

La surveillance des médias à l'aube du XXI^e siècle : Quelles doivent être les obligations d'une régulation en matière de radiodiffusion, de télécommunications et de concentrations ?

Les autorités chargées de surveiller les médias et celles qui exercent un contrôle sur les concentrations ne sont souvent pas les mêmes, elles se distinguent à la fois par leur organisation, par les missions qui leur incombent et les objectifs qu'elles poursuivent. Pourtant il arrive qu'elles se rapprochent, de par leurs structures ou leurs activités, allant parfois jusqu'à se réunir. Ces deux variantes, les réflexions qu'elles inspirent et les exemples nationaux qui les illustrent ont fait l'objet d'un atelier de l'Observatoire européen de l'audiovisuel et de l'Institut européen des médias (EMR).

Ce sujet difficile fut débattu par un petit groupe d'experts de divers pays européens. L'atelier était animé par Gernot Lehr, avocat et membre du comité de gérance de l'EMR, ainsi que par le Professeur Alexander Rosnagel, directeur scientifique de l'EMR. Les auteurs relatent les points de vue exprimés pendant le forum et les mettent en forme en les assortissant de leurs propres réflexions. Nous adressons nos sincères remerciements à tous les participants de l'atelier.

Cette dernière édition de *IRIS plus* clôture "provisoirement" notre longue série consacrée au thème de la convergence des médias - "provisoirement" parce que les médias audiovisuels continuent de fusionner, engendrant ainsi de nouveaux problèmes juridiques.

Strasbourg, février 2002

Susanne Nikoltchev
Coordinatrice IRIS

Experte juridique, Observatoire européen de l'audiovisuel

IRIS plus est un supplément à **IRIS**, *Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, Edition 2002-2

Directeur de la publication : Wolfgang Closs - Impression : Nomos Verlagsgesellschaft, mbH & Co. KG, Waldseestraße 3-5, D-76350 Baden-Baden
Editeur : Charles-Henry Dubail, Victoires-Éditions, Sàrl au capital de 91 469,41 EUR, RCS Paris B 342 731 247, siège social 4 ter rue du Bouloi F-75001 Paris
N° ISSN 1023-8557 - N° CPPAP 77549



OBSERVATOIRE EUROPÉEN DE L'AUDIOVISUEL
EUROPEAN AUDIOVISUAL OBSERVATORY
EUROPÄISCHE AUDIOVISUELLE INFORMATIONSTELLE

76 ALLEE DE LA ROBERTSAU • F-67000 STRASBOURG
TEL. +33 (0)3 88 14 44 00 • FAX +33 (0)3 88 14 44 19
<http://www.obs.coe.int>
e-mail: obs@obs.coe.int

VICTOIRES
VE
ÉDITIONS

38 RUE CROIX-DES-PETITS-CHAMPS • F-75001 PARIS
TEL. +33 (0)1 53 45 89 15 • FAX +33 (0)1 53 45 91 85
e-mail: c.vier@victoires-editions.fr



La surveillance des médias à l'aube du XXI^e siècle : Quelles doivent être les obligations d'une régulation en matière de radiodiffusion, de télécommunications et de concentrations ?

Alexander Scheuer/Peter Strothmann
Institut du droit européen des médias (EMR),
Sarrebbruck/Bruuxelles

Considérant la convergence et la mondialisation croissantes des médias et des télécommunications¹, la discussion sur le cadre formel à donner à la surveillance des médias dans le contexte européen et national est de plus en plus centrale. C'est pour cette raison que l'Observatoire européen de l'audiovisuel et son partenaire, l'Institut du droit européen des médias (EMR), consacrent à cette thématique le supplément IRIS *plus* de IRIS 2001-8 intitulé "La surveillance des médias à l'aube du XXI^e siècle - organisation et compétences des autorités de surveillance sous le signe de la convergence"². Le présent article est un résumé élargi des résultats de l'atelier du même nom organisé le 28 octobre 2001 à Sarrebbruck par ces institutions.

L'article précédent avait porté principalement sur l'organisation et les fonctions des autorités de surveillance dans le cadre législatif européen puis avait abordé l'aspect juridique de la surveillance des concentrations, notamment les phénomènes de convergence des médias. Le présent article traite des questions concrètes de la surveillance des médias et du contrôle de la concentration dans les pays membres. Après la présentation de chaque sujet, la parole est laissée aux intervenants et le chapitre se clôt par un aperçu géographique en fonction des exemples choisis au cours des échanges entre les participants.

I. "La surveillance des médias et des télécommunications - janus à deux visages ou hydre ?"

Organisation de la surveillance à l'ère de la convergence

1. A propos des structures Généralités sur la régulation et l'établissement d'autorités de régulation

La surveillance, moyen de contrôle exercé par une autorité, tend à être remplacée par la régulation, positive et modératrice, dotée de moyens d'intervention adaptables, liée non par des dispositions juridiques fines mais par des objectifs clairs³. Il n'en reste pas moins que l'idée première de la régulation, et donc de la mise en place d'autorités de régulation, est la surveillance d'une matière juridique par les pouvoirs publics pour prévenir les risques ou parvenir à un objectif choisi. La première question qui se pose est donc celle de savoir si la régulation, prise dans cette acception, est encore compatible avec le secteur des médias et, si oui, quel objectif elle doit servir.

Dans un premier temps, la régulation est un instrument de commande de processus et elle peut être appliquée de manière temporaire jusqu'à ce que l'objectif politique choisi, par exemple le passage à une situation de concurrence, soit atteint⁴. Dans un deuxième temps, la régulation intervient dans des situations de carence, elle devient alors contraignante et dure tant que persiste cette situation indésirable. La régulation et la surveillance peuvent, dans un troisième temps, servir aussi à garantir des conditions cadres et des normes sociales et politiques. Dans ce cas, elles ne sont pas contraignantes mais, si elles sont appliquées, elles sont considérées comme durables. L'intensité et les mécanismes de régulation sont variables et dynamiques et s'orientent sur le consensus politique et social.

Toutes ces formes que peut prendre la régulation ont un objectif commun, celui de servir les intérêts visés par la Constitution en matière de télécommunications et de radiodiffusion (en fonction de la spécificité des différents secteurs) : libre jeu de la concurrence, accès aux réseaux des groupes dominant un marché, règles d'accès aux ressources limitées (spectre), protection des mineurs et des données

informatiques, service universel voire minimum. Concernant le secteur de la radiodiffusion, il faut également citer d'une manière générale la garantie d'une opinion aussi plurielle que possible et de normes minimales relatives à la ligne éditoriale des médias formateurs d'opinion.

Champs d'action et critères de régulation (convergenents)

Ces préliminaires étant posés, il s'agit maintenant de répertorier les champs d'action potentiels des structures de régulation (convergenents).

Certains intervenants exposent qu'à l'ère de la jonction de différents domaines de médias⁵, il y a lieu de réunir les fonctions de régulation visant les télécommunications et la radiodiffusion. Il y a notamment nécessité de réunion lorsque, pour préserver les objectifs médiatiques, il importe de faire intervenir des mécanismes d'ouverture du marché, comme dans le secteur de l'accès aux infrastructures. Les secteurs suivants deviennent des domaines de convergence :

- Réglementation en matière de diffusion (obligation de reprise du signal, accès aux multiplexeurs, guides électroniques de programmes, interfaces de programmation, systèmes d'accès conditionnels)
- Mission de service minimum (service universel)
- Mission de libéralisation et dualité du marché de la radiodiffusion
- Politique d'attribution du spectre
- Indépendance en matière de concurrence.

