière de concentration des médias afin de répondre à l'importance croissante des médias en ligne et au nouveau type de rapport entre l'utilisation linéaire et non linéaire des médias.
- Les autorités de la concurrence française et allemande ont publié une prise de position commune sur l'importance des données dans les procédures de concentration relevant du droit antitrust afin d'évaluer le poids des entreprises telles que Google et Facebook sur le marché de façon plus juste et plus adaptée que ne le permettent les seuls critères conventionnels.
- En Italie, l'autorité de régulation AGCOM demande la révision du *Sistema integrato delle comunicazioni*, qui, pour l'instant, n'inclut pas entièrement les services en ligne, ainsi qu'une évaluation précise des défis actuels en matière de pluralisme des médias.

En dépit des multiples possibilités de publication à peu de frais créées par internet et de l'immense prolifération des services qui en résulte, ce serait une erreur de conclure hâtivement que les nouvelles possibilités techniques permettent à elles seules de garantir le pluralisme des médias. Au contraire, la garantie du pluralisme des médias reste une tâche primordiale au niveau national et au niveau européen, et les autorités compétentes s'efforcent de mettre en place les mesures requises à cet effet. Pour cela, il convient également d'instaurer la transparence des liens de propriété et d'influence au niveau des nouveaux services et fournisseurs de médias, et ce par des dispositifs de surveillance appropriés tant au niveau européen qu'au niveau national.







OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL

Institué en décembre 1992, l'Observatoire européen de l'audiovisuel a pour objectif de collecter et de diffuser des informations sur l'industrie audiovisuelle en Europe.

L'Observatoire est un organisme de service public européen, composé de 41 Etats membres et de l'Union Européenne, représentée par la Commission Européenne. Il exerce son activité dans le cadre juridique du Conseil de l'Europe et travaille en collaboration avec un certain nombre d'organismes professionnels et partenaires du secteur audiovisuel, ainsi qu'avec un réseau de correspondants.

Les principales activités de l'Observatoire européen de l'audiovisuel portent sur :

- l'Annuaire service en ligne
www.yearbook.obs.coe.int
- la publication de rapports et de bulletins d'information
www.obs.coe.int/publications
- la mise à disposition d'informations grâce à son site Internet
www.obs.coe.int
- des contributions aux conférences
www.obs.coe.int/events

L'Observatoire met également à disposition, gratuitement, des bases de données :

IRIS Merlin

Base de données sur les informations juridiques relatives au secteur audiovisuel en Europe
www.merlin.obs.coe.int

MAVISE

Base de données sur les chaînes TV, les services audiovisuels à la demande et les entreprises en Europe
www.mavise.obs.coe.int

AVMSDatabase

Base de données sur la transposition de la Directive SMAV dans la législation nationale
www.avmsd.obs.coe.int

LUMIERE

Base de données sur les entrées des films distribués en Europe
www.lumiere.obs.coe.int

Observatoire européen de l'audiovisuel

76 Allée de la Robertsau – 67000 Strasbourg – France
Tél.: +33 (0) 3 90 21 60 00 – Fax: +33 (0) 3 90 21 60 19
www.obs.coe.int – E-mail: info.obs@coe.int

Propriété des médias - Réalités du marché et réponses réglementaires

Le présent IRIS *Spécial* offre une vue d'ensemble des réalités actuelles du marché et un choix de textes réglementaires adoptés en Europe pour faire face à cette situation depuis la publication du rapport de l'Observatoire « Marchés convergents – pouvoir convergent ? Régulation et jurisprudence » de 2012.

Cette nouvelle publication a été élaborée par l'Institut du droit européen des médias (EMR) à Sarrebruck et compile les contributions de divers auteurs. Elle se concentre sur une sélection de pays européens (Allemagne, Royaume-Uni, Italie, France, Espagne et Pologne) choisis afin de présenter un ensemble d'approches différentes.