

**IRIS**  
Spécial

Sous la direction scientifique  
de l'Observatoire européen  
de l'audiovisuel



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

# La télévision et la concentration des médias

**Modèles  
de réglementation  
aux niveaux national  
et européen**



COUNCIL OF EUROPE  
CONSEIL DE L'EUROPE

VICTOIRES  
**VE**  
ÉDITIONS

**IRIS Spécial : la télévision et la concentration des médias**

*Modèles de réglementation aux niveaux national et européen*

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2001

ISBN 92-871-4594-6

**Directeur de la publication :**

Wolfgang Closs, Directeur exécutif de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

E-mail : w.closs@obs.coe.int

**Editrice et coordonnatrice :**

Susanne Nikoltchev (LL.M. EUI et U of M)

Experte juridique de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

E-mail : S.Nikoltchev@obs.coe.int

**Organismes partenaires** ayant collaboré à IRIS Spécial : la télévision et la concentration des médias

**IViR – Institut du droit européen de l'information**

Rokin 84, NL-1012 KX Amsterdam

Tél. : +31 (0) 20 525 34 06

Fax : +31 (0) 20 525 30 33

E-mail : website@ivir.nl

**CMC – Communications Media Center**

New York Law School

57 Worth Street, New York, NY 10013

USA

Tél. : +1 212 431 2160

Fax : +1 212 966 2053

E-mail : Michael.Botein@cmcnys.edu

**EMR – Institut du droit européen des médias**

Nell-Breuning-Allee 6, D-66115 Sarrebruck

Tél. : +49 (0) 681 99275 11

Fax : +49 (0) 681 99275 12

E-mail : emr@emr-sb.de

**CDPMM – Centre de droit et de politique des médias de Moscou**

Mokhovaya 9, 103914 Moscou

Fédération russe

Tél./Fax : +7 (0) 503 737 3371

E-mail : arichter@glas.apc.org

arichter@glasnet.ru

**Relectrices :**

Florence Pastori, Géraldine Pilard-Murray, Candelaria van Strien-Reney

**Traducteurs :**

Brigitte Auel, France Courrèges, Christopher Edwards, Isabelle Heesch, Katherine Parsons, Stefan Pooth, Patricia Priss, Erwin Rohwer, Véronique Schaffold, Robert Spence, Stella Traductions, Nathalie-Anne Sturlèse

**Assistante éditoriale :**

Michelle Ganter

**Marketing :**

Markus Booms

E-mail : M.Booms@obs.coe.int

**Photocomposition :**

Pointillés, Hoenheim (France)

**Impression :**

Finkmatt Impression, La Wantzenau (France)

**Editeur :**

Observatoire européen de l'audiovisuel

76 Allée de la Robertsau, F-67000 Strasbourg

Tél. : +33 (0)3 88 14 44 00 - Fax : +33 (0)3 88 14 44 19

E-mail : obs@obs.coe.int - html://www.obs.coe.int

© Observatoire européen de l'audiovisuel, 2001.

Chacune des opinions exprimées dans les articles 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.

# La télévision et la concentration des médias

## Modèles de réglementation aux niveaux national et européen

Edité par  
l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Cette édition de IRIS Spécial constitue une introduction unique à ce jour au problème juridique de la concentration des participations dans le capital des entreprises de télévision, ainsi qu'à la question des aspects juridiques de la fusion économique de la télévision avec d'autres médias et avec des marchés situés en amont ou en aval.

Le présent IRIS Spécial permet l'analyse plus approfondie de thèmes juridiques liés au secteur de l'audiovisuel. Ces thèmes sont sélectionnés et traités en collaboration avec notre réseau, notamment avec nos partenaires.

Chacune des opinions exprimées dans les articles 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.

IRIS Spécial paraît dans les trois langues de travail de l'Observatoire.

Notre souhait est d'atteindre un niveau irréprochable de compréhension et d'exactitude dans chacune de ces langues et nous dépendons du travail de nos traducteurs et de nos correcteurs, que nous remercions de leur étroite collaboration.

Comme chaque publication du service juridique de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, celle-ci n'aurait pu voir le jour sans l'aide précieuse et la persévérance de notre collègue Michelle Ganter.

**Wolfgang Closs**  
*Directeur exécutif*

**Susanne Nikoltchev**  
*Experte juridique*

# INDEX

## ALLEMAGNE

<b>A. La concentration horizontale des médias</b> .....	7
1. Définition du marché de la télédiffusion	
2. Contenu de la législation en vigueur	
2.1. Seuils limites	
2.2. Méthode d'évaluation de la concentration	
2.3. Exonérations	
3. Remèdes légaux	
3.1. Constat de l'existence d'une influence dominante sur l'opinion	
3.2. Parts de marché de 10 %	
4. Justifications et politique	
<b>B. Concentration verticale des médias</b> .....	11
1. Contenu de la législation en vigueur	
1.1. § 26, paragraphe 2 du RStV	
1.2. Estimation globale exceptionnelle sortant du cadre des suppositions légales – § 26, paragraphe 1 RStV	
1.3. § 53, paragraphe 3 du RStV	
2. Remèdes légaux	
3. Justifications et politique	
<b>C. Concentration diagonale des médias</b> .....	13
1. Contenu de la législation en vigueur	
1.1. § 26 paragraphe 2 alinéa 2 du RStV	
1.2. Restrictions issues des lois régionales sur la radiodiffusion	
2. Justifications et politique	
<b>D. Le droit général de la concurrence</b> .....	14
1. Interaction entre la législation spécifique et le droit de la concurrence	
1.1. Rapports entre les différentes réglementations	
1.2. Distinction entre croissance interne et croissance externe	
1.3. Spécificité du droit régional	
1.4. § 7 de la loi sur la transmission des signaux télévisés et son rapport avec l'article § 53 du RStV	
2. Définition du marché de la télédiffusion	
2.1. Le marché tangible	
2.2. Le marché géographique	
2.3. Le marché temporel	
3. A quel moment y a-t-il émergence ou extension d'une position dominante sur le marché ?	
3.1. Définitions juridiques - § 19 paragraphe 2 du GWB	
3.2. Présomption de position dominante	
4. Seuil d'intervention de l'article 38, paragraphe 3 GWB	
5. Remèdes légaux	
5.1. Interdiction de l'article § 19 du GWB	
5.2. Proscription par l'article 36, paragraphe 1 du GWB	
5.3. Interdiction de toute discrimination : § 20 du GWB	
5.4. Contrôle des abus, § 16 du GWB	
<b>E. Restrictions spéciales</b> .....	18
1. Ressortissants étrangers	
2. Rapports avec les instances publiques	
3. Partis politiques	

## LE ROYAUME-UNI

<b>A. La concentration horizontale des médias</b> .....	21
1. Définition du marché de la télédiffusion	
2. Contenu de la législation en vigueur	
2.1. Définitions du contrôle et de l'influence	
2.2. Les seuils de parts d'audience	
2.3. Attribution et calcul du temps d'écoute	
2.4. Les limitations absolues supplémentaires	
3. Remèdes légaux	
4. Justifications et politique	
<b>B. La concentration verticale des médias</b> .....	24
1. Contenu de la législation en vigueur	
1.1. Les caractéristiques structurelles	
1.2. Productions indépendantes et quotas européens	
1.3. L'accès payant	
1.4. Les guides de programmes électroniques	
2. Remèdes légaux	
3. Justifications et politique	
<b>C. La concentration diagonale des médias</b> .....	25
1. Contenu de la législation en vigueur	
1.1. Définitions	
1.2. Les seuils de parts de marché	
1.3. Le test d'intérêt général	
1.4. Les télécommunications	
2. Remèdes légaux	
3. Justifications et politique	
<b>D. Le droit de la concurrence</b> .....	27
1. L'interaction entre les règles spécifiques aux médias et le droit de la concurrence	
2. Justifications et politique	
<b>E. Restrictions spéciales</b> .....	28
1. Les ressortissants extracommunautaires et les organismes ayant un lien avec la politique (paragraphe 1)	
2. Incompatibilité des organismes religieux (paragraphe 2)	
3. Incompatibilité générale fondée sur l'influence excessive (paragraphe 4)	
4. Incompatibilité générale des organismes de radiodiffusion (paragraphe 5 et 5A)	
5. Incompatibilité générale des agences publicitaires (paragraphe 6)	

## ESPAGNE

<b>A. La concentration horizontale des médias</b> .....	31
1. La télévision terrestre	
1.1. La télévision terrestre analogique	
1.2. La télévision terrestre numérique	
2. La télévision par câble	
3. La télévision numérique par satellite	
<b>B. La concentration verticale des médias</b> .....	38
1. Les contraintes relatives au marché de l'équipement et des récepteurs	
2. Les contraintes relatives au marché des contenus audiovisuels	
2.1. Les obligations des câblo-opérateurs	
2.2. Les obligations des fournisseurs de contenus indépendants	
<b>C. La concentration diagonale des médias</b> .....	40
<b>D. La loi-cadre sur la concurrence</b> .....	40
1. La législation de 1989	
2. Les regroupements d'entreprises sous la loi de 1989	
2.1. Unión Radio (1994)	
2.2. Cablevisión (1996)	
3. La législation de 1999	
4. Les regroupements d'entreprises sous la loi de 1999	
<b>E. Restrictions spéciales</b> .....	43
1. Propriété hors UE	
2. Droit de propriété des organismes politiques	

## ITALIE

<b>A. La concentration horizontale des médias</b> .....	51
1. Définition du marché de la télédiffusion	
2. Contenu de la législation en vigueur	
3. Remèdes légaux	
4. Justifications et politique	
<b>B. La concentration verticale des médias</b> .....	53
<b>C. La concentration diagonale des médias</b> .....	53
1. Contenu de la législation en vigueur	
1.1. Propriété croisée entre les diffuseurs et la presse	
1.2. Propriété croisée entre opérateurs de télédiffusion et de radiodiffusion	
1.3. Règles concernant les annonceurs	
2. Remèdes légaux	
3. Justifications et politique	
<b>D. Le droit de la concurrence</b> .....	55
1. Interaction entre les règles spécifiques aux médias et le droit de la concurrence	
2. Définition du marché de la télédiffusion	
3. Quand une position de marché dominante est-elle établie ou étendue ?	
4. Remèdes légaux	
<b>E. Restrictions spéciales</b> .....	57

## FRANCE

<b>A. La concentration horizontale des médias</b> .....	59
1. Définition du marché de la télédiffusion	
2. Contenu de la législation en vigueur	
2.1. Part de capital	
2.2. Nombre d'autorisations	
2.3. Prises de participation dans plusieurs sociétés du même secteur	
3. Mesures applicables en présence des éléments de concentration	
4. Idée directrice du législateur	
<b>B. La concentration verticale des médias</b> .....	61
1. Les enjeux juridiques de la télévision numérique	
2. L'avis du 23 novembre 1989 du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel :	
l'opérateur du multiplexe devrait faire l'objet d'un encadrement juridique spécifique	
<b>C. La concentration diagonale des médias</b> .....	62
1. Le cadre national	
2. Le cadre régional	
<b>D. Le droit de la concurrence</b> .....	63
1. Les autorités françaises compétentes	
2. Le régime juridique	
2.1. Les pratiques anticoncurrentielles	
2.2. Les pratiques restrictives	
<b>E. Restrictions spéciales</b> .....	65

## UNION EUROPEENNE

### Introduction

<b>A. L'action de l'UE sur les politiques nationales en matière de propriété et de contrôle de la télévision</b> .....	67
1. Seuils nationaux de propriété et de contrôle contre seuils européens	
2. Activités passées relatives à la politique spécifique d'un Etat membre en matière de lutte contre la concentration des médias	
3. Activités actuelles relatives à la politique spécifique d'un Etat membre en matière de lutte contre la concentration des médias	
4. L'action de l'UE sur les politiques nationales de répartition des fréquences à des fins de télédiffusion	
5. L'action de l'UE sur les politiques nationales de diffusion par câble	
6. L'action de l'UE sur les restrictions nationales à la propriété étrangère	
<b>B. L'action de l'UE sur les pratiques de concentration de la propriété et du contrôle de la télévision</b> .....	72
1. Définition des marchés concernés	
1.1. Les marchés des services de télédiffusion	
1.2. Les risques d'accès	
1.3. Le marché des infrastructures de distribution des services de programmes télévisés	
1.4. Le marché des productions télévisées	
1.5. Le marché de la publicité télévisée	
2. L'appréciation par la Commission européenne des opérations de concentration sur les marchés concernés identifiés	
2.1. L'appréciation par la Commission européenne des opérations de concentration en général	
2.2. L'appréciation par la Commission européenne des opérations de concentration sur le marché de l'accès à l'infrastructure de distribution	
2.3. L'appréciation par la Commission européenne des opérations de concentration verticale	
2.4. L'appréciation par la Commission européenne des opérations de concentration transmédias	
2.5. Les contraintes annexes	
2.6. Droits exclusifs	
<b>C. L'action future de l'UE sur les politiques et pratiques nationales en matière de propriété et de contrôle de la télévision</b> .....	79

## LES ETATS-UNIS

### Introduction

<b>A. La concentration horizontale des médias</b> .....	82
1. Propriété commune : un média – différentes zones géographiques	
2. Propriété croisée : un média – une zone géographique	
<b>B. La concentration verticale des médias</b> .....	84
Propriété croisée : chaîne de télévision/ service de support – une zone géographique	
<b>C. La concentration diagonale des médias</b> .....	84
Propriété croisée : différents médias – une zone géographique	
<b>D. Restrictions spéciales</b> .....	86
<b>Conclusion</b>	

## FEDERATION DE RUSSIE

<b>A. Conclusions du rapport sur la concentration des médias de masse en Russie (extraits concernant la "réglementation de la concentration des médias dans le secteur de la télévision")</b> .....	89
1. Concentration des médias de masse régionaux	
2. Conclusions sur le marché national des médias	
<b>B. Cadre légal existant</b> .....	93
1. Règles spécifiques aux médias	
2. Droit général de la concurrence	
3. Restrictions spécifiques à la propriété	
4. Principales lois réglementant la concentration en Russie	
<b>C. Présentation d'un projet de loi traitant de la concentration des médias</b> .....	95

# La télévision et la concentration des médias

## Modèles de réglementation aux niveaux national et européen

### Introduction

En janvier 1999, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté une recommandation à l'attention de ses Etats membres, visant à mettre en place des mesures destinées à promouvoir le pluralisme des médias.

Dans l'annexe à la recommandation n° R (99) 1, on peut lire dès les premières lignes :

“Les Etats devraient examiner l'introduction d'une législation visant à prévenir ou contrecarrer les concentrations qui pourraient mettre en danger le pluralisme des médias au niveau national, régional ou local.

Les Etats membres devraient examiner l'opportunité de définir des plafonds – dans leur législation ou dans leurs procédures d'autorisation ou d'octroi de licences ou d'autres procédures similaires – afin de limiter l'influence qu'une même entreprise commerciale ou un même groupe commercial peut avoir dans un ou plusieurs secteurs des médias.”

L'objectif ainsi défini ne se révèle pas facile à atteindre, étant donné le rapprochement rapide de marchés auparavant divisés, à la fois géographiquement et par type de médias, et surtout du fait d'un progrès technique accéléré dans ce domaine.

La limitation du pouvoir des médias revêt une importance essentielle, non seulement pour le maintien du pluralisme des médias, mais également pour le respect d'une concurrence libre et honnête. L'adoption de mesures visant à maintenir le pluralisme ne représente qu'une face de la médaille, l'autre consistant à comprendre les directives existantes et à les mettre en pratique. Les acteurs concernés sont les législateurs, les autorités de régulation et de contrôle, ainsi que les entreprises du marché. Tous doivent se faire une idée de la situation juridique qui correspond à leur activité ou à leurs projets, afin de réaliser leurs objectifs et d'organiser leurs actions.

L'objectif de cette étude est de faire comprendre la diversité des problèmes et des réglementations juridiques ayant des incidences sur la concentration du pouvoir et ses limites. Elle traite de la télévision numérique et analogique, quel que soit le mode de distribution (terrestre, par satellite et par câble). L'analyse porte sur les barrières juridiques dans trois modes de concentration économique :

- la “concentration horizontale des médias”, c'est-à-dire la prise de participations croisées entre différentes chaînes de télévision ;
- la “concentration verticale des médias”, c'est-à-dire la prise de participations croisées entre des chaînes de télévision et leurs sources d'approvisionnement en amont, ainsi que leurs marchés de distribution en aval ;
- la “concentration diagonale des médias”, c'est-à-dire la prise de participations croisées entre des chaînes de télévision et d'autres médias, tels que la presse ou des prestataires de services Internet.

La présentation se concentre sur l'examen de modèles choisis de réglementations appliquées dans des Etats de l'Union européenne possédant des marchés de télévision d'importance comparable et qui envisagent, dans le même temps, des alternatives concernant la réglementation de la concentration des médias. Les pays sélectionnés sont l'Allemagne, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et l'Espagne. La description de ces législations doit faire ressortir aussi bien les particularités des différents modèles juridiques que l'idée de réglementation qu'ils véhiculent et son application pratique.

La présentation de ces modèles législatifs spécifiques au secteur des médias est complétée par des explications sur le droit de la concurrence en vigueur dans les pays concernés, qui accompagne le droit des médias en matière de contrôle des fusions et de protection contre les abus de positions dominantes.

Ces explications seraient toutefois incomplètes si elles n'étaient suivies d'un résumé concernant les législations communautaires en vigueur et les directives de la Commission européenne. Il est clair que l'importance du droit communautaire ne fera que croître à l'avenir dans la mesure où l'Union européenne continue d'exploiter son pouvoir de mettre en place un cadre contraignant pour le “bon développement” du marché européen des médias.

Pour une meilleure compréhension, et notamment pour aller dans le sens du développement croissant d'un droit communautaire qui favoriserait la coexistence du droit des médias et de celui de la concurrence, les explications relatives au droit communautaire sont suivies d'un chapitre sur l'évolution et les tendances actuelles de la législation sur la concentration des médias aux Etats-Unis. Sur ce continent en effet, la nécessité d'une réglementation du pouvoir des médias télévisuels semble déjà dépassée.



Dans les Etats qui se trouvent en phase de création d'un marché privé de radiodiffusion, et qui sont confrontés ainsi pour la première fois à la question de la limitation de la concentration des médias, le besoin de réglementation apparaît au contraire comme une nécessité (par exemple, au sein de la Fédération russe, qui se trouve en pleine transition d'un système de radiodiffusion publique vers un système privatisé.

## A. Caractéristiques des modèles présentés

L'urgence d'une évolution ou d'une nouvelle conception de la législation sur la concentration des médias s'impose à de nombreux égards : par exemple, la création de nouvelles entreprises multimédias à caractère de plus en plus international, la convergence de la télévision et des marchés situés en aval et en amont de celle-ci, la numérisation croissante de la télévision (entraînant automatiquement la création de nouvelles barrières d'accès aux voies de diffusion et des techniques de verrouillage pour les prestataires et les consommateurs), ainsi que l'intérêt grandissant des opérateurs de télévision pour les services sur Internet, ces derniers leur permettant de proposer une gamme plus complète.

Les modèles de législation proposés ici ne sont pas le seul reflet des changements économiques et techniques actuels du marché, mais s'efforcent également de mettre en lumière la flexibilité nécessaire aux développements futurs d'un secteur en évolution permanente, à savoir celui des médias. Pour atteindre ce double objectif, la détermination d'un modèle de régulation doit notamment répondre à la question centrale du repérage de la concentration des médias.

### 1. Définition de la concentration des médias

#### 1.1. Concentration horizontale des médias

A la question de la définition des participations croisées économiques sur un seul et même marché de télévision, les pays présentés dans l'analyse proposent quatre réponses, énumérées ci-dessous de manière simplifiée :

##### – *Modèle des parts d'audience*

L'idée fondatrice du modèle des parts d'audience consiste à déterminer, pendant une période donnée, le pourcentage de tous les téléspectateurs qui reçoivent les programmes distribués par une entreprise (opérateur de télévision ou entreprise partie prenante des chaînes).

Cette solution a été choisie, avec différentes variantes, en Allemagne et en Grande-Bretagne. Elle implique une estimation préalable des parts d'audience, incluant tous les programmes, même ceux diffusés par les établissements de droit public.

Les législations de ces deux pays utilisent le modèle des parts d'audience de façon différente, notamment au niveau du plafond défini (pourcentage autorisé de part d'audience), des conditions d'attribution d'un programme à une entreprise commerciale, ainsi que du caractère absolu du plafond fixé ou de l'ajout éventuel d'autres critères.

##### – *Modèle de la participation dans des entreprises sous licence*

Choisi par l'Espagne, ce modèle limite les participations multiples d'entreprises auprès de titulaires de licence. Il interdit à une entreprise de posséder des participations directes ou indirectes (1) dans un nombre plus important de licenciés que celui défini par la loi, ainsi que d'exercer un contrôle sur le capital social des licenciés (2).

La législation définit ainsi, d'une part, le nombre maximum autorisé de licenciés (généralement un seul) et, d'autre part, le pourcentage maximal de participations possibles (directes ou indirectes) dans le capital ou de parts de voix de ce/ces licencié(s).

Par ailleurs, le droit espagnol prévoit également dans le modèle de la participation dans des entreprises sous licence, le mode de diffusion (analogique ou numérique) et le secteur géographique couvert. Les différentes combinaisons de ces aspects conduisent à une réglementation pour le moins complexe de la concentration horizontale.

##### – *Modèle de la part de revenus - limitation de fréquences*

Ce modèle réunit deux types de plafonds sous forme de pourcentages maximum : le premier plafond fixe la part maximale de programmes au niveau du plan global de limitation de fréquences, tandis que le deuxième définit le seuil maximum autorisé des revenus que peut réaliser un acteur du marché par rapport au produit total du secteur.

L'Italie, qui pratique ce modèle, différencie le mode de diffusion et la portée géographique des concessions dans la définition des plafonds.

– *Modèle de la participation au capital - licences de diffusion*

Ce modèle, appliqué par la France, utilise simultanément trois critères différents. L'entreprise doit respecter (1) le seuil supérieur autorisé de participations dans le capital d'une société de médias, (2) un nombre maximal d'autorisations d'exploitation et (3), dans certains domaines (par exemple l'émission analogique terrestre), une restriction supplémentaire concernant la détention de participations dans le capital de plusieurs entreprises de radiodiffusion.

Le droit français différencie, lui aussi, le mode de diffusion, la portée géographique des émissions et, depuis peu, le mode analogique ou numérique de la télévision.

Les critères : part d'audience, revenus/chiffre d'affaires et participations de capital, sont également traités au Point I de l'annexe à la Recommandation n° R (99) 1 du Conseil de l'Europe comme formules possibles de définition des plafonds.

## 1.2. Concentration verticale des médias

L'alliance économique d'entreprises de télévision avec des sociétés situées en amont ou en aval de la chaîne de production et de distribution n'est réglementée que par des lois isolées, que l'on peut difficilement considérer comme "modèles", bien qu'elles puissent éventuellement le devenir. L'Italie n'a jusqu'à présent mis en place aucune restriction juridique particulière à la concentration verticale des médias.

- En Allemagne, la concentration verticale peut être déterminée lors de l'application du modèle des parts d'audience (sur les concentrations horizontales), dès lors qu'est constatée, dans un cas particulier, l'existence d'une position dominante sur le marché.
- En Grande-Bretagne, certains aspects de la concentration verticale des médias font l'objet d'une réglementation spécifique. Ces lois concernent les services numériques tels que l'EPG<sup>1</sup> (guide de programme électronique), l'accès conditionnel et le multiplexe<sup>2</sup>. La Grande-Bretagne a pour objectif global de déconcentrer l'intégration verticale du secteur des médias.
- Le droit espagnol restreint la concentration verticale pour certains marchés situés en aval ou en amont du secteur de la télédiffusion. Cette restriction porte, d'une part, sur le système de contrôle d'accès des postes récepteurs et, d'autre part, sur les capacités de diffusion de contenus audiovisuels.
- La France, quant à elle, considère que la concentration verticale des médias en liaison avec les multiplexes devrait être soumise à l'avenir à une législation particulière. Au premier plan des réflexions se profile la volonté de garantir un nombre défini d'opérateurs de multiplexes.

Le Conseil de l'Europe encourage expressément ses Etats membres à envisager des mesures spécifiques pour les cas où l'intégration verticale pourrait avoir des conséquences négatives sur le pluralisme des médias<sup>3</sup>.

## 1.3 Concentration diagonale des médias

Les prises de participations croisées dans des entreprises n'appartenant pas au seul secteur des médias font l'objet d'une législation plus ou moins importante ; dans tous les modèles, les restrictions juridiques visent essentiellement des marchés délimités les uns par rapport aux autres – donc au niveau horizontal. Toutefois, la définition de ces marchés revêt également une importance pour les participations diagonales. Les offres des médias attribuées à un marché ne peuvent être établies justement que par les lois de ce marché. Le droit espagnol, par exemple, en reste là.

La solution choisie par l'Allemagne va plus loin puisque, lors de l'évaluation d'une position commerciale, la concentration diagonale des médias peut être considérée comme position dominante (concentration horizontale des médias).

Par ailleurs, certains modèles sont spécialement prévus pour les participations croisées dépassant le seul secteur des médias :

- C'est en France que la législation est la plus détaillée, puisqu'elle prévoit l'application du régime "des deux situations sur quatre". Cette règle a pour objectif de n'autoriser la prise de participations croisées que dans (au maximum) deux des secteurs des médias existants et de limiter ainsi la concentration diagonale au regard de la part de population touchée par les différents médias. Le calcul du seuil limite de population est fixé au cas par cas selon différentes combinaisons de médias, en tenant compte de la portée géographique des médias. Dans son ensemble, cette réglementation s'est avérée être une réponse très spécifique et techniquement fort complexe à une décision de droit constitutionnel antérieure.
- En Grande-Bretagne, la loi prévoit que la détention d'un pourcentage défini de participations dans un journal fait barrage à l'acquisition de certaines licences. La réglementation varie en fonction de la portée géographique du journal. Par ailleurs, il existe également des restrictions supplémentaires visant à garantir le respect de l'intérêt public.

1) Logiciel de navigation pour la télévision numérique.

2) Par multiplexe, on entend la réunion de plusieurs chaînes de télévision sur un signal de diffusion numérique unique. Chaque multiplexe de télédiffusion comprend plusieurs chaînes d'émission. Par ailleurs, le procédé multiplexe permet de distribuer également d'autres services. Ces services additionnels sont par exemple l'EPG ou le télétexte.

3) Recommandation n° R (99) 1 du Conseil de l'Europe, Annexe, Point I. Les considérations de la recommandation rappellent également les déficits de régulation dus à la tendance à mettre l'accent exclusivement sur les médias traditionnels.

- En Italie, la situation juridique n'est pas claire à cause d'un débat sur la portée d'une décision du Tribunal constitutionnel, qui a déclaré comme anticonstitutionnelle une disposition centrale. La poursuite des interdictions larges de concentrations diagonales est controversée. Il s'agit d'une réglementation détaillée avec diverses combinaisons alliant, d'une part, la part de tirage total d'un éditeur de journal au tirage global national et, d'autre part, le nombre des entreprises de radiodiffusion terrestre nationale. Le maintien de restrictions quant au cumul des licences de radiodiffusion et de télévision (défini en pourcentages et, à titre accessoire en nombre) semble en revanche être unanimement accepté, de même que celui de restrictions spécifiques aux agences de publicité.

## **2. Quel degré de concentration semble être tolérable pour garantir le pluralisme des médias et pour le marché des médias lui-même ?**

Pour chacune des trois formes de concentration, se pose la question de la frontière entre la concentration autorisée et l'intégration illicite. Sans anticiper sur la description détaillée de cette frontière, force est tout de même de constater que sa définition permettra d'assurer la coexistence de plusieurs acteurs sur le marché. A la base de cette observation, il y a la conviction que la diversité d'opinions constitue un pilier dans les sociétés démocratiques et qu'elle exige à ce titre la présence de plusieurs opérateurs pour que la concurrence, ainsi encouragée sur le marché national, favorise une part souhaitable de croissance économique.

## **3. Autres aspects de la réglementation**

D'autres aspects doivent être pris en compte dans l'organisation concrète d'un modèle de réglementation et jouent également un rôle dans les modèles décrits ici. Il convient tout d'abord de définir les marchés concernés. La question se pose alors de savoir si les télévisions publique et privée constituent des marchés séparés. Il faut ensuite décider si les participations croisées entraînant une concentration doivent être traitées de manière différenciée selon les critères suivants :

- mode de diffusion (terrestre, par câble, par satellite) ;
- diffusion analogique ou numérique ;
- licence locale, régionale ou nationale.

En ce qui concerne l'applicabilité de la réglementation, des mesures de transparence et des obligations juridiques revêtent une importance non négligeable.

Les modèles de réglementation présentés ici comportent également des restrictions à la propriété spécifiques, non commerciales. Parmi ces limitations possibles, on trouve les restrictions à la propriété (voire l'interdiction d'acquisition de propriété) pour les entreprises commerciales de pays tiers, les groupes politiques, les institutions religieuses et de droit public ou les agences de publicité (sauf si celles-ci sont déjà traitées, comme le prévoit la législation italienne, comme des cas de concentration diagonale des médias).

Enfin, il convient de réfléchir à la relation entre les directives spéciales relevant du droit des médias et le droit général de la concurrence.

## **4. Législation spécifique aux médias et droit national de la concurrence**

La radiodiffusion étant un marché, elle relève automatiquement du droit de la concurrence. De façon générale, les règles anti-concentration du droit des médias et le droit de la concurrence se différencient de par leurs objectifs. Alors que le droit des médias vise principalement à garantir le pluralisme des médias, le droit de la concurrence a pour mission d'assurer le bon fonctionnement des mécanismes commerciaux et notamment d'empêcher, dans ce cadre, l'abus de position dominante. Cette différence d'objectif entraîne également des conséquences au niveau du champ d'application de la réglementation. La législation sur les cartels et les ententes s'applique en cas de formation de cartels consécutive à des fusions, des rachats et des ententes, tandis que le droit des médias se concentre plus spécialement sur la création de monopoles d'opinion et sur le pouvoir commercial engendré par ceux-ci. Il s'applique notamment dans le cas où une entreprise gagne en pouvoir commercial parce qu'elle propose de nouvelles chaînes ou enregistre une croissance interne significative.

Généralement, le droit des médias et celui de la concurrence coexistent. Néanmoins, dans certains pays, comme en Grande-Bretagne, le droit de la concurrence ne s'applique que sous forme restreinte, du fait de dispositions spécifiques du droit des médias qui viennent limiter son champ d'application. Les législations française et italienne, au contraire, prévoient expressément que le droit des médias ne prime pas sur le droit de la concurrence, qui s'applique par conséquent dans sa totalité.

Aussi chaque cas peut-il être soumis, à des degrés divers, à un double examen, avec des résultats différents. Les deux domaines législatifs sont cependant très proches l'un de l'autre puisque le droit des médias veille à ce qu'une situation de concentration laisse encore la place à suffisamment de prestataires concurrents. Il arrive même souvent que le droit des médias place ses exigences de marché concurrentiel plus haut que le droit de la concurrence, en considérant l'existence de plusieurs acteurs sur le marché comme la condition du pluralisme. Le droit de la concurrence, quant à lui, notamment le droit européen, souligne pourtant que le secteur des médias doit demeurer compétitif à l'échelle internationale. C'est pourquoi il ne s'oppose pas systématiquement

au monopole d'opinion mais se prononce aussi en faveur du renforcement du pluralisme des marchés nationaux que vise ce monopole.

## 5. Droit communautaire de la concurrence

Dès lors que la concentration des médias concerne le Marché commun de l'Union européenne (UE), elle relève automatiquement du droit communautaire. Dans ce cas, le caractère licite ou illicite des concentrations n'est pas soumis à une réglementation spécifique aux médias, mais au droit communautaire de la concurrence. Celui-ci prime sur les législations nationales puisque le droit communautaire bénéficie d'une applicabilité directe, supérieure à celle du droit national.

En cas de mouvements de concentration au sein du Marché commun, les Etats membres de l'UE ne sont compétents en matière de contrôle qu'en cas d'inaction de la Commission européenne et d'intérêt légitime à une action nationale. Il faut également que cette action soit appropriée, limitée au strict nécessaire et permette un contrôle au moins marginal de la Commission. Le maintien du pluralisme des médias est élevé au rang d'intérêt légitime.

Fondamentalement, la Commission européenne accepte la politique nationale observée en matière de médias, mais prévoit d'imposer à l'avenir certaines conditions cadre uniques pour tous types d'infrastructures et de services de communication, afin notamment de créer une plus grande protection juridique en matière de conventions d'accès et de liaison, de même qu'au niveau des procédures d'autorisation des prestations de service de communication. Il semble que la Commission européenne s'éloigne ainsi de la procédure de contrôle antérieure, fondée sur l'examen de la propriété, pour lui préférer un contrôle postérieur tenant compte particulièrement des éventuelles barrières à l'accès au marché. L'objectif poursuivi est de maintenir la définition des marchés de produits à l'échelle européenne par la Commission elle-même.

Les décisions prises jusqu'à présent par la Commission européenne visent à reconnaître la télévision à péage, ainsi que les prestations de service situées en amont, comme des marchés de référence propres et de les différencier par leur mode de diffusion (par câble, par satellite ou terrestre). Par ailleurs, le marché de la télévision était auparavant défini en fonction des productions réalisées de manière indépendante par l'opérateur lui-même et les marchés publicitaires spécifiques aux médias étaient reconnus comme tels. Dans diverses décisions et malgré l'internationalisation croissante de la radiodiffusion, la Commission européenne a jusqu'à présent défini les marchés géographiques comme des marchés nationaux, caractérisés par des barrières linguistiques et culturelles.

En liaison avec un règlement cadre, la Commission européenne a également prévu l'adoption de principes directeurs visant à faciliter la détermination unique à l'échelle communautaire des plafonds pour les mouvements de concentration autorisés (l'existence d'un "pouvoir commercial important" selon le débat actuel).

Jusqu'à présent, la Commission européenne a pris en compte aussi bien la concentration verticale que diagonale dans son estimation de la concurrence. Elle a introduit d'autres critères, tels que les transformations du marché dues au progrès technique et la capacité d'adaptation des concurrents par rapport à ces transformations. Par ailleurs, les questions d'accès ont joué un rôle important<sup>4</sup> dans l'action de la Commission, que ce soit parce qu'elle autorisait des fusions constituant la seule possibilité d'accéder à un marché, ou parce qu'elle essayait d'empêcher la création d'un monopole de contrôle d'accès.

Les acteurs soumis au droit communautaire ou le respectant volontairement, doivent également prendre en compte, en matière de concentration des médias et vis-à-vis des citoyens des Etats membres de l'Union européenne, les exigences générales de transparence, de non-discrimination et d'égalité d'accès dictées par le droit communautaire.

## B. Pôles opposés

Le paragraphe précédent évoquait les tendances actuelles en matière de réglementation communautaire sur la concentration des médias. Dans ce contexte, un coup d'œil sur la situation aux Etats-Unis et dans la Fédération russe s'avère très instructif.

### 1. Les Etats-Unis

Le marché américain revêt un intérêt pour l'Europe, non seulement du fait de son rôle dans la compétitivité internationale du marché européen, mais également parce qu'il est riche d'une plus longue expérience en matière de libre concurrence.

Aux Etats-Unis, le marché de la radiodiffusion a été organisé dès le début sous forme d'économie privée. La tradition de régulation de la concentration des médias est par conséquent bien plus grande qu'en Europe. La comparaison avec la situation américaine est intéressante car celle-ci allie, comme dans l'Union européenne,

4) Voir à ce sujet la présentation détaillée de la problématique du droit européen sur l'accès des opérateurs de radiodiffusion au marché de la télévision numérique dans IRIS PLUS 2001 n° 1.

la nécessité de couvrir un large territoire et de satisfaire des intérêts culturels, économiques et politiques d'une grande diversité. Au cours des dernières décennies, les Etats-Unis ont essayé différents modèles de réglementation spécifiques aux médias et les résultats obtenus permettent de relever des aspects intéressants pour l'estimation des modèles européens présentés ici. On constate, d'une part, que, dans un contexte de supranationalité, le droit de la concurrence conserve la primauté sur le droit des médias. L'évolution récente montre toutefois qu'aux Etats-Unis, le centre de la problématique de concentration s'est finalement déplacé du droit des médias vers la législation sur les télécommunications. D'autre part, il apparaît aussi clairement que l'Europe prend plus à cœur les aspects culturels et pluralistes et pourrait par conséquent accentuer différemment une future réglementation.

## **2. La Fédération russe**

Comme l'Union européenne et les Etats-Unis, la Fédération russe doit faire face à des défis spécifiques résultant de la réunion d'Etats différents, de l'étendue géographique de son territoire, de l'importance culturelle et politique de la télévision, ainsi que du grand potentiel commercial de cette dernière. Contrairement au contexte européen ou américain, la réglementation de la concentration des médias n'en est qu'à ses prémises et la situation de monopole politique de la télévision nécessite un changement de cap plus radical. La Recommandation n° R (99) 1 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les mesures visant à promouvoir le pluralisme des médias, est également un appel en ce sens. Un aperçu de la situation commerciale actuelle dans la Fédération russe, du droit en vigueur dans cette région et du processus législatif en cours sur la concentration des médias montre très bien à quel point il est important de réfléchir à différents modèles de régulation du marché de la télévision et à quelles énormes difficultés se heurte la mise en place d'un système de protection du pluralisme des médias.

*Strasbourg, Février 2001*

**Susanne Nikoltchev, Editrice et coordinatrice**

*Conseiller juridique de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*

# ALLEMAGNE

Bettina Häussermann & Alexander Scheuer

Institut du droit européen des médias (EMR)

Les questions juridiques de la concentration des médias sont essentiellement traitées par les §§ 25 ff du *Rundfunkstaatsvertrag* (Traité d'Etat sur la radiodiffusion - RStV).

## A. La concentration horizontale des médias

Ce rapport s'attache en premier lieu à présenter la concentration horizontale, c'est-à-dire les tendances de regroupement entre les entreprises présentes sur le même marché<sup>1</sup>.

### 1. Définition du marché de la télédiffusion

Le marché concerné est défini par l'article 24, paragraphe 1 du RStV : toutes les chaînes germanophones de service public et toutes les chaînes privées captées au niveau national sont incluses dans le calcul des parts d'audience. Ainsi, la radiodiffusion publique fait partie du marché où la concentration des médias est juridiquement contrôlée, même si elle échappe à certaines mesures de garanties d'un certain pluralisme, conformément aux §§ 26 ff du RStV<sup>2</sup>. Les chaînes de langue allemande diffusées depuis l'étranger et captées au niveau national en Allemagne ne sont prises en compte que si le diffuseur s'est installé à l'étranger pour échapper à la législation allemande sur les médias<sup>3</sup>. L'article 27 du RStV ne fait pas de distinction entre les moyens de diffusion (terrestre, par câble ou par satellite). Etant donné que l'article 27 du RStV ne fait pas la distinction entre les télévisions analogique et numérique, ces critères n'interviennent pas non plus dans la définition d'un marché spécifique. Dans ce cadre, lorsque la *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich* (Commission d'examen de la concentration dans les médias - KEK<sup>4</sup>) a tranché dans l'affaire de *Premiere*, elle a justifié sa décision en considérant qu'une position dominante dans le secteur de la télévision (numérique) à péage ne permettait pas de déduire l'existence d'un monopole d'opinion au sens où l'entend le RStV. Elle estime que ce qui caractérise un monopole d'opinion doit être apprécié dans une approche globale, au vu du rôle joué par l'entreprise au niveau national<sup>5</sup>. L'importance de la télévision à péage en tant que secteur de la télévision diffusée au niveau national est, selon la KEK, globalement restreint pour le moment<sup>6</sup>.

### 2. Contenu de la législation en vigueur

L'article 26 constitue le pivot des dispositions légales du traité inter-länder sur la radiodiffusion en matière de concentration des médias. Il associe principalement la notion de "monopole d'opinion" au nombre de téléspectateurs touchés par chaque chaîne de télévision ou à une situation similaire ou équivalente<sup>7</sup>.

#### 2.1. Seuils limites

##### 2.1.1. Part de marché de 30 % ou influence correspondante

En fonction du modèle de définition des parts d'audience envisagé par l'article 26 paragraphe 2 du RStV, une entreprise peut diffuser un nombre illimité de chaînes tant qu'elle ne parvient pas à une situation dominante<sup>8</sup>.

Conformément à l'article 26, paragraphe 2, alinéa 1 du RStV, on peut supposer qu'il y a un monopole d'opinion lorsque les chaînes imputables à un opérateur atteignent en moyenne 30 % des parts d'audience. L'alinéa 2 prévoit qu'il en va de même lorsque la part d'audience d'une entreprise est légèrement en deçà de la barre des 30 % alors que, par ailleurs, elle occupe une position dominante sur un marché apparenté aux médias ou que l'estimation globale de ses activités à la télévision et sur les marchés apparentés fait apparaître que l'influence exercée correspond à celle d'une entreprise ayant 30 % des parts d'audience télévisée.

L'alternative posée par l'alinéa 1 et par l'alinéa 2, aux termes de laquelle "l'estimation globale de ses activités à la télévision et sur les marchés apparentés fait apparaître que l'influence exercée correspond à celle

1) Voir Knothe/Lebens, *Rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle des Bundeskartellamts*, chez : AFP 2000, p. 125-131(127).

2) Voir Stock, *Konzentrationskontrolle in Deutschland nach der Neufassung des Rundfunkstaatsvertrages* (1996), dans : Stock/Röper/Holzngel, *Medienmarkt und Meinungsmacht*, Berlin, Heidelberg, New York 1997, p. 34.

3) Voir aussi art. 2 de la Directive 89/552/CEE (version consolidée).

4) La KEK s'est constituée sur la base des dispositions du 3<sup>ème</sup> traité portant amendement au traité inter-länder sur la radiodiffusion le 15 mai 1997. Elle a pour mission de faire respecter les dispositions garantissant le pluralisme à la télévision et de prendre les décisions correspondantes.

5) Voir Décision de la KEK dans l'affaire *Premiere*, du 26 janvier 1999, Az.: 026, paragraphe II.4, p. 26.

6) Voir Décision de la KEK dans l'affaire *Premiere*, du 21 septembre 1999, Az.: 047, paragraphe III.3.2.1, p. 21.

7) Voir kek-homepage: <http://www.kek-online.de/cgi-bin/esc/zuschauer.html>

8) Voir Hesse, *Rundfunkrecht*, 2. éd., Munich 1999, chapitre 5, note de marge 72.



d'une entreprise ayant 30 % des parts d'audience télévisée" traite le cas de la concentration horizontale. Etant donné que, par ailleurs, les dispositions de l'article 26, paragraphe 2, alinéa 2 du RStV concernent essentiellement les concentrations diagonales et verticales, elles seront traitées dans les chapitres correspondants<sup>9</sup>.

### 2.1.2. Part de marché de 10 %

La réglementation sur la radiodiffusion fait également intervenir un deuxième seuil limite de 10 % des parts d'audience, à partir duquel l'article 26, paragraphe 5 du RStV impose certaines obligations<sup>10</sup>. Contrairement à l'article 26, paragraphe 2 du RStV, il s'agit là d'une limite fixe et non d'une présomption<sup>11</sup>.

## 2.2. Méthode d'évaluation de la concentration

La part d'audience déterminante dans l'appréciation de l'existence d'un monopole d'opinion est constituée par la part d'écoute relative d'une chaîne sur une certaine période, par rapport à la durée totale de diffusion de toutes les chaînes sur la même période. Pour vérifier si une part d'audience atteint 30 %, on doit procéder en trois étapes : dans un premier temps, on détermine la part d'audience de chaque chaîne télévisée. Ensuite, on répartit les parts d'audience ainsi déterminées entre les entreprises parties prenantes des chaînes. Puis on procède à une estimation basée sur les deux étapes précédentes pour savoir si on est en présence d'un monopole d'opinion<sup>12</sup>.

### 2.2.1. Estimation des parts de marché – § 27 RStV

Les Offices des médias étudient les parts de marché par le biais de la KEK. Pour chaque chaîne, on prend en compte la moyenne des parts d'audience obtenues durant les douze derniers mois. Cette période d'une année court jusqu'au moment où la procédure concrète d'examen a démarré<sup>13</sup>. Conformément à l'article 27, paragraphe 2, alinéa 2 du RStV, le recensement des parts de marché ne peut se faire qu'auprès des téléspectateurs âgés de plus de 3 ans.

### 2.2.2. Répartition des parts de marché – § 28 du RStV

La répartition des parts de marché entre les entreprises parties prenantes des chaînes se fait de la façon suivante : les parts d'audience d'un diffuseur sont attribuées à une entreprise uniquement si elle détient au moins 25 % des parts de capital du diffuseur ou si elle exerce une influence équivalente (cf. article 28, paragraphes 1 et 2 du RStV). Les participations inférieures à 25 % du capital n'entrent pas en ligne de compte pour l'étude juridique de la concentration. Au-delà du seuil de 25 %, les parts d'audience sont pleinement attribuées<sup>14</sup>. Plus précisément, la procédure de répartition se déroule de la façon suivante :

#### (a) § 28, paragraphe 1, alinéa 1 du RStV

Conformément à l'article 28, paragraphe 1, alinéa 1 du RStV, on attribue à une entreprise les parts d'audience de toutes les chaînes exploitées soit directement par elle-même, soit par une autre société dans laquelle elle détient au minimum 25 % des parts du capital ou des voix.

#### (b) § 28, paragraphe 1, alinéas 2 à 4 du RStV

Mais les participations indirectes sont également prises en compte. Ainsi, on attribue à une entreprise [A] les parts d'audience de toutes les chaînes exploitées par une société de télévision [C] dans laquelle [A] est indirectement présente par le biais de sa filiale [B], dans la mesure où l'entreprise [A] et sa filiale [B] font partie du même groupe et où la filiale [B] détient au moins 25 % des parts de capital ou des voix de la société [C]<sup>15</sup>.

#### (c) § 28, paragraphes 2 à 4 du RStV

Les paragraphes 2 et 4 de l'article 28 du RStV établissent une équivalence entre la participation telle qu'elle est définie dans le paragraphe 1 du même article et une influence similaire. Dans l'appréciation des influences comparables, on tient compte, entre autres, des possibilités d'intervention découlant d'accords contractuels, de dispositions statutaires ou de liens de parenté<sup>16</sup>.

## 2.3. Exonérations

Les dispositions du traité inter-länder sur la radiodiffusion visant à garantir le pluralisme d'opinion pour la télévision de diffusion nationale, conformément à l'article 39, alinéa 2 du RStV, ne prévoient aucune dérogation spécifique à certains secteurs.

9) Voir plus loin B 1.1.

10) Plus d'informations au chapitre A.3.2.

11) Voir Ring/Kreile/Dörr/Stettner, *Medienrecht*, volume II, *Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag*, juillet 2000, Munich, Berlin, C-0.3 § 26, note de marge 31.

12) Voir Mailänder, *Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk*, Hamburg, Dissertation, 1998/1999, p. 295 et suiv.

13) Voir § 27 Abp.1 RStV et les motifs administratifs dans : Ring, *Medienrecht*, B 5 § 27, p. 2.

14) Voir Mailänder, *Konzentrationskontrolle*, op. cit., p. 296.

15) Conception tirée de Pely, *Konzentrationskontrolle für den privaten Rundfunk*, dans : AfP 1998, p. 35-40(36).

16) Voir Pely, AfP 1998, p. 35-40(36).

### 3. Remèdes légaux

En cas d'existence d'éléments de concentration, les conséquences sont définies par l'article 26, paragraphes 3 à 5 du RStV.

#### 3.1. Constat de l'existence d'une influence dominante sur l'opinion

Le constat d'un état de monopole d'opinion est suivi de différents effets.

##### 3.1.1. Article 26, paragraphe 3 du RStV

L'article 26, paragraphe 3 du RStV régit ce qu'on appelle la croissance externe d'une entreprise de radiodiffusion, c'est-à-dire lorsqu'une nouvelle chaîne doit être créée et agréée ou qu'une nouvelle prise de participation, voire une extension de la participation existante est envisagée.

Conformément à l'article 26, paragraphe 3 du RStV, si une entreprise occupe une position dominante avec les programmes qui lui sont propres, il convient de refuser une autorisation à toute autre programme imputable à cette entreprise, de même qu'il ne faut pas entériner sans réserves l'acquisition de nouvelles parts au sein d'autres chaînes. Les dispositions du paragraphe 3 s'adressent à toutes les instances concernées par la procédure d'autorisation. Conformément à l'article 20, paragraphe 1 du RStV, pour exercer, les diffuseurs privés doivent obtenir une autorisation délivrée par les instances régionales. Dans le cadre de cette procédure d'attribution des licences, la KEK, conformément à l'article 37, paragraphe 2 du RStV, et, dans le cas de l'article 37, paragraphe 2 du RStV, la *Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten* (Conférence des directeurs d'Office des médias - KDLM) sont seuls juges pour trancher en dernier ressort sur les questions de garantie du pluralisme. La KEK a pour tâche de mettre à jour les éléments constitutifs d'une situation de monopole d'opinion, afin de mettre en œuvre les procédures juridiques prévues par le paragraphe 3. De nouvelles autorisations et de nouvelles prises de participation peuvent avoir lieu si d'autres participations sont abandonnées et si, de cette façon, l'entreprise n'occupe plus une position dominante. En ce cas, les éléments constitutifs de l'état de fait définis par le paragraphe 3 ne sont plus réunis<sup>17</sup>.

##### 3.1.2. Article 26, paragraphe 4 du RStV

Le paragraphe 4 régit les cas de croissance interne, dans lesquels la part d'audience des chaînes exploitées par l'entreprise augmente<sup>18</sup>. Lorsqu'une entreprise parvient en position dominante, l'article 26, paragraphe 4 du RStV prévoit qu'elle doit, soit renoncer au nombre de parts nécessaires pour redescendre au-dessous de la limite des 30 %, soit prendre des mesures dites de garantie du pluralisme, conformément à l'article 30 du RStV<sup>19</sup>. Les possibilités énoncées par l'article 26, paragraphe 4 du RStV sont toutes placées sur le même plan.

Plus précisément, cela signifie qu'en vertu de l'article 26 paragraphe 4, alinéa 1, n° 1 du RStV, l'entreprise peut renoncer aux parts qu'elle détient chez les diffuseurs jusqu'à ce que sa part d'audience se retrouve en deçà du seuil limite. En pratique, cela signifie que le diffuseur doit se défaire des parts qu'il détient dans une chaîne de télévision<sup>20</sup>. Par ailleurs, conformément à l'article 26, paragraphe 4, alinéa 1, n° 2 du RStV, lorsqu'une entreprise occupe une position dominante alors qu'elle se trouve légèrement au-dessous de la barre des 30 %, elle a la possibilité de réduire sa place sur les marchés apparentés ou de céder les parts de capital des diffuseurs qui lui reviennent. Ce cas de figure relève essentiellement des concentrations verticales et diagonales<sup>21</sup>.

Conformément à l'article 26, paragraphe 4, n° 3 du RStV, une entreprise peut également prendre des mesures de garantie du pluralisme au sens où l'entendent les articles 30 à 32 du RStV. Cette intervention est celle qui empiète le moins sur la liberté entrepreneuriale de la chaîne<sup>22</sup>. Dans le cadre des mesures garantissant le pluralisme, la loi prévoit l'aménagement de plages de diffusion concédées à des tiers indépendants, conformément à l'article 31 du RStV, ce qui doit permettre d'instaurer une diversité dans les programmes, en particulier dans les domaines de la culture, de la formation et de l'information. En outre, l'article 30, n° 2 en lien avec l'article 31 du RStV prévoit la possibilité de garantir le pluralisme par la création d'un conseil des programmes dont la tâche est de veiller à préserver le pluralisme et la diversité d'opinion<sup>23</sup>.

Lorsque la KEK constate l'existence d'un monopole d'opinion, elle entame les procédures suivantes, dans le cadre du paragraphe 4 :

Elle discute avec l'entreprise concernée des mesures devant être envisagées.

Si la KEK limite ses propositions aux mesures mentionnées dans le paragraphe 4, l'entreprise est toujours libre de soumettre d'autres propositions dans le cadre des négociations. Le droit de vote de l'entreprise n'est pas mis en cause<sup>24</sup>. En dernier ressort, la décision revient à la KEK. L'objectif de ces négociations est de

17) Voir Ring, *Ibid.*, C-0.3, § 26, note de marge 23.

18) Voir Ring, *Ibid.*, C-0.3, § 26, note de marge 24.

19) Voir Hesse, *Rundfunkrecht*, 2<sup>ème</sup> édition, Munich 1999, chapitre 5, note de marge 73.

20) Voir Ring, *Ibid.*, C-0.3, § 26, note de marge 27.

21) Voir plus loin B. et C.

22) Voir Ring, *Ibid.*, C-0.3, § 26, note de marge 29.

23) Voir Ring, *Ibid.*, C-0.3, § 26, note de marge 29.

24) Voir *Begründung zum Dritten Rundfunkänderungsstaatsvertrag* dans : Ring, *Ibid.*, A 2.1 zu § 26, p. 11.



parvenir à une solution basée sur un commun accord. En cas d'échec, la KEK est tenue de ramener, par l'intermédiaire de l'Office des médias compétent, la position de l'entreprise sur le marché à une position légalement acceptable, en opérant des restrictions partielles sur la licence<sup>25</sup>. Du fait de cette conséquence sévère des dispositions du paragraphe 4, il convient, lors des discussions préalables portant sur les mesures à prendre, de bien tenir compte du principe de proportionnalité. Cela signifie que la KEK doit proposer et discuter avec le diffuseur de l'ensemble des trois solutions prévues par le paragraphe 4, alinéa 2, que le législateur place sur le même plan. La KEK n'est pas habilitée à privilégier d'office un choix par rapport à d'autres<sup>26</sup>. Ce n'est que lorsque le diffuseur refuse les trois possibilités offertes ou que la solution convenue n'est pas mise en application dans un délai convenable que le retrait des licences peut avoir lieu.

### 3.2. Parts de marché de 10 %

Conformément à l'article 26, paragraphe 5 du RStV, les diffuseurs de chaînes généralistes ou de chaînes thématiques doivent concéder une certaine part du temps d'émission à des tiers indépendants ("décrochages") dès qu'elles atteignent une part d'audience moyenne de 10 %.

Cette mesure de garantie du pluralisme vise à empêcher l'émergence d'un monopole d'opinion. L'aménagement de décrochages au profit de tiers indépendants doit se faire dans un délai ferme de six mois suivant la constatation et la notification de la situation par l'Office des médias compétent. En cas de dépassement de ce délai, la licence doit obligatoirement être retirée<sup>27</sup>.

## 4. Justifications et politique

La réglementation juridique de la concentration dans les médias du Traité inter-länder sur la radiodiffusion répond à trois impératifs.

D'une part, elle doit permettre de garantir le pluralisme. Cette préoccupation est affirmée dès l'article 25, paragraphe 1 du RStV, dans les termes suivants :

"Dans la radiodiffusion privée, les contenus doivent refléter l'essentiel de la pluralité des opinions. Les groupes et courants politiques, philosophiques et sociaux significatifs doivent pouvoir s'exprimer de façon appropriée dans le cadre des chaînes généralistes ; la position des minorités doit être prise en compte. Ceci n'entame en rien la possibilité d'offrir, par ailleurs, des chaînes thématiques."

Le souci de préserver la diversité des opinions et de faire obstacle aux situations de monopole d'opinion s'appuie sur les jugements rendus par le *Bundesverfassungsgerichts* (Cour fédérale constitutionnelle - BVerfG) dans le domaine de la radiodiffusion. En vertu de ces décisions, le contrôle de la radiodiffusion requiert l'application "d'un critère plus manifeste, concentré sur les lacunes graves et, de ce fait, facilement identifiables et démontrables. Un tel critère ne peut être uniquement qu'un principe de base pour un pluralisme équilibré. Ce principe n'oblige certes pas à établir une égalité arithmétique entre les différents courants d'opinion, mais il pose les conditions indispensables à la diversité d'opinion, conditions qui doivent être protégées contre toute menace concrète et sérieuse : la possibilité pour tous les courants d'opinions, y compris ceux des minorités, de s'exprimer dans la radiodiffusion privée et l'exclusion d'une source d'influence unique et foncièrement partielle provenant de chaînes ou de diffuseurs particuliers et s'exerçant sur l'opinion publique, c'est-à-dire le barrage à l'émergence d'un monopole d'opinion<sup>28</sup>".

Le législateur est enjoint à "contrer les tendances à la concentration aussi rapidement et efficacement que possible, d'autant plus que de telles déviations sont particulièrement difficiles à redresser<sup>29</sup>". Cela signifie qu'il faut lutter en priorité contre la concentration des médias, avant même d'être devant le fait accompli, et que cette lutte doit avoir un caractère fondamentalement préventif et non répressif<sup>30</sup>. Dans les dernières décisions rendues par la Cour fédérale constitutionnelle au sujet de la chaîne allemande du sport<sup>31</sup> et des flash d'information télévisés, cette jurisprudence a été suivie. Dans le dernier cas, la Cour a clairement établi que pour "empêcher tout monopole d'opinion [...], il faut mettre en place des dispositifs allant à l'encontre de la concentration au niveau des diffuseurs, mais il convient, en outre, de prendre des mesures suffisantes pour empêcher l'émergence de monopoles de l'information<sup>32</sup>".

Le choix de faire intervenir les parts d'audience dans la détermination d'une position dominante doit être considéré dans un contexte où, en vertu du traité inter-länder sur la radiodiffusion de 1991, il était prévu un "modèle de participation". Le critère de contrôle était constitué par le nombre de chaînes diffusées et par le montant des parts de capital et de voix chez les télédiffuseurs<sup>33</sup>.

25) Voir Ring, *Ibid.*, C-0.3, § 26, note de marge 25.

26) Voir Ring, *Ibid.*, C-0.3, § 26, note de marge 26.

27) Sur la controverse relative à la prise en compte ou non des programmes diffusés lors des décrochages dans le cadre de l'article 26, paragraphe 2 du RStV, avec pour conséquence le fait que la chaîne "hôte" échapperait ainsi au verdict de monopole d'opinion, voir *Neft, Meinungsdominanz im Fernsehen*, ZUM 1998, p. 458-465(461 et suiv.).

28) BVerfGE 73, 118, 159 et suiv.

29) BVerfGE 73, 118, 160.

30) Voir KEK *Jahresbericht für den Berichtszeitraum 1. Juli 1999 bis 30. Juni 2000*, p. 6.

31) BVerfGE 95, 163, 172 et suiv.

32) BVerfGE, 1 BvF 1/91 du 11 novembre 1997, paragraphe n° 112, <http://www.bverfg.de>.

33) Voir Schellenberg, *Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechtsvergleich: Rundfunkstaatsvertrag 1997 und Landesmediengesetze im Vergleich mit den Kontrollsystemen in Frankreich, Italien und Großbritannien*, Baden-Baden 1997, p. 40.

L'amendement du traité a été motivé, pour une part, par la complexité de la réglementation. Par ailleurs, il existait un large consensus sur le fait que l'ancien système n'était plus adapté à la réalité. Sachant que, du fait des technologies numériques, le nombre des moyens de diffusion disponibles allait se multiplier dans un avenir proche et que les diffuseurs allaient émettre des bouquets de programmes et non plus une multitude de chaînes différentes, on considérait la limitation à deux chaînes, imposée par l'article 21, paragraphe 1 du RStV dans son ancienne version comme trop rigide. En outre, on estimait d'un avis général, même si c'était pour des raisons très différentes, que l'ancien modèle avait failli à sa tâche<sup>34</sup>. Depuis 1994, différents modèles concrets ont été discutés en vue de réviser les dispositions du traité inter-länder permettant de lutter contre la concentration dans les médias. Les propositions allaient d'un ajustement des seuils limites sur ceux de l'ancien système de réglementation jusqu'à l'abandon complet du système des seuils limites au profit d'un modèle d'exploitation de la publicité, du marché des téléspectateurs ou des médias<sup>35</sup>. Lors de ce débat, on a rapidement vu se dégager un modèle fondé sur les parts d'audience, en faveur d'un système essentiellement centré sur le marché de la télévision nationale privée et commerciale. D'autres formules proposées reposant sur des principes différents ont été majoritairement rejetées après un rapide examen. Il faut noter, à cet égard, la tentative de transformer le principe des parts d'audience en un "principe d'exploitation des médias" intégrant tous les secteurs, y compris la presse, la radio et les services connexes, et devant être orienté vers une concentration verticale et diagonale<sup>36</sup>.