Toujours selon cet avis, la régulation de la radiodiffusion doit être indissociable de l'organisation du marché (libéralisation, ouverture du marché à la concurrence, contrôle des abus de position dominante, organisation des conditions cadres de la concurrence). Les tâches se rapportant strictement aux contenus, comme les missions des chaînes, sont également concernées par cette étape d'intégration, une séparation nette entre la régulation des contenus et celle des réseaux n'étant pas possible, même pour les partisans de cette approche.

Les arguments contre ce concept font valoir que les objets de la régulation des télécommunications et des médias ne sont pas identiques mais opposés. En effet, le droit de la radiodiffusion tente de prévenir les risques d'une carence du marché tandis que dans le secteur des télécommunications, il s'agit de permettre que le marché opère.

Selon cet avis, la séparation doit être maintenue à l'avenir car la multiplicité des objectifs - découlant des garanties constitutionnelles et des principes économiques - exige une marche parallèle. Il existe aussi des secteurs pour lesquels la régulation fait apparaître des divergences structurelles. Non seulement les objectifs de la régulation mais encore les "cultures d'entreprise" diffèrent souvent d'une instance de régulation à l'autre. En outre, la séparation des régulations des réseaux et des contenus s'est imposée au niveau européen⁶. Cependant, si ce principe de séparation doit être maintenu à l'avenir, il importe de veiller à la présence d'interfaces entre la régulation infrastructurelle et la régulation des contenus (accès, etc.), ou de prévoir une régulation coordonnée.

Dans le secteur de l'infrastructure des réseaux, un contrôle de la concentration est aussi envisagé, en tant que module d'une structure de régulation convergente, et devra s'impliquer uniquement dans le droit général sur des ententes et auprès des autorités compétentes. Cette éventualité de réunion de la régulation des télécommunications au sein des instances nationales antitrust, considérées comme seuls organismes de contrôle, s'oppose à l'argument selon lequel les critères appliqués dans la législation sur les cartels sont différents de ceux de



la législation sur les télécommunications. En effet, la condition préalable à une telle réunion serait, comme dans le droit sur les ententes, que la puissance commerciale soit le seul critère de référence. Or, le secteur des télécommunications est rattaché aux infrastructures et, de ce fait, l'Etat a ici une responsabilité supplémentaire. Les objectifs donnés, qui seraient donc ceux vers lesquels devrait tendre toute régulation, doivent en effet servir à garantir les services minimums, à surveiller et à assurer la disponibilité des infrastructures. Ce dernier objectif ne peut être réglé, selon les objecteurs, que par la législation spécifique aux télécommunications qui reconnaît à la régulation une "responsabilité supplémentaire consécutive aux privatisations". Les autorités de cartels ne pourraient d'ailleurs pas satisfaire pleinement à des exigences qui relèveraient du droit spécifique des télécommunications car elles sont orientées sur le marché et structurées en conséquence. Or, la surveillance en matière de télécommunications est organisée temporairement en secteur de régulation autonome non seulement parce qu'elle vient après la privatisation et l'ouverture du marché sous responsabilité de l'Etat - mais encore parce qu'elle ne pourra pas être absorbée à terme par le droit général de la concurrence pour ce qui est de certains problèmes spécifiques à ce secteur, telle que la confidentialité des communications.

Les dangers des structures de régulation convergentes

C'est souvent en dernier lieu que la question des missions concrètes à attribuer à une instance en voie de création est soulevée, au risque de se retrouver devant un établissement aux compétences globales.

Or, le débat sur les structures est lié au débat sur le fond et il convient de définir d'abord ce que l'on attend de cette régulation en lui attribuant des objectifs.

Si l'établissement d'instances de régulation qui gèrent leurs missions par l'intermédiaire d'instruments d'intervention accrus devait se multiplier, il serait à prévoir, selon l'assistance, que cela conduise à un affaiblissement du label "régulation". Or, comme on l'a vu plus haut, le concept a meilleure presse qu'une surveillance purement étatique. La mission des instances de régulation ne doit pas forcément être celle d'une surveillance à la manière de la police administrative classique (droit sur les infractions).

La création d'une instance de régulation convergente peut être un processus d'"intégration" sous un seul et même toit sans pourtant que les secteurs de surveillance ne soient imbriqués. Cela permet de distinguer différents aspects, nous en avons l'exemple notamment dans la politique d'attribution des fréquences. En outre, l'"hydre" menace car les parties improductives de l'administration, de par leur structure, auraient tendance à croître de manière disproportionnée. Sur le plan politico-juridico-administratif, il faut donc avantager une coopération optimisée des instances et services existants par rapport à une convergence (concentration/centralisation) tant que les objectifs, les contenus et les pratiques de surveillance ne sont pas suffisamment harmonisés. La question de savoir si et quand une instance de régulation convergente pourrait être judicieuse ne doit cependant pas dépendre de critères purement économiques (frais de personnel) mais devra être débattue en fonction des objectifs donnés, tels que l'"intérêt public".

Mise en œuvre de formes d'autorégulation graduelles

Au plan structurel, la définition et l'exécution de normes à buts sociaux et politiques s'avèrent plus difficile dans le secteur des médias que dans d'autres secteurs. Il est donc proposé de ne pas faire appel uniquement à des instances de régulation mais de prévoir une plus large place à l'autorégulation. Cependant, il faut dans ce cas distinguer entre différents modèles graduels : la "corégulation", voire l'"autorégulation régulée", qui suppose une organisation étatique, l'autorégulation et l'"autocontrôle" par les acteurs concernés.

La corégulation, si elle s'accompagne de critères donnés et uniformisés, peut opérer dans les secteurs des médias dont les thématiques sont apparentées. Contrairement à ce qui est le cas lorsque l'Etat définit et applique les normes, les moyens de la "surveillance par les pairs" permettent de poursuivre des objectifs sociaux. Cette hypothèse se fonde sur le fait que les instances de régulation classiques ne sont plus efficaces au niveau d'une régulation fine, car conséquemment à une

probable convergence technique, il faut s'attendre à ce que les justiciables migrent d'un cadre de réglementation vers un autre. De l'avis des participants, ce modèle exigerait que soit au préalable dégagé un champ thématique pour tous les médias audiovisuels formateurs d'opinion (régulation transversale au lieu de réglementations sectorielles spécifiques). Considérant les difficultés actuelles à délimiter les diverses offres audiovisuelles⁷, le cadre réglementaire doit être large et la densité de ses dispositions s'adapter graduellement à l'audience imputée à l'offre. L'intensité des dispositions réglementaires, quant à elle, peut être variable.

