

Une série de publications de
l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Marchés convergents - pouvoir convergent ? Régulation et jurisprudence

IRIS Spécial:

Marchés convergents - pouvoir convergent ? Régulation et jurisprudence

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2012
ISBN: 978-92-871-7594-6
EUR 114

Directeur de la publication :

Wolfgang Closs, Directeur exécutif de l'Observatoire européen de l'audiovisuel
E-mail : wolfgang.closs@coe.int

Editrice et coordonnatrice :

Susanne Nikoltchev, LL.M. (Florence/Italie, Ann Arbor/MI)
Responsable du département Informations juridiques
E-mail : susanne.nikoltchev@coe.int

Institutions partenaires ayant collaboré à l'ouvrage :

Institut du droit européen des médias (EMR)

Franz-Mai-Straße 6
D-66121 Saarbrücken
Tél. : +49 (0) 681 99 275 11
Fax : +49 (0) 681 99 275 12
www.emr-sb.de

Institut du droit de l'information (IViR)

Kloveniersburgwal 48
NL-1012 CX Amsterdam
Tél. : +31 (0) 20 525 34 06
Fax : +31 (0) 20 525 30 33
E-mail: website@ivir.nl
www.ivir.nl



Assistante éditoriale :

Michelle Ganter
E-mail : michelle.ganter@coe.int

Marketing :

Markus Booms
E-mail : markus.booms@coe.int

Traduction/Relecture:

Ulrike Aschermann-Henger, Kathrin Berger, France Courrèges, Evelyn Dreiseitlova, Michael Finn, Sabina Gorini, Julie Mamou, Martine Müller-Lombard, Stefan Pooth, Erwin Rohwer, Nathalie Sturlèse, Britta Probol

Photocomposition/Impression :

Pointillés, Hoenheim (France)

Editeur :

Observatoire européen de l'audiovisuel
76 Allée de la Robertsau
F-67000 Strasbourg
Tél. : +33 (0)3 90 21 60 00
Fax : +33 (0)3 90 21 60 19
E-mail : obs@obs.coe.int
www.obs.coe.int

Veuillez citer cette publication comme suit :

Susanne Nikoltchev Ed., IRIS Spécial : Marchés convergents - pouvoir convergent ? Régulation et jurisprudence (Strasbourg, Observatoire européen de l'audiovisuel, 2012)

© Observatoire européen de l'audiovisuel, 2012.

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

**Marchés convergents -
pouvoir convergent ?
Régulation et jurisprudence**

Marchés convergents - pouvoir convergent ? Régulation et jurisprudence

Publié par l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Il y a 11 ans, l'Observatoire européen de l'audiovisuel publiait un IRIS *Spécial* intitulé « La télévision et la concentration des médias »¹. A l'époque, il semblait pertinent de limiter l'étude à la réglementation des formes traditionnelles de concentration dans le secteur de la radiodiffusion et, dans cette perspective, de rassembler et d'analyser des informations sur les règles nationales portant spécifiquement sur les questions de concentration et la jurisprudence pertinente dans le domaine du droit de la concurrence.

Aujourd'hui, une entreprise peut potentiellement exercer un contrôle sur le secteur des médias via des moyens beaucoup moins flagrants, qui peuvent virtuellement concerner toutes les étapes de la chaîne de valeur. Le pouvoir de marché et le contrôle des médias peuvent tout autant se fonder sur un catalogue de titres particulièrement riche que sur la maîtrise des plateformes et réseaux de transmission. Les entreprises verticalement intégrées disposent d'un avantage sur leurs concurrents présents sur un seul marché, qui se trouvent dans une situation de dépendance vis-à-vis des opérateurs en place sur les marchés amont et/ou aval. Ces avantages sont particulièrement criants dans le cas d'entreprises capables de combiner un solide répertoire de contenus audiovisuels, le contrôle de divers services de médias et un accès prioritaire aux réseaux de retransmission (ou un contrôle de ces réseaux).

Alors qu'il y a 11 ans, la radiodiffusion était clairement le principal média audiovisuel en termes de formation de l'opinion publique et le premier facteur de prospérité, de compétitivité et de diversité culturelle dans le secteur des médias audiovisuels, aujourd'hui un nombre croissant d'autres services atteignent une audience large et jouent un rôle important sur le marché. Par conséquent, les opérateurs de plateformes et les fournisseurs de services audiovisuels à la demande sont désormais, à l'instar des radiodiffuseurs, également susceptibles d'être soumis à des procédures législatives, administratives et juridictionnelles relatives au pouvoir de marché et/ou aux positions dominantes. Plus récemment, des questions liées à des positions dominantes se sont de surcroît posées s'agissant des fabricants de terminaux de réception tels que les téléviseurs connectés.

Traditionnellement, les législateurs cherchent à limiter le pouvoir (de marché) des acteurs individuels, de façon à maintenir l'activité de plusieurs opérateurs concurrents sur un marché

1) Le titre complet en était : IRIS Spécial « La télévision et la concentration des médias : Modèles de réglementation aux niveaux national et européen », édité et publié par l'Observatoire européen de l'audiovisuel (Strasbourg) en 2001. Pour plus d'information, voir www.obs.coe.int/oea_publ/iris_special/2001.html

donné et à limiter l'impact de chacun d'eux sur l'opinion publique. Avec la convergence du secteur des médias audiovisuels et le développement des services connectés, cette approche traditionnelle se heurte à diverses interrogations. Celles-ci concernent notamment, dans un environnement dont les pratiques et modèles économiques ont été bousculés par la numérisation et l'intégration verticale du secteur audiovisuel, la question de savoir dans quelle mesure les réglementations spécifiques aux médias sont encore légitimes ou appropriées et – dans le contexte du droit général de la concurrence – quels marchés devraient être considérés comme distincts.

Dans un environnement convergent, l'intervention des Etats au moyen de mesures spécifiques aux médias est certes toujours fondamentale pour la régulation du secteur des médias audiovisuels, mais ces mécanismes ne sont pas (et n'ont jamais été) les seuls à être mis en œuvre.

Traditionnellement, le secteur des médias audiovisuels a également été marqué et renforcé par des mesures d'incitation positives. Ces dernières avaient été mises en place par les Etats ou par des fonds privés en vue de promouvoir une industrie audiovisuelle viable, capable de promouvoir et de diffuser des contenus qui, par leur genre et leur variété, seraient considérés comme utiles pour la société et/ou qui seraient sinon sous-représentés dans l'offre médiatique. Ces incitations peuvent viser quasiment toutes les activités de l'industrie audiovisuelle. Elles s'étendent du financement direct de projets à des dispositifs d'avantages fiscaux, et couvrent des échelles géographiques variées, régionales comme supranationales.

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a publié un rapport particulièrement complet sur les aides publiques aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles en Europe², contenant des renseignements détaillés sur les activités et les politiques mises en œuvre par les instances de financement public. En outre, la base de données KORDA³ contient des informations relatives aux programmes de financement individuels dans tous les Etats membres de l'Observatoire. Une publication juridique de l'Observatoire a déjà couvert⁴ les nombreuses exigences que les Etats ont imposées aux radiodiffuseurs pour soutenir la production cinématographique. Dans la mesure où ces informations sont disponibles par ailleurs, et afin que le champ de cet IRIS *Spécial* reste d'une ampleur raisonnable, nous avons décidé de ne pas inclure les mesures d'incitation positives dans cette publication.

Il convient néanmoins de garder à l'esprit que la politique des Etats relative à la diversité et au pluralisme du secteur audiovisuel s'appuie généralement sur ces deux types d'intervention, à savoir, d'un côté des dispositifs restrictifs au sens large du terme et, de l'autre, des mesures d'incitation positives. Une absence d'interventions négatives ne peut en général s'expliquer qu'à la lumière des mesures positives mises en place pour soutenir l'industrie, et réciproquement.

2) Voir « Les aides publiques aux œuvres cinématographiques et audiovisuelles en Europe » (septembre 2011), www.obs.coe.int/oea_publ/funding/fundingreport2011.html, ainsi que IRIS *plus* 2011-2 « Analyse d'une sélection de régimes d'aide à la production audiovisuelle », www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/2011-2.html

3) KORDA est accessible gratuitement sur : <http://korda.obs.coe.int/>

4) Ce sujet a fait l'objet d'une publication IRIS *Spécial* « Les obligations des radiodiffuseurs d'investir dans la production cinématographique » (Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2006), laquelle – bien qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une mise à jour récente – donne toujours un bon aperçu des différentes obligations de soutien à l'industrie cinématographique qui sont imposées aux radiodiffuseurs. Pour plus d'informations, voir www.obs.coe.int/oea_publ/iris_special/2006_01.html

Un mode d'intervention distinct de ces mesures positives ou négatives concerne les obligations de contenu destinées à garantir une offre de médias diversifiée. De telles obligations (par exemple, obligation de diffuser des programmes pour enfants ou d'information, etc.) sont imposées à plusieurs médias, principalement des médias de service public (dans le cadre de leur mandat), mais pas seulement⁵. On peut également citer les obligations positives de contenu issues de la Directive Services de médias audiovisuels s'agissant des œuvres européennes et indépendantes. Cette étude ne portera pas sur leur impact, pour les raisons déjà évoquées ci-dessus. Elle s'en tiendra aux interventions négatives, c'est-à-dire aux mécanismes restreignant la liberté des acteurs du marché à gérer leur entreprise comme ils l'entendent ou comme ils le jugent approprié du point de vue économique. Les règles à cet égard sont issues tant du cadre législatif de l'Union européenne que des lois nationales.

La **première partie** de cette publication explore l'approche européenne encadrant le pouvoir de marché, laquelle reste dominée par la mise en œuvre du droit de la concurrence, dans la mesure où celui-ci est toujours le ressort central de l'action de l'UE en matière de pouvoir de marché, et le domaine où elle exerce un contrôle strict sur le marché intérieur. L'auteur revient sur le fonctionnement général du droit de la concurrence et des autres instruments réglementaires, puis sur la manière dont sont régulés les différents services présents dans le secteur audiovisuel, et sur les marchés qui peuvent y être distingués. Les activités couvertes s'étendent donc de la production des contenus des médias audiovisuels à leur organisation, leur offre, et enfin à la distribution des services permettant que ces contenus soient mis à la disposition du consommateur.

La **deuxième partie** décrit les cadres réglementaires en vigueur dans 11 Etats européens autour du pouvoir de marché, aux mêmes niveaux que ceux abordés par la contribution relative à l'UE. Pour chacun de ces Etats seront couverts les dispositifs relatifs à la régulation des services de médias audiovisuels et des services auxiliaires, des plateformes et des services convergents, et enfin des services de distribution.

A la différence du cadre législatif européen, la gamme de domaines abordés par les réglementations nationales est très large. Par exemple, les règles en matière de droit d'auteur (qui permettent également un contrôle sur les accords privés dans ce domaine) peuvent limiter la capacité des producteurs de contenus à conclure des contrats exclusifs ou imposer la mise à disposition des archives de médias audiovisuels à d'autres opérateurs du marché. Les régimes de conventionnement réglementent l'entrée sur le marché et déterminent donc quelles entreprises ont le droit ou non d'opérer sur un marché donné. Les règles anti-concentration spécifiques aux médias concernent les positions dominantes et les positions de « gardien » de l'entrée sur un marché (*gate keeper*), sous des angles divers. Elles limitent la capacité des entreprises à dominer un marché donné mais aussi à atteindre un certain niveau de concentration en s'organisant de manière verticale. Elles restreignent en outre les possibilités de propriété simultanée de services similaires sur différents marchés (autrement dit, la propriété croisée). Plus récemment, les législateurs nationaux ont adopté des dispositions traitant spécifiquement des fonctions de « gardien » entre des services de médias audiovisuels et leurs utilisateurs et entre des services de médias audiovisuels et les plateformes qui les distribuent. Les notions juridiques et politiques telles que le *must-carry*, la neutralité du réseau, l'accès et la compatibilité font partie de ces

5) Voir IRIS *Spécial* « La culture de service public de radiodiffusion » (Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2007), www.obs.coe.int/oea_publ/iris_special/2007_01.html

concepts à la mode qui illustrent encore davantage la large gamme d'instruments juridiques dont disposent les Etats dans leur régulation du pouvoir de marché. Cela suggère également que ceux-ci peuvent être utilisés en réponse à des problèmes divers liés au pouvoir de marché.

Les règles spécifiques aux médias, lorsqu'elles s'appliquent aux présomptions de pouvoir de marché, doivent normalement être compatibles avec le droit général de la concurrence. C'est notamment dans le cadre du droit de la concurrence que les tribunaux précisent leur évaluation du pouvoir de marché et la délimitation de ces marchés.

Dans la mesure où les services de médias audiovisuels ne sont pas seulement des entreprises commerciales mais qu'ils jouent également un rôle dans la réalisation d'objectifs culturels et sociétaux, ainsi que dans la mise en œuvre de politiques publiques, ceux-ci sont parfois proposés en vertu d'un mandat de service public. Dans beaucoup de pays, ces médias de service public sont soumis à un cadre réglementaire distinct – du moins à certains égards – en matière de régulation de leur pouvoir de marché, ce qui sera évoqué dans cette publication.

La **troisième partie** de cet ouvrage se penche sur le contexte économique, en couvrant plusieurs aspects relatifs aux parts de marché et d'audience de la télévision et des services de vidéos en ligne. Ces données permettent de replacer l'information juridique dans un contexte pratique.

La **quatrième et dernière partie** de cette publication s'efforce à mettre en évidence des tendances communes dans les approches des Etats en matière de régulation du pouvoir de marché, à en identifier les principales différences et à décrire certaines solutions originales. Ici ou là seront évoqués des aspects de la législation de l'UE ayant influencé les cadres juridiques nationaux.

Les 11 Etats ont été choisis soit parce qu'ils représentent des marchés majeurs de services de médias audiovisuels en Europe, soit parce qu'ils évoluent en dehors des contraintes du marché intérieur, ou encore parce qu'ils ont certaines caractéristiques particulières, par exemple, la capacité d'attirer des acteurs clés en dépit d'un marché de faible dimension. En outre, nous nous sommes efforcés d'assurer un certain équilibre géographique.

Le concept de cet IRIS *Spécial* a été développé en interne avec le soutien fondamental et essentiel de nos partenaires, l'Institut du droit européen des médias (EMR) et l'Institut du droit de l'information (IViR). Du côté de nos partenaires, citons également Alexander Scheuer, Tarlach McGonagle et Catherine Jasserand-Breeman, qui ont aidé à identifier les experts ayant contribué à cette étude. Les mêmes collègues ont édité les contributions individuelles. Nous tenons à les remercier chaleureusement, ainsi que nos autres auteurs, pour cet effort conjoint vers davantage de transparence sur ce sujet d'une complexité réelle, qui témoigne des défis posés par la régulation des marchés convergents et du pouvoir sur ces marchés.

Strasbourg, 22 octobre 2012

Wolfgang Closs
Directeur exécutif

Susanne Nikoltchev
Responsable du département Informations juridiques

TABLE DES MATIÈRES

Partie I: Contrôle européen du pouvoir de marché dans un secteur des médias convergent	9
EU - Union européenne	
<i>Ralf Capito, Vodafone Allemagne</i>	11
Partie II: Règles concernant l'accès au marché, la concentration des médias, le droit de la concurrence et autres approches limitant le pouvoir de marché dans des pays sélectionnés	37
CH - Suisse	
<i>Franz Zeller et Michael Stämpfli, Office fédéral de la communication (OFCOM)</i>	39
DE - Allemagne	
<i>Sebastian Schweda, Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruxelles</i>	51
ES - Espagne	
<i>Francisco Javier Cabrera Blázquez, Observatoire européen de l'audiovisuel et Carles Llorens, Universitat Autònoma de Barcelona</i>	69
FR - France	
<i>Eléonore Scaramozzino, SCARAYE</i>	83
GB - Royaume Uni	
<i>Lorna M. Woods, The City Law School, City University London</i>	95
HU - Hongrie	
<i>Szabolcs Koppányi et Patrik Polefkó, Cabinet d'avocats Koppányi & Tényi</i>	107
IT - Italy	
<i>Roberto Mastroianni et Amedeo Arena, Université de Naples "Federico II" Faculté de droit</i>	121
LU - Luxembourg	
<i>Mark D. Cole et Jenny Metzdorf, Université du Luxembourg</i>	133
NL - Pays-Bas	
<i>Nico van Eijk, IViR, Université d'Amsterdam</i>	143
NO - Norvège	
<i>Marita Bergtun, Autorité norvégienne des médias</i>	151
PL - Pologne	
<i>Krzysztof Wojciechowski, Université de Varsovie</i>	163

**Partie III : Mesure de la concentration du taux d'audience
de la télévision et des vidéos en ligne**

*André Lange, Observatoire européen de l'audiovisuel.*180

Partie IV : Problème unique, réponses plurielles

*Susanne Nikoltchev, Observatoire européen de l'audiovisuel.*191

Partie I

Contrôle européen du pouvoir de marché dans un secteur des médias convergent

UNION EUROPEENNE

Ralf Capito
Vodafone Allemagne

A. Introduction

Le système juridique européen en matière de concurrence contribue à concrétiser l'un des principaux objectifs de l'Union, à savoir éviter toute distorsion de la concurrence au sein du marché intérieur¹. Ce système repose essentiellement sur trois piliers². Premièrement, l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE – ex-article 82 du Traité CE)³ interdit aux entreprises tout abus de position dominante. Deuxièmement, l'article 101 du TFUE (ex-article 81 du Traité CE) interdit d'une manière générale toute pratique commerciale concertée entre deux ou plusieurs entreprises ayant pour effet de restreindre la libre concurrence au sein du marché intérieur. Troisièmement, le Règlement CE sur les concentrations (RCEC)⁴ vise à empêcher les concentrations réduisant de manière significative la concurrence. Ces trois piliers sont accompagnés de la mise en œuvre de nombreuses mesures législatives et lignes directrices de l'UE et, en particulier, de la Commission européenne qui, conjointement avec les autorités nationales de la concurrence, font appliquer les règles de l'UE dans ce domaine.

Parallèlement au droit de la concurrence, le cadre (sectoriel) de l'Union européenne pour les communications électroniques (ci-après : le cadre réglementaire) a pris une importance considérable pour la régulation du pouvoir de marché dans le secteur des médias. Le cadre réglementaire se compose principalement de cinq directives et sa dernière révision date de 2009⁵. Le cadre réglementaire est notamment fondé sur le principe de la séparation entre la régulation de la transmission et la régulation des contenus, c'est-à-dire qu'il ne couvre pas le contenu des services fournis par le biais des réseaux et des services de communications électroniques⁶. Il met l'accent sur la régulation de la dominance sur

1) Voir article 3, paragraphe 2, al. g du TFUE.

2) Ce chapitre ne traite pas de la réglementation sur les aides d'Etat en vertu des articles 107 et suiv. du TFUE. Pour une analyse de la situation du financement des radiodiffuseurs (de service public), voir Mestmäcker/Schweitzer, dans : Immenga/Mestmäcker, *EU-Wettbewerbsrecht* (5^e édition, 2012), article 106, chapitre 2, paragraphes 127 et suiv.

3) Version consolidée, [2010] JO C 83.

4) Règlement du Conseil (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, [2004] JO L 24/1, ci-après RCEC ou règlement sur les concentrations.

5) Directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009 portant modification de la Directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), Directive 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), Directive 2002/20/CE relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »), [2009] JO 337/37, Directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant la Directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), Directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et Règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, [2009] JO 337/11.

6) Considérant 5 de la directive « cadre ». Voir aussi article 1, paragraphe 3 de la directive « cadre » et M. Libertus, [2001] 6 *IJCLP* 1.

le marché des réseaux de communications électroniques issus, pour la plupart, des anciens marchés monopolisés des télécommunications. Contrairement au droit de la concurrence de l'UE, le cadre réglementaire est principalement mis en œuvre par les autorités de régulation nationales (ARN).

La relation entre le droit européen de la concurrence et le cadre réglementaire est assez simple en ce sens que la législation sectorielle n'exclut pas l'intervention parallèle des autorités de la concurrence dans le secteur concerné. Pour les règles de concurrence de l'UE, cela découle du simple fait que le droit européen prévaut sur le droit national⁷. La réglementation sectorielle et le droit de la concurrence sont des dispositifs juridiques complémentaires qui partagent les mêmes objectifs, tout en fonctionnant avec différents instruments⁸.

Le chapitre suivant donne un aperçu de la façon dont ce cadre législatif est appliqué actuellement dans le secteur des médias en ce qui concerne le pouvoir de marché. Après une première partie consacrée à la présentation du fonctionnement du droit de la concurrence et des différents instruments réglementaires (B.), la partie suivante retrace la chaîne de valeur commune des services de médias et des services auxiliaires (C.I.) : plateformes et services convergents (C.II.) et services de distribution (C. III.). Chaque partie expose les marchés pertinents associés à ces services, en décrivant les principaux aspects juridiques propres à ces marchés au regard du droit de la concurrence et du cadre réglementaire.

B. Présentation des instruments applicables aux communications électroniques en vertu du droit de la concurrence de l'UE et du cadre réglementaire de l'UE

I. Article 102 du TFUE – L'abus de position dominante

L'article 102 du TFUE interdit aux entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante dans une partie substantielle du marché intérieur dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté. Dans le secteur des médias, cette disposition joue un rôle, en particulier au regard du refus de fournir des contenus⁹. En vue de déterminer si une entreprise abuse de sa position dominante, il convient de procéder à une analyse en plusieurs étapes :

- Tout d'abord, il faut définir le produit et le(s) marché(s) géographique(s) pour lesquels la position dominante doit être évaluée.
- Ensuite, l'entreprise en question doit être dominante, c'est-à-dire dans une position de puissance économique lui permettant d'empêcher le maintien d'une concurrence effective sur le marché pertinent et d'adopter un comportement indépendant, dans une large mesure, de celui des autres concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs¹⁰.
- En outre, cette entreprise doit avoir abusé de sa position. Selon la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), le terme « abusif » se réfère aux comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence¹¹.
- Enfin, un abus de position dominante n'est interdit que s'il affecte les échanges entre les Etats membres¹².

7) R. Klotz, dans : Ch.Koenig/A.Bartosch/J.-D.Braun/M.Romes (Ed.), *EC Competition and Telecommunications Law*, (2^e édition, 2009), p. 108.

8) *Ibid.* Voir CJUE, affaire C-280/08P, *Deutsche Telekom c. Commission*, [2010] Rec. p. I- 9555; Tribunal de l'UE, arrêt du 29 mars 2012, affaire T-336/07, *Telefónica c. Commission* (non publié à ce jour).

9) Voir plus bas C.I.3.

10) Voir CJCE, affaire 27/76, *United Brands c. Commission*, [1978] Rec. p. 207, paragraphe 38.

11) Voir CJCE, affaire 85/76, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, [1978] Rec. p. 461, paragraphe 91.

12) Voir CJCE, affaire 42/84, *Remia c. Commission*, [1985] Rec. p. 2545, paragraphe 22. Le critère d'une affectation des échanges entre Etats membres visé à l'article 102 du TFUE constitue une règle de compétence, marquant ainsi une limite entre l'application du droit de la concurrence national et de l'UE.

Selon la jurisprudence établie, l'article 102 du TFUE et les autres dispositions du droit de la concurrence de l'Union européenne s'appliquent également aux radiodiffuseurs de service public¹³. Même si la Commission n'a pris que peu de décisions formelles fondées sur l'article 102 du TFUE, très souvent, la simple menace d'une enquête de la Commission sur le comportement présumé abusif d'une entreprise incite les entreprises à modifier ou à adapter leur comportement sur le marché.

1. Définition du marché dans le droit de la concurrence de l'UE, notamment sur la base de l'article 102 du TFUE

Avant de pouvoir établir un abus de position dominante, il est nécessaire d'établir l'existence d'une position dominante sur un marché donné, ce qui suppose qu'un tel marché a d'ores et déjà été défini¹⁴. La notion de position dominante inscrite à l'article 102 du TFUE implique donc que la puissance économique d'une entreprise ne peut exister que par rapport à un marché particulier¹⁵ et ne peut être évaluée qu'en fonction du ou des marchés pertinents. Le même concept s'applique, en général, à l'appréciation des concentrations ainsi qu'à l'analyse des effets sur la concurrence du comportement anticoncurrentiel présumé de la part de certaines entreprises conformément à l'article 101 TFUE. La définition du marché a pour objectif général d'identifier les contraintes concurrentielles rencontrées par les entreprises indépendamment des dispositions du droit de la concurrence qui sont appliquées¹⁶.

L'approche de la Commission pour définir un marché a été clarifiée en 1997 dans sa Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence¹⁷.

Lors de l'évaluation des contraintes concurrentielles rencontrées par une entreprise qui fait l'objet d'une enquête, la Commission examine le produit¹⁸ et la dimension géographique du marché en cause.

1.1. Le marché de produits en cause

La Communication de 1997 sur la définition du marché établit qu'un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés¹⁹. Cette définition met clairement en évidence que la substituabilité par le consommateur d'un produit donné avec d'autres produits constitue le critère central de toute définition d'un marché de produits pertinent²⁰.

Le prix d'un produit est un facteur important permettant d'évaluer si des produits sont substituables²¹. Si des produits similaires se vendent à des prix très différents dans une même zone géographique, ils ne sont probablement pas des substituts proches²². Cependant, dans la majorité des cas, les marchés de produits doivent être définis en fonction des caractéristiques d'un produit et de l'utilisation prévue. Des produits ayant les mêmes caractéristiques peuvent être d'éventuels substituts²³. Dans ce contexte, les caractéristiques fonctionnelles d'un produit sont généralement plus importantes que son apparence

13) Voir p. ex. CJCE, affaire 155/74, *Sacchi*, [1974] Rec. p. 409, paragraphes 13 et suiv. Du moins tant qu'il n'est pas démontré que lesdites interdictions sont incompatibles avec l'exercice de l'activité des radiodiffuseurs.

14) Tribunal de l'UE, affaire T-62/98, *Volkswagen AG c. Commission*, [2000] Rec. p. II-2707, paragraphe 230.

15) Voir CJUE, affaire C-209/98, *Entreprenorforeningens Affalds*, [2000] Rec. p. I-3743, paragraphe 57.

16) Voir p. ex. S. Weatherill/P. Beaumont, *EU Law: The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union* (4^e édition, 2008), p. 745. Toutefois, il existe quelques différences (mineures) dans la façon de définir les marchés en vertu des différentes dispositions du traité et du RCEC 2004, voir R. Capito dans : EMR, *Media Markets Definitions 2003*, paragraphes 1.13 et suiv.

17) Voir la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, [1997] JO C 372/5, ci-après « Communication de 1997 sur la définition du marché », paragraphe 7. Pour une brève présentation du statut juridique de cette communication, voir R. Whish, *EC Competition Law*, p. 31; voir aussi R. Capito dans : EMR, *Media Markets Definitions 2003*, paragraphes 1.06 et suiv.

18) Ici, le terme de marché de produits est synonyme de marchés de produits et de services.

19) Communication de 1997 sur la définition du marché (note 17 ci-dessus), paragraphe 7.

20) D. Hall dans : *Bellamy & Child*, paragraphe 6-096.

21) Voir J. Briones Alonso [1994] *ECLR* 195 (200).

22) Voir C. Jones/E. González-Díaz, *The EEC Merger Regulation*, p. 112.

23) Voir Communication de 1997 sur la définition du marché, paragraphe 36.

ou sa composition physique ou chimique²⁴. En ce qui concerne l'utilisation prévue d'un produit²⁵, les produits destinés à des fins spécifiques appartiennent au même marché que les produits qui répondent au même besoin²⁶.

Outre la substituabilité de la demande, la Commission prend également en compte la substituabilité au niveau de l'offre lors de l'analyse des contraintes concurrentielles d'une entreprise. Si les fournisseurs d'autres produits sont en mesure de réorienter leur production vers les produits en question, cela peut être un facteur de discipline efficace sur le comportement de la concurrence²⁷. Ces contraintes posées du côté de l'offre doivent être prises en considération lorsqu'elles ont des « effets équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité²⁸. »

1.2. La dimension géographique des marchés

Il est également nécessaire, pour délimiter les marchés, de définir le marché géographique en cause²⁹. Théoriquement, la dimension du marché géographique pertinent peut varier entre l'échelle mondiale, européenne, transnationale, nationale, régionale ou locale. Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable³⁰.

L'étendue du marché géographique peut être déterminée par les préférences nationales ou des préférences pour certaines marques, langues, cultures et certains modes de vie, ainsi que par la nécessité d'une présence locale. Par conséquent, dans le cas des produits de consommation, la Commission tend généralement à considérer que le marché géographique en cause est national³¹. En outre, il convient de prendre également en compte la configuration géographique actuelle de la consommation, la structure des flux commerciaux et des transports, les importantes difficultés d'accès et les coûts de variation des préférences des consommateurs, de même que l'intégration continue du marché intérieur.

1.3. Les spécificités de la définition des marchés dans le secteur des médias

Toute définition du marché doit prendre en compte les spécificités du secteur concerné. Les particularités du secteur des médias sont clairement formulées par la Commission dans l'affaire Vivendi/Canal+/Seagram :

« La structure de l'industrie des médias est un phénomène multidimensionnel et complexe. En effet, les différents acteurs tels que les fournisseurs de contenus, les titulaires de droits, les distributeurs de contenus opèrent dans la chaîne de valeur de production de contenus tels que les films, les programmes de télévision à péage, et la musique, pour assurer leur distribution par l'intermédiaire des cinémas, des chaînes de télévision à péage ou des portails sur internet³². »

Le secteur des médias se caractérise par un certain nombre de particularités. La complexité des filières de l'offre impliquant plusieurs étapes de production n'en est qu'un exemple parmi d'autres. Il est également intéressant de noter que de nombreux marchés du secteur des médias ont été et sont toujours

24) Voir L. Ritter/W. D. Braun/F. Rawlinson, *EC Competition Law: A Practitioner's Guide* (La Haye/Londres/New York, Kluwer Law International, 1999), p. 25.

25) Communication de 1997 sur la définition du marché, paragraphe 36.

26) Voir R. Whish, *Competition Law*, p. 32. Parmi les autres critères déterminants lorsqu'il s'agit de déterminer la substituabilité du côté de la demande, on relève le point de vue des concurrents et des consommateurs, ainsi que les préférences des consommateurs.

27) Voir J. Briones Alonso, [1994] *ECLR* 195 (205).

28) Communication de 1997 sur la définition du marché, paragraphe 20. Autrement, les contraintes concurrentielles posées par de nouveaux fournisseurs potentiellement présents sur un marché sont considérées comme une concurrence potentielle.

29) Par rapport à d'autres juridictions, l'étendue géographique d'un marché joue un rôle relativement important dans la définition de marché du droit de l'UE, voir C. Canenbley, [1996] *Fordham Corp. L. Inst.* 307, 307.

30) Voir Communication de 1997 sur la définition du marché, paragraphe 8.

31) Voir p. ex. Commission, Décision 97/540/CE, *Coca-Cola/Amalgamated Beverages* (affaire n° IV/M.794), [1997] JO L 218/15, paragraphes 95 et suiv.

32) Commission, affaire IV/M.2050, 13 octobre 2000, *Vivendi/Canal+/Seagram*, paragraphe 14.

soumis à des mutations rapides. Ces mutations sont étroitement liées au phénomène de convergence, c'est-à-dire au regroupement des médias, des télécommunications et des technologies de l'information sur des plateformes et des réseaux unifiés³³. En même temps, dans certains secteurs des médias, la consommation se fragmente autour d'offres spécialisées en fonction d'intérêts spécifiques, avec un nombre restreint de copies d'œuvres audiovisuelles et une portée limitée, ce qui peut éventuellement indiquer des marchés de produits plus réduits.

Dans la plupart des cas relatifs aux médias, la Commission évalue le marché à partir de la demande en appliquant les critères habituels³⁴. L'une des particularités de la définition du marché dans le secteur des médias concerne le rôle des relations commerciales. Dans le cadre des marchés de la télévision, la Commission souligne que l'existence de relations commerciales est une condition préalable pour un marché³⁵.

En outre, l'utilisation de la demande au détail pour définir les marchés de gros en amont est un outil essentiel de définition du marché dans le secteur des médias. La Commission a, par exemple, utilisé cette méthode en lien avec les marchés en amont de l'accès aux plateformes de services numériques interactifs³⁶ et avec les marchés de gros d'acquisition des droits de radiodiffusion³⁷.

Au regard de l'étendue géographique des marchés des médias, les différents régimes de réglementation, les barrières linguistiques, les facteurs culturels et les restrictions liées au droit d'auteur sont des facteurs déterminants dans presque tous les segments du secteur³⁸. C'est pourquoi, très souvent, les limites géographiques des marchés des médias sont confinées à un seul pays ou, du moins, à une seule région linguistique³⁹.

2. Evaluation d'une position dominante sur la base de l'article 102 du TFUE

Le phénomène de position dominante est tout simplement une question de puissance économique⁴⁰. La capacité d'une entreprise à faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, qui se traduit par le fait qu'elle peut fonctionner, dans une large mesure, indépendamment de ses concurrents et de ses clients, peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris séparément, ne seraient pas nécessairement déterminants pour permettre la constatation d'une position dominante⁴¹. Parmi ces facteurs, la part de marché détenue par une entreprise est clairement le meilleur indicateur du pouvoir de marché, même si ce n'est pas un critère déterminant⁴².

Selon la CJUE, les entreprises dont les parts de marché sont très élevées sont, en l'absence de circonstances exceptionnelles indiquant le contraire, considérées comme occupant une position dominante⁴³. Les parts de marché supérieures à 70 % sont considérées comme très élevées⁴⁴. En revanche, pour les parts de marché comprises entre 45 % et 70 %, il faudra examiner d'autres facteurs tels que la part de la plus grande entreprise par rapport à celles de ses concurrents et la stabilité des parts de marché au cours du temps. Une position dominante peut également être marquée par l'absence de contre-pouvoir du côté de la demande et l'accès de l'entreprise présumée dominante au capital, ainsi que sa taille globale et sa puissance économique. En outre, l'intégration verticale des entreprises, qui

33) Voir Europe Economics, *Market Definition in the Media Sector*, paragraphe 2.1.24. Voir aussi Ch. Whiddington, "European Union", dans : M. de Avillez Pereira (Ed.), *Antitrust and New Media*, p. 184 et suiv.

34) Voir R. Capito dans : EMR, *Media Markets Definitions 2003*, paragraphe 1.233.

35) Les définitions de marché résultant de cette approche sont exposées plus bas au chapitre C.I.

36) Voir Commission, affaire COMP/JV.37, 21 mars 2000, *BSkyB/Kirch Pay TV*, paragraphe 32.

37) Voir Commission, Décision 2000/400/CE, *Eurovision* (affaire IV/32.150), [2000] JO L 151/18, paragraphe 42.

38) Voir p. ex. Commission, Décision 1999/242/CE, *TPS I* (affaire IV/36.237), [1999] JO L 90/6, paragraphe 40.

39) Cependant, la convergence des différents médias, le déploiement de l'accès internet haut débit et l'évolution du processus d'intégration pourrait donner naissance à l'avenir à des marchés des médias multinationaux ou à l'échelle de l'UE.

40) Voir S. Weatherill/P. (4^e éd. 2008), p. 864.

41) CJCE, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, [1978] Rec. p. 461, paragraphe 39.