La définition exacte du modèle fondé sur la part d'audience est basée sur l'idée suivante : en adoptant la limite des 30 %, les familles de diffuseurs qui se sont formées autour des groupes Kirch et Bertelmann devaient non seulement être acceptées, mais aussi se voir dotées de possibilités de développement, dans une certaine mesure, à savoir dans une limite de 30 %<sup>37</sup>. Le marché porteur de la télédiffusion ne devait pas perdre sa compétitivité sur le plan international<sup>38</sup>.

## B. Concentration verticale des médias

Les concentrations verticales dans les médias, c'est-à-dire les cas où une entreprise s'allie avec des sociétés en amont ou en aval de la chaîne de production ou de distribution<sup>39</sup>, sont également réglementées par le Traité inter-länder sur la radiodiffusion.

### 1. Contenu de la législation en vigueur

#### 1.1. § 26, paragraphe 2 du RStV

Les cas de concentration verticale sont traités par le biais des "marchés apparentés aux médias" de l'article 26, paragraphe 2 du RStV. Conformément à ces dispositions, on peut supposer être en présence d'un monopole d'opinion sur le marché lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur un marché apparenté aux médias ou lorsque l'estimation globale de ses activités à la télévision et sur les marchés apparentés fait apparaître que l'influence exercée correspond à celle d'une entreprise ayant 30 % des parts d'audience télévisée.

##### 1.1.1. Situation légèrement en deçà de la limite des 30 % de parts de marché

Cette disposition est étroitement liée au seuil limite des 30 % et n'intervient que lorsqu'un groupe atteint presque une position dominante sur le marché de la télévision<sup>40</sup>. Contrairement à de nombreuses prises de position dans la littérature et à celle de la KDLM, qui souhaitaient déterminer le seuil d'écart par des critères exclusivement quantitatifs, la KEK ne fixe pas de seuil de tolérance ferme<sup>41</sup>, en estimant que le traité inter-länder sur la radiodiffusion ne permet d'en déterminer aucun. Elle considère que les valeurs quantitatives doivent être appréciées en lien avec les spécificités structurelles qualitatives du diffuseur qui caractérisent sa position sur le marché de la télévision et sur les marchés apparentés aux médias, et qu'il convient de les évaluer dans une approche globale<sup>42</sup>.

34) Voir Schellenberg, *Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechtsvergleich: Rundfunkstaatsvertrag 1997 und Landesmediengesetze im Vergleich mit den Kontrollsystemen in Frankreich, Italien und Großbritannien*, Baden-Baden 1997, p. 40 et suiv. ; Mailänder, *Konzentrationskontrolle*, p. 292.

35) Voir Schellenberg, *Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechtsvergleich: Rundfunkstaatsvertrag 1997 und Landesmediengesetze im Vergleich mit den Kontrollsystemen in Frankreich, Italien und Großbritannien*, Baden-Baden 1997, p. 41.

36) Voir Stock, *Konzentrationskontrolle in Deutschland*, p. 17 et suiv.

37) Voir Ring, *Ibid.*, C-0.3 § 26, note de marge 1.

38) Voir Mailänder, *Konzentrationskontrolle*, p. 294.

39) Voir Mailänder, *Ibid.*, p. 163.

40) Voir également *cross-ownership: Röper, Wirtschaftliche Folgen des neuen Rundfunkstaatsvertrags*, dans : Stock/Röper/Holznapel, *Medienmarkt und Meinungsmacht*, Berlin 1997, p. 101.

41) La KDLM considérait qu'au-dessous de 28 % de parts d'audience, on ne se situait plus "légèrement en deçà" du seuil limite. La KEK avait pris position à cet égard, notamment dans une décision du 26 janvier 1999, Az.: 026, II.3.2.2, p. 23ff). On trouve l'exposé détaillé de toute la controverse dans : Martinek, *Die Zurechnung von Zuschaueranteilen nach §§ 25 ff des Rundfunkstaatsvertrages 1996*, EMR-Schriftenreihe, volume 19, p. 53 et suiv.

42) Voir Décision de la KEK dans l'affaire Premiere du 21 septembre 1999, Az.: 047, paragraphe III.3.2, p. 18.

### 1.1.2. Position dominante sur le marché

Pour déterminer si une entreprise occupe une position dominante sur un marché, on a recours au droit des cartels<sup>43</sup>. Selon l'article 19, paragraphe 2 du *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Loi contre les restrictions à la concurrence - *GWB*), le cas se manifeste lorsqu'une entreprise présente sur un certain marché soit ne rencontre aucune concurrence, soit jouit d'une position prédominante par rapport à ses concurrents<sup>44</sup>.

### 1.1.3. Les marchés apparentés aux médias

L'exposé officiel motivant l'article 26 du RStV fait état de la définition suivante : "Pour apprécier s'il existe une situation de monopole d'opinion conformément à cette disposition, il convient de considérer comme signes révélateurs la publicité, la radio, la presse, les droits, la production et d'autres marchés apparentés aux médias<sup>45</sup>".

Parallèlement à cet exposé des motifs, l'objectif du traité inter-länder sur la radiodiffusion peut apporter un éclairage supplémentaire sur la notion de "marchés apparentés aux médias" : le pluralisme d'opinion doit être garanti. A partir de là, le terme de "marchés apparentés aux médias" peut englober uniquement les marchés dont le contenu est lié à la formation de l'opinion publique<sup>46</sup>. Ce lien est absent, par exemple, dans le cas des marchés exclusivement tournés vers la fourniture de matériel technique servant à la diffusion des programmes télévisés ; il en va de même pour le marché des câblo-opérateurs et des opérateurs de satellites. Ces derniers ne concernent que les conditions externes de diffusion des programmes télévisés sans avoir le moindre lien avec l'opinion tant qu'ils ouvrent leurs systèmes de diffusion à tous les diffuseurs<sup>47</sup>.

### 1.1.4. Répartition des parts de marchés entre les entreprises concernées

Dans le domaine des concentrations verticales, la procédure d'attribution s'appuie essentiellement sur l'article 28, paragraphe 2 du RStV. Pour déterminer une influence équivalente à une participation de 25 %, ce dernier reprend les opportunités d'influence découlant de la fourniture, de l'achat et de la production des programmes.

## 1.2. Estimation globale exceptionnelle sortant du cadre des suppositions légales – § 26, paragraphe 1 RStV

Au cas où l'étude des parts d'audience ne fait pas apparaître qu'elles se situent légèrement en deçà du seuil des 30 %, la KEK procède à une appréciation globale spécifique en s'appuyant sur l'article 26, paragraphe 1 du RStV : l'hypothèse selon laquelle l'article 26, paragraphe 2 du RStV contiendrait une définition juridique matérielle arrêtée du monopole d'opinion est en contradiction avec le caractère même de la disposition en tant que présomption d'un état de fait, avec l'histoire de la naissance de cette disposition et avec le principe d'harmonisation avec la Constitution. S'il existe des raisons de supposer l'existence d'une situation de monopole d'opinion sur la base d'une place prépondérante sur des marchés proches de la télévision, indépendamment de la part d'audience, la KEK est tenue d'examiner également les éléments déterminants de cet état de fait.

Dans l'appréciation globale préconisée, il convient de prendre en compte le marché publicitaire national de la télévision, le marché d'approvisionnement de certaines chaînes télévisées et le marché de la production télévisée<sup>48</sup>, l'accès aux technologies des systèmes de télévision à péage et les ressources existantes en matière de programmes<sup>49</sup>.

### 1.3. § 53, paragraphe 3 du RStV

L'article 53 du RStV régit la liberté d'accès aux services qui sont liés à la télévision numérique. Cette disposition vise à garantir à tous les diffuseurs des conditions égales, adaptées et non discriminatoires dans le cadre des services qui ont une influence sur l'accès aux systèmes techniques. Il s'agit en particulier de ce qu'on appelle la plate-forme technique et de l'installation de décodeurs qui permettent aujourd'hui aux téléspectateurs de recevoir les programmes et les services numériques et cryptés avec les dernières technologies<sup>50</sup>.

Le paragraphe 3 de l'article 53 du RStV interdit la discrimination spécifiquement appliquée à la radiodiffusion<sup>51</sup>. Cette disposition concerne les fournisseurs occupant une position dominante sur le marché par la concentration et la commercialisation des programmes. Si d'autres fournisseurs demandent un service de ce type, ceux qui occupent une position de force sur le marché n'ont pas le droit de faire un blocage déloyal, que ce soit directement ou indirectement. En outre, un fournisseur demandeur ne doit pas être traité de façon discriminatoire par rapport aux autres fournisseurs analogues sans un motif concret justifié.

43) Voir Ring, *Ibid.*, C-0.3 § 26, Note de marge 17 ; Kreile/Stumpf, *Das neue „Medienkartellrecht“*, MMR 1998, p. 192-195(194).

44) Voir plus loin D 3.1 und 2.

45) Voir Motifs administratifs de l'article 26 dans : Ring, *Ibid.*, C-0.3 § 26 p. 3.

46) Voir Kreile/Stumpf, MMR 1998, p. 192-195(194).

47) Voir Ring, *Ibid.*, C-0.3 § 26 Note de marge 18 ; Neft, ZUM 1998, p.458-465(464).

48) Voir Décision de la KEK dans l'affaire *ProSieben Media AG* du 26 janvier 1999, Az.: 007/029, paragraphe II.5, p. 25 et suiv.

49) Voir Décision de la KEK dans l'affaire *Premiere* du 26 janvier 1999, Az.: 026, paragraphe II.6.2, p. 29 et suiv.

50) Voir Ring, *Ibid.*, B 5 § 53, note de marge 5.

51) Voir Knothe/Lebens, *Rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle des Bundeskartellamts*, dans: AfP 2000, p. 125-131(126).

C'est l'Office des médias compétent qui examine et décide s'il existe une situation de position dominante sur le marché. Dans le cadre de cet examen, en vertu de l'article 10 des "Statuts sur la liberté d'accès aux services numériques conformément à l'article 53, paragraphe 7 du RStV" de la Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (Conférence des directeurs des Offices des médias - DLM), il convient de prendre en compte, dans l'examen visant à établir l'existence d'une position dominante sur le marché, la position des décisions imposées par le Bundeskartellamt (Office de contrôle des cartels - BKartA) et la Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Office de régulation des postes et télécommunications - RegTP). S'il n'existe aucune décision ou si des amendements sont intervenus, l'Office des médias compétent demande au BKartA ou à la RegTP de prendre position sur la situation au regard du droit des cartels et des télécommunications, et il en tiendra compte dans sa décision finale.

## 2. Remèdes légaux

En cas de monopole d'opinion du fait de concentrations verticales, les mécanismes prévus par l'article 26, paragraphes 3 et 4 du RStV entrent également en jeu selon les modalités décrites ci-dessus. Néanmoins, il faut noter que l'article 26, paragraphe 4, alinéa 1, n° 2 prévoit une réglementation spécifique concernant les participations sur les marchés apparentés aux médias<sup>52</sup>.

## 3. Justifications et politique

Dans son arrêt concernant la DSF, la Cour fédérale constitutionnelle a bien relevé l'enjeu de la garantie du pluralisme des médias dans un contexte d'imbrications verticales complexes : "Il n'est pas évident que la nécessité de la garantie du pluralisme puisse perdre de l'importance par le fait des dernières évolutions. Bien plus, [...] les imbrications verticales des radiodiffuseurs avec les maisons de production, les détenteurs de droits de retransmission de films et de manifestations sportives et les propriétaires des magazines de programmes télévisés, de même que la privatisation des moyens de diffusion doivent être pris en compte de façon urgente et impérative. Ceci est d'autant plus important qu'une fois que la situation aura dévié, il sera très difficile de la redresser, du fait justement de l'influence qui en résulte, exploitable également au niveau politique<sup>53</sup>".

## C. Concentration diagonale des médias

Les concentrations diagonales désignent les participations croisées entre des entreprises qui ne travaillent pas sur les mêmes marchés et ne sont pas liées par une relation fournisseur-client<sup>54</sup>, en particulier les participations croisées entre entreprises de presse et de radiodiffusion. On parle alors de *cross-ownership*<sup>55</sup>.

### 1. Contenu de la législation en vigueur

#### 1.1. § 26 paragraphe 2 alinéa 2 du RStV

L'article 26, paragraphe 2, alinéa 2 du traité inter-länder sur la radiodiffusion concerne la régulation de la question des participations croisées, car, par exemple, le marché de la presse est pris en compte dans l'appréciation d'une situation de monopole d'opinion par l'intermédiaire des marchés apparentés aux médias<sup>56</sup>.

En ce qui concerne la question des seuils limites et des sanctions, il convient de se reporter aux explications relatives aux concentrations horizontales et verticales<sup>57</sup>.

#### 1.2. Restrictions issues des lois régionales sur la radiodiffusion

Par ailleurs, les prises de participation de la presse peuvent être soumises à certaines restrictions découlant de la législation régionale sur la radiodiffusion<sup>58</sup>.

Néanmoins, une part de ces restrictions ne concerne pas la télévision de diffusion nationale<sup>59</sup>, mais porte uniquement sur les émissions régionales ou locales<sup>60</sup>. Par ailleurs, ces dispositions n'interviennent que si

52) Voir plus haut A.3.1.2.

53) BVerfGE 95, 163, 173.

54) Voir Knothe/Lebens, Ibid. p. 127.

55) Pelny, Ibid., p. 36.

56) Voir Ring, Ibid., C-0.3 § 26, note de marge 9.

57) Voir plus haut A 2.1., A 3. 1., B 1.1, B 2.

58) Voir § 29 I, II Loi sur les médias du land de Saxe-Anhalt ; § 8 VII de la loi régionale sur la radiodiffusion de Basse-Saxe ; § 25 VII BayMG ; § 10 IV loi régionale sur la radiodiffusion de Brême ; § 25 II loi sur les médias de Hambourg ; § 17 VIII, 18 HPRG ; § 16 VIII loi régionale sur la radiodiffusion de Rhénanie-Palatinat ; § 50 II n° 6 loi régionale sur la radiodiffusion de ; § 8 II SächsPRG ; §§ 17 I n°. 4, 18 TPRG.

59) par exemple §§ 25 VII, XI loi sur les médias de Bavière ; § 16 VIII loi régionale sur la radiodiffusion de Rhénanie-Palatinat ; §§ 1 II n° 2, 25 II loi sur les médias de Hambourg.

60) Par exemple § 29 I, II Loi sur les médias du land de Saxe-Anhalt ; § 10 IV, loi régionale sur la radiodiffusion de Brême ; § 18 HPRG ; § 18 TPRG.

dans la zone de diffusion concernée, un éditeur de quotidien occupant une position dominante sur le marché détient des parts chez un radiodiffuseur privé<sup>61</sup>. A titre d'exemple, en Basse-Saxe, l'éditeur d'un journal quotidien ayant une position dominante sur le marché dans la zone de diffusion d'une chaîne axée sur l'information ne peut pas détenir plus de 25 % des parts de capital ou de voix chez le diffuseur de cette chaîne<sup>62</sup>. En Saxe, par exemple, (§ 8, paragraphe 2) on estime qu'une position est dominante sur le marché lorsqu'elle représente 20 % de toutes les publications périodiques dans la zone de diffusion. La loi régionale de la Sarre sur la radiodiffusion (§ 50 II n° 6) se réfère à l'article 22 du GWB (loi contre les restrictions à la concurrence) dans son ancienne version<sup>63</sup>.

## 2. Justifications et politique

Pour empêcher les concentrations, la Cour fédérale de justice a imposé certaines contraintes. Certes, la "séparation des pouvoirs d'édition" n'est pas un précepte constitutionnel, cependant il faut être très vigilant lorsque l'influence exercée par la radiodiffusion est combinée à celle exercée par la presse. Et la Cour de conclure : "Par conséquent, la liberté d'opinion garantie par la Constitution requiert la mise en place de dispositifs juridiques appropriés pour empêcher que la formation de l'opinion publique ne soit le résultat d'une alliance entre les influences de la radiodiffusion et de la presse"<sup>64</sup>.

## D. Le droit général de la concurrence

### 1. Interaction entre la législation spécifique et le droit de la concurrence

#### 1.1. Rapports entre les différentes réglementations

En premier lieu, il faut noter ce qui suit concernant les rapports entre le droit de la radiodiffusion et le droit de la concurrence :

En adoptant la loi contre les restrictions à la concurrence, l'Etat a fait usage du pouvoir législatif parallèle que lui confère le *Grundgesetz* (Loi fondamentale - GG) pour le "droit économique" (Art. 74 n° 11 du GG) et pour "prévenir tout abus d'une position économique dominante" (Art. 74 n° 16 du GG). En revanche, conformément aux articles 70 et 30 du GG, la radiodiffusion relève de la compétence des régions.

Le droit des cartels et le droit des médias poursuivent des objectifs différents : le GWB protège la concurrence et les différents acteurs en concurrence. Quant aux prescriptions relatives au contrôle des fusions, elles visent à empêcher l'émergence et la consolidation de positions dominantes sur le marché qui constituent une menace pour l'efficacité de la concurrence. Par contre, la principale disposition en matière de droit de la radiodiffusion porte sur la garantie du pluralisme d'opinion. Du fait de ce complément de nature fonctionnelle, les rapports entre le droit des cartels et le droit de la radiodiffusion sont régis essentiellement par l'application cumulative des deux réglementations<sup>65</sup>.

C'est ainsi que la KEK déclare dans sa décision du 26 janvier 1999 :

"D'un point de vue constitutionnel, le contrôle des fusions tel qu'il est prescrit par le GWB est légal, parallèlement au contrôle des concentrations défini par le traité inter-länder sur la radiodiffusion (BVerfGE 73, 118, 173, 174). Du moins, il ne s'y oppose pas en cas d'acceptation d'avalisation d'une appréciation divergente selon le traité inter-länder sur la radiodiffusion. Le contrôle des fusions par traité d'Etat poursuit d'autres objectifs que le contrôle des fusions exercé sous l'angle du droit de la concurrence et il s'appuie sur d'autres critères. Toutefois, il peut en résulter des recoupements lorsque des états de fait concordants doivent être jugés en fonction de différents critères juridiques. Ces recoupements se produisent en particulier en cas de changement dans les prises de participation et de regroupements d'entreprises, car la décision des instances compétentes pour la concurrence a pour effet d'instaurer un état de fait pour le contrôle juridique de la concentration dans les médias"<sup>66</sup>.

#### 1.2. Distinction entre croissance interne et croissance externe

Indépendamment de l'applicabilité parallèle de principe, la distinction se fait dès lors que le droit de la concentration des médias englobe également la croissance interne de l'entreprise, c'est-à-dire la croissance par l'augmentation des parts de marché sans développement de l'entreprise elle-même<sup>67</sup>, alors que le droit des cartels délimite en priorité la croissance externe, c'est-à-dire la croissance dans le domaine des fusions ou des reprises<sup>68</sup>.

61) Voir § 8 Abp.VII loi régionale sur la radiodiffusion de Basse-Saxe; § 50 II n° 6 loi régionale sur la radiodiffusion de la Sarre ; § 17 II HPRG.

62) Voir § 8 Abp.VII loi régionale sur la radiodiffusion de Basse-Saxe.

63) Voir plus bas D 1.3.

64) BVerfGE 73, 118, 175.

65) Voir Mailänder, Ibid., p. 52 et suiv.

66) Voir Décision de la KEK dans l'affaire *Premiere* du 26 janvier 1999, Az.: 026, paragraphe I.2, p. 6.

67) Voir Knothe/Lebens, Ibid., p. 127.

68) Voir Jochimsen, *Medienaufsicht in der Kontroverse – Konzentration, Kontrolle und KEK*, dans : K&R 1999, p. 433-442(439).



### 1.3. Spécificité du droit régional

Certaines lois régionales sur la radiodiffusion ont tenté d'intégrer le droit des cartels dans le droit de la radiodiffusion en demandant avant toute attribution de licence une "déclaration de non-opposition du point de vue du droit des cartels"<sup>69</sup>. C'est ainsi que, conformément à l'article 17, paragraphe 7 de la loi sur la radiodiffusion privée de Hesse, le demandeur de licence doit apporter la preuve à l'Office des médias qu'aucune prescription du contrôle de la concentration ne s'oppose à son projet. A la demande de l'Office des médias, il doit être en mesure de le prouver par une procédure d'enregistrement auprès de l'Office de contrôle des cartels.

### 1.4. § 7 de la loi sur la transmission des signaux télévisés et son rapport avec l'article § 53 du RStV

Par ailleurs, l'article 7, paragraphe 1 de la loi nationale sur la transmission des signaux télévisés du 14 novembre 1997 impose une obligation supplémentaire aux fournisseurs et aux utilisateurs des systèmes d'accès qui produisent et commercialisent des services d'accès aux services télévisés numériques : tous les radiodiffuseurs doivent bénéficier d'une offre à des conditions identiques, appropriées et non discriminatoires pour les services techniques permettant aux téléspectateurs équipés de décodeurs et dûment habilités à y accéder de recevoir leurs services télévisés numériques.

Etant donné la similitude du contenu de l'article 53 du RStV, se pose la question du rapport existant entre ces deux dispositions. On peut y répondre de la façon suivante : alors que les questions relatives au droit des télécommunications et des cartels ont échoué, du point de vue des exigences particulières de l'évolution des systèmes numériques de la loi sur la transmission des signaux télévisés du 14 novembre 1997, les länder ont pu apporter une réponse juridique à cette évolution pour la radiodiffusion et les médias avec l'article 53 du RStV.

Le droit de la concurrence peut empêcher, d'un point de vue strictement économique, l'apparition de discriminations ou les risques d'abus d'une position économique. Par contre, les dispositions de l'article 53 du RStV s'opposent aux risques liés à la liberté d'action des acteurs dans la fourniture de la radiodiffusion ; elles visent à équilibrer le jeu et à compenser les disparités<sup>70</sup>.

## 2. Définition du marché de la télédiffusion

Le marché de la télévision englobe les éléments suivants : le marché tangible, le marché géographique et le marché temporel.

### 2.1. Le marché tangible

Le droit des cartels évalue l'existence de restrictions à la concurrence en fonction d'un "marché" spécifique. Une "position dominante sur le marché" est toujours définie par rapport à un marché précis. Il s'agit du même marché lorsque tous les biens qui y sont proposés sont interchangeables du point de vue du client (concept de l'interchangeabilité fonctionnelle<sup>71</sup>). L'ensemble des produits qui, par leurs propriétés, leur utilité et leur niveau de prix sont proches au point que le consommateur sensé peut les considérer comme interchangeables et les comparer comme autant de produits destinés à couvrir un certain besoin, sont des produits équivalents sur le marché<sup>72</sup>.

Dans le secteur de la radiodiffusion, l'Office de contrôle des cartels distingue régulièrement des marchés publicitaires spécifiques à la radiodiffusion. L'intérêt de la demande du secteur économique de la publicité est évalué en fonction d'une démarcation entre un marché distinct pour la télévision financée par la publicité et des marchés indépendants pour la radio et la presse. L'Office de contrôle des cartels sépare les marchés de la publicité télévisée du marché propre aux chaînes de télévision à péage<sup>73</sup>.

On considère quelquefois que, parallèlement au marché de la publicité à la télévision, il existe également un marché distinct des téléspectateurs<sup>74</sup>. Cette conception repose sur le fait que les chaînes télévisées des opérateurs privés, diffusées gratuitement, sont des biens économiques qui répondent à une demande des téléspectateurs et qui sont offerts par les chaînes en vue d'en tirer des avantages. La réception des programmes télévisés par les téléspectateurs est considérée comme ayant une valeur économique par la chaîne, et de son point de vue, cela constitue la contrepartie de l'offre des programmes, car les gains encaissés par les chaînes pour la vente des espaces publicitaires dépendent directement de l'étendue du public touché par ses programmes télévisés. La concurrence en matière de qualité entre les chaînes télévisées pour s'attirer les faveurs du public remplit essentiellement les fonctions d'une concurrence efficace en terme de prix tout en assurant les tâches de contrôle et d'orientation du marché<sup>75</sup>.

69) Voir Knothe/Lebens, Ibid., p. 126.

70) Voir Ring, Ibid., B 5 § 53, note de marge 3.

71) Voir Knothe/Lebens, Ibid., p. 128.

72) Voir Bechtold, *Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, 2<sup>ème</sup> édition, Munich 1999, § 19, note de marge 6.

73) Voir Mailänder, Ibid., p. 260 et suiv.

74) Voir aussi Mailänder, Ibid., p. 261.

75) Voir Schmidt, *Gibt es einen Fernseh Zuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen?*, chez : ZUM 1997, p. 472-478(477f)

## 2.2. Le marché géographique

Pour le marché géographique des fournisseurs, c'est l'interchangeabilité fonctionnelle du point de vue du demandeur qui est déterminante<sup>76</sup>. Le marché géographique englobe uniquement les produits pouvant être fournis sans coût excessif. Pour le secteur de l'offre télévisée, on considère que les marchés géographiques s'orientent en général en fonction de la région effective de diffusion de la chaîne. Conformément à la pratique de l'Office de contrôle des cartels pour la télévision financée par la publicité, qui consistait jusqu'à présent à délimiter un seul marché de la publicité télévisée, le marché géographiquement pertinent est défini en fonction de la portée des messages publicitaires. Pour que s'exerce le contrôle allemand sur les regroupements d'entreprises, le territoire de la République fédérale avait été choisi pour former la frontière extérieure délimitant la zone géographique d'application de la loi contre les restrictions à la concurrence. Cela signifie qu'en cas de diffusion d'un programme au-delà de la frontière, la sphère d'application du GWB ne s'étend pas hors frontière. La position de la concurrence sur les marchés étrangers, en terme d'offre de programmes, n'a été prise en compte que dans l'appréciation de la position dominante<sup>77</sup>.

## 2.3. Le marché temporel

Ce terme désigne la période durant laquelle les rapports de concurrence doivent être examinés. Alors que la distinction entre marché tangible et marché géographique doit être faite systématiquement, l'aspect temporel n'intervient qu'exceptionnellement. Il doit y avoir une raison précise d'étudier si les rapports de concurrence ne sont pertinents que sur une certaine période. La dimension temporelle est essentiellement prise en compte lorsque les produits ou les prestations commerciales ne sont offertes que sur une période limitée ou ponctuelle. C'est le cas, par exemple, avec des foires-expositions ou la vente de billets d'entrée pour certaines manifestations sportives. Néanmoins, dans ces cas-là, on est en droit de considérer qu'il s'agit en définitive d'une question de distinction du marché tangible<sup>78</sup>.

## 3. A quel moment y a-t-il émergence ou extension d'une position dominante sur le marché ?

Pour répondre à cette question, on fait appel à l'article 19, paragraphes 2 et 3 du GWB.

### 3.1. Définitions juridiques - § 19 paragraphe 2 du GWB :

L'article 19, paragraphe 2, alinéa 1 du GWB comporte plusieurs définitions juridiques d'une position dominante tenue par une seule entreprise : selon l'article 19, paragraphe 2, alinéa 1, n°1 du GWB, une entreprise occupe une position dominante dans la mesure où en tant que fournisseur ou demandeur d'un certain type de produits ou de prestations commerciales, elle n'a pas ou pratiquement pas de concurrents. Le n° 2 de cet alinéa considère également qu'on est en présence d'une position dominante lorsqu'une entreprise occupe une position de force par rapport à ses concurrents. Pour vérifier cet état de fait, il convient d'examiner au cours d'une procédure complexe les éléments tels que la part de marché de l'entreprise, sa capacité financière, son accès aux marchés d'approvisionnement et de distribution ainsi que divers autres facteurs structurels<sup>79</sup>.

L'article 19, paragraphe 2, alinéa 2 du GWB traite de la question des oligopoles dominants sur le marché. L'état de fait juridique intègre deux éléments : tout d'abord, les relations internes entre les membres constituant l'oligopole doivent être dénuées de tout rapport de concurrence. Par ailleurs, les membres de la structure oligopolistique doivent remplir en tant qu'entité globale les conditions définies par l'alinéa 1 concernant leurs rapports extérieurs avec les autres entreprises<sup>80</sup>.

### 3.2. Présomption de position dominante

L'article 19, paragraphe 3 du GWB expose plusieurs présomptions de position dominante pouvant être réfutées. L'alinéa 1 comporte une (simple) présomption de monopole, alors que l'alinéa 2 présente une présomption qualifiée pour les oligopoles avec retournement de preuves à charge<sup>81</sup>. Le critère intervenant dans la présomption de position dominante pour une seule entreprise est le seuil limite de la part de marché d'un tiers. En ce qui concerne la présomption qualifiée d'oligopole, les éléments déterminants sont les seuils limites de 50 % de parts de marché pour trois entreprises et de deux tiers pour cinq entreprises ou moins.

## 4. Seuil d'intervention de l'article 38, paragraphe 3 du GWB

La question de la nature des entreprises soumises au contrôle allemand sur la concentration est abordée par l'article 35, paragraphe 1 du GWB qui définit certains seuils d'intervention (1 milliard de DEM de chiffre d'affaires mondial, 50 millions de DEM de chiffre d'affaires national). Mais l'article 38, paragraphe 3 du GWB dispose que certaines particularités s'appliquent à la presse et, depuis la révision du GWB, aux radio-

76) Voir Bechtold, Kartellgesetz, 2<sup>ème</sup> édition, § 19, note de marge 13.

77) Voir Mailänder, Ibid., p. 262.

78) Voir Wiedemann (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, Munich 1999, § 23, note de marge 13.

79) Voir Wiedemann (Hrsg.), Ibid., § 23, note de marge 16.

80) Voir Wiedemann (Hrsg.), Ibid., § 23, note de marge 26.

81) Voir Wiedemann (Hrsg.), Ibid., § 23, note de marge 28.

diffuseurs : pour les journaux et les magazines, la radiodiffusion de programmes et la vente de plages publicitaires radiodiffusées, on considère que le chiffre d'affaires à prendre en compte est vingt fois plus élevé. Cela signifie que dans le secteur des médias, les regroupements d'entreprises doivent faire l'objet d'un contrôle dès lors que leur chiffre d'affaires au niveau mondial atteint un vingtième du montant fixé, c'est-à-dire 50 millions de DEM. Du fait de cette situation, les radiodiffuseurs locaux qui pouvaient jusqu'à présent acheter ou reprendre des entreprises sans être soumis au contrôle administratif des cartels, doivent désormais être considérés autrement<sup>82</sup>.

Conformément à l'article 35, paragraphe 2, n° 1 du GWB, un regroupement d'entreprises n'est pas soumis au contrôle de l'Office des cartels lorsqu'il s'agit d'une entreprise dont le chiffre d'affaires de l'année précédente n'excédait pas 20 millions de DEM qui s'allie avec une autre société. Cette clause n'est toutefois pas applicable aux regroupements d'entreprises intervenant sur les marchés de la presse.

D'autre part, l'article 35, paragraphe 2, n° 2 du GWB comporte une "Bagatellmarktklausel" (clause du marché mineur) qui constitue une exception supplémentaire au contrôle des fusions. Cette clause exclut du contrôle les regroupements effectués dans le cadre d'un marché sur lequel des produits ou des prestations commerciales sont proposées depuis plus de cinq ans alors que le chiffre d'affaires de l'année calendrier précédente est inférieur à 30 millions de DEM<sup>83</sup>.

## 5. Remèdes légaux

### 5.1. Interdiction de l'article § 19 du GWB

En premier lieu, l'article 19 du GWB interdit aux entreprises d'abuser d'une position dominante.

Pour savoir si une entreprise abuse de sa position dominante, on procède à une évaluation globale et à une appréciation générale des intérêts en présence<sup>84</sup>. Cette démarche s'appuie sur l'inventaire non définitif des faits constitutifs de l'article 19, paragraphe 4 du GWB, qui englobe, entre autres, le blocage abusif de ses concurrents (n°1) et l'exploitation abusive (n° 2 et 3). Le refus de l'accès défini dans l'article 19, paragraphe 4, n° 4 du GWB a été réintroduit lors de la sixième révision du GWB. Cet abus consiste pour une entreprise dominante sur le marché à empêcher une autre entreprise d'accéder à ses propres réseaux malgré l'offre d'une contrepartie financière appropriée<sup>85</sup>. La réglementation reprend la proposition du BKartA, qui considère que les équipements de base jouent un rôle majeur pour la concurrence dans un nombre croissant de secteurs économiques. Par conséquent, le problème du refus de l'accès aux infrastructures doit être réglé par une réglementation intersectorielle<sup>86</sup>.

Dans le cas d'une exploitation abusive, l'Office de contrôle des cartels peut, conformément à l'article 32 du GWB, interdire ce comportement aux entreprises et aux groupes et édicter une ordonnance dans ce sens<sup>87</sup>. Toute société allant à l'encontre de cette ordonnance sera en infraction, conformément à l'article 81, paragraphe 1, n° 6 du GWB.

Sur le plan du droit civil, l'article 134 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil - BGB) prévoit l'annulation des contrats comme sanction possible d'une infraction à la loi<sup>88</sup>. En outre, selon l'article 33 du GWB, toute violation de l'interdiction de l'article 19 du GWB peut donner lieu à un recours en dommages et intérêts et une action en abstention de la part d'un tiers ou d'un utilisateur particulier<sup>89</sup>. L'article 34 du GWB offre la possibilité, après intervention du caractère incontestable de l'ordonnance interdisant les abus, de prélever le supplément de gain réalisé par le délit commis.

### 5.2. Proscription par l'article 36, paragraphe 1 du GWB

Conformément à l'article 36, paragraphe 1 du GWB, un regroupement d'entreprises dont on peut s'attendre à ce qu'il occupe ou renforce une position dominante doit être proscrit par l'Office de contrôle des cartels, à moins que les entreprises concernées ne puissent démontrer que leur regroupement aura pour effet une amélioration des conditions de concurrence et que ces améliorations prévalent sur les préjudices causés par la position de monopole.

### 5.3. Interdiction de toute discrimination : § 20 du GWB

L'article 20 du GWB interdit à certaines entreprises et groupements d'entreprises de faire obstruction de façon déloyale à d'autres entreprises ou de les traiter de façon discriminatoire sans motif justifié. L'objectif de la loi est de préserver l'égalité des chances et de protéger la concurrence entre les prestations. Cette interdiction ne concerne pas toutes les obstructions, mais uniquement celles qui comportent des règles non conformes à la concurrence ou aux prestations de service<sup>90</sup>. Cette interdiction étant directement applicable, sa violation est sanctionnée par les mêmes peines que l'article 19 du GWB.

82) Voir Traugott, *Die neue deutsche Fusionskontrolle*, dans : WRP 1999, p. 621-628(622).

83) Voir Traugott, *Ibid.*, p. 622 et suiv.

84) Voir Wiedemann (Hrsg.), *Ibid.*, § 23, note de marge 31.

85) Knothe/Lebens, *op. cit.*, p. 127 et suiv.

86) Voir Wiedemann (Hrsg.), *Ibid.*, § 23, note de marge 64.

87) Voir Wiedemann (Hrsg.), *Ibid.*, § 23, note de marge 69.

88) Voir Wiedemann (Hrsg.), *Ibid.*, § 23, note de marge 69.

89) Voir Wiedemann (Hrsg.), *Ibid.*, § 23, note de marge 78.

90) Voir Eckstein, *Exklusivverträge und Pay-TV*, Dissertation, Sarrebruck, Uni. 2000, p. 121.



#### 5.4. Contrôle des abus, § 16 du GWB

Indépendamment de la présence ou non d'une position dominante, les pratiques abusives sont réglementées par l'article 16 du GWB. Cet article dispose que l'Office de contrôle des cartels peut annuler des accords d'entreprises autour de certains produits ou prestations commerciales et interdire la mise en application de nouvelles alliances de même nature si cela entraîne une limitation de l'accès des autres entreprises au marché et, par conséquent, une dégradation de la concurrence sur ce marché. L'article 16 du GWB porte justement sur les contrats qui ne sont pas conclus par des entreprises concurrentes<sup>91</sup>.

### E. Restrictions spéciales

Les restrictions imposées aux propriétaires jouent sur la notion de radiodiffuseur dans le droit de la radiodiffusion. En vertu de l'article 20 du RStV, pour diffuseur leurs programmes, les radiodiffuseurs privés doivent avoir une licence conforme à la législation régionale. La Cour fédérale constitutionnelle a entrepris de donner une définition du terme "radiodiffuseur". Selon cette définition, est radiodiffuseur d'un programme "quiconque détermine sa structure, en organise le déroulement, combine les émissions et les propose au public sous une seule dénomination. Ces activités liées à l'ensemble du programme le distinguent du simple fournisseur d'émissions isolées ou de segments de programmes. Il n'est pas nécessaire, en revanche, que le radiodiffuseur diffuse lui-même le programme ni qu'il produise lui-même les émissions"<sup>92</sup>.

Les conditions à remplir pour l'obtention d'une licence de radiodiffusion sont réparties en deux catégories : les conditions personnelles et matérielles<sup>93</sup>. Au niveau des restrictions imposées aux propriétaires, ce sont surtout les conditions personnelles qui interviennent. Conformément à la plupart des réglementations régionales, les personnes morales relevant du droit privé et les personnes physiques peuvent solliciter une licence. Cependant, toutes les lois sur les médias comportent des exigences personnelles exclusives, en particulier pour garantir la liberté de l'Etat et empêcher une concentration excessive des pouvoirs des médias.

#### 1. Ressortissants étrangers

La notion de "radiodiffuseur privé" de l'article 20 du RStV englobe également les personnes physiques et les personnes morales relevant du droit privé de nationalité étrangère. Cette disposition ne fait pas de distinction entre les ressortissants privés nationaux ou étrangers, ce qui n'exclut donc pas ces derniers, sans préjudice pour autant des dispositions particulières contenues dans les législations régionales. Certaines lois régionales sur la radiodiffusion prévoient de soumettre l'attribution d'une licence de radiodiffusion au fait que le domicile ou le siège social du demandeur soit situé en Allemagne ou dans l'un des Etats membres de l'Union européenne<sup>94</sup>. Mais, parfois, il est également accepté que le domicile ou le siège social du demandeur se trouve dans un autre Etat signataire de la convention sur l'Espace économique européen<sup>95</sup>.

#### 2. Rapports avec les instances publiques

Les collectivités territoriales et les personnes morales relevant du droit public qui leur sont assujetties sont régulièrement exclues des licences<sup>96</sup>. D'autre part, les lois régionales sur la radiodiffusion exigent que les membres des instances législatives et les membres des gouvernements régionaux et fédéral<sup>97</sup> et du Parlement européen<sup>98</sup> n'aient pas le droit d'obtenir une licence. Pour une part, les personnes morales relevant du droit public sont également exclues, en général, des licences de radiodiffusion. Néanmoins, il faut noter que les églises, les communautés religieuses et philosophiques de droit public, les communautés culturelles juives et les écoles supérieures obtiennent souvent des dérogations expresses à cette exclusion<sup>99</sup>.

#### 3. Partis politiques

Les partis politiques et les électeurs organisés, de même que les personnes et associations qui y sont liées sont également exclus des licences de radiodiffusion<sup>100</sup>.

91) Voir Eckstein, *Ibid.*, p. 113.

92) Arrêt du BVerfG, 1 BvR 661/94 du 20 février 1998, paragraphe n° 56, <http://www.bverfg.de/>

93) Voir Ring, *op. cit.*, B 5 § 20, note de marge 4.

94) Par exemple : § 5 paragraphe 1 alinéa 2 la loi régionale sur la radiodiffusion de Rhénanie du Nord-Westphalie ; § 50 paragraphe 1 n° 2 de la loi régionale sur la radiodiffusion de la Sarre.

95) § 13 paragraphe 2 n° 5 la loi régionale sur les médias du Bade-Wurtemberg.

96) § 13 paragraphe 3 n° 1 la loi régionale sur les médias du Bade-Wurtemberg ; § 6 paragraphe 2 de la loi régionale sur la radiodiffusion de Rhénanie-Palatinat ; § 50 paragraphe 2 n° 1 de la loi régionale sur la radiodiffusion de la Sarre.

97) § 13 paragraphe 3 n° 3 de la loi régionale sur les médias du Bade-Wurtemberg, § 5 paragraphe 2 n° 3 de la loi régionale sur la radiodiffusion de Rhénanie du Nord-Westphalie; § 50 paragraphe 2 n° 2 de la loi régionale sur la radiodiffusion de la Sarre ; § 6 paragraphe 2 n° 3 HPRG ; § 8 paragraphe 4 n° 5 de la loi régionale sur les médias de Brême

98) § 7 paragraphe 3 n° 2 de la loi régionale sur la radiodiffusion de Basse-Saxe.

99) Par exemple : § 5 paragraphe 2 n° 1 de la loi régionale sur la radiodiffusion de Rhénanie du Nord-Westphalie.

100) § 7 paragraphe 3 n° 3 de la loi régionale sur la radiodiffusion de Basse-Saxe ; § 13 paragraphe 3 n° 6 de la loi sur les médias du Bade-Wurtemberg ; § 5 paragraphe 2 n° 4 de la loi régionale sur la radiodiffusion de Rhénanie du Nord-Westphalie ; § 6 paragraphe 2 de la loi régionale sur la radiodiffusion de Rhénanie-Palatinat ; § 50 paragraphe 2 n° 3 de la loi régionale sur la radiodiffusion de la Sarre ; § 10 paragraphe 3 n° 4 de la loi régionale sur la radiodiffusion de Schleswig-Holstein ; § 6 paragraphe 2 n° 4 HPRG ; § 8 paragraphe 4 n° 4 de la loi régionale sur les médias de Brême.

## ANNEXE

### 1. Lois

*Rundfunkstaatsvertrag*  
Traité inter-länder sur la radiodiffusion  
Adresse : <http://www.alm.de/index2.htm>

*Grundgesetz*  
Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne  
Adresse (français et allemand):  
<http://www.jura.uni-sb.de/BJJUS/grundgesetz/>

*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*  
Loi contre les restrictions à la concurrence  
Adresse :  
<http://www.bundeskartellamt.de/kartellgesetz.html>

*Landesmediengesetze*  
Lois régionales sur les médias  
Bauer/Ory, *Recht in Hörfunk und Fernsehen*, volumes 2 et 3 :  
*Rundfunkrecht einzelner Bundesländer*, ouvrage à feuillets  
mobiles

### 2. Jurisprudence

*Dritte Rundfunkentscheidung (FRAG /Saarländisches Rundfunkgesetz)*  
Troisième décision sur la radiodiffusion  
(FRAG /Loi régionale sur la radiodiffusion de la Sarre)  
Arrêt de la Cour fédérale constitutionnelle du 16 juin 1981  
(BVerfGE 57, 295)

*Vierte Rundfunkentscheidung (Landesrundfunkgesetz Niedersachsen)*  
Quatrième décision sur la radiodiffusion  
(Loi régionale sur la radiodiffusion de Basse-Saxe)  
Arrêt de la Cour fédérale constitutionnelle  
du 4 novembre 1986 (BVerfGE 73, 118 )

*Fünfte Rundfunkentscheidung*  
Cinquième décision sur la radiodiffusion  
Arrêt de la Cour fédérale constitutionnelle  
du 24 mars 1987  
(BVerfGE 74, 297)

*DSF-Entscheidung*  
Décision sur DSF  
Arrêt de la Cour fédérale constitutionnelle  
du 18 décembre 1996 (BVerfGE 95, 163)

*Entscheidung zur Kurzberichterstattung*  
Décision relative aux flash d'information  
Arrêt de la Cour fédérale constitutionnelle  
du 17 février 1998 (BVerfGE 97, 228)

Extra-Radio  
Arrêt de la Cour fédérale constitutionnelle  
du 20 février 1998 (BVerfGE 97, 298)

Disponibles sur Internet à l'adresse suivante :  
<http://www.uni-wuerzburg.de/dfr/>

### 3. Autorités de contrôle et de régulation

Kommission zur Ermittlung der Konzentration  
im Medienbereich (KEK)  
(Commission d'examen de la concentration des médias)  
Steinstraße 104-106  
14480 Potsdam  
Tél. : 0331 - 6 60 17 70  
Fax : 0331 - 6 60 17 79  
[info@kek-online.de](mailto:info@kek-online.de)  
<http://www.kek-online.de>

Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten  
Conférence des directeurs des Offices des médias  
(Il s'agit d'un organe de l'association des Offices des  
médias de République fédérale allemande)  
Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten (ALM)  
c/o Landesanstalt für Rundfunk Nordrhein-Westfalen (LfR)  
Zollhof 2  
40221 Düsseldorf  
Tél. : 0211/77007-140/141  
Fax : 0211/77007-345  
<http://www.alm.de>

### 4. Bibliographie

Bechtold, Rainer, *Kartellgesetz – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, 2<sup>ème</sup> édition, Munich 1999.

Eckstein, Patrick, *Exklusivverträge und Pay-TV*,  
Dissertation, Sarrebruck 2000.

Hesse, Albrecht, *Rundfunkrecht*, 2<sup>ème</sup> édition, Munich 1999.

Jochimsen, Reimut, *Medienaufsicht in der Kontroverse – Konzentration, Kontrolle und KEK*, dans : K&R 1999,  
p. 433-442.

Knothe, Matthias/Lebens, Julia, *Rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle des Bundeskartellamts*, dans :  
AfP 2000, p. 125-131.

Kreile, Johannes/Stumpf, Christoph, dans : MMR 1998,  
p. 192-195.

Mailänder, Peter, *Konzentrationskontrolle zur Sicherung von Meinungsvielfalt im privaten Rundfunk*,  
Hambourg, Dissertation, 1998/1999.

Martinek, Michael, *Die Zurechnung von Zuschaueranteilen nach §§ 25 ff des Rundfunkstaatsvertrages 1996 anlässlich der Lizenzanträge der Premiere Medien GmbH & Co. KG auf Zulassung zur bundesweiten Veranstaltung von digitalen Pay-TV-Programmangeboten*,  
EMR-Schriftenreihe, volume 19.

Neft, Hans, *Meinungsdominanz im Fernsehen, - Aufgreifkriterien des neuen § 26 Abs. 2 Rundfunkstaatsvertrag (RStV)*,  
dans : ZUM 1998, p. 458-465.

Pelny, Stefan, *Konzentrationskontrolle für den privaten Rundfunk*, dans : AfP 1998, p. 35-40.

Ring/Kreile/Dörr/Stettner, *Medienrecht*, volume II,  
*Kommentar zum Rundfunkstaatsvertrag*, juillet 2000,  
Munich, Berlin.

Schellenberg, Martin, *Rundfunk-Konzentrationsbekämpfung zur Sicherung des Pluralismus im Rechtsvergleich: Rundfunkstaatsvertrag 1997 und Landesmediengesetze im Vergleich mit den Kontrollsystemen in Frankreich, Italien und Großbritannien*,  
Baden-Baden 1997.

Schmidt, Klaus-Eberhard, *Gibt es einen Fernsehzeuschauermarkt im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen?*, dans : ZUM 1997, p. 472-478.

Stock/Röper/Holznapel, *Medienmarkt und Meinungsmacht – Zur Neuregelung der Konzentrationskontrolle in Deutschland und Großbritannien*,  
Berlin, Heidelberg, New York 1997.

Traugott, Rainer, *Die neue deutsche Fusionskontrolle*, dans : WRP 1999, p. 621-628.

Wiedemann, Gerhard, (éditeur),  
*Handbuch des Kartellrechts*, Munich 1999.



# ROYAUME-UNI

**Thomas Gibbons,**

*professeur à la Faculté de droit de l'Université de Manchester, R.-U.*

## A. La concentration horizontale des médias

### 1. Définition du marché de la télédiffusion

En matière de concentration des médias au Royaume-Uni, on distingue télédiffusion publique et télédiffusion privée. Il n'existe aucune règle de concentration applicable à la première, représentée par la BBC, Channel 4 et l'Autorité galloise (Sianel Pedwar Cymru ou S4C), qui sont des entreprises publiques. Les seuils de concentration s'appliquent à l'ensemble du marché, mais ils ont été fixés de telle sorte qu'ils ne concernent en pratique que le secteur privé.

La réglementation de la concentration horizontale repose sur le postulat qu'il existe un seul et unique marché de la télévision, clairement identifiable. Cependant, cette réglementation établit des distinctions en fonction des différents modes de transmission : analogique, par câble et par satellite. Dans la catégorie de la transmission analogique, le degré de radiodiffusion de service public offerte par les différentes chaînes détermine des catégories supplémentaires.

L'importance de la technologie numérique ne fait pas l'objet d'un traitement uniforme : la transmission analogique de la télévision numérique terrestre bénéficie d'un régime bien particulier, tandis que la réglementation de la transmission par satellite ou par câble est la même, qu'il s'agisse d'une transmission analogique ou numérique.

### 2. Contenu de la législation en vigueur

Les règles applicables sont prévues par l'annexe 2 de la loi sur la radiodiffusion de 1990, telle qu'appliquée par l'article 5. Cette annexe a été entièrement amendée par l'article 73 et l'annexe 2 de la loi sur la radiodiffusion de 1996, pour introduire la notion de "part de marché", et elle a été modifiée une fois encore par une législation secondaire (déléguée). L'idée directrice est d'interdire toute appropriation par une personne (ce qui comprend les personnes morales) d'une licence ou d'une combinaison de licences qui représente plus de 15 % de l'ensemble des parts d'audience de la télévision. Ce type de détention de licence est soumis à des restrictions supplémentaires concernant les intérêts participatifs. En outre, la détention de certaines combinaisons de licences est soumise à des restrictions très sévères.

#### 2.1. Définitions du contrôle et de l'influence

La 1<sup>ère</sup> partie de l'annexe 2 donne une définition très large de la notion de contrôle. Selon le paragraphe 1(1), le "contrôle" : "(a) d'une personne morale est interprété conformément au sous-paragraphe (3) et celui (b) d'une personne autre que morale signifie la détention par une personne d'un pouvoir lui assurant, par quelque moyen que ce soit et de manière directe ou indirecte, la conduite des affaires de la personne susmentionnée dans un sens conforme aux directives de ladite personne". Selon le paragraphe 1(3), "aux termes de la présente annexe, une personne contrôle une personne morale si elle –(a) détient ou si elle a la qualité d'usufruitier de plus de 50 % du capital d'actions de cette personne morale, ou si elle possède plus de 50 % des droits de vote ; ou, (b) bien qu'elle ne possède pas de tels intérêts dans cette personne morale, s'il est raisonnable de penser, au regard de l'ensemble de la situation financière, qu'elle sera en mesure, par quelque moyen que ce soit et de manière directe ou indirecte, d'obtenir la conduite des affaires de la personne morale ; ou (c) si elle détient ou possède la qualité d'usufruitier de 50 % du capital actions, ou possède 50 % des droits de vote de cette personne morale, et qu'il existe un arrangement entre elle et tout autre membre de cette personne morale sur la manière d'exercer le droit de vote possédé par l'un d'eux ou sur l'omission par l'un d'eux de l'exercice d'un tel droit de vote". En outre, selon le paragraphe 1(3A), "aux fins du sous-paragraphe (3)(c) – (a) par 'arrangement' on entend tout accord ou disposition, exécutoire ou non, ou destiné à l'être, et (b) une personne doit être considérée – (i) comme détenant ou ayant la qualité d'usufruitier du capital d'actions détenu par une personne morale qu'elle contrôle ou dont la personne morale en question est usufruitière et (ii) comme possédant le droit de vote réservé à la personne morale".

La 1<sup>ère</sup> partie de l'annexe 2 donne également la définition des "associés" d'une société dans son paragraphe 1A : "afin de déterminer les personnes qui constituent les associés d'une personne morale aux fins de la présente annexe – (a) un individu est considéré comme un associé d'une personne morale s'il est directeur de cette personne morale et (b) deux personnes morales sont considérées comme associées l'une à l'autre si l'une contrôle l'autre ou si la même personne contrôle les deux". Une disposition traite également des associés d'une personne physique dans le paragraphe 2 : "afin de déterminer les personnes qui sont les associés d'une personne physique aux fins de la présente annexe, sont considérées comme associées l'une à l'autre les personnes suivantes – (a) toute personne et son époux ou son épouse et tout parent ou époux ou épouse d'un parent de cette personne ou de l'époux ou de l'épouse de cette personne; (b) toute personne physique et toute personne morale dont cet individu est le directeur ; (c) toute personne en sa qualité de

mandataire d'un accord, ainsi que le constituant ou le concédant et toute personne associée avec le constituant ou le concédant ; (d) les personnes en partenariat d'affaire, ainsi que l'époux ou l'épouse et les parents de l'un d'entre eux ; (e) toutes personnes au nombre de deux ou plus agissant ensemble pour assurer ou exercer le contrôle d'une personne morale ou d'une autre association ou pour assurer le contrôle de toute entreprise ou de tous actifs ; enfin, dans le présent sous-paragraphe on entend par " parent " un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu, une nièce, un ascendant ou descendant direct (le gendre, la belle-fille ou l'enfant illégitime d'une personne ou tout individu devenu l'enfant d'une personne au moyen d'une adoption légale ou autre, est considéré comme un parent ou pris en compte pour établir un lien de parenté de la même manière que pour l'enfant de cette personne) ; et on entend par épouse ou époux également, l'ancienne épouse ou l'ancien époux, ainsi qu'une personne réputée épouse ou époux".

Parmi les autres dispositions contenant une définition détaillée, il convient d'en noter une, relative aux intérêts participatifs, en paragraphe 6 : "dans la présente annexe, toute référence à un participant possédant des intérêts à hauteur de plus de 20 % dans une personne morale fait référence à une personne qui - (a) détient ou a qualité d'usufruitier de plus de 20 % des parts de cette personne morale ou (b) possède plus de 20 % des droits de vote au sein de cette personne morale".

## 2.2. Les seuils de parts d'audience

En résumé, le paragraphe 2 de la 3<sup>ème</sup> partie de l'annexe limite la détention de deux ou plus de deux licences de fourniture de certains services de télévision, ou la possession d'intérêts à hauteur de plus de 20 % dans deux ou plus de deux licences de ce type, qui représentent ensemble plus de 15 % du nombre total de téléspectateurs.

En détail, il dispose que : "(1) aucune personne ne peut, dès que son temps d'écoute dépasse les 15 % du temps d'écoute total au cours d'une période de douze mois prenant fin le dernier jour du précédent mois calendaire - (a) être titulaire de deux ou plus de deux licences de fourniture des services concernés qui entrent dans une au moins des catégories suivantes : Channel 5 et les services régionaux et nationaux de Channel 3 ; les services de télévision par satellite ; les services de programmes soumis à licence ; et les services de programmes numériques. En outre, aucune personne ne peut "(b) être un participant qui possède des intérêts qualifiés [c'est-à-dire des intérêts à hauteur de plus de 20 %] dans deux ou plus de deux personnes morales dont chacune est titulaire d'une, deux ou plus de deux licences de fourniture de services qui entrent dans une au moins de ces catégories [précitées]" ou "(c) être titulaire d'une licence de fourniture d'un service concerné entrant dans l'une quelconque de ces catégories et être un participant possédant des intérêts qualifiés dans une personne morale titulaire d'une, deux ou plus de deux licences de ce type".

Une interdiction similaire, mentionnée au paragraphe 2(1)(5), concerne la personne qui fournit un service étranger par satellite (c'est-à-dire établi hors du Royaume-Uni mais destiné au public britannique) et dont les parts d'audience excèdent 15 % : il n'est pas permis non plus d'être titulaire d'une licence pour la fourniture de l'un des services de télévision mentionnés plus haut, ou encore de posséder des intérêts à hauteur de plus de 20 % dans une telle licence. Enfin, aucune personne dont les parts d'audience dépassent les 15 % ne peut être titulaire d'une licence de fourniture de services de programmes numériques (c'est-à-dire d'une programmation de télévision numérique terrestre) et fournir deux ou plus de deux services de ce type.

## 2.3. Attribution et calcul du temps d'écoute

Le temps d'écoute est attribué plutôt au fournisseur de programmes qu'au support du service. L'élément principal est le total du temps d'écoute attribuable aux services fournis par le titulaire d'une licence pour tout service de programmes soumis à licence ou tout service de programmes numériques de Channel 3, Channel 5, par satellite. Cependant, pour empêcher les cumuls d'intérêts sur l'ensemble du marché de la télévision, des attributions supplémentaires sont consenties aux titulaires d'intérêts participatifs dans une licence. Selon le paragraphe 2(2) de la 3<sup>ème</sup> partie de l'annexe 2, la moitié du temps d'écoute attribuable au titulaire d'une licence pour tout service de programmes soumis à licence ou tout service de programmes numériques de Channel 3, Channel 5, par satellite est réservée la personne qui ne contrôle pas un titulaire de licence mais y possède des intérêts à hauteur de plus de 20 %. Cependant, la moitié de la part ainsi attribuée n'est pas déduite de la part du titulaire de la licence. En outre, lorsque le titulaire d'une licence fournit un service de programmes numériques, la moitié de toute part d'audience d'un service étranger et concurrent par satellite est ajoutée au total.

Aux fins de la détermination de la concentration, le temps d'écoute attribué est une "estimation" établie par l'autorité de régulation, l'*Independent Television Commission* (ITC - Commission de la télévision indépendante), du nombre d'heures obtenues en "(i) établissant, pour chaque personne ayant regardé l'un des programmes du service en question durant un certain laps de temps, le temps complet passé par cette personne à regarder les programmes dudit service et (ii) en additionnant tous les temps établis ainsi" pour "(a) chaque service de programme télévisé susceptible d'être reçu dans les îles britanniques et (b) chaque autre service consistant entièrement ou principalement en la diffusion ou la transmission par satellite, depuis l'étranger, de programmes de télévision susceptibles d'être reçus dans les îles britanniques" (paragraphe 3 de la 3<sup>ème</sup> partie de l'annexe 2). L'ITC peut, de manière discrétionnaire, ne pas prendre en compte certaines catégories de programmes, en fonction du type de public et de la durée du programme, y compris pour les cassettes vidéo. Elle peut également tenir compte de la pratique industrielle (à savoir les statistiques établies par le *Broadcasting Audience Research Board* - Commission d'étude de l'écoute de la radiodiffusion).



Le temps d'écoute est calculé et attribué aux radiodiffuseurs de service public pour déterminer le nombre total de téléspectateurs et pour pouvoir appliquer le seuil de 15 % aux licences de télévision commerciale (privée).

#### 2.4. Les limitations absolues supplémentaires

Le paragraphe 4 de la 3<sup>ème</sup> partie de l'annexe 2 pose des limites absolues à la concentration des licences concernant les deux principaux canaux commerciaux de diffusion analogique : "(1) aucune personne ne peut, à aucun moment, être titulaire d'une licence pour la fourniture d'un service national de Channel 3 et d'une licence pour la fourniture de Channel 5. (2) Une personne titulaire d'une licence pour la fourniture d'un service régional de Channel 3 pour une zone donnée ne peut pas de surcroît être titulaire d'une autre licence pour la fourniture d'un service régional de Channel 3 dans cette même zone".

Il existe également une limite relative à la possession de licences pour la fourniture de services multiplexes de télévision, ces importantes entités de diffusion de programmes de télévision numérique terrestre (les services de programmes numériques), créées par la loi sur la radiodiffusion de 1996. Selon le paragraphe 5 de la 3<sup>ème</sup> partie de l'annexe 2, "(1) aucune personne ne peut, à aucun moment, être titulaire de plus de trois licences de fourniture de services multiplexes de télévision. (2) Aux termes du sous-paragraphe (1), une personne dont la participation est constituée d'intérêts à hauteur de plus de 20 % dans une personne morale titulaire d'une licence pour la fourniture d'un service multiplexe de télévision, mais qui ne contrôle pas cette personne morale, doit être considérée comme titulaire de facto de la licence dont ladite personne morale est le réel titulaire". Cette dernière disposition a pour effet de limiter à 20 % ou moins les intérêts possédés dans un quatrième multiplexe. Les intérêts supplémentaires dans les multiplexes doivent être plus dilués encore : "(3) aucune personne ne peut, à aucun moment, être soit titulaire de cinq ou plus de cinq licences de fourniture de services multiplexes de télévision, soit détenir une participation sous forme d'intérêts à hauteur de plus de 10 % dans chacune des cinq ou plus de cinq personnes morales titulaires d'une licence". Bien que la délégation de compétence n'ait pas encore été demandée, il est possible que ces dispositions soient amendées par une législation secondaire (déléguée).