Il est donc indispensable, dans ce modèle aussi, que le législateur fixe le cadre réglementaire en définissant des objectifs. En outre, les organes de la corégulation doivent pouvoir agir efficacement et le seul droit des associations, par exemple, serait impuissant à imposer les objectifs retenus. Ces problèmes deviennent particulièrement aigus dans les secteurs réglementés pour lesquels existent des dispositions constitutionnelles/législatives. D'un avis de l'assistance, une régulation s'exerçant par la formulation de normes sous forme d'autorégulation, c'est-à-dire hors de l'influence des pouvoirs publics, ou d'autocontrôle en tant qu'instrument d'exécution des normes, n'est pas apte à assurer le pluralisme de la radiodiffusion - mais pourrait être utilisée, par exemple, pour les questions touchant à la réglementation de la publicité.

D'un autre avis, un certain degré de surveillance étatique ainsi que la formulation d'un cadre réglementaire est nécessaire, notamment dans les cas où la Constitution impose aux pouvoirs publics une obligation particulière de faire, comme pour la protection des mineurs. Ces missions pourraient alors être gérées par la "corégulation". On peut opposer à ce point de vue qu'il faut laisser aux justiciables une certaine liberté d'autorégulation et d'autocontrôle car le maintien d'un examen de conformité ou de plausibilité par les autorités de surveillance en tant qu'"instances de révision" compliquerait la délimitation de cette surveillance en terme de lois et pourrait donner lieu, en cas de doute, à une interprétation trop large.

L'autorégulation au sens large présente un avantage structurel particulier : elle permet l'intégration de hiérarchies et d'organisations (fédérales) en place sans mettre à court terme leur existence en danger.

Selon un point de vue controversé, il faut aussi dans ce cas veiller à inclure la radiodiffusion publique dans un cadre "corégulateur" réglementaire et unifié. La surveillance par les autorités pourrait alors, selon cet avis, se limiter au contrôle du bon fonctionnement d'une instance d'auto-surveillance de structure plurielle.

2. Aperçu par pays

Après un débat sur la convergence, la structure régulatrice autrichienne a été soumise en 2001 à une profonde réorientation et il semble judicieux de la présenter ici. Quant au Royaume-Uni, les modifications prévues, qui ont suscité un regain d'intérêt à la suite du *Communications White Paper* du gouvernement⁸, sont également une réaction aux nouvelles conditions cadres dans les domaines techniques et économiques.

Autriche

En Autriche, la modification des fondements législatifs devait permettre de créer une instance dite intégrée avec des compétences communes en matière de régulation des télécommunications et des médias audiovisuels. Ce procédé était motivé par la convergence croissante des technologies de l'information, des télécommunications et des médias audiovisuels, nécessitant une régulation interdisciplinaire⁹.

La première version de la loi modifiée prévoyait une division des compétences de l'instance de régulation à créer en trois commissions, chargées respectivement des questions de régulation des médias, des infrastructures et de la concurrence¹⁰. La commission des médias devait gérer entre autres l'octroi des licences pour les diffuseurs, les plaintes relatives aux contenus des programmes de radiodiffusion, les sanctions administratives pour les diffuseurs contrevenant aux lois et la surveillance des pratiques dans le secteur des télé-services, autrement dit des services de la société de l'information. La commission des infrastructures devait être chargée notamment des décisions en matière de

licences dans le secteur des télécommunications, de la gestion des missions allouées dans le cadre de la loi sur les signatures électroniques ainsi que de la garantie et de la formulation des conditions d'un accès non-discriminatoire aux services de communication ou aux moyens de transmission. La commission de la concurrence se voyait chargée quant à elle, et c'est là l'un des éléments essentiels du projet, de la compétence en matière d'application des règlements relatifs au droit général de la concurrence (abus) dans le secteur des télécommunications. Ce nonobstant, les dispositions concernées de la loi sur les télécommunications (TKG)¹¹ devaient rester en vigueur¹². Dans le cadre de cette restructuration, une nouvelle réglementation en matière de hiérarchie des instances de révision était également prévue. Il aurait été possible de recourir à un organisme indépendant, la Chambre fédérale des communications, pour que celle-ci examine les décisions de l'instance de régulation qui lui auraient été soumises pour examen. Or, la mise en place d'une telle Chambre aurait nécessité une modification de la Constitution pour laquelle la majorité des suffrages n'a pas été obtenue au Parlement (Conseil national).

La nouvelle réglementation, en vigueur par décret de loi ordinaire, prévoit une intégration plus limitée des fonctions de régulation dans le secteur des télécommunications et des médias.

Pour les télécommunications, une nouvelle instance a été créée par la loi "KommAustria" (KOG)¹³ : la société Rundfunk- und Telekom-Regulierungs GmbH (RTR), dans laquelle a été intégrée l'ancienne Telekom-Control GmbH (TKC). La RTR remplit des fonctions de régulation et traite notamment les affaires de régulation "courantes" en matière de télécommunications, telles que la gestion des numéros d'appel et le règlement des contentieux avec les utilisateurs finaux. La Telekom-Control-Kommission (TKK), autre instance de régulation de ce même secteur, est restée en place. En application du § 111 TKG, elle a compétence pour l'agrément, le retrait et la révocation des licences, l'interdiction ou l'obligation de certains comportements, l'approbation des conditions générales de vente et des tarifs pour les entreprises ayant une grande puissance commerciale, etc. Ainsi, la KOG a donné pouvoir à la TKK d'imposer ou d'interdire un certain comportement à un opérateur de services de télécommunication dont la puissance commerciale est importante et qui abuserait de son pouvoir. En raison de l'ampleur de ses compétences régulatrices, la TKK a recours à la RTR pour les expertises, cette dernière étant encore en charge de la gestion de la TKK.

Pour les questions de télécommunications et de médias, les offices et la hiérarchie des instances restent séparées puisque la KommAustria a été mise en place en tant qu'instance de régulation des médias en plus de la TKK (§§ 1 et 3 KOG). Il est vrai que la KommAustria a recours à l'appareil de la RTR, mais alors que la TKK est autonome dans ses décisions, la KommAustria a été conçue comme une administration tenue de se conformer aux instructions de la Chancellerie fédérale (§ 3 alinéa 3 KOG). Les décisions de la KommAustria doivent d'abord être contestées auprès de la Chambre fédérale des communications, dont l'autorité de tutelle est maintenant la Chancellerie, avant que ne s'ouvre, ici aussi, la voie des instances vers le Tribunal administratif supérieur et la Cour constitutionnelle. Les missions de la KommAustria se rapportent exclusivement au secteur des médias et comportent entre autres l'octroi des licences de radiodiffusion ainsi que la surveillance juridique des radiodiffuseurs privés (§ 2 KOG).

En définitive, l'intégration proprement dite des instances compétentes en matière de régulation des télécommunications et des médias réside en ce que les régulateurs disposent d'une seule et même administration tandis que leurs missions restent séparées, et que la surveillance des régulateurs ainsi que la hiérarchie des instances continuent de diverger. Les questions de fond relatives à la convergence des médias et des télécommunications seront du ressort d'un centre de compétences que la RTR est chargée de mettre en place (§ 9 KOG). Des études scientifiques sur l'accès aux nouveaux médias, sur la mise en œuvre de nouvelles technologies et de nouveaux services, sur les marchés des secteurs des télécommunications et des médias sont ainsi envisagées.

Le Royaume-Uni

En décembre 2000, le Gouvernement du Royaume-Uni a présenté le Livre blanc susmentionné, dans lequel il expose ce qu'il attend d'une future législation sur les communications. Outre la création d'un marché dynamique, l'assurance d'un accès universel, le maintien de la diversité et du pluralisme des médias, la garantie d'une haute qualité

et le respect de l'intérêt des consommateurs, le dossier fait aussi état de la création d'un nouveau cadre structurel.