42) Les parts de marché sont généralement mesurées à l'aune de la valeur et du volume d'un marché, voir R. Fowler/J. Skilbeck dans : *Bellamy & Child*, paragraphe 9-040.

43) Voir CJCE, affaire C-62/86, *AKZO c. Commission*, [1991] Rec. p. I-3359, paragraphe 60.

44) Voir p. ex. CJCE, affaire 40 etc./73, *Suiker Unie*, [1975] Rec. p. 1663, paragraphe 379.

est une caractéristique relativement courante dans le secteur des médias⁴⁵, est également considérée comme un indicateur significatif de position dominante⁴⁶.

La formulation sans équivoque de l'article 102 du TFUE (« une ou plusieurs entreprises ») indique que cette disposition ne s'applique pas seulement à une position dominante individuelle, mais également à une situation de dominance occupée conjointement par plusieurs entreprises⁴⁷.

3. L'abus de position dominante

L'article 102 du TFUE n'interdit pas l'existence d'une position dominante en soi. Il considère cependant qu'une entreprise dominante est investie d'une « responsabilité particulière » pour ne pas fausser la concurrence sur le marché⁴⁸. En vertu du droit de la concurrence de l'UE, les entreprises dominantes peuvent protéger leurs propres intérêts commerciaux en prenant des mesures raisonnables qu'elles jugent appropriées pour protéger ces intérêts. Cependant, cette démarche ne doit pas avoir pour objet le renforcement et, par conséquent, l'abus de cette position dominante⁴⁹.

La notion d'abus n'est pas définie par le traité. En revanche, l'article 102 du TFUE fournit une liste non exhaustive des abus possibles⁵⁰. La Commission et les tribunaux de l'Union européenne ne se limitent pas aux différents types d'abus énumérés à l'article 102 du TFUE et répriment de nombreuses autres pratiques. En règle générale, tout comportement des entreprises dominantes qui fausse de façon grave et non justifiée⁵¹ la concurrence ou conduit à un affaiblissement de la concurrence est interdit dans la mesure où cela affecte les échanges entre Etats membres⁵². Les tribunaux soulignent également le fait que la notion d'abus est une notion objective, ce qui signifie que les intentions subjectives des entreprises dominantes ne sont pas pertinentes pour conclure à un abus⁵³.

Globalement, on peut distinguer deux types d'abus : d'une part, l'abus « d'exploitation », c'est-à-dire la simple exploitation des « consommateurs » sur le marché en cause, et l'abus « d'exclusion », c'est-à-dire l'utilisation par une entreprise de sa position dominante pour bloquer ou entraver la concurrence d'autres « entreprises »⁵⁴. Conformément à l'article 102 paragraphes a et b du TFUE, l'exploitation abusive d'une position dominante peut prendre les formes suivantes :

- imposition de tarifs excessifs,
- imposition de conditions de transaction non équitables,
- limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs.

L'abus d'exclusion couvre notamment :

- une politique tarifaire d'éviction⁵⁵ et discriminatoire,
- l'octroi de primes de fidélité,
- le refus de vendre ou de fournir et
- le fait de lier ses clients⁵⁶.

45) Voir E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (2^e éd. 2004), § 25 paragraphe 60.

46) Voir p. ex. CJCE, *United Brands c. Commission*, [1978] Rec. p. 207, paragraphes 69-81, 85-90.

47) Voir Tribunal de l'UE, affaire T-392/99, *Airtours c. Commission*, [2002] Rec. p. II-2585, paragraphes 62 et suiv. Pour une analyse du concept sur la base du jugement voir p. ex. S. Baxter/F. Dethmers, [2006] *ECLR* 148 et suiv.

48) Voir CJCE, affaire 322/81, *Michelin c. Commission*, [1983] Rec. p. 3461, paragraphe 57.

49) Voir CJCE, *United Brands c. Commission*, [1978] Rec. p. 207, paragraphe 189 ; TPICE, affaire T-65/89, *BPB Industries and British Gypsum c. Commission*, [1993] Rec. p. II-389, paragraphe 69; affaires conjointes T-24/93 et al., *Compagnie Maritime Belge Transports c. Commission*, [1996] Rec. p. II-1201, paragraphe 107.

50) Voir p. ex. CJCE, affaire 6/72, *Continental Can c. Commission*, [1973] Rec. p. 215, paragraphe 26.

51) Lorsqu'une entreprise en position dominante peut fournir une justification objective, son comportement ne sera pas considéré comme abusif, voir p. ex. Tribunal de l'UE, *British Airways c. Commission*, [2003] Rec. p. II-5917, paragraphe 293.

52) Voir R. Fowler/J. Skilbeck dans : *Bellamy & Child*, paragraphe 9-040.

53) Voir CJCE, *Hoffmann-La Roche c. Commission*, [1978] Rec. p. 461, paragraphe 91.

54) Voir R. Lane, *EC Competition Law*, p. 150; D. Sinclair, [2004] *ECLR* 491 (492 et suiv.).

55) En substance, une politique tarifaire d'éviction consiste, pour une entreprise en position dominante, à fixer des prix relativement bas en vue d'éliminer ou d'affaiblir ses concurrents, voir R. Fowler/J. Skilbeck dans : *Bellamy & Child*, paragraphe 9-076.

56) CJCE, *Continental Can c. Commission*, [1973] Rec. p. 215, paragraphe 14.

II. L'article 101 du TFUE

L'article 101 du TFUE interdit tout accord entre entreprises, toute décision d'association d'entreprises et toute pratique concertée ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. L'article 101 du TFUE peut toutefois être déclaré inapplicable dans le cas d'accords, etc. qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une part équitable du bénéfice qui en résulte (article 101, paragraphe 3 du TFUE). Seuls les accords, etc. qui ne contiennent pas d'autres restrictions que celles qui sont indispensables pour atteindre ces objectifs peuvent bénéficier d'une exemption en vertu de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE dès lors que, par ailleurs, ils ne donnent pas aux entreprises concernées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une part importante des produits en question. Dans le secteur des médias, l'article 101 du TFUE joue un rôle considérable, notamment dans la vente des droits de retransmission par radiodiffusion de contenus multimédia, tels que les droits du football et les droits cinématographiques⁵⁷.

L'objectif premier de l'article 101 du TFUE est de garantir une concurrence libre et équitable aux fins d'améliorer le bien-être des consommateurs et de veiller à une répartition efficace des ressources. Même si cette disposition ne traite pas directement de la question du pouvoir de marché, le régime juridique de l'UE en matière de concurrence ne saurait être pleinement appréhendé sans intégrer cette disposition. L'application de l'article 101 du TFUE s'appuie sur une analyse en deux étapes. Il convient de clarifier si un accord entre entreprises :

1. a un objet anticoncurrentiel ou des effets anticoncurrentiels réels ou potentiels⁵⁸ et
2. produit des effets proconcurrentiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels⁵⁹.

L'article 101 du TFUE couvre non seulement les accords formels qui sont légalement exécutoires, mais s'applique également à tous les types d'accords de coopération entre les associations professionnelles ou autres arrangements informels⁶⁰. Cette disposition s'applique aussi bien aux accords horizontaux que verticaux. Cela signifie qu'elle couvre non seulement les accords entre concurrents qui opèrent au même niveau de la chaîne de valeur, mais aussi tous les accords de pratiques restrictives intervenant dans les relations verticales, c'est-à-dire entre des sociétés opérant à différents niveaux de production.

III. La régulation des concentrations par la Commission européenne

Une concentration, ou fusion, se produit lorsque deux ou plusieurs entités antérieurement indépendantes s'unissent⁶¹. Naturellement, ce type de regroupement de forces peut créer un changement plus durable sur le marché que des accords simplement ponctuels entre entreprises⁶². Ces changements peuvent être positifs ou négatifs : une entité résultant d'une fusion pourra améliorer son rendement et être en mesure de réaliser les économies de coûts et les gains d'intégration offerts par le marché intérieur. Une fusion permet également d'éviter la faillite d'une entreprise. L'acquisition ou le renforcement d'une position dominante sur le marché par le biais d'une fusion peut, cependant, se traduire par une augmentation du prix des produits ou des services sur le marché en cause et, de ce fait, conduire à une distorsion de la concurrence. Par conséquent, tout régime de contrôle des concentrations vise à permettre aux autorités de la concurrence d'analyser *ex ante* les changements dans la structure du marché et les effets possibles d'un projet de fusion sur la concurrence avant de décider si, oui ou non, deux ou plusieurs entreprises peuvent fusionner⁶³.

57) Voir plus bas C.I.2. et C.I.3.2.

58) Communication de la Commission 2004/C 101/08, *Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE*, [2004] JO C 101/97, paragraphe 11.

59) *Ibid.*, paragraphe 11.

60) Commission, Décision 84/191/CEE, *Nuovo Cegam* (affaire IV/30.804), [1984] JO L 99/29.

61) A.Jones/B.Sufrin, *EC Competition Law*, p. 847.

62) D.G. Goyder, *EC Competition Law*, p. 335.

63) A.Jones/B.Sufrin, *EC Competition Law*, p. 699.

En 1989, le Conseil de l'UE a adopté un premier règlement de contrôle des opérations de concentration⁶⁴ qui est rapidement devenu un instrument majeur de la politique de l'UE en matière de concurrence⁶⁵. Le 1^{er} mai 2004, le règlement actuel sur les concentrations a remplacé l'ancien règlement⁶⁶, accompagné des lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales⁶⁷.

Depuis les années 1990, le secteur des médias connaît une forte tendance à la concentration. Par conséquent, le contrôle des concentrations au niveau de l'UE a joué et continue de jouer un rôle important. A ce jour, la Commission a traité plus de 140 affaires dans le cadre de la régulation des opérations de concentration concernant le secteur des médias et, en particulier, les fusions dans le secteur de la télévision à péage⁶⁸.

1. Champ d'application du règlement sur les concentrations

Conformément à son article 1, paragraphe 1, le règlement sur les opérations de concentration s'applique à toutes les concentrations. On est en présence d'une concentration lorsqu'un changement durable du contrôle résulte soit de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises auparavant indépendantes, soit de l'acquisition du contrôle d'une entreprise, indépendamment du fait que cette prise de contrôle résulte d'une prise de participation au capital ou d'achat d'éléments d'actifs, d'un contrat ou de tout autre moyen (article 3, paragraphe 1 du règlement sur les concentrations).

Le champ d'application du règlement sur les concentrations est en outre limité par une règle de compétence selon laquelle la concentration doit avoir une dimension communautaire pour que s'applique la législation de l'UE. Selon l'article 1, paragraphe 2 du règlement sur les concentrations, une concentration est de dimension communautaire lorsque le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros et lorsque le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'Union par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros, à moins que chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'Union à l'intérieur d'un seul et même Etat membre. Outre ces seuils généraux, l'article 1, paragraphe 3 du règlement énonce des seuils spécifiques concernant les concentrations qui, même si elles sont en deçà des seuils fixés par le paragraphe 2, affichent des résultats conséquents dans au moins trois Etats membres. Il n'est pas nécessaire qu'une concentration soit transfrontalière pour que s'applique le règlement sur les concentrations. Cependant, même lorsque la concentration a une dimension européenne au sein de l'UE, elle peut être examinée par les autorités de la concurrence des Etats membres après notification et sur demande conformément à l'article 4, paragraphe 4 du règlement.

2. Définition du marché et appréciation de la concurrence

Une bonne définition du marché pertinent est indispensable pour pouvoir évaluer les effets de la concentration sur la concurrence⁶⁹. Après avoir délimité le marché de produits et le marché géographique, la Commission doit procéder à l'examen visé à l'article 2 du règlement sur les concentrations pour

64) Règlement du Conseil 4064/89/CEE du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, [1989] JO L 395/1, rectificatif [1990] JO L 257/14.

65) Au total, entre l'entrée en vigueur du règlement sur les concentrations en 1990 et le 30 juin 2012, 5 009 concentrations ont été notifiées à la Commission.

66) Pour une analyse des modifications effectuées, voir p. ex. T.Soames/S.Maudhuit [2004] *ECLR* 57 et suiv., 75 et suiv. et 144 et suiv.

67) Commission européenne, Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, [2004] JO C 31/03, ci-après les lignes directrices sur les concentrations horizontales.

68) Voir la recherche de cas de la Commission européenne sur http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?clear=1&policy_area_id=2. (date de recherche 22 juillet 2012). Pour les affaires de médias spécifiques relevant du règlement sur les concentrations voir C.I.3.2 et C.II.2.1.

69) Voir Tribunal de l'UE, affaire T-342/99, *Airtours plc c. Commission*, [2002] Rec. p. II-2585, paragraphe 19; CJUE, affaires conjointes C-68/94 et C-30/95, *France c. Commission*, [1998] Rec. p. I-1375, paragraphe 143. Il existe quelques différences mineures dans la méthode de définition des marchés en vertu de l'article 102 du TFUE du règlement sur les concentrations, voir R. Capito dans : *EMR, Media Markets Definitions 2003*, paragraphes 1.13 et suiv.

déterminer si une concentration est compatible avec le marché commun. Le Règlement 139/2004/CE du Conseil reformule le critère fondamental pour évaluer une opération de concentration. Conformément à l'article 2, paragraphe 3 du règlement, une concentration qui entraverait de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doit être déclarée incompatible avec le marché commun (test SIEC – *significantly impede effective competition*).

Le sens de la notion « d'entrave significative » à une concurrence effective découle des objectifs du règlement sur les concentrations et des lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales⁷⁰. Le contrôle des fusions vise à empêcher des concentrations qui, en augmentant significativement le pouvoir de marché des entreprises, seraient susceptibles de priver les consommateurs des avantages d'une concurrence efficace, notamment des prix modiques, des produits de qualité, un large choix de biens et de services et l'innovation⁷¹. L'« augmentation du pouvoir de marché » désigne la capacité d'une ou de plusieurs entreprises à, de façon profitable, augmenter les prix, réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, diminuer l'innovation ou exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence⁷².

Selon le considérant 25 du règlement sur les concentrations de 2004, une concentration peut entraver de manière significative une concurrence effective en causant des effets *non coordonnés* ou *coordonnés*. Une concentration est assortie d'effets coordonnés lorsqu'elle change la nature de la concurrence de telle sorte que les entreprises qui, auparavant, ne coordonnaient pas leur comportement, seraient dorénavant bien plus susceptibles de le faire et de majorer leurs prix ou de porter atteinte, d'une autre manière, à la concurrence effective⁷³.

Les effets non coordonnés se produisent lorsqu'une opération de concentration supprime d'importantes pressions concurrentielles qui pèsent sur une ou plusieurs entreprises, lesquelles auraient alors un pouvoir de marché accru, sans recourir à une coordination des comportements⁷⁴.

Le considérant 25 du règlement sur les concentrations indique que la notion d'« entrave significative à une concurrence effective » figurant à l'article 2, paragraphes 2 et 3, devrait être interprétée comme s'étendant, au-delà du concept de dominance, seulement aux effets anticoncurrentiels d'une concentration résultant du comportement non coordonné d'entreprises qui n'auraient pas une position dominante sur le marché concerné. Par conséquent, une concentration peut causer des effets non coordonnés en donnant à une entreprise un pouvoir de marché lui permettant de se comporter, dans une large mesure, indépendamment de ses concurrents et de ses clients et, en définitive, des consommateurs.

Les objectifs de non-concurrence ne jouent aucun rôle dans l'évaluation des concentrations. Ceci est particulièrement vrai pour le pluralisme des médias, même si le raisonnement suivant pourrait théoriquement conduire à un résultat différent. Conformément à l'article 167, paragraphe 4 du TFUE, l'Union européenne – lorsqu'elle agit au titre d'autres dispositions des traités – tient compte des aspects culturels, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures⁷⁵.

En tant que disposition dite d'intégration, l'article 167, paragraphe 4 du TFUE pourrait être interprété comme une obligation pour la Commission de tenir compte également de l'impact éventuel des concentrations des médias sur le pluralisme des médias lors de l'évaluation de la compatibilité des fusions et acquisitions avec le marché commun. En outre, l'article 21, paragraphe 4 du règlement sur les concentrations reconnaît que les Etats membres peuvent prendre des mesures appropriées pour protéger des intérêts légitimes, tels que le pluralisme des médias. De toute évidence, la garantie du pluralisme des médias peut être obtenue sous forme d'effet secondaire des tentatives visant à éviter la création

70) Pour une analyse de la signification du test SIEC, voir S.Baxter/F.Dethmers, [2005] *ECLR* 380 et suiv. ; J. Schmidt, [2004] *CMLRev* 1555 et suiv.

71) Lignes directrices sur les concentrations horizontales, paragraphe 8.

72) *Ibid.*

73) Des effets coordonnés peuvent également exister lorsqu'une opération de concentration facilite, stabilise ou rend plus efficace la coordination entre des entreprises qui coordonnaient déjà leur comportement avant l'opération, voir Commission, Lignes directrices sur les concentrations horizontales, paragraphe 22 al. b).

74) Commission, Lignes directrices sur les concentrations horizontales, paragraphe 22 al. a).

75) Voir P.J.G.Kapteyn/P.VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the EC*, p. 1114.

ou le renforcement d'une position dominante⁷⁶. En tout état de cause, cet objectif de non-concurrence n'a pas encore été explicitement reconnu comme un objectif du contrôle des concentrations de l'UE⁷⁷.

IV. Le cadre réglementaire

L'un des principaux objectifs du cadre réglementaire consiste à harmoniser la réglementation des communications électroniques dans le marché intérieur. A cet égard, l'harmonisation des règles de procédure est devenue cruciale. Cette nécessité est parfaitement illustrée par la procédure détaillée de la réglementation du marché prévue par les articles 15 et 16 de la directive « cadre »⁷⁸. Ce système veille à ce que toutes les autorités de régulation nationales (ARN) de l'UE suivent les mêmes règles lors de l'instauration, du maintien ou de la suppression des obligations réglementaires.

La procédure de régulation du marché qui est principalement mise en œuvre par les ARN suit *grosso modo* trois étapes⁷⁹ : tout d'abord, les ARN définissent les marchés pertinents du secteur des communications électroniques ; ensuite, elles analysent les marchés pertinents afin d'évaluer s'il existe ou non une concurrence effective ; enfin, si elles constatent un manque de concurrence effective sur un marché, elles imposent des mesures correctives appropriées conformément au cadre réglementaire, à savoir la directive « accès »⁸⁰ et la directive « service universel »⁸¹.

1. Définition du marché

Conformément à l'article 15, paragraphe 3 de la directive « cadre », les ARN doivent définir les marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, conformément aux principes du droit de la concurrence. Le but de la définition du marché, conformément au cadre réglementaire, est d'identifier les contraintes concurrentielles rencontrées par les entreprises. Afin de promouvoir une approche harmonisée des procédures nationales utilisées pour définir les marchés, l'article 15 de la directive « cadre » habilite la Commission à adopter une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services en vue de recenser les marchés dans le secteur des communications électroniques qui justifient une intervention réglementaire sectorielle. Après avoir produit une première recommandation en 2003, la Commission a publié une deuxième recommandation⁸² en 2007, qui identifie sept marchés de produits et services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être réglementés *ex ante*. Contrairement à la recommandation de 2003, la Commission ne considère plus le marché des services de radiodiffusion (fourniture de contenus radiodiffusés aux utilisateurs finaux) comme un marché soumis à une réglementation *ex ante*⁸³. Les ARN doivent *tenir le plus grand compte* de la recommandation de la Commission dans la procédure de définition du marché⁸⁴. En fait, seules quelques ARN ont adopté des définitions de marché qui ne sont pas conformes aux définitions recommandées par la Commission.

2. Analyse du marché – concurrence effective

L'article 16, paragraphe 2 de la directive « cadre » dispose que si, en vertu de la directive « service universel » ou de la directive « accès », une ARN est tenue de se prononcer sur l'imposition, le

76) Voir E. Psychogiopoulou, [2005] *ELRev* 838 (858).

77) Voir Commission, affaire COMP/M.5932, 21 décembre 2010, *NewsCorp/BSkyB*, paragraphes 304 et suiv. ; voir aussi E. Psychogiopoulou, [2005] *ELRev* 838 (858), qui identifie la Décision de la Commission 2004/422/CE, *Lagardère/Natexis/VUP* (affaire COMP/M.2978), [2004] JO L125/54 comme le seul cas de concentration où « de sérieux efforts ont été fournis pour concilier les impératifs culturels et économiques. » Voir aussi l'Avis du Comité économique et social sur le thème « Pluralisme et concentration dans les médias », [2000] JO C 240/19, paragraphes 2.1 et suiv.

78) Directive 2002/21/CE, voir plus haut note 5.

79) Pour une analyse plus détaillée de la procédure, voir J.-D. Braun/R. Capito, dans : Ch.Koenig/A.Bartosch/J.-D.Braun/M.Romes (Ed.), *EC Competition and Telecommunications Law* (2^e édition 2009), p. 343 et suiv.

80) Directive 2002/19/CE voir plus haut note 5.

81) Directive 2002/22/CE voir plus haut note 5.

82) Recommandation de la Commission européenne 2007/879/CE concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*, 2007 [JO] L 344/65. Cette recommandation fait actuellement l'objet d'une révision.

83) Pour une présentation plus détaillée de ce marché, voir C.III.1.

84) Article 15, paragraphe 3 de la directive « cadre ».

maintien, la modification ou la suppression d'obligations à la charge des entreprises, elle détermine, sur la base de son analyse de marché visée à l'article 16, paragraphe 1 de la directive « cadre », si un marché pertinent est *effectivement concurrentiel*. Lorsqu'un marché est effectivement concurrentiel, les ARN s'abstiennent d'imposer ou de maintenir des obligations réglementaires sectorielles et, le cas échéant, suppriment les obligations existantes. Si un marché n'est pas concurrentiel, les ARN imposent des obligations réglementaires sectorielles, ou maintiennent ou modifient ces obligations si elles sont déjà appliquées (article 16, paragraphes 3 et 4 de la directive « cadre »). Il n'y a pas de concurrence effective sur un marché si une ou plusieurs entreprises disposent d'une puissance significative sur ce marché. L'analyse du marché vise essentiellement à établir l'existence d'une puissance significative sur ledit marché. La notion de puissance significative est donc le pivot central de la législation de l'UE sur les télécommunications. En règle générale, les entreprises ne sont soumises à une réglementation sectorielle spécifique que s'il s'avère qu'elles disposent d'une puissance significative sur le marché.

3. Imposition d'obligations réglementaires appropriées

En l'absence de concurrence effective sur un marché, les ARN doivent imposer des mesures correctives appropriées à l'entreprise en position dominante, conformément aux directives « accès » et « service universel ». Le cadre réglementaire met à la disposition des ARN toute une série d'instruments pour traiter les problèmes de concurrence identifiés sur le marché, depuis la régulation détaillée de l'accès (à un réseau ou à une partie de celui-ci par exemple) ou l'obligation de revente et de non-discrimination jusqu'à la régulation *ex ante* des tarifs d'accès sur la base des coûts. En 2009, le législateur européen a même ajouté à cet arsenal le pouvoir d'imposer, en dernier recours, une séparation fonctionnelle aux opérateurs de réseau.

Le cadre réglementaire permet également aux ARN d'intervenir, à titre exceptionnel, sur les marchés où ils ne constatent *pas de puissance significative* d'une ou de plusieurs entreprises. Les principaux exemples d'une telle démarche concernent le pouvoir d'intervenir pour assurer la connectivité de bout en bout des utilisateurs et le pouvoir d'instaurer l'accessibilité de services de radiodiffusion numérique pour les utilisateurs finaux⁸⁵. En outre, le cadre réglementaire prévoit de nombreuses autres obligations que les Etats membres – selon le cas – doivent ou peuvent imposer aux entreprises et qui n'ont pas pour finalité principale la régulation de la puissance de marché, mais la protection des consommateurs ou des données, ou d'autres objectifs réglementaires. Ces obligations ne seront pas abordées ici.

C. Application du droit de la concurrence et du cadre réglementaire au secteur des médias

I. Les services de médias audiovisuels et services auxiliaires

Un service de médias audiovisuels est défini par la directive sur les services de médias audiovisuels (SMAV) de l'Union européenne comme un service qui relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias et dont l'objet principal est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public, par des réseaux de communications électroniques. Un service de médias audiovisuels est soit une émission télévisée, soit un service de médias audiovisuels à la demande⁸⁶.

1. Les marchés pertinents

La Commission européenne a rendu un grand nombre de décisions en lien avec la directive SMAV définissant des marchés dans le secteur des médias. Ainsi, par exemple, la chaîne habituelle de radiodiffusion télévisuelle comprend l'attribution de licences et l'acquisition de contenus audiovisuels, la fourniture en gros des chaînes de télévision et la fourniture de services de télévision au détail

85) Voir article 5, paragraphe 1 de la directive « accès ».

86) Voir article 1, al. a), point i) de la Directive 2010/13/EU du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), [2010] JO L 95/1.

(linéaires et non linéaires). La présentation ci-après se base sur les principales définitions des marchés pertinents adoptées dans les affaires concernant les opérations de concentration ainsi que les affaires concernant les cartels.

1.1. La radiodiffusion télévisuelle

En ce qui concerne les marchés de la radiodiffusion télévisuelle, la Commission estime qu'une distinction majeure doit être établie entre le marché de la distribution au détail des programmes de télévision à péage (abonnements) et le marché de la télévision gratuite (publicité). Cette distinction se base sur des relations commerciales différentes, des conditions de concurrence différentes, le prix des services et les caractéristiques de ces deux types de télévision⁸⁷. Dans le cas de la télévision privée financée par la publicité et de la télévision de service public financée par les redevances et, pour une part, par la publicité, il existe une relation commerciale entre le fournisseur de programmes et le secteur de la publicité. Toutefois, dans le cas de la télévision à péage, la relation commerciale (principale) se situe entre le fournisseur de programmes et le téléspectateur en tant qu'abonné⁸⁸. La Commission, dans sa décision *Newscorp/Telepiù*, laisse entendre que la numérisation en cours de la télévision gratuite pourrait, à l'avenir, brouiller la distinction entre ces deux marchés⁸⁹. Dans sa décision plus récente rendue dans l'affaire *News Corp/BSkyB*⁹⁰, la Commission maintient toutefois cette distinction en dépit de l'essor continu de la télévision numérique dans l'UE, et malgré une vive critique⁹¹ du critère des relations commerciales.

La Commission reconnaît d'une part, que la télévision gratuite exerce une certaine contrainte sur la télévision à péage et qu'il y a une interaction entre les deux marchés, en particulier dans les pays où « la télévision gratuite offre un large choix de canaux, certains proposant ce qui peut être considéré comme des contenus attractifs ». D'autre part, la Commission estime que cela ne suffit pas pour abandonner la distinction entre les deux marchés, car les différences de financement entre la télévision gratuite et la télévision à péage et le fait que, du point de vue des téléspectateurs, ces offres ne sont pas substituables, signifient que ces services relèvent de marchés de produits distincts. Dans ses conclusions concernant l'affaire *NewsCorp/Premiere*, la Commission souligne également que la télévision à péage et la télévision gratuite constituent toujours deux marchés clairement distincts en raison de la nature différente des contenus et de la grille de programme respectifs, de la substituabilité limitée, du côté de la demande, du fait de l'absence de droits d'abonnement pour la télévision gratuite et de la substituabilité limitée, du côté de l'offre, du fait des différents modèles économiques des deux radiodiffuseurs.

La Commission ne voit aucune raison de faire la distinction entre les marchés de la télévision à péage numérique et analogique⁹². La nécessité ou non de subdiviser les marchés de détail (télévision à péage) selon les modes de transmission des signaux (terrestre, par câble, satellite et ADSL) peut varier, entre autres, en fonction du degré de pénétration de ces modes de transmission dans les différents Etats membres. Bien que la Commission ait trouvé des indices révélant l'existence de sous-segments en ce qui concerne les marchés français de la télévision à péage, la question a été laissée en suspens

87) Voir p. ex. Commission, affaire COMP/M.5121, 25 juin 2008, *NewsCorp/Premiere*, paragraphe 16. L'approche de la Commission visant à délimiter les marchés de la télévision en s'appuyant sur le point de vue des consommateurs est critiquée par E. J. Carter [2001] *World Competition* 93, p. 100 et suiv.

88) Commission, affaire COMP/JV.37, 21 mars 2000, *BSkyB/Kirch Pay TV*, paragraphe 24.

89) Fondamentalement, certaines différences entre la télévision gratuite et la télévision à péage - contraintes matérielles différentes et fonctionnalités distinctes - pourraient être amenées à disparaître à l'avenir, voir Commission, Décision 2004/311/CE, *Newscorp/Telepiù* (affaire COMP/M.2876), [2004] JO L110/73, paragraphes 34 et suiv. En 2010, la Commission a libéré *Newscorp* d'un engagement pris lors de la procédure de fusion originale, voir Commission, Communiqué de presse IP 10/983 du 20 juillet 2010. La Commission peut modifier les engagements si les conditions du marché ont changé de manière significative. Bien que ce fût le cas sur le marché de la télévision italienne, la Commission n'a pas abordé la question de la définition du marché.

90) Affaire COMP/M.5932, 21 décembre 2010, *News Corp/BSkyB*, paragraphe 99.

91) Voir p. ex. Commission allemande des monopoles (*Monopolkommission*), XI. *Hauptgutachten* 94/95, paragraphes 240, 936 et XIII. *Hauptgutachten* 1998/99, note 611.

92) La télévision numérique n'est qu'un nouveau développement de la télévision analogique et, par conséquent, ne constitue pas un marché de produits distinct d'un point de vue concurrentiel. De même, on peut s'attendre à ce que la télévision haute définition (HDTV), en tant que développement des normes de télévision numérique, ne conduise pas à la délimitation de marchés distincts pour la TVHD.

dans l'affaire *UGC/Noos*⁹³. La Commission s'est également abstenue de faire une distinction sur la base des modes de transmission dans sa pratique décisionnelle récente⁹⁴. Cependant, dans l'affaire *Nordic Satellite Distribution*, la Commission considère que, dans la région nordique, la distribution directe par satellite de la télévision à péage constitue un marché distinct de la diffusion de la télévision à péage via les réseaux câblés⁹⁵.

Jusqu'à présent, les services de paiement à la séance (*pay-per-view* – PPV) ou de quasi-vidéo à la demande⁹⁶ (*nearly video on demand* – NVOD) proposés par les opérateurs de télévision à péage parallèlement aux services réguliers de télévision à péage, tels que les bouquets de base et les chaînes « premium » (film, sport et thèmes présentant un intérêt particulier), ne sont pas considérés comme des marchés à proprement parler⁹⁷. En règle générale, l'étendue géographique des marchés de la radiodiffusion télévisuelle est située à l'échelle nationale ou, tout au plus, de plusieurs zones linguistiquement homogènes. Cela est dû essentiellement aux différents régimes réglementaires, aux facteurs culturels, aux restrictions du droit d'auteur et, surtout, aux barrières linguistiques.

1.2. Acquisition des droits de radiodiffusion

Les contenus audiovisuels recouvrent tous les « produits de divertissement » pouvant être diffusés à la télévision. En amont des marchés de la radiodiffusion, les radiodiffuseurs et les intermédiaires cherchent à acquérir des contenus auprès des ayants droit. En suivant une méthode étape par étape, la pratique décisionnelle de la Commission définit plusieurs marchés à ce niveau. En particulier, elle établit une distinction entre les droits sur les événements sportifs et les films cinématographiques⁹⁸. Ces types de contenu sont considérés comme les produits phares de la télévision à péage. En particulier, les programmes couvrant les sports très populaires ou les grands événements internationaux sont souvent en mesure de réaliser des parts d'audience très fortes et sont généralement considérés comme particulièrement adaptés pour diffuser de la publicité, ainsi qu'en témoigne la quantité de parrainages impliqués dans ces programmes⁹⁹.

Les marchés des droits sportifs sont davantage segmentés. Dans l'affaire *Eurovision*, la Commission estime « qu'il existe selon toute vraisemblance des marchés séparés pour l'acquisition des droits sur certaines grandes manifestations sportives, internationales pour la plupart¹⁰⁰. » Il apparaît que les grandes manifestations sportives, telles que les Jeux olympiques d'été, les Jeux olympiques d'hiver et la Coupe du monde de football, sont largement indépendants de tout autre événement sportif diffusé simultanément. Par conséquent, les radiodiffuseurs sont enclins à payer des prix beaucoup plus élevés pour ce type de manifestation¹⁰¹. En outre, dans l'affaire *Newscorp/Telepiù*¹⁰² et *Ligue des champions de*

93) Voir Commission, affaire COMP/M.3411, 17 mai 2004, *UGC/Noos*, paragraphe 25.

94) Commission, affaire COMP/M.5932, 21 décembre 2010, *NewsCorp/BSkyB*, paragraphe 105; affaire COMP/M.5121, 25 juin 2008, *NewsCorp/Premiere*, paragraphe 20.

95) Voir Commission, Décision 96/177/CE, *Nordic Satellite Distribution* (affaire IV/M.490), [1995] JO L53/20, paragraphes 58 et suiv.

96) Avec la quasi-vidéo à la demande, les abonnés qui veulent regarder un film sont inscrits pour le prochain horaire de diffusion. La quasi-vidéo à la demande peut être considérée comme une étape antérieure de vidéo à la demande (VoD), qui, elle, laisse à l'entière discrétion du consommateur final le choix du moment de visionnage d'un film.

97) Toutefois, dans sa dernière décision traitant de ces questions, la Commission a vu certaines indications en faveur d'une distinction entre le marché de revente au détail des services PPV/NVOD et le marché des services destinés aux chaînes de télévision à péage, voir Commission, affaire COMP/C.2. 38.287, 29 décembre 2003, *Telenor/Canal +/Canal Digital*, paragraphe 55.

98) Voir Commission, affaire IV/M.1574, 3 août 1999, *Kirch/Mediaset*, paragraphe 15; Décision 1999/242/CE, *TPS I* (affaire IV/36.237), [1999] JO L 90/6, paragraphe 34.

99) Voir Commission, affaire IV/M.779, 7 octobre 1996, *Bertelsmann/CLT*, paragraphe 18. Le raisonnement suivi par la Commission pour établir une distinction entre les droits sur les événements sportifs et les droits sur les films est critiqué par E. J. Carter [2001] *World Competition* 93, 111 et suiv.

100) Commission, Décision 2000/400/CE, *Eurovision* (affaire IV/32.150), [2000] JO L 151/18, paragraphe 43. La décision de la Commission a été contestée avec succès devant le Tribunal de l'UE. Toutefois, ce dernier a tout de même confirmé la définition du marché adoptée par la Commission, voir Tribunal de l'UE, affaires jointes T-185/00, T-216/00, T-299/00 et T-300/00, *Métropole télévision SA*, [2002] Rec. p. °II-3805, paragraphe 57. Voir aussi D. Brinkman/E. Vollebregt, [1998] *ECLR* (281) 283 et suiv.

101) Commission, Décision 2000/400/CE, *Eurovision* (affaire IV/32.150), [2000] JO L 151/18, paragraphe 42.

102) Commission, Décision 2004/311/CE, *Newscorp/Telepiù* (affaire COMP/M.2876), [2004] JO L110/73, paragraphe 66.

l'UEFA¹⁰³, les particularités du football en tant que contenu de radiodiffusion ont conduit à définir un marché distinct pour les droits de retransmission sur les matchs de football joués régulièrement tout au long de l'année. La Commission fait valoir que seuls les droits de retransmission des matchs de football tels que les rencontres nationales (principalement de première division) ou de la Ligue des champions de l'UEFA peuvent attirer une forte part d'audience et une certaine catégorie de téléspectateurs, et générer une certaine image de marque pour les radiodiffuseurs.