Concernant les services de programmes numériques, un plan numérique à points a été mis en place pour empêcher les cumuls d'intérêts, dans les services de programmes, sur plusieurs multiplexes (par opposition à une situation où un radiodiffuseur fournirait de nombreux services de ce type dans un seul multiplexe) au cours des premières étapes de la télévision numérique terrestre. L'idée directrice, selon le paragraphe 7 de la 3<sup>ème</sup> partie de l'annexe 2, est d'attribuer deux points à chaque service de programmes numériques et de limiter le nombre de points cumulables en fonction de la taille du marché. Pour un marché comportant un total de dix ou moins de dix points, la détention est limitée à deux points. Pour un marché compris entre plus de dix et moins de quarante points, le cumul est limité à quatre points maximum. Lorsque le marché comporte plus de quarante points, le cumul est limité au quart du nombre total de points dudit marché. Une disposition prévoit l'attribution d'un point aux petits services ou aux services restreints, et le plan peut être amendé, voire même abrogé par une législation secondaire (déléguée).

### 3. Remèdes légaux

Selon l'article 5 de la loi sur la radiodiffusion de 1990, l'*ITC* a le pouvoir d'imposer des conditions supplémentaires à l'octroi des licences pour en assurer la conformité à l'annexe 2. Ces conditions comprennent l'exigence de fournir des informations relatives aux changements qui affectent la forme ou les statuts d'une société, et qui pourraient être concernés par l'annexe 2. Les pouvoirs de sanction sont prévus par les articles 40-42, 44 et 55 de la loi sur la radiodiffusion de 1990. Ils comprennent le pouvoir d'infliger des amendes au titulaire d'une licence ou encore celui de suspendre ou de retirer une licence. L'exercice par l'*ITC* de ses pouvoirs peut faire l'objet d'un recours judiciaire, mais son contrôle de l'application de la réglementation relative à la propriété n'a, jusqu'à présent, jamais donné lieu à contestation.

### 4. Justifications et politique

Ces dispositions sont le reflet d'un débat survenu au cours des années 90, notamment au sein de la Commission européenne, en Allemagne et au Royaume-Uni, et qui se caractérisait par de fortes pressions de l'industrie en faveur de l'assouplissement des règles de propriété, ainsi que par le souhait de l'abandon de la rigidité qui gouvernait les limitations du contrôle du secteur des médias par les "actionnaires". Sur le plan législatif, il en résulta le choix d'une approche fondée sur les parts de marché, ce qui nécessitait une évaluation du pouvoir des médias en fonction de leur influence sur les lecteurs, les auditeurs et les téléspectateurs. Une approche puriste, utilisant une mesure identique pour tous les types de médias afin d'évaluer leur impact sur le pluralisme, s'avéra difficile à concevoir et à mettre en œuvre. L'évaluation des recettes et de l'impact sur le public fut abandonnée au profit d'une évaluation plus facile à gérer, sinon plus exacte : celle des parts d'audience (récepteurs réglés sur une chaîne) et des lecteurs (exemplaires vendus d'un journal). L'application de ces nouvelles règles a eu pour effet de libéraliser le marché et de réduire les limitations en matière de propriété des médias. La chose se justifiait par la nécessité de favoriser la croissance de grands conglomerats de médias et de protéger l'industrie britannique de la concurrence nord-américaine. Mais la politique gouvernementale visait également à promouvoir la diversité et la pluralité des médias, et le législateur adopta une approche prudente, qui combinait l'influence à caractère concurrentiel des parts de marché avec les limites absolues contenues dans l'approche précédente, fondée sur l'actionnariat.

Néanmoins, le choix du seuil de 15 % des parts d'audience ne repose sur aucune réflexion poussée. Il reflète davantage l'intuition selon laquelle on parviendra à une diversité des services de télévision en veillant à ce que le pluralisme interne offert par les radiodiffuseurs publics soit complété par au moins trois "acteurs" du secteur commercial. Etant donné que les radiodiffuseurs publics s'approprient environ 55 % des parts d'audience, ce seuil signifie effectivement qu'un titulaire de licence commerciale ne peut pas faire l'acquisition de plus d'un tiers de l'audience restante. L'autre seuil important, de 20 %, représente l'évaluation pragmatique du degré de participation nécessaire pour assurer de manière efficace le contrôle d'une société.

## B. La concentration verticale des médias

### 1. Contenu de la législation en vigueur

L'un des objectifs importants de la loi sur la radiodiffusion de 1990, et dans une moindre mesure de la loi sur la radiodiffusion de 1996, fut d'introduire une déréglementation structurelle verticale. En même temps, la législation s'enrichissait de dispositions favorisant de nouveaux comportements très étroitement liés à la réglementation relative à la concurrence.

#### 1.1. Les caractéristiques structurelles

La loi sur la radiodiffusion de 1990 a séparé la responsabilité de la radiodiffusion de la surveillance réglementaire en remplaçant l'*Independent Broadcasting Authority* (Autorité de la radiodiffusion indépendante) par l'*Independent Television Commission* (Commission de la télévision indépendante) et la *Radio Authority* (Autorité de la radio). La fourniture des programmes a été séparée de leur diffusion de plusieurs manières. Les systèmes de transmission analogique détenus par les sociétés de télévision commerciales (loi sur la radiodiffusion de 1990, articles 127-141) et la BBC (loi sur la radiodiffusion de 1996, articles 131-135) ont été privatisés. Des dispositions ont été prises pour que les systèmes de transmission par câble ("services de livraison locale", articles 72-82 de la loi sur la radiodiffusion de 1990) et les services de transmission par satellite (articles 43-45 de la même loi) fassent l'objet d'une licence distincte de celle qui permet la fourniture des programmes. Pour cette dernière, si la programmation ne fait pas déjà l'objet d'une licence du fait qu'il s'agit de la retransmission d'une autre programmation, une licence distincte est nécessaire (pour un "service de programmes soumis à licence", articles 46-47 de la loi de 1990). La loi sur la radiodiffusion de 1996 a introduit le concept de multiplexe, distinguant la fourniture globale de services numériques terrestres (articles 6-17 de la loi) de la programmation proprement dite (articles 18-23 de la loi). En matière de fourniture numérique par satellite, au contraire, la fonction de multiplexe n'est pas scindée verticalement. Les deux lois ont distingué les "services supplémentaires" ou le télétexte (articles 48-55 de la loi de 1990 et articles 24-27 de la loi de 1996) de la programmation vidéo, ce qui peut être considéré comme une scission verticale (il n'existe aucune restriction horizontale à la propriété multiple pour ces services qui restent relativement limités).

#### 1.2. Productions indépendantes et quotas européens

L'un des buts de la loi sur la radiodiffusion de 1990 était de transposer les dispositions de l'article 5 de la Directive "Télévision sans frontières" (89/552/CEE telle qu'amendée par la Directive 97/36/CE), qui prévoyait que "les radiodiffuseurs réservent au moins 10 % de leur temps de diffusion... aux œuvres européennes créées par des producteurs indépendants vis-à-vis des radiodiffuseurs." Mais la loi de 1990 contient une exigence plus stricte. Les articles 16(2)(h), 25(2)(f) et 29(2)(b) s'appliquent aux services de télévision analogique commerciale et les articles 186-187 s'appliquent aux services de la BBC. Chacun d'eux doit diffuser au moins 25 % de programmes fournis par un éventail de producteurs indépendants, calculés au regard du coût d'acquisition ainsi qu'au regard du contenu du programme. Le *Director-General of Fair Trading* (Direction générale de la concurrence – autorité initiale de régulation de la concurrence) a l'obligation de contrôler la conformité de la BBC. Selon les dispositions de la loi sur la radiodiffusion de 1990 (articles 16(2)(g), 25(2)(e) et 29(2)(b) respectivement), les titulaires de licences de Channel 3, 4 et 5 doivent veiller à ce qu'une "proportion convenable" du contenu des programmes soit d'origine européenne. La BBC est soumise à une obligation similaire (clause 4.4f de son accord).

En outre, notons que la constitution de Channel 4 a contribué à la scission verticale du marché de la télévision analogique. La chaîne a des prérogatives de service public mais son financement est commercial. C'est cependant une chaîne qui commande et prépare ses programmes, mais qui ne les réalise pas. Elle se procure au contraire des programmes et des films auprès des producteurs indépendants (article 25(5) de la loi sur la radiodiffusion de 1990).

#### 1.3. L'accès payant

La loi sur la radiodiffusion de 1996 est délibérément muette quant aux dispositions sur l'accès payant aux plates-formes numériques, parce que le gouvernement considérait que cette question relevait des télécommunications. Conformément à la loi sur les télécommunications de 1984, la réglementation en la matière relève de l'*Office of Telecommunications* (Direction générale des télécommunications – OFTEL). Les dispositions actuelles incorporent celles de la Directive du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre

1995, relative à l'utilisation de standards de transmission des signaux de télévision (J.O. n° L 281 (95/47/CE)), à travers la mise en place d'une licence catégorielle et selon la réglementation issue de la loi sur les télécommunications de 1984 ( licence catégorielle des services d'accès payant, prévue par le règlement sur les services de télévision de pointe de 1996 (acte légal n° 3151 de 1996 et règlement amendé n° 3197 de 1996)). La licence concerne toute personne fournissant des services d'accès payant à des tiers et s'applique à l'accès à tous les programmes de télévision numérique, qu'ils soient transmis par satellite, par voie hertzienne ou par câble. La disposition fondamentale de la licence est la Condition 1, qui exige que la fourniture des services techniques d'accès payant soit proposée sur une base "équitable, raisonnable et non-discriminatoire". La Condition 3 impose le règne de la libre concurrence en la matière : sont interdits les actes ou omissions qui font obstacle, restreignent ou faussent la concurrence au moyen d'un abus de position dominante ou d'un accord anticoncurrentiel. Le *Director-General* dispose également du pouvoir d'exiger la fourniture d'une interface commune pour permettre l'interaction de différents systèmes d'accès payant. En délivrant des licences de multiplexes pour la télévision numérique terrestre, l'*ITC* a également le pouvoir d'examiner minutieusement les propositions des candidats en matière de décodeurs, en vue d'encourager les interfaces communes (en vertu de l'article 7(3)(a) de la loi de 1996).

#### 1.4. Les guides de programmes électroniques

L'idée retenue par l'*OFTEL* est de veiller à donner la priorité aux besoins des consommateurs et de s'assurer que les guides de programmes électroniques (GPE), susceptibles de devenir également des systèmes d'accès payant, ne restreignent pas, ne fassent pas obstacle et ne faussent pas la concurrence. L'une des dispositions du règlement de 1996 impose que tous les décodeurs aient la capacité de recevoir et de visualiser des émissions diffusées gratuitement, telles que celles de la BBC ou de Channel 3 et 4. Puisque les GPE contiennent également du matériel de programmation, l'*ITC* dispose d'une compétence parallèle dans le cadre de sa mission générale de garantie d'une concurrence équitable et effective (loi sur la radiodiffusion de 1990, article 2(2)). Son code de déontologie exige que les fournisseurs de GPE ne fassent aucune distinction entre les services de diffusion gratuite et les services de télévision à péage et qu'ils accordent aux chaînes de service public l'importance qui leur est due. Lorsqu'un fournisseur de GPE est également radiodiffuseur, aucune faveur excessive ne doit être accordée aux services de cette société au détriment des autres.

## 2. Remèdes légaux

Concernant les conditions imposées aux licences en matière de productions indépendantes et de télévision numérique terrestre, les pouvoirs de sanction de l'*ITC* sont énumérés par les articles 40-42, 44 et 55 de la loi sur la radiodiffusion de 1990. Ils comprennent le pouvoir d'infliger une amende au titulaire d'une licence et un pouvoir de suspension ou de révocation de la licence. En matière de télécommunications, les dispositions coercitives figurent aux articles 16-18 de la loi sur les télécommunications de 1984. Le *Director-General of Telecommunications* (Direction générale des télécommunications) a le pouvoir d'exiger le respect des conditions d'utilisation de la licence. Le non-respect de ces conditions peut être sanctionné par une injonction judiciaire et finalement une procédure de révocation, à l'initiative du secrétariat d'Etat au Commerce et à l'Industrie. Les tiers peuvent se voir attribuer des dommages et intérêts pour les pertes causées par le non-respect de ces conditions.

## 3. Justifications et politique

La loi sur la radiodiffusion de 1990 a été une tentative délibérée de rompre le modèle de radiodiffusion de service public verticalement intégrée, qui avait jusque-là caractérisé le Royaume-Uni. Le quota de 25 % de productions indépendantes et l'existence de Channel 4 ont fortement contribué à revitaliser le secteur indépendant au Royaume-Uni. La privatisation des réseaux de transmission était conforme à la politique plus générale poursuivie par l'administration conservatrice à la fin des années 80 et pendant une bonne partie des années 90. Bien que la radiodiffusion analogique ne fût pas déstructurée, le cadre réglementaire a créé des licences distinctes pour la fourniture des programmes, lui permettant par-là même de se détacher de la transmission par câble et par satellite et de la télévision numérique terrestre. En outre, le régime juridique réglementaire introduit pour plusieurs types de services de programmes une distinction implicite entre les obligations et la propriété du titulaire de licence. Lorsque les licences ont été attribuées au moyen d'appels d'offres concurrentiels, elles peuvent faire l'objet de transferts selon les lois ordinaires du marché. Mais les conditions de la licence (par exemple le type de service qui doit être proposé ou les règles de la propriété des médias) demeurent inchangées et doivent être remplies par le nouveau propriétaire.

## C. La concentration diagonale des médias

### 1. Contenu de la législation en vigueur

L'approche fondée sur les parts de marché vaut également pour les participations croisées dans les médias. En résumé, les caractéristiques principales sont les suivantes : le propriétaire d'un quotidien national qui réalise 20 % ou plus de parts de marché ne peut pas être titulaire d'une licence de Channel 3 ou 5, ni d'une licence de radio nationale ou locale ; de la même façon, une licence régionale de Channel 3 ne peut pas être détenue par le propriétaire d'un journal local dont les parts de marché représentent plus de 20 % au niveau de sa zone de couverture.



### 1.1. Définitions

Selon la 4<sup>ème</sup> partie de l'annexe 2 de la loi sur la radiodiffusion de 1990, les journaux peuvent être qualifiés de "nationaux" ou de "locaux" par l'*ITC*, suivant les caractéristiques de leur tirage (paragraphe 2 (1)-(3)). Selon le paragraphe 2(4), la "part de marché nationale" d'un journal national à tout moment d'un mois calendaire "est le nombre total d'exemplaires de ce journal vendus au Royaume-Uni au cours d'une période de six mois prenant fin au dernier jour du mois précédent, exprimé en pourcentage du nombre total d'exemplaires de l'ensemble des journaux nationaux vendus au Royaume-Uni pendant ces mêmes six mois". Une définition similaire s'applique à la "part de marché locale" pour les journaux locaux (paragraphe 2(5)). L'*ITC* peut, de façon discrétionnaire, se fonder sur les estimations de tirage et consulter l'instance compétente en la matière [*Audit Bureau of Circulation* - Bureau de vérification des tirages] (paragraphe 2(6)). Selon le paragraphe 2(7), "concernant les journaux distribués gratuitement, les références, mentionnées dans les sous-paragraphe (4) à (6), au nombre d'exemplaires vendus seront transposées au nombre d'exemplaires distribués".

Le paragraphe 3(1) contient une autre disposition destinée à faciliter l'interprétation du texte : "aux fins de cette partie de la présente annexe, une personne dirige un journal national ou local si - (a) elle est propriétaire du journal ou (b) elle contrôle la personne morale qui est propriétaire du journal".

### 1.2. Les seuils de parts de marché

En détail, le paragraphe 4 dispose que "(1) aucune personne dirigeant un journal national, qui jusqu'ici a réalisé, ou des journaux nationaux qui jusqu'ici ont réalisé ensemble une part de marché nationale de 20 % ou plus, ne peut être titulaire d'une licence pour la fourniture - (a) d'un service régional ou national de Channel 3 ou d'un service de Channel 5, ou (b) d'un service de radio national ou local. (2) Ne peut être titulaire d'une licence pour la fourniture d'un service régional de Channel 3 une personne dirigeant un journal local qui jusqu'ici a réalisé, ou des journaux locaux qui jusqu'ici ont réalisé ensemble une part de marché locale de 20 % ou plus dans la zone de couverture du service".

De la même manière, "ne peut être titulaire d'une licence pour la fourniture de services de programmes numériques une personne dirigeant un journal local qui jusqu'ici a réalisé, ou de journaux locaux qui jusqu'ici ont réalisé ensemble une part de marché locale de 20 % ou plus dans la zone de couverture de tout service de programmes numériques fourni dans le cadre de cette licence (paragraphe 4(3)).

Ces dispositions impliquent tacitement que les groupes de journaux nationaux peuvent contrôler des licences pour la fourniture de services de diffusion locale (câble), de services de programmes soumis à licence, de services par satellite, de services restreints, de services de multiplexes numériques et de services de programmes numériques destinés à la télévision et à la radio.

Le paragraphe 5 contient également un certain nombre de restrictions en matière de participation : "(1) aucun propriétaire d'un journal national qui a jusqu'ici réalisé, ou de journaux nationaux qui ont jusqu'ici réalisé ensemble une part de marché nationale de 20 % ou plus, ne peut posséder de participation sous forme d'intérêts à hauteur de plus de 20 % dans une personne morale titulaire d'une licence pour la fourniture de l'un des services spécifiés [ci-dessus] au sous-paragraphe (4). (2) Aucune personne titulaire d'une licence pour la fourniture de l'un des services spécifiés au sous-paragraphe (4) ne peut posséder une participation sous forme d'intérêts à hauteur de plus de 20 % dans une personne morale dirigeant un journal national qui réalise, ou deux ou plus de deux journaux nationaux qui réalisent ensemble une part de marché nationale de 20 % ou plus. (3) Aucune personne morale, dans laquelle une personne dirigeant un journal national qui réalise, ou des journaux nationaux qui réalisent ensemble une part de marché nationale de 20 % ou plus possède une participation sous forme d'intérêts à hauteur de plus de 20 %, ne peut posséder de participation sous forme d'intérêts à hauteur de plus de 20 % dans une personne morale titulaire d'une licence pour la fourniture de l'un des services spécifiés au sous-paragraphe (4)". Les services auxquels se réfèrent les sous-paragraphe (1), (2) et (3) sont (a) un service régional ou national de Channel 3 ou de Channel 5, et (b) des services de radio nationaux ou locaux.

D'autres parties du paragraphe 5 contiennent des dispositions relatives aux différents degrés de contrôle des entreprises et autorisent la modification des pourcentages de participation par la législation secondaire (déléguée).

### 1.3. Le test d'intérêt général

Lorsque le contrôle d'un propriétaire de journal ou le contrôle par un propriétaire de journal peut s'avérer contraire à l'intérêt général, quand bien même le propriétaire respecterait les critères de seuils de pourcentages précités, des restrictions supplémentaires trouvent à s'appliquer. Le contrôle est effectué par l'*ITC* lorsqu'une entreprise de presse s'associe avec une personne morale titulaire de certains types de licence de radiodiffusion, à savoir Channel 3 et Channel 5 (et certaines licences de radio).

Ainsi, selon le paragraphe 9, "(1) la licence de fourniture de l'un des services spécifiés au sous-paragraphe (4) ne peut être délivrée à une personne morale propriétaire d'un journal national ou local, ou associée avec ce propriétaire, si l'autorité compétente estime au vu des circonstances que la détention de cette licence par ladite personne morale peut s'avérer contraire à l'intérêt général. (2) Sous réserve des dispositions du sous-paragraphe (3), une personne morale titulaire d'une licence pour la fourniture de l'un des services spécifiés au sous-paragraphe (4) [c'est-à-dire "un service national de Channel 3 ou de Channel 5" et certains services de radio nationaux] ne peut devenir propriétaire, ou s'associer avec le propriétaire d'un journal

national ou local et continuer à être titulaire de cette licence, si l'autorité compétente estime au cours de la période autorisée qu'au vu des circonstances, le maintien de la détention de cette licence par ladite personne morale est ou pourrait s'avérer contraire à l'intérêt général." Selon le sous-paragraphe (3), le contrôle de l'intérêt général est effectué à titre "exceptionnel" pour les situations survenues après l'entrée en vigueur de la loi de 1996 et impliquant de nouveaux liens, lorsqu'auparavant il n'y en avait aucun, entre les marchés nationaux ou locaux de la presse et les licences de radiodiffusion, dans les mêmes zones que celles de ces marchés. Ainsi, s'il existe déjà un lien entre un journal national et un radiodiffuseur et qu'un journal national supplémentaire est acquis, le contrôle n'a pas lieu. Mais s'il existe un lien entre un journal national et un radiodiffuseur et que le premier fait l'acquisition d'un nouveau journal local dans la zone de radiodiffusion, le contrôle s'applique. Le contrôle de l'intérêt général doit être effectué au cours d'une période autorisée, qui est d'une durée de trois mois en principe.

Les paragraphes 10 et 11 contiennent des dispositions en grande partie similaires et relatives respectivement aux services régionaux de Channel 3 et aux services de programmes numériques. Le paragraphe 12 prévoit que l'*ITC* peut décider d'effectuer un test d'intérêt général par anticipation lorsqu'un nouveau lien s'établit entre la presse et les radiodiffuseurs.

Les critères de l'intérêt général sont énumérés au paragraphe 13 de la 4<sup>ème</sup> partie de l'annexe 2 :

"(1) les questions que doit examiner l'autorité compétente pour déterminer, aux fins du paragraphe 9, 10, 11 ou 12, si la détention d'une licence par une personne morale propriétaire d'un journal, ou associée avec le propriétaire d'un journal, est ou peut s'avérer contraire à l'intérêt général, comprennent – (a) l'avantage de favoriser – (i) la pluralité de la propriété dans les industries de la radiodiffusion et de la presse et (ii) la diversité des sources d'informations accessibles au public et des opinions exprimées à la télévision, à la radio ou dans les journaux, (b) tout avantage économique (tel que, par exemple, un développement technique, la création d'emplois ou un accroissement de la valeur des biens ou des services exportés) qu'on peut attendre de la détention de la licence par ladite personne morale mais qu'on ne pourrait pas attendre de la détention de cette licence par une personne morale qui n'est pas propriétaire d'un journal, ni liée à un propriétaire de journal, et (c) l'effet de la détention de la licence par cette personne morale sur l'activité propre au marché au sein des industries de la radiodiffusion et de la presse ou d'une quelconque partie d'entre elles. (2) Les références des paragraphes 9, 10, 11 et 12 à l'intérêt général englobent les références à l'intérêt général au sein de toute zone du Royaume-Uni".

#### 1.4. Les télécommunications

Selon la 5<sup>ème</sup> partie de l'annexe 2 de la loi sur la radiodiffusion de 1990, le secrétaire d'Etat à la Culture, aux Médias et aux Sports a le pouvoir de rédiger des ordonnances restreignant la détention par les opérateurs publics nationaux des télécommunications de toute licence délivrée par l'*ITC* (et l'Autorité de la radio). Les dispositions actuelles prises dans le cadre de cette compétence sont énumérées dans la 5<sup>ème</sup> partie de l'ordonnance de 1991 (acte légal 1991/1176) sur la radiodiffusion (Restrictions relatives à la détention des licences). Elles prévoient qu'un "opérateur public national des télécommunications dont le chiffre d'affaire annuel, réalisé grâce à son activité d'opérateur, excède 2 milliards de livres" ne peut être titulaire d'une licence de l'*ITC*.

## 2. Remèdes légaux

Les pouvoirs répressifs de l'*ITC* sont énumérés dans les articles 40-42, 44 et 55 de la loi sur la radiodiffusion de 1990. Ils comprennent le pouvoir d'infliger une amende au titulaire d'une licence ou encore celui de suspendre ou de révoquer une licence.

## 3. Justifications et politique

Le raisonnement qui sous-tend cette législation part du sentiment que l'indépendance éditoriale serait compromise si les mêmes sociétés détenaient les deux types de médias principaux des actualités et de l'expression politique. Les limitations prévues par la loi sur la radiodiffusion de 1996 sont cependant le reflet d'une approche plus souple des règles relatives aux participations croisées, tout en protégeant la position des chaînes de service quasi public. Les sociétés ont cherché avidement à développer leurs intérêts dans les différents secteurs des médias et, à l'échelle internationale, d'importantes fusions d'entreprises puissantes ont été considérées comme la condition préalable d'un succès compétitif. Les raisons qui ont présidé à l'établissement d'un seuil de 20 % pour les participations croisées dans les journaux sont obscures, bien que ce seuil ait eu pour effet d'exclure les deux plus grands groupes de presse actuels, News International et le groupe Mirror, de la détention des licences de service quasi public. En ce qui concerne les participations croisées dans les télécommunications et la radiodiffusion, les règles en vigueur ne concrétisent pas l'important changement de politique annoncé en 1998. A partir de 2001, les modifications des conditions applicables aux licences des télécommunications permettront aux opérateurs de réaliser et de fournir des programmes de divertissement grâce à la radiodiffusion.

## D. Le droit de la concurrence

### 1. L'interaction entre les règles spécifiques aux médias et le droit de la concurrence

Du fait des règles spécifiques aux médias exposées plus haut, le droit de la concurrence est largement exclu de la concentration du marché de la télévision. L'*ITC* bénéficie d'une compétence générale en ce qui concerne

le contrôle de la concurrence : l'article 2(2)(a)(ii) de la loi sur la radiodiffusion de 1990 lui fait obligation de s'acquitter de ses fonctions de la manière qu'elle juge la plus appropriée pour garantir "une concurrence équitable et effective" dans la fourniture des services soumis à licence et des services qui leur sont annexes. Cependant, cette obligation n'est pas dirigée contre les concentrations de propriété en tant que telles, mais contre les pratiques anticoncurrentielles de manière plus générale. Elles complètent, par exemple, l'article 8(2)(b) de la loi de 1990 qui interdit aux titulaires de licences de recourir à des pratiques discriminatoires à l'égard des annonceurs et l'article 12(1)(e) de la loi sur la radiodiffusion de 1996 qui fait obligation aux titulaires de licences de multiplexes de ne pas stipuler de discrimination excessive dans les termes de leurs contrats avec les radiodiffuseurs. En matière d'abus de position dominante, l'*ITC* dispose d'un champ d'action réduit dans le cadre de la législation sur la radiodiffusion, étant donné le contenu des présentes règles.

La pièce maîtresse de la législation contemporaine en matière de concurrence est la loi sur la concurrence de 1998, rédigée d'après le modèle des articles 81 et 82 du Traité CE et destinée à incorporer le droit communautaire de la concurrence dans la pratique anglaise. La principale autorité chargée du respect de la concurrence est, selon cette loi, le *Director-General of Fair Trading* (Direction générale de la concurrence). Les autres autorités de régulation des secteurs industriels spécifiques disposent d'une compétence parallèle pour l'application des principes généraux de la concurrence ; pour les médias, par exemple, il s'agit du *Director-General of Telecommunications* (Direction générale des télécommunications). L'*ITC* ne dispose cependant pas d'une telle compétence parallèle. Bien qu'il n'y ait pour elle aucune nécessité d'agir de la sorte (vu les règles en matière de propriété), elle ne peut appliquer directement le droit de la concurrence. Elle ne peut pas davantage réglementer les fusions directement et indépendamment des règles de propriété. Les autorités de régulation en matière de concurrence, au contraire, ne sont absolument pas mises à l'écart du contrôle du respect du droit de la concurrence dans le secteur de la télévision et il existe diverses zones de chevauchement, comme par exemple la surveillance des productions indépendantes de la BBC, l'accord de réseau de Channel 3, les effets de la constitution de bouquets de chaînes de qualité supérieure dans la transmission par câble et par satellite et la régulation de l'accès payant et des guides de programmes électroniques. Certaines de ces questions, telles que la dernière (abordée plus haut), ont un effet indirect sur la concentration des médias. L'accord de réseau de Channel 3 en est un autre exemple, prévu par les dispositions de l'article 39 de la loi sur la radiodiffusion de 1990, et destiné à empêcher la domination du réseau par les importants titulaires de licence qui fabriquent des programmes.

Néanmoins, les règles de propriété dispensent généralement les autorités de régulation de la concurrence d'avoir à agir. Le domaine dans lequel la réglementation en matière de concurrence a pourtant un impact direct sur la concentration des médias est celui du marché de la publicité télévisée. Lorsque la propriété commune de licences crée une position dominante dans l'achat de publicité télévisée, cela relève de la concurrence. Le *Director-General of Fair Trading* (Direction générale de la concurrence), en consultation avec l'*ITC*, a indiqué qu'une société ne devait pas contrôler plus de 25 % du marché de la publicité télévisée. La chose a sans doute permis de limiter les rachats de médias au même titre que les règles de propriété.

## 2. Justifications et politique

Étant donné la tendance actuelle à la convergence des médias, il est difficile de justifier les chevauchements de compétences des autorités de régulation britanniques en matière de médias. Suite aux discussions européennes portant sur les nouvelles options réglementaires, les propositions gouvernementales en faveur de la rationalisation de la réglementation des communications devaient être publiées en décembre 2000.

## E. Restrictions spéciales

Selon l'article 3(3) de la loi sur la radiodiffusion de 1990, l'*ITC* ne peut pas délivrer de licence, ni permettre qu'elle soit détenue par une personne à moins qu'elle la considère pleinement comme "une personne digne et capable d'en être le titulaire".

Selon l'article 5(1)(a) de la loi de 1990, l'*ITC* doit faire tout son possible pour veiller à ce qu'aucune licence ne soit délivrée à une personne incompatible, au sens de la deuxième partie de l'annexe 2 de la loi. L'annexe énumère la liste des incompatibilités suivantes.

### 1. Les ressortissants extracommunautaires et les organismes ayant un lien avec la politique (paragraphe 1)

Sont incompatibles les nationalités suivantes : "(a) un individu qui n'est ni (i) ressortissant d'un Etat membre résidant ordinairement au sein de la Communauté économique européenne, ni (ii) ordinairement résident au Royaume-Uni, dans l'île de Man ou dans les îles Anglo-Normandes ; (b) une personne morale qui n'est ni (i) une personne morale constituée selon le droit d'un Etat membre, enregistrée ou ayant son siège ou son principal centre d'activité dans la Communauté économique européenne, ni (ii) une société à responsabilité limitée créée conformément au droit de l'île de Man ou des îles Anglo-Normandes". Cependant, (et c'est une chose controversée) cette restriction ne s'applique pas aux licences de diffusion locale, ni aux licences de transmission par satellite, ni aux services de programmes soumis à licence, ni aux services supplémentaires, ni aux services de multiplexes, ni enfin aux services de programmes numériques (sous-paragraphe (2)).

Sont incompatibles les organismes politiques suivants : "(c) une autorité locale ; (d) un organisme dont l'objet présente entièrement ou principalement un caractère politique ; (e) un organisme affilié à un autre

organisme tombant sous le coup du paragraphe (d) ; (f) un individu qui est un membre dirigeant d'un organisme tombant sous le coup du paragraphe (d) ou (e) ; (g) une personne morale associée à une autre personne morale tombant sous le coup du paragraphe (d) ou (e) ; (h) une personne morale dans laquelle un organisme tombant sous le coup des paragraphes (c) à (e) et (g) possède une participation à hauteur de plus de 5 % des intérêts ; (hh) une personne morale contrôlée par une autre personne morale tombant sous le coup du paragraphe (h)".

D'autres dispositions prévoient des combinaisons de contrôle plus complexes selon lesquelles sont également incompatibles les personnes suivantes : "(i) un organisme contrôlé par une personne tombant sous le coup de l'un des paragraphes (a) à (g) ou par deux ou plus de deux personnes de ce type envisagées ensemble ; et (j) une personne morale dans laquelle un organisme tombant sous le coup du paragraphe (i), autre que celui contrôlé - (i) par une personne tombant sous le coup du paragraphe (a), (b) ou (f), ou (ii) par deux ou plus de deux personnes de ce type envisagées ensemble, possède une participation à hauteur de plus de 5 % des intérêts.

## **2. Incompatibilité des organismes religieux (paragraphe 2)**

Dans cette catégorie, sont incompatibles les personnes suivantes : "(a) un organisme dont l'objet présente entièrement ou principalement un caractère religieux ; (b) un organisme contrôlé par un autre organisme tombant sous le coup du paragraphe (a) ou par deux ou plus de deux organismes de ce type envisagés ensemble ; (c) un organisme qui contrôle un autre organisme tombant sous le coup du paragraphe (a) ; (d) une personne morale qui est associée à une autre personne morale tombant sous le coup du paragraphe (a), (b) ou (c) ; (e) une personne morale dans laquelle un organisme tombant sous le coup de l'un des paragraphes (a) à (d) possède une participation à hauteur de plus de 5 % des intérêts ; (f) un individu qui est un membre dirigeant d'un organisme tombant sous le coup du paragraphe (a) ; et (g) un organisme contrôlé par un individu tombant sous le coup du paragraphe (f) ou par deux ou plus de deux individus de ce type envisagés ensemble".

Selon le sous-paragraphe (2), l'ITC a le pouvoir de faire des exceptions en faveur des prestataires de services de programmes soumis à licence ou de services par satellite si elle juge la chose appropriée.

## **3. Incompatibilité générale fondée sur l'influence excessive (paragraphe 4)**

"(1) Une personne est réputée incompatible avec une licence délivrée par [l'ITC] si, selon l'avis de cette instance, (a) un quelconque organisme concerné exerce, au moyen d'un soutien financier ou d'une autre manière, une influence sur les activités de cette personne et (b) que cette influence a produit, produit ou est susceptible de produire des résultats contraires à l'intérêt général. Une définition de l'"organisme concerné" est donnée au sous-paragraphe (2) : il s'agit principalement d'un organisme ayant des liens avec le monde politique ou dont les filiales ont des liens avec le monde politique (comme cela a été précisé plus haut).

## **4. Incompatibilité générale des organismes de radiodiffusion (paragraphes 5 et 5A)**

Cette catégorie comprend les radiodiffuseurs de service public qui sont la propriété de l'Etat, à savoir la BBC et S4C. Elle comprend également, concernant les licences spécifiées, les sociétés détenues par des radiodiffuseurs de service public. Ainsi, "5A. (1) une société de la BBC, de Channel 4 ou de S4C est une personne morale incompatible avec - (a) toute licence délivrée par [l'ITC] pour la fourniture de services régionaux ou nationaux de Channel 3 ou de Channel 5, et (b) toute licence délivrée par la Commission pour la fourniture d'un service de diffusion locale. (2) Une société de la BBC est également une personne morale incompatible avec toute licence délivrée par l'Autorité pour la fourniture d'un service [de radio] national, local ou restreint".

## **5. Incompatibilité générale des agences publicitaires (paragraphe 6)**

Les personnes suivantes sont également réputées incompatibles avec une licence de l'ITC : "(a) une agence publicitaire ; (b) une personne associée à une agence publicitaire ; (c) tout organisme contrôlé par une personne tombant sous le coup du sous-paragraphe (a) ou (b) ou par deux ou plus de deux personnes de ce type envisagées ensemble ; (d) toute personne morale dans laquelle une personne tombant sous le coup de l'un des sous-paragraphes (a) à (c) possède une participation à hauteur de plus de 5 % des intérêts".

## ANNEXE

### 1. Lois

#### 1.1. Législation principale

*Telecommunications Act 1984 (c. 12)*  
(loi sur les télécommunications de 1984)

*Broadcasting Act 1990 (c.42)*  
(loi sur la radiodiffusion de 1990)

*Broadcasting Act 1996 (c.55)*  
(loi sur la radiodiffusion de 1996)

#### 1.2. Législation secondaire significative

*Broadcasting (Restrictions on the Holding of Licences) Order 1991 (Statutory Instrument [S.I.] 1991 n° 1176)*.  
(Ordonnance de radiodiffusion de 1991 – acte légal 1991 n° 1176 – restrictions relatives à la détention de licences)

*Advanced Television Services Regulations 1996*  
(S. I. 1996 n° 3151)  
(Règlement sur les services de télévision de 1996)

*Advanced Television Services (Amendment) Regulations 1996* (S.I. 1996 n° 3197) (Amendement au règlement de 1996 sur les services de télévision de pointe)

*Satellite Television Service Regulations 1997*  
(S.I. 1997 n° 1682)  
(Règlement sur les services de télévision par satellite de 1997)

*The Television Broadcasting Regulations 1998*  
(S.I. 1998 n° 3196)  
(Règlement sur la télédiffusion de 1998)

*The Television Broadcasting Regulations 2000*  
(S.I. 2000 n° 44)  
(Règlement sur la télédiffusion de 2000)

La législation postérieure à 1996 est disponible sur le site Web consacré à la législation du Royaume-Uni :  
<http://www.hmso.gov.uk/acts.htm>

### 2. Autorités de régulation

L'Independent Television Commission  
(ITC – Commission de la télévision indépendante)  
33 Foley Street  
London W1W 7TL, UK  
publie régulièrement des documents d'information et de consultation. Elle publie également des communiqués de presse, mais aucune décision détaillée relative à ses appréciations de l'intérêt général.  
Les documents sont disponibles sur son site Web :  
<http://www.itc.org.uk/>

L'Office of Telecommunications  
(OFTEL – Direction générale des Télécommunications)  
50 Ludgate Hill  
London EC4M 7JJ, UK  
publie également des documents d'information et de consultation. Ils sont disponibles sur son site Web :  
<http://www.oftel.gov.uk/>

L'Office of Fair Trading  
(OFT – Direction générale de la concurrence)  
Fleetbank House  
2-6 Salisbury Square  
London EC4Y 8JX, UK  
publie des informations similaires sur son site Web :  
<http://www.of.gov.uk/>

### 3. Bibliographie

Thomas Gibbons, *Regulating the Media* (1998)  
2<sup>ème</sup> éd. Londres : Sweet & Maxwell

Thomas Gibbons, "Concentrations of Ownership and Control in a Converging Media Industry" in C. Marsden & S. Vershulst (éd.) *Convergence in European Digital TV Regulation* (1999) Londres : Blackstone Press.

P. Humphreys, *Mass Media and Media Policy in Western Europe* (1996) Manchester University Press.

B. Robinson, "Market Share as a Measure of Media Concentration", in T. Congdon *et al.*, *The Cross Media Revolution : Ownership and Control* (1996) Luton : John Libbey Media.



# ESPAGNE

Alberto Pérez Gómez\*

*Dirección Audiovisual  
Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones  
aperez@cmt.es*

## A. La concentration horizontale des médias

La législation espagnole relative à la concentration horizontale des médias accorde une grande importance au mode de transmission et sépare le marché de la télévision en trois segments distincts : la télévision terrestre, la télévision par satellite et la télévision par câble.

Dans certains cas, on fait également intervenir la distinction entre les systèmes numérique et analogique. Il n'existe pas, par exemple, de restrictions spécifiques imposées aux diffuseurs de chaînes satellitaires analogiques, alors que certaines restrictions du droit de propriété sont appliquées aux diffuseurs de chaînes satellitaires numériques.

Dans certains cas, la couverture territoriale des services télévisés en question est également prise en compte, puisqu'il existe certaines restrictions du droit de propriété pour les diffuseurs de chaînes terrestres régionales.

Les restrictions spécifiques du droit de propriété relatives à la télévision ne s'appliquent pas aux services de télévision terrestre fournis directement par les radiodiffuseurs publics nationaux et régionaux, mais elles s'appliquent à tous les autres services télévisuels qu'ils fournissent.

### 1. La télévision terrestre

#### 1.1. La télévision terrestre analogique

##### 1.1.1. La télévision terrestre analogique nationale

###### *Restrictions du droit de propriété*

La *Ley 10/1988, de Televisión Privada* (loi sur la télévision privée)<sup>1</sup> régit la fourniture de chaînes de télévision terrestre analogique nationales par des concessionnaires privés du service public. Conformément au préambule, l'un des principaux objectifs de cette loi est de préserver le pluralisme. Afin d'y parvenir, l'article 19.1 de la loi sur la télévision privée<sup>2</sup> fixe deux restrictions au droit de propriété :

(1) Il est interdit à une entreprise de détenir directement ou indirectement des parts chez plus d'un licencié.

(2) Il est interdit à une entreprise de posséder directement ou indirectement plus de 49 % du capital social licencié.

Dans le cadre de l'application de cet article au niveau national, on entend par "titulaire d'une licence" une société qui s'est vu attribuer une licence pour la fourniture de services de télévision terrestre (analogiques ou numériques) au niveau national<sup>3</sup>.

Le raisonnement qui sous-tend les deux restrictions du droit de propriété établies par l'article 19 de la loi sur la télévision privée est le suivant :

(1) La limitation de la détention de parts chez plus d'un licencié vise à garantir l'accès du marché de la télévision terrestre nationale à différentes entreprises. Il faut noter que lorsque la loi sur la télévision privée a été adoptée, en 1988, il n'y avait que trois licences de télévision terrestre analogique nationale disponibles.

Néanmoins, l'introduction de la télévision terrestre numérique a augmenté le nombre de licences disponibles pour la télévision terrestre nationale, alors que cette restriction de propriété n'a pas changé et qu'elle s'applique à tout licencié de télévision terrestre nationale, qu'elle soit numérique ou analogique.

\* Avertissement : les opinions exposées dans ce document sont celles de l'auteur et non celles de la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*.

1) Loi sur la télévision privée 10/1988, du 3 mai 1988, telle qu'elle a été amendée par l'article 96 de la loi 50/1998 sur l'imposition, les dispositions administratives et les affaires sociales, le 30 décembre 1998, et l'article 67 de la loi 55/1999 sur l'imposition, les dispositions administratives et les affaires sociales, le 29 décembre 1999.

2) L'article 19 de la loi sur la télévision privée de 1988 a été partiellement amendé par l'article 96 de la loi 50/1998, sur l'imposition, les dispositions administratives et les affaires sociales.

3) Lorsque la loi sur la télévision privée a été adoptée en 1988, l'article 19 était censé s'appliquer uniquement aux diffuseurs de télévision terrestre analogique nationale. Cependant, cette disposition est maintenant étendue aux diffuseurs de télévision numérique terrestre (DTTV). En outre, plusieurs nouvelles dispositions se réfèrent également à l'article 19 de la loi sur la télévision privée, de sorte qu'il impose également des restrictions à la propriété aux diffuseurs de DTTV régionaux, et il s'applique aussi partiellement aux diffuseurs de télévision numérique satellitaire.

(2) La limite fixée à 49 % de parts autorisées par entreprise sur le capital social d'un licencié tente de garantir le pluralisme au niveau de la structuration interne des licenciés.

Néanmoins, une participation de 49 % est souvent suffisante pour permettre à une entreprise de mener les affaires du licencié à son gré.

L'un des aspects les plus controversés de ces restrictions réside dans la notion de "participation indirecte". L'article 23 de la loi sur la télévision privée définit la participation indirecte comme permettant à une entreprise de contrôler de manière effective, par le biais d'accords, de décisions et de pratiques de concertation, une part de capital excédant les limites établies par cette loi.

L'article 23 a été interprété de différentes façons et en juin 1999, la *Audiencia Nacional* (tribunal de grande instance) a eu l'occasion de définir plus précisément le sens de cette disposition.

L'*Audiencia Nacional* a considéré que l'acquisition par *Telefonica* de 25 % des parts de la chaîne privée terrestre nationale *Antena 3 TV* était conforme à la loi. Cette opération avait eu lieu en juillet 1997 et elle avait été entérinée par l'autorité compétente, le *Ministerio de Fomento* (ministère du Développement, actuellement *Ministerio de Ciencia y Tecnología* – ministère des Sciences et Techniques). Cette autorisation avait été contestée en justice par le groupe de médias espagnol *PRISA*, qui contrôlait avec *Canal Plus Francia* le diffuseur terrestre national privé *Sogecable*.

Ainsi qu'il est mentionné précédemment, l'article 19.1 de la loi sur la télévision privée interdit à toute personne physique ou morale de détenir directement ou indirectement des parts chez plus d'un licencié. *PRISA* arguait du fait que l'opération approuvée par le ministère constituait une infraction à cette restriction de la part de deux banques : *Banco Bilbao Bizcaya* (BBV) et *Cajamadrid*. En effet, ces deux banques avaient une participation directe chez le diffuseur privé *Sogecable* et détenaient simultanément des parts de *Telefonica*, qui, suite à l'approbation de l'opération, est devenu le principal actionnaire du diffuseur privé *Antena 3 TV*.

L'*Audiencia Nacional* n'a pas retenu l'argument avancé par *PRISA*. Le tribunal a estimé que le fait que ces banques détiennent des parts de *Telefonica* ne signifiait pas qu'elles avaient une "participation indirecte" contrevenant aux restrictions du droit de propriété établies par la loi, car rien ne prouvait que ces banques exerçaient un contrôle effectif sur *Sogecable* et *Antena 3 TV* (pour ce dernier, par le biais d'un contrôle effectif de *Telefonica*). A l'appui de sa décision, l'*Audiencia Nacional* a précisé que l'objectif de l'article 19 de la loi sur la télévision privée, qui consiste à sauvegarder le principe constitutionnel fondamental du pluralisme des médias, ne pouvait pas être considéré menacé dans cette affaire.

L'un des trois juges n'était pas du même avis. Il considérait que l'article 19 de la loi sur la télévision privée avait été enfreint et que l'autorisation délivrée par le *Ministerio de Fomento* aurait dû, par conséquent, être annulée.

Cette décision constitue un précédent important, mais elle n'a pas été adoptée par le *Tribunal Supremo* (Cour suprême), et il n'y a plus eu de jugement confirmant l'interprétation de l'*Audiencia Nacional* ; cette question devrait faire l'objet d'un débat plus approfondi.

#### *Mesures de transparence*

Les personnes physiques ou morales doivent solliciter l'autorisation du *Ministerio de Ciencia y Tecnología* lorsqu'elles se livrent à des "transactions significatives" définies par l'article 21 de la loi sur la télévision privée<sup>4</sup>, si elles font augmenter ou baisser leur participation de plus de 5 % du capital social, ou si elles accroissent ou diminuent leurs parts, dans un sens ou dans l'autre, au-delà des seuils de 5 %, 10 %, 15 %, 20 %, 25 %, 30 %, 35 %, 40 % ou 45 % du capital social.

Le *Ministerio de Ciencia y Tecnología* doit refuser les transactions réalisées par des sociétés ou des personnes dont la structure de répartition de la propriété ou dont les liens commerciaux ne sont pas suffisamment clairs ou sont contraires aux restrictions à la propriété établies par la loi. Cette loi ne précise pas les critères permettant de déclarer qu'une structure de répartition de la propriété ou que des liens commerciaux doivent être considérés comme peu clairs.

La loi sur la télévision privée autorise le *Ministerio de Ciencia y Tecnología* à demander toutes les informations dont il a besoin pour appliquer cette loi<sup>5</sup>. Les informations reçues doivent être traitées de façon confidentielle.

Par ailleurs, il existe un registre national spécifique des diffuseurs de chaînes télévisées terrestres<sup>6</sup>. Toutes les transactions significatives concernant ces diffuseurs sont enregistrées. Ce registre est tenu par la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (Commission du marché des télécommunications – *CMT*)<sup>7</sup> et il est ouvert au public.

4) L'article 21 de la loi sur la télévision privée de 1988 a été amendé en partie par l'article 67 de la loi 55/1999 sur l'imposition, les dispositions administratives et les affaires sociales.

5) Voir article 7.2 de la loi sur la télévision privée.

6) Voir article 20 de la loi sur la télévision privée et le décret 951/1989 sur la création du registre spécial affecté aux télévisions privées, 28 juillet 1989.

7) Au sujet des pouvoirs de la *CMT* relatifs à la tenue des registres, voir l'article 1. Dos.2.n de la loi 12/1997 sur la libéralisation des télécommunications, 24 avril 1997.

### *Les autorités compétentes et les sanctions*

L'instance compétente chargée de veiller au respect de ces restrictions au droit de propriété est le *Ministerio de Ciencia y Tecnología* (ministère des Sciences et Techniques)<sup>8</sup>, qui opère généralement par le biais du *Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información* (secrétariat d'Etat des Télécommunications et pour une Société de l'Information – *SETSI*).

Toute infraction aux restrictions du droit de propriété est sanctionnée par la perte de la licence mais le licencié dispose d'un délai d'un mois pour remédier à l'infraction commise. Le retrait de la licence est prononcé par le Conseil des ministres à la suite d'une proposition venant du *Ministerio de Ciencia y Tecnología*<sup>9</sup>.

Toute infraction aux mesures de transparence est considérée comme un délit très grave<sup>10</sup>. Les contrevenants peuvent être sanctionnés par une amende comprise entre 15 et 50 millions de pesetas (ESP) (de 90 000 à 300 000 Euros), la suspension des émissions ou, dans certains cas, le retrait de la licence<sup>11</sup>.

#### 1.1.2. La télévision terrestre analogique régionale

##### *Restrictions du droit de propriété*

La télévision terrestre analogique régionale<sup>12</sup> est réglementée par la *Ley 41/1995 de televisión local por ondas* (loi sur la télévision régionale à transmission hertzienne)<sup>13</sup>.

En vertu de cette loi, la télévision terrestre régionale est un service public qui peut être fourni par deux concessionnaires pour chaque municipalité. L'une des deux licences disponibles dans chaque municipalité est réservée aux autorités locales. La seconde licence peut être attribuée par les communautés autonomes à des personnes physiques ou morales<sup>14</sup>.

Les restrictions posées à la concentration des médias sur le marché de la télévision terrestre analogique locale sont fixées par l'article 7 de la loi sur la télévision locale à transmission hertzienne. Cet article pose deux restrictions :

(1) La première restriction limite le nombre de licences qu'une personne peut détenir. A cette fin, l'article 7 de la loi sur la télévision terrestre locale interdit la création d'un réseau de licenciés pour la télévision terrestre locale. Un tel réseau existe dès lors qu'une ou plusieurs personnes physiques ou morales contrôlent plus d'une chaîne de télévision terrestre locale. On considère que ce contrôle est effectif si la personne en question remplit l'une des conditions suivantes :

- a) elle détient la majorité des parts ou
- b) elle contrôle la majorité des droits de vote ou
- c) elle a le pouvoir de nommer la majorité des membres du conseil d'administration au sein de plus d'un licencié de télévision terrestre locale<sup>15</sup>.

(2) La seconde restriction interdit aux licenciés de passer des accords visant à se constituer en réseau avec d'autres détenteurs de licence. On considère qu'on est en présence d'un accord de constitution d'un réseau lorsque au moins deux licenciés de télévision terrestre locale diffusent le même programme pendant plus de 25 % de leur temps d'émission, même si la diffusion a lieu à d'autres heures de la journée<sup>16</sup>. Néanmoins, malgré cette interdiction, les chaînes de télévision terrestre locale peuvent être autorisées à se constituer en réseau si la communauté indépendante les y autorise<sup>17</sup>.

Le raisonnement qui sous-tend les deux restrictions fixées par l'article 7 de la loi sur la télévision terrestre locale est similaire : bien qu'ils soient censés, théoriquement, préserver le pluralisme des médias, leur principal objectif est en fait d'éviter l'utilisation des chaînes de télévision locales hertziennes pour créer des réseaux nationaux de télévision. Toutefois, ces restrictions sont beaucoup plus sévères que celles qui sont appliquées aux autres marchés des médias locaux (tels que le marché de la télévision locale par câble

8) Voir articles 7.c, 25.2 et 25.3 de la loi sur la télévision privée, et les décrets 557/2000 du 27 avril, 2000 696/2000 du 12 mai 2000 et 1451/2000 du 28 juillet 2000 sur la création et l'organisation du *Ministerio de Ciencia y Tecnología*.

9) Voir article 17 de la loi sur la télévision privée. Ce dernier a été partiellement amendé par l'article 96 de la loi 50/1998 sur l'imposition, les dispositions administratives et les affaires sociales.

10) Voir article 24.2.a) et 24.2.f) de la loi sur la télévision privée.

11) Voir article 25.1.c) de la loi sur la télévision privée.

12) En Espagne, il n'y a pas de télévision régionale analogique terrestre privée. Les seuls diffuseurs terrestres régionaux sont les chaînes régionales publiques, qui ne sont pas soumises à ces limites spécifiques de propriété.

13) Loi sur la télévision privée locale 41/1995 du 22 décembre 1995. Au niveau régional, voir le décret de Navarre 313/1996 sur la télévision terrestre locale du 9 septembre 1996, le décret de Catalogne 320/1996 sur la télévision terrestre locale du 1<sup>er</sup> octobre 1996, dans sa version amendée 111/1998 du 12 mai 1998 et le décret de Castille-La Mancha 54/2000 sur la télévision terrestre locale du 21 mars 2000.

14) Ces concessions ne peuvent pas être accordées pour le moment car le plan technique nécessaire n'a pas encore été approuvé par le Gouvernement espagnol. Entre-temps, les dispositions transitoires de la loi sur la télévision terrestre locale autorisent les chaînes terrestres locales qui fournissaient des services avant janvier 1995 à poursuivre leurs activités jusqu'à ce que les concessions soient attribuées.

15) Voir article 7.2 de la loi sur la télévision terrestre locale. Voir également l'article 17.3 du décret de Navarre 313/1996.

16) Voir article 7.3 de la loi sur la télévision terrestre locale. Voir également l'article 7 du décret de Navarre 313/1996.

17) Voir article 7.4 de la loi sur la télévision terrestre locale. Voir également l'article 7.4 du décret de Navarre 313/1996, article 5.2 du décret de Catalogne 320/1996 et l'article 5.2 du décret 54/2000.



ou les marchés de la radio FM ou de la radiodiffusion numérique locales) et qui permettent, en général, la conclusion d'accords de mise en réseau<sup>18</sup>. Elles ont un effet très limité sur les différents marchés de télévision terrestre locale concernés, car une entreprise ne peut créer de réseau local ni contrôler plusieurs chaînes de télévision locales hertziennes dans la même municipalité (il n'y a qu'une seule licence disponible pour les personnes physiques ou morales puisque l'autre licence est réservée aux autorités locales) ; elles ne garantissent pas nécessairement l'attribution d'un certain temps de diffusion aux programmes locaux puisque aucune disposition de la loi sur la télévision terrestre locale n'impose ce type d'obligations aux diffuseurs terrestres locaux<sup>19</sup>.

#### *Mesures de transparence*

La loi sur la télévision terrestre locale comporte quelques obligations relatives à la transparence visant à autoriser les pouvoirs publics à contrôler la situation lorsqu'une personne détient plus d'une chaîne de télévision terrestre locale<sup>20</sup>.

Néanmoins, cette loi ne contient aucune mesure de transparence visant à informer les autorités lorsque plusieurs chaînes diffusent le même programme pendant plus de 25 % de leur temps d'émission. Ce problème a été résolu indirectement par l'adoption de la loi 22/1999 portant amendement à la loi 25/1994 et intégrant la Directive "Télévision sans frontières" dans la législation espagnole. Cette loi oblige tous les diffuseurs à conserver un enregistrement des programmes qu'ils ont diffusés durant les six derniers mois<sup>21</sup>.

#### *Les autorités compétentes et les sanctions*

Les *Comunidades Autónomas* (communautés autonomes) sont chargées de veiller à l'application des limitations du droit de propriété spécifiques au secteur de la télévision terrestre locale analogique<sup>22</sup>. Dans seize communautés autonomes sur dix-sept l'autorité compétente est un département du Gouvernement régional. Seule la Catalogne est dotée d'une instance indépendante, le *Consejo del Audiovisual de Cataluña* (Conseil catalan de l'audiovisuel - CAC)<sup>23</sup>.

Pour le système de sanction, la loi sur la télévision terrestre locale se reporte à celui de la législation relative aux télécommunications<sup>24</sup>.

Conformément à la *Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones* (loi-cadre sur les télécommunications)<sup>25</sup>, toute infraction grave ou répétée de la part des concessionnaires aux dispositions fondamentales auxquelles ils sont soumis ou tout manquement répété aux exigences relatives aux informations relevées dans l'exercice de leurs fonctions par les services administratifs compétents est considéré comme une faute très grave<sup>26</sup>, passible d'amendes allant de 50 à 100 millions ESP (300 000 à 600 000 Euros)<sup>27</sup>.

Selon les circonstances, les fautes très graves peuvent être sanctionnées par le retrait de la licence<sup>28</sup>. La loi sur la télévision terrestre locale dispose que certaines infractions seront considérées, à cette fin, comme de très graves délits entraînant la suppression de la licence, ces infractions englobant le non-respect des mesures de transparence définies par l'article 13 de la loi<sup>29</sup>.

Toute infraction de la part des concessionnaires aux dispositions fondamentales auxquelles ils sont soumis, lorsqu'elle n'est pas considérée comme un délit très grave, constitue une faute grave<sup>30</sup> passible d'une amende allant de 5 à 50 millions ESP (30 000 à 300 000 Euros)<sup>31</sup>.

18) Pour le secteur de la radio, voir la sixième disposition additionnelle à la loi de régulation des télécommunications 31/1987 du 18 décembre 1987 et l'article 3 de l'ordonnance ministérielle sur les services audio numériques du 23 juillet 1999, et pour le secteur de la télévision par câble, voir la loi sur les télécommunications par câble 42/1995 du 22 décembre 1995.

19) Néanmoins, les communautés autonomes, en appliquant cette loi, peuvent imposer des obligations de ce type. Voir l'article 13 du décret de Catalogne 320/1996, et l'article 13 du décret de Castilla-La Mancha 54/2000.

20) Voir article 13 de la loi sur la télévision terrestre locale.

21) Voir article 19 de la loi 25/1994, sur la transposition dans le droit espagnol de la Directive 89/552/CEE ("Télévision sans frontières", 12 juillet 1994, ([http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/ley25\\_94.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/ley25_94.htm)) telle qu'il a été amendé par la loi 22/1999 portant modification à la loi 25/1994 du 7 juin 1999, ([http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/ley22\\_99.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/ley22_99.htm)).

22) Voir article 17 de la loi sur la télévision terrestre locale. Pourtant, étant donné que ces limites n'ont pas encore été mises en pratique puisque les concessions ne peuvent pas être attribuées tant que le plan technique n'aura pas été approuvé par le Gouvernement national, on ne sait pas si le *Ministerio de Ciencia y Tecnología* sera investi de certaines responsabilités relatives à l'application de ces limites. Pour les mettre concrètement en application, il faudra sans doute tenir compte de la position de l'opérateur dans plus d'une communauté autonome.

23) Voir la loi catalane 2/2000 sur le Conseil catalan de l'audiovisuel, 4 mai 2000.

24) L'article 16 de la loi sur la télévision terrestre locale se réfère à la loi de régulation des télécommunications 31/1987 du 18 décembre 1987, mais comme le système de sanction de cette loi a été remplacé par la loi-cadre sur les télécommunications, il faut savoir que le système pénal en vigueur est celui de la loi-cadre.

25) Loi-cadre sur les télécommunications 11/1998, 24 avril 1998, dans sa version amendée par les articles 9 et 94 de la loi 50/1998 sur l'imposition, les dispositions administratives et les affaires sociales du 30 décembre 1998, et l'article 66 de la loi 55/1999 sur l'imposition, les dispositions administratives et les affaires sociales du 29 décembre 1999.

26) Voir articles 79.16 et 79.17 de la loi-cadre sur les télécommunications.

27) Voir article 82.2 de la loi-cadre sur les télécommunications.

28) Voir article 82.3.B de la loi-cadre sur les télécommunications.

29) Voir article 15.b) de la loi sur la télévision terrestre locale.

30) Voir articles 80.15, 80.16 et 80.17 de la loi-cadre sur les télécommunications.

31) Voir article 82.2 de la loi-cadre sur les télécommunications.

Les infractions consistant à ne pas fournir les informations demandées par l'administration alors que celles-ci sont légalement exigibles sont considérées comme des fautes mineures passibles d'une amende maximum de 5 millions ESP (30 000 Euros)<sup>32</sup>.

## 1.2. La télévision terrestre numérique

### *Restrictions du droit de propriété*

Le secteur de la télévision numérique terrestre (DTTV) est essentiellement réglementé par le *Real Decreto 2169/1998 por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la televisión digital terrenal* (décret 2169/1998 relatif au plan technique national de la télévision numérique terrestre) et par le *Orden* du 9 octobre 1998 (*por la que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del servicio de televisión digital terrenal* (ordonnance ministérielle relative aux prestations de services de DTTV)<sup>33</sup>. Ces dispositions prévoient l'existence de multiplexes nationaux, régionaux et locaux. Néanmoins, le plan technique national n'a pas encore établi quelles fréquences seront utilisées pour les multiplexes locaux, de sorte que, pour le moment, seuls les multiplexes régionaux et nationaux existent.

Le plan technique national identifie actuellement cinq multiplexes nationaux et un régional<sup>34</sup>. Ces multiplexes peuvent transporter quatre programmes de télévision numérique, à moins que le *Ministerio de Ciencia y Tecnología* ne décide par ordonnance ministérielle qu'un multiplexe peut transporter davantage de programmes<sup>35</sup>.