L'instance de régulation intégrée qui y est proposée, l'Office of Communication (OFCOM), doit être compétente en matière de régulation des réseaux et services de communication électroniques y compris les systèmes de télécommunication et les services de radiodiffusion (*broadcasting services*)¹⁴.

Il est envisagé que l'OFCOM applique au secteur des communications le droit général de la concurrence pour lequel il serait compétent concurrentement (*concurrent powers*) avec l'office de la concurrence (*Office for Fair Trading - OFT*). Cependant, seuls l'OFT et la *Competition Commission* seraient compétents en matière d'ententes réalisées en vertu du *Fair Trading Act*. Pour assurer le jeu de la concurrence entre les services des communications, l'OFCOM appliquerait le droit de la concurrence spécifique au secteur concerné. Pour la plupart des opérateurs, ces règles se résumeraient à des points à définir (*essential issues*)¹⁵. Des règles de concurrence plus strictes ne seraient appliquées qu'à des entreprises à forte puissance commerciale (*significant market power*)¹⁶. Le domaine d'application du droit de la concurrence, qui est de la compétence de l'OFCOM, s'étendrait au droit des télécommunications, au droit de la radiodiffusion mais aussi aux guides électroniques des programmes (EPG) et aux nouveaux systèmes de ce type.

Le Livre blanc prévoit que les contenus des services de radiodiffusion (*broadcast services*) soient structurés par paliers d'intensité¹⁷.

L'OFCOM serait un organisme indépendant doté de compétences suffisantes pour remplir sa mission et notamment pour faire appliquer les dispositions. Ce souci d'efficacité est un trait dominant du projet, qui exige en outre de la souplesse en terme de régulation. Les règles ne seraient plus fixées par les lois : il est question de charger l'OFCOM de la responsabilité d'élaborer les dispositions nécessaires au sein d'un cadre de lois régulatrices, et de les faire appliquer. Cette possibilité de déterminer l'intensité de l'intervention, en association avec le principe d'une régulation minimale, conduit à une évaluation de la mise en œuvre de nouveaux modèles de réglementation. L'OFCOM serait chargée de choisir les moyens permettant de réaliser au mieux les objectifs en accord avec ces préalables. Le choix des modèles (corégulation ou autorégulation) serait le fait de l'instance elle-même¹⁸ mais la mise en œuvre serait réservée à une régulation plus "formelle".

II. "Contrôle de la concentration des médias – mission virtuelle de la Constitution ?"

Considérations d'ordre général

1. La discussion

Elle porte par la suite sur la thèse, soutenue par les participants dans la première partie de l'atelier, selon laquelle il convient de définir d'abord, avec une certaine précision, les objectifs que doit viser la régulation, avant de se préoccuper de la structure de l'instance. Dans ce contexte, la question qui se pose est celle de la nécessité d'un contrôle des concentrations par le droit spécifique des médias.

Les données économiques montrent la probabilité d'une concentration des médias à tous les niveaux de la concurrence (infrastructures des réseaux, contenus). Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'on observe l'évolution technique des médias électroniques et des télécommunications. Ainsi, la compression numérique des données accroît les capacités de transmission, notamment des médias électroniques, et conduit à l'intégration des entreprises au niveau de la fabrication des programmes, des moyens de transmission, de la diffusion des programmes et des services ainsi que de l'utilisation des programmes par les nouveaux médias¹⁹. Etant donné ces phénomènes de convergence et de numérisation du signal, un contrôle spécifique de la concentration des médias est-il nécessaire et, si oui, quelle forme doit-il prendre ?

a) Relation au droit général de la concurrence

Concernant une éventuelle réorientation du droit de la concentration des médias, il est essentiel de savoir si, juridiquement, la surveillance de la concentration des entreprises du secteur des médias peut relever du droit sur les ententes, auquel cas une réglementation spécifique de la concentration des médias deviendrait obsolète.

Objectif de la régulation

L'objectif d'une régulation de la concentration des médias est d'obtenir une concurrence des opinions exprimées par la création, la protection et l'extension du pluralisme d'opinion. Cette dernière est de première importance dans un Etat démocratique. L'Etat doit créer d'une part un cadre propice au développement des entreprises, apte à garantir au plus haut point le pluralisme d'opinion et la diversité des contenus, et d'autre part un marché concurrentiel qui attire de nouveaux investissements et en favorise la croissance.

Points essentiels à examiner

Les points essentiels à examiner sont différents selon qu'il s'agit du droit général de la concurrence ou du droit de la concentration des médias. L'examen du "monopole d'opinion", en droit des médias, s'oppose, dans le droit des ententes fondé sur le principe de l'organisation et du fonctionnement du marché ainsi que sur la concurrence qui lui est inhérente, à l'examen du "monopole de marché".

On peut se demander si les objectifs susmentionnés d'une régulation de la concentration des médias peuvent également être atteints par la surveillance des ententes en utilisant le critère du "monopole de marché".

Transposition au droit général de la concurrence

Selon un avis de l'assistance, critiqué par les autres participants, le droit général de la concurrence suffirait à garantir le pluralisme d'opinion notamment en radiodiffusion, et une réglementation particulière ne serait *de facto* plus nécessaire.

En effet, notamment dans les pays disposant d'une offre privée importante, on ne peut plus faire valoir le fait que des diffuseurs dépendent, en terme de droit des sociétés, de grands groupes audiovisuels, pour évaluer le facteur de la diversité. Une participation relevant du droit des sociétés n'est pas obligatoirement un risque pour le pluralisme de sorte que l'influence d'opinion n'est pas forcément le seul critère garantissant ce pluralisme.

Il serait peu probant de vouloir contrecarrer l'influence prédominante d'une opinion alors que celle-ci s'exprime généralement en termes de parts d'audience ou de participations d'une hauteur illicite (préalablement fixées). En outre se pose la question rhétorique de savoir s'il existe, pour assurer une surveillance des ententes spécifiques aux médias, un critère fiable et propre, détaché de la notion de position dominante sur le marché qui relève du droit sur les ententes²⁰.

Outre cette réserve rhétorique, un droit de la concentration des médias souffrirait d'un autre inconvénient essentiel : la domination du marché par un pouvoir oligarchique ne serait pas prise en compte dans le cadre d'un tel examen puisque celui-ci reposerait sur des critères sectoriels stricts de mesure de l'influence d'opinion (modèle des parts d'audience, modèle des postes récepteurs) et des concentrations d'entreprises. De ce point de vue, la clarté et la sécurité juridiques sont un argument en faveur d'une surveillance de la concurrence sur le seul fondement du droit général et non sectoriel des ententes, avec un critère unique, celui de la position dominante.

Dans le secteur des technologies modernes de la communication et de l'information, la nécessité d'une régulation intersectorielle par le droit général de la concurrence est une conséquence évidente de ce qui précède. Par ailleurs, il serait très difficile de séparer nettement les compétences juridiques en matière de services, toujours plus nombreux au fur et à mesure du développement des nouvelles techniques et des nouveaux moyens de transmission (services des médias et télécommunications, télécommunications, radiodiffusion). Une application globale des principes juridiques propres aux différents secteurs paraîtrait arbitraire en cas de doute. De plus, l'existence de dispositions particulières n'empêcherait pas une surveillance par le droit général des ententes en raison de considérations multiples. Ce serait inefficace et donnerait aux sociétés concernées un sentiment d'insécurité.