La Commission segmente également les marchés d'acquisition des droits cinématographiques en distinguant un marché des droits de diffusion de longs métrages et un marché des droits de diffusion des programmes conçus pour la télévision¹⁰⁴. Ce dernier marché exclut les productions réalisées par les radiodiffuseurs et uniquement destinées à un usage captif, que l'on appelle les productions maison¹⁰⁵. La Commission considère également – même si elle a laissé cette question en suspens – qu'il peut être nécessaire d'établir une distinction entre les films produits aux Etats-Unis et les autres films, en précisant que le marché en cause est composé principalement de films à succès « commercial » qui, en général, correspondent aux productions des grands studios d'Hollywood¹⁰⁶.

Dans l'affaire *Vivendi/Canal+/Seagram*, la Commission identifie des marchés distincts pour les droits de diffusion des films, en fonction du calendrier et des fenêtres de diffusion des films¹⁰⁷. Les droits d'un film sont généralement exploités selon un calendrier de diffusion spécifique (« périodes de paiement » ou « fenêtres »)¹⁰⁸. Les films récents ne peuvent être diffusés à la télévision à péage qu'après la projection du film en salle, leur commercialisation sur vidéo/DVD et leur mise à disposition sur la base du *paiement à la séance*¹⁰⁹. La radiodiffusion des films après un délai habituel de six mois est appelée « première fenêtre ». La première fenêtre est suivie d'une seconde fenêtre assortie d'un délai à peu près identique, au terme duquel les films sont enfin disponibles pour le marché de la télévision gratuite. A cet égard, la Commission a défini un marché correspondant à l'acquisition des droits de diffusion pour ce qu'on appelle les films de première fenêtre à la télévision payante¹¹⁰.

En ce qui concerne les marchés de radiodiffusion, la Commission est d'avis que l'étendue géographique des marchés d'octroi des licences et d'acquisition des droits de diffusion de contenus audiovisuels (films et autres contenus) est national ou, tout au plus, couvre des zones linguistiquement homogènes. Ceci est dû essentiellement au fait que les droits de radiodiffusion sont généralement négociés et cédés pays par pays, les seules exceptions portant sur les licences couvrant une région linguistique telle que l'Allemagne, l'Autriche et une partie de la Suisse, ou des zones ayant des références socio-culturelles communes (par exemple en Scandinavie)¹¹¹.

2. Jurisprudence en matière de droit de la concurrence appliqué aux SMAV

Il existe un nombre considérable d'arrêts rendus par les tribunaux de l'Union et de décisions de la Commission qui appliquent le droit de la concurrence aux SMAV¹¹². Par manque de place, ce chapitre ne présente que quelques cas afin de donner un aperçu général au lecteur¹¹³ :

103) Voir Commission, Décision 2003/778/CE, *UEFA Champions League* (affaire C-2/37.398), [2003] JO L 291/25; paragraphe 77. Voir aussi Commission, affaire COMP/C-2/37.214, 19 janvier 2005, *Bundesliga*, paragraphe 17 et affaire COMP/M.4519, 18 janvier 2007, *Lagardère/Sportfive*, paragraphe 10.

104) Voir Commission, affaire IV/M.2050, 13 octobre 2000, *Vivendi/Canal+/Seagram*, paragraphe 17. Le fait que parfois, ce marché est également appelé le marché des productions télévisuelles peut prêter à confusion, voir Commission, affaire IV/M.779, 7 octobre 1996, *Bertelsmann/CLT*, paragraphe 17; affaire IV/M.553, 20 septembre 1995, *RTL/Veronica/Endemol*, paragraphe 29.

105) Voir Commission, affaire IV/M.1958, 29 juin 2000, *Bertelsmann/GBL/Pearson TV*, paragraphe 11; voir aussi Commission, affaire COMP/M.4353, 22 septembre 2006, *Permira/All3media Group*, paragraphe 10.

106) Affaire COMP/M.5932, 21 décembre 2010, *NewsCorp/BSkyB*, paragraphe 65.

107) Voir Commission, affaire IV/M.2050, 13 octobre 2000, *Vivendi/Canal+/Seagram*, paragraphe 18. Voir aussi Décision 2004/311/CE, *NewsCorp/Telepiù* (affaire COMP/M.2876), [2004] JO L110/73, paragraphes 34 et suiv., paragraphe 59.

108) Voir M. Kuhr, *La chronologie des médias en pleine évolution - Enjeux et défis*, IRIS plus 2008-4.

109) Voir Commission, affaire COMP/JV.37, 21 mars 2000, *BSkyB/Kirch Pay TV*, paragraphe 43.

110) Voir Commission, affaire IV/M.2050, 13 octobre 2000, *Vivendi/Canal+/Seagram*, paragraphe 18.

111) Affaire COMP/M.5932, 21 décembre 2010, *NewsCorp/BSkyB*, paragraphe 73.

112) Pour la liste complète des affaires traitées, voir <http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/cases.html>

113) Quelques cas ont déjà été traités au chapitre C.I.1. ou sont traités plus loin au chapitre C.I.3.

2.1. FA Premier League c. Karen Murphy – droits d'exclusivité et restrictions territoriales

Dans une affaire récente, *FA Premier League c. Karen Murphy*, la CJUE a traité certains aspects de la cession en exclusivité des droits de radiodiffusion (de football) aux radiodiffuseurs¹¹⁴. Mme Murphy, propriétaire d'un pub au Royaume-Uni, a montré en direct dans son pub des matchs de football de Premier League au moyen d'un système de satellite grec. La FA (Football Association) Premier League avait accordé une licence de diffusion en direct des matchs de Premier League au Royaume-Uni à Sky et ESPN. En même temps, les accords de licence (verticaux) entre la FA Premier League et les radiodiffuseurs interdisaient la fourniture de décodeurs permettant de décrypter leurs émissions et de les exploiter en dehors du territoire couvert par la licence de radiodiffusion. La question posée à la CJUE visait à savoir si les accords de licence entre Premier League et les radiodiffuseurs portaient atteinte au droit de la concurrence – c'est-à-dire à l'article 101 du TFUE – en limitant la concurrence.

La CJUE a jugé, en substance, qu'« un accord qui tendrait à reconstituer les cloisonnements entre les marchés nationaux est de nature à compromettre l'objectif du traité visant l'intégration de ces marchés par la création d'un marché unique¹¹⁵. »

Ainsi, des accords visant à cloisonner les marchés nationaux sur la base des frontières nationales ou à entraver l'interpénétration des marchés nationaux doivent être considérés comme des accords restreignant la concurrence. En fait, les dispositions correspondantes dans les licences de radiodiffusion empêchent toute concurrence (transfrontalière) entre les radiodiffuseurs pour ces services.

La CJUE a également réaffirmé que les restrictions territoriales dans les licences de radiodiffusion ne sauraient donner lieu à une exemption en vertu de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE. Le droit de la concurrence reconnaît que les droits de propriété intellectuelle ont pour objet d'assurer la protection du droit des ayants droit concernés d'exploiter économiquement la commercialisation ou la mise à disposition de l'objet protégé, notamment par l'octroi de licences moyennant le paiement de redevances¹¹⁶. Toutefois, cela ne leur garantit pas la possibilité d'exiger la rémunération la plus élevée possible¹¹⁷. Les ayants droit sont uniquement habilités à demander une rémunération équitable et appropriée pour chaque utilisation de l'objet protégé. Pour être appropriée, une rémunération doit être raisonnable par rapport à la valeur économique de la prestation fournie. En particulier, elle doit être raisonnable par rapport au nombre réel ou potentiel des personnes qui bénéficient ou souhaitent bénéficier de ce service¹¹⁸.

Or, dans l'affaire en question, les ayants droit ont reçu une rémunération très élevée en échange de la garantie d'une exclusivité territoriale absolue, ce qui a pour effet de générer des différences de prix artificielles entre les marchés nationaux cloisonnés. Par conséquent, la Cour conclut qu'une restriction qui consiste en l'interdiction d'utiliser des dispositifs de décodage étrangers ne saurait être justifiée au regard de l'objectif de protection des droits de propriété intellectuelle. Cette restriction a donc été jugée contraire à l'article 101 du TFUE.

La CJUE a adopté une approche similaire des droits de propriété intellectuelle en vertu de l'article 102 du TFUE. Dans l'affaire *Kanal 5 et TV 4*¹¹⁹, la Cour devait établir dans quelles circonstances on peut considérer qu'un organisme de gestion collective des droits d'auteur abuse de sa position dominante en ce qui concerne la rémunération demandée pour la radiodiffusion télévisuelle d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur. Tel serait le cas si la rémunération constituait un prix excessif au sens visé à l'article 102 du TFUE. La CJUE estime qu'un modèle de rémunération selon lequel le montant des redevances correspond à une part des recettes des chaînes de télévision n'est pas abusif dans la mesure où cette partie est globalement proportionnelle à la quantité des œuvres musicales protégées réellement diffusés ou susceptibles de l'être. Toutefois, ceci ne s'applique que dans la mesure où il n'y a pas d'autre méthode permettant d'identifier plus précisément l'utilisation de ces œuvres et le public

114) CJUE, affaires conjointes C-403/08 et C-429/08 [2011] Rec. p. I (non publié à ce jour).

115) *Ibid.*, paragraphe 139.

116) Voir, par exemple, affaires conjointes C-92/92 et C-326/92, *Phil Collins et autres*, [1993] Rec. p. I-5145, paragraphe 20.

117) CJUE, affaires conjointes C-403/08 et C-429/08 [2011] Rec. p. I (non publié à ce jour), paragraphe 108.

118) Voir CJUE, affaire C-61/97, *FDV*, [1998] Rec. p. I-5171, paragraphe 15, et affaire C-52/07, *Kanal 5 et TV 4*, [2008] Rec. p. I-9275, paragraphes 36 et suiv.

119) Affaire C-52/07, *Kanal 5 et TV 4*, [2008] Rec. p. I-9275.

concerné. En outre, une telle méthode ne doit pas entraîner une augmentation disproportionnée des frais encourus en vue de la gestion des contrats et de la surveillance de l'utilisation desdites œuvres musicales¹²⁰.

2.2. Apple – Vente de contenus de médias en ligne

En 2007, la Commission a ouvert une procédure formelle sur des allégations de restrictions territoriales aux termes des accords de vente de musique en ligne entre les grandes maisons de disques et Apple¹²¹. Apple exploite dans l'Espace économique européen une série de boutiques en ligne iTunes, qui vendent des téléchargements de musique et de vidéos. Bien que l'affaire suivante concerne la distribution de musique, rien ne s'oppose à ce que les mêmes considérations soient appliquées aux contenus vidéo.

Apple a mis en place différentes boutiques (en ligne) au Royaume-Uni et dans d'autres pays européens. iTunes vérifiait le pays de résidence des consommateurs à l'aide des données de leur carte de crédit. Par conséquent, un résident allemand pouvait uniquement acheter de la musique sur la boutique iTunes allemande et un résident du Royaume-Uni uniquement sur la boutique en ligne britannique. Cette pratique a attiré l'attention de la Commission, car le prix du téléchargement de la musique variait dans les différents Etats membres. Les téléchargements de musique au Royaume-Uni étaient significativement plus chers que dans d'autres pays européens.

La Commission a fait valoir que les accords de distribution entre Apple et les grandes maisons de disques comportaient des restrictions territoriales en infraction avec l'article 101 du TFUE. Si cela avait été confirmé, la même approche que celle qu'a suivie la CJUE dans l'affaire *FA Premier League c. Murphy Karen*¹²² concernant les restrictions territoriales aurait été applicable. Toutefois, la procédure antitrust a également permis à la Commission de préciser qu'il n'y avait pas d'accord entre Apple et les grandes maisons de disques concernant la façon dont les boutiques iTunes étaient organisées en Europe¹²³. Il s'est avéré que la structure d'iTunes Store a été choisie par Apple pour mieux prendre en compte les spécificités du droit d'auteur dans chaque pays. Le fait que durant l'enquête, Apple ait décidé d'harmoniser les prix du téléchargement des titres de musique sur ses boutiques iTunes en Europe a conduit la Commission à clôturer officiellement la procédure en 2008.

3. Un aspect spécifique du droit et de la réglementation de la concurrence : le *must-offer* (obligation d'offre)

Du fait de la numérisation continue des contenus des médias, de l'apparition de nouvelles formes de distribution et de vente de ces contenus aux utilisateurs finaux, et, en particulier, de l'importance croissante des contenus « exclusifs », les opérateurs de plateformes et fournisseurs de services se plaignent de ne pas avoir accès à certains types de contenus. Ce problème est encore aggravé – du moins dans certains cas – par le fait que certains propriétaires de contenus se montrent très réticents à licencier leurs contenus pour de nouveaux médias, tels que les plateformes de musique en ligne, l'IPTV ou les plateformes de télévision mobile¹²⁴. Or, il est presque impossible pour des fournisseurs d'IPTV, par exemple, d'entrer sur un marché sans offrir à leurs clients les chaînes de télévision les plus populaires, car sans cela, ils ne peuvent pas rivaliser avec les plateformes de télévision par câble et par satellite. Alors que cette question a été abordée par certains Etats membres de l'UE (et d'autres suivront sans doute) dans le cadre de la régulation des médias, on peut se demander comment le droit de la concurrence de l'UE et le cadre réglementaire traitent ce problème.

120) Voir CJUE, affaire C-52/07 *Kanal 5 et TV 4* [2008] Rec. p. I-9275.40. Pour une analyse plus détaillée de l'application de l'article 102 du TFUE aux sociétés de gestion des droits, voir R.Capito, dans Castendyk/Dommering/Scheuer, *European Media Law*, 2008, article 82 CE, paragraphes 41 et suiv.

121) Affaires COMP/C-2/39154, *PO/iTunes*, et COMP/C-2/39174. Voir Commission, Communiqué de presse MEMO/07/126 du 3 avril 2007.

122) Voir plus haut C.I.2.1.

123) Voir Commission, Communiqué de presse IP/08/22 du 9 janvier 2008.

124) Les sociétés de médias classiques manquaient et manquent encore parfois d'incitation à distribuer ou céder les droits sous licence sur les nouveaux médias, par crainte que leurs revenus de base ne soient cannibalisés, voir N. Nikolinakos, [2005] *CTLR* 13 (13).

3.1. Article 102 du TFUE – le must-offer imposé aux entreprises dominantes

Le refus de fournir certains contenus de médias peut être traité conformément à l'article 102 du TFUE si les conditions d'une exploitation abusive par une entreprise en position dominante sont remplies. Dans ces cas-là, l'application de l'article 102 du TFUE est toutefois très controversée. Lorsque le contenu demandé est protégé par les lois (nationales) sur le droit d'auteur (comme c'est le cas dans le secteur des médias), la Commission européenne et les tribunaux ont notamment beaucoup de mal à concilier la nécessité de protéger les droits exclusifs de propriété intellectuelle et les principes fondamentaux du traité en matière de concurrence. L'article 102, paragraphe b du TFUE interdit aux entreprises dominantes de limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs. La sous-catégorie du « refus de fournir » a été ajoutée à cette catégorie de pratiques abusives¹²⁵. L'arrêt Magill¹²⁶ constitue une référence pour les cas de refus d'accorder l'accès aux contenus. Dans cette affaire, les trois principaux radiodiffuseurs d'Irlande publiaient chacun, directement ou par l'intermédiaire de filiales, des guides hebdomadaires de télévision sur leur propre programmation. Ils ont refusé d'accorder une licence sur leurs grilles de programmes hebdomadaires¹²⁷ à Magill TV Guide, privant ainsi Magill de la possibilité de publier un guide télévisé complet comprenant tous les programmes. Les listes de programmes sont protégées en vertu du droit national¹²⁸. La décision de la Commission, qui a été confirmée par la CJUE, a établi que les radiodiffuseurs avaient enfreint l'article 102, paragraphe 2 du TFUE¹²⁹.

Dans son arrêt, la CJUE confirme que le refus d'accorder une licence, même s'il est le fait d'une entreprise détenant une position dominante¹³⁰, n'est pas, en soi, un abus de position dominante¹³¹. Toutefois, l'exercice d'un droit exclusif peut, dans des « circonstances exceptionnelles », conduire à un comportement abusif. La CJUE juge que les circonstances propres à l'affaire Magill sont effectivement exceptionnelles. Tout d'abord, le refus de fournir les informations demandées a empêché l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existait une demande des consommateurs, à savoir la publication d'un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision. Ensuite, ce refus n'avait aucune justification objective. Enfin, les radiodiffuseurs ont refusé l'accès à la matière première « indispensable » à ce produit (compilation d'un guide des programmes télévisés), se réservant, par leur comportement, un marché dérivé (en l'espèce, le marché des guides hebdomadaires de télévision) en excluant toute concurrence sur ce marché.

Les conditions permettant d'établir un refus de fourniture (énoncées initialement dans l'arrêt Magill) ont, depuis lors, été interprétées de façon restrictive. Dans l'arrêt IMS Health, la CJUE confirme qu'une entreprise titulaire de droits d'auteur agit de façon abusive en refusant de donner accès à un produit ou un service indispensable pour mener une activité particulière si les trois conditions suivantes sont cumulées :

- le refus fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs,
- le refus est injustifié et
- il est de nature à exclure toute concurrence sur un marché secondaire¹³².

125) Voir CJCE, affaire 6-7/73, *Commercial Solvents Corporation et al. c. Commission*, [1974] Rec. p. 223.

126) CJUE, affaire C-241/91 *Magill*, [1995] Rec. p. I-743.

127) Les grilles de programmes hebdomadaires des futurs programmes étaient produites dans le cadre du processus de programmation et étaient disponibles deux à quatre semaines avant la diffusion.

128) Le fait que les informations relatives aux programmes soient protégées en tant que telles au titre du droit d'auteur est une spécificité unique du droit d'auteur irlandais.

129) Voir Commission, Décision 89/205/EEC, *Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE* (affaire IV/31.851), [1989] JO L 78/43, paragraphe 23. Les trois radiodiffuseurs « utilisent le droit d'auteur comme un instrument d'abus, d'une manière telle qu'il sort du champ de l'objet spécifique de ce droit de propriété intellectuelle ».

130) La simple possession d'un droit de propriété intellectuelle ne saurait, en soi, conférer une position dominante sur l'entreprise en question, voir CJCE, affaire 40/70, *Sirena c. EDA*, [1971] Rec. p. 69, paragraphe 16.

131) CJUE, affaire C-241/91 *Magill*, [1995] Rec. p. I-743, paragraphe 49. Voir aussi CJCE, affaire 238/87, *Volvo c. Veng*, [1988] Rec. p. 6211, paragraphes 7 et suiv.

132) CJUE, affaire C-418/01, *IMS Health*, [2004] Rec. p. I-5039, paragraphe 38. Voir aussi D. Ridyard, [2004] *ECLR* 669 (670) qui remet en cause le fondement économique des deux premières conditions.

Dans sa décision relative à l'affaire COMP/37.792, 24 mars 2004, *Microsoft/Windows 2000*, la Commission semble avoir renoncé à la troisième condition selon laquelle toute concurrence sur le marché secondaire doit être éliminée. En fait, la part de marché de l'entreprise dominante sur le marché en question des logiciels de serveur a été estimée à environ 60%. Voir les recours de Microsoft dans l'affaire T-201/04, *Microsoft c. Commission*, et l'affaire T-167/08 *Microsoft c. Commission*.

En outre, il est nécessaire que les deux stades de production puissent être identifiés et qu'ils soient reliés entre eux en ce sens que le produit en amont est indispensable pour l'approvisionnement du marché en aval¹³³. D'autres cas ont montré que le critère du « caractère indispensable » des contenus pour l'activité de l'entreprise qui essaie d'acquérir ces contenus est difficile à remplir¹³⁴.

Il est contestable que l'article 102 du TFUE soit un outil efficace pour imposer le « *must-offer* » aux radiodiffuseurs. Dans de nombreux cas, les radiodiffuseurs ne sont pas en position dominante¹³⁵. Toutefois, si un radiodiffuseur occupe une position dominante, il peut être obligé d'offrir ses canaux de télévision à des conditions non discriminatoires si ces derniers sont indispensables pour intervenir sur le marché secondaire en aval. Toutefois, compte tenu du fait que les procédures de concurrence fondées sur l'article 102 du TFUE peuvent prendre un certain temps (ce qui est préjudiciable au développement d'un secteur qui évolue aussi rapidement que le secteur des médias), il n'est pas étonnant que les opérateurs IPTV, par exemple, n'aient pas mis en œuvre, à ce jour, le *must-offer* par le biais de cette disposition du droit de la concurrence.

3.2. L'article 101 du TFEU et le RCEC – Le *must-offer* érigé en condition

Après avoir mis en évidence les lacunes de l'article 102 du TFUE en cas de refus des ayants droit de permettre aux opérateurs de services de médias d'accéder à des contenus, il semble intéressant d'examiner comment la Commission a abordé les problèmes de concurrence sur la base de l'article 101 TFUE¹³⁶ et du règlement sur les concentrations. La Commission dispose de davantage d'instruments pour faire respecter la concurrence en vertu de ces dispositions que pour l'article 102 du TFUE : conformément à l'article 101 du TFUE, la Commission peut obliger des entreprises à respecter les engagements pris pour répondre aux réserves de la Commission en matière de concurrence au sujet d'un accord entre entreprises¹³⁷. Dans le cadre du règlement sur les concentrations, la Commission peut soumettre une attestation de conformité à certaines conditions en vue d'assurer le respect des engagements convenus¹³⁸.

Sur la base de l'article 101 du TFUE, par exemple, la Ligue allemande de football et la FA Premier League ont été contraintes de céder des droits, notamment les droits médiatiques sur les matchs de football de première division, pour la diffusion des contenus sur téléphones mobiles¹³⁹. Les engagements requis ne sont toutefois pas allés jusqu'à l'obligation de vendre ces droits sur une base non exclusive. Pour quiconque souhaite accéder à des contenus, les décisions fondées sur l'article 101 du TFUE présentent l'avantage évident que les engagements sont directement applicables par les tribunaux nationaux. Dans l'affaire *Newscorp/Telepiù*¹⁴⁰ portant sur une opération de concentration, la Commission a imposé des conditions à la fois structurelles et comportementales à l'entité issue de la fusion, afin de faciliter et de promouvoir la concurrence sur le marché italien de la télévision à péage. L'objet principal de cette série de mesures correctives était de faciliter l'accès des chaînes de télévision à des contenus premium. Newscorp a dû, notamment, renoncer à ses droits exclusifs pour la transmission non-satellitaire de films, de grands matchs de football et diverses autres manifestations sportives¹⁴¹. En outre, Newscorp a été contraint de proposer des contenus premium en gros à des opérateurs non-satellites¹⁴².

Ces quelques exemples de la jurisprudence suggèrent que l'article 101 du TFUE et le règlement sur les concentrations peuvent s'avérer beaucoup plus efficaces que l'article 102 du TFUE pour répondre au problème du *must-offer*.

133) CJUE, affaire C-418/01, *IMS Health*, [2004] Rec. p. I-5039, paragraphe 38.

134) Voir Tribunal de l'UE, affaire T-504/93, *Tiercé Ladbroke c. Commission*, [1997] Rec. p. II-923.

135) Il est intéressant de noter que le *Bundeskartellamt* (office fédérale de la concurrence en Allemagne) a constaté à plusieurs reprises que les deux grands radiodiffuseurs allemands privés (Pro7Sat1 et RTL) occupaient conjointement une position dominante sur le marché de la publicité télévisuelle, voir *Bundeskartellamt*, Communiqué de presse du 18 mars 2011, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2011/2011-03-18_PM_RTL-P7S1_Final.pdf

136) Voir, par exemple, Commission, Décision 2003/778/CE, *UEFA Champions League* (affaire C.2/37.398), [2003] JO L 291/25, paragraphes 43 et suiv. et affaire C.2/37.214, 19 janvier 2005, *Bundesliga*, annexe chapitre 4.8. En vertu de ces décisions, les titulaires de droits ont été contraints d'offrir également les droits de radiodiffusion des contenus sportifs sur le réseau 3G.

137) Article 9 du Règlement n° 1/2003, [2003] JO L 1/1.

138) Voir article 6, paragraphe 1, al. a et article 8, paragraphe 2 du RCEC.

139) Commission, Décision 2004/C 115/02, *FA Premier League* (affaires C.2/38.173 et 38.463), [2003] JO L 115/3, et affaire COMP/C-2/37.214, 19 janvier 2005, *Bundesliga*, annexe chapitre 4.8.

140) Commission, Décision 2004/311/CE, *Newscorp/Telepiù* (affaire COMP/M.2876), [2004] JO L 110/73.

141) *Ibid.*, Annexe Partie II. 2.

142) *Ibid.*, Annexe Partie II.

3.3. Le *must-offer* selon le cadre réglementaire

Le cadre réglementaire n'aborde pas explicitement la question de *must-offer*. Conformément à l'article 31 de la directive sur le service universel, les Etats membres peuvent imposer des obligations de distribution (« *must-carry* »), pour la transmission des chaînes ou des services de radio et de télévision spécifiés, aux entreprises qui exploitent des réseaux de communications électroniques¹⁴³. Il est clair, d'après la formulation de l'article 31 de la directive « service universel », que les Etats membres n'ont pas l'obligation d'établir un régime de *must-carry*, mais simplement la possibilité de le faire. De toute évidence, il n'existe aucune obligation pour les Etats membres d'établir un régime de *must-offer*. En même temps, le cadre réglementaire n'interdit pas aux Etats membres d'adopter des règles relatives au *must-offer*. Etant donné l'ampleur et le niveau de détail du cadre réglementaire, on est en droit d'affirmer que les Etats membres ne peuvent réglementer que lorsque le cadre réglementaire leur donne explicitement ce pouvoir discrétionnaire. Les obligations de *must-offer* concernent en premier lieu l'accès aux contenus. Comme nous l'avons déjà mentionné, le cadre réglementaire ne couvre pas le contenu des prestations fournies par les réseaux et services de communications électroniques. Dans la même optique, le cadre réglementaire ne doit pas être considéré comme empêchant les Etats membres d'établir des règles de *must-offer*. Par conséquent, les appels à combiner le *must-carry* et le *must-offer* de manière à ce que les radiodiffuseurs ayant le statut de *must-carry* soient soumis à une obligation de *must-offer*, leur imposant de proposer leurs programmes à tous les fournisseurs de plateformes¹⁴⁴, ne semblent pas totalement déraisonnables, en particulier lorsqu'ils sont motivés par une volonté d'instaurer des conditions équitables pour ces deux acteurs différents de la chaîne de valeur¹⁴⁵. Néanmoins, cette position ne dispose d'aucun point d'appui dans les dispositions du cadre réglementaire.

II. Opérateurs de plateformes et services convergents

Le terme « plateforme de médias » désigne toute une variété de services et il est loin – notamment du fait de la constante évolution des marchés – d'avoir une signification claire et précise. En substance, cela recouvre tous les services de médias (numériques) qui permettent la fourniture en temps réel et/ou en différé de SMAV sur de multiples réseaux tels que fibre, cuivre, mobile, câble, satellite ou TNT. En même temps, il existe de nombreux dispositifs pour recevoir les contenus mis à disposition par une plateforme, tels que les téléviseurs connectés, les décodeurs, les ordinateurs, les *smartphones* ou les tablettes¹⁴⁶. Du fait du processus de convergence continu, de la disponibilité accrue des connexions à haut débit fixes et mobiles et des innovations sur le marché des terminaux, les plateformes de médias prennent une importance croissante par rapport aux formes traditionnelles d'utilisation des médias.

1. Marchés pertinents

La plupart des marchés pertinents sur lesquels interviennent les opérateurs de plateformes ont été détaillés plus haut¹⁴⁷. Toutefois, ce chapitre examine plus en détail les marchés axés spécifiquement sur l'exploitation des plateformes de SMAV. Cet aspect est très bien exposé dans la décision de la Commission concernant l'affaire *Telenor/Canal+/Canal Digital*¹⁴⁸, même si cette affaire remonte à 2003. En l'espèce, les accords complexes concernaient, entre autres, la fourniture et la distribution exclusives (de chaînes de télévision à péage proposant des contenus premium), l'acquisition conjointe de licences pour le sport et les films, et des obligations de non-concurrence pour la diffusion de chaînes de paiement à la séance (PPV) et de quasi-vidéo à la demande (NVOD). La Commission a réfléchi à la possibilité de distinguer les marchés de détail des services PPV et NVOD. Selon la Commission, certaines différences

143) A propos des obligations de distribution (*must-carry*), voir plus bas C.III.2.1.

144) Voir Cullen International, *The Regulation of Broadcasting Issues under the New Regulatory Framework*, 2006, p. 136, disponible sur : http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/library/ext_studies/reg_bc_issues_under_nrf/broadcasting_study_report.pdf

145) Voir Alexander Scheuer/Sebastian Schweda, Des avancées dans le débat sur le « *must-offer* » ? L'exclusivité dans les médias et la communication, dans Observatoire européen de l'audiovisuel (Ed.), *IRIS plus* 2008-10.

146) Pour une définition similaire, voir ITV Dictionary, www.itvdictionary.com/definitions/digital_media_platform_dmp_definition.html

147) Voir C.I.1.

148) Pour un aperçu de toutes les clauses pertinentes de l'accord, voir la décision de la Commission dans l'affaire COMP/C.2. 38.287, 29 décembre 2003, *Telenor/Canal +/Canal Digital*.

entre les services PPV/NVOD et les autres services de télévision à péage vont en faveur d'une distinction entre ces marchés. Alors que les chaînes de PPV proposent des films sortis récemment et diffusés juste après l'expiration de la fenêtre de distribution vidéo (généralement une période maximale de six mois à compter de la date de sortie du film), les chaînes premium à péage ne montrent généralement ces films qu'après l'échéance de la fenêtre PPV (généralement après une période supplémentaire de trois mois)¹⁴⁹. En outre, les utilisateurs du PPV peuvent choisir un certain nombre de films sans être soumis – du moins jusque dans une certaine mesure – aux contraintes de programmation et d'horaire des chaînes premium à péage. Toutefois, étant donné que cela n'aurait pas changé le résultat de l'évaluation de la situation en matière de concurrence, la Commission n'a pas retenu cette définition de marché.

Les marchés de gros en amont du marché de détail des services de télévision à péage figurent assez souvent dans la pratique décisionnelle de la Commission, comme le marché de gros de fourniture des chaînes premium de télévision à péage et des chaînes de cinéma PPV/NVOD¹⁵⁰. La Commission a défini un marché de gros pour la fourniture des chaînes de cinéma et de sport pour la télévision à péage, sans décider si ce marché était segmenté plus avant en fonction des différents types de chaînes. La demande sur le marché de détail a été évaluée afin de délimiter le marché de gros, sachant que la demande des opérateurs de télévision à péage pour des chaînes particulières reflète la demande de leurs abonnés¹⁵¹. La Commission estime que le prix et les caractéristiques des chaînes à péage proposant des films récents et une couverture exclusive en direct d'événements sportifs populaires sont significativement différents de ceux des chaînes de base. Les chaînes de cinéma et de sport attirent une plus forte audience et l'abonnement à ces chaînes est beaucoup plus cher. Alors que les chaînes à péage thématiques ou généralistes sont fournies aux clients dans le cadre d'un bouquet, les chaînes de cinéma ou de sport sont facturées sur une base individuelle. En même temps, le marché de la fourniture des chaînes de cinéma et de sport pour la télévision à péage est considéré comme distinct des autres marchés d'acquisition de contenus, tels que les marchés d'acquisition d'événements ou de contenus individuels dans le but de constituer des bouquets¹⁵².

La Commission a défini à plusieurs reprises un marché pour la fourniture en gros de services techniques nécessaires à la télévision à péage¹⁵³. Le fonctionnement de la télévision à péage nécessite une infrastructure technique spéciale et des services qui sont fournis soit par l'opérateur de télévision lui-même, soit par d'autres entreprises. Ces services comprennent un certain nombre d'éléments très divers tels que l'accès conditionnel, les intergiciels (*middleware*), la fabrication de décodeurs et la technologie de décodage. L'élément central est sans doute le système d'accès conditionnel, c'est-à-dire la technologie de cryptage utilisée par les opérateurs de télévision à péage pour gérer et contrôler la distribution des contenus tout en les protégeant d'un accès non autorisé¹⁵⁴. Les systèmes d'accès conditionnel permettent également aux opérateurs de télévision à péage de facturer à leurs abonnés l'accès au contenu. Le choix et le fonctionnement d'un système particulier d'accès conditionnel relèvent d'une décision stratégique pour l'opérateur de télévision à péage qui s'inscrit au cœur de l'offre de télévision à péage. En fait, les systèmes d'accès conditionnel protègent l'actif le plus important d'une plateforme de télévision à péage, à savoir son contenu¹⁵⁵. Le passage d'un système d'accès conditionnel à un autre est un processus lourd et coûteux. Pour toutes ces raisons, la Commission a défini un marché distinct comprenant la fourniture de solutions d'accès conditionnel.

149) Voir la décision de la Commission dans l'affaire COMP/C.2.-38.287, 29 décembre 2003, *Telenor/Canal +/Canal Digital*, paragraphe 55.

150) Décision de la Commission, 1999/2935, *British Interactive Broadcasting/Open* (affaire IV/36.539), [1999] JO L 312/1, paragraphe 29; affaire COMP/M.2876, 2 avril 2003, *Newscorp/Telepiù*, paragraphe 74.

151) Décision de la Commission, 1999/2935, *British Interactive Broadcasting/Open* (affaire IV/36.539), [1999] JO L 312/1, paragraphe 28.

152) Voir Commission, affaire COMP/M.2876, 2 avril 2003, *Newscorp/Telepiù*, paragraphe 74; Décision de la Commission, 2001/98/CE, *Telia/Telenor* (affaire IV/M.1439), [2001] JO L 40/1, paragraphes 277 et suiv.

153) Voir simplement la décision de la Commission dans l'affaire COMP/M.5121, 25 juin 2008, *NewsCorp/Premiere*, paragraphe 40.

154) *Ibid.*, paragraphe 42.

155) *Ibid.*, paragraphe 44.

2. Droit de la concurrence et autres affaires en lien avec des opérateurs de plateformes

2.1. NewsCorp/Premiere – Accès des tiers à une plateforme satellite

En juin 2008, la Commission a autorisé l'acquisition par NewsCorp de l'opérateur allemand de télévision à péage Premiere en posant certaines conditions¹⁵⁶. Par cette opération NewsCorp a pris *de facto* le contrôle de Premiere, qui occupait une position dominante sur le marché de détail allemand de la télévision à péage. Durant les procédures de fusion, la Commission avait émis des réserves, entre autres, quant à l'effet vertical de la concentration en ce qui concerne les systèmes d'accès conditionnel pour la télévision à péage. Cette transaction a créé un lien vertical par rapport aux systèmes d'accès conditionnel, car NewsCorp était le principal fournisseur (par l'intermédiaire de sa filiale NDS) de systèmes d'accès conditionnel (et d'intergiciels) dans l'UE, et Premiere était un acheteur clé des systèmes d'accès conditionnel en Allemagne¹⁵⁷. NDS voulait commencer à fournir des systèmes d'accès conditionnel à Premiere en vue de devenir au plus tard en 2012 son unique fournisseur de technologie de cryptage. La Commission craignait que la position dominante de Premiere ne soit renforcée par le passage au système d'accès conditionnel de NDS, car cela aurait pu réduire l'ouverture du boîtier de décodeur de Premiere à l'accès de tiers tels que les opérateurs de télévision à péage existants ou potentiels. Les accords convenus à l'époque entre Premiere et son fournisseur de services d'accès conditionnel prévoyaient l'accès d'autres opérateurs de télévision à péage en Allemagne aux boîtiers de décodeurs satellitaires de Premiere.