Le plan technique national réserve certains services de télévision numérique aux radiodiffuseurs terrestres en place au niveau régional et national. Le reste des services de télévision numérique sera géré par des concessionnaires privés. Une concession attribuée pour la prestation de services de DTTV permet à une personne morale de gérer un<sup>36</sup> ou plusieurs<sup>37</sup> services de télévision numérique.

Aucune des dispositions relatives aux services de DTTV ne fixe de nouvelles restrictions spécifiques du droit de propriété. Elles se réfèrent pour la plupart à l'article 19 de la loi sur la télévision privée<sup>38</sup>. Ainsi qu'il a déjà été mentionné précédemment<sup>39</sup>, l'article 19.1 de la loi sur la télévision privée<sup>40</sup> fixe deux limites :

- (1) Il interdit à une entreprise de détenir directement ou indirectement des parts chez plus d'un licencié.
- (2) Il interdit à une entreprise de posséder directement ou indirectement plus de 49 % du capital social du licencié.

La première limite empêche une entreprise d'avoir une participation supérieure à un concessionnaire de télévision terrestre nationale (analogique ou numérique).

Elle empêche également qu'une société détienne des parts chez plus d'un concessionnaire régional de DTTV dans la même communauté autonome.

Néanmoins, il semble que les communautés autonomes estiment que cette limite n'interdit pas à une entreprise de détenir des parts chez des concessionnaires nationaux de télévision terrestre (analogique ou numérique) ni chez des diffuseurs de DTTV régionaux<sup>41</sup>.

La décision d'appliquer les limites fixées par la loi sur la télévision privée de 1998 aux diffuseurs de DTTV a fait l'objet de certaines critiques. Les adversaires de cette mesure considèrent que ces restrictions ont été adoptées il y a plus de dix ans pour régler les problèmes liés à un marché de la télévision substantiellement

32) Voir article 82.2 de la loi-cadre sur les télécommunications.

33) Voir le décret d'adoption du plan technique national sur la télévision terrestre numérique du 9 octobre 1998 et l'ordonnance ministérielle approuvant la réglementation de certains aspects techniques et la fourniture des services de télévision terrestre numérique du 9 octobre 1998. Ces dispositions mettent en application la quarante-quatrième disposition additionnelle (régulation de la radiodiffusion audio numérique et de la télévision terrestre numérique) de la loi 66/1997 sur l'imposition, les dispositions administratives et les affaires sociales.

34) Voir article 3.1 et annexes I et II du plan technique national sur la DTTV (décret 2169/1998).

35) Voir paragraphe 7 de la première disposition additionnelle du décret 2169/1998. Le *Ministerio de Ciencia y Tecnología* a déjà déclaré que le multiplexe national qui doit être partagé par les radiodiffuseurs nationaux du service public RTVE et les trois chaînes terrestres nationales privées (*Antena 3 TV, Telecinco et Sogecable*) transporteront cinq services de programmes télévisés numériques. Voir article 5 de l'ordonnance ministérielle du 4 décembre 1998 ([http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/o041298.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/o041298.htm)).

36) Cela sera le cas pour deux nouveaux concessionnaires de télévision à transmission terrestre non cryptée que le Gouvernement choisira avant décembre 2000. Voir la première clause de l'appel d'offres du 10 mars 2000, ([http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/RE100300/re100300.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/RE100300/re100300.htm)).

37) La concession de la plate-forme de télévision à péage *Onda Digital/Quiero TV* lui permet de gérer trois multiplexes DTTV de quatre services de programmation DTTV chacun et deux services de programmation supplémentaires sur un quatrième multiplexe, c'est-à-dire un total de quatorze services de programmation. Voir l'appel d'offres du 11 janvier 1999 ([http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/re110199/re110199.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/re110199/re110199.htm)).

38) Voir en particulier l'article 3 de l'ordonnance ministérielle du 9 octobre 1998.

39) Voir le paragraphe "Restrictions à la propriété", dans A.1.1.1. "La télévision nationale terrestre analogique".

40) L'article 19 de la loi sur la télévision privée de 1988 a été partiellement amendé par l'article 96 de la loi 50/1998 sur l'imposition, les dispositions administratives et les affaires sociales.

41) Un radiodiffuseur (*Onda Digital/Quiero TV*) a obtenu une concession pour la fourniture de services de DTTV nationale (résolution du *Ministerio de Ciencia y Tecnología* du 2 septembre 1999), ainsi qu'une concession pour la fourniture de services de DTTV dans la communauté autonome de (arrêté des communautés autonomes de Madrid 2232/1999, 29 octobre 1999). Jusqu'à présent, c'est la seule communauté autonome ayant attribué des licences régionales de DTTV.

différent de ce qu'il est aujourd'hui. Par exemple, ils expliquent que ces restrictions ne tiennent pas compte du fait que l'introduction de la télévision numérique terrestre a augmenté le nombre des licences disponibles.

En outre, le manque de nouvelles limites spécifiques pour les services de télévision terrestre numérique régionale risque d'affecter le développement du marché de la télévision terrestre dans son ensemble. Malgré l'interdiction faite aux entreprises par la loi sur la télévision privée de détenir des parts chez plus d'un concessionnaire de télévision terrestre nationale, il est toujours possible qu'une société ait une participation chez un diffuseur de télévision terrestre nationale. Cette société contrôle ainsi de façon effective un second réseau terrestre national si elle obtient une licence de DTTV dans la totalité des dix-sept communautés autonomes et si ces concessionnaires régionaux de DTTV, contrôlés par la même personne, passent des accords de constitution en réseau qui ne sont limités d'aucune façon par les restrictions du droit de propriété fixées par la loi sur la télévision privée.

Les diffuseurs de DTTV qui fournissent des services de télévision numérique à accès conditionnel doivent également respecter les dispositions de la *Ley 17/1997 por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE* (loi de transposition de la Directive 95/47/CE dans le droit espagnol) qui réglemente l'utilisation des décodeurs numériques et les relations entre les opérateurs de plates-formes de télévision numérique et les fournisseurs de contenus indépendants. Ces dispositions de la loi 17/1997 sont commentées plus bas<sup>42</sup>.

#### *Mesures de transparence*

Les mesures de transparence qui s'appliquent aux diffuseurs nationaux et régionaux de DTTV sont les mêmes que celles appliquées aux télédiffuseurs nationaux par transmission analogique<sup>43</sup>.

La seule différence réside dans le fait qu'au niveau régional, l'instance compétente chargée d'approuver les transactions significatives et d'obtenir les informations requises pour l'application des dispositions légales est l'autorité régionale compétente (un département du Gouvernement régional et, dans le cas de la Catalogne, le Conseil catalan de l'audiovisuel, organe indépendant). Par ailleurs, le registre spécial des concessionnaires de DTTV est également tenu par les autorités régionales.

#### *Les autorités compétentes et les sanctions*

Au niveau national, l'instance chargée de l'application de ces restrictions est le *Ministerio de Ciencia y Tecnología*, et au niveau régional, c'est un département du Gouvernement régional, sauf en Catalogne, où c'est le Conseil catalan de l'audiovisuel, un organe indépendant, qui remplit cette fonction.

Les sanctions prévues sont les mêmes que celles qui sont prescrites par la loi sur la télévision privée, déjà exposée plus haut<sup>44</sup>.

## **2. La télévision par câble**

### *Restrictions du droit de propriété*

La *Ley 42/1995 de telecomunicaciones por cable* (loi sur les télécommunications par câble)<sup>45</sup> divisait le pays en zones régionales et locales. Dans chaque zone géographique, deux concessionnaires étaient autorisés à fournir des services de télécommunication par câble (télévision par câble, accès à l'Internet et communications vocales). Conformément à la loi, une concession par zone géographique était réservée à *Telefonica Cable*, une filiale de l'opérateur public de télécommunications *Telefonica*<sup>46</sup>. L'autre licence (baptisée "la seconde concession") était attribuée par le biais d'une adjudication.

En 1998, l'abrogation de la loi-cadre sur les télécommunications annulait la loi de 1995 sur les télécommunications, "sauf dans la mesure où elle fournit un régime pour les services de télédiffusion. En particulier, les articles 9.2.a), 10, 11.1.e, f et g, l'article 12 et les paragraphes 1 et 2 du troisième amendement restent en vigueur". Etant donné que certaines des restrictions du droit de propriété ne sont expressément mentionnées dans aucun des articles figurant à l'acte d'abrogation de la loi-cadre sur les télécommunications et qu'ils ne couvrent pas uniquement les services de radiodiffusion, la pérennité de leur validité reste quelque peu obscure.

Comme il est mentionné plus haut, la loi sur les télécommunications par câble instaure un duopole sur le marché de la télévision par câble. Dans chaque zone régionale ou locale, une concession est réservée à *Telefonica Cable* et la seconde concession est attribuée selon une procédure d'appel d'offres au meilleur soumissionnaire. *Telefonica* ne peut pas détenir de parts dans des sociétés ayant obtenu la seconde concession<sup>47</sup> et parallèlement, elle est obligée de contrôler plus de 50 % du capital social de ses filiales du câble<sup>48</sup>.

42) Voir partie B (La concentration verticale des médias).

43) Voir le paragraphe "mesures de transparence", au chapitre A.1.1.1. "La télévision nationale analogique terrestre".

44) Voir le paragraphe "Les autorités compétentes et les sanctions", au chapitre A.1.1.1. "La télévision nationale analogique terrestre".

45) Loi sur les télécommunications par câble 42/1995, 22 décembre 1995. Voir également le décret 2066/1996 d'approbation de la régulation des aspects techniques et sur la fourniture des services de télécommunications par câble, 13 septembre 1996.

46) Voir paragraphe 1 de la première disposition additionnelle de la loi sur les télécommunications par câble.

47) Voir paragraphe 4 de la seconde disposition additionnelle de la loi sur les télécommunications par câble.

48) Voir paragraphe 5 de la seconde disposition additionnelle de la loi sur les télécommunications par câble.

La principale restriction du droit de propriété dans le secteur de la télévision par câble est maintenue dans l'article 4.3 de la loi sur les télécommunications par câble. Conformément à cette disposition, aucune personne physique ou morale ne peut avoir de participation directe ou indirecte dans le capital social de deux ou plusieurs sociétés ayant obtenu une concession pour la fourniture de services de télévision par câble, ou qui possèdent ou contrôlent directement ou indirectement deux ou plusieurs sociétés si elles ont conjointement plus de 1,5 millions d'abonnés dans toute l'Espagne<sup>49</sup>.

Afin de déterminer à partir de quel moment une personne physique ou morale contrôle un concessionnaire du câble, l'article 4.3 de la loi sur les télécommunications par câble se réfère à la définition du contrôle adoptée par l'article 42 du *Código de Comercio* (Code du commerce)<sup>50</sup>. Cet article dispose qu'une société est considérée comme la filiale d'un groupe lorsqu'elle est sous son contrôle. On estime que ce contrôle est avéré si la société dominante détient la majorité des parts de la filiale ou si elle contrôle la majorité des droits de vote, ou encore si elle a le pouvoir de nommer la majorité des membres de son conseil d'administration. Les aspects relevant des liens personnels avec la direction, ou de liens financiers ou contractuels entre les entreprises (en particulier les accords concernant la fourniture d'éléments nécessaires au fonctionnement de l'organisme des médias concerné) ne sont pas pris en compte dans cette définition du contrôle.

La restriction qui interdit à une entreprise d'être actionnaire ou de contrôler des concessionnaires du câble ayant conjointement plus de 1,5 millions d'abonnés dans tout le pays vise à éviter une situation où un seul câblo-opérateur contrôlerait une part significative du marché national de la télévision par câble. En tant que telle, cette restriction n'a d'effet significatif dans aucune des 43 zones régionales ou locales composant le territoire espagnol dans ce domaine.

Sur le marché national, les concurrents des câblo-opérateurs se composent, entre autres, des chaînes de télévision satellitaire dont la diffusion couvre tout le territoire et qui ne sont pas assujettis à ce type de restrictions. Néanmoins, dans la pratique, cela ne représente pas un réel handicap pour les câblo-opérateurs, car le marché espagnol actuel de la télévision par câble ne compte que 400 000 abonnés<sup>51</sup>, de sorte qu'il est impossible pour une entreprise d'être actionnaire ou de contrôler des concessionnaires du câble ayant conjointement plus d'1,5 millions d'abonnés. En fait, la plupart des études de marchés prévoient que le marché du câble dans son ensemble n'atteindra pas le seuil de 1,5 millions d'abonnés avant 2003, de sorte que concrètement, cette limite n'implique aucune contrainte aux câblo-opérateurs.

La loi sur les télécommunications par câble oblige les câblo-opérateurs de télévision à réserver des possibilités de transmission aux fournisseurs de contenus indépendants<sup>52</sup>. Les câblo-opérateurs de télévision, qui fournissent des services à accès conditionnel pour la télévision numérique, doivent également se conformer aux dispositions de la loi 17/1997 qui régit les relations entre les opérateurs de plates-formes de télévision numériques et les fournisseurs de contenus indépendants ainsi que l'utilisation des décodeurs numériques. Ces dispositions seront exposées plus bas dans le cadre de la concentration verticale des médias<sup>53</sup>.

#### *Mesures de transparence*

Le *Ministerio de Ciencia y Tecnología*, qui est chargé d'attribuer les concessions de télévision par câble, est habilité à demander toutes les informations dont il a besoin pour faire appliquer ces restrictions<sup>54</sup>.

Il existe également un registre spécial des concessionnaires de télévision par câble<sup>55</sup>. Toutes les transactions significatives touchant ces diffuseurs sont consignées. Ce registre est tenu par la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (Commission du marché des télécommunications - CMT)<sup>56</sup> et il est ouvert au public.

#### *Les autorités compétentes et les sanctions*

Le *Ministerio de Ciencia y Tecnología* est l'instance chargée de veiller au respect des limitations du droit de propriété qui interdisent à une entreprise d'être actionnaire ou de contrôler des concessionnaires du câble ayant plus d'1,5 millions d'abonnés.

En ce qui concerne le système de sanctions, la loi sur les télécommunications par câble se réfère à la législation relative aux télécommunications<sup>57</sup> exposée plus haut<sup>58</sup>.

49) Il faut comprendre que cette limite ne s'applique pas à *Telefonica Cable*, car la loi lui donne le droit d'être concessionnaire dans toutes les zones géographiques. Elle oblige *Telefonica* à avoir plus de 50 % du capital social de ses filiales du câble de sorte que si *Telefonica* avait plus de 1,5 millions d'abonnés, il ne lui serait pas possible de vendre certaines de ses filiales régionales et locales. Quoiqu'il en soit, jusqu'à maintenant, *Telefonica Cable* est toujours dans une période d'essai.

50) Voir le décret du 22 août 1885 b sur le Code de commerce.

51) Voir IDATE, *Development of Digital TV in Spain*, 2000.

52) Voir articles 10 et 11.1.d de la loi sur les télécommunications par câble.

53) Voir partie B (La concentration verticale des médias).

54) Voir articles 76.2, 79.4, 79.17 et 81.3 de la loi-cadre sur les télécommunications, et l'article 30 du décret 1994/1996 d'approbation de la réglementation de la Commission du marché des télécommunications.

55) Voir article 5 de la loi sur les télécommunications par câble et annexe III (registre spécial des concessionnaires) du décret 1653/1998 sur la création de certains registres publics des télécommunications, 24 juillet 1998.

56) A propos des compétences de la CMT pour conserver ces registres, voir l'article 1.Dos.2.n de la loi 12/1997 sur la libéralisation des télécommunications du 24 avril 1997.

57) L'article 13.1 de la loi sur les télécommunications par câble se réfère à la loi de 1987 sur la régulation des télécommunications 31/1987, 18 décembre 1987. Cependant, comme le système pénal de cette loi a été remplacé par la loi-cadre sur les télécommunications de 1998, il faut savoir que c'est le système de sanctions de cette dernière qui s'applique.

58) Voir le paragraphe "Les autorités compétentes et les sanctions", au paragraphe A.1.1.2. "La télévision terrestre locale analogique".

### 3. La télévision numérique par satellite

#### *Restrictions du droit de propriété*

La télévision diffusée par voie terrestre et par câble est considérée comme un service public. Pour être habilitée à fournir ces services, toute personne physique ou morale doit avoir préalablement obtenu une concession. La situation de la télévision par satellite est totalement différente : la télévision satellitaire est un service libéralisé et pour être prestataire de ce service, il suffit d'obtenir une autorisation auprès de la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)* selon une procédure standard, soumise à l'engagement préalable de la part du candidat à se conformer aux exigences légales<sup>59</sup>.

Le législateur n'a pas estimé nécessaire d'imposer de quelconques restrictions à la propriété aux diffuseurs de télévision analogique par satellite.

Néanmoins, ces derniers sont soumis à quelques limitations. Conformément à la quatrième disposition transitoire de la *Ley 17/1997 por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE*<sup>60</sup>, l'une des limites prescrites par l'article 19.1 de la loi sur la télévision privée (celle qui interdit à une entreprise de posséder une participation directe ou indirecte dépassant 49 % du capital social d'un concessionnaire) s'applique également aux opérateurs de télévision numérique transmise par satellite. La loi 17/1997 dispose que cette limite s'applique uniquement dans la mesure où le Gouvernement ne déclare pas, à la suite d'un avis exécutoire de la *CMT*, que la concurrence est suffisante dans ce secteur.

Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, le raisonnement qui est à la base de ce type de restriction vise à garantir le pluralisme interne au sein de la structure de répartition de la propriété d'un concessionnaire.

Néanmoins, une participation de 49 % est souvent suffisante pour permettre à une entreprise de mener les affaires du licencié à son gré.

Cette restriction a été adoptée en 1988, et il faut se rappeler quelle était la situation du marché de la télévision terrestre analogique nationale à cette époque : il n'y avait que trois licences concédées. La situation actuelle du marché de la télévision numérique par satellite est très différente. En particulier, le marché est libéralisé et beaucoup plus accessible aux nouveaux venus que le marché de la télévision nationale analogique, que ce soit sur le plan juridique, économique ou technique.

Les opérateurs de télévision par satellite fournissant des services à accès conditionnel pour la télévision numérique doivent également se conformer aux dispositions de la loi 17/1999 qui régit l'utilisation des décodeurs numériques et les relations entre les opérateurs de plates-formes de télévision numérique et les fournisseurs de contenus indépendants. Ces dispositions sont exposées plus loin<sup>61</sup>.

#### *Mesures de transparence*

La *CMT* et le *Ministerio de Ciencia y Tecnología* sont tous deux habilités à demander toutes les informations dont ils ont besoin pour faire appliquer ces restrictions<sup>62</sup>.

#### *Les autorités compétentes et les sanctions*

Les dispositions de la loi 17/1997 relatives aux restrictions à la propriété imposées aux opérateurs de télévision numérique par satellite ne sont pas très claires en ce qui concerne l'autorité responsable, et elles n'ont pas encore été mises en pratique. Par conséquent, il est difficile, au stade actuel, de savoir quelle autorité sera déclarée responsable en dernier ressort (le *Ministerio de Ciencia y Tecnología* ou la *CMT*)<sup>63</sup>.

Quoiqu'il en soit, le système des sanctions est le même que celui de la loi-cadre sur les télécommunications, qui a déjà été exposé plus haut<sup>64</sup>.

## B. La concentration verticale des médias

Il n'y a aucune restriction spécifique de ce type imposée aux opérateurs de télévision terrestre analogique nationaux et locaux, aux diffuseurs nationaux et régionaux de DTTV terrestre non cryptée, aux diffuseurs de télévision analogique par satellite ni aux opérateurs de télévision numérique satellitaire terrestre non cryptée.

59) Pour l'attribution des autorisations pour la télévision satellitaire, voir l'article 5 du décret 137/1997 d'approbation des aspects techniques et de la fourniture des services de télécommunications par satellite du 31 janvier 1997. Pour l'attribution des autorisations de télévision satellitaire numérique à péage, voir l'article 3 de la loi 17/1997 sur la mise en œuvre de la Directive 95/45/CE du 3 mai 1997 relative aux signaux télévisés.

60) Loi 17/1997 sur la mise en œuvre de la Directive 95/45/CE du 3 mai 1997 relative aux signaux télévisés, dans sa version amendée par le décret 16/1997 portant modification à la loi 17/1997 du 13 septembre 1997.

61) Voir partie B (La concentration verticale des médias).

62) Voir articles 76.2, 79.4, 79.17 et 81.3 de la loi-cadre sur les télécommunications, et l'article 30 du décret 1994/1996, d'approbation de la réglementation de la Commission du marché des télécommunications.

63) En faveur de l'intervention de la *CMT*, on pourrait arguer du fait que c'est la *CMT* qui accorde les autorisations pour la fourniture de services de télévision satellitaire numérique, de sorte que conformément à l'article 79.16 de la loi-cadre sur les télécommunications, cet organe pourrait être considéré comme habilité à sanctionner les infractions commises par les concessionnaires de services télévisés numériques par satellite à l'une des conditions imposées par la *CMT* lors de l'attribution de cette autorisation : la conformité avec les limites de propriété fixées par la loi 17/1997.

64) Voir le paragraphe "Les autorités compétentes et les sanctions", au paragraphe A.1.1.2. "Télévision terrestre analogique locale".



Toutefois, dans certains cas, la loi espagnole sur les médias prévoit quelques restrictions applicables aux télédiffuseurs et susceptibles d'affecter les marchés situés en amont et en aval du marché de la télédiffusion :

(1) Sur le marché de l'équipement des récepteurs, la loi espagnole sur les médias impose des exigences relatives aux décodeurs numériques et à la fourniture de services à accès conditionnel pour la télévision numérique qui touchent les opérateurs de télévision numérique à péage.

(2) Sur le marché des contenus audiovisuels, la loi espagnole sur les médias contient quelques obligations pour les câblo-opérateurs (B.2.1.) et les opérateurs de télévision numérique à péage (B.2.2.), concernant l'accès des fournisseurs de contenus indépendants aux bouquets des prestataires de services.

## 1. Les contraintes relatives au marché de l'équipement et des récepteurs

La fourniture des services à accès conditionnel pour la télévision numérique est réglementée par la loi 17/1997 qui transpose dans le droit espagnol la Directive 95/47 CE sur la transmission des signaux télévisés<sup>65</sup>.

Conformément à l'article 7 de cette loi, les prestataires de services à accès conditionnel pour la télévision numérique (DTTV, câble numérique, satellite numérique) doivent utiliser des décodeurs directement et automatiquement ouverts, soit parce qu'ils utilisent un système *multicrypt* soit parce que les propriétaires de décodeurs passent un accord avec les autres opérateurs de télévision numérique. La CMT est chargée d'approuver ou non ces accords passés entre les opérateurs. Elle doit s'assurer que les termes de l'accord sont loyaux, transparents et non discriminatoires, et qu'ils permettent aux consommateurs de recevoir tous les services des chaînes de télévision numérique avec un seul décodeur. S'il n'est pas possible de parvenir à un tel accord, la CMT est habilitée à fixer les conditions économiques, techniques et juridiques nécessaires pour que les décodeurs soient directement et automatiquement ouverts.

L'objectif de cette disposition est d'éviter que l'utilisation de systèmes d'accès conditionnel exclusifs restreigne la concurrence sur le marché de la télévision numérique à péage et empêche les consommateurs de recevoir tous les services de télévision numérique à péage avec un seul décodeur.

Même si la loi 17/1997 ne réglemente pas la question des interfaces du programme d'application (API), la CMT a, en septembre 2000, adopté, en invoquant sa tâche de sauvegarde de la concurrence sur les marchés des télécommunications et des services audiovisuels, une résolution où elle s'engage à étudier l'impact de l'utilisation d'API exclusifs sur le marché de la télévision terrestre numérique<sup>66</sup>.

## 2. Les contraintes relatives au marché des contenus audiovisuels

### 2.1. Les obligations des câblo-opérateurs

En ce qui concerne les relations entre les câblo-opérateurs de télévision et les fournisseurs de contenus indépendants, les premiers sont tenus de réserver 40 % de leur capacité de fourniture de services audiovisuels pour les fournisseurs de contenus indépendants<sup>67</sup>, à condition qu'ils soient suffisamment nombreux à demander l'accès au réseau câblé en question. L'instance chargée de veiller au respect de cette obligation est l'autorité régionale compétente<sup>68</sup> (un département d'Etat du Gouvernement régional et, dans le cas de la Catalogne, le Conseil catalan de l'audiovisuel, un organe indépendant<sup>69</sup>).

L'objectif de cette disposition est d'empêcher les câblo-opérateurs de profiter du contrôle qu'ils exercent sur les infrastructures pour empêcher les fournisseurs indépendants de contenus d'accéder à leurs réseaux.

Mais pour que cette disposition ait l'effet attendu, il est nécessaire de définir correctement la notion de "fournisseur de contenu indépendant". La loi sur les télécommunications par câble fait intervenir la notion

65) Loi 17/1997 sur l'application de la Directive 95/45/CE, relative aux signaux télévisés du 3 mai 1997, dans sa version amendée par le décret-loi 16/1997 portant modification à la loi 17/1997, 13 septembre 1997.

66) Les API remplissent sur les décodeurs de télévision numérique une fonction similaire à celle des systèmes d'exploitation des PC. Si un décodeur a un API propriétaire embarqué, il ne sera pas en mesure de réceptionner des applications de télévision interactive d'une plate-forme de télévision numérique utilisant un API propriétaire différent.

En Espagne, le principal opérateur sur le marché de la DTTV, *Quiero TV*, a choisi un API propriétaire, *Open TV*. L'un de ses concurrents, le radiodiffuseur *Sogecable*, a dénoncé le fait que ce choix risquait d'entraver la concurrence sur le marché de la DTTV et d'empêcher les consommateurs de recevoir tous les services de télévision numérique et de télévision interactive avec un seul décodeur. *Quiero TV* a argué du fait que lorsqu'il a démarré, il était obligé de choisir un API propriétaire car il n'y avait pas d'API ouvert à l'époque, et qu'ensuite, il avait accepté un compromis pour passer à un système d'API ouvert (*Multimedia Home Platform -MHP-* du groupe *Digital Video Broadcasting*) dès que ce système avait été disponible. Néanmoins, la CMT a décidé d'ouvrir une enquête pour analyser la situation sur le marché. Voir la résolution de la CMT du 28 septembre 2000.

67) Voir articles 10 et 11.1.d de la loi sur les télécommunications par câble. Conformément à l'article 11.1.e, f, et g de la loi sur les télécommunications par câble, les câblo-opérateurs de télévision doivent inclure dans leur offre les canaux de télévision terrestre analogique nationale en même temps que les canaux terrestres locaux et régionaux distribués dans la zone géographique couverte par les concessions de télévision par câble (règles du "must-carry").

68) Voir paragraphe 1 de la troisième disposition additionnelle de la loi sur les télécommunications par câble, la disposition finale du décret 2066/1996 et la troisième disposition additionnelle de la loi 12/1997 sur la libéralisation des télécommunications, 24 avril 1997.

69) La seule communauté autonome qui a mis en application les dispositions de la loi sur les télécommunications par câble relative aux fournisseurs de contenus indépendants est la Catalogne. Voir l'article 6 de la loi catalane 8/1996 sur la régulation de la diffusion des programmes audiovisuels par câble du 5 juillet 1996 dans sa version amendée par la loi catalane 2/2000, sur le Conseil audiovisuel catalan du 4 mai 2000, et mis en application par le décret catalan 265/1997 sur l'application de la loi catalane 8/1996, du 17 octobre 1997.



de "producteur indépendant" dans la loi 25/1994 visant à transposer la Directive "Télévision sans frontières" dans le droit espagnol<sup>70</sup>. Aux termes de cette loi, un producteur n'est pas considéré indépendant d'un diffuseur si ce dernier possède ou contrôle plus de 50 % du capital social du producteur ou s'il contrôle la majorité des voix.

Cette définition ne suit pas le préambule 31 de la Directive CE 97/36 sur l'amendement de la Directive "Télévision sans frontières" de 1989, selon lequel les Etats membres, pour définir le terme de "producteur indépendant", devraient tenir compte de nouveaux critères tels que l'identité du propriétaire de la société de production, la quantité de programmes fournis au même diffuseur et la propriété des droits annexes. A titre d'exemple, conformément à la loi espagnole sur les médias, un fournisseur de contenus indépendant peut être considéré indépendant d'un câblo-opérateur si ce dernier ne possède ni action, ni voix au sein du premier, même si le câblo-opérateur en question s'avère être le seul client du fournisseur de contenus.

En outre, ces règles n'empêchent pas une société d'être le seul fournisseur de contenus d'un câblo-opérateur de télévision et le manque de mesures précises et appropriées de transparence rendent très difficile l'analyse de la relation existant entre un fournisseur de contenus indépendant et un câblo-opérateur.

## 2.2. Les obligations des fournisseurs de contenus indépendants

Comme pour les relations entre les fournisseurs de contenus indépendants et les plates-formes de télévision numérique à péage, l'article 7.c de la loi 17/1997 dispose que les fournisseurs de services à accès conditionnel pour la télévision numérique doivent faire en sorte que tous les fournisseurs de contenus indépendants et les radiodiffuseurs en général aient accès dans des conditions loyales, transparentes et non discriminatoires aux moyens techniques permettant la réception de leurs services de télévision numérique par le biais des décodeurs des clients desdits fournisseurs de services à accès conditionnel. Le montant de l'abonnement des décodeurs sera fixé librement par les parties en fonction des coûts. Les fournisseurs de services à accès conditionnel pour la télévision numérique tiendront des comptes séparés.

La CMT adoptera les résolutions exécutoires nécessaires pour résoudre les conflits pouvant survenir entre les fournisseurs de contenus indépendants ou les radiodiffuseurs en général et les fournisseurs de services à accès conditionnel pour la télévision numérique.

L'article 7.c de la loi 17/1997 dispose également que les fournisseurs de services à accès conditionnel pour la télévision numérique (par câble, satellite ou terrestre) doivent réserver 40 % de leur capacité de transmission pour les fournisseurs de contenus indépendants, à condition que suffisamment d'entre eux demandent l'accès à la plate-forme en question et offrent des services de programmation de qualité satisfaisante.

Cette disposition s'inspire clairement de celle qui régit les relations entre les fournisseurs de contenus indépendants et les câblo-opérateurs. La seule différence significative est que les fournisseurs de contenus indépendants, pour pouvoir bénéficier du droit d'accès aux plates-formes de télévision numérique à péage, doivent proposer des services de programmation "de qualité satisfaisante", notion très vague qui ne fait l'objet d'aucun développement dans les autres dispositions légales.

## C. La concentration diagonale des médias

En Espagne, il n'y a aucune restriction spécifique concernant la concentration diagonale des médias.

Ainsi, tant qu'une entreprise respecte la loi-cadre sur la concurrence et les limites imposées à la concentration horizontale dans le secteur des médias, il lui est possible de posséder ou de contrôler simultanément un nombre illimité de journaux nationaux et régionaux, plusieurs réseaux de télévision nationale analogique et numérique, des câblo-opérateurs de télévision couvrant tout le territoire espagnol, un nombre illimité d'opérateurs de télévision par satellite, un opérateur national de télévision terrestre (numérique ou analogique) et plusieurs opérateurs régionaux de DTTV<sup>71</sup>.

## D. La loi-cadre sur la concurrence

Les concentrations relatives au secteur de la télévision doivent être conformes d'une part à la loi-cadre sur la concurrence et d'autre part aux limites spécifiques au secteur imposées aux télédiffuseurs par la loi espagnole sur les médias, cette dernière fixant généralement des contraintes plus sévères que la précédente. Par ailleurs, les règles spécifiques aux médias s'appliquent à tous les télédiffuseurs, alors que seuls les regroupements d'entreprises des médias atteignant certains seuils doivent être notifiés aux autorités compétentes en matière de concurrence.

70) Voir l'article 3 de la loi 25/1994, sur la transposition dans le droit espagnol de la Directive 89/552/CEE ("Télévision sans frontières", 12 juillet 1994, ([http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/ley25\\_94.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/ley25_94.htm)) dans sa version amendée par la loi 22/1999 portant modification de la loi 25/1994, 7 juin 1999, ([http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/ley22\\_99.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/ley22_99.htm)).

71) En outre, cette entreprise pouvait également posséder ou contrôler simultanément des magazines, des droits télévisuels sur des films et des manifestations sportives, des systèmes propriétaires à accès conditionnel, des entreprises de télécommunications, des fournisseurs d'accès à Internet et/ou des fournisseurs de contenus (qui peuvent produire des programmes télévisés, des chaînes de cinéma et /ou des chaînes thématiques).

Même si les objectifs de ces deux systèmes sont distincts (la loi sur la concurrence vise à garantir une situation de libre concurrence sur le marché, tandis que les dispositions de la loi sur les médias relatives à la propriété ont pour but de préserver le pluralisme des médias), ils sont complémentaires dans de nombreux cas : s'il n'y a pas de libre concurrence sur le marché des médias, il est fort probable que le pluralisme des médias n'existe pas non plus. C'est pourquoi la nécessité de se doter de règles spéciales régissant la concentration sur le marché des médias et prévalant sur toutes les mesures de protection fournies par la loi sur la concurrence fait l'objet d'un large consensus.

## 1. La législation de 1989

Le système de contrôle des regroupements d'entreprises tel qu'il est défini par la *Ley 16/1989 de defensa de la competencia* (loi de protection de la concurrence)<sup>72</sup>, est clairement placé sous la tutelle du Gouvernement espagnol. Le *Ministerio de Economía* (ministre de l'Économie) décide d'approuver directement les cas transmis ou d'en référer au *Tribunal de Defensa de la Competencia* (tribunal de défense de la concurrence – TDC)<sup>73</sup>. Lorsqu'un dossier est transmis au TDC, cet organe indépendant prononce la plupart du temps un avis non exécutoire<sup>74</sup>, et c'est le Conseil des ministres qui adopte ensuite la décision finale : soit en approuvant l'opération (dans certains cas, cette autorisation est soumise à certaines conditions qui compensent les effets restrictifs éventuels)<sup>75</sup>, soit en l'interdisant.

## 2. Les regroupements d'entreprises sous la loi de 1989

De 1989 (date à laquelle la loi sur la protection de la concurrence a été adoptée) à 1999, il n'y avait aucun système de déclaration obligatoire des opérations de concentration. Pendant toute cette période, aucune concentration n'a été interdite par le Gouvernement et le Conseil des ministres n'a adopté que deux décisions concernant les regroupements d'entreprises du secteur des médias<sup>76</sup>.

### 2.1. Unión Radio (1994)

Dans le premier cas, *Unión Radio* (1994), il s'agissait de l'acquisition du contrôle du principal groupe de radio en Espagne, *Antena 3 Radio*, par *PRISA*, premier groupe de média espagnol, qui contrôlait déjà le second réseau radiophonique, *SER*, ainsi que plusieurs autres réseaux nationaux de radio. Même si ce cas n'affecte pas directement le marché de la télévision, il n'en fait pas moins jurisprudence dans ce secteur, car il constitue un précédent important dans l'application de la loi espagnole sur la concurrence à tout regroupement d'entreprises des médias.

Le nouveau groupe issu de ce regroupement contrôlait 60 % de la totalité des parts d'audience au niveau national et 60 % des revenus publicitaires nationaux. Cependant, le Gouvernement a décidé que le marché pertinent était la publicité dans les radios locales, puisque les concessions de radio FM ont une couverture locale. Le Gouvernement a annoncé cette définition du marché géographique en dépit du fait que presque tous les radiodiffuseurs locaux avaient passé des accords de constitution en réseau avec les groupes de radios nationales, de sorte que la plupart de leurs programmes étaient diffusés au niveau national et qu'une grande partie de leur revenus publicitaires étaient réalisés également au niveau national. Suivant sa définition du marché pertinent, le Gouvernement a approuvé cette opération de fusion<sup>77</sup> et il a seulement imposé quelques conditions relatives à certains marchés de radio locaux.

Cette décision avait été contestée auparavant par le *Tribunal Supremo* (Cour suprême) qui, six ans auparavant, avait prononcé l'annulation de la décision du Conseil des ministres en faveur de cette concentration<sup>78</sup>. Le *Tribunal Supremo* considérait que le Gouvernement, dans son évaluation des répercussions de ce regroupement, avait omis de prendre en compte la nécessité de garantir efficacement le principe constitutionnel fondamental du pluralisme des médias.

### 2.2 Cablevisión (1996)

Le second cas concerne *Cablevisión* (1996). En 1995, l'opérateur public de télécommunications *Telefonica* et la seule chaîne existante de télévision à péage en Espagne à cette époque, *Sogecable* (conjointement

72) Voir la loi 16/1989 relative à la protection de la concurrence du 17 juillet 1989, dans sa version amendée par le décret-loi 6/1999 sur les mesures d'urgence de libéralisation et de développement de la concurrence du 16 avril 1999 ; la loi 52/1999 portant modification de la loi sur la protection de la concurrence du 28 décembre 1999 ; et le décret-loi 6/2000, relatif à l'adoption de mesures d'urgence pour le développement de la concurrence sur les marchés de biens et de services du 23 juin 2000.

73) Voir les articles 14 et 15 de la loi sur la protection de la concurrence.

74) Voir l'article de la loi sur la protection de la concurrence.

75) Voir l'article 17 de la loi sur la protection de la concurrence.

76) Dans les deux cas, les parties ont opté pour notifier volontairement les accords significatifs relevant de joint-ventures de concentration car ces accords avaient été précédemment dénoncés par des tierces parties devant la TDC comme joint-ventures de coopération, ce qui avait soi-disant entraîné une pratique de concurrence concertée entre les entreprises concernées. Le Gouvernement avait finalement décidé que les deux opérations étaient effectivement des concentrations, ce qui impliquait qu'il conservait le pouvoir de statuer sur ces deux affaires dont les répercussions politiques étaient importantes.

77) Voir l'ordonnance sur la publication de la résolution du Conseil des ministres du 20 mai 1994 approuvant la fusion *Antena 3 Radio/SER/Unión Radio*, 2 juin 1994.

78) Voir l'arrêt du *Tribunal Supremo*, chambre administrative, M. Martínez Feret et autres contre le Conseil des ministres (résolution du 20 mai 1994 approuvant la fusion *Unión Radio*).

contrôlée par le premier groupe de médias espagnol, *PRISA*, et par *CANAL+ France*) ont conclu un accord de joint-venture, *Cablevisión*, combinant leurs activités sur le marché de la télévision par câble et celui des services à accès conditionnel pour la télévision numérique. Ce cas a été notifié par les parties au *Servicio de Defensa de la Competencia*, et le *Ministro de Economía* a décidé d'en référer au *TDC*. Dans un avis non exécutoire, le *TDC* considérait que l'opération envisagée ne constituait pas une concentration mais un accord contraire à la concurrence, au sens de l'article 81 du Traité CE. En outre, le *TDC* estimait que si cette opération était une concentration, elle devrait être interdite du fait de ses effets négatifs sur les marchés concernés, mais, étant donné qu'elle allait avoir une dimension communautaire, seule la Commission européenne était habilitée à se prononcer sur cette affaire<sup>79</sup>. Le Gouvernement espagnol décida de suivre l'avis du *TDC* et il approuva l'opération en la soumettant à certaines conditions<sup>80</sup>.

Néanmoins, la Commission européenne a décidé que cette opération avait une dimension communautaire et les parties ont finalement été obligées de notifier leur regroupement aux autorités européennes<sup>81</sup>. En juillet 1996, la Commission européenne a émis de sérieux doutes quant à la compatibilité de l'opération avec le marché commun. La Commission estimait que cette concentration pouvait fort bien avoir un effet de mainmise sur le marché et, en particulier, empêcher de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché de fourniture des services techniques (services à accès conditionnel pour la plupart)<sup>82</sup>.

Comme dans les cas de *MSG* (1994) ou de *NSD* (1995)<sup>83</sup>, la Commission européenne a également tenté d'empêcher les opérateurs en titre du secteur des télécommunications et des médias d'étendre leur position dominante sur de nouveaux marchés ou sur des marchés voisins. En novembre 1996, alors que la Commission européenne était sur le point d'interdire cette opération<sup>84</sup>, les parties concernées ont décidé de l'annuler. Il faut noter que cette concentration avait obtenu l'approbation du Gouvernement espagnol quelques mois plus tôt.

### 3. La législation de 1999

En 1999, le Gouvernement a amendé la loi sur la protection de la concurrence en introduisant un système de déclaration obligatoire en Espagne<sup>85</sup>. Le *Servicio de Defensa de la Competencia* doit désormais être informé des concentrations dès que l'une des conditions suivantes est remplie<sup>86</sup>.

- (1) la concentration aboutira à l'acquisition ou l'extension de 25 % des parts sur le marché ou dans une zone géographique délimitée,
- (2) le chiffre d'affaires global réalisé en Espagne par l'ensemble des entreprises concernées est supérieur à 40 000 millions ESP (240 millions d'Euros), sous réserve que le chiffre d'affaires global réalisé individuellement en Espagne par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 10 000 millions ESP (60 millions d'Euros).

Depuis l'amendement des dispositions relatives au contrôle des regroupements d'entreprises, en 1999, le Gouvernement s'est montré plus actif dans l'application de ces règles.

### 4. Les regroupements d'entreprises sous la loi de 1999

L'un des cas les plus significatifs depuis 1999 a été la fusion de deux grandes banques espagnoles, *Banco Bilbao Vizcaya (BBV)* et *Argentaria*. Ce regroupement a affecté plusieurs marchés, y compris celui de l'audiovisuel, sur lequel les deux banques interviennent directement ou indirectement.

Le Gouvernement a approuvé cette fusion, mais il a soumis sa décision à certaines conditions et obligations visant à limiter les effets anticoncurrentiels de ce regroupement sur certains marchés concernés<sup>87</sup>. Le Gouvernement a posé des restrictions à la participation simultanée de *BBVA* dans plus d'une entreprise leader sur certains marchés stratégiques, dont le marché des services par câble, de la radio, de la télévision à transmission terrestre non cryptée, de la télévision à péage et des droits télévisuels<sup>88</sup>. L'objectif du

79) Voir l'avis de la *TDC* sur le cas *Cablevisión*, Cas C-21, 1996.

80) Voir l'ordonnance sur la publication de la résolution du Conseil des ministres du 1<sup>er</sup> mars 1996 approuvant la fusion *Sogecable/Telefonica/Cablevisión* dMT a décidé d'ouvrir une enquête pour analyser la situation sur le marché. Voir la résolution de la *CMT* du 28 septembre 2000.

81) Voir la résolution du président du tribunal de première instance T-52/96R, *Sogecable/Comission*, 12 juillet 1996.

82) Voir le communiqué de presse de la Commission européenne IP/96/677 "La Commission lance une enquête approfondie sur *Cablevision*" du 22 juillet 1996.

83) Voir les Décisions de la Commission européenne dans les affaires *MSG Media Services* du 9 novembre 1994, IV/M.469, OJL 364 du 31 décembre 1994 et *Nordic Satellite Distribution* du 19 juillet 1995, OJL 53 du 2 mars 1996.

84) Voir le XXVI<sup>ème</sup> Rapport sur les règles de la concurrence - 1996, 1997, SEC (97) 628 final, paragraphes 150-151, pp. 74-75.

85) Voir le décret-loi 6/1999 sur les mesures d'urgence de libéralisation et de développement de la concurrence du 16 avril 1999.

86) Voir l'article 14 de la loi sur la protection de la concurrence dans sa version amendée par le décret-loi 6/1999.

87) Voir la résolution du Conseil des ministres approuvant la fusion *Argentaria/BBV* du 3 mars 2000.

88) Le Gouvernement distinguait un marché des "services par câble", différent des marchés de la télévision à péage, de la télévision terrestre non cryptée, de la téléphonie fixe, des téléservices ou des services Internet. Dans son avis sur l'affaire C-51, *Caja de Ahorros de Pamplona/Caja-Navarra*, 2000, la *TDC* fait également mention d'un "marché des services par câble". Les produits ou les services de ce marché ne sont pas clairement définis.

Dans le cas de *BBVA*, le Gouvernement a également distingué un marché des "droits télévisuels". Cette définition du marché semble trop large car, généralement, il est possible de faire la distinction entre différentes catégories de droits télévisuels (football, cinéma, productions indépendantes, etc.)

Gouvernement était d'éviter que des concurrents potentiels sur certains marchés clés soient contrôlés conjointement ou individuellement par le même groupe, ce qui pourrait aboutir à une politique concertée des entreprises alors qu'en temps normal, elles seraient en concurrence les unes avec les autres.

Conformément aux limites fixées par le Gouvernement, la banque *BBVA* peut détenir plus de 3 % des parts de capital dans une seule des cinq principales entreprises présentes sur l'un de ces marchés, et elle peut uniquement nommer les membres du conseil administratif de cette seule entreprise. En appliquant ces limites, le Gouvernement tiendra compte de la participation directe ou indirecte de *BBVA* au sein de toute entreprise leader sur les marchés mentionnés plus haut.

Cette concentration a affecté le marché de l'audiovisuel pour les raisons suivantes :

(1) *Argentaria* est l'un des principaux actionnaires de *Telefónica* (l'opérateur espagnol en titre des télécommunications, qui est lui-même principal actionnaire au sein du diffuseur de télévision à transmission terrestre non cryptée *Antena 3 TV* et de la plate-forme de télévision numérique à péage par satellite *Vía Digital*, et qui contrôle également 40 % d'*Audiovisual Sport*, la société qui gère les droits télévisés de la ligue espagnole de football) ;

(2) La *BBV* est le principal actionnaire de *Telefónica* et de *Sogecable* (qui gère un service de télévision terrestre à péage, *CANAL+*, et une plate-forme de télévision numérique à péage par satellite, *Canal Satélite Digital* ; par ailleurs, la *BBV* détient 40 % d'*Audiovisual Sport*).

Conformément aux limites imposées par le Gouvernement dans sa décision, la nouvelle *BBVA* sera sans doute obligée de réduire sa participation au sein de *Sogecable* ou de *Telefónica*, qui sont en concurrence mutuelle sur le marché de la télévision à péage<sup>89</sup>.

Il convient de noter que plusieurs regroupements ayant affecté le marché espagnol de la télévision avaient une dimension communautaire, et que, par conséquent, ils ont été contrôlés par la Commission européenne qui, jusqu'à présent, a pris davantage de décisions relatives aux fusions affectant le marché espagnol de la télévision que les autorités espagnoles chargées de la concurrence<sup>90</sup>.

## E. Restrictions spéciales

### 1. Propriété hors UE

Les restrictions appliquées à certains groupes (contrôle étranger, groupes politiques, religieux ou autres groupes d'intérêts) sont, dans la pratique, limitées à la non-appartenance à l'UE<sup>91</sup>.

Plusieurs dispositions spécifiques à certains secteurs comportent des restrictions à la propriété hors UE des médias :

L'article 19.2 de la loi sur la télévision privée dispose que les personnes morales ou physiques non ressortissantes de l'UE ou domiciliées à l'extérieur de l'UE ne seront autorisées à détenir des parts au sein de concessionnaires de télévision privée que selon le principe de réciprocité. Dans tous les cas, elles doivent se conformer aux limites à la propriété des médias applicables aux opérateurs de télévision privés. En vertu de l'article 19.1 de la loi sur la télévision privée, une entreprise ne peut avoir une participation directe ou indirecte qu'au sein d'un seul concessionnaire et cette participation ne peut excéder 49 % du capital).

Les restrictions relatives à la propriété hors UE, définies par l'article 198.2 de la loi sur la télévision privée, étaient initialement prévues pour s'appliquer uniquement aux opérateurs de télévision nationale analogique privée par voie terrestre, mais maintenant, elles sont également appliquées aux diffuseurs privés nationaux et régionaux de DTTV.

89) Ce regroupement d'entreprises ne sera pas seulement conforme aux limites imposées par le Gouvernement en application de la loi-cadre sur la concurrence : les entreprises doivent également respecter les limites spécifiques aux médias prévues par la loi de 1988 sur la télévision privée. Conformément à ces limites, une entreprise des médias ne peut détenir directement ou indirectement des parts qu'au sein d'un seul licencié et cette participation ne peut excéder 49 % du capital social. L'autorité qui est chargée de faire appliquer cette règle, le *Ministerio de Fomento*, a déclaré que la *BBVA* pouvait détenir des parts directement chez un licencié (*Sogecable*) et indirectement chez un second (*Antena Tres*, dont le principal actionnaire de *Telefonica*, dans laquelle *BBVA* exerce un contrôle). Cela signifie que *BBVA* dépasserait la limite légale interdisant à une société de détenir des parts chez plus d'un licencié. Afin de se conformer à cette limite, la *BBVA* devrait vendre ses parts de *Sogecable* ou de *Telefonica*. En mai 2000, la *BBVA* a décidé de revendre une part de ses actions *Sogecable*, en réduisant ainsi sa participation de 5 %, bien qu'il ne soit pas sûr que cela suffise à régler le problème juridique lié aux respect des limites imposées.

90) Voir le communiqué de presse de la Commission CE sur le cas *Cablevisión IP/96/677*, "La Commission ouvre une enquête approfondie sur Cablevisión", 22 juillet 1996 ; et les décisions de la Commission CE *Bankamerica / General Electric / Cableuropa* du 19 juin 97, IV/M.939 ; *Cable i Televisió de Catalunya (CTC)* du 28 janvier 1998, IV/M.1.022 ; *Cableuropa/Spainco/CTC* du 28 janvier 1998, IV/M.1091 ; *STET/GET/Madrid Cable* du 2 juin 1998, IV/M.1148 ; *Particitel/Cableuropa* du 31 juillet 1998, IV/M.1251 ; *Canal Plus/CDPQ/Bank of America/Numéricable*, IV/M.1327 ; *Kirch/Mediaset*, du 2 août 1999, IV/M.1574 ; *Bertelsmann/GBL/Pearson TV*, M.1958, du 29 juin 2000 ; *Telefonica/Endemol*, M.1943, du 11 juillet 2000 ; *Telecom Italia/Endesa/Fenosa*, M.1973, du 12 septembre 2000, et *Vivendi/CANAL+/Seagram*, M.2050, du 13 octobre 2000.

91) Dans certains pays, tels que la Grande-Bretagne, il existe certaines restrictions concernant les autorités municipales et les groupes religieux. En Espagne, l'une des deux concessions disponibles dans chaque localité pour la fourniture de services de télévision terrestre locale est réservée aux autorités municipales en vertu de la loi sur la télévision terrestre locale de 1995. D'autre part, l'Eglise espagnole contrôle *COPE*, un groupe de radio nationale qui détient la deuxième part d'audience et qui a également déposé un dossier en réponse à l'appel d'offres pour l'attribution de deux nouvelles concessions de télévision terrestre non cryptée numérique au niveau national, qui sera réglé en décembre 2000.



L'article 13 de la loi sur la télévision terrestre locale 41/1995 prévoit que seuls les ressortissants de pays de l'UE peuvent obtenir une concession de télévision terrestre locale. Si le concessionnaire est une personne morale, la participation des ressortissants de nationalité non communautaire ne dépassera pas, directement ou indirectement, 25 % des parts de capital.

L'article 4.2 de la loi sur les télécommunications par câble 42/1995 dispose que la participation des personnes physiques ou morales au sein des concessionnaires de télévision par câble sera conforme aux règles établies en la matière par :

(1) la réglementation espagnole sur les investissements étrangers (qui prévoit une procédure d'autorisation applicable, entre autres, aux secteurs de la radio et de la télévision en général) et

(2) la loi sur les télécommunications de 1987, qui a été remplacée par la loi-cadre sur les télécommunications de 1998. Aux termes de l'article 17.2 de la loi-cadre sur les télécommunications, les licences individuelles peuvent être attribuées à des personnes morales et physiques ayant la nationalité d'un pays de l'UE ou ayant la nationalité d'un pays signataire avec l'Espagne d'un accord international. Lorsque le concessionnaire est une entreprise ou une personne morale, la participation à son capital par des personnes physiques non ressortissantes d'un pays de l'UE ou par des personnes morales domiciliées à l'extérieur de l'UE ne pourra pas excéder 25 %, à moins qu'une telle participation ait fait l'objet de conventions internationales ou qu'elle soit autorisée selon le principe de réciprocité.

## 2. Droit de propriété des organismes politiques

Bien qu'il n'y ait aucune limite spécifique concernant la participation des organes politiques au sein des entreprises de radiodiffusion télévisée, les représentants élus (et leurs familles) ne sont pas aptes, conformément à la loi espagnole sur les attributions publiques, à passer des contrats avec l'Etat<sup>92</sup>. Cette disposition empêche ainsi les représentants élus et leurs familles d'obtenir des licences de radiodiffusion (indispensable pour la fourniture de services de télévision par câble ou terrestre), puisque tout concessionnaire doit passer un contrat avec l'Etat. Cependant, cette limite n'interdit pas expressément aux représentants élus ou à leurs familles de détenir des parts du capital d'entreprises ayant une participation au sein de concessionnaires de télévision.

# ANNEXE

## 1. Lois

### 1.1. La constitution espagnole

*Constitución española* du 27 décembre 1978 (Constitution espagnole), BOE du 29 décembre 1978 (N.B.: article 13 de la Constitution espagnole amendée le 27 août 1992).

Disponible en espagnol :

[http://vlex.com/es/legislacion/Derecho\\_Constitucional/Derechos\\_y\\_Deberes\\_Fundamentales/1](http://vlex.com/es/legislacion/Derecho_Constitucional/Derechos_y_Deberes_Fundamentales/1)

Disponible en anglais : [http://www.uni-wuerzburg.de/law/sp00000\\_.html](http://www.uni-wuerzburg.de/law/sp00000_.html)

### 1.2. La télévision terrestre

#### 1.2.1. La télévision terrestre nationale analogique

*Ley 10/1998, de Televisión Privada* du 3 mai 1988 (loi sur la télévision privée - LTVPr), BOE du 05 mai 1988.

Disponible en espagnol :

[http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/ley10\\_88.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/ley10_88.htm)

*LTVPr modificada por el art. 96 de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* du 30 décembre 1998 (LTVPr amendée par l'article 96 de la loi sur les dispositions fiscales et administratives et les affaires sociales), BOE du 31 décembre 1998.

Disponible en espagnol :

[http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley50\\_98.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley50_98.htm)

*LTVPr modificada por el art. 67 de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* du 29 décembre 1999 (LTVPr amendée par l'article 67 de la loi sur les dispositions fiscales et administratives et les affaires sociales), BOE du 30 décembre 1999.

Disponible en espagnol :

[http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley55\\_99.htm#a67](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley55_99.htm#a67)

*Real Decreto 951/1989, por el que se regula el Registro Especial de Sociedades Concesionarias para la gestión indirecta del servicio público esencial de televisión* du 28 juillet 1989 (décret sur la création du registre spécial des télévisions privées), BOE du 29 juillet 1989.

#### 1.2.2. La télévision terrestre locale analogique

*Ley 41/1995, de televisión local por ondas* du 22 décembre 1995 (loi sur la télévision privée locale - LTVLo), BOE du 27 décembre 1995. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/ley41\\_95/ley41\\_95.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/ley41_95/ley41_95.htm)

*Decreto Foral de Navarra 313/1996, por el que se regula el régimen jurídico de la gestión, mediante concesión administrativa, del servicio de televisión local por ondas terrestres en la Comunidad Foral de Navarra*, 9 septembre 1996 (décret de Navarre sur la télévision terrestre locale), BO Navarre du 23 septembre 1996.

*Decreto de Cataluña 320/1996, de regulación del régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres* du 01 octobre 1996 (décret de Catalogne sur la télévision terrestre locale), *DO Cataluña* du 14 octobre 1996.

*Decreto de Cataluña 111/1998, por el que se modifica el Decreto 320/1996, de regulación del régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres* du 12 mai 1998 (décret de Catalogne portant modification du décret 320/1996 sur la télévision terrestre locale), *DO Cataluña* du 19 mai 1998.

*Decreto de Castilla-La Mancha 54/2000, sobre el régimen jurídico de las televisiones locales por ondas* du 21 mars 2000 (décret de Castille-La Mancha sur la télévision terrestre locale), *DO Castilla La Mancha* du 25 mars 2000.

<sup>92</sup> Voir l'article 20.e) du décret législatif 2/2000 sur les attributions publiques, 16 juin 2000, ([http://es.derecho.org/boe//Junio\\_de\\_2000/21\\_de\\_Junio\\_de\\_2000/1](http://es.derecho.org/boe//Junio_de_2000/21_de_Junio_de_2000/1)).

*Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones* du 24 avril 1998 (loi-cadre sur les télécommunications – LGT), BOE du 25 avril 1998. Disponible en espagnol : <http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/lgt/indice.htm>

*LGT modificada por el los arts. 9 y 94 de la Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* du 30 décembre 1998 (LGT amendée par les articles 9 et 94 de la loi sur les dispositions fiscales et administratives et les affaires sociales), BOE du 31 décembre 1998. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley50\\_98.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley50_98.htm)

*LGT modificada por el art. 66 de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* du 29 décembre 1999 (LGT amendée par l'article 66 de la loi sur les dispositions fiscales et administratives et les affaires sociales), BOE du 30 décembre 1999. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley55\\_99.htm#a66](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley55_99.htm#a66)

### 1.2.3. La télévision terrestre numérique

*Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta – Régimen jurídico de la radiodifusión sonora digital terrenal y de la televisión digital terrenal – de la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* du 30 décembre 1997 (Quarante-quatrième disposition additionnelle – réglementation de la radiodiffusion audio-numérique et de la télévision terrestre numérique – de la loi 66/1997 sur les dispositions fiscales et administratives et les affaires sociales), BOE du 31 décembre 1997. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/da44.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/da44.htm)

*D.A. 44<sup>a</sup> de la Ley 66/1997 modificada por la Disposición Adicional Trigésima de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* du 30 décembre 1999 (44<sup>ème</sup> disposition additionnelle de la loi 66/1997 amendée par la trentième disposition additionnelle de la loi 55/1999 sur certaines dispositions fiscales et administratives et sur les affaires sociales), BOE du 30 décembre 1999. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley55\\_99.htm#da30](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley55_99.htm#da30)

*Real Decreto 2169/1998, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la televisión digital terrenal* du 9 octobre 1998 (décret d'approbation du plan technique national sur la télévision terrestre numérique), BOE du 16 octobre 1998. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/rd216998.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/rd216998.htm)

*Orden de 9 de octubre de 1998, por la que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del servicio de televisión digital terrenal* du 9 octobre 1998 (ordonnance ministérielle approuvant la réglementation de certains aspects techniques et la fourniture des services de télévision terrestre numérique), BOE du 16 octobre 1998. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/o91098.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/o91098.htm)

*Orden de 30 de diciembre de 1999, por la que se introduce una disposición adicional única en el Reglamento Técnico y de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrenal, aprobado por Orden del Ministerio de Fomento, de 9 de octubre de 1998, autorizando la emisión a las entidades adjudicatarias de las nuevas concesiones otorgadas para la prestación del servicio de televisión con tecnología digital terrenal, en régimen abierto y con carácter promocional, de uno de los programas cuya explotación se les permita* du 30 décembre 1999 (ordonnance ministérielle du 30 décembre 1999 sur l'introduction d'une disposition additionnelle à l'ordonnance ministérielle du 09 octobre 1998), BOE du 08 janvier 2000. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/o301299.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/o301299.htm)

*Disposición Adicional Tercera (coordinación de programas de televisión digital terrenal) del Real Decreto 1206/1999, por el que se modifica parcialmente el Real Decreto 1886/1996, de 2 de agosto, de estructura básica del Ministerio de Fomento* du 9 juillet 1999 Troisième disposition additionnelle (coordination des programmes de télévision terrestre numérique) du décret 1206/99 portant

partiellement amendement au décret 1886/1996 sur la structure du ministère du Développement (Ministerio de Fomento), BOE du 10 juillet 1999. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/rd1206\\_99\\_da3.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/rd1206_99_da3.htm)

### 1.3. La télévision par câble

*Ley 42/1995, de telecomunicaciones por cable* du 22 décembre 1995 (loi sur les télécommunications par câble – LTCable), BOE du 23 décembre 1995. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/cable/ley42\\_95.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/cable/ley42_95.htm)

*LTCable modificada por la Ley 12/1997, de liberalización de las telecomunicaciones* du 24 avril 1997 (LTCable amendée par la loi sur la libéralisation des télécommunications), BOE du 25 avril 1997. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley12\\_97.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley12_97.htm)

*LTCable derogada, "a excepción de lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión", por la Disposición Derogatoria de la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones* du 24 avril 1998 (LTCable abrogée, "sauf dans la mesure où elle fournit un régime au service de télédiffusion", par la clause d'annulation de la loi – cadre sur les télécommunications), BOE du 25 avril 1998. Disponible en espagnol : <http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/lgt/indice.htm>

*Real Decreto 2066/1996, por el que se aprueba el Reglamento Técnico y de Prestación del servicio de telecomunicaciones por cable* du 13 septembre 1996 (décret d'approbation de la réglementation des aspects techniques et relatif à la fourniture des services de télécommunications par câble), BOE du 26 septembre 1996. Disponible en espagnol : <http://www.setsi.mcyt.es/legisla/cable/rd206696/rd206696.htm>

*Real Decreto 1652/1998, por el que se aprueba el Reglamento de los Registros Especiales de Titulares de Licencias Individuales y de Titulares de Autorizaciones Generales para la prestación de servicios y para el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones (incluye Registro de Operadores de Cable)* du 24 juillet 1998 (décret relatif à la création de certains registres publics des détenteurs de licences individuelles et d'autorisations générales pour la fourniture de services de télécommunications et l'installation ou l'exploitation de réseaux de télécommunications – qui inclut le registre des câblo-opérateurs), BOE du 5 septembre 1998. Disponible en espagnol : <http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/rd165298/rd1652.htm>

*Ley de Cataluña 8/1996, de regulación de la programación audiovisual distribuida por cable* du 5 juillet 1996 (loi catalane sur la réglementation de la programmation audio-visuelle de la radiodiffusion par câble), *DO Cataluña* du 19 juillet 1996.