Il n'est pas non plus justifié d'englober les marchés dits "apparentés" dans l'évaluation de l'influence d'opinion : en matière de droit sur la concentration des médias, cette évaluation est souvent globale. Il existe de nombreuses interactions sans qu'il soit correct de les intégrer d'emblée dans l'examen. Argumenter que la complémentarité des fonc-

tions ou leur subsidiarité, par exemple en matière de publicité, suffirait à étendre à d'autres marchés des médias les conclusions tirées à propos du marché de l'audiovisuel revient, par une notion trop floue des faits, à concéder aux instances de régulation une trop grande marge de manoeuvre. Ce ne serait concevable que si ces marchés voisins exerçaient une influence directe sur les activités du marché de l'audiovisuel - et non en présence d'interactions seulement temporaires, dont la qualification et le pronostic sont délicats.

Quant aux concentrations verticales, elles sont du point de vue de cet intervenant suffisamment bien saisies par les instruments du droit de la concurrence. L'étude de la position d'une entreprise sur le marché permet d'établir les liens qu'elle entretient avec les marchés en amont et en aval dans le cadre d'une appréciation globale. Il est donc possible de tenir compte des marchés apparentés sur lesquels les entreprises concernées détiennent une position dominante, ainsi que de leurs effets sur le marché étudié.

Besoin d'une régulation des concentrations spécifique aux médias

La partie opposée à ce point de vue argumente que le droit général de la concurrence doit s'accrocher à un fait : il faut bien qu'il y ait d'abord fusion selon les règles de la surveillance des ententes. Il peut s'agir d'une prise de contrôle classique, d'une participation croisée, de l'acquisition du patrimoine ou de parts, d'une cession de droits d'utilisation, ou encore de liens par lesquels une entreprise exerce, en termes de concurrence, une influence sur une autre entreprise. Le droit général de la concurrence ne saisit que la croissance dite externe, la croissance interne de l'entreprise ne pouvant être prise en compte que par les dispositions relatives à l'abus de position dominante. Or, la croissance interne ne rend pas plus acceptable l'apparition d'une opinion dominante.

Les Constitutions prévoient qu'un droit sur les concentrations des médias doit avoir une action préventive et, dans le sens d'un code (de l'audiovisuel), empêcher l'apparition d'une influence dominante sur l'opinion. Comme on l'a vu, le droit général de la concurrence ne peut intervenir qu'après un fait, en réaction et comme correctif. Si l'on ne disposait que des moyens servant au contrôle des abus de position dominante (selon le droit de la concurrence), la surveillance des médias menacerait de se réduire aux abus de la presse, avec pour corollaire le risque d'un conflit avec l'interdiction de censure qui est du domaine de la Constitution.

La surveillance des abus selon la législation sur les ententes ne pourrait pas apporter de solution à la discussion sur les accès, particulièrement animée dans le secteur des médias, et ceci malgré la doctrine des ressources essentielles²¹. En effet, cette théorie d'origine économique ne tient pas compte de l'extrême importance, pour les médias, de l'accès aux moyens de diffusion (de la presse) : bien qu'il puisse être justifié, par exemple, d'interdire pour des motifs soi-disant économiques un accès à un moyen de diffusion, le droit positif et la garantie du pluralisme d'opinion pourraient en ordonner l'ouverture. C'est ce qui ressort notamment de la décision de la Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire Bronner²², selon laquelle il n'existe pas, dans le droit communautaire général sur la concurrence, de compensation "réelle" totale pour l'activité du concurrent en matière de ressources. En tout état de cause, il pourrait être renvoyé à des activités de remplacement moins favorables. En définitive, du point de vue de la problématique des accès, ce que la Cour de justice des communautés européennes considère comme encore acceptable en matière d'alternatives restreint considérablement le champ d'application de cette théorie des "ressources essentielles"²³.

En somme, l'arsenal juridique du droit général de la concurrence est insuffisant pour régler le problème de la concentration verticale ; or, celle-ci présente beaucoup d'intérêt pour les entreprises médiatiques, donc un grand risque : possibilités de commercialisation des programmes, accès aux programmes en tant que ressources et surtout contournement des situations dites de *bottleneck*²⁴ en participant aux moyens de diffusion. En revanche, un droit de concentration spécifique aux médias permettrait de mieux adapter l'idée des ressources essentielles à la radiodiffusion. L'objectif majeur d'un règlement de ce type pourrait et devrait être d'offrir aux diffuseurs, aux opérateurs et aux

postes récepteurs un accès raisonnable, non-discriminatoire et égal aux équipements et services d'infrastructure, accès indispensable notamment dans le domaine de la diffusion numérique des programmes audiovisuels²⁵.

En outre, pour établir en droit général des ententes qu'il y a position dominante sur le marché, il faut avoir défini le marché correspondant. Une position dominante sur un marché défini et une influence sur l'opinion, dans son acception courante, ne se recouvrent donc pas obligatoirement : la télévision d'accès libre, financée par la publicité, et la télévision payante s'adressent à des marchés différents. Or, l'objectif défini comme devant assurer la diversité n'est pas concerné par cette disparité d'ordre purement économique. En outre, dans le droit des ententes, le marché de la télévision d'accès libre est souvent défini par le truchement du marché publicitaire. L'existence d'un marché de téléspectateurs ou d'auditeurs est niée notamment parce que les programmes sont reçus gratuitement et qu'en conséquence, il n'y a pas les échanges qui caractérisent essentiellement les opérations de marché²⁶. Les programmes proposés sont considérés uniquement comme un moyen pour vendre des contacts clients par l'intermédiaire d'annonces publicitaires. De ce point de vue, on peut prétendre qu'il existe des échanges d'ordre non-financier entre les fournisseurs de programmes et ceux qui les reçoivent. Ces derniers sacrifient au diffuseur non leur argent mais exclusivement leur temps. Cet apport de toute personne qui reçoit une chaîne de télévision ou une station de radio fournit donc un critère d'observation appartenant au droit des ententes et permettant d'intervenir contre les concentrations. En ceci, le modèle de parts d'audience, souvent appliqué dans le contrôle des concentrations en matière de radiodiffusion, est donc mieux adapté que le modèle de participation ou d'autres modèles, notamment à l'ère du numérique.

Dans le droit général de la concurrence, le fait de constater qu'une fusion génère une position commerciale dominante ou contribuera à renforcer une position déjà dominante, ne conduit pas obligatoirement à l'interdire. Pour compenser, les entreprises peuvent par exemple faire valoir que leur fusion apportera sur d'autres marchés des améliorations concurrentielles qui l'emportent sur les inconvénients du premier. Or, l'amélioration de la concurrence n'équivaut pas forcément à un renforcement du pluralisme d'opinion ; des objectifs autres que ceux de la radiodiffusion peuvent être déterminants pour l'octroi d'une autorisation de fusion, ce qui est contraire à la diversité²⁷.