En réponse aux réserves soulevées par la Commission en matière de concurrence, NewsCorp a formulé des engagements confirmant que le prestataire de services techniques continuerait d'être en mesure d'accorder l'accès des tiers à la plateforme satellitaire de Premiere de la même manière qu'avant la fusion. Plus précisément, un accord de sous-licence a été conclu entre Premiere et son prestataire de services techniques concernant la technologie d'accès conditionnel de NDS. Le prestataire de services techniques s'est vu accorder tous les autres droits requis aux fins de l'accès d'opérateurs de télévision à péage tiers à la plateforme satellitaire de Premiere en Allemagne, et dispose du matériel nécessaire pour mettre en œuvre le système d'accès conditionnel de NDS au niveau de la tête de réseau (*head-end*) de la plateforme satellitaire de Premiere. Sur la base de ces conditions, la fusion a été autorisée par la Commission.

2.2. Commission c. Suède – La concurrence au niveau des réseaux numériques terrestres

Dans l'affaire *Commission c. Suède*, la Commission a menacé de traduire la Suède devant la Cour de justice au motif qu'elle n'avait pas réussi à libéraliser une partie du marché des communications électroniques¹⁵⁸. En vertu d'une directive de la Commission¹⁵⁹, les États membres devaient supprimer avant juillet 2003 tous les droits exclusifs liés à la fourniture des services de communications électroniques, y compris le cryptage des programmes de radiodiffusion. Or, la Suède a maintenu jusqu'en 2008 une législation prévoyant que l'accès à tous les programmes et aux services de radiodiffusion numérique terrestre devait être contrôlé par un seul système ouvert pour l'ensemble du réseau. La société chargée de la gestion de ce système, Boxer TV-Access AB, devait construire, installer et entretenir ce système de cryptage et était responsable de la manutention et de la distribution de la carte d'accès commune.

En pratique, ce système a conduit à une situation où Boxer était la seule entreprise véritablement en mesure non seulement de fournir le cryptage, mais aussi d'assurer la distribution des programmes de télévision numérique en Suède par l'intermédiaire du réseau terrestre. Devant la menace d'une procédure d'infraction, les autorités suédoises ont finalement cédé et modifié la législation pour mettre fin au monopole d'accès de Boxer en 2008. Sur ce, la Commission a mis fin à la procédure engagée¹⁶⁰.

156) *Ibid.*

157) *Ibid.*, paragraphe 67.

158) Voir Commission, Communiqué de presse IP 06/1411 du 17 octobre 2006.

159) Article 2 de la Directive de la Commission 2002/77/CE relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, [2002] JO L 249/21.

160) Commission, Communiqué de presse IP 08/878 du 5 juin 2008.

III. Distribution (opérateurs réseau)

Actuellement, les SMAV parviennent au public par le biais de plusieurs modes de transmission et réseaux différents. Les opérateurs traditionnels de réseaux (numériques) terrestres, satellitaires et câblés voient apparaître de nouveaux moyens de distribution des services de médias audiovisuels via des réseaux de cuivre, de fibre optique ou mobiles sur les plateformes IPTV ou Web TV. Alors que le taux moyen de pénétration de l'IPTV dans l'UE demeure relativement faible (8,1 % des ménages)¹⁶¹, ce service prend de plus en plus d'ampleur avec le déploiement continu des réseaux haut débit. A bien des égards, cela conforte la position des radiodiffuseurs et des opérateurs de plateformes qui cherchent à distribuer leur contenu à l'utilisateur final¹⁶². Néanmoins, les relations verticales entre les acteurs du marché opérant à ce stade de la chaîne de valeur et les acteurs intervenant en aval de la chaîne posent toujours quelques problèmes de réglementation.

1. Marché(s) pertinent(s)

En 2003, en vertu du cadre réglementaire, la Commission avait défini les services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux comme un marché soumis à une réglementation *ex ante*¹⁶³. Presque toutes les ARN ont suivi cette recommandation et délimité leurs marchés (nationaux) respectifs en conséquence. Elles ont imposé des obligations réglementaires aux opérateurs de réseaux offrant des services de transmission des programmes, telles que le contrôle des prix¹⁶⁴. En 2007, la Commission a décidé que dans une majorité d'Etats membres, ce marché n'avait plus besoin de réglementation *ex ante*. Sur la base d'une concurrence accrue entre opérateurs de réseaux et considérant que les problèmes d'accès liés à des objectifs d'intérêt public pouvaient être résolus par les dispositions en matière de *must-carry* (article 31 de la directive « service universel »), ce marché a été retiré de la liste annexée à la recommandation¹⁶⁵.

2. Problèmes spécifiques de la réglementation

2.1. Règles de *must-carry*

Les règles de *must-carry* sont des obligations imposant aux opérateurs de réseaux de transmettre des contenus spécifiques¹⁶⁶. Ces règles servent à promouvoir et à protéger le pluralisme des médias et la diversité culturelle. Selon l'article 31, paragraphe 1 de la directive « service universel », les Etats membres peuvent « imposer des obligations raisonnables de diffuser (« *must-carry* »), pour la transmission des chaînes ou des services de radio et de télévision spécifiés, aux entreprises qui, sous leur juridiction, exploitent des réseaux de communications électroniques utilisés pour la diffusion publique d'émissions de radio ou de télévision. » Toutefois, les Etats membres ne peuvent imposer des obligations de distribution aux opérateurs de réseaux que lorsqu'un nombre significatif d'utilisateurs finaux de ces réseaux les utilisent comme leur *moyen principal* pour recevoir des émissions de radio ou de télévision, et uniquement dans la mesure où elles sont, d'une part, proportionnées et transparentes et, d'autre part, nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis¹⁶⁷. A cet égard, l'article 31 de la directive « service universel » reconnaît le principe fondamental de la libre

161) Voir Commission, *Electronic Communications Market Indicators*, 2012, p. 62, disponible sur : http://ec.europa.eu/information_society/digital-agenda/scoreboard/docs/pillar/electronic_communications_2012.pdf

162) Le conflit actuel entre les radiodiffuseurs publics et les câblo-opérateurs sur les frais de distribution en Allemagne peut servir d'exemple à cet égard, voir www.broadbandtvnews.com/2012/06/26/german-cable-war-escalates/

163) Marché n° 18 de la Recommandation de la Commission 2003/311/CE concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la Directive 2002/21/CE [2003] JO L 114/45.

164) Seules la Belgique et la Bulgarie n'ont pas suivi cet exemple.

165) Voir la Notice explicative accompagnant la Recommandation 2007/879/CE de la Commission européenne concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante*, SEC(2007) 1483/2, p. 47 et suiv.

166) Voir Cullen International, « *The Regulation of Broadcasting Issues under the New Regulatory Framework* », 2006, p. 17.

167) Il convient de noter que la terminologie de la version allemande de l'article 31 de la directive « service universel » a été modifiée lors de la révision du cadre réglementaire en 2009 (la formule « *ausdrücklich festgelegte Ziele* » [objectifs explicitement définis] remplace « *klar umrissene Ziele* » [objectifs clairement établis]) tandis que le texte anglais n'a pas changé. Toutefois, il ne faut pas en conclure que le législateur UE souhaitait changer le sens de cette disposition.

prestation des services (article 56 du TFUE). Etant donné que l'article 31 de la directive « service universel » ne définit pas les objectifs d'intérêt général, ceux-ci doivent être spécifiés par les Etats membres en conformité avec le droit de l'UE¹⁶⁸. Les Etats membres peuvent déterminer une rémunération appropriée et ils doivent réexaminer périodiquement les règles de *must-carry*.

De nombreux Etats membres ont fait usage de l'article 31 de la directive « service universel ». Il existe au sein de l'UE une grande variété de règles de *must-carry* et malgré la relative clarté de cette disposition de l'article 31 de la directive « service universel », les obligations en la matière ont été âprement débattues. La raison semble évidente, ne serait-ce que pour les opérateurs de réseau, tels que les câblo-opérateurs, qui sont soumis à l'obligation de distribution : du fait de la numérisation des contenus de radiodiffusion et de la mise à niveau des réseaux câblés, les contraintes de capacité, qui ont été l'une des raisons motivant l'instauration de l'obligation de distribution, ont été considérablement réduites. Plusieurs arrêts ont été rendus sur les règles de *must-carry* à la suite de l'intervention de la Commission ou de plaintes des opérateurs de réseaux. La CJUE a exposé son approche générale de l'article 31 de la directive « service universel » comme suit dans l'affaire *Kabel Deutschland* :

« Il en découle que l'interprétation de l'article 31, paragraphe 1, de la directive « service universel » ne saurait porter atteinte aux réglementations nationales qui, dans le respect du droit communautaire, poursuivent des objectifs d'intérêt général, notamment en ce qui concerne la réglementation relative aux contenus et à la politique audiovisuelle. Conformément à cette répartition de compétences, l'article 31, paragraphe 1, de la directive « service universel » [...] n'instaure pas un droit, au profit du câblo-opérateur, de choisir les chaînes à diffuser, mais limite ce droit pour autant que celui-ci existe en vertu du droit national applicable¹⁶⁹. »

La dernière affaire *Commission c. Belgique*¹⁷⁰ résume l'état actuel de la jurisprudence de la CJUE sur le *must-carry*. La Commission a ouvert une procédure d'infraction contre la Belgique, croyant que celle-ci n'avait pas correctement transposé l'article 31 de la directive « service universel ».

La Cour a convenu avec la Commission que la législation belge datant de 1995 enfreignait l'article 31 de la directive « service universel ». Elle considère que l'article 31, paragraphe 1 de la directive dispose que des obligations de distribution ne peuvent être imposées que lorsqu'elles sont nécessaires pour atteindre des objectifs d'intérêt général clairement définis et doivent être proportionnées et transparentes¹⁷¹. Il ressort clairement de cette disposition, ainsi que de l'article 56 du TFUE, que les Etats membres peuvent imposer des obligations de *must-carry* afin de préserver le pluralisme dans le cadre d'une politique culturelle et en lien avec le droit fondamental à la liberté d'expression. Toutefois, les exigences découlant des mesures destinées à mettre en œuvre une telle politique ne doivent en aucun cas être disproportionnées par rapport audit objectif¹⁷². La CJUE ajoute que « [f]orce est de constater qu'une simple énonciation d'un objectif de politique générale, qui n'est d'ailleurs assortie d'aucun autre élément supplémentaire susceptible de permettre aux opérateurs de déterminer préalablement la nature et la portée des conditions et des obligations précises à remplir lorsqu'ils souscrivent à l'octroi du statut de bénéficiaire de l'obligation de diffuser, ne permet pas de respecter ces exigences¹⁷³. » Le droit belge ne définit pas clairement les critères motivant le choix des chaînes de télévision bénéficiant du *must-carry* et n'est donc pas suffisamment précis pour garantir que les chaînes ainsi sélectionnées sont celles dont le contenu global des programmes est en mesure de réaliser l'objectif culturel d'intérêt général poursuivi.

La CJUE estime également que d'autres aspects de l'article 31 de la directive « service universel » ne sont pas suffisamment retranscrits dans le droit belge. La Belgique ne respecte pas le principe de transparence en ce sens que la loi en cause ne définit pas les critères à remplir pour l'octroi du statut de bénéficiaire de l'obligation de diffuser. Le droit belge prévoit simplement que le Roi désigne, dans un arrêté délibéré en Conseil des ministres, les organismes de radiodiffusion devant bénéficier du *must-*

168) CJUE, affaire C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service*, [2008] Rec. p. I-10889, paragraphe 30.

169) *Ibid.*, paragraphe 34.

170) CJUE, affaire C-134/10, *Commission c. Belgique*, [2011] Rec. p. I (non publié à ce jour).

171) *Ibid.*, paragraphe 50.

172) *Ibid.*, paragraphe 53; affaire C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA et al. c. Etat Belge*, [2007] Rec. p. I-11135, paragraphe 44.

173) CJUE, affaire C-134/10, *Commission c. Belgique*, [2011] Rec. p. I (non publié à ce jour), paragraphe 54.

carry. Toutefois, une procédure transparente exige que les critères à remplir pour l'octroi du statut de bénéficiaire de l'obligation de diffuser soient connus des organismes de radiodiffusion susceptibles de bénéficier du *must-carry* ¹⁷⁴. En outre, la Cour dénonce le fait qu'en vertu du droit belge, *tous* les programmes diffusés par ces organismes de radiodiffusion bénéficieraient automatiquement de l'obligation de diffuser¹⁷⁵. Or, les Etats membres sont tenus de veiller à limiter strictement ce statut aux chaînes dont le contenu global des programmes est en mesure de réaliser l'objectif d'intérêt général poursuivi¹⁷⁶.

2.2. Accès des radiodiffuseurs au marché

La réglementation restrictive des Etats membres concernant l'accès des radiodiffuseurs au marché a également posé des problèmes lors de l'application du cadre réglementaire. L'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Centro Europa 7* met ces problèmes en évidence¹⁷⁷. Les autorités italiennes ont octroyé à *Centro Europa 7* une concession pour la radiodiffusion télévisuelle terrestre analogique. Pour utiliser cette licence, *Centro Europa 7* devait attendre le plan national d'attribution des radiofréquences, or ce plan n'a jamais été adopté, alors que les radiodiffuseurs en place étaient autorisés à utiliser *de facto* les radiofréquences dans le cadre d'un régime provisoire.

Sur saisine du Conseil d'Etat italien (*Consiglio di Stato*), la CJUE a établi que le traité n'exigeait pas l'abolition totale des monopoles nationaux présentant un caractère commercial, mais prescrivait leur aménagement de façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des Etats membres¹⁷⁸. Toutefois, l'article 56 TFUE s'oppose à l'application de toute réglementation nationale ayant pour effet de rendre la prestation de services entre Etats membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un Etat membre. En application de ce principe dans le droit dérivé, l'article 3, paragraphe 1, de la directive « autorisation »¹⁷⁹ interdit aux Etats membres d'empêcher une entreprise de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques¹⁸⁰. La Cour a également confirmé qu'un opérateur ne saurait exercer de manière effective les droits qu'il tire du droit communautaire en termes d'accès au marché de la radiodiffusion télévisuelle à défaut de radiofréquences d'émission. Par conséquent, l'article 5, paragraphe 2, de la directive « autorisation » dispose que lorsqu'il est nécessaire d'octroyer des droits individuels d'utilisation des radiofréquences, ces droits doivent être accordés « par le biais de procédures ouvertes, transparentes et non discriminatoires ». Sur la base de ces considérations, la Cour conclut que les autorités italiennes ont enfreint, entre autres, l'article 56 du TFUE et la directive « autorisation », puisque le processus d'allocation *de facto* des fréquences de radiodiffusion aux réseaux des opérateurs historiques et – en même temps – l'absence d'attribution de fréquences à des opérateurs tels que *Centro Europa 7* alors que ce dernier avait obtenu une licence, ne constituent pas une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire.

2.3. Neutralité du Net

Le débat sur la neutralité du Net est certainement l'un des plus complexes et, en même temps, des plus virulents jamais menés dans le cadre de la régulation des télécommunications et des médias. Cela est dû principalement à la crainte de voir les fournisseurs d'accès à internet (FAI) limiter l'accès à certains types de contenus, d'applications ou de services. Le problème s'est posé initialement aux Etats-Unis, lorsqu'il est apparu qu'un câblo-opérateur avait étranglé le trafic *peer-to-peer* sur son réseau, puis

174) *Ibid.*, paragraphe 60. Voir aussi CJUE, affaire C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service*, [2008] Rec. p. I-10889, paragraphe 24.

175) CJUE, affaire C-134/10, *Commission c. Belgique*, [2011] Rec. p. I (non publié à ce jour), paragraphe 64.

176) *Ibid.*, paragraphe 63. La Cour a également confirmé que la loi belge enfreignait l'article 31 de la directive « service universel » en ne limitant pas l'obligation de diffuser aux opérateurs de réseaux ayant un nombre suffisant d'utilisateurs finaux qui utilisent ce réseau comme principal moyen de recevoir les programmes de télévision.

177) CJUE, affaire C-380/05, *Centro Europa 7*, [2008] Rec. p. I-349. Voir aussi V. Moscon, Italie : Affaire *Centro Europa 7*, IRIS 2008-7/25. Dans une affaire similaire, la Commission a récemment menacé de traduire la Bulgarie devant la CJUE, car l'Etat membre est accusé d'avoir enfreint le droit de l'Union lors de l'affectation en 2009 de cinq lots de fréquences disponibles pour la radiodiffusion numérique terrestre via deux procédures d'adjudication, ce qui limite sans raison le nombre d'entreprises qui pourraient entrer sur le marché en cause, voir Commission, Communiqué de presse IP 12/298 du 22 mars 2012.

178) *Ibid.*, paragraphe 78.

179) Directive 2002/20, voir plus haut note 5.

180) CJUE, affaire C-380/05, *Centro Europa 7*, [2008] Rec. p. I-349, paragraphe 83.

le débat sur le bien-fondé ou non d'une interdiction de ces pratiques est arrivé jusqu'en Europe. D'aucuns soutiennent que chaque bit et chaque octet sur l'internet devraient être traités équitablement par les FAI, tandis que l'industrie de l'internet estime qu'une réglementation entraverait le développement de nouveaux services et modèles économiques. S'il est impossible de donner ici un aperçu de tous les aspects et arguments échangés sur la question, on peut toutefois livrer quelques remarques sur l'état actuel de la réglementation dans l'UE et ses effets sur l'industrie des médias.

Contrairement aux Etats-Unis, l'UE a adopté ce qu'on pourrait appeler une approche « attentiste » en matière de neutralité du Net. Neelie Kroes, vice-présidente de la Commission, a récemment résumé l'approche de la Commission de la façon suivante : « Je veux faire en sorte que les internautes puissent toujours opter pour un accès intégral à l'internet – c'est-à-dire l'accès à un internet puissant et optimal, avec toutes les applications que l'on souhaite. Mais je n'aime pas intervenir sur des marchés concurrentiels à moins d'être sûre que c'est la seule façon d'aider les consommateurs ou les entreprises – les deux de préférence. En particulier parce qu'un remède mal adapté peut s'avérer pire que le mal et provoquer des effets imprévus et indésirables sur le long terme¹⁸¹. » En effet, certains affirment que la structure concurrentielle des marchés des communications dans l'UE empêchera les FAI de restreindre l'accès de leurs clients à l'internet.

Lorsque le cadre réglementaire a été révisé en 2009, il visait à préserver cette concurrence par le biais de mesures de transparence et d'allègement des procédures de transfert, pour faire en sorte que les clients puissent choisir leurs fournisseurs de services sur la base de la qualité proposée de l'accès à internet. Conformément à l'article 22 de la directive « service universel », les autorités de régulation nationales peuvent obliger les FAI à publier à l'attention des utilisateurs finaux des informations comparables, adéquates et à jour concernant la qualité de leurs services. Afin de prévenir la dégradation du service et l'obstruction ou le ralentissement du trafic sur les réseaux, les autorités de régulation nationales sont également en mesure de fixer des exigences minimales en matière de qualité de service. En même temps, l'article 21 de la directive « service universel » impose aux FAI d'informer leurs clients de tout changement dans les conditions limitant l'accès et/ou l'utilisation des services et des applications, et de leur fournir des informations sur toute procédure mise en place pour mesurer et orienter le trafic. Les Etats membres devaient transposer ces dispositions dans leur droit national avant mai 2011. A une exception près (Pays-Bas¹⁸²), aucun Etat membre ne semble jusqu'ici avoir instauré des règles en matière de neutralité du Net qui s'écartent du cadre réglementaire. La Commission et les autorités de régulation nationales suivent de près la mise en œuvre du cadre réglementaire et, en particulier, la façon dont les FAI traitent les services internet fournis par des concurrents, tels que les fournisseurs de VoIP ou de messagerie instantanée¹⁸³.

181) Voir le blog de Neelie Kroes, post du 29 mai 2012, <http://blogs.ec.europa.eu/neelie-kroes/netneutrality/>

182) Les Pays-Bas ont adopté une loi imposant aux FAI de traiter tous les services internet de façon équitable. Les FAI ne sont pas autorisés à faire une quelconque discrimination entre les services d'un tiers et leurs propres services, et ils ne peuvent facturer de frais supplémentaires pour l'accès à des services internet de type VoIP ou messagerie instantanée. Voir article 7.4 a de la loi sur les télécommunications dans sa version amendée.

183) Voir par exemple BEREC, *Report on the public consultation on the draft BEREC Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality*, décembre 2011, BoR (11) 66, disponible sur: http://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/download/0/133-berec-report-on-the-public-consultation-_0.pdf

Partie II

**Règles concernant l'accès au marché,
la concentration des médias,
le droit de la concurrence et autres
approches limitant le pouvoir de marché
dans des pays sélectionnés**



Franz Zeller et Michael Stämpfli
Office fédéral de la communication (OFCOM)

I. Services de médias audiovisuels et services de médias auxiliaires

1. Approche des médias de service public

Le but déclaré de la politique suisse des médias consiste à préserver un service public fort, attractif et indépendant. Ceci est également lié à des spécificités nationales : les marchés suisses du secteur de la radio et de la télévision sont très faibles, d'autant plus que la Suisse, avec ses quatre langues nationales, ne constitue pas un marché des médias unifié, mais fragmenté en plusieurs zones linguistiques de tailles diverses. Ces régions linguistiques sont forcément aspirées par les marchés beaucoup plus importants des pays voisins de même langue (phénomène du « *next-door-giant* »). Le chiffre d'affaires annuel des chaînes de télévision suisses ne représente qu'une infime fraction de la puissance financière de leurs concurrentes étrangères. Ceci a contribué au fait qu'une large majorité des parts du marché de la télévision est depuis longtemps accaparée par les programmes étrangers. Aucun autre pays d'Europe ne présente une orientation aussi prononcée du public vers les programmes étrangers.

Si les radiodiffuseurs suisses devaient s'imposer sur le marché éditorial national contre la forte concurrence étrangère, il leur faudrait impérativement regrouper leurs ressources limitées pour pouvoir concentrer leurs forces. Le législateur suisse a donc décidé de maintenir une Société suisse de radio et télévision (SSR) puissante. En tant qu'entreprise publique avec une organisation de droit privé (association), la SSR reçoit une grande partie de la redevance et peut également se financer par la publicité et le parrainage.

Le droit suisse considère la distorsion de la concurrence sur le marché national de la radiodiffusion comme le prix à payer pour assurer la compétitivité de la SSR face à une forte concurrence étrangère. Le pouvoir de marché de la SSR voulu par le législateur suisse entre cependant en conflit avec le deuxième objectif principal de la politique suisse des médias : dans l'intérêt de la formation démocratique de l'opinion et de la diversité culturelle, il est souhaitable qu'il existe une concurrence entre plusieurs radiodiffuseurs nationaux pour que plusieurs voix puissent se faire entendre¹.

C'est pourquoi les activités de la SSR, laquelle est solidement établie sur le marché, sont encadrées juridiquement : elle ne doit pas abuser de sa puissance économique, ni de son prestige pour menacer la survie des concurrents privés en Suisse.

1) Message du Conseil fédéral suisse relatif à la révision totale de la loi fédérale sur la radio et la télévision du 18 décembre 2002, Feuille fédérale 2003, p. 1447 ; www.admin.ch/ch/f/ff/2003/1425.pdf . Dans son message au Parlement, le gouvernement (Conseil fédéral) présente son projet de loi du point de vue du droit helvétique.

Le droit helvétique prévoit un certain équilibre entre la SSR et les autres opérateurs nationaux. Cet équilibre découle en première instance du **droit général de la concurrence** : si la SSR s'appuie sur les dispositions (de sa concession, par exemple) qui lui confèrent des droits spéciaux aux fins de remplir sa mission de service public, l'application de la loi sur les cartels (LCart) est exclue (article 3, par. 1, alinéa b de la LCart)². La loi sur les cartels couvre toutefois les activités de la SSR qui sortent des domaines où la distorsion de la concurrence correspond à la volonté du législateur. Ainsi, la Commission de la concurrence (Comco), chargée de l'application de la loi sur les cartels, a engagé diverses procédures d'enquête préalable à l'égard de la SSR en raison d'éventuelles pratiques illicites de la part d'une entreprise en position dominante (article 7 de la LCart), notamment à l'occasion de la création de tpc, une filiale de la SSR opérant dans le secteur de la production (rapport final de la Commission de la concurrence du 4 février 2004), et de l'allégation de préjudice subi par des sociétés privées de productions télévisuelles (Rapport final de la Commission de la concurrence du 9 mai 2008). Dans ces deux cas, la Commission de la concurrence n'a relevé aucun élément permettant d'établir une quelconque pratique abusive.

La marge de manœuvre de la SSR est avant tout limitée par le fait que le Gouvernement suisse (Conseil fédéral) fixe un certain nombre de limites dans le cadre de la **Concession SSR**³. Celle-ci restreint notamment le type et le nombre des programmes de radio et de télévision de la SSR ainsi que l'ampleur des offres en ligne de la SSR (article 13 de la Concession SSR). En outre, la concession impose à la SSR de travailler avec la branche suisse de la musique et du cinéma, l'industrie de l'audiovisuel, les archives nationales des médias et les autres diffuseurs suisses (articles 16-20 de la Concession SSR).

Par ailleurs, la loi sur la radio et la télévision (LRTV⁴) constitue un autre garde-fou en prévoyant des dispositions spécifiques pour protéger les autres acteurs du marché dans leur développement économique – et, par voie de conséquence, journalistique – contre l'expansion de la SSR. Citons, à titre d'exemple :

- les limites imposées à la SSR (et aux entreprises qu'elle contrôle) concernant toute activité non prévue dans la concession qui risque de porter atteinte à la position ou à la mission d'autres entreprises de médias suisses. Ce type d'activités doit être obligatoirement déclaré préalablement à l'Office fédéral de la communication (OFCOM), qui peut, selon les circonstances, être amené à les interdire (article 29 de la LRTV) ;
- les limites concernant la participation de la SSR dans d'autres entreprises de radiodiffusion : les participations de la SSR dans ces entreprises sont soumises à l'approbation du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC – article 37 de la LRTV).

D'autre part, des dispositions spécifiques de la LRTV visant à protéger la diversité au sein de certaines concessions (articles 44 et 45 de la LRTV ainsi que I.2 « Régulation de l'accès au marché ») ne sont pas applicables à la SSR, qui obtient de plein droit une concession (article 25, par. 1 de la LRTV).

2. Régulation de l'accès au marché

La possibilité de diffuser un programme de radio ou de télévision existe en Suisse depuis 2007 et ne requiert pas de concession. Dans la pratique, cet outil reste néanmoins décisif : tout opérateur qui souhaite percevoir une quote-part de la redevance ou garantir la radiodiffusion terrestre de ses programmes via la FM ou les plateformes numériques doit avoir une concession⁵.

2) La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart) est disponible sur : www.admin.ch/ch/f/rs/c251.html

3) Concession octroyée à SRG SSR idée suisse (concession SSR) du 28 novembre 2007, disponible sur : www.admin.ch/ch/f/ff/2007/8023.pdf et www.admin.ch/ch/f/ff/2011/7341.pdf

4) Loi fédérale sur la radio et la télévision du 24 mars 2006 (LRTV), disponible sur : www.admin.ch/ch/f/rs/c784_40.html

5) Sidler, O., Adoption d'une nouvelle loi sur la radio et la télévision, IRIS 2006-5/9. Tous les articles d'IRIS sont disponibles dans la base de donnée IRIS Merlin sur : <http://merlin.obs.coe.int>

2.1. La mise en péril de la diversité des opinions et de l'offre fait obstacle à l'obtention d'une concession (article 44, par. 1 de la LRTV)

L'article 44 de la loi sur la radio et la télévision subordonne l'octroi d'une concession à sept conditions générales (notamment la viabilité financière et la séparation des activités éditoriales des activités économiques). Le critère le plus important dans le domaine de la concentration est l'exigence minimale introduite par le Parlement de ne pas mettre en péril la diversité des opinions et de l'offre (article 44 par. 1 alinéa g de la LRTV). Selon la pratique judiciaire, cette mise en péril doit être interprétée à la lumière de l'article 74 de la LRTV, c'est-à-dire qu'un radiodiffuseur doit occuper une position dominante sur le marché et en abuser⁶.

- Pour évaluer une **position dominante sur le marché**, l'autorité compétente pour l'octroi des concessions de radiodiffusion, le DETEC, doit consulter la Commission de la concurrence, conformément à l'article 74, paragraphe 2 de la LRTV. Néanmoins, toutes les demandes de concession ne donnent pas systématiquement lieu à une concertation. Le DETEC ne s'adresse à la Commission de la concurrence que si « l'existence d'une position dominante ne saurait être réfutée sans objection et qu'il existe au moins des indices permettant de soupçonner une pratique abusive⁷. » Sur la base des déclarations de la Commission de la concurrence, le DETEC examine si un candidat occupe une position dominante en termes de prestations éditoriales en matière d'information dans le domaine politique, économique, culturel, social et sportif.

Pour cette analyse, il convient de définir le marché concerné, ce qui s'avère un exercice particulièrement complexe et fastidieux dans le domaine des médias et des télécommunications. Selon le département, la définition du marché doit se faire en fonction de critères journalistiques : presse écrite, radio, télévision et internet sont complémentaires en matière de services d'information et doivent donc être considérés comme des marchés distincts et spécifiques. Le DETEC considère que la diffusion de programmes de radio et de télévision de haut niveau requiert d'avoir une certaine dimension du point de vue financier, et cela même avec des subventions publiques parallèles provenant d'une quote-part de la redevance, en particulier pour les maisons d'édition plurimédia⁸.

- La loi fait obstacle à l'**abus** de position dominante sur le marché concerné (article 74, par. 1, alinéa a de la LRTV). Cela s'applique au domaine de la radio comme de la télévision. L'examen doit porter sur l'ensemble du système des médias : il y a mise en péril – et par conséquent, obstacle à l'octroi d'une concession de radio ou de télévision – notamment lorsqu'un candidat abuse de sa position dominante sur le marché de la presse⁹. On est en présence d'un abus de la politique des médias, par exemple, si une entreprise de médias en position dominante interdit à ses rédacteurs toute critique des livres d'éditeurs concurrents¹⁰. D'une façon générale, il est très délicat d'établir une pratique abusive : tout d'abord, parce qu'il est difficile d'isoler une telle pratique d'un point de vue purement économique (au regard du droit suisse de la concurrence, la discrimination par les prix ou le fait d'imposer des prix inéquitables ne sont illicites que dans certaines circonstances particulières). Deuxièmement, parce que la notion d'abus de la LRTV ne recouvre pas celle de la loi sur les cartels. Aux yeux du Parlement, les critères décisifs ne sont pas de nature économique, mais liés au pluralisme des médias. En 2009, le Tribunal administratif fédéral a déploré le manque de clarté des critères permettant d'établir un abus de la politique des médias. Le DETEC a par la suite affiné la description de ce concept (voir ci-après le paragraphe I.3.2).

Néanmoins, pour refuser une concession, il ne suffit pas qu'il y ait eu un abus par le passé. Il faut être en mesure de présumer qu'à l'avenir, les pratiques journalistiques abusives de l'entreprise de médias concernée se reproduiront, car l'octroi d'une concession de radio ou de télévision constitue une mesure prospective pour assurer un service public journalistique¹¹.

6) Arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF) A-7799/2008 du 3 décembre 2009 (Südostschweiz Radio), consid. 3.6.3 ; www.bvger.ch

7) TAF A-7799/2008, consid. 4.2 ; www.bvger.ch

8) Décision du DETEC du 3 novembre 2011, Tele Sântis AG et TVO AG, consid. 3.2.2.1 ; www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/entscheiddatenbank/index.html?lang=fr&entscheid=85 (confirmée par le TAF dans l'arrêt A-6542/2011 du 22 août 2012 ; www.bvger.ch)

9) TAF A-7799/2008, consid. 4.3.

10) TAF A-7799/2008, consid. 4.8.

11) Décision du DETEC du 3 novembre 2011, Tele Sântis AG et TVO AG, consid. 3.2.2.1 ; www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/entscheiddatenbank/index.html?lang=fr&entscheid=85 confirmée par le TAF dans l'arrêt A-6542/2011 du 22 août 2012 ; www.bvger.ch

En pratique, il s'est avéré que l'examen de cette condition préalable à l'octroi d'une concession demande beaucoup de temps, voire jusqu'à plusieurs années. Si la plupart des concessions de radio et de télévision ont été accordées en 2008 et 2009, il reste trois zones de services où l'octroi des concessions n'a, pour une grande part, toujours pas eu lieu en 2012 en raison de la question ouverte d'un abus de position dominante. Dans les zones concernées, les programmes ne sont disponibles que parce que le DETEC a accordé en 2010 des concessions provisoires aux opérateurs de TeleOstschweiz (maintenant TVO), Radio Grischa et Radio Argovia. Ces concessions provisoires doivent permettre d'assurer le service public régional voulu par le législateur pendant la période précédant la réévaluation finale, afin que cela ne porte pas préjudice à la population¹².

Jusqu'à présent, aucune concession n'a encore été refusée sur la base de l'article 44, paragraphe 1, alinéa g de la LRTV. Le Gouvernement suisse a néanmoins averti que cette condition préalable à l'octroi d'une concession pourrait entraver l'accomplissement du mandat de prestations constitutionnel (service public) : on peut envisager que dans les petites régions ne comprenant qu'une entreprise de médias, le DETEC soit amené à ne plus pouvoir octroyer aucune concession. Le Conseil fédéral a donc proposé de supprimer cette condition d'octroi des concessions¹³.

2.2. En cas de plusieurs candidatures équivalentes, il convient de privilégier le diffuseur qui contribue le plus à la diversité de l'offre et des opinions (article 45, par. 3 de la LRTV)

Lorsqu'il y a davantage de candidatures que de concessions, l'article 45, paragraphe 3, phrase 1 de la LRTV préconise de privilégier le diffuseur qui est le plus à même d'exécuter le mandat de prestations. Il est possible que plusieurs demandes soient largement équivalentes à cet égard¹⁴. Dans ce cas, la loi privilégie le candidat qui contribue le plus à la diversité de l'offre et des opinions (article 45, paragraphe 3, phrase 2 de la LRTV).

Dans la pratique, ce type de situation, dans laquelle les candidatures présentées sont largement équivalentes, se présente rarement. Tel était toutefois le cas pour la zone de diffusion télévisuelle 10 de Zurich-Suisse du nord-est. L'indépendance des deux candidats devait décider de l'attribution de la concession. Celle-ci est évaluée au vu de la configuration spécifique du paysage médiatique dans la zone de service concernée. Il convient d'examiner tous les niveaux de médias, c'est-à-dire que parallèlement à la situation propre au domaine de la radiodiffusion, il faut également prendre en compte le secteur de la presse. La préférence a donc été donnée à Tele Top, diffuseur indépendant, et non à TeleZüri, qui appartient au groupe Tamedia AG. Tamedia est l'un des principaux groupes de médias suisses. Il détient de nombreux organes de presse nationaux et régionaux ainsi que, à l'époque, des médias électroniques dans le Grand Zurich et Berne¹⁵.