*Ley de Cataluña 8/1996 modificada por la Ley de Cataluña 2/2000, del Consejo Audiovisual de Cataluña* du 4 mai 2000 (loi catalane 8/1996 amendée par la loi catalane sur le Conseil catalan de l'audiovisuel), *DO Cataluña* du 8 juin 2000.

*Decreto de Cataluña 265/1997, que desarrolla aspectos de la Ley de Cataluña 8/1996 de regulación de la programación audiovisual distribuida por cable* du 17 octobre 1997 (décret catalan sur l'application de la loi catalane 8/1996 relative à la programmation audiovisuelle de la radiodiffusion par câble), *DO Cataluña* du 24 octobre 1997.

### 1.4. La télévision numérique par satellite et la réglementation des services à accès conditionnel pour la télévision numérique

*Ley 17/1997, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre de 1995, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector* du 3 mai 1997 (loi 17/1997 relative à l'application de la



Directive 95/45/CE sur les signaux de télévision), BOE du 06 mai 1997. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/ley17\\_97.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/ley17_97.htm)

*Real Decreto-Ley 16/1997, de modificación parcial de la Ley 17/1997, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre de 1995, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector* du 13 septembre 1997 (décret-loi 16/1997 sur l'amendement de la loi 17/1997 relative à l'application de la Directive CE 95/47/CE), BOE du 15 septembre 1997. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio\\_tv/rd16\\_97.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/radio_tv/rd16_97.htm)

## 1.5. Le droit de la concurrence

### 1.5.1. La loi-cadre sur la concurrence

*Ley 16/1989, de defensa de la competencia* du 17 juillet 1989 (loi sur la protection de la concurrence - LDC), BOE du 18 juillet 1989. Disponible en espagnol : [http://vlex.com/es/legislacion/Derecho\\_Mercantil/Derecho\\_de\\_la\\_Competencia/2](http://vlex.com/es/legislacion/Derecho_Mercantil/Derecho_de_la_Competencia/2)  
Version consolidée non officielle (juin 2000) Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/dgpedc/dc/ley.htm>

*LDC modificada por el Real Decreto-Ley 6/1999, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia* du 16 avril 1999 (LDC amendée par le décret-loi 6/1999 relatif aux mesures d'urgence de libéralisation et de développement de la concurrence), BOE du 17 avril 1999.

*LDC modificada por la Ley 52/1999, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* du 28 décembre 1999 (amendée par la loi 52/1999 portant amendement à la loi 16/1989 sur la protection de la concurrence), BOE du 29 décembre 1999. Disponible en espagnol : [http://es.derecho.org/boe//Diciembre\\_de\\_1999/29\\_de\\_diciembre\\_de\\_1999/1](http://es.derecho.org/boe//Diciembre_de_1999/29_de_diciembre_de_1999/1)

*LDC modificada por el Real Decreto-Ley 6/2000, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios* du 23 juin 2000 (décret-loi relatif à l'adoption de mesures d'urgence pour le développement de la concurrence sur les marchés des biens et des services), BOE du 24 juin 2000. Disponible en espagnol : [http://es.derecho.org/boe//Junio\\_de\\_2000/24\\_de\\_Junio\\_de\\_2000/5](http://es.derecho.org/boe//Junio_de_2000/24_de_Junio_de_2000/5)

### 1.5.2. Lois sur la concurrence spécifiques aux différents secteurs (services de télécommunications, audiovisuels et interactifs)

*Ley 12/1997, de liberalización de las telecomunicaciones* du 24 avril 1997 (loi sur la libéralisation des télécommunications), BOE du 25 avril 1997. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley12\\_97.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/ley12_97.htm)

*Ley 12/1997 modificada por la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones* du 24 avril 1998 (loi 12/1997 amendée par la loi-cadre sur les télécommunications), BOE du 25 avril 1998. Disponible en espagnol : <http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/lgt/indice.htm>

*Ley 12/1997 modificada por la Ley 52/1999, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* du 28 décembre 1999 (loi 12/1997 amendée par la loi 52/1999 portant amendement à la loi 16/1989 relative à la protection de la concurrence), BOE du 29 décembre 1999. Disponible en espagnol : [http://es.derecho.org/boe//Diciembre\\_de\\_1999/29\\_de\\_diciembre\\_de\\_1999/1](http://es.derecho.org/boe//Diciembre_de_1999/29_de_diciembre_de_1999/1)

*Real Decreto 1994/1996, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* du 6 septembre 1996, (décret 1994/1996 d'approbation de la régulation de la Commission du marché des télécommunications), BOE du 25 septembre 1996. Disponible en espagnol : [http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/rd1994\\_96.htm](http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/rd1994_96.htm)

*Orden de 9 de abril de 1997 por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* du 9 avril 1997 (ordonnance relative à la régulation interne de la Commission du marché des télécommunications), BOE du 11 avril 1997. Disponible en espagnol : <http://www.setsi.mcyt.es/legisla/teleco/o090497/orden.htm>

*Resolución de 31 de julio de 1998, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Circular 1/1998 sobre campañas publicitarias efectuadas en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, por los operadores que disfruten de una posición de dominio* du 31 juillet 1998 (résolution de la Commission du marché des télécommunications fixant des limites aux campagnes de publicité menées par des opérateurs ayant une position dominante sur les marchés des services de télécommunications, audiovisuels et interactifs), BOE du 31 août 1998. Disponible en espagnol : <http://www.cmt.es/cmt/circulares/index.htm>

## 2. Jurisprudence / Décisions administratives

### 2.1. La loi sur les médias

#### 2.1.1. Jurisprudence

*Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, PRISA/Ministerio de Fomento, Telefónica de España, S.A., Telefónica Multimedia, S.A., Antena 3 TV, S.A y Corporación Financiera Cajamadrid* du 29 juin 1999 (Jugement de l'Audiencia Nacional, chambre administrative, PRISA contre Ministerio de Fomento, Telefónica, Antena 3 TV et consorts)

#### 2.1.2. Décisions administratives significatives

*Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28.09.2000, por el que se aprueba la resolución sobre la solicitud de intervención presentada por Sogecable, S.A. relativa a la adopción de determinadas medidas para garantizar la libre competencia en la prestación de servicios de la sociedad de la información en el sector de la televisión digital de ámbito estatal y el derecho de los usuarios de acceder a la pluralidad de ofertas existentes en el mercado* du 28 septembre 2000 (résolution du CMT sur son intervention à la requête de Sogecable en lien avec l'adoption de certaines mesures de protection de la libre concurrence sur le marché de la DTTV). Disponible en espagnol : <http://www.cmt.es/cmt/document/decisiones/RE-00-09-28-06.html>

### 2.2. La loi-cadre sur la concurrence

#### 2.2.1. Jurisprudence

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera (Contencioso-Administrativo), recurso 533/94, M. Martín Ferrand, M. Miralles, L.A. De la Viuda, F. Jiménez Losantos, J.M. García, L. Herrero-Tejedor y P.J. Ramírez/Consejo de Ministros (Acuerdo de 20.05.1994, aprobación de concentración Unión Radio)* du 9 juin 2000 (jugement du Tribunal Supremo, chambre administrative, M. Martínez Ferrand et consorts contre le Conseil des ministres -résolution du 20.05.1994 approuvant le regroupement de Unión Radio)

#### 2.2.2. Décisions administratives

*Orden de 2 de junio de 1994 por la que se hace público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de maio de 1994 por el que conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, no procede oposición a la operación de concentración consistente en la cesión de la gestión por parte de "Antena 3 Radio, S.A." y de la "Sociedad Española de Radiodifusión, S.A." a favor de la "Sociedad de Servicios Radiofónicos Unión Radio, S.A." du 2 juin 1994 (ordonnance relative à la publication de la résolution du Conseil des ministres approuvant la fusion de Antena 3 Radio/SER/Unión Radio), BOE du 21 juin 1994. Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/tdc/Concen.Economicas/tdcoec13.htm>*

*Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), Expdte. C 13, Unión Radio, 1994*  
(avis du TDC sur l'affaire Unión Radio).  
Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/tdc/Concen.Economicas/tddcoec13.htm>

*Orden de 14 de marzo de 1996 por la que se hace público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de marzo de 1996, por el que conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, se aprueba la operación de concentración de Cablevisión, subordinando su aprobación a la observancia de determinadas condiciones* du 14 mars 1996  
(ordonnance relative à la publication de la résolution du Conseil des ministres approuvant la fusion de Sogecable/Telefonica/Cablevisión), BOE du 29 mars 1996.  
Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/tdc/Concen.Economicas/tddcoec21.htm>

*Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), Expdte. C 21, Cablevisión, 1996*  
(avis du TDC sur l'affaire Cablevisión).  
Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/tdc/Concen.Economicas/tddcoec21.htm>

*Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2000, por el que, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de determinadas condiciones la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la fusión por absorción de Argentaria Caja Postal y Banco Hipotecario, S.A., por el Banco Bilbao Vizcaya, S.A. du 3 mars 2000*  
(résolution du Conseil des ministres approuvant la fusion de Argentaria/BBV). Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/dgpedc/dc/n033.htm>

*Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), Expdte. C 47, BBVA, 1999* (avis du TDC sur l'affaire BBVA).  
Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/tdc/Concen.Economicas/tddcoec47.htm>

*Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de maio de 2000, por el que, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 b) de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de determinadas condiciones la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la toma de control por parte de Antena 3 Televisión, S.A. de la sociedad Movierecord Cine, S.A. du 26 mai 2000* (résolution du Conseil des ministres approuvant la fusion de Antena 3 TV/ Movierecord). Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/dgpedc/dc/n027.htm>

*Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), Expdte. C 46, Antena 3 TV/Movierecord, 2000*  
(avis du TDC sur l'affaire Antena 3 TV/Movierecord).  
Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/tdc/Concen.Economicas/tddcoec46.htm>

*Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de maio de 2000 por el que, conforme a lo dispuesto en la letra a) del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia, se decide no oponerse a la operación de concentración económica consistente en la fusión por absorción de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Pamplona por la Caja de Ahorros de Navarra* du 26 mai 2000 (résolution du Conseil des ministres approuvant la fusion de Caja de Ahorros de Pamplona/CajaNavarra).  
Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/dgpedc/dc/n039.htm>

*Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), Expdte. C 51, Caja de Ahorros de Pamplona/CajaNavarra, 2000* (avis du TDC sur l'affaire Caja de Ahorros de Pamplona/CajaNavarra).  
Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/tdc/Concen.Economicas/tddcoec51.htm>

*Concentración Telefonica Media/Uniprex, Expdte. N-025, notificada 21.10.1999; aprobación tácita 22.11.1999*  
(fusion de Telefonica Media/Uniprex - Onda Cero, notifiée le 21 octobre 1999 ; réputée approuvée le 22 novembre 1999). Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/dgpedc/dc/notifica.htm>

*Concentración Telefonica Media/Cadena Voz, Expdte. N-042, notificada 22.12.1999; aprobación tácita 23.01.2000*  
(fusion de Telefonica Media/Cadena Voz Radio, notifiée le 22 décembre 1999 - réputée approuvée le 23 janvier 2000). Disponible en espagnol : <http://www.mineco.es/dgpedc/dc/notifica.htm>

### 3. Autorités de régulation

Ministerio de Ciencia y Tecnología -  
Secretaría de Estado de Telecomunicaciones  
y para la Sociedad de la Información (SETSI)  
(Ministère des Sciences et Technologies -  
Secrétariat d'Etat aux Télécommunications  
et pour une Société de l'Information)  
Palacio de Comunicaciones -  
Calle Alcalá, 50 - 28071 MADRID  
Tél. : +34 91 346 15 00  
<http://www.setsi.mcyt.es/>

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)  
(Commission du marché des télécommunications)  
Calle Alcalá, 37 - 28014 MADRID  
Tél. : +34 91 372 43 00 -  
E-mail : [cmt@cmt.es](mailto:cmt@cmt.es)/[audiovisual@cmt.es](mailto:audiovisual@cmt.es)  
<http://www.cmt.es>

Consejo Audiovisual de Cataluña (CAC)  
(Conseil catalan de l'audiovisuel)  
C/ Gravina 1, 1er - 08001 BARCELONA  
Tél. : +34 93 270 12 30 -  
E-mail : [audiovisual@correu.gencat.es](mailto:audiovisual@correu.gencat.es)  
<http://www.gencat.es/cac/>

Départements des Gouvernements des 17 communautés indépendantes : Andalousie, Aragón, Asturies, Baléares, Pays Basque, Canaries, Cantabrie, Catalogne (sauf pour les compétences relevant de la CAC), Castille-La Mancha, Castille-León, Communauté de Valence, Extrémadure, Galicie, Madrid, Murcie, Navarre, La Rioja ; plus les deux villes indépendantes de Ceuta et Melilla :

- Andalousie :  
Consejería de Presidencia -  
Dirección General de Información Social  
Calle Alfonso XII, 17-19 - 41001 SEVILLA  
Tél. : +34 955 035 201

- Aragón :  
Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes -  
Dirección General de Transportes y Comunicación  
Paseo María Agustín, 36 - 50071 ZARAGOZA  
Tél. : +34 976 715 438

- Asturies :  
Consejería de Infraestructuras y Política Territorial -  
Dirección General de Transportes y Telecomunicaciones  
Calle Coronel Aranda, 2, 4º - 33005 OVIEDO  
Tél. : +34 985 105 524

- Cantabrie :  
Consejería de Industria, Turismo, Trabajo y  
Comunicaciones -  
Dirección General de Transportes y Comunicaciones  
Calle Burgos, 11, 3ª planta - 39008 SANTANDER  
Tél. : +34 942 236 303

-Castille La Mancha :  
Consejería de Obras Públicas -  
Dirección General de Telecomunicaciones  
Calle Cristo de la Vega, s/n - 45071 TOLEDO  
Tél. : +34 925 266 118

- Castille León :  
Consejería de Fomento -  
Dirección General de Telecomunicaciones  
C/ Rigoberto Cortejoso, 14 - 47014 VALLADOLID  
Tél. : +34 983 419 418

- Extrémadure :  
 Consejería de Educación, Ciencia y Tecnología –  
 Dirección General de Telecomunicaciones  
 Calle Vespasiano, 8 – 06800 MERIDA (BADAJOZ)  
 Tél. : (924) 381 497

- Galicie :  
 Consejería de Educación, Comunicación Social y Turismo –  
 Dirección General de Comunicación Social y Audiovisual  
 Ed. San Caetano,s/-15704 SANTIAGO (A CORUÑA)  
 Tél. : +34 981 541 246 / 981 544 381

- Canarias :  
 Consejería de Presidencia –  
 Dirección General de Comunicaciones e Informática  
 Avd. José Manuel Guimerón, 8 –  
 38071 SANTA CRUZ DE TENERIFE  
 Tél. : +34 922 476 549

- Baléares :  
 Consejería de Innovación y Energía –  
 Dirección General de Tecnología y Comunicaciones  
 Calle San Pedro, 7 –  
 07012 PALMA DE MALLORCA (BALEARES)  
 Tél. : +34 971 176 490

- Madrid :  
 Consejería de Presidencia –  
 Servicio de Radiodifusión y Televisión  
 Puerta del Sol, 7, 1ª planta – 28013 MADRID  
 Tél. : +34 91 580 28 14

- Murcie :  
 Consejería de Tecnología, Industria y Comercio –  
 Dirección General de Tecnologías y Telecomunicaciones  
 Calle Isidoro de la Cierva, 10 – 30001 MURCIA  
 Tél. : +34 968 225 290

- Navarre :  
 Consejería de Obras Públicas,  
 Transporte y Telecomunicaciones –  
 Dirección General de Transportes y Telecomunicaciones  
 Avda. San Ignacio, 3, 6º – 31002 Pamplona (NAVARRA)  
 Tél. : +34 948 427 404

- Pays-Basque :  
 Consejería de Hacienda y Administración Pública –  
 Dirección General de Informática y Telecomunicaciones  
 Calle Donosti-San Sebastián, 1 –  
 01010 VITORIA-GASTEIZ (ALAVA)  
 Tél. : +34 945 018 522

- La Rioja :  
 Consejería de Desarrollo Autonómico y Administraciones  
 Públicas – Secretaría General Técnica –  
 Sección de Ordenación de las Telecomunicaciones  
 Calle Vara del Rey, 3 – 26071 LOGROÑO (LA RIOJA)  
 Tél. : +34 941 291 130

- Valence :  
 Conselleria de Presidencia–  
 Dirección General de Telecomunicaciones y Modernización  
 Calle Miguelete, 5, 3ª planta – 46001 VALENCIA  
 Tél. : +34 963 866 319

- Ceuta :  
 Presidencia –  
 Viceconsejería de Presidencia y Telecomunicaciones  
 Plaza de Africa, s/n – Palacio de la Asamblea –  
 51001 CEUTA  
 Tél. : +34 956 528 225

- Melilla :  
 Jefatura Provincial de Inspección de las  
 Telecomunicaciones – Secretaría de Estado de  
 Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información –  
 Ministerio de Ciencia y Tecnología  
 Calle Pablo Vallescas, 20, 1º – 52001 MELILLA  
 Tél. : +34 952 678 494

Ministerio de Economía –  
 Secretaría General de Política Económica y Defensa de la  
 Competencia – Servicio de Defensa de la Competencia (SDC)  
 (Secrèrariat général de la politique économique  
 et de la défense de la concurrence –  
 Service de défense de la concurrence )  
<http://www.mineco.es/dgpedc/dc/index.htm>

+ Subdirección General de Concentraciones –  
 (commission de la concentration)  
 Paseo de la Castellana 162 – 28046 MADRID  
 Tél. : +34 91 583 51 67

Tribunal de Defensa de la Competencia  
 (Tribunal de défense de la concurrence - TDC)  
 Avenida Pio XII, 17 – 28016 MADRID  
 Tél. : +34 91 353 05 10  
<http://www.mineco.es/tdc/tdc.htm>

#### 4. Bibliographie

- Ariño, G., De La Cuétara, J. M., Y Aguilera, L.:  
*Las telecomunicaciones por cable.  
 Su regulación presente y futura*, 1996
- Arnaldo Alcubilla, E y Montejo Velilla, S. (Coords.),  
*Telecomunicaciones por cable*, 2000
- Baño León, J. M.: “La ordenación del mercado de  
 la televisión y el papel de las autoridades españolas  
 de la competencia”, en S. Muñoz Machado (Dir.), *Derecho  
 europeo del audiovisual*, 1997
- Calvo Díaz, G. (Dir.): *El nuevo marco jurídico de las  
 telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales*, 1999
- Conde, J.: “El Reglamento de las Telecomunicaciones  
 por Cable”, en J. Cremades,  
*Derecho de las telecomunicaciones*, 1997
- De La Quadra Salcedo, T.: “Informe preliminar sobre  
 el régimen jurídico del audiovisual”,  
 en VVAA, *El régimen jurídico del audiovisual*, 2000
- De La Quadra Salcedo, T.: “Los programadores indepen-  
 dientes y el Estatuto de la empresa audiovisual”,  
 en S. Muñoz Machado (Dir.),  
*Derecho europeo del audiovisual*, 1997
- Escobar De La Serna, L.: *Derecho de la información*, 1998
- Escobar Roca, G.: “La difícil consecución del pluralismo  
 informativo”, *La Ley*, Año XXI, nº 5181, 10.11.2000
- Escobar Roca, G.: “Libertad de expresión,  
 pluralismo y derecho a la competencia en España”,  
*Cuadernos Iberoamericanos de Derecho de la Información  
 y de la Comunicación*, nº 1, 2000
- Escobar Roca, G.: “¿Quién debe controlar la televisión”,  
 en J.F. Merino y M. Pérez-Ugena (Coord.),  
*Régimen de las telecomunicaciones*, 1997
- Fernández Farreres, G.: *El paisaje televisivo en España*,  
 1997
- García Casillejo, A.: “La CMT como regulador  
 del mercado de los servicios audiovisuales”,  
*Asociación de Autocontrol de la Publicidad*, sept. 1998
- Grupo De Regulación De Las Telecomunicaciones (GRETTEL):  
*Convergencia, competencia y Regulación en los Mercados de  
 las Telecomunicaciones, el Audiovisual e Internet*, 2000
- Laguna De Paz, J.C.: *Televisión y competencia*, 2000
- Laguna De Paz, J. C.: *Régimen jurídico de la televisión  
 privada*, 1994
- Martín, Y Pérez De Nanclares, J.:  
*La Directiva de Televisión*, 1995
- Montero, J.J. Y Brokelmann, H.: *Telecomunicaciones y  
 televisión - La nueva regulación en España*, 1999
- Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado –  
 Tomo III: La Televisión*, 1998
- Pérez Gómez, A.: “Las concentraciones de medios de  
 comunicación”, *Quadern del Consell de l'Audiovisual de  
 Catalunya*, nº 7, marzo 2000
- Pérez Gómez, A.: *El régimen jurídico de la concentración  
 de medios de comunicación en la Unión Europea*,  
 1999, 346 pp.

Pérez Gómez, A.: *Estudio comparado sobre las normas aplicables a las concentraciones de medios de comunicación – Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y España*, 2000, 695 pp. (Tesis doctoral – finalizada, pero aún no publicada)

Rallo Lombarte, A.: *Pluralismo informativo y Constitución*, 2000

Sánchez De Diego Fernández De La Riva, M.: “Concentración informativa y libertad de información”, en P. Farias y M. Sánchez de Diego (Coords.), *Las libertades informativas en el mundo actual*, 1999

Sanabria Martín, F.: “Concentración empresarial, libertad informativa y diversidad de contenidos en los medios de comunicación”, en VVAA, Manuel Fraga. *Homenaje académico*, Vol. II, 1997

Sánchez Tabernero, A. y Corredoira, L.: *Transparencia y control de los medios informativos - Informe sobre la situación española y perspectiva europea*, 1994

Solozábal Echevarría, J.J.: “La ordenación jurídica de la televisión en España”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 1993, nº 5

Souviron Morenilla, J.M.: *Derecho público de los medios audiovisuales: radiodifusión y televisión*, 1998

Vallés Copeiro Del Villar, A.: “Legislación española sobre concentración de los medios de comunicación social”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 6, 1994.





# ITALIE

**Prof. Roberto Mastroianni**

*Università degli studi di Firenze*

**Dr. Maja Cappello**

*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*

## A. La concentration horizontale des médias

### 1. Définition du marché de la télédiffusion

En introduisant une définition générale du marché pertinent, la *Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*<sup>1</sup> (loi sur les communications du 31 juillet 1997, n° 249) traite le thème de la concentration des médias. L'article 2, paragraphe 1, dispose ce qui suit :

“Dans les secteurs de la radiodiffusion et de la télédiffusion, également sous leur forme la plus développée, réalisé avec tous moyens techniques de publication multimédia, y compris les moyens électroniques et les sources de financement connexes, tout acte ou comportement ayant pour objet ou pour effet la création ou le maintien d'une position dominante par un seul sujet, y compris des sujets contrôlés ou affiliés, est interdit.”

Le marché de la télédiffusion est ainsi défini en termes très généraux de façon à inclure tous moyens de transmission de signaux de télédiffusion et sans distinction entre télédiffusion publique et privée ou même entre télévision gratuite ou à péage. L'objectif principal d'une définition générale a été d'éviter la situation dans laquelle l'évolution constante de nouvelles technologies nécessiterait de continuelles mises à jour des dispositions relatives à la concentration des médias.

Généralement, les fusions et les acquisitions qui entraînent des concentrations interdites par l'article 2, paragraphe 1, ne peuvent être autorisées et tous les sujets opérant dans le secteur des communications tel que défini ci-dessus doivent communiquer à la *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (Autorité italienne de régulation des communications) ou à la *Autorità garante della concorrenza e del mercato* (Autorité de la concurrence) les accords et concentrations dans lesquels ils sont impliqués.

### 2. Contenu de la législation en vigueur

En se référant particulièrement au marché de la télédiffusion selon une perspective plus étroite, la loi sur les communications combine deux seuils relatifs au nombre de concessions et de parts de capital/revenus des actions.

L'article 2, paragraphe 6 de la loi sur les communications prévoit qu'un seul sujet, ou plusieurs sujets contrôlés par ou affiliés à des sujets, qui à leur tour contrôlent d'autres titulaires de concessions, ne peuvent détenir de concessions ou d'autorisations qui leur permettent de couvrir plus de 20 %, respectivement, des réseaux de radio ou de télévision analogique et des programmes de télévision ou de radio numériques transmis sur des fréquences de diffusion hertziennes conformément au plan national d'attribution des fréquences. Si l'on considère que les canaux de fréquences disponibles sont au nombre de onze, et que trois d'entre eux sont attribués au concessionnaire public, aucun sujet ne peut donc détenir plus de deux chaînes de télévision.

L'article 2 de la loi sur les communications limite ainsi la définition plus générale de la *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*<sup>2</sup> (loi sur les médias du 6 août 1990, n° 223). Selon l'article 15, paragraphe 4 de la loi sur les médias, aucun sujet n'a été autorisé à détenir plus de 25 % du nombre total des concessions disponibles pour la télédiffusion et la radiodiffusion hertziennes nationales et en aucun cas plus de trois chaînes nationales.

Cette disposition, dans la mesure où elle se référerait aux concessions de télédiffusion nationale, a été jugée inconstitutionnelle à la lumière du principe de liberté de l'information contenu dans l'article 21 de la Constitution<sup>3</sup>. Toutefois, l'ordonnance n'a jamais eu d'effet pratique puisque la Cour a maintenu les mesures transitoires prévues par une loi ultérieure de 1992. Par la suite, la nouvelle loi sur les communications n° 249/97 a permis aux diffuseurs commerciaux en question de garder le contrôle de trois chaînes jusqu'à ce qu'un développement substantiel de moyens alternatifs de transmission ait lieu. En ce qui concerne plus particulièrement la concentration horizontale des médias, les dispositions contenues dans la loi sur les communications doivent être considérées comme ayant remplacé celles établies par la loi sur les médias et déclarées inconstitutionnelles, puisqu'elles introduisent de nouvelles limites pour la même situation.

1) *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 31 juillet 1997, n° 177, *Supplemento Ordinario*, [http://www.agcom.it/L\\_naz/L\\_249.htm](http://www.agcom.it/L_naz/L_249.htm)

2) *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 9 août 1990, n° 185, *Supplemento Ordinario*, [http://www.agcom.it/L\\_naz/L223\\_90.htm](http://www.agcom.it/L_naz/L223_90.htm)

3) Tribunal constitutionnel, jugement n° 420/94 du 7 décembre 1994.



Une conclusion différente pourrait devoir être tirée pour les cas de concentration diagonale des médias (voir ci-dessous partie C).

Outre les limites ci-dessus mentionnées, l'article 2 de la loi sur les communications introduit pour la première fois des seuils basés sur les revenus des actions, tandis que les limites antérieures relatives aux concentrations dans le secteur de la télédiffusion n'étaient liées qu'à une proportion calculée sur les concessions disponibles en fonction du plan national d'attribution des fréquences.

L'article 2, paragraphe 8, lettre a) se réfère à tous les diffuseurs ayant des concessions de télévision sur le plan national qui ont le droit de fournir des services de télévision publique ou des services cryptés, ou les deux, par voie de transmission hertzienne. Ils peuvent augmenter les revenus pour une action ne dépassant pas 30 % des ressources du secteur de la télévision calculés sur une base intérieure en ce qui concerne la télédiffusion cryptée et hertzienne. Les ressources prises en compte sont des revenus provenant des frais d'autorisation de diffusion collectés par le Trésor public pour financer le service public et de la publicité nationale.

Différents seuils s'appliquent aux sujets auxquels l'autorisation pour la télédiffusion par câble ou satellite a été délivrée. Conformément à l'article 2, paragraphe 8, lettre c), ils peuvent collecter des revenus représentant au maximum 30 % des ressources totales du secteur de la télédiffusion nationale retransmettant par câble ou par satellite.

En référence aux sujets auxquels des concessions de radio ont été délivrées pour la couverture nationale du territoire, l'article 2, paragraphe 8, lettre b) leur permet de collecter leurs ressources économiques provenant de revenus obtenus par la publicité et le parrainage pour un quota ne dépassant pas 30 % des ressources totales collectées dans le secteur de la radio.

Le calcul des revenus globaux des acteurs du marché de la télédiffusion est réalisé au moyen d'un questionnaire qui est envoyé chaque année par l'Autorité de régulation des communications aux diffuseurs et aux annonceurs. Plus précisément, un questionnaire est envoyé au concessionnaire public, un second aux diffuseurs privés à la fois locaux et nationaux et un troisième aux annonceurs. Les questionnaires sont destinés à collecter les informations suivantes :

- revenus dérivés par les concessionnaires publics du financement public ;
- revenus globaux dérivés de la diffusion de publicité, de téléachat et de parrainage ;
- revenus dérivés d'accords avec des institutions publiques pour la retransmission de programmes ou de messages d'informations particuliers ;
- revenus dérivés des services de télévision à péage ;
- revenus dérivés par les annonceurs de la vente de publicité, de téléachat et d'espaces de parrainage.

Les réponses fournies par les diffuseurs et les annonceurs ont valeur de déclarations entraînant la responsabilité pénale des parties, qui peuvent justifier une action légale par l'Autorité de régulation des communications en cas d'informations fausses ou incorrectes. L'Autorité peut dans tous les cas vérifier les informations en contrôlant les budgets publics des parties.

### 3. Remèdes légaux

Conformément à l'article 2, paragraphe 7 de la loi sur les communications n° 249/97, si l'une des limites quantitatives spécifiées est atteinte en vertu d'accords ou par le biais de nouvelles situations de concentrations, l'Autorité de régulation des communications prendra les mesures appropriées. En règle générale, lorsque l'Autorité de régulation des communications établit l'existence d'une position dominante qui résulte d'accords, de fusions et d'acquisitions entraînant des concentrations d'entreprises ou de la croissance spontanée d'une entreprise (dans les limites décrites dans le paragraphe suivant), elle a également autorité pour imposer des sanctions aux diffuseurs concernés. Les sanctions peuvent consister en une ordonnance de séparation des entreprises ou des capitaux communs et peuvent être appliquées même en cas de croissance spontanée après le 1<sup>er</sup> août 1997 si elle entraîne une position dominante qui élimine ou porte atteinte au pluralisme.

Étant donné le changement radical de la définition desdits seuils suscité par la loi sur les communications en comparaison avec ceux établis par la législation précédente, l'article 2, paragraphe 9 de la loi sur les communications introduit une exception pour la première application de cette disposition – après le 1<sup>er</sup> août 1997 – dans le but de garantir une mise en œuvre graduelle des nouveaux seuils. L'article 2, paragraphe 9 dispose qu'aucune sanction ne sera imposée si une position dominante est obtenue en raison de la croissance spontanée de l'entreprise en question, à condition que cette croissance ne crée pas une position dominante et n'élimine ni ne porte atteinte à la concurrence ou au pluralisme. Il est également exigé que le sujet en question ait commencé ses activités dans le secteur de la radio et de la télévision avant le 1<sup>er</sup> août 1997, date d'entrée en vigueur de la loi sur les communications n° 249/97. Dans ces cas, l'Autorité de régulation des communications, en s'appuyant sur une décision correctement fondée et après avoir informé le Parlement, n'entreprendra pas d'action comme cela est prévu par l'article 2, paragraphe 7.

Pour les besoins de l'évaluation qui doit être effectuée avant la date de délivrance ou de renouvellement des concessions ou autorisations, l'Autorité invitera les sujets concernés à prouver, pendant une durée prédéterminée et sur la base de documents pertinents, que leur position dominante ne doit pas être considérée comme interdite par la loi.

Les sociétés concernées ont donc l'opportunité de prouver que la part obtenue est inférieure aux limites définies par l'article 2, paragraphe 8 ou que, bien que les limites de l'article 2, paragraphe 8 aient été dépassées en ce qui concerne le marché de référence, ce fait en lui-même ne leur procure pas une position dominante. En déterminant le marché de référence, les sociétés doivent tenir compte, entre autres, de l'existence de contraintes techniques, économiques ou juridiques lors de l'entrée sur le marché de référence, de la possibilité d'accès à des facteurs de production, et de la taille et du nombre des concurrents existants. Dans tous les cas, il appartiendra à l'Autorité de régulation des communications de réaliser toutes les études nécessaires pour déterminer les faits exacts concernant la situation en question.

L'Autorité de régulation des communications a appliqué ces règles pour la première fois en adoptant la décision n° 365/00/CONS du 13 juin 2000<sup>4</sup> qui a établi l'existence de positions dominantes sur le marché de la télédiffusion hertzienne. Comme cela a déjà été mentionné, conformément à l'article 2, paragraphe 8 de la loi sur les communications, une position dominante est présumée lorsqu'un diffuseur gagne plus de 30 % des ressources économiques du secteur de la télédiffusion.

Le 2 décembre 1999, l'Autorité de régulation des communications a entamé une analyse du marché italien de la télédiffusion en référence à l'année 1997 et a notifié le début d'une procédure préliminaire aux deux principaux diffuseurs italiens, la Rai et la RTI, ainsi qu'à leurs annonceurs, Sipra et Publitalia, dans le but de vérifier s'ils avaient dépassé les seuils fixés par la loi sur les communications. Dans sa décision, l'Autorité de régulation des communications a établi que les deux unités économiques séparées – Rai & Sipra et RTI et Publitalia – avaient toutes deux dépassé les seuils, mais que leurs positions sur le marché, bien que dominantes, avaient été atteintes par le biais d'une croissance spontanée de leurs entreprises sans porter atteinte à la concurrence ou au pluralisme.

Après avoir informé le Parlement, l'Autorité de régulation des communications a décidé de réaliser rapidement une analyse plus générale du marché de la télédiffusion, en se concentrant particulièrement sur les facteurs suivants : distribution des ressources technologiques et économiques, accès aux facteurs de production, nombre, puissance et audience des entreprises du marché pertinent, et impact du multimédia et des technologies numériques. L'analyse est toujours en cours et les résultats seront probablement publiés au début de l'année 2001.

#### **4. Justifications et politique**

Le choix de combiner les seuils basés sur le nombre de concessions et sur les revenus d'actions a été motivé par le fait qu'un seuil basé uniquement sur le nombre de concessions, quoique utile pour mesurer, sur le marché de la diffusion gratuite, l'impact sur le pluralisme, ne semblait pas correspondre à la disponibilité d'un nombre potentiellement infini de chaînes en raison des progrès technologiques.

La méthode alternative consistant à mesurer la concentration basée sur les parts d'audience a été écartée durant les débats parlementaires.

## **B. La concentration verticale des médias**

La législation italienne ne contient aucune disposition spécifique concernant la concentration verticale des médias. Les diffuseurs peuvent par exemple être propriétaires d'archives de films ou de décodeurs destinés à la télévision numérique, à condition qu'il ne soit pas porté atteinte à la libre concurrence. Par conséquent, les règles de concurrence ordinaires s'appliqueront aux accords ou aux opérations de concentration potentiels impliquant des opérateurs du secteur de la télédiffusion (voir ci-dessous partie D).

## **C. La concentration diagonale des médias**

### **1. Contenu de la législation en vigueur**

#### **1.1. Propriété croisée entre les diffuseurs et la presse**

a) Le corps législatif italien a réglementé la propriété croisée entre les diffuseurs et la presse pour la première fois par la loi sur les médias n° 223/90 (voir ci-dessus partie A). Conformément à l'article 15, paragraphe 1 de la loi sur les médias, les règles sont nécessaires pour éviter la formation de positions dominantes dans le secteur des communications de masse. L'article 15, paragraphe 1 de la loi sur les médias a appliqué les limitations suivantes pour les opérateurs impliqués à la fois dans la publication de presse et la télédiffusion :

Une société publiant des journaux, dont la circulation totale est supérieure à 16 % de la circulation nationale totale, n'est pas autorisée à détenir une concession pour la télédiffusion nationale de chaînes de télévision hertzienne (lettre a) ;

Une société publiant des journaux, dont la circulation totale est supérieure à 8 % de la circulation nationale totale, n'est pas autorisée à détenir plus d'une concession pour la télédiffusion nationale de chaînes de télévision hertzienne (lettre b) ;

4) [http://www.agcom.it/provv/D365\\_00\\_CONS.htm](http://www.agcom.it/provv/D365_00_CONS.htm)

Une société publiant des journaux, dont la circulation totale est inférieure à 8 % de la circulation nationale totale, n'est pas autorisée à détenir plus de deux concessions pour la télédiffusion nationale de chaînes de télévision hertzienne (lettre c) ;

Ces dispositions ne s'appliquent que dans le cas de sujets possédant en propriété croisée des sociétés de télédiffusion et des sociétés publiant des journaux. Elles ne s'appliquent pas aux périodiques. La loi sur les médias n° 223/90 ne prévoit pas de limitations spécifiques pour la propriété croisée de sociétés de publication et d'autres canaux de communication, dont la télévision par câble et par satellite.

b) On ne sait pas encore très bien si les dispositions contenues dans la loi sur les médias n° 223/90 décrites à la lettre a) sont toujours applicables. Ceci est dû au fait que la loi sur les communications n° 249/97, mentionnée ci-dessus, bien qu'elle ne couvre pas expressément le sujet de la propriété croisée, prévoit un seuil général différent basé sur les revenus économiques des sociétés opérant sur le marché des communications de masse. L'article 2, paragraphe 8, lettre d) de la loi sur les communications dispose :

"Les sujets qui détiennent des parts dans des sociétés opérant dans les secteurs de la télédiffusion et radiodiffusion et la publication de journaux / magazines sont autorisés à collecter, en tant que total des revenus provenant des deux secteurs, des revenus ne dépassant pas 20 % de la somme totale des ressources obtenues par la publicité, les frais du téléachat, les parrainages, les revenus provenant d'accords avec des organismes publics, du financement du service public, des revenus de l'offre de la télévision à péage, des ventes et des abonnements aux journaux et magazines, du marché de la publication électronique pour la consommation des ménages (...)"

De ce fait, la question est de savoir si l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions a implicitement abrogé les règles de propriété croisée prévues par la loi sur les médias n° 223/90. La question n'a pas encore été résolue. Selon certains, les nouvelles règles contenues dans la loi sur les communications n° 249/97, en introduisant de nouveaux seuils basés sur la collecte de revenus, rendent obsolètes les anciennes règles basées sur la propriété. D'autres avancent que les deux ensembles de règles couvrent des sujets différents, si bien qu'ils pourraient tous deux être appliqués dans le cas de sociétés opérant sur les deux marchés.

### 1.2. Propriété croisée entre opérateurs de télédiffusion et de radiodiffusion

La loi sur les médias n° 223/90 prévoyait une limitation de la propriété horizontale des réseaux de télévision et de radio privés. Comme cela a déjà été mentionné, conformément à l'article 15, paragraphe 4, un sujet n'est pas autorisé à détenir plus de 25 % d'un nombre global de concessions disponibles pour la télédiffusion et la radiodiffusion nationales par voie hertzienne. Dans tous les cas, un même sujet ne peut posséder plus de trois chaînes nationales. Cette disposition a été interprétée comme s'appliquant également à la propriété croisée de télédiffusion et de radiodiffusion, avec pour résultat que le nombre d'autorisations ne pourrait dépasser trois.

La loi sur les communications n°249/97 qui, on le rappellera, prévoit des seuils basés sur les revenus des actions, introduit de nouvelles dispositions concernant la propriété croisée. Elle se réfère expressément aux radiodiffuseurs dans une disposition relative à la concentration horizontale. L'article 1, paragraphe 8, lettre d) précédemment mentionné, prévoit un seuil général impliquant à la fois des opérateurs radio et télévision, tandis qu'une autre partie du même article couvre les limites concernant les radiodiffuseurs uniquement<sup>5</sup>.

### 1.3. Règles concernant les annonceurs

La loi sur les communications n° 249/97 prévoit également des règles anticongestion destinées à empêcher l'intégration des marchés de la télévision et de la publicité. L'article 2, paragraphe 8, lettre e) prévoit que les annonceurs concessionnaires ne peuvent pas accumuler des ressources dans les secteurs de la radio et de la télévision dépassant les limites prévues dans les lettres précédentes du même article (voir ci-dessus). Elle inclut également des limites spécifiques dans le cas d'annonceurs concessionnaires d'opérateurs de télévision et de radio. La disposition précise :

"Les concessionnaires de publicité peuvent accumuler des ressources financières dans les secteurs de la radio et de la télévision dans une mesure qui ne doit pas dépasser les parts indiquées aux lettres a), b), c) et d). Le concessionnaire de publicité, contrôlé par ou affilié à un sujet auquel une concession ou une autorisation de radiodiffusion ou de télédiffusion a été attribuée peut collecter de la publicité également pour d'autres sujets auxquels des concessions ont été attribuées à un niveau local, dans les limites fixées par la première phrase de la présente lettre et à condition que ladite société ou ledit sujet concessionnaire collecte des publicités exclusivement pour le concessionnaire ou le sujet autorisé qui le contrôle ou auquel il est lié."

En général, il convient de souligner que, conformément au paragraphe 10 de l'article 2 de la loi sur les communications n° 249/97, toutes les limites fixées par le paragraphe 8 ne s'appliquent pas aux sujets détenant des concessions de télévision ou de radio pour les fréquences de diffusion hertzienne ou une autorisation d'offrir des services de télévision à péage via câble ou satellite, dans les cas où la concession est attribuée pour la diffusion d'une seule chaîne nationale.

5) Conformément à l'Art. 1, para. 8, lettre b): "Les sujets auxquels des concessions radio ont été attribuées pour la couverture nationale du territoire peuvent collecter des ressources économiques provenant des revenus obtenus par la publicité et le parrainage pour un quota ne dépassant pas 30 % des ressources totales obtenues dans le secteur de la radio. Pour le développement initial du secteur, l'Autorité peut fixer un quota concernant la collecte de ressources économiques supérieur à celui établi dans la présente lettre."

## 2. Remèdes légaux

Si l'on considère que les limitations établies à l'article 15 de la loi sur les médias n° 223/90 sont toujours applicables (comme cela a été mentionné ci-dessus, la question n'est toujours pas résolue), les recours juridictionnels disponibles sont ceux prévus par l'article 31, paragraphe 6 de la même loi. Cette disposition permet à la *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (avant l'entrée en vigueur de la loi sur les communications n° 249/97, la compétence revenait à la *Garante per la radiodiffusione e l'Editoria*), de prendre les mesures appropriées en cas d'infraction. L'Autorité de régulation des communications exige d'abord que les sujets qui dépassent les seuils éliminent la situation illégale dans un délai d'un an au maximum. En cas de non-respect, la concession du sujet en question peut être révoquée par le ministère des Communications sur proposition de l'Autorité de régulation des communications (article 31, paragraphe 7). En cas d'infraction aux règles prévues à l'article 2, paragraphe 8 de la loi sur les communications n° 249/97, cette dernière prévoit l'intervention de l'Autorité de régulation des communications conformément aux règles déjà mentionnées ci-dessus (article 2, paragraphes 7 et 9 : voir partie A).

## 3. Justifications et politique

La politique sous-tendant les limites incluses dans la loi sur les communications n° 249/97 est clairement énoncée à l'article 2, paragraphe 1, qui prévoit en termes généraux l'objectif des dispositifs anticoncentration (voir partie A). Étant donné le raisonnement général de la loi et le fait que celle-ci considère le secteur des communications en tant que marché "intégré", il est interdit de créer ou de maintenir une position dominante en ce qui concerne les parts combinées occupées dans les secteurs de la télévision, de la radio et de la presse.

## D. Le droit de la concurrence

### 1. Interaction entre les règles spécifiques aux médias et le droit de la concurrence

Dans la législation italienne, les limitations prévues pour les opérateurs de télévision par la législation spécifique concernant le marché des communications ne sont pas exclusives au regard de la loi sur la concurrence générale.

Pour la loi sur la concurrence, cela découle clairement de la formulation de l'article 20 de la *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*<sup>6</sup> (loi sur la concurrence du 10 octobre 1990, n° 287) selon lequel l'application des règles de cette loi ne déroge à aucune des règles spécifiques pour le secteur de la télédiffusion et de la radiodiffusion, nonobstant le fait que les règles législatives spécifiques puissent en théorie déroger aux règles de la loi sur la concurrence générale. Outre les règles spécifiques concernant le pluralisme, les règles énoncées dans les articles 81 et 82 du Traité européen protégeant la concurrence sont également applicables aux diffuseurs dans les cas où des accords entre entreprises ou l'abus de position dominante ont une pertinence européenne (c'est-à-dire portant atteinte au fonctionnement du marché interne).

Il est généralement accepté que les deux ensembles de règles (loi sur la concurrence générale et législation spécifique) régissent des situations différentes. En général, tandis que la première cherche à éviter l'abus de position dominante, la seconde interdit la formation de ce type de position et la considère comme illégale en soi dans la mesure où elle limite le droit des citoyens à être informés. De plus, la loi anticoncentration générale n'intervient que dans les cas de concentrations réalisées par le biais de fusion et d'acquisition, et ne couvre pas les comportements différents tels que la création d'une nouvelle chaîne ou la production d'un nouveau produit éditorial, qui pourraient tous deux interférer avec le principe de pluralisme.

Ainsi, par exemple, il se pourrait bien qu'un comportement qui est compatible avec les articles 2 et 3 de la loi sur la concurrence (qui étendent les dispositions des articles 81 et 82 du Traité européen aux situations intérieures) puisse être considérée comme illégal par l'Autorité de régulation des communications selon les règles spécifiques incluses dans la loi sur les communications n° 249/97.

En d'autres termes, il est clair que le simple fait qu'un opérateur puisse détenir une influence et une position forte et prédominante sur un marché donné ne répond pas aux conditions d'atteinte à la concurrence au sein du marché. Seul l'abus de cette prédominance, visant à éliminer ou à restreindre la concurrence, peut être défini comme une pratique commerciale injuste au titre de la loi sur la concurrence générale. Afin d'atteindre les objectifs spécifiques de la politique des communications, il est donc nécessaire d'appliquer des règles spécifiques dont l'objectif est d'éviter l'acquisition d'une position dominante en tant que telle.

Dans la loi sur les communications n° 249/97, ceci est reconnu non seulement dans les dispositions spécifiques concernant les seuils applicables aux opérateurs monomédia et multimédias (article 2, paragraphe 8, mentionné ci-dessus), mais également dans les règles qui :

- prévoient que tous actes, opérations entraînant une concentration et accords, qui sont en conflit avec les interdictions établies par le présent article, sont nuls et non avenue (article 2, paragraphe 2) ;
- exigent que les sujets opérant dans les secteurs indiqués à l'article 2, paragraphe 1 (voir partie A) communiquent à l'Autorité de régulation des communications et à l'Autorité de la concurrence, les accords et opérations concernant la concentration de médias dans lesquels ils sont impliqués.

6) *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 13 octobre 1990, n° 240, *Supplemento ordinario*, <http://www.agcm.it/tema0351.htm>

Ainsi la même opération est soumise à un double contrôle selon des paramètres différents établis par la loi sur la concurrence générale et la loi sur les communications n° 249/97 (article 2, paragraphe 3) ;

L'Autorité de régulation des communications contrôle les tendances et les développements des marchés en ce qui concerne les secteurs auxquels il est fait référence à l'article 2, paragraphe 1, et rendra publics les résultats des enquêtes menées sous forme de rapports annuels spécifiques (article 2, paragraphe 4).

## 2. Définition du marché de la télédiffusion

La définition du marché pertinent de la télédiffusion dans les dispositions spécifiques de la loi sur les communications n° 249/97 est établie dans le texte de l'article 2, paragraphe 8. Comme cela a déjà été décrit (voir partie A), la loi prévoit des règles applicables au marché de la télédiffusion en tant que tout (c'est-à-dire sans tenir compte des moyens de transmission des signaux télévisuels) ainsi que des règles anticoncentration pour tout segment spécifique (diffusion hertzienne traditionnelle, télévision par câble et satellite).

Quant à l'application de la loi sur la concurrence n° 287/90, aucune définition spécifique du marché pertinent n'émerge du texte de cette loi. Toutefois, la définition suit les règles générales prévues par les articles 2 et 3 de la loi sur la concurrence n° 287/90 ainsi que par les articles 81 et 82 du Traité de Rome (applicables, respectivement, aux questions anticoncentration de compétence nationale et européenne) tels qu'interprétés par les tribunaux et autorités administratives nationaux et européens (l'Autorité de la concurrence italienne et la Commission européenne).

## 3. Quand une position de marché dominante est-elle établie ou étendue ?

La loi sur la concurrence n° 287/90 prévoit dans son article 2, concernant les accords restreignant la liberté de concurrence, que :

"1. Ce qui suit doit être considéré comme accords : consentements et/ou pratiques concertées entre entreprises, et toutes décisions prises par des consortiums, associations d'entreprises et autres entités similaires, même s'ils sont adoptés conformément à leurs articles ou statuts.

2. Les accords sont interdits entre entreprises qui ont pour objet ou effet d'empêcher, de restreindre ou de porter atteinte de manière mesurable à la concurrence sur le marché national ou sur une part importante de celui-ci, incluant ceux qui :

- a) fixent directement ou indirectement les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions contractuelles ;
- b) limitent ou restreignent la production, les débouchés de marché ou les accès au marché, les investissements, les développements techniques ou les progrès technologiques ;
- c) partagent les marchés ou les sources d'offre ;
- d) appliquent à d'autres partenaires commerciaux des conditions objectivement différentes pour des transactions équivalentes, leur imposant de ce fait un désavantage concurrentiel injustifiable ;
- e) soumettent l'exécution de contrats à l'acceptation par d'autres parties d'obligations supplémentaires qui, de par leur nature ou conformément à la pratique commerciale, n'ont aucun lien avec l'objet desdits contrats.

3. "Les accords interdits sont nuls et non avenus."

Eu égard à la définition de la concentration, l'article 5 prévoit ce qui suit :

"1. Une concentration sera considérée comme ayant eu lieu lorsque :

- a) deux ou plusieurs entreprises fusionnent ;
- b) une ou plusieurs personnes contrôlant au moins une entreprise ou une ou plusieurs entreprises, acquièrent le contrôle direct ou indirect du tout ou d'une partie d'une ou plusieurs entreprises, que ce soit par l'acquisition d'actions ou de capital ou par contrat ou par tout autre moyen ;
- c) deux ou plusieurs entreprises créent une coentreprise en établissant une nouvelle société.

2. Le contrôle d'une entreprise ne sera pas considéré comme ayant été acquis dans le cas d'une banque ou d'une institution financière qui acquiert des actions dans une entreprise lorsqu'elle est établie ou lorsque son capital-actions est augmenté, dans le but de les revendre sur le marché, à condition qu'elle n'exerce aucun droit de vote acquis dans ces titres lors de leur possession ; la période de possession ne doit en aucun cas dépasser 24 mois.

3. Les opérations qui ont pour principal objet ou effet la coordination des actions d'entreprises indépendantes ne constituent pas des concentrations."

L'article 6 interdit les concentrations restreignant la libre concurrence. Plus précisément, l'Autorité de la Concurrence examinera les opérations liées à des concentrations dans le but de déterminer si elles créent ou renforcent une position dominante sur le marché intérieur avec pour effet d'éliminer ou de restreindre de manière mesurable la concurrence à long terme. Pour exercer ce contrôle, l'article 16 de la loi requiert que les opérateurs notifient à l'Autorité de la Concurrence les opérations entraînant des concentrations d'une importance particulière. Ce seuil est atteint si le chiffre d'affaires intérieur global combiné de toutes les entreprises concernées dépasse LIT 500 milliards ou si le chiffre d'affaires intérieur global de l'entreprise qui doit être acquise dépasse LIT 50 milliards.



Les opérations notifiées seront examinées en tenant compte des possibilités de substitution disponibles pour les fournisseurs et les utilisateurs, de la position sur le marché des entreprises commerciales, des conditions d'accès aux offres ou aux marchés, de la structure des marchés pertinents, de la position concurrentielle de l'industrie intérieure, des barrières à l'entrée d'entreprises concurrentes et de l'évolution de l'offre et de la demande pour les biens ou services pertinents.

Si l'investigation montre que l'opération entraîne des effets restrictifs sur le marché libre, l'Autorité de la concurrence peut soit interdire la concentration soit l'autoriser tout en stipulant les mesures nécessaires pour empêcher de telles conséquences.

#### 4. Remèdes légaux

Dans le cas d'une infraction aux règles de concurrence générale sur le marché de la télévision, l'ensemble des recours établis par la loi nationale et européenne est applicable. Les concurrents peuvent intenter une action devant le *Tribunale Civile* (tribunal civil) puisque les articles 2 et 3 de la loi sur la concurrence produisent des effets directs sur les relations entre individus et devant l'Autorité de la concurrence. Les destinataires de la décision de l'Autorité de la concurrence qui souhaitent contester l'incompatibilité de leur comportement au regard des articles 2 et 3 de la loi sur la concurrence n° 287/90 peuvent faire appel devant le *Tribunale amministrativo regionale* (tribunal administratif). Si la pratique en question a une dimension européenne, et tombe ainsi dans le champ des articles 81 et 82 du Traité européen, la Commission des Communautés européennes et les tribunaux nationaux seront en principe compétents pour la traiter. De plus, la loi sur la concurrence, telle que modifiée par les *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 1994*<sup>7</sup> (loi des Communautés européennes 1994, du 6 février 1994, n° 52), permet à l'Autorité de la concurrence italienne d'appliquer les articles 81 et 82 du Traité européen.

Il convient également de rappeler que les règles procédurales divergent respectivement dans le cas d'une infraction présumée aux lois sur la concurrence européenne et nationale. Dans le premier cas, les parties privées peuvent déposer une plainte devant un *Tribunale* (tribunal) dont la décision peut être contestée devant la *Corte d'Appello* (cour d'appel) et enfin, mais seulement sur des questions de droit, devant la *Corte di Cassazione* (Cour de cassation). Dans le second cas, l'article 33 de la loi sur la concurrence n°287/90 requiert que les plaignants contestent la décision devant la cour d'appel jugeant en première instance ; un appel peut ensuite être déposé devant la Cour de cassation, mais une fois encore uniquement sur des questions de droit.

#### E. Restrictions spéciales

La législation italienne ne contient aucune limite spécifique pour des groupes cibles particuliers, mais limite la possibilité de détenir des concessions pour la diffusion nationale de chaînes de télévision hertzienne à des sociétés établies en Italie ou dans l'Union européenne. Conformément à l'article 3, paragraphe 2 de la loi sur les communications n° 249/97, les sujets ayant la citoyenneté ou la nationalité d'un Etat qui n'est pas membre de l'Union européenne peuvent contrôler des sociétés à la condition que ces Etats garantissent des conditions de réelle réciprocité avec l'Italie, sans préjudice des dispositions découlant des accords internationaux.

<sup>7</sup> Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, 10 février 1994, n° 34, *Supplemento ordinario*, <http://www.agcm.it/tema0354.htm>

## ANNEXE

### 1. Lois

*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo* (Lois sur les communications) du 31 juillet 1997, n° 249, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 31 juillet 1997, n° 177, *Supplemento ordinario*, disponible à l'adresse [http://www.agcom.it/L\\_naz/L\\_249.htm](http://www.agcom.it/L_naz/L_249.htm)

*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato* (Loi sur la concurrence) du 10 octobre 1990, n° 223, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, du 13 octobre 1990, n° 240, *Supplemento Ordinario*, disponible à l'adresse <http://www.agcm.it/tema0351.htm>

*Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato* (Loi sur les médias) du 6 août 1990, n° 223, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, du 9 août 1990, n° 185, *Supplemento ordinario*, disponible à l'adresse [http://www.agcom.it/L\\_naz/L223\\_90.htm](http://www.agcom.it/L_naz/L223_90.htm)

### 2. Jurisprudence/Décisions administratives

Décision de la *Corte Costituzionale* (Tribunal constitutionnel) du 7 décembre 1994, n° 420, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, p. 3716, disponible à l'adresse <http://www.aer.it/associati2/giurispru/INDICECRONOLOGICO/05-071194%20sent.htm>

Décision de l'*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (Autorité de régulation des communications) n° 365/00/CONS du 13 juin 2000, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 14 juillet 2000, n° 163, *Supplemento ordinario*, disponible à l'adresse [http://www.agcom.it/provv/D365\\_00\\_CONS.htm](http://www.agcom.it/provv/D365_00_CONS.htm)

### 3. Autorités de régulation

Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Autorité de régulation des communications)  
Centro Direzionale - Isola B5 - Torre Francesco  
I-80143 Napoli  
Tél. +39081 7507111  
Fax +39081 7507616  
<http://www.agcom.it>

Autorità garante della concorrenza e del mercato (Autorité de la concurrence)  
Via Liguria, 26  
I-00187 Roma  
Tél. +3906 481621  
Fax +3906 48162256  
<http://www.agcm.it>

### 4. Bibliographie

V. Roppo - R. Zaccaria, *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano 1991

Lamberti, *L'informazione televisiva tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 1997

R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 1998

G. Santaniello (dir), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XXVIII, *Informazione e telecomunicazione*, Padova, 1999

N. Lipari - E. Bocchini - S. Stammati, *Sistema radiotelevisivo e autorità per le telecomunicazioni*, Padova, 2000

# FRANCE

**Partie B, D et E : Laurence GIUDICELLI**

*Avocat à la Cour, Paris*

**Partie A, C et E : Emmanuel DERIEUX**

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)*

*Conseiller de la rédaction de Légipresse*

## A. La concentration horizontale des médias

### 1. Définition du marché de la télédiffusion

Sans pour autant considérer qu'il s'agit de "marchés", il n'en est pas moins vrai que la législation française anti-concentration dans le secteur de la communication audiovisuelle - la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (dite "la loi du 30 septembre 1986") - distingue la radiotélévision publique, à laquelle elle ne s'applique pas, et la radiotélévision privée, à laquelle elle s'applique exclusivement.

Certains éléments du dispositif anti-concentration, à défaut de constituer un ensemble très cohérent et rigoureux, considèrent de manière différente la télévision hertzienne, terrestre ou par satellite, et la radio-télévision par câble. La dimension nationale ou régionale (couvrant une zone géographique dont la population est, pour la télévision "nationale", supérieure ou, pour la télévision "régionale", inférieure à 6 millions d'habitants) est un autre critère qui entre en ligne de compte et se combine avec les premiers.

La loi du 1<sup>er</sup> août 2000, modifiant la loi du 30 septembre 1986, a introduit, s'agissant notamment de certains éléments du dispositif anti-concentration, la fameuse distinction entre télévision en mode analogique et télévision en mode numérique.

### 2. Contenu de la législation en vigueur

Les règles anti-concentration se composent à la fois de limitations quant à la participation au capital d'un opérateur dans une entreprise de communication audiovisuelle et à la prise de participation dans plusieurs sociétés du même secteur, et de limitations quant au cumul des autorisations. Les dispositions de la loi du 30 septembre 1986 dont il est question dans les sections suivantes sont applicables de manière cumulative.