Pour les partisans d'un contrôle des concentrations spécifiques aux médias, la protection de la concurrence par le droit des ententes est une condition nécessaire mais qui ne suffit pas à éviter l'instauration d'une opinion dominante dans les médias²⁸. Au niveau du droit européen, on juxtapose le droit de la concurrence et le droit de la concentration des médias ; le droit de la concurrence est considéré comme nécessaire mais non suffisant (article 21 alinéa 3 de l'ordonnance sur les concentrations).

Elargissement du droit sur les concentrations

Il est également proposé d'étendre le droit général sur la concurrence en ajoutant des dispositions spécifiques aux médias. Cela permettrait de développer son efficacité dans le sens d'un droit également applicable à la concentration des médias. Il deviendrait possible de délimiter, en sus des marchés des médias orientés par branches et déterminés par les investissements (télévision d'accès libre, télévision payante), un autre marché professionnel qui serait un marché global des téléspectateurs dans le sens précédemment indiqué.

Cependant, en terme de régulation, les déficits systémiques susmentionnés ne disparaîtraient pas (croissance interne, concentration verticale). En outre, la Cour constitutionnelle allemande, notamment, a décidé que dans le secteur du droit de la presse, le contrôle des fusions devait se limiter à l'examen des facteurs économiques, autrement dit rester strictement neutre en matière de contenus²⁹.

b) Critère d'un contrôle de concentration des médias

Indépendamment du fait qu'une intégration du droit de concentration des médias soit possible ou non, on ne peut éviter le débat sur les

objectifs auxquels doit satisfaire une surveillance des concentrations, éventuellement spécifique aux différents secteurs.

Précision des objectifs

La mission allouée à un instrument de réglementation des concentrations des médias doit être suffisamment précise, sinon le contrôle ne sera pas efficace. Il faut donc clarifier quel poids on veut donner à la protection de la diversité d'opinion et du pluralisme des médias - qui dans de nombreux pays membres est du ressort de la constitution³⁰ - dans un contexte sous-tendu par le libre exercice du commerce.

Marchés concernés et critères d'appréciation

Comprise comme une surveillance de la concentration, la régulation suppose que les marchés concernés et leurs acteurs soient définis avec précision.

Dans la perspective d'une interconnexion de l'Internet et de la radiodiffusion, rendue possible par la communication à large bande passante, certains intervenants dont l'opinion est controversée sont d'avis qu'à l'avenir l'examen des concentrations médiatiques devra s'étendre tant à l'Internet qu'aux réseaux câblés. Cette extension paraît nécessaire en raison des problèmes inhérents à la structure en réseau, qui associe les programmes en tant que ressources, l'accès aux moyens de transmission et de commercialisation et l'accès à ceux qui reçoivent le signal. Cette problématique de la communication à large bande pourrait être désactivée par un contrôle structurel qui agirait de manière préventive, tel que le modèle des parts d'audience qui pourrait être aménagé en un modèle des auditeurs et téléspectateurs³¹.

Le modèle actuel repose sur les parts d'audience qu'un diffuseur obtient au cours d'une année sur l'ensemble du territoire national et pour l'ensemble des moyens de transmissions. La libéralisation, qui a également touché l'infrastructure des réseaux câblés (numériques), a donné aux opérateurs de réseaux une marge de manoeuvre considérable en matière d'attribution de ces réseaux. De l'avis d'un intervenant, et ceci malgré la multiplication du nombre et de la diversité des programmes par suite des capacités accrues des moyens de transmission, ces marges d'aménagement inciteraient à préconiser la réduction des territoires en les limitant à l'étendue géographique des réseaux de l'opérateur concerné. En effet, la lutte contre une opinion dominante s'applique à tout support de transmission et ne tolère pas qu'un opérateur puisse limiter le pluralisme, ce qu'il peut faire en choisissant les programmes à injecter.

S'agissant de la question de savoir si les opérateurs de réseaux (et pas seulement les diffuseurs, comme dans le droit actuel) devaient eux-mêmes relever du droit matériel de la concentration, les avis divergent. Une implication des opérateurs devrait cependant avoir lieu si l'échelle choisie devait rester celle de l'ensemble du territoire national, même si cela est en rupture avec le système.

Pour d'autres participants, les marchés concernés ne devraient être que ceux qui, comme la radiodiffusion, reposent sur une communication de masse suggestive, à l'exclusion de ceux qui fonctionnent sur la base d'appels individuels. Une intégration des services individuels d'appel n'est acceptable, l'Internet étant dans ce cas utilisé dans sa fonction de moyen technique de transmission (supplémentaire) des contenus radiodiffusés, que si l'environnement des programmes audiovisuels est simultané et reste inchangé. Les sites Internet associés aux programmes des diffuseurs auraient par contre une fonction d'aide non autonome dans le cadre de la fidélisation des téléspectateurs et ne sauraient être considérés comme un marché indépendant (de substitution). Un problème pratique se présenterait alors : comment convertir les consultations des sites en parts de marché attribuables, d'autant qu'il faudrait différencier entre les origines des visiteurs.

Les participants se sont aussi demandé s'il ne serait pas possible de résoudre les problèmes de définition du marché, dans son étendue spatiale et fonctionnelle, en faisant intervenir la régulation de l'accès, soit en plus, soit accessoirement. Cependant, si son importance a été généralement admise, un intervenant a fait remarquer qu'en soi, le contrôle d'accès ne constitue pas une régulation matérielle de la concentration

des médias. Or, de l'avis général, le contrôle d'accès et la surveillance des concentrations ne doivent pas se concevoir comme s'excluant l'un l'autre mais comme des outils complémentaires.

Les compétences des autorités de régulation

Pour éviter l'apparition, à l'avenir, d'une imbrication des pouvoirs, l'un des intervenants préconise d'assortir le contrôle préventif de la concentration des médias d'une interdiction (provisoire) de réaliser la concentration, selon le modèle de la loi allemande contre les restrictions de la concurrence (GWB)³². On sait par expérience en droit des ententes qu'une déconcentration *a posteriori* n'est plus efficace.

Si une telle interdiction d'exécution ne pouvait être mise en place, il faudrait attribuer à l'instance de régulation compétence pour exiger l'aménagement d'un temps d'antenne destiné à des tiers, obliger les opérateurs de services à collaborer avec d'autres acteurs du marché et obtenir la séparation de certains domaines de l'entreprise, la marge d'appréciation de l'instance devant cependant être définie en toute clarté (transparence).

Niveau européen

Considérant la multiplicité des entreprises médiatiques qui dépassent les frontières nationales, la question d'une solution européenne ne peut être évitée. La répartition des compétences en vigueur³³ place le concept d'une instance européenne dotée d'un ensemble global de compétences au centre du débat. Il pourrait être envisagé de créer en sus de la commission européenne compétente pour les questions de droit général de la concurrence une instance chargée directement de protéger le pluralisme d'opinion.

Selon un intervenant, deux arguments s'opposent essentiellement à cette solution :

Il n'existe pas de compétence communautaire pour l'établissement d'une telle instance. En vertu de l'article 3 b alinéa 1 du Traité CE, stipulant le principe de l'autorisation unique et limitée, il n'a pas été attribué à la Communauté de compétence expresse pour déterminer les objectifs et la matière visant à assurer le pluralisme d'opinion. L'objectif du marché intérieur permettrait de déduire tout au plus à une compétence en matière de convergence des droits, limitée cependant à des règlements séparés, mais pas à l'établissement d'une instance CE dotée de compétences générales et globales. L'article 11 alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux relatif à la liberté des médias et à leur pluralisme ne donne pas de résultat différent.