2.3. Deux concessions au maximum par diffuseur (règle du 2+2 en vertu de l'article 44, par. 3 de la LRTV)

En 2006, le Parlement a introduit (contre la volonté du gouvernement) une règle inhabituelle dans la nouvelle loi sur la radio et la télévision : un diffuseur ou l'entreprise à laquelle il appartient peut obtenir au plus deux concessions de télévision et deux concessions de radio (article 44, par. 3 de la LRTV). Cette disposition vise à contrôler la concentration des médias non seulement à l'aide des critères qualitatifs susmentionnés (article 45, par. 3 de la LRTV), mais aussi par des mesures quantitatives. Cette restriction vise en premier lieu à prévenir une concentration horizontale : les quelques grands éditeurs, actifs essentiellement dans le domaine de la presse écrite, ne doivent pas avoir la possibilité d'acheter à leur gré autant de stations de radio ou de chaînes de télévision qu'ils le souhaitent et de se partager le marché suisse de la radiodiffusion.

12) Le TAF a accepté l'octroi de concessions provisoires par l'arrêt A-897/2010 du 23 août 2010. Concernant la zone de desserte de Suisse orientale, il a confirmé définitivement l'octroi de la concession à la chaîne régionale TVO dans l'arrêt A-6542/2011 du 22 août 2012 ; www.bvger.ch

13) Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV) du 10 avril 2012, paragraphe 1.2.2.2 ; www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00909/04016/index.html?lang=fr

14) Voir arrêt du TAF A-7761/2008 du 9 décembre 2009 (Arc TV SA), consid. 6.2.

15) Décision du DETEC du 31 octobre 2008, Tele Top AG et Tamedia AG, consid. 2.4.2 ; www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/entscheiddatenbank/index.html?lang=fr&entscheid=42&leitsatzsprachen=de%7Cfr%7Cit&page_num=8

Dans la pratique, cette règle rigide a eu pour effet d'inciter les groupes d'édition à vendre des entreprises dont ils sont déjà propriétaires avant l'acquisition de la société de radio ou de télévision, pour ne pas détenir plus de deux concessions. Une controverse apparaît épisodiquement sur la question de savoir si on est toujours en présence d'un contrôle. L'OFCOM s'appuie à cet égard sur la pratique de la Commission de la concurrence concernant la notion de contrôle en vertu de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE)¹⁶. Aux termes de cette ordonnance, on est en présence d'un contrôle dès lors qu'une entreprise acquiert la possibilité, par le biais d'une prise de participation (droit de vote), d'arrangements contractuels ou de circonstances concrètes, d'orienter ou de bloquer les décisions stratégiques de l'autre entreprise. Toutefois, il a été démontré que, malgré cette restriction, il est possible, en principe, d'instaurer un modèle de franchise de radio avec plus de deux stations de radio largement identiques et titulaires d'une concession (par exemple Radio Energy dans la région de Zurich, de Berne et de Bâle). Selon l'OFCOM, il suffit pour cela que l'entreprise accordant la franchise (dans le cas de Radio Energy, il s'agit de Ringier AG) ne soit que marginalement impliquée dans la troisième station de radio et que les autres stations conservent ensemble une autonomie suffisamment forte pour remplir le mandat de prestations. Néanmoins, ce modèle de franchise a fait l'objet d'un débat public et politique¹⁷.

La limite du nombre de concessions imposée par l'article 44, paragraphe 3 de la LRTV s'applique également aux nouvelles technologies numériques de radiodiffusion. Or, le Conseil fédéral considère que cette restriction risque de freiner le développement technologique : l'introduction de nouvelles technologies est coûteuse et dépend d'acteurs disposant de solides moyens financiers. Cependant, la plupart des entreprises de médias ont déjà plus de deux stations de radio diffusées sur OUC et ne peuvent donc pas investir dans la diffusion numérique. Le Gouvernement suisse a donc proposé en 2012 qu'à l'avenir, des exceptions à la règle du 2+2 pourraient être aménagées pour les nouvelles technologies de diffusion¹⁸.

3. Règles encadrant la concentration des médias

En sus des modalités d'octroi des concessions, la LRTV de 2006 comporte des dispositions spécifiques contre la concentration des médias énoncées aux articles 74 et 75. Ces dispositions concernent également les entreprises de médias déjà titulaires d'une concession et les radiodiffuseurs qui n'ont pas besoin de licence.

Avec le nouveau dispositif de réglementation des concentrations de la LRTV, le Conseil fédéral a voulu créer un outil spécifique au secteur de la radiodiffusion et mieux adapté que la LCart¹⁹. Alors que la LCart s'attache à promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché libre, la LRTV va au-delà d'une approche purement économique : le principal objectif de la réglementation de la concentration dans les médias est de garantir le pluralisme d'opinion et, partant, la concurrence journalistique. Dans un Etat démocratique, le système médiatique doit permettre l'expression du spectre le plus large de courants sociaux, politiques, culturels et idéologiques. La loi part du principe qu'une concentration accrue des médias est problématique à l'égard de cette fonction centrale. Toutefois, la concentration des médias peut également avoir un effet positif lorsqu'elle permet aux entreprises concernées d'acquérir la capacité économique nécessaire pour fournir des prestations journalistiques de qualité.

Comme pour l'octroi de licences (voir plus haut I.2) il s'agit fondamentalement de prévenir tout abus de position dominante. Cela ne peut se faire par des règles rigides : le législateur suisse s'est délibérément abstenu de fixer des limites légales à la propriété ou à chiffrer les parts de marché autorisées, contrairement aux pays voisins²⁰. La formulation ouverte des dispositions devrait permettre aux autorités de tutelle de la radiodiffusion de tenir compte de toutes les situations sur le plan journalistique.

16) Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises, disponible sur www.admin.ch/ch/f/rs/c251_4.html

17) Voir l'interpellation 12.3053 du Conseiller fédéral Claude Janiak du 29 février 2012 : La concession radio, une marchandise?, www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20123053

18) Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV) du 10 avril 2012, par. 2.10.

19) Message relatif à la LRTV, Feuille fédérale 2003, p. 1494 ; www.admin.ch/ch/f/ff/2003/1425.pdf

20) Message relatif à la LRTV, Feuille fédérale 2003, p. 1495 ; www.admin.ch/ch/f/ff/2003/1425.pdf

3.1. Condition n° 1 : un diffuseur occupe une position dominante sur le marché (article 74, par. 1, alinéa a de la LRTV)

La procédure prévue dans le droit de la radiodiffusion pour évaluer une position dominante (article 74, par. 2 de la LRTV) reprend la terminologie de la loi sur les cartels. Elle trouve son point d'ancrage dans la pratique de la Comco, qui se base sur la délimitation des marchés énoncée à l'article 11, paragraphe 3 de l'OCCE. Toutefois il incombe au DETEC de l'adapter aux circonstances particulières des marchés journalistiques. L'examen porte sur l'existence d'une position dominante sur le marché (local-régional) des informations de la radio et de la télévision dans le domaine politique, économique, culturel, social et sportif. Les marchés publicitaires sont également pris en compte.

3.2. Condition n° 2 : abus d'une position dominante (article 74, par. 1, alinéas a et b de la LRTV)

Pour définir un abus journalistique, le DETEC postule que, dans une société démocratique, il est indispensable de s'exprimer et de débattre sur un vaste éventail de thèmes, d'acteurs, d'opinions, de perspectives et d'intérêts. Est considérée comme abusive toute pratique d'une entreprise de médias dominante de nature à restreindre la formation de l'opinion et de la volonté des utilisateurs des médias. Pour l'autorité chargée de l'octroi des concessions, par exemple, les cas suivants constituent des abus²¹ :

- les différents points de vue et intérêts n'ont pas un accès équitable aux médias ;
- certaines questions pertinentes relevant des domaines politique, économique, culturel, social ou sportif sont présentées de façon partisane ou passées sous silence ;
- toute tentative d'influencer de manière opaque les processus de décision démocratique par une sélection tendancieuse des opinions et des protagonistes ;
- le non-respect des règles professionnelles établies du journalisme (par exemple, violation du code déontologique des journalistes).

La diversité n'est menacée que lorsque l'abus journalistique est systématique. Un abus est qualifié de systématique lorsqu'il est prouvé que l'auteur a commis le même abus à plusieurs reprises ou a commis des abus différents à de nombreuses occasions²².

L'examen tient compte également d'éventuels facteurs d'ajustement au niveau structurel et organisationnel. Le fait, par exemple, qu'un diffuseur sépare strictement le service des contenus éditoriaux du département commercial et garantit l'indépendance journalistique dans des statuts de la rédaction parle en défaveur d'une pratique abusive²³.

3.3. Extension aux autres marchés liés à la radio-télévision (article 74, par. 1, alinéa b de la LRTV)

Selon l'article 74, paragraphe 1, de la LRTV, l'examen de l'existence d'une position dominante sur le marché ne se limite pas aux marchés de base de la radio et de la télévision (concentration mono-média). Il couvre l'ensemble du système médiatique plurimédia en intégrant également les marchés en amont et en aval. Ces marchés liés aux médias englobent la fourniture des informations (par exemple via les agences de presse), l'accès aux droits de retransmission des événements sportifs et des films, et la presse écrite. Il convient également de tenir compte des marchés de la distribution en aval, notamment au niveau de la diffusion des programmes de télévision par câble et satellite, la radiodiffusion des programmes de radio et la livraison à domicile de la presse.

3.4. Mesures en cas d'abus de position dominante sur le marché (article 75 de la LRTV)

En cas de menace sur la diversité des opinions et de l'offre, l'autorité n'est pas pour autant tenue de prendre des mesures. Selon les circonstances, une intervention ne se justifie pas toujours, même en cas de position dominante, notamment si, pour des raisons économiques, la concentration des ressources

21) Décision du DETEC du 3 novembre 2011, Tele Sântis AG et TVO AG, consid. 3.3.1.2, confirmée par l'arrêt du TAF A-6542/2011, consid. 8.

22) Décision du DETEC, *ibid*, consid. 3.3.1.3; confirmée par l'arrêt du TAF A-6542/2011, consid. 8; www.bvger.ch.

23) Décision du DETEC, *ibid*, consid. 3.3.4.2.4.

est le seul moyen d'assurer la desserte en programmes, par exemple²⁴. Si l'autorité décide d'intervenir, elle peut le faire aussi bien contre un radiodiffuseur (titulaire ou non d'une concession) que contre une autre entreprise opérant dans le secteur de la radio-télévision qui menace le pluralisme en abusant de sa position dominante sur le marché concerné. Toutefois, l'autorité de tutelle de la radiodiffusion ne peut intervenir hors du marché de la radio-télévision. Ainsi, si un monopole plurimédia avait des répercussions négatives tant sur la radiodiffusion que sur la presse, l'intervention de l'autorité devrait se limiter au secteur audiovisuel.

L'article 75, paragraphe 2 de la LRTV énonce une série de mesures possibles :

- des mesures garantissant la diversité (en programmant un temps d'émission destiné à des tiers ou en collaborant avec d'autres acteurs du marché),
- mesures contre le journalisme de groupes de médias (telles que l'adoption d'une charte assurant la liberté éditoriale),
- adaptation des structures de l'entreprise quant à sa gestion et son organisation (par exemple par l'abandon de certaines branches de l'entreprise) – ceci étant réservé aux cas où d'autres mesures sont manifestement insuffisantes.

Dans la pratique, le DE TEC n'a encore ordonné aucune mesure de ce type.

4. Dispositions complémentaires du droit de la concurrence

Le secteur des médias est également soumis à un contrôle antitrust exercé par la **Commission de la concurrence** (Comco). Celle-ci peut examiner à la fois l'existence de restrictions illicites à la concurrence (abus de position dominante, article 7 de la LCart) et les projets de fusion des entreprises ayant un certain chiffre d'affaires annuel (contrôle des concentrations, article 9 de la LCart).

Dans le cadre du contrôle des abus, seuls sont examinés les marchés pour lesquels il existe des indices d'abus éventuels²⁵.

Concernant le contrôle des concentrations, qui revêt une importance particulière dans le secteur des médias, il existait jusqu'en 2004 une obligation renforcée de déclaration pour la fusion d'entreprises de médias en vertu de l'article 9, paragraphe 2 de la LCart²⁶. Le seuil de chiffre d'affaires à partir duquel la déclaration était obligatoire a été divisé par vingt en réponse à des considérations liées à la politique des médias. Cela signifie que jusqu'en 2004, l'autorité de concurrence devait traiter un grand nombre de fusions dans les médias. La majorité d'entre elles étaient déclarées conformes sans qu'il soit besoin de procéder à un examen approfondi.

Toutefois, il est arrivé que certains projets de fusion dans le domaine des médias fassent l'objet d'une interdiction²⁷ ou d'une autorisation soumise à certaines conditions²⁸, car ils auraient favorisé l'émergence ou la consolidation d'une position dominante.

Le renforcement des règles de fusion dans les médias a néanmoins été annulé, car la loi sur les cartels, qui relève exclusivement du droit de la concurrence, n'est pas adaptée pour répondre à des problèmes de politique des médias. La Comco considère que la concurrence n'est réellement menacée que si des fusions interviennent entre les grands groupes d'édition suisses. Le contrôle des fusions ne s'exerce plus que pour des concentrations d'une portée économique significative (soit, conformément à l'article 9, paragraphe 1, alinéa a de la LCart, pour les entreprises ayant réalisé un chiffre d'affaires global minimum de 2 milliards CHF ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions CHF). Du fait de l'abrogation des seuils spécifiques, une grande partie des fusions-acquisitions de médias en Suisse échappe désormais à l'examen de conformité avec les règles antitrust.

24) Message relatif à la LRTV, Feuille fédérale 2003, p. 1495 ; www.admin.ch/ch/f/ff/2003/1425.pdf

25) Voir l'enquête préalable « *Jahres-Umsatz-Prämien und Konzernabschluss in Printmedien* », dans : Droit et politique de la concurrence DPC 2001-1, p. 64 et suivantes (Organe de publication des autorités suisses de concurrence), disponible sur www.weko.admin.ch/dokumentation/00157/index.html?lang=fr

26) Voir Feuille fédérale 2002, p. 1930 ; www.admin.ch/ch/f/ff/2002/1911.pdf

27) Voir la décision relative à l'affaire Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG, dans DPC 2004-2, p. 529 et suivantes.

28) Voir la décision relative à l'affaire NZZ-Espace-Bund, dans DPC 2004-2, p. 484 et suivantes.

Outre le contrôle des abus et des concentrations exercé par la Commission de la concurrence, il existe en Suisse un instrument spécifique au droit de la concurrence pour lutter contre les **politiques de prix abusives** des entreprises dominantes sur le marché : la **surveillance des prix**. En s'appuyant sur la loi fédérale sur la surveillance des prix du 20 décembre 1985²⁹ (LSPr), le surveillant des prix³⁰ peut également intervenir dans le secteur des médias pour recommander, voire même ordonner certaines baisses de tarifs. Cela concerne le montant de la redevance audiovisuelle (en vertu de l'article 70, paragraphe 3, de la LRTV, le Conseil fédéral doit tenir compte dans ses décisions relatives au montant de la redevance des recommandations du surveillant des prix et justifier publiquement de tout écart éventuel). Le surveillant des prix a également imposé des baisses de prix dans le secteur de la télévision par câble (voir ci-dessous III.1).

4.1. Définition des marchés

La Commission de la concurrence délimite dans le secteur des médias une série de petits et tout petits marchés. Dans le cadre du contrôle des fusions des grands groupes plurimédias elle est amenée à les examiner régulièrement du point de vue de l'émergence ou de la consolidation d'une position dominante³¹.

4.2. Contrôle des marchés publicitaires

Contrairement à la plupart des autres biens, les produits médiatiques sont proposés simultanément sur deux marchés. D'une part, les entreprises de médias fournissent les informations journalistiques aux utilisateurs et, d'autre part, elles offrent aux annonceurs un espace pour leurs messages publicitaires. Il existe une forte interaction entre le marché des utilisateurs et le marché publicitaire. Plus le nombre d'utilisateurs d'un média est élevé, plus il est intéressant pour l'industrie publicitaire. Inversement, les recettes supplémentaires générées par la publicité permettent à l'entreprise de médias d'améliorer son niveau de qualité, ce qui, à son tour, attire davantage d'utilisateurs et, par conséquent, de recettes publicitaires. C'est pourquoi la Commission de la concurrence inclut régulièrement les marchés publicitaires et promotionnels dans le contrôle des entreprises de médias³².

4.3. Contrôle des marchés de contenus par le biais du négoce des droits d'auteur : droits sportifs et cinématographiques

Les marchés des droits sportifs et cinématographiques sont également soumis à un contrôle des abus et des concentrations dans le cadre du droit de la concurrence. Après avoir procédé à l'examen de la prise de participation du leader des télécommunications Swisscom dans la société de gestion des droits cinématographiques Cinetrade AG, la Comco l'a approuvée sans conditions le 7 mars 2005. Cette prise de participation dans Cinetrade a facilité l'entrée de Swisscom dans l'industrie du cinéma, lui permettant de compléter ainsi ses activités de base, la téléphonie et l'internet, avec la télévision (*triple play*). Selon la Comco, ce regroupement n'a donné lieu à l'émergence d'une position dominante pouvant compromettre le fonctionnement efficace de la concurrence ni sur le marché de la télévision à péage, ni sur le marché de la cession des droits de première diffusion des événements sportifs et des films³³. Le câblo-opérateur Cablecom a contesté la décision de la Comco mais sans résultat³⁴.

À l'heure actuelle, la Commission de la concurrence examine dans le cadre d'une enquête préliminaire si Cinetrade AG (détenue à 49 % par Swisscom) se livre à des pratiques illicites en abusant de sa position dominante dans le domaine des retransmissions sportives en direct. Cinetrade AG, coactionnaire de Teleclub, opérateur de télévision à péage, gère la majeure partie des droits de retransmission en direct pour le football et le hockey en Suisse. Le tarif mensuel d'accès aux matches en direct chez le fournisseur IPTV Swisscom TV coûte moins cher que la même offre chez les autres câblo-opérateurs. La Commission de la concurrence analyse actuellement les raisons de cette différence de prix.

29) Disponible sur : www.admin.ch/ch/f/rs/c942_20.html

30) www.preisueberwacher.admin.ch/index.html?lang=fr

31) Voir la décision relative à Tamedia/PPSR, dans : DPC 2009-3, p. 245 et suivantes.

32) Voir la décision relative à Berner Oberland Medien AG/coopération de Berner Oberland AG avec Berner Zeitung AG, dans : DPC 2000-3, p. 422 et suivantes.

33) Communiqué de presse de la Comco, disponible sur www.news.admin.ch/dokumentation/00002/00015/index.html?lang=r&msg-id=24344 et exposé détaillé des motifs dans DPC 2005-2, p. 363 et suivantes.

34) Arrêt du Tribunal fédéral 2A.161/2006 du 12 octobre 2006 ; www.bger.ch/jurisdiction-recht

5. Dispositions encadrant les obligations en matière d'offre et d'accès des concurrents aux archives

5.1. Obligations en matière d'offre (*must-offer*)

Le droit suisse ne prévoit pas d'obligation pour les radiodiffuseurs du service public (principalement la SSR) de mettre à la disposition d'autres radiodiffuseurs des contenus financés par la redevance pour une utilisation secondaire ou tertiaire. En 2002, le Conseil fédéral s'est formellement opposé à la proposition d'un parlementaire allant dans ce sens. Une telle obligation serait non seulement en porte-à-faux avec le droit d'auteur, mais aussi avec l'exigence de diversité des médias : cela inciterait financièrement les diffuseurs privés à renoncer à leurs propres recherches et productions pour diffuser plutôt des contenus de la SSR. Au lieu de la diversité souhaitée, il en résulterait alors une uniformisation des programmes entre les fournisseurs privés et la SSR, d'une part, et entre les diverses offres privées, d'autre part³⁵.

5.2. Accès de la concurrence aux archives

Concernant l'accès des concurrents aux archives, le droit suisse ne connaît pas, non plus, une telle obligation pour la SSR. Les autres diffuseurs de disposent donc pas d'autres droits que le public pour consulter les archives des radiodiffuseurs du service public. En Suisse, la plupart des archives des émissions de radio et de télévision ne sont pas ouvertes au public. Cette situation fait actuellement l'objet d'un examen. Il existe une base légale selon laquelle les radiodiffuseurs (la SSR et les diffuseurs privés) peuvent être tenus de fournir les enregistrements de leurs émissions à un service d'archives accessible au public (article 21 de la LRTV).

6. Règles spécifiques applicables aux services permettant ou facilitant la réception

En Suisse, les différents fournisseurs de services de télécommunications obligent leurs clients à louer ou acheter leurs propres récepteurs (décodeurs propriétaires) pour la réception de la télévision numérique. Cette situation pose problème depuis plusieurs années. Considérant que cette contrainte restreint la liberté de choix des utilisateurs et entrave la concurrence sur le marché des récepteurs de télévision numérique diffusée par câble, le gouvernement (Conseil fédéral) a proposé de modifier la LRTV. L'article 65a de la LRTV devait permettre au Conseil fédéral d'édicter des dispositions autorisant le libre choix de l'appareil pour la réception de la télévision numérique³⁶.

Mais la proposition du gouvernement a été rejetée par le Parlement³⁷. Le Parlement a estimé que la réglementation proposée n'était plus nécessaire, car grâce à l'évolution de la technologie, les utilisateurs ont désormais le choix entre plusieurs services de télévision (câble, antenne, satellite, IPTV ou Web TV). Par ailleurs, le Parlement considérait que cette législation comportait un risque de distorsion de la concurrence et craignait la prescription de normes d'interface sur les récepteurs ne correspondant pas aux dernières avancées technologiques.

II. Les opérateurs de plateformes et les services convergents

Plusieurs gardiens d'accès (*gatekeepers*) peuvent abuser de leur position au niveau de la transmission des programmes de radio et de télévision pour verrouiller le marché. Ceci pose la question des goulets d'étranglement sur les canaux de distribution avec les opérateurs de multiplex, les décodeurs pour la réception de la télévision numérique ou les systèmes de navigation (guides électroniques de programmes – EPG).

35) Avis du Conseil fédéral du 26 juin 2002 concernant la motion de P. Weigelt ; www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20023140

36) Aubry, P., Le Conseil fédéral se prononce en faveur du libre choix du décodeur pour la réception de la télévision numérique, IRIS 2010-10/19.

37) Voir www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20100084

Le droit général de la concurrence peut fournir certains outils contre de tels abus. En outre, le libre accès est protégé par des règles spécifiques sur le traitement des programmes, énoncées aux articles 63 à 65 de la LRTV. Ces règles particulières confèrent aux radiodiffuseurs un droit d'accès aux services ou aux installations de conditionnement technique dans des conditions équitables, appropriées et non discriminatoires. Cette exigence doit être respectée par les opérateurs de multiplex, dans la mesure où ils ne sont pas déjà tenus de diffuser un programme sur la base de droits d'accès légaux ou réglementaires (voir ci-dessous III.4). En outre, la LRTV comporte des dispositions sur les interfaces de programmation ouvertes, les normes techniques, le cryptage et le dégroupage. Le Conseil fédéral peut donc prescrire des interfaces ouvertes ou même certaines normes techniques, si cela est nécessaire pour garantir la diversité des opinions.

III. La diffusion (opérateurs réseau)

1. Tarifs

La LRTV ne prévoit aucune contrainte pour les tarifs de diffusion. Dans le cadre d'une économie libérale, ce point fait l'objet d'un accord entre les fournisseurs de services de télécommunications et les opérateurs. Il ressort toutefois de la littérature juridique que les programmes des radiodiffuseurs ayant un statut de *must-carry* (voir ci-dessous III.4) doivent être diffusés gratuitement, les coûts de distribution étant à la charge du fournisseur de services de télécommunications.

Il convient de distinguer entre le coût de diffusion et le coût de la fourniture du signal des programmes sur le réseau de diffusion. En vertu de la jurisprudence, les coûts d'injection des signaux sont pris en charge par les radiodiffuseurs³⁸.

Il est intéressant de noter les compétences particulières du surveillant des prix : par exemple, il a imposé plusieurs baisses de prix à Cablecom, n°1 des câblo-opérateurs qui alimente plus de 50 % des ménages suisses. En 2010, après plusieurs mois de négociations avec Cablecom, un accord amiable a été conclu sur les prix du raccordement au câble et sur l'offre de base de télévision et de radio analogique et numérique³⁹.

2. Accès

Dans le domaine de la diffusion des programmes de radio et télévision via les technologies terrestres par câble ou sans fil, la LRTV oblige les fournisseurs de services de télécommunications à proposer leurs prestations à des conditions équitables, proportionnées et non discriminatoires (article 51, par. 2 de la LRTV). Jusqu'à présent, il n'existe aucun exemple d'application de cette disposition, mais un litige est actuellement en cours à l'OFCOM sur ce point.

3. Neutralité du Net

Jusqu'à présent, la Suisse ne dispose d'aucune réglementation relative à la neutralité du Net. Si les entreprises de télécommunications venaient à supprimer des contenus indésirables ou discriminer certaines offres individuelles par rapport à d'autres, l'autorité de régulation des télécommunications – l'Office fédéral de la communication – serait dans l'incapacité d'intervenir dans le cadre juridique actuel.

38) Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-8389/2010 du 21 juillet 2011 (Schweizer Sportfernsehen SSF contre 20 fournisseurs de services de télécommunications), consid. 6.6 et suivants.

39) Voir www.preisueberwacher.admin.ch/themen/00019/00025/index.html?lang=fr

En 2012, une demande a été formulée au Parlement pour savoir si une réglementation légale de la neutralité du réseau était prévue en Suisse, en suivant l'exemple des Pays-Bas. La ministre des médias compétente a répondu que cette question serait examinée dans le cadre de la révision programmée de la loi sur les télécommunications⁴⁰.

4. Règles en matière de *must-carry*

Les programmes ayant le statut *must-carry* sont définis à l'article 59 de la LRTV. Il s'agit des programmes de la SSR, selon sa concession, et des programmes de radiodiffuseurs privés qui font l'objet d'une concession assortie d'un mandat de prestations. Les programmes de la SSR doivent être diffusés dans toute la Suisse, les programmes des opérateurs privés ayant une concession doivent être diffusés dans leurs zones de desserte.

Par ailleurs, en s'appuyant sur l'article 59, paragraphe 2 de la LRTV, le Conseil fédéral a défini dans l'Ordonnance sur la radio et la télévision (ORTV) des programmes de diffuseurs étrangers qui, en raison de leur contribution particulière à la formation, au développement de la culture ou à la libre formation de l'opinion, doivent également avoir le statut de *must-carry* et être diffusés dans toute la Suisse. Il s'agit des programmes d'ARTE, 3sat, TV5, ARD, ORF 1, France 2 et Rai Uno, ainsi que de la chaîne Euronews (dans la langue propre aux différentes régions linguistiques)

En outre, l'OFCOM peut accorder le statut de *must-carry* aux programmes d'autres diffuseurs, à leur demande, dans la mesure où ces programmes contribuent notablement à l'exécution du mandat constitutionnel (article 60 de la LRTV ; III.2 ci-dessus). Si les conditions sont réunies, l'étendue de l'obligation de distribution est déterminée en fonction de la demande. Jusqu'à présent, seuls deux programmes ont pu obtenir le statut de *must-carry* de cette manière : une chaîne thématique de sport grand public⁴¹ et une chaîne pour les jeunes (Joiz⁴²).

Actuellement, le statut de *must-carry* englobe encore la diffusion analogique et numérique. Si toutefois le modèle économique d'un fournisseur de services de télécommunications ne prévoit pas encore la diffusion numérique, celui-ci est obligé d'assurer uniquement la diffusion analogique.

5. Application complémentaire du droit général de la concurrence

Sur la base du droit général sur la concurrence, le plus grand câblo-opérateur suisse (Cablecom AG) a été contraint, en 2002, de diffuser les programmes numériques de télévision à péage de Teleclub sur son réseau. Selon la décision de la Commission de la concurrence, Cablecom avait abusé de sa position dominante de principal câblo-opérateur en refusant de diffuser les programmes de Teleclub. Par ailleurs, la Comco a jugé inacceptable le fait que Cablecom impose à Teleclub AG de renoncer à l'utilisation de ses propres décodeurs pour la réception de ses programmes⁴³.

40) Voir www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4904/381895/d_n_4904_381895_381951.htm

41) Voir www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/entscheidendatenbank/index.html?lang=fr&entscheid=23&leitsatzsprachen=de%7Cfr%7Cit&page_num=8

42) Voir www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/entscheidendatenbank/index.html?lang=fr&entscheid=69&leitsatzsprachen=de%7Cfr%7Cit&page_num=3

43) Sidler, O., Litige entre Cablecom et Teleclub, dans : IRIS 2002-7/7, et Hilger, C., Fin du litige entre Cablecom et Teleclub, dans : IRIS 2003-6/8.

DE ALLEMAGNE

Sebastian Schweda

Institut du droit européen des médias (EMR), Sarrebruck/Bruelles

I. Services de médias audiovisuels et services de médias auxiliaires

1. Régulation du pouvoir de marché des médias publics

Alors que les radiodiffuseurs privés sont soumis depuis longtemps à des règles globales spécifiques encadrant la concentration des médias (voir à ce sujet les paragraphes I.2 et 3), les dispositions régissant les activités commerciales des radiodiffuseurs publics ont été révisées et complétées par le *Zwölfter Rundfunkänderungsstaatsvertrag*¹ (douzième Traité inter-Länder sur la radiodiffusion – RStV). Ces nouvelles dispositions reprennent les engagements pris par l'Allemagne vis-à-vis de la Commission européenne lors de la procédure d'enquête sur le financement de la radiodiffusion publique². Les nouveaux articles 16a et suivants du RStV³ visent premièrement à s'assurer que les activités commerciales des radiodiffuseurs⁴ ne puissent être menées que dans le cadre des conditions du marché (article 16a, paragraphe 1, phrase 3 du RStV). Les financements croisés par le biais de la redevance audiovisuelle sont donc interdits⁵. En outre, la participation des radiodiffuseurs dans des entreprises commerciales est assujettie à certaines conditions visant à empêcher tout engagement dans des activités commerciales non pertinentes et à garantir une influence suffisante sur la gestion de ces activités (article 16b du RStV). Ces dispositions sont complétées par une interdiction de mise en œuvre de la responsabilité des organismes publics de radiodiffusion dans le cadre des entreprises commerciales dans lesquelles ils détiennent des intérêts (article 16e du RStV). Par ailleurs, les

1) *Zwölfter Rundfunkänderungsstaatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge* (douzième Traité inter-Länder portant modification des traités inter-Länder sur la radiodiffusion) du 18 décembre 2008, entré en vigueur le 1^{er} juin 2009, www.rlp.de/no_cache/ministerpraesident/staatskanzlei/medien/?cid=90&did=5801&sechash=df732219

2) Voir *Commission européenne*, courrier du 24 avril 2007 adressé au ministre des Affaires étrangères, Aides d'Etat E 3/2005, K(2007) 1761 fin., points 322 et suivants, http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf ; concernant l'ouverture de la procédure, voir *Kleist/Scheuer*, Klärung von Grundsatzfragen – Die EU überprüft die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, *Funkkorrespondenz* 10/2005, p. 3 et suiv.

3) *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien* (Traité inter-Länder sur la radiodiffusion et les télémedias – RStV) dans la version du Quinzième Traité inter-Länder portant modification des traités inter-Länder sur la radiodiffusion (15^e RÄStV) des 15/17 décembre 2010 ; version consolidée non-officielle disponible sur : www.medienrecht.jura.uni-koeln.de/fileadmin/sites/medienrecht/LS_Hain/Docs/Medienrecht_I/konsolidierte_Fassung_RStV_hp.pdf . Sauf indication contraire, les références au RStV ci-après portent sur cette version, applicable à l'entrée en vigueur du 15^e RÄStV le 1^{er} janvier 2013. Une version non-officielle de l'actuel RStV (intégrant des modifications jusqu'au 13^e RÄStV) et le texte du 15^e RÄStV sont disponibles sur : www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/

4) Dans ce qui suit, le terme « organismes de radiodiffusion » désigne les *Landesrundfunkanstalten* (organismes régionaux de radiodiffusion – LRA) regroupés au sein de l'*Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands* (groupement des organismes publics de radiodiffusion d'Allemagne – ARD) et *Zweites Deutsches Fernsehen* (ZDF).

5) *Begründung zum Zwölften Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge* (Exposé des motifs du 12^e Traité inter-Länder portant modification des traités inter-Länder sur la radiodiffusion), p. 25, www.rlp.de/no_cache/ministerpraesident/staatskanzlei/medien/?cid=90&did=5806&sechash=4fba63e6

nouvelles dispositions prévoient également des mécanismes de contrôle spécifiques (articles 16c et 16d du RStV)⁶.

La durée et les horaires de la publicité sont également limités sur les chaînes de télévision publiques (article 16 du RStV) : sur une base moyenne annuelle, l'*Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands* (groupement des organismes régionaux publics de radiodiffusion d'Allemagne – ARD) et *Zweites Deutsches Fernsehen* (deuxième chaîne allemande – ZDF) ne doivent pas diffuser plus de 20 minutes de publicité par jour en semaine. En outre, la publicité ne doit pas dépasser un cinquième du temps par heure de diffusion. La publicité est interdite après 20 heures, les dimanches et jours fériés nationaux et sur les autres chaînes publiques. Le placement de produit et les mentions de parrainage ne sont pas décomptés dans les plages publicitaires. Néanmoins, à partir du 1^{er} janvier 2013, le parrainage (à l'exception des grands événements sportifs) sera limité à une diffusion avant 20 heures et les jours de semaine. Ces dispositions restreignent donc les possibilités pour les radiodiffuseurs de s'engager sur le marché de la publicité.

Par ailleurs, la *Gesetz über Wettbewerbsbeschränkungen* (loi sur la concurrence – GWB) est applicable parallèlement au RStV, notamment en matière d'attribution des marchés publics (articles 98 et suivants de la GWB).

2. Régulation de l'accès au marché

2.1. Télévision publique et télémedias publics

Les organismes publics de radiodiffusion⁷ ne sont pas soumis à une procédure de déclaration ou de conventionnement ; leur mission et leurs services sont définis aux articles 11 et suivants du RStV. L'article 11b du RStV définit expressément les programmes diffusés par les chaînes publiques.

En vertu de l'article 11d du RStV, certains télémedias sont également couverts par la mission de service public. Pour les offres nouvelles ou modifiées des télémedias publics, l'article 11f, paragraphes 4 à 7, prévoit l'application d'un test en trois étapes⁸. Ce test établit un inventaire quantitatif et qualitatif des télémedias librement accessibles déjà présents sur le marché, et examine quel sera l'impact du nouveau service sur le marché (article 11f, paragraphe 4, phrase 3 du RStV). L'instance compétente de l'organisme de radiodiffusion vérifie si le nouveau service relève bien de la mission de service public et communique le résultat à l'autorité de contrôle, qui vérifie simplement la conformité juridique de la décision.

2.2. Radiodiffusion privée et télémedias privés

Les radiodiffuseurs privés sont régis par les dispositions visées aux articles 20 et suivants du RStV. Parallèlement, des réglementations régionales ou des traités conclus entre certains Länder seulement peuvent également être applicables⁹. Néanmoins, leur mise en œuvre est subordonnée au fait que le RStV ne comporte aucune disposition permettant de traiter une question donnée¹⁰.