#### 2.1. Part de capital

Les dispositions de la loi du 30 septembre 1986 (modifiée) déterminent la part de capital d'une société exploitant un service de télévision qu'une même "personne" (qui est le plus souvent une société, filiale d'un grand groupe de communication, industriel ou financier) peut détenir :

- pour un service de télévision par voie hertzienne terrestre de dimension nationale (plus de 6 millions d'habitants), cette limite est, aux termes de l'article 39-I de la loi, de 49 % du capital (avant la modification introduite par la loi du 1<sup>er</sup> février 1994, elle était de 25 %) ;
- pour un service de télévision par voie hertzienne terrestre de caractère régional (moins de 6 millions d'habitants), cette limite est, aux termes de l'article 39-III de la loi, de 50 % du capital ;
- cette même limite de 50 % du capital est retenue pour les services de télévision par satellite (article 39-III de la loi).

#### 2.2. Nombre d'autorisations

Dans le cadre du dispositif anti-concentration, l'article 41 de la loi du 30 septembre 1986 (modifié notamment par la loi du 1<sup>er</sup> août 2000) détermine le nombre d'autorisations d'exploitation de services de télévision dont une même "personne" (société) peut être titulaire :

- une seule pour un service de télévision par voie hertzienne terrestre, de caractère national, en mode analogique (art 41, al. 2) ;
- le titulaire d'une telle autorisation pour un service de télévision par voie hertzienne terrestre, de caractère national, en mode analogique, ne peut, dans le même temps, se voir accorder une autre autorisation pour un service de même nature, régional ou local, en métropole (plusieurs autorisations de ce type peuvent lui être accordées en outre-mer) (art. 41, al. 2) ;
- le titulaire d'une telle autorisation pour un service de télévision par voie hertzienne terrestre, de caractère national, en mode analogique pourra, aux termes des dispositions introduites par la loi du 1<sup>er</sup> août 2000, se voir accorder jusqu'à cinq autorisations d'exploitation de services de ce type en mode numérique (quatre seulement en cas de reprise, en mode numérique, du programme diffusé en mode analogique) (art. 41, al. 3) ;
- une même "personne" (société) peut se voir accorder deux autorisations d'exploitation de services de télévision par satellite (art. 41, al. 4) ;

- s'agissant de services de télévision par voie hertzienne terrestre, en mode analogique ou numérique, de caractère régional ou local, une même "personne" (société) peut se voir accorder plusieurs autorisations si le total des utilisateurs desservis n'atteint pas six millions d'habitants (art. 41, al. 5 et 6) ;
- le titulaire d'une autorisation d'exploitation d'un service de télévision par voie hertzienne terrestre, en mode analogique ou numérique, de caractère régional ou local ne peut se voir accorder plus d'une autorisation dans la même zone (art. 41, al. 7 et 8) ;
- s'agissant de télévision par câble, une même personne peut être titulaire de plusieurs autorisations tant que la population des zones desservies ne dépasse pas 8 millions d'habitants (art. 41, al. 9).

### 2.3. Prises de participation dans plusieurs sociétés du même secteur

Au-delà de certains seuils, la possibilité, pour une même "personne", de détenir des parts de capital de plusieurs sociétés de télévision par voie hertzienne se trouve, du moins dans certains secteurs, limitée :

- s'agissant de services de télévision par voie hertzienne terrestre, de caractère national, en mode analogique, aux termes de l'article 39-I de la loi du 30 septembre 1986, si une personne détient plus de 15 % du capital d'une première société, sa participation au capital d'une seconde société du même secteur doit être inférieure à 15 % ; si elle détient plus de 5 % de deux de ces sociétés, sa participation dans une troisième devra être inférieure à 5 % ;
- s'agissant de services de télévision par satellite, aux termes de l'article 39-II de la loi du 30 septembre 1986, si une personne détient plus du tiers du capital d'une première société, sa participation au capital d'une seconde société du même secteur doit être inférieure au tiers ; si elle détient plus de 5 % de deux de ces sociétés, sa participation dans une troisième devra être inférieure à 5 %.

## 3. Mesures applicables en présence des éléments de concentration

Le contrôle du respect de ce dispositif anti-concentration - qui vise l'ensemble des éléments de concentration - s'avère en réalité, fort délicat. Cela tient d'abord à la complexité du dispositif lui-même et ensuite, sans doute, à la possibilité de création de sociétés ou "personnes" multiples et de prises de participation indirectes. Cela tient également au moment auquel un tel contrôle peut ou doit être effectué et à l'autorité à laquelle cette mission est confiée. La multiplication et la diversification de ces instances ou autorités sont probablement, tout à la fois, la cause et la conséquence d'un affaiblissement relatif de ces contrôles. Toutefois, en l'absence de sanction il n'y a pas de véritable obligation.

S'agissant des obligations relatives aux sociétés ou structures, les articles 74 à 76 de la loi du 30 septembre 1986 déterminent, au titre des "dispositions pénales", les peines encourues par ceux qui n'auraient pas respecté les obligations relatives à la transparence (informations à fournir au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), caractère nominatif des actions, interdiction du prête-nom). Sans transparence, pourtant, aucun contrôle du respect du dispositif anti-concentration et des garanties du pluralisme n'est véritablement possible.

L'article 77 de la loi du 30 septembre 1986 détermine également la peine encourue par "quiconque aura contrevenu aux dispositions de l'article 39 ou de l'article 40", qui déterminent les parts de capital qu'une même personne ou société peut détenir dans une ou plusieurs sociétés exploitant des services de communication audiovisuelle.

De cet arsenal répressif, on ne connaît pas, en réalité, beaucoup d'exemples d'application.

Le respect des dispositions relatives au pluralisme doit normalement constituer un des éléments essentiels de l'examen du dossier de candidature, effectué par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), au moment de l'octroi des autorisations d'exploitation. Les modifications intervenues dans le régime de propriété ou de répartition du capital doivent être, sinon soumises à son autorisation, du moins être portées à sa connaissance (art. 38 de la loi du 30 septembre 1986). Le non-respect du dispositif anti-concentration justifierait le refus d'accorder une autorisation ou le retrait d'une telle autorisation (une des modalités d'exercice du pouvoir de sanction du CSA qui, pour l'essentiel, trouve plutôt à s'appliquer en cas de manquement aux obligations relatives aux programmes). Il n'est pas sûr, cependant, que l'instance de régulation (le CSA) ait tous les moyens de connaissance et d'appréciation de la réalité de la composition et de la situation des différents groupes financiers au regard de ce dispositif anti-concentration.

## 4. Idée directrice du législateur

Dans sa décision du 18 septembre 1986, préalable à la promulgation de la loi du 30 septembre 1986, le Conseil constitutionnel a considéré que "le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; que le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie ; que 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 audiovisuelle n'était pas à même de disposer (...) de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents".

L'article 39 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 (aboli par la loi du 30 septembre 1986) disposait : "Une même personne ne peut acquérir une participation ayant pour effet de porter, directement ou indirectement, sa part à plus de 25 % du capital d'une société privée titulaire d'une autorisation relative à un service de télévision par voie hertzienne, dès lors que ce service dessert l'ensemble du territoire métropolitain de la France."

Le Conseil constitutionnel a rétorqué que "l'article 39 de la loi n'interdit nullement à une même personne d'être titulaire d'une participation pouvant aller jusqu'à 25 % du capital de plusieurs sociétés privées titulaires chacune d'entre elles d'une autorisation relative à un service de télévision par voie hertzienne desservant l'ensemble du territoire métropolitain" et que "cet article n'édicte aucune limitation quant à la participation d'une même personne au capital de sociétés titulaires d'autorisations de service de télévision par voie hertzienne sur des parties du territoire."

Il a également fait remarquer que "...ni l'article 31, ni aucune autre disposition de la loi ne déterminent de limitation à l'octroi à une même personne d'autorisations concernant la radiotélévision par câble ..."

Le Conseil constitutionnel s'est encore prononcé sur une autre disposition anti-concentration, à savoir l'article 41 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 : cet article ne prenait "...pas en compte dans les limitations qu'il édicte, la situation des personnes titulaires d'autorisation de radiodiffusion sur les grandes ondes ..." et ne limitait "pas davantage la possibilité pour une même personne d'être titulaire, simultanément, d'autorisations d'usage de fréquences pour la diffusion de services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre, et d'autorisations pour l'exploitation de services de télévision diffusés par voie hertzienne..." et parce qu'il prohibait "le cumul par une même personne de deux autorisations dans une même zone géographique, sans faire obstacle à ce qu'une même personne puisse éventuellement se voir accorder, dans le même temps, une ou plusieurs autres autorisations permettant la desserte de l'ensemble du territoire, soit au titre d'un service national, soit par le biais d'un réseau de services locaux..."

Pour cette raison, le Conseil constitutionnel a déclaré que "...les dispositions des articles 39 et 41 de la loi ne satisfaisant pas à l'exigence constitutionnelle de préservation du pluralisme (...), les articles 39 et 41 de la loi doivent être déclarés non conformes à la Constitution."

Dans la décision du 27 juillet 2000, préalable à la promulgation de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000, modifiant la loi du 30 septembre 1986, le Conseil constitutionnel, se référant aux "normes de constitutionnalité applicables", évoque à nouveau, au titre des "objectifs de valeur constitutionnelle", "la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels".

C'est pour ne pas risquer d'être à nouveau "censuré" par le Conseil constitutionnel que le législateur a, notamment par la première réforme de la loi du 30 septembre 1986, introduite par la loi du 27 novembre de la même année, adopté un dispositif anti-concentration aussi compliqué, prévoyant toutes les situations ou tous les cas de figure.

## B. La concentration verticale des médias

### 1. Les enjeux juridiques de la télévision numérique

En France, la télévision numérique par satellite ou par câble se développe à travers un mode d'organisation vertical, dans lequel un opérateur de bouquet contrôle l'ensemble de la chaîne de mise à disposition des contenus. Ainsi, un plan de service est mis en place par cet opérateur qui choisit un système d'accès conditionnel et définit largement les terminaux qu'il contribue à financer par la location ou les subventions allouées.

Une telle organisation pour le câble laisse peu de place à la régulation.

La loi n° 96-299 du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et services de l'information, adoptée pour trois ans en 1996 et récemment prorogée, ainsi que ses textes d'application, définissent, tout en prenant en compte la nécessité d'un certain degré de régulation, des objectifs tels que :

- le non-affaiblissement des opérateurs déjà impliqués dans le développement du câble et des bouquets satellitaires ;
- la non-diminution de l'offre des programmes déjà diffusés en analogique ;
- la préservation et le développement de la télévision publique.

A titre d'exemple, la question de l'attribution des multiplexes est aujourd'hui sans réponse. La répartition par multiplexe ne permet pas une attribution des ressources par canal et réduit le rôle de la régulation (système actuel du câble), à moins de créer une obligation de reprise de certaines chaînes en vertu de critères définis par le législateur.

Dans ce système, le pluralisme des programmes risque de ne pas être respecté.

### 2. L'avis du 23 novembre 1989 du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel : l'opérateur du multiplexe devrait faire l'objet d'un encadrement juridique spécifique

Dans le cadre d'une consultation publique sur la "numérisation de la diffusion terrestre de la télévision et de la radio" annoncée par le gouvernement, le CSA a fourni un document synthétisant sa position, accompagné des réponses qu'il a apportées aux différentes questions posées.

Dans cet avis du 23 novembre 1999, le CSA considère que l'opérateur du multiplexe doit faire l'objet d'un encadrement juridique spécifique. Est considérée comme opérateur de multiplexe, une personne chargée de l'assemblage des signaux et de la gestion dynamique de la capacité technique du multiplexe. Elle est



responsable de la gestion statistique de la ressource à un moment donné ainsi que de l'utilisation optimale de la capacité technique globale dans le temps.

Pour minimiser le risque de situation monopolistique, deux opérateurs au moins de multiplexe devront coexister. Ils devront respecter un cahier des charges technique et être liés, par le recours juridique à des techniques contractuelles précises, en amont aux éditeurs et en aval aux diffuseurs techniques.

Le CSA devrait disposer d'un pouvoir de contrôle.

Dans le même avis, il précise que la libre concurrence devra être effective dans tous les segments de la filière : édition, gestion du multiplexe, diffusion technique, distribution commerciale. Ces différents métiers doivent être définis et identifiés avec précision. La loi pourra limiter, pour sauvegarder le pluralisme, le cumul de certaines de ces fonctions.

La migration de l'analogique vers le numérique devra être rapide pour que tous les acteurs et notamment les nouveaux entrants puissent au plus vite trouver leur équilibre économique.

Un des principes fondamentaux de la législation française sur l'audiovisuel consiste à confier à une seule instance une mission globale de régulation du secteur. Selon l'avis du CSA, ce principe ne doit pas être remis en cause en matière de diffusion numérique.

## C. La concentration diagonale des médias

Le régime dit "des deux situations sur quatre" considère le cas d'une "personne" qui investit dans le secteur de la télévision mais également dans d'autres secteurs de la communication (audiovisuel et presse quotidienne écrite). Le dispositif diffère selon que l'on considère le cadre national ou le cadre régional. La loi du 1<sup>er</sup> août 2000 a, à cet égard, établi un régime différent selon qu'il s'agit de télévision en mode analogique ou en mode numérique. Au-delà de certains seuils, une même "personne" ne peut investir que dans deux des quatre secteurs considérés.

### 1. Le cadre national

Dans le cadre national, aux termes des dispositions de l'article 41-1 de la loi du 30 septembre 1986, qui prennent en compte, parmi d'autres, le cas de la télévision en mode analogique, une même "personne" ne peut, au-delà des seuils fixés, exploiter ou contrôler simultanément plus de deux des quatre types de médias suivants :

- un ou des services de télévision par voie hertzienne terrestre, en mode analogique, pour une population de plus de 4 millions d'habitants (art. 41-1-1°) ;
- un ou des services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre, pour une population de plus de 30 millions d'habitants (art. 41-1-2°) ;
- un ou des services de radio-télévision par câble, pour une population de 6 millions d'habitants (art. 41-1-3°) ;
- un ou plusieurs quotidiens d'information politique et générale dont la diffusion dépasse 20 % de la diffusion, sur le territoire national, des publications de ce type (art. 41-1-4°).

Prenant en considération la télévision numérique, la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 a introduit, dans la loi du 30 septembre 1986, un article 41-1-1 qui prévoit qu'une même "personne" ne peut, au-delà des seuils fixés, exploiter ou contrôler simultanément plus de deux des quatre types de médias suivants :

- un ou des services de télévision par voie hertzienne terrestre, en mode numérique, pour une population de plus de 4 millions d'habitants (art. 41-1-1-1) ;
- un ou des services de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre, pour une population de plus de 30 millions d'habitants (art. 41-1-1-2°) ;
- un ou des distributeurs de services, permettant d'atteindre une population de 6 millions d'habitants (art. 41-1-1-3°) ;
- un ou plusieurs quotidiens d'information politique et générale dont la diffusion dépasse 20 % de la diffusion, sur le territoire national, des publications de ce type (art. 41-1-1-4°).

### 2. Le cadre régional

Dans le cadre régional, aux termes des dispositions de l'article 41-2 de la loi du 30 septembre 1986, qui prennent en compte, parmi d'autres, le cas de la télévision en mode analogique, une même personne ne peut, au-delà des seuils fixés, exploiter ou contrôler simultanément plus de deux des quatre types de médias suivants :

- un service de télévision par voie hertzienne terrestre, en mode analogique, diffusé dans la zone (art. 41-2-1°) ;
- un service de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre touchant plus de 10 % de l'audience de la zone (art. 41-2-2°) ;
- un service de radiotélévision par câble diffusé dans la zone (art. 41-2-3°) ;

- éditer ou contrôler un ou plusieurs quotidiens d'information politique et générale diffusés dans la zone (art. 41-2-4°).

Prenant en considération la télévision numérique, la loi du 1<sup>er</sup> août 2000 a introduit, dans la loi du 30 septembre 1986, un article 41-2-1 qui prévoit qu'une même "personne" ne peut, au-delà des seuils fixés, exploiter ou contrôler simultanément plus de deux des quatre types de médias suivants :

- un service de télévision par voie hertzienne terrestre, en mode numérique, diffusé dans la zone (art. 41-2-1-1°) ;
- un service de radiodiffusion sonore par voie hertzienne terrestre touchant plus de 10 % de l'audience de la zone (art. 41-2-1-2°) ;
- un ou des distributeurs de services implantés dans la zone (art. 41-2-1-3°) ;
- éditer ou contrôler un ou plusieurs quotidiens d'information politique et générale diffusés dans la zone (art. 41-2-1-4°).

## D. Le droit de la concurrence

### 1. Les autorités françaises compétentes

Au niveau national, le Conseil de la Concurrence et la Direction de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) sont compétents pour constater une éventuelle atteinte à la concurrence et décider d'octroyer des sanctions. L'examen porte sur les alliances stratégiques, les conventions annexes à ces accords, comme l'utilisation des capacités satellitaires ou des infrastructures câblées, les exclusivités liées à la technologie du contrôle d'accès et les droits audiovisuels.

Selon l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 (modifiée) les pratiques anti-concurrentielles dans le secteur audiovisuel, c'est-à-dire les abus de position dominante, pratiques discriminatoires et entraves à la concurrence, sont également soumises au droit commun (l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986) et au pouvoir de sanction du Conseil de la Concurrence. L'existence d'institutions spécialisées, telle que le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, ne prive donc pas le Conseil de la Concurrence de toute compétence à l'égard du secteur de l'audiovisuel.

Quant aux entreprises de communication audiovisuelle soumises à autorisation, le contrôle de la réglementation spécifique de la loi du 30 septembre 1986 (modifiée) relève du CSA lui-même.

### 2. Le régime juridique

Le droit commun - L'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (dite "l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986") - interdit des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives.

#### 2.1. Les pratiques anticoncurrentielles

##### 2.1.1. L'abus de position dominante dans la loi française

L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 interdit, dans son article 8, l'exploitation abusive, par une entreprise ou un groupe d'entreprises :

- d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;
- de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente (...).

L'abus de position dominante connaît une définition assez large qui permet de considérer comme position dominante une pratique portant atteinte à la concurrence dans un secteur donné, qu'elle ait pour objet ou pour effet de générer cet abus.

##### 2.1.1.1. Jurisprudence judiciaire récente : le cas de l'abus de position dominante sur le marché de la télévision à péage et sur le marché des droits de diffusion des films français récents

Le 15 juin 1999, la cour d'appel de Paris a condamné la Société CANAL+ pour abus de position dominante dans une affaire CANAL+ c/ TPS et MULTIVISION.

La sanction pécuniaire s'est élevée à plus de 10 millions de FRF, pour infraction à l'article 8 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986.

La Cour a considéré que CANAL+, qui occupe une position dominante sur le marché de la télévision à péage et sur le marché des droits de diffusion des films français récents, a abusé de sa position en imposant aux producteurs la conclusion de contrats de préachat de droits de diffusion, lui accordant une priorité et une exclusivité de diffusion payante, en interdisant aux producteurs de vendre les droits de leurs films pour une diffusion en paiement à la séance, empêchant ainsi l'émergence de la diffusion des films récents à la télévision par paiement à la séance.

La Cour a également précisé que la pratique d'exclusion dénoncée est d'autant plus grave, qu'elle touche un marché naissant dont elle empêche le développement.

Le 30 mai 2000, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a confirmé la décision de la cour d'appel, et a également souligné que cette position avait privé les téléspectateurs d'un service de télédiffusion alternatif leur offrant des films récents d'expression française.

Cette affaire est intervenue en France dans un contexte où, au regard du besoin croissant de programmes, les contrats d'exclusivité se multiplient dans les domaines audiovisuel, cinématographique et sportif.

#### 2.1.1.2. Des caractéristiques de l'abus de position dominante en droit français

L'analyse de l'abus de position dominante suppose en premier lieu la détection d'une position dominante.

Une entreprise dominante est celle qui se trouve en position d'entraver le fonctionnement de la concurrence parce qu'aucun compétiteur n'offre, en face d'elle, d'alternative significative à ses clients ou fournisseurs, si bien qu'elle peut y déterminer à peu près librement les conditions de fonctionnement du marché<sup>1</sup>.

Il faut considérer la position dominante comme le moyen d'exercer une influence directe sur un marché donné ou, en d'autres termes, regarder la capacité que possède l'entreprise ou le groupe d'entreprises à se comporter de façon indépendante, ainsi qu'à contrôler, réguler ou bloquer un marché donné.

Ceci suppose la détermination préalable du marché de référence qui permettra d'identifier une telle position. Est ainsi considéré comme marché de référence, celui qui permet d'identifier une situation de concurrence autonome, c'est-à-dire sur lequel un certain nombre d'entreprises se livrent à une compétition pour la diffusion d'un même produit ou service. Ceci est notamment représenté par le vaste marché de la télévision. La question est plus délicate lorsque le marché considéré s'insère dans un ensemble plus vaste, constituant en quelque sorte un "sous-marché". Dès lors que ce dernier devient suffisamment autonome pour être considéré comme indépendant, il peut servir de marché de référence pour apprécier la situation des entreprises concurrentes. L'identification du marché de référence pour apprécier la position dominante ou non d'une entreprise, passe ensuite par l'évaluation de la part qu'occupe l'entreprise sur le marché considéré. A cet égard, deux options s'offrent aux autorités chargées de contrôler le respect des règles de concurrence. La première consiste à déterminer un pourcentage du marché considéré ; la seconde consiste à prendre en considération un ensemble de données permettant de qualifier la situation de l'entreprise par rapport aux autres. Les organes chargés de vérifier le respect de la concurrence dans les médias privilégient la deuxième méthode.

L'abus de position dominante réside dans l'exploitation d'une position dominante ayant pour effet de diminuer, voire de supprimer le jeu de la concurrence dans un secteur donné.

Quel que soit l'organe chargé de détecter cet abus de position dominante (autorité administrative indépendante, autorité communautaire, juge), la recherche de l'abus de position dominante s'opère de façon objective. Il importe peu de savoir s'il existe des excuses minorantes qui justifient cet abus de position dominante.

L'abus se constate à partir du moment où les conditions juridiques qui le caractérisent sont remplies.

La pratique des prix imposés est souvent révélatrice d'un abus de position dominante. Elle peut s'entendre de prix anormalement bas, mais également d'un nombre minimum de commandes offertes à une seule société qui, par sa situation dominante, apparaît ainsi comme un interlocuteur incontournable pour les sociétés de programmes.

Peuvent également être assimilées à l'exploitation abusive d'une situation dominante, les pratiques de dumping par les prix ainsi que celles de prix discriminatoires.

Dans le secteur des médias, l'abus peut aussi se révéler par l'extension des activités d'une entreprise en charge d'une activité de communication, dans des secteurs connexes à sa fonction principale.

Une autre forme potentielle d'abus de position dominante est constituée par les contrats d'exclusivité. Ils ne représentent pas par eux-mêmes une pratique anticoncurrentielle, mais sont également surveillés dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence. Néanmoins, les conditions dans lesquelles ces contrats sont conclus peuvent, en cas de position dominante de l'un des partenaires, donner lieu à un tel abus.

#### 2.1.2. Les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions

L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, dans son article 7, prohibe également les ententes entre entreprises ou groupes d'entreprises lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises,
- faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse,
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique,
- répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Les ententes dans le secteur des médias se manifestent à travers les pratiques de boycott et d'exploitation abusive de certains droits ou de refus de distribution.

1) Rapport Commission de la concurrence 1980, p. 227, La Documentation française 1980.

### 2.1.3. La justification de l'abus de position dominante

L'abus de position dominante peut cependant se trouver justifié. En effet, l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (article 10 §2), à l'instar de l'article 85-3 du Traité CE, permet aux entreprises en situation d'abus de position dominante de se soustraire aux sanctions qu'elles encourent normalement, si elles démontrent que la situation anticoncurrentielle générée apporte un progrès économique au secteur considéré, sans éliminer la concurrence, et cela, pour une partie substantielle des produits en cause.

L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (article 10 §1) ajoute en outre une exception liée aux obligations légales ou réglementaires, qui impose aux opérateurs économiques d'adopter certains comportements ou certaines pratiques contraires aux articles 7 et 8. Ainsi, ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8, les pratiques "qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application".

En tout état de cause, les conditions requises pour apprécier l'existence ou l'absence d'un abus de position dominante dans le secteur des médias ne sont pas fondamentalement différentes de celles qui ont cours dans les autres secteurs.

Si spécificités il y a, elles résideraient plutôt dans la structure particulière du secteur des médias, son évolution ainsi que ses liens avec les marchés connexes ou parallèles (production, distribution, publicité...).

### 2.1.4. Les sanctions

L'article 9 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 prévoit la nullité de tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8.

L'article 12 de la même ordonnance prévoit que le Conseil de la concurrence peut prendre des mesures conservatoires. Ces dernières peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

Le Conseil de la concurrence peut en outre ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions (article 13 de la même ordonnance).

## 2.2. Les pratiques restrictives

Le titre IV de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 définit enfin le régime juridique des pratiques restrictives de concurrence. Elles sont définies comme des atteintes à la concurrence, qui n'empêchent pas celle-ci de s'exercer mais la faussent au point que le jeu normal du marché s'en trouve affecté. Elles sont représentées par les différentes pratiques contraires au droit commercial telles que le refus de vente, les pratiques discriminatoires, les prix imposés, etc.

Dans le secteur des médias, ces pratiques restrictives de concurrence ont essentiellement pris la forme de restrictions dans la distribution et l'accès aux produits de communication, justifiées par les relations privilégiées et exclusives entretenues entre certains partenaires.

Il s'agit principalement des contrats d'exclusivité, qui se présentent sous la forme de contrats d'exploitation, de location ou de distribution ayant pour particularité de conférer à leur titulaire un droit exclusif quand à la diffusion d'une œuvre audiovisuelle ou cinématographique.

En outre, l'article 36 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 dispose qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé, le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou artisan (...) de refuser de satisfaire aux demandes des acheteurs de produits ou aux demandes de prestations de services, lorsque ces demandes ne présentent pas un caractère anormal, qu'elles sont faites de bonne foi et que le refus n'est pas justifié par les dispositions de l'article 10.

## E. Restrictions spéciales

L'article 40 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit que "sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France" (notamment le Traité de l'Union européenne, entre les pays membres de l'Europe des 15), "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 télévision par voie hertzienne terrestre assuré en langue française".

Afin de rendre efficace cette interdiction, l'article 78 de la loi du 30 septembre 1986 prévoit que toute violation à l'interdiction précitée expose les contrevenants à une amende de 100.000 FRF à 1 million de FRF.

## ANNEXE

### 1. Lois

“Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication” (audiovisuelle), objet de nombreuses modifications dont la dernière en date est celle du 1<sup>er</sup> août 2000.

Le texte “consolidé” de cette loi, intégrant les différentes modifications y compris celles de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000, a été publié dans le supplément au n° 175, octobre 2000, de la revue *Légipresse*, Victoires Éditions, Paris.

“L’ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986”  
<http://www.mhr-viandes.com/fr/docu/docu/d0000049.htm>

### 2. Jurisprudence

Les décisions du Conseil constitutionnel et une sélection de jurisprudence peuvent être trouvées dans Derieux, E., *Droit de la communication. Jurisprudence. Recueil de textes*, Victoires Éditions, 4<sup>e</sup> éd., 2000, 350 p.

Pour la décision préalable à la promulgation de la loi du 1<sup>er</sup> août 2000, voir Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Légipresse*, n° 175.IV.93-104, note E. Derieux.

- Arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2000, revue *Lamy droit des affaires* septembre 2000, n° 30.
- Arrêt de la cour d’appel de Paris du 15 juin 1999, *Légipresse* juillet-août 1999, III, 94.
- Arrêt de la cour d’appel de Versailles, Dalloz 1995, p. 539.

### 3. Autorité de régulation

Conseil supérieur de l’audiovisuel (CSA)  
 Tour Mirabeau  
 39-43, quai André Citroën  
 75015 PARIS  
 Tél. : (33) 01 40 58 37 09  
<http://www.csa.fr>

### 4. Bibliographie

Biolay, J.-J., *Droit de la communication audiovisuelle*, Delmas.

Biolay, J.-J., *Aspects de la concurrence en matière audiovisuelle*, *Juris-Classeur Concurrence et consommation*.

Charbit, N., *Le numérique en concurrence*, *Gazette du Palais*, 15 mai 1998.

Daguerre, A., *Les télévisions de proximité en débat*, *Légipresse*, n° 133.II.90.

Debbasch, Ch., dir., *Droit de la concurrence et concentration des médias*, *Droit des médias*, Dalloz.

Debbasch, Ch. et Gueydan, Cl., dir., *La régulation de la liberté de communication audiovisuelle*, *Economica*.

Debbasch, Ch., *Droit de l’audiovisuel*, 4<sup>ème</sup> édition, Précis Dalloz.

Debbasch, Ch., dir., *Traité de droit des médias*, Dalloz.

Derieux, E., *Droit de la communication*, 3<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J.

Derieux, E., *Droit de la communication. Législation. Recueil de textes*, Victoires Éditions, 4<sup>e</sup> éd., 1999.

Derieux, E., *Droit de la communication. Jurisprudence. Recueil de textes*, Victoires Éditions, 4<sup>e</sup> éd., 2000.

Derieux, E., *Droit de la communication. Droit européen et international. Recueil de textes*, Victoires Éditions, 2000.

Derieux, E., *Les principes du droit de la communication dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *Légipresse*, n° 141.II.49-56.

Derieux, E., *Le dispositif anticoncentration dans la presse quotidienne. La pieuvre papivore et le tigre de papier*, *Légipresse*, n° 171.II.58-61.

*Les 10 principales avancées de la loi sur l’audiovisuel*, <http://www.culture.gouv.fr>

Franceschini, L., *Les enjeux juridiques de la télévision numérique hertzienne terrestre*, *Légipresse* n° 165 II 119.

Gavalda, Ch., dir., *Droit de l’audiovisuel*, 3<sup>ème</sup> édition, Lamy.

Franceschini, L., *La Régulation de l’audiovisuel en France*, PUF.

Franceschini, L., *Loi du 1<sup>er</sup> août 2000 : un nouvel élan pour le service public*, *Légipresse*, n° 175.II.101-105.

Gavalda, Ch. et Sirinelli, P., dir., *Droit des médias et de la communication*, Lamy.

Hadas-Lebel, R., *La télévision numérique de terre : propositions pour une stratégie de développement*, <http://www.culture.gouv.fr>

*Lettre du ministre délégué aux finances et au commerce extérieur en date du 20 février 1997 au PDG de la Société CANAL+, relative à une concentration dans le secteur de la télévision à péage*, *Légipresse* n° 146, IV, 106.

Jouandet, Th.-P., *Le dispositif anticoncentration, Pratique professionnelle de l’audiovisuel*, pp. 107-123, Victoires Éditions.

Rony, H., *La nouvelle loi du 1<sup>er</sup> février 1994 sur la communication audiovisuelle*, *Légipresse*, n° 109.II.13-24.

Salzmann, J., *Le droit des concentrations*, GLN-Joly.

Tramoni, J.-J., *Le contentieux administratif de la communication audiovisuelle*, LGDJ.



# UNION EUROPEENNE

## L'action de l'UE sur les politiques et pratiques nationales en matière de propriété et de contrôle de la télévision

Ad van Loon<sup>1</sup>

*Ad van Loon est coordinateur de recherche internationale à l'Institut du droit de l'information (IviR) de l'Université d'Amsterdam, directeur des affaires juridiques et réglementaires à la VECAI (l'association industrielle des opérateurs du câble aux Pays-Bas) et professeur adjoint de droit à la Faculté de droit de New York.*

### Introduction

Quinze Etats européens se sont constitués en union, l'Union européenne, à laquelle adhéreront bientôt d'autres pays. Dans le cadre de cette Union, trois Communautés européennes agissent au moyen d'organes communs, dotés d'une compétence supranationale. Les Etats qui forment l'Union européenne (ci-après : les "Etats membres") sont soumis à un corpus de droit européen dont la mise en œuvre est assurée par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Dans le cadre de la Communauté européenne (CE, l'une des trois communautés mentionnées plus haut), les Etats membres ont défini comme l'un de leurs objectifs l'établissement entre eux d'un marché intérieur caractérisé par la suppression des obstacles à la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux. Le droit européen (ci-après : le droit communautaire) joue un rôle chaque fois que les règles ou politiques nationales font obstacle à la réalisation de ce droit à la libre circulation – c'est-à-dire lorsque (éventuellement) elles entravent l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur de l'UE.

Les règles nationales en matière de propriété et de contrôle (y compris la propriété et le contrôle des infrastructures de télédiffusion telles que les systèmes de transmission et les systèmes du câble) peuvent générer directement ou indirectement des obstacles de ce type. Le simple fait que les acteurs du marché transnational européen soient soumis à différentes règles émanant de différents Etats membres peut déjà être considéré comme une entrave aux libertés mentionnées précédemment et de ce fait déclencher une action communautaire à l'égard des politiques nationales en matière de propriété et de contrôle de la télévision. Les rapports entre compétence nationale et compétence communautaire seront décrits en détail plus avant. Après avoir abordé l'action actuelle de l'UE sur les politiques et pratiques en matière de propriété et de contrôle de la télévision, nous indiquerons comment le paysage existant est susceptible d'évoluer dans un proche avenir au vu des développements technologiques et économiques. Cette partie se fondera sur les propositions de réglementation faites récemment par la Commission européenne dans le cadre de sa stratégie de "Rapport d'étude sur les communications".

Les personnes morales (sociétés, entreprises) ou physiques (individus) concernées par les pratiques qui conduisent à une concentration de la propriété ou du contrôle de la télévision sont sujettes à l'action de l'UE chaque fois que les règles communautaires en matière de concurrence s'appliquent à elles. Nous expliquerons cela par la suite lorsque le cas se présentera.

## A. L'action de l'UE sur les politiques nationales en matière de propriété et de contrôle de la télévision

### 1. Seuils nationaux de propriété et de contrôle contre seuils européens

En 1989, le Conseil des Communautés européennes a adopté un "Règlement relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises"<sup>2</sup>, "qui permet un contrôle effectif de toutes les opérations de concentration en fonction de leur effet sur la structure de la concurrence dans la Communauté et qui est le seul applicable à de telles concentrations"<sup>3</sup>.

1) Certaines parties de ce chapitre ont déjà été publiées dans :

- Marsden, Christopher T. (ed.), *Regulating the Global Information Society* (series : Warwick Studies in Globalisation) ; London/New York 2000 : Routledge (series : Politics).

- Van Loon, Ad ; "Onderzoek: Vergelijkende analyse "Cross Media Ownership"-beleid en regelgeving"; Rapport commandé par le Comité ad hoc de la concentration des médias créé par le Gouvernement des Pays-Bas ; Den Haag : avril 1999.

2) Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* 30.12.1989 n° L 395 : 1-12 ; rectificatif du Règlement du Conseil (CEE) n° 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* 21.9.1990 n° L 257 : 13 ; Règlement du Conseil (CE) n° 1310/97 du 30 juin 1997 portant amendement du Règlement (CEE) n° 4064/89 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE* 9.7.1997 n° L 180 : 1-6.

3) Considérant n° 7 du Règlement relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises du 21 décembre 1989 *JOCE* 30.12.1989 n° L 395 : 1.

Selon ce règlement, les Etats membres ne pourront plus continuer à appliquer leurs règles nationales en matière de concurrence (s'ils disposent de règles de ce type) aux concentrations de dimension communautaire, sauf disposition contraire dudit règlement.

Ainsi, les pouvoirs de réglementation des autorités nationales se limitent aux cas où, du fait de l'absence d'intervention de la Commission européenne, la concurrence effective sur le territoire d'un Etat membre est susceptible d'être entravée de manière significative et au cas où la protection des intérêts concurrentiels de ce même Etat membre ne pourrait être suffisamment assurée autrement.

En outre, le règlement dispose qu'en cas de non-intervention ou d'impossibilité d'intervention de la Commission européenne, les Etats membres peuvent prendre des mesures appropriées pour la protection d'intérêts *légitimes* autres que ceux énumérés par ledit règlement, sous réserve de la conformité de ces mesures avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire. La "pluralité des médias" est expressément mentionnée en tant qu'intérêt légitime. Jusqu'ici cependant, la Commission européenne n'a pris qu'une seule décision de contrôle d'opération de concentration qui fasse référence à cet article. La Commission européenne avait reconnu que la transaction proposée concernait des questions telles que la présentation exacte des actualités et la libre expression des opinions et que, de ce fait, les autorités nationales pouvaient encore réexaminer cette transaction afin de protéger l'intérêt légitime de la pluralité des médias.

Cependant, la Commission européenne a averti qu'en agissant ainsi les autorités nationales devraient se référer à l'annexe du Règlement relatif au contrôle des opérations de concentration<sup>4</sup>, qui dispose dans son article 21(3) que :

"En application du principe de nécessité ou d'efficacité et de la règle de proportionnalité, les mesures qui peuvent être prises par les Etats membres doivent satisfaire au critère de l'opportunité de l'objectif et doivent se limiter au degré minimum d'action nécessaire pour assurer la protection de l'intérêt légitime concerné. Aussi l'Etat membre doit-il choisir, lorsque cette alternative existe, la mesure qui est objectivement la moins restrictive pour atteindre le but poursuivi."

La Commission européenne a insisté sur le fait qu'elle devait être tenue informée de toute condition à laquelle les autorités nationales pourraient juger approprié de lier la transaction (contrôle marginal).

## **2. Activités passées relatives à la politique spécifique d'un Etat membre en matière de lutte contre la concentration des médias**

Dans son Livre vert de 1992 intitulé "Pluralisme et concentration des médias dans le marché intérieur – Evaluation de la nécessité d'une action communautaire"<sup>5</sup> et son document complémentaire<sup>6</sup>, la Commission européenne a analysé la nécessité et les possibilités d'une approche européenne commune face au développement de la concentration des médias. Le 26 septembre 1995, le commissaire Mario Monti, responsable à cette époque des questions relatives au marché intérieur, a annoncé son intention de soumettre à ses collègues de la Commission européenne un projet de directive relative à la coordination des règles nationales en matière de relations de propriété des médias. Il a motivé son initiative par les raisons suivantes<sup>7</sup> :

- vu la croissance rapide des activités de médias transfrontières, le risque de débordement des législations nationales ne peut que s'accroître. L'inefficacité consécutive de ces législations engendrera alors d'importants conflits entre les autorités nationales ;
- la nécessité de créer une situation équitable de telle sorte que les entreprises de médias désireuses de se développer et d'investir par delà les frontières, notamment au vu du développement des nouveaux services de la société de l'information, puissent profiter des possibilités offertes par une zone dépourvue de frontières et favoriser la croissance et la compétitivité de l'industrie européenne des médias ;
- le fait que différents Etats membres aient lancé des projets de modernisation de leur législation nationale en matière de propriété des médias et d'activités de médias et la crainte que cette tendance entraîne une nouvelle fragmentation du marché intérieur.

Les seuils envisagés, mais en fait jamais proposés, étaient les suivants :

- en cas de relations de "propriété monomédia" (c'est-à-dire soit de radio, soit de télévision) : une part d'audience maximum (c'est-à-dire de téléspectateurs ou d'auditeurs) de 30 % ;
- en cas de relations de "propriété transmédias", le seuil aurait été calculé sur la base de la part d'audience moyenne répartie sur les différents types de médias concernés. Le seuil aurait été fixé à 10 % de cette

4) Cette annexe est citée par la Commission européenne dans sa décision de contrôle des opérations de concentration rendue dans l'affaire n° IV/M.423 - *Newspaper Publishing*, 13 mars 1994.

5) *Pluralisme et concentration des médias dans le marché intérieur. Evaluation de la nécessité d'une action communautaire*, Livre vert de la Commission, 23 décembre 1992, COM(92)480 final.

6) *"Suivi du processus de consultation relatif au Livre vert Pluralisme et concentration des médias dans le marché intérieur. Evaluation de la nécessité d'une action communautaire"*, 5 octobre 1994, COM(94) 353 final.

7) Voir : IRIS – *Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel*, 1995-9 : 12.

part moyenne. Ainsi par exemple, des propriétaires de médias dont les journaux représenteraient 10 % des lecteurs, les services de radiodiffusion 5 % des auditeurs et les services de télédiffusion 6 % des téléspectateurs, obtiendraient une part d'audience conjuguée de  $10 + 5 + 6 = 21$  %. Ce résultat aurait été divisé par le nombre de types de médias contrôlés par ces propriétaires, soit dans ce cas précis trois ; le résultat obtenu aurait alors été de 7 % (vingt et un divisé par trois). Ce chiffre aurait été inférieur au seuil fixé de 10 % et n'aurait donc posé aucun problème au regard du contrôle de la concentration.

L'idée du commissaire Monti s'avéra en fin de compte irréalisable sur le plan politique. Malgré l'examen répété de sa proposition par la Commission européenne, on décida finalement de ne pas la traduire en proposition officielle de directive.

Après cela le calme s'installa quelques temps. Les Etats membres et la Commission européenne avaient réalisé que les développements technologiques modifiaient rapidement l'environnement traditionnel des médias. La numérisation des infrastructures des télécommunications et de la radiodiffusion provoquait le développement de nouveaux services interactifs qui ouvraient à leur tour de nouvelles perspectives commerciales en même temps que de nouveaux types d'entreprises. Conséquemment, différents secteurs de l'industrie traditionnellement distincts, tels que les télécommunications, la radiodiffusion, l'industrie des contenus et l'informatique, commencèrent à mettre sur pied des participations mixtes, qui aboutirent à des opérations de concentration des entreprises membres de ces différents secteurs.

La Commission européenne et les Etats membres durent alors envisager les conséquences politiques et sociales de ces évolutions de façon plus large et reconsidérer les politiques des médias spécifiques à la lutte contre la concentration ainsi que les autres types de politiques des médias (politiques relatives aux contenus pour favoriser et protéger la diversité et le pluralisme des médias ; règles d'accès, etc.).

La Commission européenne craignait que les actions de réglementation de ce nouvel environnement qu'entreprenaient les Etats membres n'entraînent une nouvelle fragmentation du marché intérieur européen. Aussi lui parut-il nécessaire de recourir à une approche coordonnée au niveau communautaire pour traiter des questions relatives à des activités dont les connotations transnationales étaient aussi importantes, telles que celles des nouveaux services<sup>8</sup>. Elle estima cependant prématuré de coordonner les réglementations nationales au moyen d'une harmonisation extensive ou exhaustive du droit matériel au niveau communautaire, considérant qu'on ignorait encore à ce stade quelle serait la forme et la nature de ces nouveaux services, qu'il n'existait, au niveau national, aucune activité réglementaire spécifique en la matière et qu'il était impossible de définir les besoins et le contenu d'une telle harmonisation au regard du marché intérieur<sup>9</sup>.

On eut alors recours à une alternative, en instaurant une procédure d'information, de tenue de consultations et de coopération administrative entre les Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres et la Commission européenne, pour les nouveaux projets de réglementation applicables au nouvel environnement. L'objectif était :

“de parvenir à une protection réelle et efficace des objectifs d'intérêt général intervenant dans le développement de la société de l'information”<sup>10</sup>.

La notion de “services de la société d'information” fut créée et définie comme :

“tout service fourni normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services”<sup>11</sup>.

Conséquence pratique de cette procédure, chaque fois qu'un Etat membre désire réglementer les services fournis au moyen de deux ou plus de deux ordinateurs interconnectés (tels que les services de télévision interactive, l'accès à Internet, etc.), il doit adresser à la Commission une notification préalable de son projet de réglementation avant son adoption définitive. Le projet sera alors réexaminé avec les autres Etats membres pour s'assurer de sa compatibilité avec la libre circulation des services et avec le principe de conformité à une réglementation nationale, par lequel un service proposé dans un Etat membre et conforme à la législation de ce même Etat membre bénéficie de la garantie juridique de libre circulation dans l'ensemble de l'Union européenne indépendamment de la législation des autres Etats membres. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, en l'absence d'une notification par un Etat membre d'une règle nationale, celle-ci n'est pas opposable aux opérateurs économiques<sup>12</sup>.

8) Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *JOCE* 5.8.1998 n° L 217 : 18-26 ; voir également : Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *JOCE* 21.7.1998 n° L 204 : 37-48.

9) Considérant 11 de la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *JOCE* 5.8.1998 n° L 217 : 18-26

10) Considérant 9 de la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *JOCE* 5.8.1998 n° L 217 : 18-26.

11) Article 1, paragraphe 2 (a) de la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la Directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *JOCE* 5.8.1998 n° L 217 : 18-26.

12) Affaire C-194/94. 30.4.1996. *CIA Security International SA c Signalson SA and Securitel SPRL*. [1996] Rec. CJCE : I-2201.

### 3. Activités actuelles relatives à la politique spécifique d'un Etat membre en matière de lutte contre la concentration des médias

A la fin de l'année 1999, la Commission européenne estima que le temps était venu de dépasser le stade du mécanisme de transparence et de consultation exposé dans le paragraphe précédent. Elle exposa son point de vue dans un rapport d'étude substantiel consacré aux politiques de la communication<sup>13</sup>.

L'intention de la Commission européenne est de créer un cadre juridique unique pour toutes les infrastructures et tous les services de communication. Concernant les politiques nationales de lutte contre la concentration des infrastructures et services de communication, la Commission européenne désire être compétente en matière de définition des marchés des produits concernés et laisser aux Etats membres le soin de déterminer les marchés géographiques concernés<sup>14</sup>.

Les Etats membres auraient l'obligation de déterminer l'éventuelle existence d'entreprises disposant d'une puissance commerciale importante sur les marchés de produits identifiés par la Commission européenne. Celle-ci publierait une série de conseils sur la manière de procéder à cette détermination.

Dans le cas où un Etat membre conclurait à l'existence d'une entreprise disposant d'une puissance commerciale importante sur un marché de produit identifié par la Commission européenne, il aurait le pouvoir d'imposer à cette entreprise un certain nombre d'obligations (comme par exemple une obligation de fournir un accès à des tierces parties indépendantes). Cependant, ces obligations seraient également fixées par la Commission européenne. L'Etat membre aurait le choix entre plusieurs mesures énumérées dans une liste publiée.

Les critères d'évaluation de la puissance d'une entreprise sur le marché n'ont toujours pas été définis. Selon la Commission européenne, une entreprise peut être considérée comme particulièrement puissante sur le marché si elle occupe, individuellement ou de façon conjointe avec d'autres entreprises, une position de force économique qui lui permet de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et en fin de compte des consommateurs.

Par ailleurs, selon la Commission européenne, lorsqu'une entreprise dispose d'une puissance commerciale importante sur un marché spécifique, elle peut également être considérée comme disposant d'une importante puissance commerciale sur un marché étroitement lié au premier lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent d'accroître sur l'un des marchés la puissance détenue sur l'autre marché, ce qui renforce la puissance commerciale de l'entreprise.

En outre, la Commission européenne indique dans l'un des considérants de la Directive que :

"les obligations réglementaires *ex ante* conçues pour garantir une concurrence effective ne se justifient que vis-à-vis d'une entreprise qui a financé une infrastructure sur la base de droits exclusifs ou spéciaux dans des secteurs où il existe des obstacles juridiques, techniques ou économiques à l'entrée sur le marché, en particulier pour la construction d'infrastructures de réseau, ou vis-à-vis d'une entreprise verticalement intégrée qui détient ou exploite une infrastructure de réseau pour la fourniture de services à des clients et qui fournit elle-même des services sur cette infrastructure, à laquelle ses concurrents doivent nécessairement avoir accès"<sup>15</sup>.

Il reste à voir quel sera le résultat final des discussions du Conseil de l'UE et du Parlement européen. A en juger par les débats en cours, il semble peu probable que les Etats membres soient prêts à autoriser la Commission européenne à déterminer les marchés de produits concernés. Par ailleurs, la définition de la puissance sur le marché donnée par la Commission européenne fait l'objet de débats passionnés. Enfin, il reste à voir quels paramètres (s'il y en a) seront donnés aux autorités réglementaires nationales pour leur permettre de déterminer l'existence ou l'absence de concurrence effective dans un marché donné et de présumer ou non de l'effet de levier sur un marché exercé par la puissance détenue sur un autre marché.

### 4. L'action de l'UE sur les politiques nationales de répartition des fréquences à des fins de télédiffusion

Les Etats européens sont traditionnellement libres d'attribuer le spectre radio et d'en délivrer les licences. Les changements technologiques et réglementaires ont entraîné un accroissement de la demande d'utilisation du spectre radio en Europe ; l'introduction de la radiodiffusion privée, des systèmes de téléphone mobile et des services multimédias sans fil en sont par exemple l'une des causes. Le spectre radio est rapidement devenu une ressource économique rentable et les différents Etats qui possèdent et contrôlent cette ressource limitée doivent faire face à de nouveaux défis, tels que déterminer une manière de partager

13) *Vers un nouveau cadre pour l'infrastructure des communications électroniques et des services associés. Rapport d'étude 1999 sur les communications*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, COM (1999) 539.

14) Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, 12 juillet 2000, COM(2000)393.

15) Considérant 20 de la proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, 12 juillet 2000, COM(2000)393.

cette ressource limitée qui soit la plus profitable sur le plan économique et social pour les consommateurs et les acteurs du marché. Comme l'indique la Commission européenne,<sup>16</sup> les Etats doivent pour cela choisir entre les usagers commerciaux et non-commerciaux, d'une part, et entre les différents candidats à la prestation du même type de services, d'autre part. C'est la raison pour laquelle ils ont introduit de nouveaux mécanismes, tels que les systèmes d'enchères (c'est-à-dire l'évaluation par le soumissionnaire le plus offrant) et la fixation administrative du prix (c'est-à-dire l'évaluation par les organismes gouvernementaux).

Une fois établie la façon d'attribuer des ressources aussi limitées que celles du spectre radio entre les parties intéressées, les Etats européens doivent se conformer aux obligations générales imposées par le droit communautaire. Cela signifie qu'ils ne peuvent pratiquer de discrimination entre leurs propres ressortissants et les ressortissants des autres Etats membres de l'UE et qu'ils ne peuvent fausser la concurrence en accordant un traitement privilégié excessif aux entreprises publiques ou financées par des fonds publics qui pourraient concurrencer les acteurs privés du marché. Transparence, non-discrimination et égal accès sont les mots clés en la matière.

## 5. L'action de l'UE sur les politiques nationales de diffusion par câble

La Directive 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 portant modification de la Directive 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés<sup>17</sup> fait obligation aux Etats membres de supprimer toutes les restrictions à la fourniture de capacité de transmission sur les réseaux câblés de télévision et de permettre l'utilisation des réseaux câblés pour la fourniture de services de télécommunications autres que le service de téléphonie vocale. Par ailleurs, les Etats membres doivent autoriser l'interconnexion des réseaux câblés de télévision avec le réseau public de télécommunications, en particulier l'interconnexion avec des lignes louées, et ils doivent veiller à ce que les restrictions à l'interconnexion directe des réseaux câblés de télévision par les câblo-opérateurs soient supprimées. Ces mesures ont naturellement provoqué des opérations de concentration entre les opérateurs de télécommunications et les opérateurs du câble.

Afin de limiter les conséquences du processus de libéralisation, la Commission européenne exige des Etats membres qu'ils prennent des mesures pour la surveillance d'éventuels agissements abusifs, en imposant au moins la tenue d'une comptabilité financière clairement distincte entre leurs activités de radiodiffusion et leurs activités de télécommunications.

Par ailleurs, la Commission européenne a établi qu'afin de permettre le contrôle d'éventuelles subventions croisées abusives entre les tâches de diffusion des opérateurs de télévision par câble qui sont assurées en vertu de droits exclusifs dans une zone de concession donnée et les activités qu'ils exercent en tant que fournisseurs de capacité pour les services de télécommunications, les Etats membres doivent garantir la transparence en ce qui concerne l'utilisation des ressources tirées d'une activité qui pourrait être utilisées pour étendre à l'autre marché la position dominante dont ils jouissent. Cependant, comme la Commission européenne l'a énoncé expressément :

“compte tenu de la complexité de la comptabilité financière des fournisseurs de réseaux, il est extrêmement difficile de déceler les subventions croisées entre les activités réservées et les services fournis aux conditions de la concurrence. Il est donc nécessaire d'exiger que ces câblo-opérateurs tiennent des comptabilités distinctes, en particulier pour identifier séparément les coûts et les recettes liés aux prestations des services selon qu'elles sont fournis en vertu de leur droit exclusif ou aux conditions de la concurrence, dès qu'ils réalisent un chiffre d'affaire dans la zone de concession”<sup>18</sup>.

Les opérateurs concernés doivent également utiliser un système approprié de comptabilisation des coûts susceptible d'être vérifié par des experts-comptables et qui assure la production de données enregistrées.

Selon le considérant 20 de la Directive, au moment de l'adoption de la Directive, la Commission européenne doutait déjà de l'efficacité suffisante d'une obligation de comptabilité distincte pour éviter les pratiques abusives. La Commission européenne annonçait qu'elle prendrait si nécessaire des mesures ultérieures.

Conséquemment, en juillet 1999, la Commission adopta une directive visant à garantir que les réseaux de télécommunications et les réseaux câblés de télévision appartenant à un seul et même opérateur constituent des entités juridiques distinctes<sup>19</sup>.

16) *Vers un nouveau cadre pour l'infrastructure des communications électroniques et des services associés. Rapport d'étude 1999 sur les communications*, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, COM (1999) 539 final.

17) *JOCE* 26.10.1995 n° L 256 : 49 -54.

18) Considérant 19 de la Directive 95/51/CE de la Commission du 18 octobre 1995 portant modification de la Directive 90/388/CEE en ce qui concerne la suppression des restrictions à l'utilisation des réseaux câblés de télévision pour la fourniture de services de télécommunications déjà libéralisés, *JOCE* 26.10.1995, n° L 256 : 49 -54.

19) Directive 1999/64/CE de la Commission du 23 juin 1999 portant modification de la Directive 90/388/CEE en vue de garantir que les réseaux de télécommunications et les réseaux câblés de télévision appartenant à un seul et même opérateur constituent des entités juridiques distinctes, *JO* 10.7.1999 n° L 175 : 39-42.



En ce qui concerne la diffusion par câble des services de programmes télévisés à l'intention du grand public et le contenu de ces programmes, le considérant n° 17 de la Directive 95/51/CE dispose qu'ils continueront à être soumis à des règles spécifiques adoptées par les Etats membres.

## 6. L'action de l'UE sur les restrictions nationales à la propriété étrangère

Un certain nombre d'Etats membres de l'Union européenne cherchent à protéger l'identité nationale des médias dans leurs pays respectifs en restreignant la part de capital détenue par les personnes physiques ou morales étrangères dans les entreprises de médias des Etats membres.

Il convient de distinguer dans le capital des entreprises nationales entre les participations détenues, d'une part, par des personnes physiques ou morales originaires d'autres Etats membres de l'UE et, d'autre part, par des personnes physiques ou morales provenant d'Etats extérieurs à l'UE.

Les Etats membres ont adopté entre eux le principe de libre circulation des capitaux fixé par le traité instituant la Communauté européenne (le Traité CE). Aussi les restrictions à la détention de participations dans le capital d'entreprises nationales ne s'appliquent-elles qu'aux personnes physiques ou morales originaires des Etats extérieurs à l'UE. En même temps, il est relativement facile pour ces entreprises de faire usage de la liberté d'établissement au sein de l'UE. Il suffit pour cela de créer une entreprise conformément au droit de l'Etat membre de l'UE bénéficiant du régime le plus libéral en matière d'établissement des entreprises extérieures à l'UE. Une fois établie dans un Etat membre de l'UE, cette entreprise ne devra pas nécessairement exercer ses activités dans le pays où elle possède désormais son siège, son principal établissement ou son conseil d'administration. Il est en effet possible de créer immédiatement une filiale, une agence ou une succursale dans un autre Etat membre où seront concentrées toutes les activités<sup>20</sup>. Même si la présence de l'entreprise nouvellement établie dans cet autre Etat membre de l'UE ne prend pas la forme d'une agence, d'une succursale ou d'une filiale, il suffit d'un simple bureau contrôlé soit par le propre personnel de l'entreprise, soit par un ou plusieurs individus autorisés à représenter l'entreprise de façon permanente ; il doit exister une forme d'activité économique à durée indéterminée à partir d'une base permanente située dans un Etat membre autre que celui où l'entreprise est établie<sup>21</sup>.

## B. L'action de l'UE sur les pratiques de concentration de la propriété et du contrôle de la télévision

Lorsqu'elle apprécie les pratiques qui répondent à la définition du contrôle de la concentration, la Commission européenne procède de la manière suivante : elle définit tout d'abord le produit concerné et les marchés géographiques en question ; elle examine ensuite si l'opération de concentration notifiée a pour effet de créer ou de renforcer une position économique dominante sur les marchés identifiés ; enfin, si c'est le cas, la Commission européenne évalue les conséquences pour les relations concurrentielles existantes et décide si elle peut ou non accepter ces conséquences. La Commission peut proposer des modifications de l'opération notifiée, en vue de limiter les conséquences identifiées.

### 1. Définition des marchés concernés

A partir d'une analyse des précédentes décisions de contrôle de concentration de la Commission européenne, on peut tirer un certain nombre de conclusions sur la manière dont la Commission européenne tend à définir les marchés relatifs à la télédiffusion.

#### 1.1. Les marchés des services de télédiffusion

La Commission européenne a conclu par le passé que le marché de référence géographique de la télédiffusion est avant tout influencé et déterminé par l'existence d'entraves linguistiques et culturelles, qui délimitent des zones dont la langue et la culture sont relativement homogènes<sup>22</sup>. Bien que les progrès techniques aient contribué de manière significative à un processus graduel d'internationalisation, les marchés de la télédiffusion demeurent essentiellement nationaux ou régionaux (fondés sur la langue)<sup>23</sup>. Ces constatations englobent les marchés du péage à la consommation (*pay-per-view*) et de la télévision à péage<sup>24</sup>. Pour les raisons mentionnées plus haut, la télédiffusion se limite actuellement aux marchés nationaux<sup>25</sup>. La principale question qui en découle est donc de savoir si une position économique dominante est créée ou renforcée sur le marché national (d'une forme particulière) de la télédiffusion.

20) Affaire 79/85 *Segers* [1986] CJCE 2382-2390.

21) Affaire 221/89, *Factortame*, [1991] CJCE 3956-3971.

22) Affaire n° IV/M.110 - *ABC/Générale des eaux/Canal+/W.H. Smith TV*, 10 septembre 1991 ; Affaire n° IV/M.410 - *Kirch/Richemont/Telepiù*, 2 août 1994.

23) Affaire n° IV/M.410 - *Kirch/Richemont/Telepiù*, 2 août 1994 ; Affaire n° IV/M.489 - *Bertelsmann/News International/Vox*, 6 septembre 1994 ; Affaire n° IV/M.1091 - *Cableuropa/Spainco/CTC*, 28 janvier 1998.

24) Affaire n° IV/M.1219 - *Seagram/Polygram*, 21 septembre 1998.

25) Affaire n° IV/M.655 - *Canal+/UFA/MDO*, 13 novembre 1995.

Pour déterminer l'étendue d'un marché de télédiffusion spécifique, et en particulier pour déterminer si le marché de la télévision à péage doit être considéré comme distinct de celui des chaînes d'accès gratuit, il convient de tenir compte des éléments suivants<sup>26</sup> :

- La télévision à péage est essentiellement financée par les abonnements, ce qui signifie qu'il existe une relation commerciale entre les fournisseurs de programmes et le téléspectateur en tant qu'abonné, alors que la télévision d'accès gratuit est financée par les pouvoirs publics et/ou par les recettes publicitaires. Lorsque la télévision est financée par la publicité il n'existe de relation commerciale qu'entre le fournisseur de programmes et l'industrie publicitaire<sup>27</sup>.
- La télévision à péage offre un mélange de programmes plus spécialisé pour satisfaire aux exigences d'un public cible (par exemple la couverture en direct d'événements sportifs, les premières diffusions à l'écran de films récents ou d'œuvres très réputées, etc.).
- Le fait que la réception de services de télévision à péage nécessite un décodeur donne au fournisseur la possibilité de présenter des programmes identiques à différents prix dans différents Etats<sup>28</sup>.

Au vu de ces éléments, la Commission européenne distingue le marché des services de la télévision à péage du marché de la télévision d'accès gratuit<sup>29</sup>.

La distinction entre les deux marchés de produits pourrait cependant, selon la Commission, s'estomper dans le cas de programmes de télévision à péage financés par des sources mixtes, c'est-à-dire les abonnements et la publicité<sup>30</sup>. Cette distinction pourrait également s'atténuer avec l'émergence des bouquets numériques qui combinent les chaînes d'accès gratuit et de télévision à péage<sup>31</sup>. Dès qu'on se trouve dans cette situation, il n'est plus possible de distinguer plus d'un marché de produit concerné pour les services de télédiffusion.