Les principes communautaires tels que l'obligation de prendre en considération l'intérêt général, le principe de substitution et la règle de proportionnalité s'opposent à la mise en place d'une telle instance puisqu'ils ne prévoient pas l'idée de pluralisme ou de diversité. Il serait donc plus efficace de protéger le seul pluralisme communautaire au moyen de réglementations nationales, spécifiques à la radiodiffusion, et qui tiendraient compte des particularismes.

Pour intégrer et harmoniser les critères d'examen communautaires, l'idée d'un système décentralisé de coopération et de consultation serait, selon ce point de vue, à reprendre et à réaliser. Dans la perspective d'une participation d'investisseurs étrangers à des diffuseurs nationaux, la coordination entre les instances communautaires de concentration des médias et la Commission européenne pourrait également être étouffée par un système éventuellement formalisé d'information mutuelle et de consultation des actes, notamment lors de l'examen des participations.

2. Aperçu par pays

Le droit de concentration des médias d'importants pays européens ainsi que la pratique européenne du contrôle des fusions ont été approfondis dans un article auquel nous nous permettons de renvoyer le lecteur³⁴. Dans le courant du débat entre les participants à propos de l'évolution du droit des concentrations, la situation de la Suisse a fait l'objet d'une attention particulière³⁵.

La Confédération helvétique

Il n'existe pas actuellement de réglementation sectorielle spécifique à la concentration des médias. Le droit des ententes est régi par les articles 4 alinéa 3 (définitions), 9 - 11 (critères) et 32 - 38 (procé-

dures d'examen devant la commission de la concurrence) de la loi sur les cartels³⁶ ainsi que par l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises³⁷. Conformément au principe des abus, les concentrations sont soumises à une obligation de "notifier" mais non à une obligation d'autoriser au sens propre. La commission de la concurrence peut, après réception de la notification, engager et réaliser le processus d'examen proprement dit. Pour les médias, le montant des critères généraux qui motivent l'obligation de notifier (article 9 alinéa 1 LCart), a été réduit à un vingtième selon les dispositions de l'article 9 alinéa 2 LCart. Dans le cadre de la loi révisée, ce passage de l'article 9 alinéa 2 a été rayé dans le message du Conseil fédéral de la Confédération helvétique sur la modification de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001 adressé au Parlement³⁸. Dans son appréciation des concentrations à propos des positions dominantes, la commission de la concurrence tend (article 10 alinéa 2 LCart) à déterminer le marché concerné selon le point de vue de la demande (article 11 alinéa 1 de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations, offres de substitution). Dans le domaine de la presse, qui en Suisse a plus particulièrement fait jusqu'à présent l'objet de procédures d'examen, la commission de la concurrence a strictement délimité le marché concerné, le réduisant à la presse écrite ou même aux quotidiens. Les émissions d'actualités de la radiodiffusion et de l'Internet n'ont pas été considérées comme des services de substitution. Outre les éléments classiques, la commission de la concurrence inclut dans le cas particulier le critère de la puissance financière des entreprises et l'aspect de la concurrence potentielle.

Le projet pour une révision de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV), présenté le 20 décembre 2000³⁹, prévoit à l'article 67, pour la première fois, des mesures détaillées contre la concentration des médias. Deux raisons à cela : d'une part, on observe actuellement en Suisse certaines tendances à la concentration⁴⁰ et, d'autre part, le gouvernement désire se rapprocher du droit communautaire. Selon le projet, il y a danger pour la diversité des opinions et des programmes si a) un diffuseur occupe une position dominante sur le marché concerné, b) un diffuseur ou une entreprise active sur le marché de la radio ou de la télévision occupe une position dominante sur un ou plusieurs marchés liés au domaine des médias. Lorsqu'un diffuseur ou une entreprise active constitue une menace pour la diversité des opinions et des programmes, des mesures peuvent être prises en vertu de l'article 68 du projet LRTV : aménager un temps d'antenne destiné à des tiers, adapter les structures et l'organisation de l'entreprise ou séparer certains domaines ou certaines participations de l'entreprise. Ces dispositions dont l'exercice reviendra à la commission des médias, qui doit encore être créée, vont bien au-delà des pouvoirs conférés à la commission de la concurrence par la loi sur les cartels.

III. Résumé

On constate que la Communauté européenne attend une formulation plus pointue des objectifs de régulation dans les secteurs convergents que sont les médias, les télécommunications et les nouveaux services, ce qui exige de tenir compte des intérêts nationaux au niveau du cadre législatif européen. Cependant, reporter ces préoccupations sur la surveillance de la concentration des médias, ce qui serait associé à des besoins matériels de grande ampleur, ne paraît pas ici être une solution adéquate pour l'avenir.

Les conséquences pour la structure des instances de surveillance découlent d'abord des objectifs de la régulation et de la surveillance des médias. L'imbrication croissante de procédés de régulation sectoriels entre eux et avec des procédés de régulation généraux prend le pas sur un mouvement qui tendrait à réunir les missions et les processus au sein d'une même instance. Même les instances convergentes, établies ou nouvellement créées, séparent les différentes fonctions de régulation. S'agissant du choix des instruments, il est essentiel de disposer d'un large éventail de mesures qui répondent au principe de la sécurité juridique des participants tout en restant, de par leurs formes, souples et efficaces. De ce point de vue, il semble souhaitable que les institutions européennes proposent des mesures de soutien et de suivi. Ceci est valable notamment dans la perspective d'une coordination et d'une coopération entre instances nationales, mais aussi au niveau européen lorsqu'il s'agit de régler des problèmes dépassant le cadre d'un seul marché.