6) Concernant la teneur détaillée des engagements pris à cet égard par l'Allemagne envers la Commission, voir *Kleist*, Die Umsetzung des EU-Kompromisses im 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag, promedia 2/2008, www.promedia-berlin.de/fileadmin/Archiv/2008/02/promedia200802-online02.pdf

7) Concernant les concepts de « radiodiffusion » et de « télémedias », voir également le point I. 2.2. a).

8) Au sujet du test en trois étapes, voir *Kleist*, *ibid* (note 6) ; *Bron*, Le financement et le contrôle des offres des radiodiffuseurs de service public, dans : Observatoire européen de l'audiovisuel (éd.), *IRIS plus 2010-4*, Médias de service public : pas de contenu sans financement, p. 17 et suiv. ; *Wiedemann*, Wie die Anstalten die Entscheidungen ihrer Gremien zum Dreistufentest vorbereiten und begleiten sollten, Arbeitspapiere des Instituts für Rundfunkökonomie an der Universität zu Köln, Heft 257, 2009, www.rundfunk-institut.uni-koeln.de/institut/pdfs/25709.pdf

9) Dans un souci de concision et de clarté, nous avons généralement renoncé, dans ce qui suit, à exposer les dispositifs juridiques régionaux.

10) Article 1, paragraphe 2 du RStV. Voir également *Mitteilung der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich* (KEK) n° 6/08 du 8 avril 2008, www.kek-online.de/kek/information/publikation/kek_mitteilung_6.pdf

a) L'obligation d'obtenir une autorisation

Seuls les services de radiodiffusion privés doivent obligatoirement obtenir une autorisation (article 20, paragraphe 1, phrase 1 du RStV). Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, phrase 1, 2^e partie du RStV, la radiodiffusion consiste en la préparation et en la diffusion par ondes électromagnétiques d'images animées ou de documents sonores destinés au grand public, organisés en fonction d'une grille de diffusion et destinés à une réception simultanée. Le critère de réception simultanée exclut les services uniquement à la demande. Le concept de radiodiffusion englobe également, conformément à la phrase 2, les offres cryptées ou accessibles uniquement moyennant le paiement d'un supplément. La radiodiffusion se distingue des services de télécommunications essentiellement par la « préparation » des offres, qui va au-delà d'une simple transmission de signaux¹¹.

Enfin, l'article 2, paragraphe 1, phrase 3 du RStV définit comme « télémédias » tous les services électroniques d'information et de communication qui ne sont ni des services de télécommunications constitués *exclusivement* de transmission de signaux ou des services de télécommunications protégés¹², ni des services de radiodiffusion. Les télémédias englobent notamment les services qui proposent des contenus audiovisuels (uniquement) à la demande. En vertu des articles 54, paragraphe 1, phrase 1 du RStV, et 4 de la loi sur les télémédias, ces services ne requièrent ni autorisation, ni déclaration.

Par ailleurs, l'article 2, paragraphe 3 du RStV définit également ce concept par exclusion, en spécifiant que les services internet proposés à moins de 500 utilisateurs simultanément ne relèvent pas de la radiodiffusion (article 2, paragraphe 3, alinéa 1 du RStV)¹³.

b) Conditions personnelles requises pour l'autorisation

Les conditions personnelles imposées aux prestataires de services de radiodiffusion à l'échelle nationale sont visées à l'article 20a du RStV (notamment l'obligation de résider dans l'Espace économique européen). Concernant la régulation de la concentration, les sociétés par actions sont assujetties à l'article 20a, paragraphe 2, phrase 2 du RStV : une autorisation ne peut être accordée que si, en vertu de ses statuts, la société délivre exclusivement des actions nominatives et, le cas échéant, des actions privilégiées sans droit de vote. Cette disposition vise à éviter que la structure de propriété du radiodiffuseur et la répartition des actionnaires habilités à prendre des décisions ne restent obscures¹⁴. A l'exception des Eglises et des universités, les personnes morales de droit public, leurs représentants légaux et hauts fonctionnaires, les partis politiques¹⁵ et les associations électorales ne peuvent obtenir d'autorisation, conformément à l'article 20a, paragraphe 3, phrase 1 du RStV. En outre, les entreprises liées aux personnes citées en vertu de l'article 15, paragraphe 1 de l'*Aktiengesetz* (loi allemande sur les sociétés par actions) ne peuvent pas obtenir d'autorisation non plus, conformément à l'article 20a, paragraphe 3, phrase 2 du RStV. Ces dispositions s'appliquent par conséquent aux organismes publics et gouvernementaux étrangers (article 20a, paragraphe 3, phrase 3 du RStV).

Le motif de l'exclusion touchant les organismes publics découle du principe constitutionnel d'indépendance vis-à-vis de l'Etat : l'Etat ne peut pas être en même temps garant et redevable du droit fondamental à la liberté d'expression¹⁶. Toute prise d'influence, même indirecte, en matière de

11) Voir la définition du service de télécommunication visée à l'article 3, n° 24 de la *Telekommunikationsgesetz* (loi sur les télécommunications - TKG) du 22 juin 2004 (BGBl. I p. 1190), dernièrement modifiée par l'article 1 de la loi du 3 mai 2012 (BGBl. I p. 958), disponible (en allemand) sur : www.gesetze-im-internet.de/tkg_2004/ . Cette définition englobe expressément les services de transmission par radiodiffusion.

12) L'article 3, n° 25 de la TKG définit les services basés sur les télécommunications comme des « services qui ne génèrent pas de flux d'énergie spatiaux ou temporels distincts, mais dont la prestation en termes de contenu est fournie dès la connexion de télécommunication. »

13) Concernant les autres critères de classification des services sur internet, voir la communication de la KEK n° 4/07 du 16 novembre 2007, www.kek-online.de/kek/information/publikation/kek_mitteilung_4.pdf

14) Voir exposé des motifs du 10^e RStV, numéro 11, p. 8, www.rlp.de/no_cache/ministerpraesident/staatskanzlei/medien/?cid=94&did=5802&sechash=4fc3ce33

15) La disposition visée à l'article 6, paragraphe 2, alinéa 4 de la *Hessische Privatrundfunkgesetz* (loi sur la radiodiffusion privée de Hesse), qui interdisait aux partis et aux associations électorales toute participation dans un organisme de radiodiffusion privé, était en revanche anticonstitutionnelle car elle portait atteinte à la liberté de radiodiffusion garantie également aux partis. Voir BVerfG, arrêt du 12 mars 2008 (« 13. Rundfunkurteil »), 2 BvF 4/03, www.bverfg.de/entscheidungen/fs20080312_2bvf000403.html

16) BVerfGE 12, 205, 263.

programmation, par exemple par le biais d'une allocation par l'Etat de capacités de transmission, est interdite. La *Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich* (Commission de surveillance de la concentration dans les médias – KEK) examine depuis 2006 une demande d'autorisation d'une chaîne de télévision parlementaire de la part du *Bundestag*.

Le *Bundestag* avait prévu de retransmettre en clair par satellite et par câble les débats parlementaires qui jusqu'à présent, étaient diffusés uniquement en mode crypté sur le réseau câblé de la télévision berlinoise avec l'autorisation de la *Medienanstalt Berlin-Brandenburg* (office des médias de Berlin-Brandebourg), et sur internet via la web-TV. A cet égard, il convient tout d'abord de déterminer si, en l'espèce, le gouvernement intervient en qualité de radiodiffuseur, ce qui est illégal conformément à l'article 20a, paragraphe 3 du RStV, ou si la situation relève de l'article 2, paragraphe 3, alinéa 4 du RStV, c'est-à-dire hors radiodiffusion, dans la mesure où la diffusion intégrale, sans modification ni commentaire, des débats n'est pas considérée comme une offre à caractère journalistique ou éditorial. La procédure est actuellement suspendue, car le *Bundestag* n'a pas poursuivi son projet, la chaîne documentaire publique Phoenix ayant annoncé son intention d'élargir la diffusion des séances parlementaires¹⁷. La *Kommission für Zulassung und Aufsicht* (Commission d'agrément et de contrôle – ZAK) considère que l'offre n'est pas acceptable¹⁸ en l'état.

Par ailleurs, la position de l'entreprise semi-publique de télécommunications Deutsche Telekom AG (DTAG), qui exploite également une plateforme IPTV en tant que fournisseur ADSL, a également posé quelques problèmes. La plateforme IPTV diffuse les matchs de la ligue nationale de football dans le cadre du programme « Liga total ». DTAG avait acquis les droits de diffusion correspondants avant de les concéder en sous-licence à la société Constantin Sport Medien GmbH, qui produit également « Liga total ». Toutefois, DTAG a fait elle-même une promotion considérable pour la chaîne de football. Ce qui n'a pas manqué de soulever la question de savoir si DTAG devait être considérée comme un radiodiffuseur au sens visé à l'article 2, paragraphe 2, alinéa 14 du RStV¹⁹. « Liga Total » ne sera plus diffusé à partir de l'été 2013, car DTAG a été évincé par son concurrent Sky dans la course pour les droits de retransmission sur les quatre saisons prochaines.

c) Procédure d'autorisation

Le demandeur a l'obligation de fournir les informations et la documentation requises pour l'examen de sa demande, en particulier concernant la répartition et la structure du capital, ainsi que le droit de vote (article 21 du RStV). La *Landesmedienanstalt* (office régional des médias – LMA) compétente détient tous les droits et pouvoirs d'enquête requis pour obtenir les renseignements nécessaires et apprécier la situation (article 22 du RStV).

d) Conditions matérielles requises pour l'autorisation

Dans le cadre de la procédure d'autorisation des services de radiodiffusion diffusés à l'échelle nationale, il convient d'examiner si le demandeur exerce déjà un monopole d'opinion par le biais des programmes qui lui sont imputables. Si tel est le cas, il n'est pas possible d'autoriser d'autres programmes (article 26, paragraphe 3 du RStV). Conformément à l'article 36, paragraphe 4 du RStV, la KEK est compétente en dernier ressort, en qualité d'organisme relevant de la LMA concernée, pour évaluer le pluralisme en matière d'opinion et, partant, l'existence ou non d'une position dominante²⁰, notamment dans le cadre des procédures d'autorisation.

17) Voir au sujet de la procédure KEK, *Elfter Jahresbericht*, p. 61 et suivante, www.kek-online.de/Inhalte/jahresbericht_07-08.pdf

18) ZAK, « Derzeitige Rechtslage lässt Parlamentsfernsehen des Deutschen Bundestages nicht zu – Rundfunk muss staatsfern sein », communiqué de presse 08/2011 du 16 mars 2011, www.die-medienanstalten.de/pressecenter/pressemitteilungen/detailansicht/article/zak-pressemitteilung-082011-derzeitige-rechtslage-laesst-parlamentsfernsehen-des-deutschen-bundest.html

19) Selon un rapport d'expertise publié le 19 mars 2012, le pouvoir d'influence de la DTAG sur Constantin Sport Medien GmbH est tel que cette dernière ne peut agir de façon autonome. L'offre n'est donc « pas compatible avec la radiodiffusion » ; voir *Computerwoche* du 19 mars 2012, www.computerwoche.de/management/compliance-recht/2507325/ ; pour un avis contraire, voir *Hoeren/Kroll*, *Die Deutsche Telekom und der freie Rundfunk*, *Legal Tribune Online* du 13 février 2012, www.lto.de/recht/hintergruende/h/staatlich-kontrolliertes-bundesliga-tv-die-deutsche-telekom-und-der-freie-rundfunk/

20) *Paschke e. a.*, *Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht*, 2008, 103 (point 48). Voir article 36, paragraphes 1 et 4 du RStV. Concernant les conditions matérielles constitutives d'un monopole d'opinion, voir ci-après le point I. 3.

En outre, l'article 25 du RStV pose des conditions générales en matière de pluralisme, sans pour autant prévoir de moyens de régulation supplémentaires²¹. Si les exigences découlant du droit de la concurrence en matière de pluralisme sont remplies, la LMA compétente ne peut pas rejeter une demande d'autorisation en faisant valoir la défense du pluralisme²².

Conformément à l'article 25, paragraphe 4 du RStV, les deux programmes télévisés complets nationaux ayant la plus vaste couverture sont tenus de mettre en place à leurs frais des programmes de décrochages régionaux indépendants et devant faire l'objet d'une autorisation distincte pour rendre compte des événements d'actualité spécifiques à chaque Land.

3. Règles encadrant la concentration des médias

L'appréciation des participations, des fusions et autres activités similaires sous l'angle du pluralisme d'opinion constitue une forme de régulation de la concentration spécifique au secteur. Contrairement à la loi antitrust, cette mesure vise à éviter non pas une domination économique, mais la mise en danger du pluralisme éditorial, ce qui explique pourquoi le dispositif est ancré sur le concept de « monopole d'opinion », fortement marqué par le *Bundesverfassungsgericht*²³ (Cour fédérale constitutionnelle – BVerfG). L'exigence établie par le BVerfG d'un « ordre positif » pour la radiodiffusion, qui détermine le concept juridique du droit fondamental à la liberté de la radiodiffusion, implique, en particulier, des mécanismes visant à éviter une concentration du pouvoir d'influence sur l'opinion. Cela peut se traduire soit par une garantie d'« intra-pluralisme » au niveau de la diversité des opinions, autrement dit un pluralisme garanti par divers courants au sein même du radiodiffuseur, soit par un mécanisme d'« extra-pluralisme », comme le prévoient les articles 26 et suivants du RStV (ce point est développé ci-après). En revanche, un simple contrôle a posteriori n'est pas suffisant pour remplir les exigences en matière de droits fondamentaux, car il ne permet que très difficilement, pour autant que ce soit possible, de remédier aux abus²⁴.

Le *Bundesverwaltungsgericht* (tribunal administratif – BVerwG) estime quant à lui que le droit général de la concurrence ne permet pas, « à lui seul, d'assurer le niveau de diversité requis concernant les offres des médias électroniques. » Le droit antitrust et le droit des médias poursuivent, selon lui, des objectifs différents : l'émergence d'un monopole d'opinion ne peut être contrée « qu'à l'aide des outils spécifiques aux médias de régulation de la concentration et de garantie du pluralisme²⁵. »

En vertu de l'article 26, paragraphe 1 du RStV, une entreprise peut, en principe, diffuser autant de programmes de radiodiffusion qu'elle le souhaite²⁶. Seule l'existence d'un monopole d'opinion pose des limites à ce principe. Conformément à l'article 26, paragraphe 2 du RStV, on présume un monopole d'opinion lorsque les programmes imputables à une entreprise dépassent une part d'audience spécifique établie sur une moyenne annuelle²⁷.

21) *Rossen-Stadtfeld*, article 25 du RStV, point 1, dans : Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2008; *Paschke e. a.*, 2008, p. 241, point 90. Pour plus de détails, voir *Häussermann/Scheuer*, Rapport sur la situation nationale en Allemagne, dans : Observatoire européen de l'audiovisuel (Éd.), *IRIS Spécial : La télévision et la concentration des médias*, Strasbourg 2001, p. 10.

22) Selon le BVerfGE 97, 298, 312 et suiv., les candidats ont, en vertu du droit fondamental à la liberté de la radiodiffusion, un droit juridique subjectif à l'obtention d'une autorisation; idem pour *Paschke e. a.*, p. 225 et suiv., point 9 et suiv. Contrairement à *Hartstein e. a.*, article 20 du RStV, point 5, qui estime que même si le BVerfG reconnaît un droit subjectif à une autorisation, le législateur a toutefois laissé à plusieurs égards une marge de manœuvre pour que la LMA compétente intervienne.

23) BVerfGE 73, 118, 159f.

24) BVerfGE, 57, 295, 320, 323, 326.

25) *Bundesverwaltungsgericht* (Cour fédérale administrative – BVerwG), arrêt du 24 novembre 2010, affaire 6 C 16.09, point 39, www.bverwg.de/pdf/1455.pdf

26) Cette disposition déroge ainsi aux règles antérieures, qui déterminaient l'existence d'un pouvoir d'influence en fonction du nombre de programmes imputables au radiodiffuseur ; voir article 21, paragraphe 1 du *Staatsvertrag über den Rundfunk im vereinigten Deutschland* (traité inter-Länder relatif à la radiodiffusion dans l'Allemagne unie) du 31 août 1991, www.urheberrecht.org/law/normen/istv/RStV-00b-1991/text/1991_03.php3 ; article 8, paragraphe 5 du *Staatsvertrag zur Neuordnung des Rundfunkwesens* (traité inter-Länder relatif à la réforme de la radiodiffusion) du 1 au 3 avril 1987, www.urheberrecht.org/law/normen/istv/RStV-00a-1987/text/1987_02.php3

27) Voir à cet égard IRIS Spécial 2001, *ibid* (note 21), p. 7 et suiv.

L'article 18 du RStV précise les modalités permettant de déterminer quels programmes sont imputables à une entreprise²⁸. L'un des principaux critères concerne les modèles de participation en cas de concentration verticale, par exemple entre un radiodiffuseur et un opérateur de plateforme ou de réseau. La KEK a dû traiter cette question dans le cadre d'une demande d'autorisation pour la diffusion d'Arena League, une chaîne numérique à péage²⁹. Cette chaîne, qui comprenait la retransmission cryptée des matchs de première et deuxième division de la *Bundesliga*, devait, entre autres, être diffusée dans le cadre d'un contrat de plateforme sur les réseaux câblés des opérateurs régionaux iesy GmbH & Co. KG (iesy) et ish NRW GmbH, détenue à part entière par iesy. L'auteur de la demande, Arena Sport Rechte und Marketing GmbH, était associé à iesy de telle manière qu'on pouvait l'assimiler à cette dernière en vertu de l'article 28, paragraphe 1 du RStV. Etant donné qu'à l'époque, la chaîne n'avait pas encore de part d'audience et qu'iesy ne diffusait pas d'autre programme de radiodiffusion, la KEK n'avait pu, lors de la procédure d'autorisation de la chaîne, identifier aucun élément permettant de supposer l'émergence d'un monopole d'opinion. Toutefois, conformément aux articles 52 et 53 du RStV³⁰, il convient, à l'avenir, de garantir que d'autres fournisseurs disposent d'un accès non discriminatoire aux plateformes techniques et programmatiques d'iesy ou de la société mère Unity Media GmbH.

On présume généralement un monopole d'opinion lorsque les programmes attribuables à une même entité atteignent une part d'audience globale d'au moins 30 % (article 26, paragraphe 2, phrase 1 du RStV). Si une entreprise occupe une position dominante sur un « marché connexe des médias » ou si l'analyse globale des activités de l'entreprise sur le marché de la télévision et le marché connexe fait apparaître un pouvoir d'influence sur l'opinion correspondant à cette part d'audience, le seuil est alors ramené à 25 % de part d'audience effective (article 26, paragraphe 2, alinéa 2 du RStV). Toutefois, conformément à la « règle de bonus » visée à la phrase 3, on peut déduire lors du calcul 2 % supplémentaires si la chaîne généraliste ayant la plus vaste couverture héberge un programme de décrochage régional, conformément à l'article 25, paragraphe 4 du RStV. En outre, 3 % supplémentaires sont également déductibles si le radiodiffuseur aménage un temps de diffusion à des tiers conformément à l'article 26, paragraphe 5, et à l'article 31 du RStV.

L'existence d'un monopole d'opinion ne doit pas être contrôlée uniquement dans le cadre d'une procédure d'autorisation (conformément à l'article 26, paragraphe 3 du RStV, voir ci-dessus le point I.2), mais doit faire l'objet d'une surveillance continue, car un tel monopole peut également émerger à la suite de changements au niveau du nombre de téléspectateurs ou de la répartition des actifs. Pour pouvoir identifier à un stade précoce les situations problématiques en termes de concentration dans les médias et, le cas échéant, y remédier, l'article 29, phrase 1 du RStV prévoit une obligation de déclaration de la part du radiodiffuseur vis-à-vis de la LMA compétente pour tout changement prévu au niveau de la participation. Si, au vu de la nouvelle situation, la délivrance d'une autorisation apparaît inacceptable, la LMA ne peut approuver la modification prévue sans réserve. Conformément à l'article 29, phrase 4 du RStV, tout changement réalisé au niveau de la répartition des actifs en dépit des réserves entraîne systématiquement le retrait de l'autorisation, conformément aux dispositions réglementaires régionales³¹ (voir, par exemple, article 48 de la *Saarländisches Mediengesetz* [loi sur les médias de la Sarre]).

28) Voir IRIS *Spécial* 2001, *ibid* (note 21), p. 8.

29) KEK, décision du 11 avril 2006, affaire KEK 330, www.kek-online.de/kek/verfahren/kek330arena.pdf. Voir également *Palzer*, Un câblo-opérateur crée sa propre chaîne de programmes, IRIS 2006-4/19, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/4/article19.fr.html>; *Schoenthal*, Décisions relatives aux retransmissions de la Ligue fédérale allemande, IRIS 2006-6/14, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/6/article14.fr.html>

30) Cette référence renvoie au RStV dans la version du 8^e RÄStV, en vigueur à la date de la décision de la KEK. Voir www.urheberrecht.org/law/normen/rstv/RStV-08/text/

31) Début 2005, la *Bayerische Landeszentrale für neue Medien* (autorité bavaroise de régulation des nouveaux médias – BLM) a révoqué l'autorisation de la chaîne régionale tv.münchen car celle-ci refusait de divulguer la répartition de ses actifs malgré plusieurs demandes s'appuyant sur le devoir d'information visé à l'article 9, paragraphe 1 de la BayMG (loi bavaroise sur les médias) Voir sur ce point *Großhans*, La chaîne régionale tv.münchen perd son autorisation de diffuser, IRIS 2005-3/17, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/3/article17.fr.html>

Si l'entreprise parvient à un monopole d'opinion par son propre développement économique – c'est-à-dire sans prise de participation dans d'autres entreprises ni l'obtention d'autorisations pour des chaînes supplémentaires – elle doit, conformément à l'article 26, paragraphe 4 du RStV, convenir avec la KEK de la mise en œuvre de certaines mesures qui seront proposées par cette dernière conformément à l'article 26, paragraphe 4, phrase 1 du RStV, et les exécuter dans un délai raisonnable, afin d'éviter l'annulation irrévocable de ses autorisations (paragraphe 4, phrase 3)³². Peuvent être envisagées des mesures ciblant une diminution de la part d'audience ou de la position dominante sur les marchés liés aux médias audiovisuel, ainsi que des mesures de garantie du pluralisme, notamment l'aménagement de plages de diffusion destinées à des tiers et la mise en place d'un conseil des programmes.

Une vive controverse existe autour de la question de savoir si, hors du champ de l'article 26, paragraphe 2 du RStV, il reste possible d'établir l'existence d'un monopole d'opinion au sens visé à l'article 26, paragraphe 1 du RStV. La KEK considère que l'article 26, paragraphe 1 du RStV présente un état de fait spécifique et que les dispositions inscrites à l'article 2 n'ont qu'une valeur d'exemple³³.

Cette controverse a pris une importance considérable dans la pratique : dans une décision du 10 janvier 2006, la KEK a refusé de délivrer un certificat de non-opposition pour valider le projet d'acquisition de ProSiebenSat.1 Media AG (P7S1) par Axel Springer AG (AS)³⁴. Cette reprise aurait donné naissance au deuxième grand groupe de médias en Allemagne après Bertelsmann AG. P7S1 était l'unique actionnaire de plusieurs sociétés de télévision. La KEK a estimé que les changements prévus au niveau de la répartition des actifs dans ces sociétés risquaient de générer un monopole d'opinion. A la suite de cette décision, AS a renoncé au rachat des actions ; en revanche, peu après, les fonds de placement privés KKR et Permira sont entrés dans l'entreprise³⁵ (voir également le point I.4 sur les aspects liés au droit de la concurrence).

Cette décision de la KEK est singulière, notamment par le fait que la commission n'a pas fondé ses considérations sur l'hypothèse de l'article 26, paragraphe 2 du RStV, mais sur l'article 26, paragraphe 1 du RStV. Alors qu'après les modifications prévues au niveau de la répartition des actifs, la part d'audience globale sur le marché de la télévision aurait été inférieure à 25 %, la KEK a estimé que le pouvoir d'influence global d'AS sur l'opinion en cas d'acquisition serait tel qu'il motivait une opposition à la demande d'autorisation. La KEK fonde son estimation en particulier sur le fait que AS occupe une position « partiellement dominante et pour le moins significative » sur plusieurs autres marchés connexes des médias, notamment celui de la presse quotidienne³⁶. La décision se réfère aux considérations du BVerfG dans le *Vierter Rundfunkurteil* (quatrième arrêt sur la radiodiffusion), dans lequel les juges pointent les menaces qui pèsent sur le pluralisme lorsqu'il y a collusion entre les courants d'influence de la radiodiffusion et de la presse³⁷. La « position de domination absolue » d'AS dans la presse quotidienne et ses positions significatives sur le marché des magazines et les marchés en ligne ont renforcé son monopole d'opinion à un niveau équivalent à une part d'audience d'au moins 42 % – même après déduction des divers programmes de décrochage visant à préserver le pluralisme³⁸. La KEK souligne expressément que le principal concurrent de P7S1, Bertelsmann AG détient également une part importante du marché de la télévision, grâce à sa participation majoritaire dans le Groupe RTL, mais que sur le marché de la presse quotidienne, sa position n'est pas comparable à celle d'AS.

32) Voir IRIS Spécial 2001, *ibid* (Note 22), p. 9 et suiv.

33) KEK, Auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltssicherung (4^e rapport sur la concentration), 2010, p. 378 et suiv., www.kek-online.de/Inhalte/mkbericht_4_gesamt.html. Pour le détail des autres arguments, voir KEK, décision du 10 janvier 2006, affaire KEK 293-1 à -5, www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf, 72 et suiv.

34) KEK, décision du 10 janvier 2006, *ibid* (note 34).

35) Cela s'est produit après que AS a décidé de se défaire totalement des parts qu'il détenait déjà dans l'entreprise. A la place, le Groupe a repris le portail bild.t-online.de, qu'il exploitait auparavant conjointement avec Deutsche Telekom AG ; voir Scheuer, Chassé-croisé des participations sur le marché des médias, IRIS 2008-3:Extra, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/3/article102.fr.html>

36) Voir KEK, décision du 10 janvier 2006, *ibid* (note 34), 87.

37) BVerfGE 73, 118, 175.

38) Des déductions de 3 % pour le temps d'antenne accordé à des tiers et de 2 % pour les décrochages régionaux avaient déjà été appliquées en vertu de l'article 26, paragraphe 2, p. 3 du RStV, même si la KEK notait dans le même paragraphe que la totalité du bonus pour le décrochage régional ne pourrait être obtenue qu'à une date ultérieure, puisque les programmes de décrochage actuels sur SAT.1 n'étaient pas conformes, pour le moment, aux conditions requises en vertu de l'article 25, paragraphe 4, p. 2-4 du RStV.

Après avoir formé un recours contre cette décision, AS a obtenu provisoirement gain de cause auprès du *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof* (tribunal administratif de Bavière – BayVGH)³⁹, qui considère que la KEK a « outrepassé à maints égards » les limites de son pouvoir discrétionnaire. En particulier, le pouvoir d'influence sur les marchés connexes liés aux médias n'aurait pas dû être intégré dans l'évaluation, puisque la part d'audience de 22,06 % était largement en-deçà du seuil de 25 % fixé par l'article 26, paragraphe 2, phrase 2 du RStV. En outre, le BayVGH estime que la KEK aurait dû tenir compte de l'appréciation contenue dans les exemples cités et ne pas y substituer ses propres analyses. La KEK a annoncé aux médias son intention de saisir le BVerwG d'une requête en irrecevabilité⁴⁰. Si cette requête aboutit, cela pourrait signifier que l'articulation entre l'article 26, paragraphe 1 et l'article 26, paragraphe 2 du RStV sera définitivement clarifiée à court terme.

L'affaire avait déjà été portée devant le BVerwG après le rejet initial du recours d'AS jugé irrecevable par le BayVGH⁴¹, puis le renvoi en appel devant celui-ci pour traiter l'affaire sur le fond⁴². Dans son arrêt, le BVerwG reconnaît la portée spécifique propre de l'article 26 paragraphe 1 du RStV (parallèlement à l'article 26, paragraphe 2 du RStV) : les exemples visés au paragraphe 2 ne sont pas censés constituer une règle définitive et doivent permettre une appréciation différente, même lorsque le seuil n'est pas tout à fait atteint, à condition, toutefois, qu'il existe un motif suffisant pour contrebalancer les exemples. En outre, la KEK devrait également tenir compte, dans son évaluation, de l'analyse du législateur concernant les exemples visés. Or, dans sa dernière décision, le BayVGH considère que cette condition n'est pas remplie.

Les investissements transnationaux dans les sociétés de médias constituent des cas particuliers, qui, d'une façon générale, ne sont pas soumis aux dispositions du RStV visant à garantir le pluralisme. Seuls les organismes publics ou gouvernementaux étrangers ne peuvent, en vertu de l'article 20a, paragraphe 3, phrase 3 du RStV, obtenir le statut de radiodiffuseur, ni être impliqués dans un organisme de radiodiffusion en tant que société affiliée. En revanche, l'interdiction ne couvre pas les prises de participation publique qui ne constituent pas un lien au sens visé à l'article 15 de l'*Aktiengesetz* (loi sur les sociétés par actions – AktG), et ne s'applique nullement aux investisseurs privés étrangers. Un amendement de l'*Außenwirtschaftsgesetz* (loi sur le commerce extérieur – AWG)⁴³ entré en vigueur en 2009 permet de procéder à l'examen et, éventuellement, à l'interdiction d'une prise de participation dans des entreprises allemandes par des étrangers non ressortissants de l'UE/AELE, si cela présente un risque pour « l'ordre public ou la sécurité de la République fédérale d'Allemagne » (article 7, paragraphe 2, alinéa 6 de l'AWG). Toutefois, l'article 53, paragraphe 1, phrase 2 de l'*Außenwirtschaftsverordnung* (ordonnance sur le commerce extérieur – AWW) limite cet examen aux investissements d'au moins 25 % des parts avec droit de vote. La structure des autres sociétés est règlementée par l'article 53, paragraphe 1, phrase 3 de l'AWV sur le même modèle qu'à l'article 28 du RStV. Afin d'éviter les opérations visant à contourner la réglementation, il est également possible, en cas d'indices suffisants, d'interdire une prise de participation d'un ressortissant d'un autre Etat membre de l'UE/AELE dans la mesure où un étranger non ressortissant de l'UE/AELE détient au moins 25 % des voix dans cette société (article 53, paragraphe 1, phrases 6 et 7 de l'AWV). Conformément à l'article 7, paragraphe 2, alinéa 6 de l'AWG, c'est le *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (ministère fédéral de l'Economie et de la Technologie) qui est chargé de procéder à l'examen (article 28, paragraphe 2, alinéa 3 de l'AWG). L'existence de cet état de fait est déterminée par le droit de l'Union (voir article 1, alinéa 4 de l'AWG, qui se réfère aux articles actuels 52 et 65 du Traité sur le fonctionnement de l'UE). De même, l'article 7, paragraphe 2, alinéa 6 de l'AWG énonce qu'une menace « réelle et suffisamment grave (...), pour un intérêt fondamental de la société » doit être avérée. D'une façon générale, la CJCE reconnaît que le maintien d'un système de radiodiffusion pluraliste est une raison impérieuse d'intérêt général pouvant justifier des restrictions aux libertés fondamentales⁴⁴.

39) BayVGH, décision du 14 janvier 2012, affaire 7 BV 11.285, www.vgh.bayern.de/BayVGH/documents/7BV11.285.pdf

40) Der Spiegel 16/2012, 16 avril 2012, www.spiegel.de/spiegel/print/d-85065981.html

41) BayVGH, décision du 7 septembre 2009, affaire 7 BV 08.254, www.vgh.bayern.de/BayVGH/documents/7BV08254_anonymisiert_.pdf ; voir également *Yliniva-Hoffmann*, Le BayVGH donne suite à la plainte d'Axel Springer AG concernant la reprise de P7S1, IRIS 2012-4/15, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2012/4/article15.fr.html>

42) BVerwG, décision du 24-11-2010, affaire 6 C 16.09, www.bverwg.de/pdf/1455.pdf

43) Loi sur le commerce extérieur dans sa version publiée le 27 mai 2009 (BGBl. I p. 1150), dernièrement modifiée par l'article 1 de l'ordonnance du 15 décembre 2011 (BAz. 2011, 4653).

44) CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, affaire C-288/89 – *Gouda*, point 23; CJCE, arrêt du 3 février 1991, affaire C-148/91 – *Veronica*, point 9). « Le maintien du pluralisme vise à préserver la diversité des opinions, et donc la liberté d'expression » (CJCE, arrêt du 5 octobre 1994, affaire C-23/93 – *TV10*, point 25.)

A l'inverse, la participation des investisseurs allemands dans des organismes de médias étrangers n'est pas limitée par les dispositions nationales visant à préserver le pluralisme (voir article 26, paragraphe 1 du RStV, qui porte uniquement sur la diffusion de programmes en Allemagne), sous réserve que cette participation ne soit pas destinée à contourner la réglementation allemande⁴⁵. D'autre part, il convient de prendre également en compte les entreprises étrangères dans le mode de calcul du pouvoir d'influence des organismes en Allemagne, conformément à l'article 28, paragraphe 3 du RStV.

Les articles 25 et suivants du RStV ne s'appliquent pas aux entreprises qui proposent à la fois des télémedias privés et des programmes radiodiffusés. Ces prestataires sont soumis exclusivement aux dispositions des articles 54 et suivants du RStV. Ces dispositions ne contiennent pas (encore⁴⁶) de règles spécifiques aux médias en matière de concentration.

4. Le droit de la concurrence

Parallèlement aux règles spécifiques aux médias en matière de concentration inscrites dans le RStV, la loi antitrust est également applicable. Son objectif central, qui se distingue clairement de celui des règles encadrant la concentration, vise à empêcher l'émergence d'une « position dominante sur le marché ». La vocation de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (loi sur la libre concurrence – GWB)⁴⁷ est de préserver la concurrence économique sur le marché des médias. Contrairement aux conditions énoncées à l'article 26 du RStV, la GWB n'empêche pas l'émergence d'une position dominante sur le marché qui résulterait de l'activité économique d'une entreprise individuelle. Une régulation de la concurrence n'intervient que lorsqu'une fusion est prévue avec une autre entreprise ou qu'une entreprise abuse de sa position dominante.

Les possibilités d'intervention des autorités de régulation de la concurrence⁴⁸ se limitent essentiellement à trois situations : l'autorité compétente peut, d'une part, prendre des mesures à l'encontre de cartels portant atteinte à la concurrence (articles 32, 1 de la GWB) et, d'autre part, contraindre les entreprises abusant de leur position dominante à cesser leurs pratiques abusives (articles 32, 19 et suivants de la GWB). Enfin, elle peut interdire les projets de fusion risquant de favoriser l'émergence ou le renforcement d'une position dominante sur le marché (articles 35 et suivants de la GWB).

Dans le domaine des médias audiovisuels, le *Bundeskartellamt* (Office fédéral de contrôle de la concurrence – BKartA) a essentiellement statué ces dernières années sur des projets de fusions⁴⁹. Le BKartA a notamment dû se prononcer sur le projet, déjà mentionné ci-dessus, de reprise de P7S1 par AS. Les deux entreprises avaient annoncé cette prise de participation comme un projet de fusion, conformément aux articles 35, alinéa 1, 39 de la GWB. Quelques jours seulement après la décision de la KEK, le BKartA a, lui aussi, interdit la fusion⁵⁰. L'analyse du marché a révélé que la fusion entraînerait, entre autres, un renforcement de la position dominante du duopole formé par P7S1 et Bertelsmann

45) Voir sur ce point *Hartstein e. a.*, article 26 du RStV, point 6.