## 1.2. Les risques d'accès

Comme nous l'avons expliqué plus haut dans les paragraphes A.2. et A.3., les nouveaux cadres économiques et les nouveaux types d'activités générées par les nouvelles technologies ont peu à peu fait évoluer le débat sur la concentration des médias, depuis les politiques de propriété et de contrôle jusqu'à la réglementation de l'accès.

A l'heure actuelle, tout fournisseur de services de télévision à péage nouveau venu sur le marché est obligé de recourir à l'infrastructure technique et aux services annexes du fournisseur de télévision à péage déjà établi sur le marché. Ces services comprennent les systèmes de guide de l'utilisateur destinés à aider le téléspectateur à trouver des programmes individuels. Cette nécessité d'un guide de l'utilisateur résulte du nombre croissant de services de programmes proposés, du fait de la capacité de transmission accrue qui découle de la numérisation du procédé de transmission. Les opérateurs établis sont en position d'influencer l'emplacement des programmes de leurs concurrents. Le contrôle des systèmes de guide de l'utilisateur permet à l'opérateur d'octroyer aux programmes des fournisseurs de télévision à péage concurrents des emplacements sur la grille des programmes (*Electronic Program Guide* – EPG – Guide électronique des programmes) qui les rendent moins attrayants<sup>32</sup>.

Un autre facteur important rend difficile l'entrée sur le marché d'un nouveau fournisseur de services de télévision à péage : la mise en place d'un système de gestion des abonnés nécessite une importante organisation du service clients dans le pays de résidence des abonnés<sup>33</sup>. Un marché distinct de gestion des abonnés peut même se développer parallèlement à l'existence de plusieurs solutions de contrôle d'accès. Par ailleurs, il existe un marché distinct de mise en bouquet des programmes (c'est-à-dire l'agglomération de lots de programmes – "bouquets") de différents fournisseurs de programmes<sup>34</sup>, qui conduit à une concurrence de la "carte à puce".

26) Affaire n° IV/M.410 - *Kirch/Richemont/Teletipiù*, 2 août 1994 ;  
Affaire n° IV/M.489 - *Bertelsmann/News International/Vox*, 6 septembre 1994 ;  
Affaire n° IV/M.584 - *Kirch/Richemont/Multichoice/Teletipiù*, 5 mai 1995 ;  
Affaire n° IV/M.853 - *Bell Cable Media/Cable & Wireless/Videotron*, 11 décembre 1996 ;  
Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21.

27) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21.

28) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21.

29) Affaire n° IV/M.110 - *ABC/Générale des eaux/Canal+/W.H. Smith TV*, 10 septembre 1991 ;  
Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21 ;  
Affaire n° IV/M.853 - *Bell Cable Media/Cable & Wireless/Videotron*, 11 décembre 1996 ;  
Affaire n° IV/M.1091 - *Cableuropa/Spainco/CTC*, 28 janvier 1998 ;  
Affaire n° IV/M.1022 - *Cable i televisió de Catalunya (CTC)*, 28 janvier 1998.

30) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21.

31) Affaire n° IV/M.779 - *Bertelsmann/CLT*, 7 octobre 1996.

32) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21 ;  
Affaire n° IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 1-30 ;  
Affaire n° IV/M.1027 - *Deutsche Telekom/Betaresearch*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 31-45.

33) Affaire n° IV/M.410 - *Kirch/Richemont/Teletipiù*, 2 août 1994 ;  
Affaire n° IV/M.584 - *Kirch/Richemont/Multichoice/Teletipiù*, 5 mai 1995.

34) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21 ;  
Affaire n° IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, 19 juillet 1995, *JOCE* 2.3.1996 n° L 53 : 20-40.

Les opérateurs établis peuvent également influencer la commercialisation des programmes concurrents, selon la manière dont ils disposent ces programmes sur les cartes à puce qu'ils délivrent. L'opérateur d'accès payant dispose sur les cartes à puce les programmes de télévision à péage et les bouquets de programmes proposés, qui sont ensuite délivrés par les signaux d'autorisation transmis avec le signal télévisé. On s'attend à ce que l'abonné moyen de télévision à péage ne souhaite pas disposer de plusieurs cartes à puce différentes. L'opérateur détenant l'infrastructure technique pourra de ce fait entraver tout concurrent en ne le plaçant pas sur la première carte à puce dont les programmes sont les plus attrayants, mais en le reléguant au contraire sur de nouvelles cartes à puce supplémentaires<sup>35</sup>.

Le premier opérateur sur un nouveau marché pourrait acquérir des avantages substantiels en matière d'information. Cela vaut pour les projets de fourniture de nouveaux services de programmes et en particulier pour la structure du réservoir de clients et le comportement de l'ensemble des abonnés, puisque le système de gestion des abonnés est détenu par le premier opérateur<sup>36</sup>. Les premiers opérateurs n'ont même pas besoin de disposer d'un accès aux données relatives aux clients individuels. Il leur suffit d'obtenir un accès aux données sans caractère personnel qui leur fournissent des informations sur l'âge des téléspectateurs des programmes concernés. En outre, pour les services de télévision à péage interactive, tels que le péage à la consommation (*pay-per-view*), il est possible de déduire de données sans caractère personnel quel groupe spécifique préfère tels contenus de programmes spécifiques et jusqu'à quel point. Cette information confère un avantage concurrentiel substantiel, car il facilite grandement la mise au point de programmes ou de bouquets de programmes destinés à des groupes cibles particuliers<sup>37</sup>.

Comme nous l'avons expliqué, dans les nouveaux marchés qui se développent actuellement, le premier fournisseur de services acquerra automatiquement une position de monopole. Cependant, si l'on suppose que les marchés de l'UE ne connaissent aucune domination, cela laisse présumer que le futur marché en question reste ouvert à une concurrence prochaine et que le monopole n'est conséquemment que temporaire<sup>38</sup>.

La propriété d'une infrastructure de distribution, telle que les systèmes de transmission et les systèmes du câble, fait peser une autre menace sur l'accès sur le marché des services de télédiffusion. La Commission européenne a vu une menace identique dans la détention simultanée d'un monopole du réseau de téléphone fixe et d'une position dominante sur le réseau câblé à bande large, parce qu'une telle situation permettrait de contrôler les deux principaux moyens de transmission capables de fournir le canal de retour nécessaire aux services de télévision numérique interactive<sup>39</sup>.

### 1.3. Le marché des infrastructures de distribution des services de programmes télévisés

Il faut établir une autre distinction entre, d'une part, les marchés de la radiodiffusion en tant que service et, d'autre part, les marchés de fourniture de signaux de radiodiffusion aux abonnés. Ainsi par exemple, un marché existe lorsque des investisseurs potentiels entrent en compétition pour l'acquisition de concessions destinées à la construction de réseaux et consolident leur position en tant qu'opérateurs du câble, tandis que l'activité consistant à fournir des services sur cette capacité ou à permettre à d'autres de le faire peut être considérée comme distincte<sup>40</sup>.

Les réceptions par câble, satellite et fréquences terrestres ne sont pas nécessairement considérées comme interchangeables (substituables) par le consommateur.

Les réceptions par câble, satellite et fréquences terrestres ne sont pas non plus nécessairement considérées comme interchangeables (substituables) par les fournisseurs eux-mêmes, puisque les coûts par ménage destinataire et par année sont nettement plus élevés pour un fournisseur de programmes diffusant uniquement par satellite (*direct-to-home* – réception directe à domicile) que les coûts similaires auxquels fait face un fournisseur de programmes diffusant par satellite et par câble. Les coûts occasionnés à ce dernier sont comparables à ceux d'un radiodiffuseur diffusant uniquement par câble<sup>41</sup>.

35) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21 ;  
Affaire n° IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, 19 juillet 1995, *JOCE* 2.3.1996 n° L 53 : 20-40 ;  
Affaire n° IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 1-30 ;  
Affaire n° IV/M.1027 - *Deutsche Telekom/Betaresearch*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 31-45.

36) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21 ; A  
Affaire n° IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, 19 juillet 1995, *JOCE* 2.3.1996 n° L 53 : 20-40.

37) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21.

38) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21 ;  
Affaire n° IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, 19 juillet 1995, *JOCE* 2.3.1996 n° L 53 : 20-40 ;  
Affaire n° IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 1-30 ;  
Affaire n° IV/M.1027 - *Deutsche Telekom/Betaresearch*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 31-45.

39) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21 ;  
Affaire n° IV/M.1027 - *Deutsche Telekom/Betaresearch*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 31-45 ;  
Affaire n° IV/M.856 - *British Telecom/MCI (II)*, 14 mai 1997, *JOCE* 8.12.1997 n° L 336 : 1-15.

40) Affaire n° IV/M.853 - *Bell Cable Media/Cable & Wireless/Videotron*, 11 décembre 1996.

41) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21.

C'est la raison pour laquelle la Commission européenne a identifié un marché distinct pour les réseaux câblés de télévision<sup>42</sup> et un autre marché distinct pour la distribution de signaux de télévision par satellite<sup>43</sup>.

#### 1.4. Le marché des productions télévisées

La production télévisée indépendante constitue un marché de produit concerné distinct du marché des productions internes des radiodiffuseurs. La production interne des radiodiffuseurs est essentiellement utilisée pour leurs propres besoins. Bien que ces productions soient parfois proposées sur le marché international, elles ne sont en principe pas proposées aux autres radiodiffuseurs qui composent le même marché. C'est pourquoi il n'existe aucune concurrence directe entre la production interne et les programmes des producteurs indépendants proposés sur le marché des programmes. En outre, il apparaît que dans l'ensemble la production interne des radiodiffuseurs publics est largement adaptée à certaines catégories de productions telles que les actualités, d'autres types d'informations, les programmes culturels et destinés à la jeunesse, les documentaires, les programmes sportifs et d'autres types de divertissement. Dans ces domaines, les radiodiffuseurs publics n'ont pas besoin de compter sur les programmes des producteurs indépendants<sup>44</sup>.

Le marché de la production indépendante se caractérise par une relation commerciale entre les radiodiffuseurs, qui ont besoin de programmes à diffuser sur leurs chaînes, et les producteurs indépendants, qui fournissent ces programmes<sup>45</sup>.

Comme la valeur horaire, d'une part, de documentaires peu chers et, d'autre part, de drames et de programmes de divertissement coûteux varie considérablement, la part de marché des productions indépendantes doit être calculée plutôt en terme de valeur qu'en nombre d'heures produites. La Commission européenne considère par conséquent que la seule méthode appropriée de calcul des parts de marché est celle qui se fonde sur la valeur<sup>46</sup>.

Bien que la production indépendante constitue un marché de produit concerné, il peut encore exister des marchés géographiques distincts pour les productions indépendantes dans une même langue. Dans l'affaire *RTL/Veronica/Endemol* (20 septembre 1995) par exemple, la Commission européenne a conclu que la Communauté flamande de Belgique était *de facto* exclue du marché concerné des productions indépendantes néerlandaises. Elle a estimé qu'il y existait de telles différences culturelles que pratiquement aucune production néerlandaise n'était achetée en Belgique et que pratiquement aucune production belge n'était achetée aux Pays-Bas<sup>47</sup>.

#### 1.5. Le marché de la publicité télévisée

La Commission européenne distingue la publicité télévisée de la publicité faite au moyen d'autres médias, en particulier au moyen de la presse. Les consommateurs ciblés à l'aide de différents types de publicité et de différentes techniques (c'est-à-dire les spots publicitaires à la télévision et l'art graphique dans les magazines) et les prix en rapport avec le nombre de consommateurs ciblés diffèrent considérablement. Bien qu'il puisse y avoir des fluctuations entre les différents types de médias, la publicité télévisée et la publicité dans la presse sont pour la Commission européenne des marchés distincts<sup>48</sup>. Par ailleurs, la Commission distingue les marchés de la publicité à la radio<sup>49</sup> et de la publicité sur Internet<sup>50</sup>.

En outre, selon la Commission européenne, les marchés de la publicité télévisée demeurent essentiellement nationaux ou régionaux du fait des barrières linguistiques, culturelles et réglementaires<sup>51</sup>, même si les progrès techniques et l'importance croissante de la transmission par satellite peuvent conduire à une internationalisation graduelle des marchés de la télévision<sup>52</sup>.

42) Appelés aux Etats-Unis "systèmes de télévision par câble".

43) Affaire n° IV/M.469 - *MSG Media Service*, 9 novembre 1994, *JOCE* 31.12.1994 n° L 364 : 1-21 ;  
Affaire n° IV/M.1027 - *Deutsche Telekom/Betaresearch*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 31-45 ;  
Affaire n° IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, 19 juillet 1995, *JOCE* 2.3.1996 n° L 53 : 20-40.

44) Affaire n° IV/M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*, 20 septembre 1995, *JOCE* 5.6.1996 n° L 134 : 32-52.

45) Affaire n° IV/M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*, 20 septembre 1995, *JOCE* 5.6.1996 n° L 134 : 32-52.

46) Affaire n° IV/M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*, 20 septembre 1995, *JOCE* 5.6.1996 n° L 134 : 32-52.

47) Voir également : affaire n° IV/M.779 - *Bertelsmann/CLT*, 7 octobre 1996.

48) Affaire n° IV/M.176 - *Sunrise*, 13 janvier 1992 ;  
Affaire n° IV/M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*, 20 septembre 1995, *JOCE* 5.6.1996 n° L 134 : 32-52 ;  
Affaire n° IV/M.779 - *Bertelsmann/CLT*, 7 octobre 1996.

49) Affaire n° IV/M.779 - *Bertelsmann/CLT*, 7 octobre 1996.

50) Affaire IV/M.973 - *Bertelsmann-Burda-HOS Lifeline*, 15 juin 1997.

51) Affaire n° IV/M.655 - *Canal+/UFA/MDO*, 13 novembre 1995 ;  
Affaire n° IV/M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*, 20 septembre 1995, *JOCE* 5.6.1996 n° L 134 : 32-52 ;  
Affaire n° IV/M.779 - *Bertelsmann/CLT*, 7 octobre 1996.  
Affaire n° IV/M.878 - *RTL 7*, 14 février 1997.  
Affaire n° IV/M.810 - *n-tv*, 16 septembre 1996.

52) Affaire n° IV/M.566 - *CLT/Disney/Super RTL*, 17 mai 1995.

Même sur les différents marchés nationaux, dans lesquels la publicité est diffusée dans la même langue, il peut exister des conditions de concurrence radicalement différentes en matière de recettes publicitaires.

## 2. L'appréciation par la Commission européenne des opérations de concentration sur les marchés concernés identifiés

Après avoir défini le produit concerné et les marchés géographiques, la Commission apprécie l'opération de concentration en examinant ses (éventuelles) conséquences sur la concurrence dans le ou les marchés concernés identifiés.

Dans son appréciation de l'opération de concentration, la Commission détermine si l'on a affaire ou non à une constitution ou à un renforcement de position économique dominante et, si c'est le cas, dans quelle mesure l'opération est nécessaire pour atteindre les objectifs fixés (par exemple, dans l'affaire *Nordic Satellite Distribution*, la Commission a estimé que la nature verticalement intégrée de l'opération projetée n'était pas nécessaire pour créer une infrastructure intégrée de fourniture de télévision par satellite et d'autres services annexes<sup>53</sup>).

### 2.1. L'appréciation par la Commission européenne des opérations de concentration en général

Selon la Commission européenne, l'appréciation du projet de concentration doit englober les développements futurs, en particulier la transformation des marchés suite aux progrès techniques<sup>54</sup>, mais sans aborder la question d'une éventuelle autre concentration ultérieure. Toute concentration ultérieure sera examinée au cas par cas lorsqu'elle fera l'objet d'un contrôle de concentration<sup>55</sup>. Elle doit également tenir compte de la possibilité dont disposeront les concurrents du ou des marchés concernés identifiés de s'adapter aux nouvelles relations de concurrence qui résulteront de l'opération de concentration notifiée.

Si une opération de concentration ne renforce pas de manière significative une position dominante existante, la présence d'autres participants importants sur le ou les marchés de référence ne pose pas problème<sup>56</sup>. C'est également le cas lorsqu'une concurrence effective entre les acteurs de ce marché n'est pas modifiée du fait de l'opération de concentration (voir l'affaire *Bertelsmann/CLT*, dans laquelle la Commission a décidé que l'opération de concentration pouvait se poursuivre bien que les deux acteurs principaux du marché publicitaire – la toute nouvelle CLT/UFA, d'une part, et Kirch, d'autre part – représentaient à eux deux une part de marché de 88 %).

Si rien n'indique qu'un projet d'acquisition modifiera radicalement les conditions de concurrence du ou des marchés concernés et que l'accroissement de la concentration occasionné par cette transaction particulière n'entraîne pas en lui-même une diminution perceptible de la concurrence sur le marché, la réglementation en matière de concentration ne s'y oppose pas<sup>57</sup>.

La Commission européenne accepte également les opérations de concentration qui constituent le seul moyen d'accéder à un marché (en vertu de la structure du marché, des exigences légales et/ou de la présence de puissants concurrents<sup>58</sup>).

Les opérations de concentration dont le principal impact se produit hors du marché de l'Union européenne et de l'Espace économique européen et qui n'entravent pas de manière significative la concurrence au sein du Marché commun ne relèvent pas de l'appréciation de la Commission européenne<sup>59</sup>.

Les indices d'écoute peu importants ne peuvent pas être considérés comme susceptibles de conférer aux radiodiffuseurs une puissance sur le marché<sup>60</sup>.

Un problème se pose lorsqu'un monopole d'Etat est impliqué dans une opération de concentration. C'est le cas par exemple si une entreprise détient légalement le droit exclusif de fournir l'infrastructure de transmission de signaux de radio et de télévision, ainsi que d'autres services de télécommunications, dans les communes<sup>61</sup>. Dans une situation de ce type, les concurrents de la ou des entreprises qui constituent une société

53) Affaire n° IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, 19 juillet 1995, JOCE 2.3.1996 n° L 53 : 20-40.

54) Affaire n° IV/M.037 - *Matsushita/MCA*, 10 janvier 1991.

55) Affaire n° IV/M.779 - *Bertelsmann/CLT*, 7 octobre 1996.

56) Affaire n° IV/M.202 - *Thorn EMI/Virgin Music*, 27 avril 1992 ;  
Affaire n° IV/M.779 - *Bertelsmann/CLT*, 7 octobre 1996.

57) Affaire n° IV/M.202 - *Thorn EMI/Virgin Music*, 27 avril 1992.

58) Affaire n° IV/M.410 - *Kirch/Richemont/Teletipiù*, 2 août 1994 ;  
Asunto n° IV/M.1022 - *Cable i televisió de Catalunya (CTC)*, 28 janvier 1998 ; Asunto n° IV/M.1148 - *STET/GET/Madrid*,  
28 mai 1998 ; affaire n° IV/M.1251 - *Particitel International/Cableuropa*, 27 août 1998 ; affaire n° JV.5 - *Cegetel/Canal+/America  
Online/Bertelsmann*, 4 août 1998, JOCE 28.1.2000 n° C 24 : 4.

59) Affaire n° IV/M.826 - *ESPN/Star*, 11 novembre 1996.

60) Affaire n° IV/M.810 - *n-tv*, 16 septembre 1996.

61) Affaire n° IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, 19 juillet 1995, JOCE 2.3.1996 n° L 53 : 20-40 ;  
Affaire n° IV/M.856 - *British Telecom/MCI (II)*, 14 mai 1997, JOCE 8.12.1997 n° L 336 : 1-15.



d'économie mixte avec le monopole d'Etat sont privés des économies d'échelle dont profitera cette société d'économie mixte.

Il peut arriver que la concentration soit illégale si la constitution d'une concentration de médias modifie profondément la position de négociation d'un participant du marché (comme ce fut le cas des opérateurs du câble dans l'affaire *Nordic Satellite Distribution*<sup>62</sup> ou *NC/CANAL+/CDPQ/Bank America*<sup>63</sup>). Dans l'affaire *NC/CANAL+/CDPQ/Bank America*, la constitution d'une joint-venture entre CANAL+, CDPQ et Bank America a été notifiée à la Commission. CANAL+ et PRISA contrôlaient par leur participation la société espagnole Sogecable, occupaient une très forte position sur le marché des services de télévision à péage et étaient d'importants fournisseurs de contenus. Bank America et CDPQ étaient également présents sur le marché espagnol des services de télévision à péage grâce à leur joint-venture Cableuropa. Cette dernière contrôlait quatorze licences espagnoles de télévision à péage et des services de télécommunications par câble. Cette opération de concentration a été considérée comme modifiant profondément la position de négociation des opérateurs du câble. La question fut résolue par CANAL+ qui s'accorda avec la Commission européenne pour négocier avec les opérateurs espagnols du câble à propos de l'attribution des droits de distribution des services de programmes et des catégories de programmes dont CANAL+ avait obtenu les droits. Les négociations devaient être menées de manière équitable et non discriminatoire, conformément aux exigences du droit communautaire et des règles nationales espagnoles en matière de concurrence.

## 2.2. L'appréciation par la Commission européenne des opérations de concentration sur le marché de l'accès à l'infrastructure de distribution

Si une opération de concentration permet à une entreprise de contrôler l'accès aux systèmes de distribution (par exemple les systèmes du câble ou d'accès payant), les concurrents dépendent de cette entreprise pour la distribution de leurs services. C'est pourquoi la Commission européenne s'efforce de prévenir les monopoles "d'entrée"<sup>64</sup>, même s'ils offrent un système de cryptage ouvert<sup>65</sup>.

Dans l'affaire *RTL/Veronica/Endemol* (20 septembre 1995)<sup>66</sup>, la Commission européenne a critiqué la position dominante des opérateurs du câble qui avait été renforcée par la législation néerlandaise relative aux médias. A cette époque, le droit néerlandais, qui exigeait qu'une nouvelle chaîne privée ait accès aux réseaux câblés couvrant au moins 30 % des ménages dans au moins cinq provinces, constituait un obstacle majeur pour les nouvelles chaînes privées qui n'étaient pas encore connues des téléspectateurs. Alors qu'elle tentait de satisfaire à cette exigence et de parvenir à couvrir une part importante des téléspectateurs néerlandais, la société de radiodiffusion scandinave SBS avait dû faire face aux opérateurs du câble qui étaient en position de force sur le terrain des négociations. Le concurrent de SBS, Veronica, avait au contraire déjà obtenu un accès complet à tous les systèmes de câble des Pays-Bas, grâce à la popularité qu'il connaissait déjà auprès des téléspectateurs néerlandais parce qu'il avait fait partie du système de radiodiffusion publique du pays<sup>67</sup>.

Même si le législateur n'avait pas imposé une couverture minimale particulière par les systèmes câblés comme condition préalable à la délivrance d'une licence de services de radiodiffusion commerciale privée, un radiodiffuseur aurait encore dû assurer la couverture d'un nombre important d'abonnés au câble. Les Pays-Bas avaient réservé les fréquences terrestres disponibles aux radiodiffuseurs publics et seul un nombre relativement restreint de ménages néerlandais recevaient des services de programmes par satellite, du fait de l'importante couverture des systèmes par câble. Aussi les opérateurs du câble auraient-ils été en position de force pour négocier même sans l'exigence légale d'une couverture minimale d'abonnés au câble.

Selon la Commission européenne, la situation serait aggravée si les opérateurs du câble devaient créer et exploiter leurs propres chaînes de télévision et proposer leurs propres bouquets de chaînes, ce qui leur conférerait un avantage supplémentaire.

62) Affaire n° IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, 19 juillet 1995, *JOCE* 2.3.1996 n° L 53 : 20-40.

63) Affaire n° IV/M.1327 - *NC/Canal+/CDPQ/Bank America*, 3 décembre 1998, *JOCE* 14.8.1999 n° C 233 : 21.

64) Affaire n° IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, 19 juillet 1995, *JOCE* 2.3.1996 n° L 53 : 20-40 ;  
Affaire n° IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 1-30 ;  
Affaire n° IV/M.1027 - *Deutsche Telekom/Betaresearch*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 31-45 ;  
Affaire n° IV/M.856 - *British Telecom/MCI (II)*, 14 mai 1997, *JOCE* 8.12.1997 n° L 336 : 1-15.

65) Dans un système de cryptage ouvert, les décodeurs sont disponibles à partir de plusieurs sources et le consommateur peut, avec le même décodeur, recevoir des chaînes de télévision dans différents systèmes ouverts en utilisant différentes cartes à puces. Tout radiodiffuseur peut, pour une somme modique, acquérir auprès du propriétaire le droit d'utiliser un tel système ouvert. Dans un système de cryptage fermé, seuls les radiodiffuseurs ayant passé un accord avec le propriétaire du système sont autorisés à crypter dans ce système. Un accord de ce type comprend le droit pour un opérateur particulier d'administrer le système de gestion des abonnés et ainsi d'empêcher les autres opérateurs d'utiliser le système. Les ménages doivent acheter ou louer des décodeurs supplémentaires s'ils souhaitent recevoir les chaînes de télévision cryptées dans d'autres systèmes.

66) Affaire n° IV/M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*, 20 septembre 1995, *JOCE* 5.6.1996 n° L 134 : 32-52.

67) Concernant l'introduction en droit néerlandais des médias de la possibilité d'attribuer des licences de services de télévision commerciale privée, le législateur donnait aux associations de droit privé qui constituaient ensemble le système de radiodiffusion publique aux Pays-Bas la possibilité de quitter le système de radiodiffusion publique en échange d'une licence d'exploitation de radiodiffusion commerciale privée. Veronica fut la seule association prête à prendre le risque de renoncer à la sécurité dont elle bénéficiait dans le secteur public du système de radiodiffusion néerlandais.

### 2.3. L'appréciation par la Commission européenne des opérations de concentration verticale

Lorsqu'elle examine les opérations de concentration des médias, la Commission européenne tient également compte des intégrations verticales<sup>68</sup>. Dans l'affaire *Nordic Satellite Distribution* par exemple, l'opération de concentration aurait également conduit à la constitution de liens puissants entre la société qui était sur le point d'acquiescer une position dominante sur le marché des services de transpondeur de la télévision par satellite destinés aux téléspectateurs nordiques et un important radiodiffuseur de chaînes de télévision nordiques. Ce dernier était également distributeur de chaînes par satellite destinées aux ménages à réception directe à domicile (*direct-to-home*). En outre, grâce à ces liens avec ses sociétés mères qui étaient opérateurs du câble, Nordic Satellite Distribution aurait été en position d'empêcher les autres opérateurs par satellite de louer des transpondeurs aux radiodiffuseurs des pays nordiques.

### 2.4. L'appréciation par la Commission européenne des opérations de concentration transmédias

Dans l'affaire *RTL/Veronica/Endemol* (20 septembre 1995)<sup>69</sup>, la Commission européenne a déclaré qu'un lien structurel existant entre un télédiffuseur et un média de presse, publiant entre autres des articles relatifs à la télévision, pouvait servir à promouvoir les programmes télévisés des radiodiffuseurs. Cela peut être le cas, malgré l'existence de lois sur l'indépendance éditoriale de la presse concernée, car l'expérience montre que la propriété des médias de presse tend à influencer les orientations générales des médias. En outre, il peut exister une coopération directe entre les radiodiffuseurs et les propriétaires de médias de presse liés les uns aux autres.

### 2.5. Les contraintes annexes

Dans certaines circonstances, les clauses de non-concurrence, qui figurent dans un accord de concentration, peuvent être considérées comme une restriction directement liée et nécessaire à la mise en œuvre de la concentration (appelées "contraintes annexes")<sup>70</sup>. Dans ce cas, la Commission européenne accepte ces restrictions.

La Commission européenne a accepté par le passé qu'un accord de non-concurrence sur un territoire donné dans les domaines des chaînes de télévision à péage, des systèmes de gestion des abonnés de la télévision à péage et du positionnement sur les plates-formes satellite dans un but de télédiffusion à péage soit une contrainte acceptable, annexe à une opération de concentration des radiodiffuseurs de télévision à péage. La Commission européenne a considéré que de telles restrictions figurant dans un accord de concentration passé entre des entreprises étaient liées et nécessaires à la mise en œuvre de l'opération de concentration conformément à la réglementation applicable et a de ce fait décidé de les accepter<sup>71</sup>.

La Commission européenne a estimé qu'une restriction figurant dans un accord de production passé entre une joint-venture et une société mère qui garantit l'achat par cette joint-venture d'un montant minimum de programmes produits par ladite société mère n'est pas nécessaire à la mise en œuvre de l'opération de concentration et n'est en conséquence pas acceptable<sup>72</sup>.

Un accord de licence qui va au-delà de la licence de droits de programmes délivrée à une joint-venture, qui tend à la concentration et qui est issue uniquement d'une opération de concentration ne peut être considéré comme directement lié et nécessaire à cette dernière<sup>73</sup>.

Les règles du droit d'auteur confèrent à ses titulaires le droit exclusif d'accorder ou de refuser la publication de leurs œuvres protégées par la législation en la matière. Si une opération de concentration impliquait la concentration de semblables droits exclusifs, cela pourrait conduire à la constitution ou au renforcement d'une position économique dominante. C'est pourquoi de tels droits exclusifs sont compris dans l'évaluation qu'effectue la Commission européenne dans le cadre de la procédure de contrôle de concentration.

Même en l'absence d'une opération de concentration, la propriété ou le contrôle de droits exclusifs ou d'une licence exclusive d'utilisation de certains programmes peut, dans certaines circonstances, conduire à un abus de position économique dominante qui résulte de l'exclusivité des droits ou de la licence. Nous traiterons de cette question dans le paragraphe suivant.

68) Affaire n° IV/M.202 - *Thorn EMI/Virgin Music*, 27 avril 1992 ;  
Affaire n° IV/M.489 - *Bertelsmann/News International/Vox*, 6 septembre 1994 ;  
Affaire n° IV/M.490 - *Nordic Satellite Distribution*, 19 juillet 1995, *JOCE* 2.3.1996 n° L 53 : 20-40 ;  
Affaire n° IV/M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*, 20 septembre 1995, *JOCE* 5.6.1996 n° L 134 : 32-52 ;  
Affaire n° IV/M.999 - *CLT-UFA/Havas Intermédiation*, 26 février 1998 ;  
Affaire n° IV/M.1219 - *Seagram/Polygram*, 21 septembre 1998 ;  
Affaire n° IV/M.993 - *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 1-30 ;  
Affaire n° IV/M.1027 - *Deutsche Telekom/Betaresearch*, 27 mai 1998, *JOCE* 27.2.1999 n° L 53 : 31-45 ;  
Affaire n° IV/M.1327 - *NC/Canal+/CDPQ/Bank America*, 3 décembre 1998, *JOCE* 14.8.1999 n° C 233 : 21 ;  
Affaire n° JV.5 - *Cegetel/Canal+/America Online/Bertelsmann*, 4 août 1998, *JOCE* 28.1.2000 n° C 24 : 4 ;  
Affaire n° JV.8 - *Deutsche Telekom/Springer/Holtzbrink/Infoseek*, 28 septembre 1998.

69) Affaire n° IV/M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*, 20 septembre 1995, *JOCE* 5.6.1996 n° L 134 : 32-52.

70) Affaire n° IV/M.110 - *ABC/Générale des eaux/Canal+/W.H. Smith TV*, 10 septembre 1991.

71) Affaire n° IV/M.410 - *Kirch/Richemont/Telepù*, 2 août 1994.

72) Affaire n° IV/M.553 - *RTL/Veronica/Endemol*, 20 septembre 1995, *JOCE* 5.6.1996 n° L 134 : 32-52.

73) Affaire n° IV/M.566 - *CLT/Disney/Super RTL*, 17 mai 1995.

## 2.6. Droits exclusifs

Lorsque des accords passés entre des acteurs du marché dans le secteur des médias concernent des droits exclusifs, la politique générale de la Commission européenne est de ne pas les interdire en tant que tels, bien qu'il s'agisse clairement d'accords restrictifs. Le principal objectif de la Commission européenne est de protéger l'accès de tous les radiodiffuseurs aux programmes susceptibles d'intéresser le public, et ce sur un même pied d'égalité, et, en conséquence, de veiller à ce que les programmes ne soient pas retirés du marché, notamment au moyen de licences exclusives de longue durée.

Si toutes ces exigences sont respectées, la Commission européenne peut exonérer les accords de licence exclusive de l'interdiction qui frappe les accords de cartels et les pratiques concertées.

Les restrictions à la concurrence sur le marché de la télévision peuvent également résulter de l'acquisition ou de la vente communes de droits exclusifs. Cela signifie que les entreprises qui ne participent pas au commerce impliquant ces droits exclusifs ne profiteront pas des avantages que procurent normalement ces opérations communes, ni du pouvoir de négociation qui va de pair avec un ensemble considérable de droits exclusifs importants acquis ou vendus en commun. La Commission européenne a annoncé que lorsque cette situation était susceptible de se produire, elle n'exonérerait cette forme d'accord ou de pratique concertée qu'aux conditions suivantes :

- si elle entraîne une véritable rationalisation et des économies d'échelle,
- si les parties concernées conservent un certain degré d'autonomie et
- si, dans le cas d'une acquisition de droit exclusifs de radiodiffusion par des sociétés multinationales, les entités qui ne participent pas à cette acquisition conservent une forme d'accès aux programmes qui font l'objet de l'accord.

## C. L'action future de l'UE sur les politiques et pratiques nationales en matière de propriété et de contrôle de la télévision

Les Etats membres de l'UE ont investi la Commission européenne d'une compétence dans les domaines de la législation anti-trust et de la législation en matière de concurrence. Comme cela a été illustré dans ce chapitre, la Commission européenne a montré que, chaque fois qu'elle prenait une décision dans des affaires relevant de la législation anti-trust ou de la législation en matière de concurrence en rapport avec les médias, non seulement elle tenait compte des spécificités du secteur des médias, mais encore elle protégeait les intérêts légitimes des Etats membres en poursuivant leurs objectifs en matière de politiques culturelles et de médias.

En principe, la Commission européenne admet les politiques nationales des médias vis-à-vis de la propriété et du contrôle de la télévision, pour autant qu'elles n'affectent pas le fonctionnement du marché intérieur européen. Après tout, les politiques nationales des médias visent à protéger et à garantir le pluralisme et la diversité dans le secteur des médias nationaux et à protéger les intérêts culturels. Les politiques culturelles et de médias continuent à relever de la compétence propre des Etats membres en Europe. Cependant, dès qu'elles affectent le fonctionnement du marché intérieur européen, la Commission européenne doit agir pour prévenir une telle situation. Ce type d'action prend normalement la forme d'un instrument juridiquement contraignant, généralement d'une directive, pour coordonner ou harmoniser les législations ou les dispositions administratives nationales.

La radiodiffusion devient une activité de plus en plus transfrontière (les radiodiffuseurs par satellite ont commencé à proposer des services paneuropéens). Tous les types de nouveaux services interactifs sont introduits sur la base de nouveaux modèles d'entreprises liés aux nouvelles possibilités technologiques. Les sociétés effectuent d'énormes investissements pour profiter des nouveaux défis. Ces sociétés ont appelé à une certitude juridique et à un nouveau cadre réglementaire neutre à l'égard des technologies pour les infrastructures et les services de communication.

La Commission européenne s'efforce à l'heure actuelle de répondre à ces demandes, notamment en :

- établissant un cadre à partir duquel les Etats membres peuvent imposer des obligations *ex ante* spécifiques au secteur (sous réserve que soient respectés les seuils européens relatifs à l'imposition de semblables obligations). Les sociétés auraient l'avantage de connaître l'opinion des autorités à l'égard de leurs projets avant que les investissements soient effectués, alors que les décisions prises en vertu du droit de la concurrence qui imposent des limitations surviennent après que les investissements aient été réalisés. Par ailleurs, le résultat de la procédure de décision prévue par le droit de la concurrence peut être incertain, tandis que les critères transparents qui indiquent à une société à quel moment elle est soumise à des obligations *ex ante* confèrent une plus grande certitude juridique ;
- harmonisant les règles d'autorisation de la fourniture de services de communication en général (c'est-à-dire sur une base neutre à l'égard des technologies) ;

- établissant un cadre européen pour les accords d'accès et d'interconnexion ;
- fixant des normes européennes de service universel (dans le but de protéger les intérêts des consommateurs).

Bien qu'on ignore encore quel sera le résultat de ces attentes, il semble évident que la réglementation européenne passe, d'une part, d'un contrôle *ex ante* à un contrôle *ex post* des développements économiques et, d'autre part, des politiques en matière de propriété et de contrôle à l'égard des médias traditionnels (journaux, radio et télévision) à un contrôle d'accès à l'égard de tous les éventuels goulets d'étranglement ("monopoles d'entrée") dans tous les secteurs liés aux technologies de l'information et de la communication.

# LES ETATS-UNIS

**Michael Botein**

*Professeur de droit et Directeur,  
Communications Media Center, New York Law School. B.A., 1966,  
Wesleyan University; J.D., 1969, Cornell University; LL.M., 1971, Columbia University; J.S.D., 1979,  
Columbia University*

## Introduction

Aux États-Unis, le traitement juridique des pratiques de concentration, dans un but de contrôle dans l'industrie de la télévision, est quelque peu particulier. La raison en est assez simple : à l'inverse de presque tous les pays au monde, les États-Unis ont pratiquement toujours dépendu de la radiodiffusion privée<sup>1</sup>. Les pays bénéficiant de systèmes gérés par le gouvernement n'ont naturellement pas de problèmes de concentration puisque, par définition, le gouvernement est le seul opérateur autorisé. La plupart des pays européens ont eu exclusivement des systèmes étatisés jusqu'à il y a vingt ans et certains autres pays développés, comme Israël, n'ont autorisé les chaînes de télévision privées qu'il y a cinq ans.

A l'opposé, depuis les débuts de la radio aux États-Unis, l'industrie et le gouvernement s'affrontent sur la question de la fixation de limites relatives à la propriété des médias électroniques. Dès 1919, AT&T et General Electric ont tenté de créer un monopole sur la transmission radio en établissant un système complexe d'octroi de contre-licences. Puisque ces deux entreprises dominantes détenaient tous les brevets dans le domaine de la transmission et de la réception radio, leur refus de concéder des brevets à d'autres candidats a rendu toute concurrence impossible. Néanmoins, en 1920, le Département de la Justice a ouvert une enquête anti-trust sur ces pratiques et, dès 1926, AT&T et General Electric ont annulé leur accord, anticipation ironique de la cession de AT&T quelque soixante ans plus tard<sup>2</sup>. Dans le cadre de cet accord, AT&T promettait de ne pas se lancer dans le domaine des médias électroniques, à savoir, à cette époque, la radio à modulation d'amplitude exclusivement. Toutefois, l'efficacité de cet accord peut aujourd'hui être remise en cause à la lumière de récents développements légaux, analysés à l'Article C ci-dessous.

En effet, il est intéressant d'imaginer quel aurait été le développement des industries de la radio, et plus tard de la télévision américaines, si AT&T avait été autorisé à consolider sa position dominante dans le secteur de télécommunications. Vraisemblablement, cette proposition économique n'était pas réaliste. A la fin des années 40, AT&T rejetait la proposition de son personnel d'entrer dans le secteur de la télévision, en avançant que celle-ci n'avait aucun réel avenir, ce qui prouve que personne n'est extralucide en matière de développement des médias.

En effet, aujourd'hui, le Gouvernement fédéral des États-Unis ne contribue au budget d'exploitation de la radiodiffusion publique qu'à hauteur d'environ 300 millions de dollars, les 1,2 milliards de dollars restants provenant du secteur privé, un total équivalent à moins de la moitié des recettes des trois plus importants réseaux de télévision commerciale aux États-Unis. Curieusement, par comparaison, des pays comme la Suisse ou l'Australie, dont la population est bien inférieure à celle des États-Unis, contribuent dans une plus grande mesure au développement de la radiodiffusion publique.

La longue tradition américaine concernant la propriété croisée de stations de radio et de chaînes de télévision semble poser bien moins de problèmes que la propriété croisée de stations de radio et de chaînes de télévision en Europe. En effet, l'évolution de la limitation et de la libéralisation de la propriété de la radio aide souvent à définir les intentions du législateur en matière de règles parallèles concernant la télévision.

L'approche américaine de la concentration fait intervenir à la fois la politique de concurrence et les règles administratives. Habituellement, toutes deux donnent le même résultat, mais parfois le régime anti-trust est plus sévère – ou plus clément – que la FCC (*Federal Communications Commission*).

En dépit de cette différence historique, les États-Unis et l'Europe se sont intéressés à deux questions politiques de base : (1) abaisser les barrières en matière de concurrence et (2) augmenter la diversité d'expression.

A cet égard, l'expérience américaine peut être intéressante, elle est beaucoup plus longue et a utilisé énormément d'approches différentes pour réglementer la concentration. Les nombreux échecs des États-Unis, par rapport au faible nombre de réussites, peuvent par conséquent aider les autres pays à traiter des problèmes similaires.

Les autorités américaines utilisent différentes définitions - qui parfois se recoupent - pour décrire les marchés économiques pertinents. Dans certains cas, les tribunaux et les agences de régulation utilisent des définitions de marché anti-trust traditionnelles. Le Congrès et la *Federal Communications Commission* (la "FCC" ou "Commission" ou "Agence") utilisent parfois d'autres indicateurs.

1) Aux États-Unis, la radio commerciale a commencé dans les années 1920, bien qu'elle n'ait pas été réglementée avant la loi sur la radio de 1927. E. Krasnow et. AL., *The Politics of Broadcast Regulation*, p. 10-16 (1982).

2) J. Udelson, *The great Television Race*, p. 5-9 (1982).



En termes d'analyse anti-trust, la première question consiste à définir le marché pertinent. Au titre de la loi anti-trust et de la loi de régulation, cette question se divise en deux sous-questions.

Tout d'abord, quel est le "marché du produit", c'est-à-dire quels biens et services sont censés être en concurrence les uns avec les autres ? Le test traditionnel consiste à savoir si des biens ou des services particuliers peuvent raisonnablement se substituer les uns aux autres pour les acheteurs<sup>3</sup> (par exemple, le câble et les satellites de diffusion directe sont-ils en concurrence auprès des audiences toutes chaînes confondues ? Ou encore, le texte sur Internet est-il en concurrence avec le texte imprimé sur papier ?) Vraisemblablement, la télévision peut concurrencer les cinémas, le câble, la télédiffusion directe par satellite ou l'Internet, selon le point de vue des publicitaires, des programmeurs et des spectateurs. La plupart de ces questions n'ont jamais été posées, et encore moins résolues.

Ensuite, quelle est la zone géographique dans laquelle ces services se font concurrence<sup>4</sup> ? (Par exemple, la télévision et les satellites de diffusion directe sont-ils en concurrence sur le plan national, ou uniquement là où une chaîne particulière est implantée ?)

Outre le fait de distinguer le marché du produit et la zone géographique, les règles de propriété aux États-Unis répondent à une approche relativement simpliste, qui distingue seulement entre propriété commune et propriété croisée. Par exemple, on parle de propriété commune lorsqu'une entité possède deux ou plusieurs chaînes de télévision sur des marchés géographiques qui ne se chevauchent pas. Toutefois, le fait de posséder deux ou plusieurs chaînes de télévision devient une question de propriété croisée si ces chaînes se trouvent dans la même zone géographique. Ainsi, en fonction de la détermination du marché géographique, la propriété de deux chaînes de télévision pourrait être une concentration de médias horizontale ou diagonale, en fonction des catégories de concentration de médias sur lesquelles cette étude est basée. Toutefois, la conséquence la plus intéressante de l'approche américaine est que la concentration de médias diagonale est insignifiante – quels que soient les médias dont la propriété est croisée – dès lors qu'elle concerne des marchés géographiques différents.

Pour résumer, aux États-Unis, ni la classification des constellations de propriété, ni la manière dont elles sont réglementées n'est idéale pour établir la distinction entre les différentes concentrations de médias, horizontale, verticale et diagonale, choisies pour cette étude. Néanmoins, dans la mesure du possible, la présentation suivra la chronologie de l'approche générale tout en indiquant la position des États-Unis sur la propriété commune et la propriété croisée, et en respectant la dimension géographique des États-Unis.

## A. La concentration horizontale des médias

### 1. Propriété commune : un média – différentes zones géographiques

Comme cela a été indiqué ci-dessus, les autorités américaines se sont préoccupées, depuis sa création, de la propriété commune de la radiodiffusion. Toutefois, la FCC n'a pas adopté de règles formelles, jusqu'à ce qu'elle autorise le service FM en 1940. Dans le cadre de son marché global, elle a contraint les propriétaires à ne posséder que six stations au maximum sur le territoire national<sup>5</sup>. Dans la loi sur les télécommunications de 1996, le Congrès a abrogé toutes les restrictions relatives à la propriété commune de radios<sup>6</sup> – ce qui a eu pour résultat qu'aujourd'hui, une entreprise américaine possède plus de 1000 stations de radio dans le pays, sur un total de 10.000.

En 1940, la Commission a autorisé le déploiement d'un service de télévision expérimental, mais a limité le nombre de chaînes de télévision à trois par propriétaire sur le territoire national. En 1944, elle a relevé cette limite à cinq. En 1954, la FCC a relevé la limite des chaînes de télévision à sept par propriétaire.

Cette norme est restée en place pendant une génération, jusqu'à ce que la Commission relève la limite une fois de plus en 1984 pour passer à douze chaînes. Cependant, par cette mesure, la FCC a imposé un plafond supplémentaire sur la propriété totale de télévisions, à savoir que les chaînes ne dépassent pas 25 % de l'audience nationale, c'est-à-dire le nombre de foyers répertoriés par les organismes de recherche privés. Avec environ 100 millions de foyers aux États-Unis, 25 % correspondent à 25 millions de foyers. La Commission a jugé cela nécessaire, puisqu'une entreprise possédant des chaînes à New York, Chicago et Los Angeles pouvait couvrir plus que cette proportion de l'audience télévisuelle nationale. Cette approche a donc incité les propriétaires de chaînes à couvrir un ou deux marchés principaux (c'est-à-dire dans les dix zones les plus peuplées), puis à répartir leur part restante entre les zones de taille moyenne (par exemple, Cleveland, ou San Diego). De plus, l'agence a adopté une "remise UHF", puisque les stations UHF aux États-Unis, au contraire de l'Europe, ont traditionnellement des signaux faibles et des audiences peu importantes, la règle comptant les spectateurs UHF pour moitié seulement par rapport aux spectateurs VHF. L'objectif de la Commission était d'encourager les propriétaires de groupes de télévision à investir dans les chaînes UHF et à les moderniser, de manière à augmenter la qualité de leur signal et leur couverture, tout en conservant

3) *United States v. E. I. Du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. p. 377 (1956).

4) *Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. p. 320 (1961).

5) M. Botein, *Regulation of the Electronic Mass Media*, p. 199-213 (3ème ed. 1998).

6) *Telecommunication Act of 1996*, Section 202 (b).

leur "remise". Cette stratégie était intéressante non seulement parce que les chaînes UHF coûtent à l'achat seulement 10 à 20 % de ce que coûtent les chaînes VHF, mais également parce qu'elle renforçait le nombre de systèmes par câble diffusant les chaînes UHF.

Enfin, et de manière sans doute plus créative, l'agence a estimé que les propriétaires de chaînes de télévision pouvaient en posséder jusqu'à quatorze, dans la mesure où les deux dernières étaient contrôlées par des minorités raciales, un type de gestion réglementaire qui ne semble pas, finalement, générer de résultats positifs<sup>7</sup>.

Cette solution, efficace en apparence, n'a pas survécu à la loi sur les télécommunications de 1996. Bien que cette loi ait essentiellement cherché à parvenir à un consensus entre les industries du câble et les industries de télécommunications locales et longue distance afin d'obtenir un nombre suffisant de votes pour être adoptée, les sponsors devaient répartir les bénéfices sur pratiquement toutes les formes de médias électroniques. L'un des avantages accordés à la télévision était l'article 212(c) qui prévoyait que :

La Commission modifiera ses règles concernant la propriété multiple...

(A) en éliminant les restrictions sur le nombre de chaînes de télévision qu'une personne ou une entité peut directement ou indirectement posséder, exploiter ou contrôler...[et]

(B) en relevant la limite du taux d'audience nationale pour les chaînes de télévision à 35 %<sup>8</sup>.

Le chiffre de 35 % (environ 35 millions de foyers) est le résultat d'un long débat entre les partisans de la limite existante des 25 % et les partisans d'une limite de 50 %. En définitive, cela permet aux propriétaires de groupes d'acquérir quelques chaînes supplémentaires sur les marchés de taille moyenne, mais sans leur permettre, comme pour la radio, de couvrir tout le pays.

Comme cela est expliqué ci-dessus, le Congrès et la Commission ont modifié leur approche concernant les limitations imposées à la propriété de chaînes de télévision une demi douzaine de fois au cours des dernières décennies. D'une part, ceci est dû au plus grand nombre de chaînes de télévision, à savoir plus de 1000. D'autre part, cela reflète la tendance générale vers une déréglementation, qui a commencé pendant les années Reagan / Bush et qui aujourd'hui se ralentit considérablement.

## 2. Propriété croisée : un média – une zone géographique

En ce qui concerne la radio par rapport à la télévision, la loi de 1996 a tout changé. L'article 202 de la loi exigeait que la Commission approuve la propriété croisée des radios dans les circonstances suivantes :

(A) Sur un marché de la radio composé de 45 stations de radio commerciale ou plus, une partie peut posséder, exploiter ou contrôler jusqu'à 8 stations de radio commerciales, dont 4 au maximum sont dans le même service (AM ou FM) ;

(B) Sur un marché de la radio qui comprend entre 30 et 44 (inclusivement) stations de radio commerciales, une partie peut posséder, exploiter ou contrôler jusqu'à 7 stations de radio commerciale, dont 4 au maximum sont dans le même service (AM ou FM) ;

(C) Sur un marché de la radio qui comprend entre 15 et 29 (inclusivement) stations de radio commerciales, une partie peut posséder, exploiter ou contrôler jusqu'à 6 stations de radio commerciales, dont 4 au maximum sont dans le même service (AM ou FM).

La loi autorise également la possession de 5 stations de radio commerciales au maximum sur les marchés comptant 14 stations ou moins – la grande majorité des marchés américains – sous réserve qu'un concessionnaire ne puisse posséder plus de 50 % des stations de tout marché donné.

Comme il fallait s'y attendre, ces nouvelles dispositions ont déclenché une course frénétique dans l'acquisition de stations de radio, particulièrement parce que bon nombre d'entre elles (surtout les radios AM) étaient en grande difficulté financière et se vendaient à des prix relativement bas. Comme cela a été souligné ci-dessus, à la fin de l'an 2000, au moins un conglomérat de radio possédait plus de 1000 stations, et était suivi de près par plusieurs autres.

Le traitement de la télévision au titre de la loi de 1996 fut un peu plus mesuré. L'article 202(c)(2) prévoit simplement que :

La Commission instituera une procédure de régulation dans le but de déterminer s'il y a lieu de conserver, modifier ou éliminer ses limitations sur le nombre de chaînes de télévision qu'une personne peut détenir, exploiter ou contrôler ... sur le même marché de la télévision.

La Commission ne s'est pas empressé d'accorder des dérogations. Toutefois, au cours de l'été 2000, elle a adopté une déclaration de politique générale prévoyant qu'elle envisagerait de permettre à une entité de posséder deux chaînes de télévision sur le même marché. Bien que les détails de sa directive soient complexes, confus et ne valent pas la peine de s'y arrêter, la FCC a, en résumé, déclaré qu'elle permettrait à des entreprises d'acquérir deux chaînes sur le même marché, dans la mesure où la chaîne acheteuse faisait

7) cf. note n° 5.

8) *Telecommunication Act of 1996*, section 202 (c).

partie des quatre plus grosses chaînes et que la chaîne acquise n'en faisait pas partie. Les acquisitions ont naturellement été limitées aux 20 à 30 marchés de la télévision les plus importants, pour la simple raison que les plus petits marchés n'ont pas huit chaînes ou plus.

A la fin de l'an 2000, la Commission a accordé ces dérogations dans moins de douze cas.

## B. La concentration verticale des médias

### Propriété croisée : chaîne de télévision/service de support – une zone géographique

De manière similaire, les conditions qui s'appliquent aux chaînes de télévision sont soumises à des restrictions en ce qui concerne la propriété de systèmes câblés sur leurs marchés. En effet, la FCC avait initialement interdit aux chaînes d'avoir un quelconque intérêt dans les systèmes câblés locaux<sup>9</sup>. La théorie de l'agence était qu'une chaîne serait tentée d'utiliser sa propriété commune pour favoriser un média par rapport à un autre, par exemple en limitant le nombre de chaînes d'un système pour encourager les spectateurs à continuer à regarder la chaîne. Le seul problème de cette approche est que l'on ne savait pas quel média serait susceptible d'être favorisé par un copropriétaire. Avec l'incroyable croissance et la forte rentabilité des systèmes câblés dans les années 1980, il est devenu parfaitement plausible de supposer qu'un conglomérat favorise les flux financiers élevés des productions câblées par rapport aux revenus décroissants de la télévision. De toute façon, dans les années 1970, la Commission a dérogé de plus en plus souvent aux règles de propriété croisée de télévision / câble, puis a fini par purement les ignorer. Dans le même esprit, la FCC a fini par abandonner les restrictions sur la propriété des systèmes de distribution vidéo multichaines ("MVDS") et du câble, décision qui n'a pas produit un grand effet puisque l'industrie MVDS a fait faillite à la fin des années 1990.

De plus, jusqu'à la loi de 1996, la sagesse populaire voulait que les diffuseurs communs, à la fois locaux et longue distance – ne pouvaient pas posséder de chaînes de télévision. La théorie reposait simplement sur l'article 153(h) de la loi<sup>10</sup>, qui disposait qu'"une personne impliquée dans ... la diffusion ... ne sera pas considérée comme diffuseur commun". Ni la Commission, ni les tribunaux n'ont jamais réellement tranché cette question. Toutefois, dans une décision de 1978, la Cour Suprême des États-Unis a estimé que la Commission ne pouvait soumettre les cablo-opérateurs à des obligations de "chaîne d'accès" ; elle a déclaré que le câble était apparenté à la diffusion et que, par conséquent, l'article 153(h) interdisait même d'instituer une obligation de quasi-diffuseur sur l'exemple de l'accès.

Cependant, la décision de la Cour Suprême ne répond pas à la question de savoir si la propriété commune d'un diffuseur commun et d'une chaîne de télévision est également frappée d'invalidité. Après tout, une chaîne de télévision pourrait vraisemblablement être exploitée de manière totalement indépendante – et non soumise aux restrictions imposées aux diffuseurs – par rapport au diffuseur en propriété commune. De plus, la loi de 1996 autorise spécifiquement les LEC (local exchange carriers) à contrôler le contenu. Bien que cela fût apparemment destiné à les encourager à entrer sur les marchés du câble et du MVDS, aucun ne semble avoir pris d'engagement, si ce n'est symbolique. Pourtant, parallèlement, il semble tout à fait raisonnable que, si un LEC peut exploiter un système multichaines, il devrait également être autorisé à posséder une chaîne de télévision. Encore une fois, la loi semble un peu inconsistante et une interprétation définitive semble peu réaliste dans un avenir proche. Les LEC en particulier savent bien qu'ils ne sont pas capables de commercialiser, d'exploiter et de vendre des médias, ce qui explique sans doute pourquoi ils restent à l'écart de projets tels que le câble ou les systèmes de distribution multipoints et multichaines ("MMDS"). Assurément, en rachetant Telecommunications, Inc. et MediaOne, AT&T est devenu le plus important cablo-opérateur au monde, avec plus de dix millions d'abonnés. Toutefois, du moins selon AT&T, son objectif n'était pas d'acquérir d'autres médias, mais plutôt de trouver un moyen de contourner les LEC en proposant ses services longue distance aux consommateurs individuels.

Enfin, il convient de souligner que les chaînes de télévision exploitent de nombreux types d'activités auxiliaires, qui n'ont rien ou pas grand chose à voir avec la radiodiffusion. Par exemple, il est assez courant que les réseaux ou les chaînes produisent des publicités, donnent des conseils en marketing, placent des annonces ou autres activités analogues. Toutefois, en général, ces activités ne soulèvent pas de problèmes juridiques ou légaux.

## C. La concentration diagonale des médias

### Propriété croisée : différents médias – une zone géographique

Une fois encore, il est important de rappeler qu'à ses débuts, le système de radiodiffusion aux États-Unis était totalement privé, et l'est resté dans une large mesure. Par conséquent, les entreprises, initialement familiales, ont eu tendance à intégrer les nouvelles technologies lorsqu'elles se sont développées, selon une approche consistant à "faire du neuf avec du vieux". Par exemple, les journaux (habituellement avec des stations de radio affiliées) ont acquis 50 des 120 premières licences de télévision accordées par la FCC en 1952.

9) U.S.C. § 533 (b).

10) U.S.C. § 152 (h).

Pourtant, la plupart des intérêts de propriété croisée sont aujourd'hui générés par de grosses transactions entre médias, c'est-à-dire lorsqu'un investisseur possède une compagnie de journaux et achète un opérateur de groupes de télévisions. Par exemple, lorsque Disney a acheté Capital Cities / ABC, il possédait déjà deux chaînes de télévision, outre les chaînes de télévision de Capital Cities et des journaux dans tout le pays. Afin que la transaction fonctionne, il était donc nécessaire que la nouvelle entreprise vende un certain nombre de biens. Les entrepreneurs en ont conscience bien avant d'envisager ce type de transaction. En effet, une partie de la planification stratégique de ce type de transaction dépend de l'évaluation des coûts de la perte d'opportunité de la cession.

Dans les années 1920, de nombreuses stations de radio ont été créées par des propriétaires de journaux. Dès lors, lorsque la télévision s'est ouverte en 1952, les premiers postulants ont été des propriétaires à la fois de journaux et de radios. Et certaines de ces entités ont ensuite acheté des franchises de diffusion par le câble et, plus récemment, des opérations liées à Internet. L'exception principale de cette approche a été la télédiffusion directe par satellite (*direct broadcast satellite, DBS*). Bien que certains vétérans de la radiodiffusion aient tenté leur chance dans ce domaine, ils se sont rapidement retirés du marché, peut-être en raison des conditions financières et technologiques en vigueur.

Traditionnellement, la FCC a essayé de limiter les diffuseurs à une station de radio ou une chaîne de télévision sur un marché donné (règle de "un sur un même marché"). Cela empêchait littéralement une entreprise de posséder plus d'un média - télévision, radio, câble ou quotidien papier - sur un même marché géographique. La Commission exigeait initialement de la part des propriétaires croisés de limiter leurs participations à un média par marché. Dans certains cas, elle accordait des dérogations, si un postulant pouvait démontrer qu'avec une fusion, l'une des entités risquait de faire faillite, créant ainsi une perte nette pour le public.

Aujourd'hui, la Commission accorde régulièrement des dérogations de un à deux ans pour vendre des biens en propriété croisée. Son approche de base est d'accorder à tout propriétaire un an ou deux, ou d'attendre jusqu'à l'expiration de sa licence de télévision en cours<sup>11</sup>. L'un des rares résultats de cette approche a été l'effet de l'extension (prévue par la loi de 1996) de la durée des licences de chaînes de télévision, de 5 à 8 ans. Ainsi, si une situation de propriété croisée survenait au cours de la première année de licence d'une chaîne, elle aurait 7 années supplémentaires pour se conformer aux règles relatives à la propriété croisée. A ce jour, la FCC n'a ni approuvé cette approche, ni proposé d'alternative.

Les chaînes de télévision sont soumises à d'autres limites quant aux médias qu'elles peuvent posséder. La plus significative d'entre elles a sans doute été une interdiction relative à la propriété commune de chaînes de télévision et de journaux sur le même marché des médias. Celle-ci était relativement courante. Comme nous l'avons indiqué plus haut, selon l'approche consistant à "faire du neuf avec du vieux", il était parfaitement naturel pour des journaux de se développer dans la radio AM, la radio FM, puis dans la télévision dès que ces nouveaux médias ont été disponibles.

Bien qu'elle n'y ait pas été obligée par la loi originale ou par celle de 1996, la Commission a opté pour la limitation de la propriété croisée télévision / journaux en 1975, en réponse à une préoccupation politique croissante concernant les conglomérats de médias<sup>12</sup>. Sa décision n'eut cependant pratiquement aucun impact immédiat, en raison de sa portée limitée : elle ne s'appliquait qu'aux acquisitions futures, non à celles existantes, et uniquement aux journaux quotidiens. Assez ironiquement, dès les années 1990, le nombre de propriétés croisées de journaux / télévision a baissé d'environ 90 %, pour des raisons commerciales plutôt que juridiques. Avec l'avènement des nouvelles technologies et le déclin général des revenus de la presse écrite, de nombreux conglomérats ont vendu tout ou partie de leur biens dans le secteur de l'impression, pour investir dans le câble ou dans d'autres technologies.