- 1) Exemple des groupes Vivendi et AOL/Time-Warner. Le *Livre vert sur le développement du marché commun des équipements et services de télécommunications*, COM (87) 290, p. 19 est une source d'informations sur les tendances indiquées. La notion de "convergence" est explicitée dans le *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et de la technologie de l'information, et ses implications pour la réglementation*, COM (97) 623, p. 1 et suiv.
- 2) Palzer/Hilger *La surveillance des médias à l'aube du XXI^e siècle - organisation et compétences des autorités de surveillance sous le signe de la convergence*, in : IRIS plus supplément à IRIS 2001-8.
- 3) Voir Lehofer *Die Regulierung der Infrastruktur im Lichte der Konvergenz*, Journal für Rechtspolitik 2000, p. 206.
- 4) Voir aussi Schulz/Held, *Regulierte Selbst-Regulierung als Form moderner Regierens*, Zwischenbericht Oktober 2001, p. C 2, à consulter sous : <http://www.humanrights.coe.int/media/documents/Zwischenbericht.PDF>
- 5) Palzer/Hilger, *loc. cit.* (note 2), p. 4 et suiv.
- 6) Il est instructif de lire à ce sujet Palzer/Hilger, *loc. cit.* (note 2), p. 5.
- 7) Très complet sur cette problématique McGonagle : *Le cadre réglementaire en vigueur en matière de télévision est-il applicable aux nouveaux médias ?*, in: IRIS plus supplément à IRIS 2001-6.
- 8) Pour consulter le Livre blanc : <http://www.communicationswhitepaper.gov.uk>. De nombreux avis et propositions des organes concernés ont été soumis dans la phase préalable au Livre blanc (sociétés de médias, instances de régulation, groupes d'influence, etc.) et peuvent être consultés sous : http://www.culture.gov.uk/creative/dtdcms_comms-reform_submissions.html
- 9) Freund/Ruhle, *Neuorganisation der Regulierung für Telekommunikation und Medien in Österreich*, MultiMedia und Recht 2001, p. 804.
- 10) Voir le procès verbal du Conseil pour l'Internet et les nouveaux médias auprès de la Chancellerie fédérale du 30 octobre 2000, à consulter sous : <http://www.bka.gv.at/bka/medien/binprotokoll20001030.htm>
- 11) *Telekommunikationsgesetz* (loi fédérale relative aux télécommunications - TKG) du 1^{er} août 1997, dans sa version modifiée par la loi BGBl. I n° 32/2001 (entrée en vigueur le 1^{er} avril 2001).
- 12) Freund/Ruhle, *loc. cit.* (note 8), p. 804, critiquent cette construction : ils craignent une restriction de l'intégrité de l'autorité de surveillance car celle-ci aurait dû appliquer en matière de position dominante les dispositions de la loi sur les cartels et celles de la TKG - or, elles diffèrent sur les contenus. Les auteurs exposent en outre que la poursuite de l'application de la loi sur les cartels par les autorités de la concurrence, telle qu'elle était prévue, aurait pu conduire à des décisions incohérentes. En revanche, Möschel, *Ist das Verhältnis von TKG und GWB neu zu durchdenken?*, Kommunikation und Recht 2001, p. 619, demande pour le droit allemand un "parallélisme" dans l'application du droit général de la concurrence et du droit des télécommunications.
- 13) Loi fédérale autrichienne sur l'établissement d'une autorité de communication Austria ("KommAustria") et d'une Chambre fédérale des communications (loi KommAustria - KOG), BGBl. du 30 mars 2001, Teil I p. 599.
- 14) Point 8.8, p. 80 du Livre blanc.
- 15) Le Livre blanc cite la protection des consommateurs, l'accès et l'interconnexion, point 2.5.1, p. 19.
- 16) Elles spécifieraient par exemple les conditions imposées aux entreprises à concentration verticale, les règles contre les subventions transversales déloyales et contre la discrimination ou le favoritisme illicite de certains domaines de l'entreprise vis-à-vis de tiers, etc., cf. 2.5.1, p. 19 du Livre blanc.
- 17) Le Livre blanc présente un modèle à trois paliers dont le premier fixe les conditions de base communes à tous les services (règles de publicité, quotas, qualité minimale des contenus). S'agissant de la radiodiffusion publique, l'OFCOM définirait ensuite les obligations quantifiables et mesurables (diffusion de productions régionales, horaires des actualités, etc.) et des organes d'autorégulation seraient chargés des paliers "contenus" (fixés par les chartes et les statuts des diffuseurs). Voir pour plus de précisions les points 5.5 - 5.11, p. 52 - 57 du Livre blanc.
- 18) Point 8.11, p. 82 du Livre blanc.
- 19) P. Mailänder, *Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk*, Baden-Baden 2000, p. 45 et suiv.
- 20) Paetow, *Die Anwendung der Fusionskontrolle des GWB im Bereich der elektronischen Medien*, in : *Konzentrationskontrolle im Rundfunk und wettbewerbliche Fusionskontrolle*, Berlin 2001, p. 20.
- 21) Théorie détaillée par Weber/Dörr, in *Digitale Verbreitung von Rundfunkprogrammen und Meinungsvielfalt*, Zurich 2001, p. 76 et suiv.
- 22) Cour de justice des Communautés européennes, C-7/97, Bronner/Mediaprint, décision du 26 novembre 1998, Slg. 1998, I - 7791.
- 23) Scherer *Das Bronner-Urteil des EuGH und die "essential facilities" - Doktrin im TK-Sektor*, MultiMedia und Recht 1999, p. 318.
- 24) Sur le problème des accès "bottlenecks", voir Hege, *Anforderungen des Wettbewerbs- und Medienrechts*, in : Roßnagel (éditeur) *Allianz von Medienrecht und Informationstechnik?*, Baden-Baden 2001, p. 45 et suiv ; Helberger/Scheuer/Strothmann, *Accès non-discriminatoire aux services numériques d'accès conditionnel*, in : IRIS plus supplément à IRIS 2001-2.
- 25) Voir également Henle, *Die Position der Landesmedienanstalten zum Verhältnis von Medienrecht und Kartellrecht*, in : *Konzentrationskontrolle im Rundfunk und Wettbewerbliche Fusionskontrolle*, *loc. cit.* (note 20), p. 66.
- 26) Paetow *loc. cit.* (note 20), p. 13.
- 27) K. P. Mailänder, in: *Konzentrationskontrolle im Rundfunk und wettbewerbliche Fusionskontrolle*, *loc. cit.* (note 20), p. 31.
- 28) Weber/Dörr *loc. cit.* (note 21) ne concèdent au droit sur les ententes une contribution à la pluralité d'opinion que dans les secteurs où il n'existe aucune autre garantie spécifique contre la concentration des médias (ils citent à l'appui le cas de la concentration verticale).
- 29) Décision du *Bundesgerichtshof* (Cour constitutionnelle fédérale) du 13 janvier 1988, BVerfGE 77, p. 346.
- 30) Voir à propos des réglementations de différents pays IRIS Spécial *La télévision et la concentration des médias - Modèles de réglementation aux niveaux national et européen*, Strasbourg 2001.
- 31) Présentation de ces modèles dans IRIS Spécial, *loc. cit.* (note 30), p. 2 et suiv.
- 32) *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (loi contre les restrictions de la concurrence), version de la publication du 26 août 1998, BGBl. I n° 59 du 2 septembre 1998 p. 2546 ; telle que modifiée par la loi du 19 juin 2001, BGBl. 2001 I n° 28 du 25 juin 2001, p.1149.
- 33) Pour un complément d'information sur la délimitation des compétences, voir Palzer/Hilger, *loc. cit.* (note 2), p. 6 et suiv.
- 34) IRIS Spécial *loc. cit.* (note 30).
- 35) Concernant le débat actuel, notamment au Royaume-Uni, voir *Consultation on Media Ownership Rules*, sous : http://www.culture.gov.uk/PDF/media_ownership_2001.pdf
- 36) Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (LCart) du 6 octobre 1995, version révisée du 1^{er} avril 1996.
- 37) Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996.
- 38) Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale de la Confédération suisse sur la révision de la loi sur les cartels du 7 novembre 2001 ; consulter : http://www.evd.admin.ch/dynamic/dm/LOI_SUR_LES_CARTELS/D/MESSAGE/Botschaft_ueber_die_Aenderung_des_Kartellgesetzes_D.pdf
- 39) Pour consulter le projet : <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/aktuel/2.pdf>
- 40) Sidler *La reprise de Belcom AG par Tamedia AG est autorisée*, IRIS 2001-10 : 14.