46) Concernant les développements en matière de concentration dans le domaine des services de médias sur internet du point de vue de la science des communications et de l'économie des médias - y compris le phénomène des participations croisées - *Christoph Neuberger / Frank Lobigs, Die Bedeutung des Internets im Rahmen der Vielfaltssicherung*, collection ALM, volume 43, Berlin 2010. *Schmid* dans : *Schwartzmann, Praxishandbuch Medien-, IT- und Urheberrecht*, 2008, p. 105, point 50, suggère, cependant, de prendre modèle sur les « rapports de nature essentiellement plus libérale de la presse » pour réformer le cadre juridique de la concentration dans le secteur de la radiodiffusion.

47) Disponible sur : www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html

48) Dans la mesure où l'impact d'une opération non conforme à la réglementation antitrust dépasse les limites d'un Land, le *Bundeskartellamt* (office fédéral de contrôle de la concurrence) est toujours compétent (article 48, paragraphe 2 de la GWB). Il en va de même si – comme pour le contrôle des fusions (voir l'article 36 de la GWB) – le BKartA figure explicitement dans la loi comme autorité compétente.

49) *Podszun, Fernsehkartellrecht – Die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts*, MMR 2007, p. 761 et suiv., analyse les principes appliqués par le BKartA pour évaluer la concentration dans le secteur de la télévision en s'appuyant sur quatre décisions – notamment celle mentionnée ci-après.

50) BKartA, décision du 19 janvier 2006, affaire B6-103/05.

AG sur le marché de la publicité télévisée⁵¹. Les mesures correctives convenues n'ont pas été jugées suffisantes, le BKartA relevant, en particulier, l'absence de possibilités de contrôle et de sanctions effectives au niveau des conditions de la licence. Le BKartA et la KEK s'appuient conjointement sur les articles 39a du RStV et 50c de la GWB concernant les cas relevant à la fois du droit antitrust et du droit des médias. AS avait également engagé une action contre la décision du BKartA, mais s'est vue déboutée en dernière instance par le BGH en 2010⁵².

En 2011, le BKartA a interdit une autre fusion impliquant P7S1⁵³ : cette dernière prévoyait, en collaboration avec le concurrent RTL interactive GmbH du Groupe RTL, de mettre en place une plateforme internet de vidéos à la demande (VoD) appelée « Amazonas ». La société de joint-venture qui devait être créée à cet effet aurait, selon le BKartA, renforcé la position dominante du duopole sur le marché de la publicité télévisée nationale. Outre une harmonisation des principaux paramètres de concurrence entre les entreprises concernées, en particulier pour la publicité sur le marché des vidéos en ligne (*in-stream-video*)⁵⁴, le BKartA craignait également une incitation à faire obstruction à l'accès aux contenus télévisuels des opérateurs d'autres plateformes de VoD financées par la publicité, et d'affaiblir ainsi leur position sur le marché. Ceci aurait eu un impact négatif sur la concurrence sur le marché de la publicité des vidéos en ligne. Dans le même temps, le BKartA considérait que le protocole d'accord relatif à la création de la joint-venture constituait une violation de l'interdiction des cartels, notamment parce que les parties concernées avaient l'intention, par le biais de cette entreprise, « d'influencer conformément à leur intérêt commun » la situation sur le marché de la publicité des vidéos en ligne. En 2007, le BKartA était déjà intervenu contre les agents publicitaires de P7S1 (SevenOne Media) et du Groupe RTL (IP Allemagne), car il considérait que les « *share deals* » relevaient d'un comportement abusif des deux entreprises qui occupaient conjointement une position dominante sur le marché de la publicité télévisée⁵⁵. En revanche, le BKartA a validé le modèle de commercialisation centralisée des droits de retransmission des matchs de football de première et deuxième divisions de la *Bundesliga* pour la période 2013/14⁵⁶ ; le BKartA note cependant que le projet de commercialisation exclusive des droits relatifs à la Deutsche Fußball Liga GmbH (DFL) entraînerait, d'une part, des restrictions sensibles de la concurrence sur le marché national des droits de diffusion dans les médias et, d'autre part, des entraves significatives au commerce international. Néanmoins, il n'a pas été nécessaire de trancher définitivement sur la question de savoir si cela constituait une violation de l'interdiction des cartels, car le BKartA, estimant qu'il pouvait lever ses réserves en raison des engagements significatifs pris par les parties concernées, a interrompu la procédure conformément à l'article 32b de la GWB. Il considère que la répartition des lots de droits en fonction des moyens de diffusion est globalement équilibrée. En outre, l'ampleur des obligations en matière d'exploitation prévues dans les engagements pris par les acquéreurs des droits permet d'éviter que l'un d'entre eux achète la totalité des droits uniquement pour empêcher ses concurrents de produire un compte rendu des matchs. Dans la procédure d'appel d'offres qui a suivi, l'opérateur de télévision à péage Sky a acquis les droits de retransmission en direct sur la télévision à péage, à la fois par le biais des canaux de distribution traditionnels et de l'IPTV, ainsi que pour la web-TV et les mobiles. Selon les médias, DTAG, qui exploitait auparavant les droits sur IPTV, diffusera dorénavant le signal de Sky dans le cadre de son offre IPTV « Entertain ». En revanche, la chaîne du Groupe « Liga total » est suspendue (voir plus haut I.2.2.b) car DTAG n'a pas réussi à trouver un accord avec Sky sur l'acquisition des droits pour une diffusion IPTV⁵⁷. La commercialisation des

51) A peine trois mois plus tard, le BKartA a toutefois autorisé la reprise de n-tv Nachrichtenfernsehen GmbH & Co. KG par RTL Television en expliquant que le duopole du marché de la publicité aurait persisté même en cas d'interdiction, car, dans ce cas, le programme n-tv aurait été interrompu ; BKartA, décision du 11 avril 2006, B6 - 142/05, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion06/B6-142-05.pdf?navid=91 ; voir à ce sujet *Palzer*, RTL reprend la chaîne d'information n-tv, IRIS 2006-6/16, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/6/article16.fr.html>

52) BGH, ordonnance du 8 juin 2010, affaire KVR 4/09, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=53625&pos=0&anz=1> ; voir à ce sujet *Yliniva-Hoffmann*, Le BGH confirme l'interdiction de la fusion entre Springer et ProSiebenSat1, IRIS 2010-7/12, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/7/article12.fr.html>

53) BKartA, décision du 17 mars 2011, affaire B6-94/10, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion11/B06-094-10_endg.pdf ; voir également *Matzneller*, Le BKartA interdit la plateforme commune de vidéo prévue par RTL et ProSiebenSat.1, IRIS 2011-5/15, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2011/5/article15.fr.html>

54) Par publicité *in-stream-video*, le BKartA désigne une séquence vidéo publicitaire similaire à un spot publicitaire télévisé, qui est associée à une vidéo en ligne, et « ciblée en fonction de l'intérêt de l'utilisateur en ligne. »

55) *Göttlich*, ProSiebenSat.1 et RTL acceptent les fortes amendes infligées par le *Bundeskartellamt*, IRIS 2007-10/14, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/10/article14.fr.html>

56) BKartA, décision du 12 janvier 2012, affaire B 6-114/10, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell12/B6-114-10_inkl_Anlage.pdf?navid=39

57) www.ftd.de/it-medien/medien-internet/:bundesligarechte-telekom-begraebt-liga-total/70042180.htm

droits de retransmission pour les matchs de football de la *Bundesliga* fait traditionnellement l'objet d'un suivi attentif de la part du BKartA⁵⁸.

5. Obligations en matière d'offres (*must-offer*, accès aux archives)

Jusqu'à présent, la loi allemande ne prévoit, pour les radiodiffuseurs et les autres fournisseurs de médias audiovisuels, aucune obligation globale expressément formalisée de mettre leurs contenus à la disposition d'une partie ou de la totalité des opérateurs de réseaux et de plateformes qui le souhaitent. Sur la base des garanties accordées aux organismes de radiodiffusion par le droit d'auteur et les droits voisins (articles 20, 20b, 87 de l'*Urheberrechtsgesetz*⁵⁹ – loi sur le droit d'auteur), les radiodiffuseurs ont tout pouvoir de décision en matière de diffusion des signaux de radiodiffusion. De nombreuses décisions sur l'interprétation de ces dispositions le confirment⁶⁰. Les opérateurs de réseau doivent donc se mettre d'accord avec les radiodiffuseurs sur les droits de retransmission⁶¹. La mission de service public (article 11 du RStV) ne permet pas non plus de dégager de véritables obligations en matière d'offre vis-à-vis des infrastructures de diffusion. Toutefois, le droit fondamental du libre accès à l'information peut donner lieu à une obligation pour les radiodiffuseurs de conclure uniquement des contrats exclusifs pour des contenus qui doivent être effectivement utilisés⁶².

Lorsqu'elles occupent une position dominante, les chaînes de télévision peuvent être tenues de proposer leur programme à des opérateurs de plateformes et de réseaux pour des raisons liées au droit de la concurrence. Toutefois, aucune décision des autorités de régulation de la concurrence allant dans ce sens n'est connue à ce jour⁶³.

En revanche, une obligation en matière d'offres de certains contenus (par exemple des émissions sportives) de la part des organismes de radiodiffusion vis-à-vis des chaînes concurrentes résulte des procédures d'enquête mentionnées en introduction ; dans le cadre desdites procédures, le gouvernement fédéral s'engage à veiller à ce que les radiodiffuseurs assurent la transparence au niveau de leur politique commerciale en matière de droits sportifs. Cela implique, en particulier, qu'ils utilisent les droits acquis soit pour diffuser eux-mêmes des événements sportifs, soit en les cédant à des tiers, en toute transparence, dans le cadre d'une sous-licence⁶⁴.

II. Les opérateurs de plateformes et les services convergents

1. Les fondements du droit des médias

Le dixième *Rundfunkänderungsstaatsvertrag* (Traité portant modification du traité inter-Länder sur la radiodiffusion – RÄStV) a introduit de nouvelles dispositions concernant les opérateurs de plateformes numériques (voir articles 52 et suivants du RStV). Ces dispositions sont concrétisées, tant au niveau

58) Le BKartA avait également toléré en 2007 la coopération entre la chaîne à péage Première et Arena, mais à la condition qu'elle prenne fin le 30 juin 2009 ; voir *Schneider*, Kartellamt toleriert Arena/Premiere-Kooperation, *Telemedicus* du 18 juillet 2007, www.telemedicus.info/article/313-Kartellamt-toleriert-ArenaPremiere-Kooperation.html

59) *Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (loi sur le droit d'auteur et les droits voisins) du 9 septembre 1965, *Bundesgesetzblatt* (journal officiel allemand – BGBl.) I p. 1273, dans sa version du 22 décembre 2011, BGBl. I p. 3044.

60) Voir sur ce point *Hilger*, L'injection des programmes numériques dans le réseau câblé soumise à l'accord préalable des diffuseurs, IRIS 2003-2/9, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2003/2/article9.fr.html> ; *Schweda*, Les câblo-opérateurs doivent verser des droits de licence à VG Media, IRIS 2010-4/15, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/4/article15.fr.html> ; *Yliniva-Hoffmann*, Arrêt du BGH relatif au droit de la transmission par câble, IRIS 2010-6/17, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/6/article17.fr.html>

61) Voir à ce sujet *Yliniva-Hoffmann*, Le FRK et RTL Allemagne passent un accord pour la retransmission par câble, IRIS 2012-5/17, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2012/5/article17.fr.html> et, pour un complément d'information, *Hilger*, Conciliation entre ANGA et Première, IRIS 2001-5/7, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2001/5/article7.fr.html>

62) *Hartstein e. a.*, § 11 RStV, Rn. 42 a. E.

63) Concernant les négociations difficiles (également) des radiodiffuseurs allemands relatives à la retransmission de leurs programmes sur la plateforme internet Zattoo et sur la plateforme DVB-H allemande voir *Scheuer/Schweda*, Des avancées dans le débat sur le « must-offer » ? L'exclusivité dans les médias et la communication, IRIS plus 2008-10, www.obs.coe.int/oea_publ/iris/iris_plus/iplus10_2008.pdf. Ni la décision du BKartA mentionnée ci-dessus (note 57) concernant le modèle de commercialisation des matchs des ligues fédérales de football, ni les engagements pris dans le cadre de cette procédure ne comportent d'obligations à cet égard.

64) *Commission européenne*, *ibid* (note 2), p. 78, point 355.

du contenu que des procédures, dans la nouvelle *Zugangs- und Plattformsatzung* (dispositif concernant l'accès et la régulation des opérateurs de plateformes – ZPS)⁶⁵ établie sur la base de l'article 53 du RStV (voir article 53, phrase 1, article 1, paragraphe 1 de la ZPS)⁶⁶.

En vertu de l'article 2, paragraphe 2, alinéa 13 du RStV, est opérateur de plateforme quiconque « compose sur des capacités de transmission numérique ou des flux de contenus numériques une offre de services de radiodiffusion et de télémedias similaires, y compris provenant de tiers, dans le but de les rendre accessibles sous la forme d'une offre globale, ou quiconque a pouvoir de décision sur le choix de ces services ; quiconque se livre exclusivement à la commercialisation de services de radiodiffusion ou de télémedias similaires n'est pas opérateur de plateforme. » En revanche, si l'offre d'un fournisseur se limite à la transmission technique de signaux de radiodiffusion, celui-ci n'entre pas dans la définition d'un opérateur de plateforme, et relève exclusivement des dispositions de la *Telekommunikationsgesetz* (loi sur les télécommunications – TKG) au titre d'opérateur de télécommunications⁶⁷.

Certaines plateformes, pour lesquelles le législateur n'a pas jugé nécessaire d'établir une réglementation⁶⁸, sont exemptées de plusieurs dispositions fondamentales portant notamment sur la composition de la plateforme, le libre accès technique et les tarifs, (article 52, paragraphe 1 du RStV). Cela concerne par exemple, les plateformes sur des réseaux ouverts comme l'internet, dans la mesure où elles n'occupent pas de position dominante sur ces marchés⁶⁹. De même, ces dispositions ne sont pas applicables aux plateformes qui retransmettent simplement une offre conforme à la réglementation sans la modifier, ou qui n'ont qu'un nombre restreint d'utilisateurs.

Les opérateurs qui ne sont pas couverts par une dérogation doivent déclarer le projet de mise en service de la plateforme un mois à l'avance auprès de la LMA compétente. Il n'est pas nécessaire d'obtenir une autorisation expresse ; néanmoins, conformément à l'article 52, paragraphe 2 du RStV, l'opérateur doit remplir les conditions personnelles visées à l'article 20a, paragraphes 1 et 2 du RStV et en faire état dans sa déclaration, conformément à l'article 52, paragraphe 3, alinéa 1 du RStV. En outre, il doit également exposer comment il mettra en œuvre les exigences dont font l'objet les opérateurs de plateformes (article 52, paragraphe 3, alinéa 2 du RStV) en vertu des articles 52a à 52d du RStV. Sur demande de la LMA compétente, l'opérateur de plateforme est tenu de lui présenter la documentation requise ; les dispositions procédurales visées aux articles 21 à 24 du RStV s'appliquent en conséquence (article 52e, paragraphe 1 du RStV).

Un certain nombre de nouvelles dispositions ont pour objet, ou pour effet, de préserver le pluralisme. Ainsi, l'article 52b, paragraphe 1 du RStV soumet les opérateurs de plateformes privés à de nombreuses obligations pour la répartition des programmes de télévision. Ils doivent allouer au maximum un tiers de la capacité de transmission aux chaînes publiques nationales (ARD, ZDF) et aux « programmes tiers » diffusés par les *Landesrundfunkanstalten* (organismes régionaux de radiodiffusion – LRA) des Länder concernés, aux deux chaînes de télévision privées qui comportent des programmes de décrochage régionaux, conformément à l'article 25, paragraphe 4 du RStV, ainsi qu'aux programmes de télévision locaux et régionaux agréés (article 52b, paragraphe 1, phrase 1, alinéa 1 du RStV). Une autre allocation d'un tiers maximum est prévue pour les chaînes de télévision numériques et les télémedias, que l'opérateur de plateforme doit sélectionner en respectant le pluralisme. A cet égard, il doit faire appel à un grand nombre de fournisseurs de programmes tout en garantissant la diversité qualitative de l'offre par l'intégration de services diversifiés (article 52b, paragraphe 1, phrase 1, alinéa 2 du RStV). Hormis ces contraintes, l'opérateur de plateforme peut, en principe, décider librement de la composition de son offre (article 52b, paragraphe 1, phrase 1, alinéa 3 du RStV). Lorsque la capacité disponible n'est pas suffisante pour appliquer pleinement ces règles, il convient de les mettre en œuvre en fonction de

65) *Satzung über die Zugangsfreiheit zu digitalen Diensten und zur Plattformregulierung* (statuts relatifs à la liberté d'accès aux services numériques et à la régulation des opérateurs de plateformes) conformément à l'article 53 du *Rundfunkstaatsvertrag* (traité inter-Länder sur la radiodiffusion) du 11 novembre 2008, disponible sur : www.blm.de/apps/documentbase/data/pdf1/zgs_08.pdf

66) Certaines dispositions existaient déjà avant l'entrée en vigueur du 10^e RÄStV (voir article 53 du RStV dans la version du 9^e RÄStV), mais ne concernaient pas la catégorie nouvellement ciblée des opérateurs de plateformes, mais les prestataires de services de télécommunications.

67) Voir à ce sujet le point III ci-après.

68) Exposé des motifs du 10^e RÄStV, *ibid* (note 14), p. 4, 27.

69) L'existence d'une position dominante doit être établie conformément à l'article 19 de la GWB ; article 1, paragraphe 2, alinéa 1 de la ZPS.

la capacité totale, en accordant, d'une façon générale, la priorité aux chaînes publiques (article 52b paragraphe 1, phrase 2 du RStV).

Les règles relatives à la liberté d'accès technique visent également à garantir le pluralisme en matière d'offre et d'opinion (article 52c, paragraphe 1, phrase 1 RStV). La diffusion de services de radiodiffusion et de télémedias similaires ne peut donc pas être entravée de façon injuste, arbitraire ou discriminatoire, par le fait de la conception technique des services qui contrôlent l'accès aux fonctionnalités de la plateforme ; cette disposition est explicitée par des exemples visés aux articles 4, paragraphes 2 et 3 de la ZPS. Par ailleurs, les articles 14 et suivants de la ZPS expliquent comment l'opérateur de plateforme, ou le fabricant d'équipements terminaux indirectement engagé, doivent aménager concrètement l'accès. Les obligations prévues sont semblables, pour l'essentiel, à celles des opérateurs de télécommunications aux termes de la TKG⁷⁰. En outre, les opérateurs de plateforme sont soumis à certaines obligations visant à garantir un dispositif de rémunération et une grille tarifaire équitables et non-discriminatoires (article 52 d, phrase 1 du RStV, article 17, paragraphe 1 de la ZPS).

Le régime réglementaire des plateformes se situe à l'intersection des compétences nationales et régionales. Concernant les manquements éventuels à l'obligation de garantir un accès libre et sans entraves aux systèmes d'identification et aux interfaces de programmation des applications (API), ou en cas d'infraction aux dispositions relatives au régime de rémunération et de tarification, c'est donc la LMA compétente qui dispose du pouvoir décisionnel, en concertation avec la *Bundesnetzagentur* (agence nationale de régulation des télécommunications - BnetzA), conformément à l'article 52e, paragraphe 2 du RStV. Dans la pratique, aucune procédure de ce type n'a encore été engagée.

2. Droit général de la concurrence

Le droit général de la concurrence permet également de lutter contre l'émergence d'une position dominante dans le secteur des opérateurs de plateforme. Au cours des dernières années, le BKartA a statué essentiellement sur trois projets de fusion.

Fin 2004, le BKartA a approuvé la reprise par l'opérateur satellitaire SES Global Europe⁷¹ de Digital Playout Center GmbH (DPC), une filiale détenue à 100 % par l'opérateur de télévision à péage Premiere TV GmbH & Co. KG (aujourd'hui Sky Deutschland). Le BKartA reconnaît que cette fusion renforce la position dominante de SES Global Europe sur le marché (majoritairement) germanophone des capacités-répéteurs pour la transmission des programmes de radiodiffusion jusqu'à l'utilisateur final (« *direct-to-home* »), car cela engendre une situation d'« intégration verticale de l'opérateur satellite dominant sur le marché avec le seul prestataire pouvant fournir l'accès aux infrastructures satellite de Premiere et aux décodeurs PKN⁷². » Cependant, l'amélioration des conditions de concurrence sur le marché grand public des chaînes à péage contrebalance largement la position dominante.

De même, le BKartA n'a soulevé aucune objection contre la constitution d'un groupement d'entreprises autour de trois grands opérateurs de réseau de téléphonie mobile pour la mise en place d'une plateforme de diffusion de télévision mobile, en estimant qu'il n'y avait aucun risque d'émergence ou de consolidation d'une position dominante sur les marchés correspondants⁷³.

70) Voir le point III ci-après. Concernant la forme de réglementation des plateformes visée dans la TKG, le RStV et la ZPS, ainsi que les différences détaillées, voir *Merkel/Roßnagel/Scheuer/Schweda*, *Sicherung der Interoperabilität als Ziel der Regulierung der Rundfunkübertragung*, étude commandée par le ministère fédéral de l'Économie et de la Technologie des Bundesministeriums, 2009, p. 56 et suiv., 79 et suiv., www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/sicherung-und-interoperabilitaet-der-rundfunkuebertragung,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf

71) BKartA, décision du 28 décembre 2004, affaire B 7 - 150/04, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion05/B7-150-04.pdf?navid=93. Voir également *Palzer*, L'Office fédéral des cartels autorise l'acquisition de Digital Playout Center par SES Astra, IRIS 2005-2/13, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/2/article13.fr.html>. Cette décision a été confirmée par l'OLG de Düsseldorf, arrêt du 18 octobre 2006, affaire VI-Kart 2/05 (V), www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2006/VI_Kart_2_05_V_beschluss20061018.html; voir également *Ader*, L'OLG de Düsseldorf saisi d'une procédure contre SES Astra, IRIS 2006-4/14, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/4/article14.fr.html>

72) BKartA, *ibid* (note 72), p. 39, alinéa 132.

73) BKartA, décision du 13 août 2007, affaire B7 - 61/07, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion07/B7-61-07.pdf?navid=90; voir également *Evers*, Pas d'objection à la constitution d'un consortium DVB-H, IRIS 2007-9/12, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/9/article12.fr.html>

Dans le cadre de la procédure parallèle antitrust en cours, le BKartA reconnaît que cette coopération entraînera effectivement une limitation de la concurrence⁷⁴. Néanmoins, il a suspendu la procédure après que les parties concernées se sont engagées, entre autres, à renoncer au jumelage effectif ou contractuel des offres DVB-H avec des offres de télévision/vidéo sur téléphone mobile. De même, les parties ont accepté de ne pas subordonner l'activation du service DVB-H à l'utilisation de terminaux capables de recevoir uniquement des signaux de téléphonie mobile et des signaux DVB-H. Par ailleurs, la réception des signaux DVB-H devait être permise sur d'autres terminaux que les téléphones portables. Les engagements pris par les entreprises sont de nature à garantir de façon satisfaisante l'ouverture du marché aux offres de télévision mobile utilisant d'autres normes.

A cet égard, l'interdiction de la plateforme VoD commune « Amazonas » mérite une fois de plus d'être mentionnée⁷⁵: les propositions des deux parties d'adopter des dispositions complémentaires pour compenser la position dominante sur le marché de la publicité *in-stream* n'ont pas été jugées suffisantes par le BKartA. En particulier, les entreprises ont refusé d'aménager l'offre pour en faire une plateforme technique ouverte également aux fournisseurs de VoD concurrents. De ce fait, la plateforme ne peut pas être considérée comme un simple prestataire de services techniques (comme le prétendent les parties). Une démarche similaire de la part d'organismes publics est examinée actuellement par l'autorité de la concurrence : ARD et ZDF envisagent de lancer fin 2012 une plateforme en ligne appelée « Germany's Gold », qui sera constituée par une société commerciale privée, conformément aux dispositions régissant les activités commerciales des organismes de radiodiffusion (articles 16a et suivants du RStV, voir le point I. 1 ci-dessus) et sera financée par la publicité ou les abonnements des utilisateurs. Contrairement à « Amazonas », les autorités garantes de la concurrence ne relèvent dans ce projet aucune infraction aux règles en matière de fusion, puisque cette opération n'engendrera ni l'émergence, ni la consolidation d'une position dominante. Le BKartA vérifie à présent la conformité du projet avec les règles antitrust⁷⁶.

III. La diffusion (opérateurs réseau, développeurs de matériel et logiciels, fabricants de terminaux)

1. La réglementation sectorielle

La concurrence entre les opérateurs de réseaux et les fournisseurs de services de télécommunications est régie principalement par la TKG, qui transpose en grande partie le cadre réglementaire de l'UE en matière de communications électroniques. L'autorité de régulation compétente, la *Bundesnetzagentur* (agence nationale de régulation des télécommunications – BNetzA), définit le marché propre à ce secteur, sur la base des critères visés à l'article 10 de la TKG, en identifiant les segments qui relèvent d'une réglementation sectorielle spécifique. Si une analyse de marché fait apparaître, conformément à l'article 11 de la TKG, que la concurrence ne joue pas efficacement sur un marché, la BNetzA peut émettre des ordonnances de régulation à l'encontre des entreprises en position dominante sur ledit marché (article 13 de la TKG). Les obligations prescrites peuvent porter, en particulier, sur les questions de fourniture d'accès (articles 19 et suivants de la TKG) et sur le système de rémunération sur le marché de gros (articles 30 et suivants de la TKG) ou sur un marché de détail en aval (article 39 de la TKG)⁷⁷. Il existe des dispositions spéciales concernant l'accès des concurrents à des ressources rares telles que les fréquences (articles 52 et suivants de la TKG).

La transmission des signaux de radiodiffusion sur les canaux de diffusion traditionnels par voie hertzienne, par câble et par satellite, c'est-à-dire hors des réseaux de télécommunications « classiques », avait encore été définie comme un marché spécifique (marché n° 18) sur la base de l'ancienne recommandation « Marchés pertinents » de la Commission européenne, qui regroupe des marchés existants au niveau national et régional et comparables, à cet égard, en termes de fonctionnalités.

74) BKartA, décision du 29 octobre 2007, affaire B7 - 17/06, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell07/B7-17-06.pdf?navid=45

75) Voir le point I. 4 ci-dessus.

76) BKartA, communiqué de presse du 28-11-2011, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Presse/2011/2011-11-28_PM_2.pdf

77) Les décisions des 2^e et 3^e chambres de la BNetzA, compétentes pour la régulation des marchés de gros et de détail, sont disponibles dans une banque de données : <http://beschlussdatenbank.bundesnetzagentur.de>

Jusqu'en 2010, la BNetzA considérait que les marchés de l'injection sur le câble et de transmission des signaux sur le réseau, de même que le marché de la radiodiffusion terrestre analogique par ondes ultracourtes nécessitaient une réglementation. Quant au secteur de la transmission par satellite, la BNetzA estime qu'il s'agit d'un marché international qui, par conséquent, relève de la compétence de la Commission européenne⁷⁸.

Le 10 novembre 2010, à la suite d'une consultation publique, la BNetzA a publié de nouvelles ordonnances de régulation⁷⁹ qui placent les marchés du câble hors du champ de la réglementation sectorielle spécifique. Selon la BNetzA, les mesures antérieures concernant le marché de l'injection des programmes sur le câble correspondaient, pour l'essentiel, aux mesures découlant du droit général de la concurrence. La BNetzA considère que du fait de la baisse de la demande, le marché de la fourniture des signaux n'a plus besoin de réglementation vis-à-vis des câblo-opérateurs. En revanche, Media Broadcast GmbH est toujours en position dominante, par rapport aux fournisseurs de contenus, sur le marché de la fourniture de signaux analogiques de radiodiffusion sur ondes ultracourtes⁸⁰.

La BNetzA a donc maintenu un contrôle ultérieur de la rémunération sur cette entreprise⁸¹. En revanche, la BNetzA a totalement exclu de son analyse du marché la concurrence entre les opérateurs de sites émetteurs, sans que l'on sache si cela relève de considérations juridiques ou factuelles⁸². Dès 2007, la BNetzA ne voyait plus, ou pas encore, la nécessité de réglementer les marchés de la transmission pour la télévision terrestre ; elle estimait que le marché de la fourniture de signaux analogiques de radiodiffusion était « définitivement condamné », que la transmission de signaux DVB-T était encore en phase de construction et devait, par conséquent, « être soumis uniquement au droit général de la concurrence au moins pour les deux prochaines années⁸³ ». Depuis cette date, la BNetzA ne s'est pas livrée à une réévaluation du marché de la transmission pour la télévision numérique terrestre.

Les articles 48 et suivants de la TKG comportent des dispositions spécifiques (d'accès) concernant la transmission des signaux de radiodiffusion. Ces dispositions engagent différents destinataires et ont pour objectif de mettre en place la meilleure interopérabilité technique possible. Cela devrait permettre d'éviter l'émergence de goulets d'étranglement techniques entravant la concurrence qui pourraient résulter de l'utilisation de systèmes propriétaires⁸⁴.

78) Voir à ce sujet *Palzer*, La *Bundesnetzagentur* communique une analyse sur le marché n° 18, IRIS 2006-9/9, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2006/9/article9.fr.html>

79) Disponible sur : www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2010/2010_001bis100/BK3-10-083_bis_085_BKV/Beschluss_BK3-10-085.pdf?__blob=publicationFile ; www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2010/2010_001bis100/BK3-10-083_bis_085_BKV/BK3-10-084_Beschluss.pdf?__blob=publicationFile ; www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2010/2010_001bis100/BK3-10-083_bis_085_BKV/BK3-10-083_Beschluss.pdf?__blob=publicationFile

80) BNetzA, Festlegung der Präsidentenkammer zu den Regulierungsverfügungen im Bereich Rundfunk-Übertragungsdienste, référence BK3-10-083 à 086, publié le 10 novembre 2010, www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2010/2010_001bis100/BK3-10-083_bis_085_BKV/Festlegung_der%20Praes_kammer.pdf?__blob=publicationFile ; voir sur ce point *Schweda*, La *Bundesnetzagentur* promulgue des ordonnances de régulation des services de transmission par radiodiffusion, IRIS 2007-6/12, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2007/6/article12.fr.html>

81) BNetzA, Regulierungsverfügung im Bereich Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer, Markt 18 der alten Empfehlung 2003, betreffend Media Broadcast GmbH (ordonnance de réglementation dans le domaine des services de transmission par radiodiffusion visant à livrer des contenus radiodiffusés aux utilisateurs finaux, marché n° 18 de l'ancienne recommandation de 2003, concernant Media Broadcast GmbH), décision du 15 juillet 2010, référence BK 3b-10-086, www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2010/2010_001bis100/BK3-10-086_BKV/Beschluss_BK3_10_086.pdf?__blob=publicationFile

82) Bien que le cadre réglementaire européen des communications électroniques englobe explicitement la réglementation de l'accès aux infrastructures physiques, c'est-à-dire les bâtiments, les antennes et les pylônes, et bien que l'article 2, paragraphe 2, alinéa 2 de la TKG prescrive « la promotion de marchés concurrentiels durables des télécommunications » dans ce domaine, il semble que les possibilités de régulation sectorielle des opérateurs de sites inscrites dans le droit national restent en retrait par rapport aux dispositions de l'UE. En tout état de cause, la BNetzA n'a pas, pour l'instant, défini de segmentation du marché particulière à cet égard.

83) BNetzA, Konsultationsentwurf Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer (projet de consultation des services de transmission par radiodiffusion destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux, bulletin officiel de la BNetzA n° 4 du 22 février 2006, p. 294 et suiv.). Le texte est disponible sur : www.bundesnetzagentur.de/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK3-GZ/2006/2006_001bis100/BK3-06-013bis017/AnlageKonsultationsentwurfld5146pdf.pdf?__blob=publicationFile

84) Voir *Janik* dans : *Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster, Beck'scher TKG-Kommentar*, 2006, article 48 point 4.

Au niveau de la pratique décisionnelle de la BNetzA portant sur les exigences relatives à l'interopérabilité, seules sont connues, jusqu'à présent, des décisions portant sur l'article 48, paragraphe 3, alinéa 1 de la TKG. Aux termes de cette disposition, les téléviseurs numériques doivent être en mesure d'afficher des signaux conformes au *Common Scrambling Algorithm* (algorithme européen commun d'embrouillage – CSA). Dans la perspective du développement de la transmission de signaux de télévision dans le cadre de l'IPTV via DSL, la BNetzA avait tout d'abord prévu une exemption temporaire accordée aux dispositifs qui reçoivent et affichent des signaux par ce mode de diffusion⁸⁵. La raison invoquée à l'époque était qu'il n'existait pas de système d'accès basé sur la norme CSA pour des signaux diffusés de la sorte et que, par conséquent, une telle exigence vis-à-vis des constructeurs de matériel était disproportionnée⁸⁶. Cette clause d'exemption a été intégrée dans la loi en 2007 sous une forme modifiée, mais a été annulée lors de la dernière révision de la loi.

Les obligations relatives à la transmission de certains programmes télévisés via les réseaux câblés analogiques (« *must carry* ») ne sont pas inscrites dans la TKG, mais, conformément à l'article 51b, paragraphe 3 du RStV, dans le droit des médias des Länder, car ces dispositions sont destinées en premier lieu à garantir la liberté d'expression et la diversité des offres (article 51b, paragraphe 3, 2^e phrase du RStV). Ainsi, l'article 19, paragraphe 1 de la *Landesmediengesetz Nordrhein-Westfalen* (loi sur les médias de Rhénanie du Nord-Westphalie – LMG NRW)⁸⁷ prévoit que les canaux doivent être affectés prioritairement aux programmes de radiodiffusion publique destinés à ce Land⁸⁸, aux programmes des radios régionales et aux émissions locales des établissements universitaires. Une fois cette allocation prioritaire effectuée, les canaux encore disponibles sont attribués selon des modalités détaillées à l'article 19, paragraphes 2 à 8 de la LMG NRW ; les dispositions de cet article investissent également la *Landesanstalt für Medien* (office régional des médias – LfM) compétente de pouvoirs décisionnels clés. Ensuite, les canaux disponibles restants peuvent être affectés par l'opérateur de réseau dans le cadre de la loi (article 19, paragraphe 9 de la LMG NRW). Pour l'affectation des canaux sur le réseau câblé numérique, l'article 21 de la LMG NRW se réfère principalement aux dispositions concernant l'allocation des plateformes (voir point II ci-dessus).