De plus, la Commission a été relativement généreuse en dérogeant à la décision relative à la propriété croisée de journaux / télévision, en particulier sur les marchés importants comportant de nombreuses chaînes de télévision et des journaux quotidiens. Cela a parfois provoqué une réponse hostile de la part du Congrès. Par exemple, lorsque Rupert Murdoch (alors citoyen américain) a acheté des chaînes de télévision à New York et à Boston, où il possédait déjà des quotidiens, la FCC lui a accordé une dérogation pour trouver un acheteur pour l'un de ses deux biens dans chaque ville, afin qu'il puisse se conformer aux règles relatives à la propriété croisée. Le Congrès a alors adopté une loi interdisant à la FCC d'accorder des dérogations ou des abrogations relatives aux règles de propriété croisée. Dernièrement, la circonscription du *District of Columbia* a invalidé la législation en arguant du fait qu'elle mettait à mal la procédure judiciaire et l'égalité devant la justice<sup>13</sup> (une bonne connaissance du droit commun coutumier peut être intéressante pour observer qu'au cours de ces dernières années, quelques tribunaux fédéraux ont utilisé l'interdiction constitutionnelle sur les "décrets de confiscation de biens et de mort civile" pour obtenir des résultats similaires dans l'industrie des télécommunications.)

11) Par ex. *Field Communications*, 65 FCC 2d p. 959 (1979).

12) 47 C.F.R. § 73.3555 (c).

13) *News America Pub. V. FCC* F.2d 800 (D.C. Cir. 1988).

## D. Restrictions spéciales

Comme la plupart des autres pays, les États-Unis ont des limitations relatives à la possession de chaînes de télévision par des étrangers. Les origines de cette politique, vieille d'un siècle, sont toutefois assez différentes de celles d'autres pays. Contrairement à d'autres pays, les États-Unis n'ont jamais été très préoccupés par "l'impérialisme culturel", en partie parce qu'il est un peu difficile de définir la "culture américaine". En fait, les préoccupations initiales sont nées pendant la Première Guerre Mondiale dans deux contextes : (1) l'utilisation d'équipements de radiodiffusion pour transmettre des renseignements militaires à l'étranger, et (2) la transmission de propagande étrangère destinée à la population américaine.

Aucun de ces deux raisonnements n'avait beaucoup de sens à cette époque-là, et ils en ont encore moins aujourd'hui. Après tout, avec une liaison satellite de la taille d'une valise, même un mauvais espion pourrait transmettre des renseignements dans tous les endroits du monde. En fait, les politiciens sont plus préoccupés par la capacité des entreprises américaines, essentiellement les studios et les réseaux, à commercialiser leurs produits à l'étranger. Empêcher des étrangers de posséder de grosses parts dans les médias américains est donc devenu un outil de négociation efficace pour ouvrir et préserver les marchés étrangers (cela n'a pas posé de problème à Rupert Murdoch, qui avait passé assez de temps aux États-Unis pour pouvoir devenir citoyen du jour au lendemain lorsqu'il a voulu acheter des chaînes pour le réseau Fox.)

L'article 310(b)<sup>14</sup> requiert essentiellement deux conditions pour la propriété par des étrangers :

1. Un étranger est limité à 20 % de propriété directe dans une chaîne de télévision américaine ; ou
2. Une société holding appartenant à des étrangers ne peut pas posséder plus de 25 % d'une chaîne de télévision américaine.

Par le passé, la Commission a été relativement clémentine en matière d'octroi de dérogations relatives aux limitations de pourcentage, particulièrement pour un usage de non diffusion, si un postulant pouvait avancer une bonne raison (le plus souvent, l'indisponibilité de fonds aux États-Unis).

De plus, cette loi ne s'applique pas, aux termes de ses dispositions, à la télévision par câble. Et la FCC a choisi de ne pas l'appliquer par principe, puisqu'aucune des justifications traditionnelles – sécurité, propagande, marchés étrangers – ne s'appliquent au câble. Il est donc peu surprenant que bon nombre de systèmes câblés, le long de la frontière nord-américaine, aient été financés par des investisseurs canadiens.

Lorsque les États-Unis sont devenus signataires de l'Organisation Mondiale du Commerce, il y a quelques années, cela aurait dû en théorie ouvrir la possession de médias sur son territoire à tous les autres membres. Néanmoins, puisque nombre d'autres pays n'ont pas ouvert leurs frontières, la FCC a simplement adopté un "test de réciprocité" d'accès entre elle-même et les autres signataires. A ce jour, il apparaît que seulement une douzaine d'autres pays ont réussi ce test. Le véritable test de la mondialisation ne fait que commencer aux États-Unis.

## Conclusion

Malgré l'analyse qui en a été faite ci-dessus, il faut bien constater que la politique américaine relative à la télévision n'a en pas eu d'impact majeur réel sur l'industrie au cours des années.

Assurément, la Commission et le Congrès ont relevé le nombre de chaînes et le taux d'audience des entreprises individuelles. Cependant, parallèlement, le nombre de fréquences de télévision disponibles (principalement les UHF avec diffuseurs câble) ont plus que doublé.

De plus, la télévision ne constitue plus un investissement aussi attrayant qu'autrefois, en raison de la concurrence de nombreux autres médias : le câble, la télédiffusion directe par satellite, les magnétoscopes, etc. La motivation pour un entrepreneur d'acquérir un grand nombre de chaînes de télévision, sauf dans le cadre d'un réseau, comme la Fox, n'est plus aussi grande qu'il y a une dizaine d'années. Il existe donc beaucoup plus de propriétaires de petits groupes (encore une fois, principalement de UHF) qu'il y a dix ans.

Enfin, de nombreux investisseurs dans la télévision se sont tournés vers d'autres nouveaux médias et de nombreux nouveaux entrepreneurs sont apparus. Un exemple est la radiodiffusion par satellite. L'un des premiers postulants (et opérateur éphémère) était Hubbard Broadcasting, une entreprise de radiodiffusion familiale en activité depuis trois générations. Après environ une année de résultats pour le moins positifs, elle a vendu à DirectTV qui, avec Echostar, est l'un des deux opérateurs dominants de télédiffusion directe par satellite aux États-Unis, en raison de problèmes apparents de coût et de taux d'audience. Ainsi, la famille Hubbard est retournée exploiter ses stations de radio et ses chaînes de télévision dans le Midwest.

En réalité, les plus grands changements dans le paysage des médias aux États-Unis se sont produits dans les télécommunications, plutôt que dans la communication de masse. Ainsi :

- Bell Atlantic fusionne avec NYNEX (deux LEC), puis achète General Telephone & Electric, le dernier grand opérateur local et longue distance américain, et obtient la compétence longue distance des autorités New-Yorkaises ;

14) U.S.C. § 310 (b)



- SBC fusionne avec Pacific Telesis et Ameritech (toutes des LEC) et postule pour la compétence longue distance ;
- MCI et Worldcom fusionnent, obtenant ainsi presque la moitié du marché longue distance intérieur américain ;
- Time-Warner et AOL fusionnent, mettant ainsi les ressources de production cinématographique et de cinémathèque de T.W. à la disposition de plus de 27 millions d'abonnés Internet d'AOL. Si les responsables anti-trust européens n'étaient pas intervenus, la transaction aurait également inclus l'acquisition d'EMI, le second plus gros producteur de musique au monde après T.W.

Nous constatons donc que les principales transactions de fusion / acquisition ont lieu dans le domaine des télécommunications et d'Internet.

Cela suggère que la concentration dans un but de contrôle dans l'industrie de la télévision n'est peut être pas le développement le plus important à surveiller aujourd'hui.

## ANNEXE

### 1. Lois

47 U.S.C. § 202.  
47 U.S.C. § 310(b).  
*Newspaper Preservation Act*, 15 U.S.C. § 1801 et seq.

### 2. Jurisprudence/Décisions administratives

*FCC v. National Citizens Committee for Broadcasting*, 436 U.S. 775 (1978).  
*Fox Broadcasting Stations, Inc.*, 77 Rad. Reg. 2d 1043 (1995).  
*News America Pub. v. FCC*, 844 F. 2d 800 (D.C. Cir 1988).  
*Report and Order*, 50 FCC Rcd 1723 (1989).  
*First Report and Order*, 4 FCC Rcd 1723 (1989).  
*Multiple Ownership of AM, FM, and Television Stations*, 95 FCC 2d 360 (1983).

### 3. Bibliographie

Emord, *The First Amendment Invalidity of FCC Ownership Regulations*, 38 Cath. U. L. Rev. 401 (1989).  
Lee, *The FCC and Regulatory Duplication: A Case of Overkill?*, 51 Notre Dame Law 235 (1975).  
Sangster, *A Tale of Two Standards: Antitrust, the Public Interest, and the Television Industry*, 6 Hastings Comm/Ent L.J. 887 (1984).  
Sterling, *Newspaper Ownership of Broadcast Stations*, 1920-68, 46 Journalism Q. 227 (1969).

**NB:** La plupart des textes des lois sus-mentionnés et des autorités de régulation sont disponibles en ligne : [www.cmcnyls.edu](http://www.cmcnyls.edu).



# FEDERATION DE RUSSIE

## Partie A : Anna Kachkaeva

*Professeur, Faculté de journalisme, Université de l'Etat de Moscou*

## Partie B : Yana Sklyarova

*Experte, Centre de Droit et de Politique des Médias de Moscou*

## Partie C : Mikhail Fedotov

*Docteur en droit, Secrétaire de l'Union des journalistes de Russie*

## A. Conclusions du rapport sur la concentration des médias de masse en Russie (extraits concernant la "réglementation de la concentration des médias dans le secteur de la télévision")<sup>1</sup>

### 1. Concentration des médias de masse régionaux

De novembre 1998 à février 1999, le Centre de droit et de politique des médias de Moscou (CDPMM), en collaboration avec ANO Internews et l'Institut national de la presse, a réalisé un sondage auprès des principaux chefs d'entreprise du secteur des médias dans dix régions de Russie. Ce sondage visait à déterminer la portée et la rapidité de la concentration des médias dans le pays. Les résultats obtenus, ainsi que les entretiens approfondis du Dr Anna Kachkaeva avec les principaux dirigeants du secteur, installés à Moscou et dans les régions, constituent la base de la présente étude.

Pendant la seconde moitié des années 90, nous avons assisté à une accélération de la concentration de la propriété sur le marché russe des médias de masse, à savoir la formation d'importantes sociétés capables de réaliser des investissements à grande échelle dans des technologies innovantes, et de dépenser de grosses sommes d'argent pour produire des programmes, mobiliser rapidement des capitaux d'une subdivision à l'autre, etc. Cette intégration peut prendre plusieurs formes : des sociétés commerciales inter-médias (maisons d'édition, radio, télévision), des conglomerats multi-sectoriels (les médias de masse collaborant avec d'autres secteurs de l'économie), des alliances horizontales et verticales (les propriétaires de médias de masse collaborant et contrôlant toutes les étapes du processus de production et de distribution d'un média de masse). De cette manière, les organisateurs de médias, autrement dit les hommes d'affaire qui investissent largement dans la télédiffusion, la radiodiffusion et la presse, apparaissent sur le devant de la scène.

Il n'existe aucune approche logique de ce nouveau phénomène qu'est la concentration multidimensionnelle. Il ne s'agit pas davantage d'une inquiétude actuelle du secteur des médias de masse. Ce dernier est plutôt préoccupé par une autre forme unique de concentration en Russie, mise en exergue par les enquêtes réalisées dans le cadre du présent rapport : le phénomène de la concentration "idéologique ou politique". Cette forme de concentration est stimulée chaque fois que le pays se trouve à la veille d'une élection parlementaire, présidentielle ou locale. Pendant ces périodes-là, un "monopole politique" des médias de masse entre les mains du parti au pouvoir se manifeste. Ses acteurs sont des fonctionnaires, des responsables des administrations, des gouverneurs et des maires, quelles que soient leurs tendances politiques, et sa manifestation extrême est illustrée par la "famille" (présidentielle).

Avant de développer les résultats de ce rapport concernant la concentration des médias dans le secteur de la télévision, il convient de noter que les dirigeants des médias de masse régionaux font preuve d'arbitraire lorsqu'il s'agit de définir la forme de propriété de leurs organisations respectives. De manière générale, ils indiquent plutôt sa forme organisationnelle ou juridique. Sans aucun doute, l'ambiguïté des concepts est l'une des raisons principales qui empêchent de définir un rapport précis entre les médias de masse privés et publics d'une part, et les médias de masse ayant des formes mixtes de propriété d'autre part.

Seuls deux ou trois hommes d'affaires possèdent un média de masse dans chaque région. Et ils présentent tous certaines caractéristiques communes. Ils ont essayé, eux-mêmes ou leurs représentants, de fournir des réponses détaillées et complètes à tous les thèmes du questionnaire,<sup>2</sup> établi par le Centre de droit et de politique des médias de Moscou. Lorsqu'une société appartient à deux ou, plus rarement, trois associés, ces derniers contrôlent plusieurs chaînes de télévision et stations de radio dans leur région respective, ainsi que quelques journaux et une ou deux agences de publicité. De plus, leurs actifs incluent des bureaux de rédaction, des émetteurs, des presses typographiques et même des tours de télévision. Les employés et les concurrents répondant au questionnaire ont fait référence à la majorité des organisations de médias appartenant à ces particuliers comme étant de tout premier ordre. Plusieurs de ces particuliers, généralement appelés "propriétaires effectifs", se considèrent comme des monopolistes et ne voient aucun danger à une telle situation.

Un autre problème significatif des affaires en Russie est le concept de propriété nominale. Les services chargés de faire respecter la loi lui préfèrent l'expression "figure de proue". Toutefois, en ce qui concerne

1) Principales conclusions du rapport préparé par le Centre de droit et de politique des médias de Moscou et rédigé par le Prof. Anna Kachkaeva en 1999, tel que modifié en 2000.

2) Pour le questionnaire, voir [http://www.medialaw.ru/e\\_pages/publications/concentration.htm](http://www.medialaw.ru/e_pages/publications/concentration.htm)

les médias de masse, les propriétaires ne sont pas toujours des figures de proue. En général, ils sont plutôt identifiés et entièrement engagés dans une société, mais ils ne disposent pas d'un pouvoir suffisant dans les activités financières de la société ou dans sa direction à proprement parler. Des indicateurs implicites issus du sondage et des données vérifiées provenant d'entretiens confidentiels montrent que les propriétaires nominaux sont nombreux. Il s'agit d'hommes d'affaire qui, bien qu'ils manquent d'intérêts dans les médias, financent des publications ; de fonctionnaires ayant déclaré leurs parents comme fondateurs, car la loi interdit d'associer un quelconque service de l'État à une activité commerciale ; de mères et d'épouses d'hommes d'affaire ou de propriétaires de médias, lorsque ces derniers souhaitent éviter des accusations déplaisantes de monopole et enregistrent une publication ou une chaîne de télévision comme officiellement indépendante mais portant le nom d'un parent.

En ce qui concerne les organisations de médias de masse, dont les fondateurs sont parfois des structures étatiques, la situation est véritablement exceptionnelle. Dans ce cas, il est impossible de déterminer l'entreprise ou l'organisation de médias de masse précise fondée par une administration, un maire ou un comité national. L'acte constitutif n'est requis que pour sa valeur probatoire. Bien que les experts interrogés s'interrogent sur les formes cachées de manipulation et de contrôle, ainsi que sur les cas d'entrée hostile d'administrations dans le conseil fondateur d'une organisation de médias de masse, ces faits souffrent trop du manque de confirmation documentaire pour être défendables. De plus, la majorité des "victimes" de rachats hostiles refusent de discuter ouvertement de ces sujets.

Dans toutes les régions où l'étude a été réalisée, la majorité des personnes interrogées reconnaissent que les autorités nationales soutiennent leurs propres organisations de médias de masse. Il va sans dire que ce soutien n'aurait pas froissé grand monde s'il était limité à l'attribution de fonds budgétaires (une disposition protège officiellement les budgets de plusieurs publications régionales et municipales et compagnies de télévision). Or, outre les nombreux bénéfices supplémentaires accordés à des publications officiellement subventionnées, chaque région compte 2-3 journaux et au moins une chaîne de télévision (en plus de la filiale régionale de la compagnie de radiodiffusion nationale) financés d'une manière ou de l'autre par le budget de la ville, de la région, du district ou du territoire.

Plusieurs régions ont promulgué des lois visant à protéger toutes les organisations de médias de masse, même privées. D'après les questionnaires complétés, Vladivostok, Krasnoïarsk, Ekaterinbourg et Saint-Petersbourg disposent toutes de lois efficaces pour la protection des médias de masse, et les personnes interrogées en connaissent l'existence.

Les thèmes de la concurrence et de la monopolisation ont provoqué des réactions différentes parmi les personnes interrogées. Sur 108 personnes, 89 ont reconnu l'existence de la concurrence sur le marché des médias. En même temps, seuls quelques rares partisans de la concurrence ont omis de reconnaître qu'une organisation contrôlait le marché. Malgré la pénurie de publications citant ouvertement les problèmes associés à la position dominante des concurrents, pratiquement la moitié des personnes interrogées redoutent la "monopolisation" ou pensent qu'elle va probablement se réaliser. Bien évidemment, le contexte négatif entourant le concept de "monopolisation" a pris le dessus dans la conscience collective des personnes impliquées, et cela ne se limite pas au secteur des médias.

D'autre part, bien que la domination du marché des médias puisse être considérée comme une manifestation indirecte de la monopolisation, il n'est possible de prouver la position dominante d'une entreprise qu'en fournissant des données concrètes sur les chiffres de tirage, les indices d'écoute, les taux d'audience etc. qui, d'une manière générale, ne sont ni collectées, ni conservées dans la plupart des régions. C'est probablement pour cette raison que la majorité de ceux qui redoutent la monopolisation n'arrivent pas à expliquer pourquoi cette dernière doit être crainte, ni à préciser l'élément qu'ils considèrent être à l'origine de cette menace. Apparemment, il est possible d'expliquer l'origine de cette menace (pas toujours prouvée) en considérant la "monopolisation" non seulement d'un point de vue économique, mais également d'un point de vue politique. Alors seulement les discours sur la "monopolisation politique" prennent un sens.

La répartition des réponses à la question "La menace de la monopolisation existe-t-elle, oui ou non ?" varie considérablement d'une région à l'autre. A Krasnoïarsk par exemple, aucune personne interrogée n'a ressenti le danger de la monopolisation des médias. A Nijni-Novgorod, la majorité des personnes interrogées (7 sur 10) ne redoutent pas non plus une telle éventualité dans leur région. A Ekaterinbourg, 8 personnes interrogées sur 14 pensent qu'une telle tendance est possible, et existe, mais ont déclaré que le danger de la monopolisation n'existe pas. A Saint-Petersbourg, Samara, Vladivostok et Novossibirsk, les réponses étaient partagées, pratiquement à égalité, entre le oui et le non. Ce n'est qu'à Voronej et Rostov-sur-le-Don que les personnes qui craignent la monopolisation sont les plus nombreuses.

Alors que les représentants des journaux publics et politiques reconnaissent la possibilité d'une monopolisation des médias, la majorité des opérateurs de médias électroniques considèrent un tel résultat comme improbable dans leur secteur. Un autre phénomène a été observé : plus le volume de diffusion est faible et plus une organisation de médias est limitée, moins ses dirigeants sont au courant de la concurrence ou craignent la monopolisation.

La majorité des personnes sondées perçoivent le problème de la monopolisation comme une question politique dont l'origine provient du possible financement des organisations de médias de masse par divers pouvoirs politiques et structures au pouvoir, par exemple à la veille des prochaines élections.

Cette perception reflète les caractéristiques spécifiques de l'évolution du secteur commercial russe au cours de la dernière décennie et ne se limite pas au marché des médias. En investissant de l'argent dans les

organisations de médias de masse, les hommes d'affaires et les hommes politiques investissent littéralement du capital dans le pouvoir, dans son ensemble, et non plus seulement dans le "quatrième pouvoir" (les médias de masse). Le pouvoir est ensuite converti en argent et ce dernier est à nouveau transformé en pouvoir. Les personnes interrogées estiment que les campagnes des élections 1999-2000 apportent la preuve de cette formule, y compris dans les régions.

Les déclarations typiques suivantes concernent l'évaluation de la probabilité des monopoles sur le marché des médias :

- "La monopolisation n'est pas danger mais une réalité : l'administration régionale contrôle la part du lion du marché des médias et, au moment des élections, elle peut contrôler encore plus" ; "Les administrations municipales et régionales essaient d'établir des *holdings* servant leurs intérêts pendant les élections" ; "En ce qui concerne la monopolisation idéologique, vous pouvez avoir autant de journaux que possible, travaillant tous à l'unisson pour un propriétaire représentant les autorités", - des réponses similaires ont été fournies, dans diverses proportions, dans toutes les villes, excepté Krasnoïarsk ;
- "La menace de la monopolisation dans le secteur des médias provient non pas des structures du pouvoir (bien que ce ne soit pas exclu), mais de représentants de ces cercles (souvent basés à Moscou) qui souhaitent prendre d'assaut le marché local de l'information grâce à leur capital et à leur désir de contrôler le marché (Rostov) ;
- "Cette menace provient des structures financières et des compagnies de pétrole et de gaz" (Samara) ; "La pression des capitaux étrangers" (Saint-Petersbourg).

Plusieurs personnes interrogées ne sont pas dérangées par la perspective d'une monopolisation : tout d'abord, comme l'a indiqué une des personnes interrogées, tous les pays industrialisés rencontrent des problèmes avec les médias ; deuxièmement, et cet avis est partagé par les propriétaires des grandes compagnies de médias, la présence d'un monopole crée une atmosphère malsaine et, en conséquence, aucun monopoliste unique ne souhaite rester isolé sur un marché : "Le monopole sur le marché des médias de masse est désavantageux parce qu'il affecte la rentabilité de l'entreprise. Pour ceux qui alimentent la monopolisation politique, l'état du marché est sans importance, les publications politiques peuvent être subventionnées" (Igor Mishin).

Une majorité écrasante de médias de masse régionaux continue de dépendre des capacités d'impression et des installations de communication mises à leur disposition par l'Etat, qui reste, en fait, le détenteur du monopole dans ce secteur de l'économie. Toutes les personnes sondées (du secteur de la radiodiffusion et de la publication), sans exception, reconnaissent que, bien qu'il soit très simple de lancer un nouveau journal, il est pratiquement impossible d'obtenir une fréquence de radiodiffusion. Les raisons avancées sont les mêmes partout : pénurie de ressources du spectre, chaque canal faisant l'objet d'un dur combat et la procédure d'attribution des licences s'avérant très lourde.

## 2. Conclusions sur le marché national des médias

Ce n'est pas un hasard si la majorité des personnes interrogées dans le cadre de notre sondage craignent l'intensification des "monopoles politiques" dans le secteur des médias de masse. Elles citent les exemples d'organisations de médias centrales, plus particulièrement dans le secteur de l'électronique, qui se sont livrés des "guerres de l'information" en 1997-1998 à côté de plusieurs groupes financiers et politiques qui se battaient non seulement pour la privatisation de "petites parts" de la propriété de l'Etat (par exemple la compagnie de télécommunications *Sviazinvest* et le géant du pétrole *Rosneft*), mais également pour la domination au sein du Gouvernement et du Kremlin.

Bien entendu, cela n'exclut pas des formes "classiques" de monopolisation sur le marché des médias : les informations collectées dans le cadre de cette enquête permettent d'avancer que des monopolistes privés et discrets ont vu le jour, non seulement dans la capitale mais également dans plusieurs régions russes. Et bien qu'il ne s'agisse toujours que d'une exception et non pas de la règle générale, chaque grand centre industriel compte au moins un membre de l'"oligarchie" locale qui possède, par exemple, trois chaînes de télévision VHF, deux stations de radio, un journal et deux agences de publicité. De plus, il possède deux chaînes de télévision et une station de radio dans une ville voisine. Ce même homme d'affaire hypothétique dispose très souvent d'une base technique privée, d'un complexe de studios et d'une tour de télévision avec des émetteurs. Dans l'ensemble, bien que le nombre exact de sociétés contrôlées par un propriétaire puisse varier, le schéma est partout le même et comprend la création de sociétés commerciales multi-sectorielles, qui sont visiblement l'avenir des médias de masse régionaux. De tels *mini-holdings* réunissent, par exemple, des groupes de publications, de chaînes de télévision et de stations de radio dans trois ou quatre villes de l'Oural et de la Sibérie.

Toutefois, l'Etat, sous de nombreux aspects, continue de préserver sa position de monopoliste sur le marché des médias de masse, dans la mesure où la majorité des imprimeries lui appartient et où tous les RTPT (centres de transmission de radio-télévision), réorganisés en filiales de la VGTRK (Société nationale de télédiffusion et de radiodiffusion) appartiennent au gouvernement fédéral.

Toutefois, dans l'ensemble, le marché des médias de masse au niveau fédéral est une véritable mosaïque constituée de radiodiffuseurs publics et privés, dépendant principalement de relations personnelles et du pouvoir politique. En conséquence, les régions sont en proie à des rumeurs selon lesquelles des représentants du gouvernement tenteraient de créer des filiales de groupes de médias, qu'ils soutiendraient non seulement



avec des fonds, mais également en permettant aux autorités du gouvernement subalterne de s'abonner à une publication "conseillée" et en lui attribuant les recettes publicitaires provenant de sociétés gérées par le gouvernement ou l'administration. Dans l'ensemble, ces préférences proposées par l'Etat à ses sous-structures afin de lancer des organisations de médias de masse sont, sans équivoque, considérées par leurs concurrents du secteur privé comme une violation de la concurrence loyale : en commençant par une restriction de l'accès aux informations concernant les activités, les subventions et les tarifs préférentiels du gouvernement à ses "propres" publications et en finissant par le monopole de la retransmission du signal de radiodiffuseurs non-gouvernementaux (90 % de ces derniers louent un émetteur ou une tour de télévision aux RTPT).

De plus, les radiodiffuseurs soutenant l'Etat, les administrations ou les mairies profitent également d'autres formes de traitement préférentiel. Il est fort probable que toutes ces mesures visent à maintenir à flot ces organisations qui, autrement, crouleraient inévitablement sous le poids d'une intense concurrence. Bien entendu, au niveau des régions et même à plus grande échelle, il convient de noter que les médias de masse russes sont toujours loin derrière leurs modèles occidentaux. Quoi qu'il en soit, notre étude n'a pas pu dégager un élément qui tendrait à prouver une tendance vers la consolidation interrégionale de plusieurs sociétés de médias de masse ou vers la création de chaînes de journaux interrégionales dans les régions étudiées (à nouveau, excepté les ententes politiques entre les organisations de médias de masse contrôlées par plusieurs maires et gouverneurs qui, en fait, ne sont pas structurées ni regroupées dans un seul *holding*).

Il est vrai qu'il existe certains cas régionaux faisant apparaître une concentration "horizontale" qui concerne, par exemple, différentes entités de production de programmes. Il s'agit de sociétés qui contrôlent plusieurs sous-divisions, chacune d'elles étant engagée dans le processus de production.

Toutefois, à ce jour, la principale forme de concentration reste la concentration diagonale dans divers secteurs des médias de masse, par laquelle une société contrôle plusieurs types de médias de masse : radio, télévision et presse. Le premier et plus célèbre exemple d'une concentration en Russie (*holding Media-Most*) a été créé en janvier 1997. D'autres exemples, à savoir des sociétés telles que les géants de l'industrie et les groupes financiers et bancaires LOGOVAZ, Interros, Gasprom, LUKoil, Alpha Group constituent également le cœur de quelques empires des médias de masse. Certains ont lancé des projets communs sur le marché de l'information avec la participation de capitaux étrangers. Il convient de mentionner plus particulièrement la maison d'édition Independent Media et le réseau télévisé STS (*joint venture* entre "Story First" et Alpha Group), car ils font l'objet dans une certaine mesure d'une intégration internationale, bien que les sociétés communes ne soient pas présentes sur les marchés internationaux.

D'une manière ou d'une autre, l'intégration "verticale" est présente dans toutes les sociétés de médias de masse ou maisons d'édition : chacune essaie de contrôler les différentes étapes des processus de production et de distribution.

Un problème fondamental posé par toute forme de concentration concerne son impact sur la concurrence. Bien que pratiquement la moitié des personnes interrogées anticipent les tentatives de monopolisation du marché des médias de masse par les autorités gouvernementales et les grandes entreprises, elles reconnaissent que la concurrence régionale est très développée. Cette concurrence concerne le niveau "horizontal" et se joue entre des sociétés qui se consacrent à un seul type d'activité médiatique : compagnies de télévision, compagnies de radio ou de publication.

Les résultats de cette étude du marché soulignent que le succès des mesures visant à réglementer la concentration du marché des médias, entre autres mesures légales, est inévitablement lié au besoin de transparence de ce marché.

Dans la mesure où la Russie manque de restrictions spéciales imposées à la propriété croisée de médias et de lois spéciales réglementant la concentration, les lois antitrusts générales ont vocation à régir toutes les relations juridiques. Toutefois, il est difficile de prouver la violation des rares stipulations antitrusts applicables aux médias de masse, parce que le marché des médias ne fait pas l'objet d'un contrôle continu et aussi parce que le niveau de transparence des structures organisationnelles du marché des médias de masse est très faible. Même s'il est envisageable de tenir compte de la propriété et des propriétaires dans le domaine des médias, trouver une méthode permettant de déterminer des critères tels que l'influence politique ou financière et les relations humaines constitue un véritable défi.

Pourquoi est-il si difficile de respecter des règles de transparence en Russie, alors qu'elles émergent en pratique de la réglementation juridique sur la concentration des médias ? Les relations de propriété (par exemple les droits de vote et l'actionnariat) ne sont pas évidentes dans le secteur des médias de masse ; les relations propriétaire/employé (enquête sur la constitution des conseils de direction et leurs intérêts commerciaux, liens familiaux) ne sont pas toujours déterminées avec précision ; les sources financières d'un propriétaire sont trop souvent impossibles à déceler parce que même le propriétaire le plus "influent" ne possède pas officiellement de part dans ses entreprises (M. Boris Berezovsky en est un exemple classique).

L'une des premières mesures prise par le nouveau président Vladimir Poutine a été de construire une forte structure de pouvoir vertical, ses représentants étant nommés dans les sept nouveaux districts fédéraux. Ceci peut représenter de nouvelles menaces pour les dirigeants de médias régionaux, parce que pratiquement tous les responsables de districts fédéraux ont indiqué devoir créer leurs propres programmes de télévision et journaux. Mais ceci peut s'opposer aux intentions déclarées du gouvernement concernant la formation d'un marché des médias viable et la libération des médias d'une politisation excessive. "L'Etat n'a pas encore déterminé les mesures à prendre vis-à-vis des médias," a déclaré le conseiller du Président Sergei Yastrzhemsky. Quelques amendements de la loi relative aux médias ou, peut-être, de nouveaux projets de

loi sont attendus fin 2000 afin de fixer, entre autres, des limites à la concentration des médias. Ces limites seront-elles appliquées uniquement au secteur des médias privés, ou seront-elles étendues à la "concentration politique des médias" aux mains du gouvernement et des autorités locales ? Ce n'est que lorsqu'une réponse aura été apportée à ces questions, que le type de politique envisagé par la nouvelle administration russe dans le domaine des médias apparaîtra plus clairement.

## B. Cadre légal existant

Actuellement en Russie, la réglementation de la concentration des médias associés à la radiodiffusion fait partie du droit général de la concurrence, à l'exception pratique de la législation suivante, spécifique aux médias.

### 1. Règles spécifiques aux médias

L'une des limites imposées à la concentration des médias est posée par le règlement *O litsenzirovaniï televizionnogo veshchaniya i radioveshchaniya v Rossiyskoy Federatsii* (règlement "relatif à l'octroi de licences pour la radiodiffusion (radio et télévision) dans la Fédération de Russie") adopté le 7 décembre 1994 par un décret du Gouvernement de la Fédération de Russie (n° 1359). L'article 13 du règlement prévoit : "Aucune personne morale ne peut obtenir une licence de télédiffusion et/ou de radiodiffusion pour plus de deux canaux de diffusion couvrant le même territoire, si les zones desservies se chevauchent complètement ou sur plus des deux tiers de chaque zone, sauf stipulation contraire d'une loi applicable de la Fédération de Russie". Néanmoins, le règlement ne limite pas l'utilisation de plusieurs catégories de stations (AM, FM, SW, MW, etc.) par le même radiodiffuseur, ni n'interdit la propriété croisée entre la radio/télédiffusion et la presse.

### 2. Droit général de la concurrence

Le droit de la concurrence ne traite pas spécifiquement de la concentration des sociétés impliquées dans la télédiffusion. Au contraire, la législation actuelle sur la concurrence est peu adaptée à la radio/télédiffusion dans la mesure où la loi *O konkurentssii i ogranichenii monopolisticheskoy deyatelnosti na tovarnykh rynkakh* (loi "relative à la concurrence et aux restrictions des activités monopolistiques sur les marchés de produits") du 22 mars 1991 traite principalement des relations commerciales et ne reflète pas les particularités de l'industrie de la radio/télédiffusion (atteinte du public, influence des autres organisations de médias sur le même marché etc.). La loi définit le marché d'un produit donné comme la "sphère de circulation du produit". Cependant, le texte ne prévoit aucun critère pertinent permettant de déterminer les limites du marché de la radio/télédiffusion. De plus, la législation actuelle sur les médias ne définit pas spécifiquement l'expression "service de radio/télédiffusion". En conséquence, cette dernière n'est pas nécessairement couverte par la notion légale existante d'un produit. De même, le statut juridique des institutions de radio/télédiffusion n'est pas précisé. En outre, la loi n'établit aucune différence entre les compagnies de radio/télédiffusion privées et publiques (la Russie compte environ 100 radio/télédiffuseurs publics). Ces omissions juridiques constituent un frein à l'application des restrictions antitrusts générales.

Il n'existe aucune définition légale de la notion de propriétaire de médias de masse, alors même que ces propriétaires sont des acteurs importants dans les relations de propriété. Comme les fondateurs<sup>3</sup> des médias de masses sont principalement des personnes morales, ils sont soumis au droit civil. Ce dernier est basé sur les principes de la liberté de l'activité économique et de la prévention de la concurrence déloyale, établis par la Constitution russe (article 34) et développés par le Code civil (1995), dont l'article 10 interdit d'abuser d'une position dominante sur le marché.

Plusieurs lois relatives aux activités commerciales sont en principe applicables aux bureaux de rédaction<sup>4</sup> des médias de masse, si ces derniers sont établis sous forme de personne morale, et peuvent ainsi avoir un impact sur la concentration des médias. Plus précisément, la loi *Ob aktsionernykh obschestvakh* (loi "relative aux sociétés anonymes") de 1995 réglemente les relations entre les sociétés mères et leurs filiales, et fixe leurs statuts juridiques ainsi que leurs droits et devoirs mutuels. Elle définit également les sociétés dépendantes comme étant possédées à plus de 20 % par la société dominante.

En outre, la loi "relative à la concurrence et aux restrictions des activités monopolistiques sur les marchés de produits" de 1991 encourage la concurrence. Elle fixe des critères généraux permettant d'évaluer le niveau de concurrence. Elle définit une "position de marché dominante" comme une position exclusive qui permet à une société d'influencer la situation du marché. Quantitativement, une position dominante sur le marché existe si une société détient 65 % du marché du produit concerné, à moins que l'organisme anti-monopole fédéral n'estime que la position d'une société est dominante avec un pourcentage moindre, du fait de certaines conditions relatives au marché. L'organisme anti-monopole, actuellement le *Ministerstvo RF po antimonopolnoy politike* (ministère de la Fédération de Russie de la politique anti-monopole), contrôle les projets de fusions et de fusions-absorptions de sociétés dont la somme des actifs dépasse cent mille fois le montant du salaire mensuel minimal (actuellement 83 roubles 49 kopecks soit environ 3 USD). Il ne doit pas soutenir une proposition qui entraînerait la création ou le renforcement de la position dominante d'une société sur un marché, ou qui limiterait la concurrence, à moins qu'un tel effet ne soit contrebalancé par

3) Le terme "fondateur" est utilisé par la loi *O sredstvakh massovoy informatsii* ("relative aux médias de masse") pour désigner la personne ou la société habilitée à fonder une organisation d'information et à en surveiller les activités (c'est-à-dire, du bureau de rédaction). Le fondateur peut être le bureau de rédaction lui-même, l'éditeur, le distributeur, le propriétaire du bien, aucun d'eux ou tous à la fois.

4) La loi relative aux médias de masse définit l'expression "bureau de rédaction" comme étant le noyau de base des relations dans la sphère.

les résultats positifs de la transaction. L'organisme anti-monopole peut approuver une fusion sous réserve qu'elle respecte certaines exigences visant à préserver les conditions nécessaires au développement de la concurrence. Un tribunal peut déclarer nulles et non avenues les transactions réalisées en violation d'une décision rendue par l'organisme anti-monopole.

La loi fédérale *Ob uchastii v mezhdunarodnom informatsionnom obmene* (loi "relative à la participation dans l'échange international d'informations") de 1996 habilite l'organisme anti-monopole fédéral à empêcher et à interdire les activités monopolistiques et la concurrence déloyale, dans les communications de masse transfrontalières et l'échange d'informations (article 13). La loi étend les pouvoirs légaux du ministère au domaine des communications.

Certains services de communication (télécommunications et communications postales) sont soumis au règlement sur la concurrence générale, désigné par la loi fédérale *O yestestvennyh monopoliyah* (loi "relative aux monopoles naturels") de 1995 pour empêcher la monopolisation dans le domaine des communications. La loi prévoit des moyens spécifiques tels que la réglementation des taux ainsi que des exigences de service universel afin de contrôler les monopoles naturels dans ce secteur.

### 3. Restrictions spécifiques à la propriété

Certaines restrictions spécifiques à la propriété concernent le statut juridique du fondateur ou du détenteur de la licence d'un média de masse. Les dispositions pertinentes expriment l'idée générale selon laquelle le système médiatique national doit encourager la représentation russe dans le domaine des médias et empêcher "l'influence étrangère". Selon l'article 7 de la loi *O sredstvah massovoy informatsii* (loi "relative aux médias de masse") de 1991, le citoyen d'un autre Etat ou un apatride non domicilié dans la Fédération de Russie ne peut être le fondateur d'un média de masse. Toutefois, cette restriction ne s'applique pas aux personnes morales. Comme prévu par le règlement *O provedenii konkursov na poluchenie prava na nazemnoye efirnoye teleradioveshchanie* (règlement "relatif à l'obtention de droits de radiodiffusion par concours") adopté le 26 juin 1999 par décret du Gouvernement de la Fédération de Russie, seuls les particuliers impliqués dans des activités commerciales et les personnes morales inscrites en Russie conformément à la procédure prévue par la loi, peuvent participer aux concours qui offrent l'obtention du droit de diffusion. Une analyse des différentes lois pertinentes démontre que cette règle s'applique aux personnes morales ayant une part importante de capital étranger. Aucune loi ne limite la part autorisée de capital étranger dans une telle société.

Les dispositions similaires, concernant les demandeurs souhaitant utiliser le spectre radioélectrique, de la loi fédérale *O sviazi* (loi "relative aux communications") (1995) (articles 8 et 23) sont principalement destinées à encourager les investissements étrangers dans l'industrie des communications.

Aucune restriction à la propriété n'empêche les groupes religieux ou d'intérêt (partis politiques etc.) de fonder un média de masse ou d'obtenir une licence de radio/télédiffusion. Ces groupes, s'ils sont inscrits en tant que personnes morales, ne peuvent être privés d'aucun droit car le Code civil russe pose un principe d'égalité entre tous les participants aux relations civiles.

## 4. Principales lois réglementant la concentration en Russie

### Concentration des médias :

Règlement *O litsenzirovanii televizionnogo veshchania i radioveshchania v Rossiyskoy Federatsii* (Règlement "relatif à l'octroi de licences pour la télédiffusion et la radiodiffusion dans la Fédération de Russie" adopté par un décret du Gouvernement de la Fédération de Russie le 7 décembre 1994 (n° 1359)).

Règlement *O provedenii konkursov na poluchenie prava na nazemnoye efirnoye teleradioveshchanie* (Règlement "relatif à l'obtention de droits de radiodiffusion par concours" adopté par un décret du Gouvernement de la Fédération de Russie le 26 juin 1999 (n° 698)).

Loi *O sredstvah massovoy informatsii* (Loi "relative aux médias de masse" adoptée le 27 décembre 1991, n° 2124-1).

Loi fédérale *Ob uchastii v mezhdunarodnom informatsionnom obmene* (Loi fédérale "relative à la participation à l'échange international d'informations" adoptée le 4 juillet 1996, n° 85-FZ).

Loi fédérale *O sviazi* (Loi fédérale "relative aux communications" adoptée le 16 février 1995, n° 15-FZ).

### Concentration générale :

Loi fédérale *O yestestvennyh monopoliyah* (Loi fédérale "relative aux monopoles naturels" adoptée le 17 août 1995, n° 147-FZ).

Loi fédérale *Ob aktsionnykh obschestvakh* (Loi fédérale "relative aux sociétés anonymes" adoptée le 26 décembre 1995, n° 208-FZ).

Loi *O konkurentsii i ogranichenii monopolisticheskoy deyatelnosti na tovarnykh rynkakh* (Loi "relative à la concurrence et aux restrictions des activités monopolistes sur les marchés de produits" adoptée le 22 mars 1991, n° 948-1).

## C. Présentation d'un projet de loi traitant de la concentration des médias

La loi fédérale *Ob osnovakh ekonomicheskikh otnosheniy v sfere massovoi informatsii* (loi "relative aux principes de base des relations économiques dans le domaine de l'information de masse", ci-après nommée "le projet de loi") a été rédigée dans le cadre d'un projet de recherche mis en œuvre en 1998-2000 par le Centre de droit et de politique des médias de Moscou, en collaboration avec l'université d'Oxford, et avec le soutien du British Know-How Funds. Le projet de loi a été rédigé par le Professeur Mikhail Fedotov, avec l'aide d'un groupe d'experts, originaires de Russie et d'Europe occidentale. Le projet de loi a été soumis au *Komitet po informatsionnoi politike* (Comité sur la politique en matière d'information) de la Douma d'Etat de la Fédération de Russie et se trouve actuellement à l'étude au niveau du groupe d'experts affecté au Comité sur la politique en matière d'information<sup>5</sup>.

Il convient d'insister sur le fait que les recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relatives, entre autres, à l'opinion publique, au pluralisme et à la transparence ont été soigneusement prises en compte dans la rédaction de ce projet de loi. De plus, il a été indiscutablement fait appel à la pratique législative et aux modes d'application de la loi de certains pays d'Europe occidentale (Royaume-Uni, France, Espagne, Pays-Bas, Suède, Finlande entre autres).

Le projet de loi vise à introduire des conditions légales favorables au pluralisme au sein des médias russes. Le terme "pluralisme" signifie, ici, d'une part, une pluralité d'organisations de médias indépendantes et autonomes ayant accès à un nombre suffisant et suffisamment varié de sources d'information et de moyens de production et de distribution des produits médiatiques et, d'autre part, le reflet dans les médias d'une diversité des opinions politiques, sociales, religieuses et culturelles, tout en observant l'indépendance éditoriale et en respectant les règles d'auto-réglementation que la communauté médiatique peut accepter sur une base volontaire.

Le projet de loi est conçu pour introduire un ensemble de mesures visant à garantir le pluralisme.

Tout d'abord, il y est fait référence à des mesures susceptibles d'assurer la transparence des relations juridiques en ce qui concerne la propriété et le contrôle des organisations de médias de masse (institutions ou sociétés commerciales). Comme la notion de contrôle est définie, dans le projet de loi, assez globalement, les exigences spécifiques à la transparence ne s'appliquent pas uniquement aux détenteurs et aux fondateurs de médias, mais également aux publicitaires, aux fournisseurs de contenu, aux fournisseurs de services de communication etc., en résumé à tous ceux qui dépendent du fonctionnement d'une organisation de médias. Ces exigences sont mises en avant afin de créer les conditions nécessaires au contrôle des processus de concentration des médias et de la monopolisation de divers segments de ce domaine et, surtout, afin de permettre aux citoyens d'évaluer objectivement les messages et les contenus des médias en connaissant les contextes financiers, politiques et commerciaux des entreprises concernées.

Deuxièmement, le projet de loi contient des mesures visant à empêcher la concentration des organisations de médias et à garantir une concurrence loyale entre elles.

Troisièmement, le projet de loi met en place des mécanismes visant à garantir la protection de l'indépendance professionnelle des bureaux de rédaction et des journalistes.

Comme, d'une manière ou d'une autre, toutes ces mesures sont reliées par des liens économiques, le projet de loi a été intitulé : loi fédérale "relative aux principes de base des relations économiques dans le domaine de l'information de masse".

Le projet de loi a vocation à devenir une partie importante de la législation relative aux médias de la Fédération de Russie. L'article 5 de la loi *O sredstvakh massovoi informatsii* (loi "relative aux médias de masse" du 27 décembre 1991) obligeait les rédacteurs de nouveaux textes législatifs à respecter la législation relative aux médias de masse. Ses dispositions ont été développées dans le projet de loi conformément à tous les objectifs réglementaires susmentionnés. Ainsi, le projet de loi inclut les exigences de base concernant la transparence prévues à la partie 1 article 10 paragraphe 10, de la loi relative aux médias de masse (l'exigence d'indiquer, lors de l'inscription, à quelles organisations de médias le demandeur est lié en tant que fondateur, propriétaire, etc.). La partie 1, article 19 de la loi relative aux médias de masse consacre la garantie d'indépendance professionnelle des bureaux de rédaction.

En plus du lien hiérarchique entre le projet de loi et la loi relative aux médias de masse (cette dernière fournissant le support des dispositions du projet de loi), la conclusion du projet de loi introduit des modifications à la loi relative aux médias de masse et à certaines autres lois fédérales afin de prévenir les conflits juridiques.

La terminologie du projet de loi est basée sur sa section consacrée à l'interprétation (article 2 "Termes et définitions"), qui s'appuie sur les définitions figurant dans la loi relative aux médias de masse et dans la législation anti-monopole en vigueur, sans les répéter. L'introduction des notions d'organisation de médias de masse (institution ou société commerciale) et des personnes les contrôlant est de toute première importance. La première notion devait être introduite pour tenir compte des particularités de la section consacrée à l'interprétation de la loi actuelle relative aux médias de masse. Le terme "média" y est défini

5) Son texte complet en anglais est disponible sur [http://www.medialaw.ru/e\\_pages/research/draft\\_law-c.htm](http://www.medialaw.ru/e_pages/research/draft_law-c.htm)



comme une forme de diffusion périodique d'informations de masse, et l'expression "bureau de rédaction" comme l'organisation chargée de la production et de la publication de produits médiatiques<sup>6</sup>. La notion de bureau de rédaction, telle que définie dans la loi relative aux médias de masse, a été critiquée pour être inappropriée aux fins d'une loi visant à réglementer les relations économiques, parce qu'elle passait sous silence les sujets concernés par une autre ligne conceptuelle, par exemple les entreprises unipersonnelles, les sociétés anonymes etc. C'est la raison pour laquelle la notion de bureau de rédaction doit être transformée en notion d'entreprise ou d'institution, selon que son activité est commerciale ou non. La notion de personne contrôlant une entreprise d'information de masse (institution ou société commerciale) inclut à la fois les notions de "groupe de personnes" et de "personnes affiliées" telles que définies par l'article 4 de la loi de 1991 *O konkurentsii i ogranichenii monopolisticheskoy deyatelnosti na tovarnyh rynkah* (loi "relative à la concurrence et à la restriction des activités monopolistiques sur les marchés de produits"). La notion qui en résulte est suffisamment large pour inclure les cas où les médias sont eux-mêmes influencés par une personne morale, physique ou officielle, non seulement en raison de leurs relations de propriété mais également en raison d'accords de réseau ou autres contrats, voire en vertu de liens de parenté ou d'ententes politiques. L'utilisation d'une notion aussi large rend les mécanismes ayant de l'influence et de la pression sur les médias aussi transparents que possible parce qu'elle étend le nombre d'interconnexions médiatiques qui sont portées à la connaissance du public.

En ce qui concerne la section consacrée à l'interprétation du projet de loi, il convient également de noter qu'elle introduit pour la première fois des notions telles que "audit des informations de masse", "audience des médias", "parrainage", "commerce télévisé" dans ce domaine. Certaines notions, telles que "radio-diffuseur", "plate-forme de presse", "temps d'antenne" figurant déjà dans la législation actuelle mais qui manquaient de précision, ont été, pour éviter des difficultés d'application de la loi, développées.

Le chapitre intitulé "Bureau de rédaction d'un média" du projet de loi vise à combler les lacunes et à supprimer les contradictions de la loi relative aux médias, qui résultent de la promulgation des première et deuxième parties du Code civil de la Fédération de Russie. Plus particulièrement, ce chapitre traite de la relation entre une organisation de médias et son bureau de rédaction ainsi que des possibles formes juridiques et organisationnelles requises pour établir un bureau de rédaction en tant que personne morale, le statut juridique d'un bureau de rédaction n'agissant pas en tant que personne morale, et d'autres sujets.

Il convient de s'arrêter sur les articles 6 à 8, qui fixent les garanties de l'indépendance éditoriale. Selon le législateur, ces garanties signifient que les mécanismes décisionnels concernant les sujets financiers et ceux qui concernent la définition de la politique éditoriale, doivent être séparés ; les garanties signifient également que les déclarations de contenu de programmes doivent devenir obligatoires, et ainsi institutionnalisées ; et que des indemnités conséquentes doivent être versées lorsque le rédacteur en chef et/ou des journalistes sont licenciés. Par ces moyens, les propriétaires pourront moins facilement s'immiscer dans les affaires éditoriales.

En ce qui concerne la détermination de la propriété des médias, le projet de loi suppose que le propriétaire d'une organisation de médias est son fondateur, sauf stipulation contraire des statuts ou de la loi. Cette approche permet d'éviter la redistribution de la propriété dans le secteur des médias.

Le projet de loi prévoit un régime spécial pour les organisations de médias créées par des organismes administratifs nationaux et locaux, dans le cadre de la législation actuelle relative aux médias. Bien entendu, les organisations de médias nationales et municipales doivent, d'une part, fournir aux citoyens un minimum d'informations (par exemple, pendant les campagnes des élections, des rapports sur les activités des organismes gouvernementaux, garantissant la liberté d'expression, etc.) et, d'autre part, agir indépendamment, du point de vue de la politique éditoriale, ainsi que le font les organisations de médias privées. A cet égard, l'idée sous-jacente du projet de loi est que les organisations de médias nationales et municipales ne devront avoir aucun lien avec les organisations privées, et que les particuliers ne devront pas être les propriétaires ou les co-fondateurs d'organisations de médias nationales et municipales et, ainsi, les influencer. Les organisations de médias nationales et municipales et leurs dirigeants ne devront pas avoir d'intérêts dans les organisations de médias privées. Etant donné que la législation en vigueur ne contient aucune restriction de ce type, ceci prévient le danger d'une possible corruption et d'une monopolisation politique dans le domaine des médias.

Le projet de loi reconnaît les privilèges en vigueur en matière d'impôts, de droits et de devise forte dont bénéficient les médias depuis 1995 en vertu de la loi. En même temps, certaines règles générales sont introduites. Il convient de les respecter lorsqu'il s'agit des avantages, des subventions et autres privilèges des médias. Ces règles visent à empêcher que le soutien apporté par l'Etat aux médias ne devienne un outil de pression politique et de corruption.

Le projet de loi consacre un chapitre spécial à la prévention de la concentration des médias. Il détermine les limites maximales pour les *holdings* de médias qui sont en cours d'expansion.

6) L'expression "bureau de rédaction" est la notion centrale de la loi relative aux médias de masse en ce qui concerne les relations des médias de masse (rédacteur, journalistes, éditeur, distributeur). Au contraire, le projet de loi parle d'entreprises et d'institutions, insistant ainsi sur l'économie pure des médias et non sur le processus créatif du journalisme.



Par exemple, l'article 26 (restrictions à la propriété dans la sphère de la télédiffusion) du projet de loi stipule :

1. Aucune personne morale ou physique n'est autorisée à détenir :
  - plus d'une licence individuelle, couvrant plus de 10 % de l'audience, pour une télédiffusion touchant plus de la moitié des sujets<sup>7</sup> de la Fédération de Russie ;
  - plus d'une autorisation individuelle, couvrant plus de 10 % de l'audience, pour une télédiffusion dans l'un des sujets de la Fédération de Russie ;
  - plus d'une licence individuelle pour la télédiffusion touchant un huitième des sujets de la Fédération de Russie, à condition que ladite télédiffusion ne couvre pas plus de 10 % de l'audience dans l'un quelconque des sujets de la Fédération de Russie ;
  - plus de trois licences individuelles pour la télédiffusion par satellite ;
  - ni
  - plus d'une licence individuelle pour la télédiffusion par câble dans un cinquième des unités municipales représentant un huitième des sujets de la Fédération de Russie.
2. Les personnes détenant des licences individuelles pour la télédiffusion (autre que la télédiffusion par câble) couvrant plus de 10 % de l'audience sont tenues de réserver pas moins de 10 % de leur temps d'antenne (hormis la durée des programmes d'information, la publicité et le télé-achat) à des programmes produits par des organisations qui sont indépendantes de ces personnes et ne disposent pas d'une licence individuelle pour la télédiffusion."

Le projet de loi insiste particulièrement sur les restrictions imposées à la propriété croisée, parce que l'expansion actuelle des holdings de médias à Moscou et dans les provinces entraîne généralement la concentration des médias imprimés et électroniques entre les mains des mêmes propriétaires. Les limites de la propriété croisée fixées par le projet de loi visent à éviter une situation qui est à l'origine, dans une zone géographique spécifique, du contrôle de toutes les organisations de médias par une seule et même personne. Les limites figurent à l'article 28 ("restrictions imposées à la propriété croisée") du projet de loi :

1. Aucune personne morale ou physique n'est habilitée :
  - à posséder une entreprise de médias de masse (institution, société commerciale) éditant des journaux et des périodiques, dont le tirage unique cumulé dépasse 15 % du tirage simple cumulé de tous les médias de masse concurrents, ni à détenir une licence individuelle de télédiffusion ou de radiodiffusion sur le même territoire ;
  - ni
  - à détenir des licences individuelles de télédiffusion et de radiodiffusion sur le même territoire.
2. Les restrictions établies par cet article en ce qui concerne la propriété des entreprises de médias de masse (institutions, sociétés commerciales) et la détention de licences individuelles pour la télédiffusion et la radiodiffusion doivent s'appliquer de manière identique à toutes les personnes qui contrôlent ces entreprises de médias de masse (institutions, sociétés commerciales), qui produisent et éditent des journaux et des périodiques et/ou qui émettent sur la base de ces licences individuelles."

Le projet de loi contient des règles très importantes en ce qui concerne l'octroi des licences de télédiffusion et de radiodiffusion. Ces règles supprimeront les contradictions qui existent actuellement entre la loi relative aux médias de masse et la loi fédérale *O litsenzirovanii ot delnykh vidov deyatel'nosti* (loi "relative à l'octroi de licences pour des types d'activité individuelle") et qui résultent du manque de définition par la loi fédérale des règles de formation et d'activité de la Commission fédérale de la télédiffusion et de la radiodiffusion (même si l'article 30 de la loi relative aux médias exige une telle législation). Le projet de loi propose que l'octroi de licences aux activités de télédiffusion et de radiodiffusion d'une part, et aux canaux de diffusion d'autre part, reste séparé, à l'instar de l'octroi de licences dans le domaine des mines en vertu de la législation sur les ressources du sous-sol. Pour ces raisons, les notions de licence générale (pour réaliser une activité) et de licence individuelle (pour utiliser une partie donnée du spectre de radiofréquences) ont été introduites dans le projet de loi.

Le projet de loi contient des règles spéciales applicables au parrainage, au téléachat, à la production et à la diffusion de publicités, à l'utilisation de programmes produits indépendamment, etc. Ceci reflète la nécessité de séparer la production médiatique de la production publicitaire. Pour la même raison, les *holdings* de médias ne sont pas autorisés à absorber des agences de publicité.

Un chapitre séparé traite des mesures visant à garantir la transparence des médias. Il tend principalement à garantir une collecte systématique des informations de base concernant les organisations de médias.

De plus, le projet de loi exige que l'organisme d'inscription national collecte et publie dans les médias imprimés, ou par l'intermédiaire de la Commission fédérale de la radiodiffusion, des "informations d'importance sociale", c'est-à-dire des informations sur la structure de l'organisation à laquelle une société de médias donnée appartient et sur les autres entités qui la contrôlent. Toutefois, les secrets commerciaux doivent être respectés.

7) Selon la Constitution de la Fédération de Russie, la Russie est divisée en entités géographiques appelées "sujets".



# La télévision et la concentration des médias

## Modèles de réglementation aux niveaux national et européen

Des progrès technologiques constants, un débat croissant sur la fusion d'entreprises du secteur des médias et d'entreprises de secteurs voisins ainsi qu'une recommandation du Conseil de l'Europe visant à prévenir des concentrations pouvant mettre en danger le pluralisme des médias, telles sont les raisons qui ont conduit l'Observatoire européen de l'audiovisuel à publier une étude comparative sur *la télévision et la concentration des médias*. L'objectif de cette étude est de faire comprendre la diversité des problèmes et des réglementations juridiques ayant des incidences sur la concentration du pouvoir et ses limites.

*La télévision et la concentration des médias* traite de la télévision numérique et analogique, quel que soit le mode de distribution (terrestre, par satellite ou par câble). L'analyse porte sur les barrières juridiques dans trois modes de concentration économique :

- la "**concentration horizontale des médias**", c'est-à-dire la prise de participations croisées entre différentes chaînes de télévision ;
- la "**concentration verticale des médias**", c'est-à-dire la prise de participations croisées entre des chaînes de télévision et leurs sources d'approvisionnement en amont, ainsi que leurs marchés de distribution en aval ;
- la "**concentration diagonale des médias**", c'est-à-dire la prise de participations croisées entre des chaînes de télévision et d'autres médias, tels que la presse ou des prestataires de services Internet.

La présentation se concentre sur l'examen de modèles choisis de réglementations appliquées dans des Etats de l'Union européenne possédant des marchés de télévision d'importance comparable, réglementations qui envisagent dans le même temps des alternatives concernant la réglementation de la concentration des médias. Les pays sélectionnés sont **l'Allemagne, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie et l'Espagne**.

La description de ces législations doit faire ressortir aussi bien les particularités des différents modèles juridiques que l'idée de réglementation qu'ils véhiculent et son application pratique.

La présentation de ces modèles législatifs est complétée par des explications sur le droit de la concurrence en vigueur dans les pays concernés, qui accompagne le droit des médias en matière de contrôle des fusions et de protection contre les abus de positions dominantes.

Ces explications seraient toutefois incomplètes si elles n'étaient suivies d'un résumé concernant **les législations communautaires en vigueur et les directives de la Commission européenne**.

Il est clair que l'importance du droit communautaire ne fera que croître à l'avenir, dans la mesure où l'Union européenne continue d'exploiter son pouvoir de mettre en place un cadre contraignant pour le "bon développement" du marché européen des médias.

Pour une meilleure compréhension, et notamment pour aller dans le sens du développement croissant d'un droit communautaire qui favoriserait la coexistence du droit des médias et de celui de la concurrence, les explications relatives au droit communautaire sont suivies d'un chapitre sur l'évolution et les tendances actuelles **de la législation sur la concentration des médias aux Etats-Unis**.

Sur ce continent en effet, la nécessité d'une réglementation du pouvoir des médias télévisuels semble déjà dépassée.

Au contraire, dans les Etats qui se trouvent en phase de création d'un marché privé de radiodiffusion et qui sont ainsi confrontés pour la première fois à la question de la limitation de la concentration des médias, le besoin de réglementation apparaît comme une nécessité. Il en est ainsi de la **Fédération russe** qui se trouve en pleine transition d'un système de radiodiffusion publique vers un système privatisé.

Publié par  
**l'Observatoire européen de l'audiovisuel**

76, Allée de la Robertsau  
F - 67000 Strasbourg  
Tél. +33 (0) 3 88 14 44 00  
Fax +33 (0) 3 88 14 44 19  
E-mail: [obs@obs.coe.int](mailto:obs@obs.coe.int)  
<http://www.obs.coe.int>

Strasbourg, 2001  
EURO 27,-  
ISBN 92-871-4594-6

Avec le concours des organisations partenaires suivantes :