La TKG ne comporte aucune disposition obligeant les opérateurs de réseau à respecter la neutralité sur le réseau. Même si lors de la dernière révision de la loi, une disposition intitulée « Neutralité sur le Net » a été ajoutée (article 41a de la TKG), cette disposition ne prévoit qu'une compétence de réglementation pour la BNetzA, lui permettant de « fixer les conditions fondamentales requises pour une transmission des données sans discrimination et un accès non-discriminatoire aux contenus et aux applications », en vue d'empêcher toute dégradation arbitraire de la qualité du service, ou un ralentissement injustifié du trafic (paragraphe 1). En outre, la BNetzA peut spécifier des paramètres de qualité des services dans une directive technique (paragraphe 2). Jusqu'à présent, la BNetzA n'a pas rédigé de spécifications à cet égard⁸⁹. La question de la neutralité du Net fait une fois de plus apparaître la dualité des compétences réglementaires au niveau du droit des télécommunications et du droit des médias ; dans un document de discussion, la ZAK analyse les différences entre l'internet ouvert et les offres des plateformes dans les sections fermées du réseau (par exemple, l'IPTV ou la radiodiffusion par câble à haut débit) et recommande, notamment, d'assurer l'équilibre de ces deux domaines par une garantie de fonctionnement pour le réseau ouvert, afin de permettre aux services de médias de « participer réellement à la formation de l'opinion⁹⁰. »

85) BNetzA, communication n° 251/2006 relative à l'application de l'article 48 (bulletin officiel de la BNetzA 13/2006 du 5 juillet 2006, p. 1813).

86) Concernant la critique des anciennes dérogations, voir *Merkel e.a., ibid (note 71)*, p. 69.

87) Loi du 2 juillet 2002, dernièrement modifiée par la loi du 8 décembre 2009 (GVBl. NRW. p. 728).

88) Des mesures correspondantes prévues par la loi sur les médias de la Basse-Saxe et prévoyant l'obligation de diffusion de certains programmes ont été déclarées conformes au droit de l'UE en 2008 par la Cour de justice de l'Union européenne ; CJUE, arrêt du 22 décembre 2008, affaire C-336/07, disponible sur <http://curia.europa.eu> ; *Angelopoulos*, Clôture de la procédure engagée à l'encontre de l'Allemagne au sujet de l'obligation de diffusion et action engagée devant de la Cour de justice des Communautés européennes à l'encontre de la Belgique, IRIS 2009-10:Extra, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2009/10/article102.fr.html>

89) Concernant la proposition visant à garantir la neutralité du Net et l'application aux fournisseurs d'accès internet du principe de « *must-carry* » mis en œuvre sur les réseaux câblés, *Holzmagel, Netzneutralität als Aufgabe der Vielfaltssicherung*, K&R 2010, p. 95 et suiv.

90) ZAK, *Keine inhaltebezogene Priorisierung im offenen Internet – Thesen der Medienanstalten zur Netzneutralität*, 21 janvier 2011, www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Download/Publikationen/Positionen/Digitale_Welt/ZAK-Thesen_zur_Netzneutralitaet_21012011.pdf

2. Droit général de la concurrence

Parallèlement à la réglementation sectorielle, les dispositions du droit général de la concurrence sont également applicables. En matière de mode de transmission de la radiodiffusion, le BKartA a dû traiter par le passé essentiellement des affaires de concentration sur le marché du câble, dans lesquelles des câblo-opérateurs de niveau 4 du réseau (réseaux domestiques) étaient rachetés par des opérateurs de réseaux régionaux du niveau 3⁹¹, ou dans lesquelles ces derniers se rachetaient entre eux. Récemment, la société américaine Liberty Global, Inc, qui est la société mère de l'opérateur Unitymedia GmbH, lui-même issu de la fusion entre les réseaux de Tele Columbus, ish et iesy⁹², a racheté l'opérateur de réseau régional Kabel BW, après avoir réussi à évacuer les réserves⁹³ émises par le BKartA en prenant un certain nombre d'engagements⁹⁴. Selon la presse, Liberty serait également intéressée par la reprise de Kabel Deutschland GmbH⁹⁵. Si tel était le cas, le réseau câblé allemand serait de nouveau aux mains d'un seul opérateur, après avoir été fragmenté en plusieurs sous-réseaux régionaux à la suite de sa vente par Deutsche Telekom AG.

-
- 91) BKartA, décision du 3 avril 2008, affaire B7 - 200/07, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion08/B7-200-07.pdf?navid=89 ; voir également à ce sujet *Spoerhase-Eisel*, Approbation de la reprise des réseaux câblés Orion par Kabel Deutschland., IRIS 2008-6:Extra, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2008/6/article104.fr.html>
- 92) BKartA, décision du 20 juin 2005, affaire B7 - 22/05, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion05/B7-22-05.pdf?navid=92 et BKartA, décision du 21 juin 2005, affaire B7 - 38/05, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion05/B7-38-05.pdf?navid=92 également sur ce sujet *Palzer*, La Commission renvoie le dossier ISH / IESY au *Bundeskartellamt* allemand, IRIS 2005-3/4, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2005/3/article4.fr.html>
- 93) *Matzneller*, BKartA émet de fortes réserves contre le rachat de Kabel-BW par Liberty, IRIS 2012-1/20, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2012/1/article20.fr.html>
- 94) BKartA, décision du 15 décembre 2012, Az. B7 - 66/11, www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion11/B7-66-11.pdf?navid=86 sowie à ce sujet *Matzneller*, Le BKartA autorise le rachat de Kabel BW par Liberty, IRIS 2012-2/17, <http://merlin.obs.coe.int/iris/2012/2/article17.fr.html>
- 95) *Maier*, Grünes Licht - Unitymedia darf Kabel BW übernehmen, manager magazin online du 13 décembre 2011, www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,803370,00.html

ES ESPAGNE

Francisco Javier Cabrera Blázquez
Observatoire européen de l'audiovisuel
et
Carles Llorens
Universitat Autònoma de Barcelona

I. Services de médias audiovisuels et services auxiliaires

La *ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual* (loi 7/2010 du 31 mars 2010 sur l'audiovisuel)¹ définit le cadre juridique général régissant les médias audiovisuels privés et publics en Espagne et transpose la Directive Services de médias audiovisuels dans la législation espagnole. La loi sur l'audiovisuel prévoit également la création d'une autorité de régulation indépendante, le *Consejo Estatal de Medios Audiovisuales* (Conseil national des médias audiovisuels – CEMA). Toutefois, le gouvernement actuel a décidé de ne pas lancer le CEMA et de le remplacer par une « super-autorité » chargée de veiller à l'application du droit de la concurrence ainsi que de superviser les secteurs des télécommunications, de la poste, des médias, de l'énergie et des transports.

1. Approche adoptée à l'égard des médias de service public²

Selon la loi sur l'audiovisuel, le service public de médias audiovisuels est un service essentiel d'intérêt économique général. L'Etat, les Communautés autonomes (régions espagnoles) et les entités locales sont autorisés à fournir des services de médias audiovisuels publics telles que des chaînes gratuites, généralistes ou thématiques, à l'exception des chaînes dédiées à la diffusion exclusive de communications commerciales. Les objectifs généraux du service public sont établis dans un mandat-cadre (*mandato marco*) pour une période de neuf ans, mais chaque chaîne de service public doit avoir un contrat-programme (*contrato programa*) identifiant explicitement le contenu de service public³. Les activités ou les contenus qui ne sont pas conformes à la mission de service public ne peuvent être financés par des fonds publics. De nouveaux services importants ne peuvent être lancés que s'ils correspondent à la mission de service public et n'affectent pas la concurrence sur le marché de l'audiovisuel. Dans la pratique, ce test de valeur publique n'a pas encore été appliqué, d'une part parce que le radiodiffuseur de service public, la Corporation RTVE, n'a pas lancé de nouveaux services importants et, d'autre part, parce que le CEMA, qui est l'autorité responsable d'une telle évaluation, n'est pas opérationnel.

1) *Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual*, disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l7-2010.html. Une traduction non officielle en anglais est disponible sur : www.fr.uni.lu/content/download/31319/371626/file/Spain_translation.pdf

2) Articles 40-43 de la loi sur l'audiovisuel.

3) Le contrat-programme de la Corporation RTVE n'a pas encore été adopté. La RTVE a élaboré un contrat-programme pour la période 2010-2013, mais le gouvernement ne l'a pas accepté pour des raisons financières.

Règles de financement

La loi sur l'audiovisuel réglemente les mécanismes de contrôle des dépenses pour les services de médias audiovisuels publics. Les radiodiffuseurs de service public devraient tendre à la séparation structurelle de leurs activités, afin de garantir des prix de transfert appropriés et le respect des conditions du marché⁴. Ils ne doivent pas sous-évaluer leurs offres et services, ni utiliser la compensation publique pour surenchérir par rapport à leurs concurrents privés lors de la mise en vente de droits de radiodiffusion de contenus à forte valeur.

En ce qui concerne la propriété des médias, la loi sur l'audiovisuel interdit aux administrations publiques et aux médias audiovisuels de service public de participer au capital de fournisseurs de services de médias audiovisuels privés. En outre, en ce qui concerne la couverture nationale, l'Etat ne peut pas réserver ou attribuer aux médias audiovisuels de service public plus de 25 % du spectre de fréquences disponible pour la fourniture de services de télévision nationaux, conformément au Plan technique national.

Corporation RTVE

Le radiodiffuseur de service public national, la Corporation RTVE, est également régi par la loi 17/2006 sur la radio et la télévision publiques⁵ et par la loi 8/2009 sur le financement de la société espagnole de radio et de télévision⁶. La loi 8/2009 exclut la publicité comme source de revenus et introduit un nouveau modèle de financement pour la Corporation RTVE⁷, basé sur une subvention directe de l'Etat complétée par le versement de 80 % du montant perçu par l'Etat à travers la taxe sur l'utilisation des fréquences du spectre ainsi que du montant perçu à travers deux nouvelles taxes : l'une imposée aux opérateurs de télécommunications proposant des services audiovisuels au niveau national (0,9 % de leurs revenus) et l'autre imposée aux entreprises de télévision commerciale proposant, au niveau national, des services payants ou gratuits par câble, satellite ou réseaux terrestres (1,5 % de leurs revenus pour les radiodiffuseurs de télévision payante et 3 % pour les radiodiffuseurs de télévision gratuite)⁸.

La loi 8/2009 garantit le soutien direct de l'Etat afin d'atteindre l'équilibre financier au cas où d'autres ressources seraient réduites, sous réserve que les dépenses du radiodiffuseur de service public national soient conformes à un budget approuvé au préalable. Elle introduit également des limites aux dépenses de RTVE : cette dernière ne peut pas consacrer plus de 10 % de son budget annuel total à l'acquisition de droits sportifs figurant sur la liste des événements sportifs d'intérêt général établie par le CEMA, et ne peut pas acheter les droits de diffusion en exclusivité et à heure de grande écoute de plus de 52 films réalisés par les grandes sociétés de production internationales.

Radiodiffusion régionale de service public

En Espagne, les médias de service public reproduisent la structure administrative décentralisée de l'Etat, qui compte trois niveaux : national, régional et local. Au niveau régional, il existe actuellement 13 radiodiffuseurs de service public.

4) Voir aussi *Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia*, disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l4-2007.html

5) *Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal*, disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l17-2006.html

6) *Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española*, disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l8-2009.html

7) Voir aussi *Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española*, disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1004-2010.html. En raison de la crise financière, le Gouvernement espagnol est en train de repenser le modèle financier de la Corporation RTVE.

8) La Commission européenne a traduit l'Espagne devant la Cour de justice de l'Union européenne car elle estime que la taxe sur les opérateurs de télécommunications est incompatible avec les règles de l'UE en matière de télécommunications. Voir Stratégie numérique : la Commission traduit la France et l'Espagne devant la cour de Justice dans le cadre de la procédure sur les « taxes télécoms », IP/11/309 du 14 mars 2011, disponible sur : <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/309>

Le 1^{er} août 2012, le Parlement espagnol a adopté une modification de la loi sur l'audiovisuel⁹ introduisant un nouveau cadre juridique pour les radiodiffuseurs régionaux de service public, visant à laisser à ces derniers une plus grande souplesse dans la fourniture de leurs services de médias audiovisuels. Selon cette modification, les Communautés autonomes peuvent opter pour une gestion directe ou indirecte de leurs radiodiffuseurs de service public à travers différents modèles, y compris un partenariat public-privé. Si une Communauté autonome choisit de ne pas fournir une radiodiffusion de service public, elle peut attribuer, par appel d'offres, les licences disponibles à des fournisseurs de services privés. De plus, une Communauté autonome peut transférer son radiodiffuseur de service public à un tiers, conformément à la législation applicable.

Si une Communauté autonome opte pour un modèle de gestion indirecte ou tout autre instrument de partenariat public-privé pour la fourniture d'un service de médias audiovisuels public, elle peut participer au capital du radiodiffuseur fournissant ce service.

La modification autorise des arrangements entre plusieurs radiodiffuseurs régionaux de service public pour la production ou l'édition conjointe de contenu afin d'améliorer l'efficacité de leur activité. Elle impose également des obligations à ces radiodiffuseurs, par exemple une limite maximale des dépenses pour l'exercice concerné et la présentation d'un rapport annuel.

2. Réglementation de l'entrée sur le marché¹⁰

La loi sur l'audiovisuel établit une distinction entre les services de médias audiovisuels fournis sur les ondes terrestres, qui requièrent une autorisation préalable accordée dans le cadre d'un appel d'offres public, et ceux fournis par des moyens autres que les ondes terrestres (par exemple, câble, satellite, IPTV, VoD), qui ne requièrent qu'une notification préalable auprès de l'autorité de régulation compétente¹¹.

Services concédés sous licence

Une licence donne le droit exclusif d'utiliser une partie du spectre de fréquences conformément à un plan technique national¹². La licence détermine la zone de couverture territoriale de la radiodiffusion, le nombre de canaux, le multiplex attribué et si la diffusion doit être gratuite ou payante via un système d'accès conditionnel¹³.

En ce qui concerne la puissance sur le marché, les exigences suivantes sont imposées, respectivement, aux personnes physiques et aux personnes morales souhaitant détenir une licence de médias audiovisuels :

- une personne physique doit être un ressortissant d'un Etat membre de l'Espace économique européen (EEE) ou d'un Etat qui reconnaît aux citoyens espagnols le droit de détenir une licence audiovisuelle (principe de réciprocité) ;
- une personne morale doit avoir son siège social dans un Etat membre de l'EEE ou dans un Etat qui reconnaît aux personnes morales espagnoles le droit de détenir une licence audiovisuelle. La participation dans son capital social de personnes physiques ou morales originaires de pays qui ne sont pas membres de l'EEE doit également respecter le principe de réciprocité ;
- la participation dans le capital d'un titulaire de licence d'une personne physique ou morale originaire d'un pays qui n'est pas membre de l'EEE ne doit pas dépasser, directement ou indirectement, 25 %. Par ailleurs, l'ensemble des participations détenues dans le capital d'un titulaire de licence par des personnes physiques ou morales originaires de pays qui ne sont pas membres de l'EEE doit être inférieur à 50 %.

9) Ley 6/2012, de 1 de agosto, de modificación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para flexibilizar los modos de gestión de los servicios públicos de comunicación audiovisual autonómicos, disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l6-2012.html

10) Articles 22-30 de la loi sur l'audiovisuel.

11) Le gouvernement et les Communautés autonomes déterminent les procédures de notification pour leurs domaines de compétence respectifs.

12) Dans la mesure où l'Etat est habilité à établir ce plan technique national, les Communautés autonomes ne peuvent présenter leur offre qu'après qu'il a adopté le plan pour la partie du spectre de fréquences en question.

13) Pour plus d'informations sur les systèmes d'accès conditionnel voir *infra*.

Services de VoD

Avant l'adoption de la loi sur l'audiovisuel, les services de VoD étaient considérés comme des services de communications électroniques (comme la quasi-VoD et la transmission d'informations, de textes, d'images et de sons) et donc réglementés par la législation espagnole en matière de télécommunications.

Depuis l'adoption de la loi sur l'audiovisuel, les services de VoD sont considérés comme des services de médias audiovisuels sous réserve :

- qu'ils soient proposés par des personnes physiques ou morales exerçant un contrôle éditorial réel sur le choix des programmes et des contenus ;
- qu'ils ne se contentent pas de transmettre ou de transporter le signal de programmes de médias audiovisuels.

3. Règles anti-concentration spécifiques aux médias¹⁴

Les personnes physiques et morales sont autorisées à détenir des actions ou des droits de vote au sein de plusieurs fournisseurs de services de télévision à la fois, mais elles ne sont pas autorisées à acquérir des participations significatives (voir *infra*) dans plusieurs fournisseurs de service de télévision à couverture nationale lorsque l'audience moyenne de toutes les chaînes des fournisseurs en question dépasse 27 % de l'audience totale au cours des 12 mois précédant l'acquisition. Cette limite vise principalement à empêcher la fusion des deux principaux radiodiffuseurs privés, Antena 3 et Telecinco.

Tous les fournisseurs de services de médias audiovisuels doivent s'inscrire à un registre national ou régional, en fonction de leur zone de couverture. Les actionnaires dits importants au sein des fournisseurs de services de médias audiovisuels doivent également s'inscrire, en indiquant le pourcentage de capital qu'ils détiennent. Aux fins de la loi sur l'audiovisuel, un actionnaire est dit significatif lorsqu'il possède, directement ou indirectement :

- a) 5 % du capital social ;
- b) 30 % des droits de vote, ou un pourcentage inférieur si ce pourcentage permet au titulaire d'élire plus de la moitié des membres du conseil d'administration de la société dans les 24 mois suivant l'acquisition des droits de vote.

Les personnes physiques ou morales originaires de pays qui ne sont pas membres de l'EEE ne peuvent détenir une participation ou des droits de vote que si leur pays reconnaît des droits réciproques. Dans tous les cas, un investisseur originaire d'un pays non-membre de l'EEE ne peut détenir plus de 25 % du capital d'une société titulaire d'une licence. Par ailleurs, le capital d'une société titulaire d'une licence audiovisuelle ne peut pas être détenu à plus de 50 % par des actionnaires originaires de pays non-membres de l'EEE.

De plus, les personnes physiques et morales ne peuvent pas acquérir une participation ou des droits de vote significatifs dans plusieurs fournisseurs de services de médias audiovisuels de télévision :

- a) lorsque les fournisseurs de services de médias audiovisuels nationaux détiennent, ensemble, des droits d'usage du spectre qui dépassent les capacités techniques des deux canaux multiplex ;
- b) lorsque les fournisseurs de services de médias audiovisuels régionaux détiennent, ensemble, des droits d'usage du spectre qui dépassent les capacités techniques d'un canal multiplex.

Une autre règle vise à assurer le respect du pluralisme de l'information : les personnes physiques et morales qui détiennent une participation dans le capital d'un fournisseur de services de télévision national ne peuvent pas acquérir une participation ou des droits de vote significatifs dans le capital d'un autre fournisseur de la même catégorie, si cela risque d'empêcher l'existence d'au moins trois fournisseurs de services de télévision nationaux privés.

14) Article 36 de la loi sur l'audiovisuel.

4. Droit de la concurrence

La loi 15/2007 du 3 juillet 2007 sur la concurrence¹⁵ définit le cadre juridique de la libre concurrence sur le marché espagnol. La *Comisión Nacional de la Competencia* (Commission nationale de la concurrence – CNC) est l'organisme public indépendant chargé de préserver, de garantir et de promouvoir une concurrence effective sur les marchés à l'échelle nationale, ainsi que d'assurer une application uniforme de la loi sur la concurrence.

Abus de position dominante

La CNC définit une position dominante comme « une situation dans laquelle une entreprise est en mesure d'agir de manière relativement indépendante sur le marché sans prendre ses fournisseurs, clients ou concurrents en compte »¹⁶. La loi sur la concurrence n'interdit pas les positions dominantes en elles-mêmes. Cependant, tout abus par une ou plusieurs entreprises de leur position dominante sur tout ou partie du marché national est interdit (article 2 de la loi sur la concurrence). L'abus peut consister en l'un des actes suivants :

- a) imposition directe ou indirecte de prix ou d'autres conditions de service ou commerciales non équitables ;
- b) limitation du développement de la production, de la distribution ou de la technique portant un préjudice injustifié à des entreprises ou des consommateurs ;
- c) refus injustifié de satisfaire les demandes d'achat de produits ou la fourniture de services ;
- d) application, dans des relations de service ou commerciales, de conditions différentes à des opérations équivalentes, plaçant ainsi certains concurrents dans une situation désavantageuse par rapport à d'autres ;
- e) subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation d'obligations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Concentrations économiques

Les concentrations économiques doivent respecter les règles anti-concentration spécifiques aux médias prévues par la loi sur l'audiovisuel (voir *supra*) ainsi que les dispositions de la loi sur la concurrence. Ces dernières diffèrent des dispositions spécifiques au secteur de la loi sur l'audiovisuel, qui visent à préserver le pluralisme des médias, dans la mesure où elles se concentrent sur la protection de la libre concurrence sur le marché.

Selon l'article 7 de la loi sur la concurrence, une concentration économique survient lorsqu'un changement permanent a lieu dans le contrôle de l'ensemble ou d'une partie d'une ou de plusieurs entreprises en conséquence de :

- a) la fusion de deux ou plusieurs entreprises précédemment indépendantes ;
- b) l'acquisition par une entreprise du contrôle de tout ou partie d'une ou de plusieurs entreprises ;
ou
- c) la création d'une entreprise commune et, en général, l'acquisition du contrôle commun d'une ou de plusieurs entreprises, lorsqu'elles exercent sur une base permanente les fonctions d'une entité économique autonome.

15) *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, version consolidée disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l15-2007.html. Une traduction non officielle en anglais de la loi consolidée est disponible sur : www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=18425&Command=Core_Download&Method=attachment

16) Voir www.cncompetencia.es/Default.aspx?TabId=101&item=176. Cette définition suit celle introduite par la Cour de justice dans l'affaire *United Brands* (27/76 de février 1978), disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:FR:HTML>

La loi sur la concurrence définit le « contrôle » comme étant la possibilité d'exercer une influence déterminante sur une entreprise, notamment à travers :

- a) la propriété ou le droit d'utiliser tout ou partie des actifs d'une entreprise ;
- b) des contrats, droits ou autres moyens qui confèrent une influence déterminante sur la composition, le vote ou les décisions des organes de l'entreprise.

Les concentrations économiques doivent être notifiées à la CNC avant leur mise en œuvre¹⁷ lorsqu'au moins l'une des deux conditions suivantes est remplie :

- a) en conséquence de la concentration, une part supérieure ou égale à 30 % du marché de produits ou de services pertinent à l'échelle nationale ou sur un marché géographique défini au sein du marché national, est acquise ou augmentée¹⁸ ;
- b) le chiffre d'affaires global en Espagne pour tous les participants lors de la dernière année comptable est supérieur à 240 millions EUR, sous réserve qu'au moins deux des participants réalisent un chiffre d'affaires individuel en Espagne supérieur à 60 millions EUR.

La concentration économique en question est suspendue jusqu'à ce que la CNC (ou le gouvernement dans des cas exceptionnels, voir *infra*) délivre une autorisation expresse (ou tacite¹⁹) ou que la CNC décide de lever la suspension.

Lorsque la CNC évalue les concentrations économiques, elle prend en compte, notamment :

- a) la structure de tous les marchés concernés ;
- b) la position sur le marché, la puissance économique et financière des entreprises concernées ;
- c) la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises situées à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire national ;
- d) les autres solutions permettant aux fournisseurs et aux consommateurs d'accéder aux approvisionnements ou aux marchés ;
- e) toute barrière à l'entrée sur ces marchés ;
- f) les tendances de l'offre et de la demande pour les produits et les services concernés ;
- g) les effets de l'offre et de la demande sur la position sur le marché des entreprises concernées ;
- h) les bénéfices économiques découlant de l'opération de concentration et, en particulier, la façon dont la concentration peut contribuer à améliorer les systèmes de production ou de commercialisation ainsi que la compétitivité des entreprises, et la mesure dans laquelle ces bénéfices sont transférés aux consommateurs, en particulier sous la forme d'un approvisionnement plus important ou de meilleure qualité et d'une baisse des prix.

Exceptionnellement, le gouvernement peut autoriser les concentrations économiques pour des motifs d'intérêt général²⁰.

Affaires de concentration récentes

Le marché espagnol de la télévision gratuite connaît actuellement un processus de concentration majeur : Telecinco a acquis Cuatro en 2011 et le projet d'Antena 3 d'acheter La Sexta a été autorisé par la CNC. Néanmoins, ce processus de concentration est loin d'être clos.

17) Les concentrations de dimension communautaire, telles que définies dans le règlement sur les concentrations de l'UE, ne sont pas concernées par les obligations mentionnées dans la loi sur la concurrence, à moins que la Commission européenne n'ait renvoyé une affaire de concentration devant les autorités espagnoles. Voir le Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (« le règlement CE sur les concentrations ») (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004R0139:fr:NOT>

18) En Espagne, les fusions pour lesquelles le chiffre d'affaires total de la société acquise ou des actifs acquis est inférieur ou égal à 10 millions EUR lors du dernier exercice sont dispensées de cette procédure, sous réserve que les participants n'aient pas une participation individuelle ou conjointe égale ou supérieure à 50 % sur l'un des marchés concernés, au niveau national ou sur un marché géographique défini au sein du marché national.

19) Voir article 38 de la loi sur la concurrence pour plus d'informations sur les effets du silence administratif en cas de concentration économique.

20) Voir articles 10.4 et 60 de la loi sur la concurrence.

Telecinco/Cuatro²¹

Le 28 avril 2010, Telecinco²² a informé la CNC de son intention d'acquérir Cuatro²³. Cette opération de concentration avait été préalablement notifiée par les deux sociétés à la Commission européenne, qui l'a renvoyée à la CNC au motif que cette dernière était mieux placée pour évaluer l'affaire²⁴.

Selon la CNC, Telecinco et Cuatro sont deux des principaux opérateurs espagnols de télévision gratuite et, par conséquent, leur fusion aurait une incidence sur l'ensemble de la chaîne de valeur du secteur audiovisuel lié à la télévision. La structure du marché qui en résulterait et les barrières à l'entrée existantes entraîneraient des risques pour la concurrence effective sur certains des marchés concernés, en particulier sur le marché espagnol de la publicité télévisée. Ces effets seraient encore aggravés par le fait que Telecinco détient des actions dans la plateforme satellite Canal+ (anciennement Digital+).

La CNC a étudié deux principales menaces pour la concurrence :

- marché de la publicité télévisée : compte tenu de l'audience totale des chaînes que la nouvelle entité issue de la fusion (« le nouvel opérateur ») générerait, le temps de publicité sur ces chaînes pourrait devenir un débouché indispensable pour les annonceurs s'il devait être commercialisé conjointement. De plus, l'organisation actuelle du marché de la publicité télévisée pourrait déjà permettre, voire encourager, une coordination tacite entre le nouvel opérateur et son principal concurrent, Antena 3 ;
- acquisition de contenu audiovisuel : le nouvel opérateur aurait un pouvoir de négociation renforcé eu égard à l'achat de contenu audiovisuel. Cela affecterait ses concurrents sur le marché de la télévision gratuite ainsi que les plus petits fournisseurs de contenu.

Le 28 octobre 2010, la CNC a approuvé la fusion, sous réserve des engagements finalement pris par Telecinco²⁵. La durée initiale de ces engagements est de trois ans, et pourra être prolongée de deux ans si les conditions de marché qui les ont rendus nécessaires ne changent pas. Telecinco a pris les principaux engagements suivants :

- Telecinco s'engage à ne pas vendre par l'intermédiaire d'une offre commerciale unique (« forfait commercial ») du temps de publicité ou toute autre forme de temps de communication commerciale sur ses deux chaînes gratuites les plus regardées (ci-après, les « chaînes principales »). Par ailleurs, l'audience cumulée des chaînes incluses dans chaque forfait commercial ne doit pas dépasser 22 %. Elle s'engage également à ne pas développer de politiques commerciales, et en particulier de politiques tarifaires, constituant une vente liée aux annonceurs de différents forfaits commerciaux de temps de publicité. En outre, elle accepte de ne pas gérer avec Cuatro la publicité sur les chaînes TNT gratuites de tierces parties. En ce qui concerne la publicité sur des chaînes de télévision payantes, Telecinco s'engage également à gérer la publicité sur les chaînes de télévision payante de tiers par le biais d'une société distincte et avec des politiques commerciales clairement différenciées. Aussi longtemps que Telecinco reste coactionnaire de la plateforme satellite Canal+ avec Prisa ou Telefónica, elle ne doit pas vendre de forfaits publicitaires incluant des médias appartenant à Prisa ou à Telefónica. En outre, Telecinco doit appliquer les conditions du marché à Prisa ou à Telefónica si ces dernières achètent du temps d'antenne publicitaire à Telecinco.

21) Pour tous les documents concernant la fusion Telecinco/Cuatro, voir : www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=C/0230/10%20&ambito=Concentraciones

22) Les principaux domaines d'activité de Telecinco sont la télévision gratuite, la publicité, l'exploitation de contenus audiovisuels, la production et la distribution de produits audiovisuels, les activités d'agences de presse et le télémarketing. Telecinco est contrôlée par Mediaset, société cotée à la bourse de Milan et qui, à son tour, est contrôlée en dernier ressort par Fininvest, société de portefeuille du groupe Fininvest, ayant des intérêts dans les secteurs des services audiovisuels, de l'édition et des services financiers.

23) Cuatro exploite l'activité de Prisa en rapport avec la télévision gratuite, dispose d'une licence pour un multiplex TNT national et gère la majeure partie de la publicité télévisée de Prisa.

24) Voir affaire n° COMP/M.5776 – Telecinco/Cuatro, SG-Greffe(2010)/2775/2776, C(2010) 1686, 11 mars 2010, disponible sur : http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5776_20100311_201220_254239_ES.pdf

25) Voir le communiqué de presse de la CNC du 29 octobre 2011, disponible sur : www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=281957&Pag=1

- Telecinco limitera à trois ans la durée des contrats pour l'achat de contenu audiovisuel premium en exclusivité, tels que les films et les séries, sans y inclure de droits d'acquisition préférentiels ni de droits d'extension. Elle doit limiter à cinq ans la période d'exploitation exclusive d'un film à la télévision gratuite. La chaîne s'engage également à limiter sa capacité à exclure les producteurs de télévision nationaux comme fournisseurs de programmes à des concurrents de la télévision gratuite. Telecinco accepte également que lui soit imposées certaines limites en matière d'achat des contenus audiovisuels les plus attractifs, tels que films en exclusivité, séries télévisées de grands studios et événements sportifs majeurs. Ces limites visent à empêcher Telecinco d'utiliser sa présence simultanée sur les marchés de la télévision payante et gratuite pour monopoliser les contenus audiovisuels de la télévision gratuite.
- Telecinco accepte les engagements visant à limiter sa puissance sur le marché de la télévision gratuite et qui servent aussi, indirectement, à sauvegarder la concurrence sur le marché de la publicité télévisée. Telecinco n'étendra pas son offre de chaînes de télévision gratuite en louant des chaînes TNT à des opérateurs tiers et ne bloquera pas les améliorations de la qualité des chaînes de télévision pouvant être lancées par ses concurrents Net et La Sexta, avec lesquels l'entité fusionnée partage des multiplex TNT jusqu'en 2015. En outre, Telecinco s'engage à maintenir sa politique actuelle de mise à disposition, sans contrepartie financière, de ses chaînes gratuites aux plateformes de télévision payante.

En août 2011, la CNC a condamné Telecinco à une amende de 3,6 millions EUR pour violation de l'obligation de soumettre en temps voulu le plan d'action d'application de ses engagements. Et le 6 juin 2012, la CNC a ouvert une procédure formelle²⁶ contre Mediaset (propriétaire de Telecinco) sur la base des allégations suivantes :

- Mediaset a enfreint l'obligation imposée aux agences de publicité Publiespaña et Publimedia d'être fonctionnellement séparées l'une de l'autre, les mêmes personnes étant membres des organes de direction des deux entreprises.
- Mediaset a renoncé, avec un retard injustifié, à ses droits de préemption pour l'acquisition de contenu audiovisuel et a également retardé l'octroi de droits d'option, voire a omis un tel octroi, visant à adapter la durée des contrats en vigueur. Par ailleurs, Mediaset a inclus des clauses interdites dans certains contrats pour l'acquisition de contenu audiovisuel.
- La CNC a trouvé la preuve *prima facie* que Mediaset n'a pas respecté un engagement relatif au marché publicitaire en mettant en œuvre une stratégie visant à lier, *de facto*, la vente de temps publicitaire sur ses différentes chaînes, stratégie renforcée par l'introduction récente d'un nouveau modèle de vente de publicité par Mediaset.

La décision de lancer une procédure laisse à la CNC six mois, au maximum, pour étudier et se prononcer sur l'affaire.

Antena 3/La Sexta²⁷

Le 15 mars 2012, Antena 3 a notifié à la CNC l'achat de 100 % du capital social de La Sexta²⁸. Cette opération de concentration avait été précédemment renvoyée en Espagne par la Commission européenne pour analyse par la CNC²⁹.

Selon la CNC, cette fusion pourrait encourager Antena 3 et Mediaset (propriétaire de Telecinco) à coordonner leur comportement commercial sur le marché de la publicité télévisée, nuisant ainsi à la concurrence. En outre, le pouvoir de négociation d'Antena 3 pour l'acquisition du contenu audiovisuel le plus attrayant pourrait être renforcé, au risque d'affecter la capacité des autres opérateurs de télévision gratuite ainsi que des petits éditeurs et producteurs de contenu audiovisuel à être compétitifs sur ce marché.

26) Voir Notification concernant l'affaire SNC/0024/12, disponible en anglais sur : www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=143357&Command=Core_Download&Method=attachment

27) Pour tous les documents concernant la fusion Antena 3/La Sexta, voir : www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=C/0432/12&ambito=Concentraciones

28) Antena 3 et La Sexta font partie des principaux opérateurs de télévision gratuite en Espagne.

29) Voir affaire n° COMP/M.6547 – ANTENA 3/ LA SEXTA, C(2012) 1840, 14 mars 2012, disponible sur : http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6547_20120314_201220_2390652_EN.pdf

Le 11 juillet 2012, la CNC a autorisé la fusion sous certaines conditions visant à protéger la libre concurrence³⁰. Ces conditions sont valables pour cinq ans.

La première condition concerne le marché de la publicité télévisée. Le nouvel opérateur issu de la fusion (« le nouvel opérateur ») doit :

- annuler ses accords de cogestion de la publicité sur les chaînes TNT de tierces parties, et ne peut pas signer de nouveaux accords de ce type ;
- vendre séparément et à travers différentes sociétés le temps de publicité de ses deux chaînes de télévision les plus regardées. Chacune de ces entreprises ne peut commercialiser que le temps publicitaire des chaînes de télévision dont l'audience cumulée ne dépasse pas une moyenne de 18 % par semestre ;
- publier au minimum chaque trimestre ses offres publicitaires qui comprennent au moins la possibilité d'acheter de l'espace publicitaire individuellement pour chacune des chaînes de télévision d'Antena 3 ;
- s'abstenir d'élaborer des politiques commerciales qui imposent certains types de publicité plutôt que d'autres. En particulier, les sociétés commercialisant le temps publicitaire du nouvel opérateur ne doivent pas donner la priorité à la vente en commun de publicité sur plusieurs chaînes de télévision plutôt qu'à la vente individuelle de temps publicitaire pour chaque chaîne ;
- ne proposer du temps publicitaire en diffusion simultanée que si l'annonceur en fait la demande expresse par écrit. Cette obligation ne s'applique pas à la société qui commercialise le temps publicitaire pour la chaîne Antena 3 ;
- s'abstenir de faire des offres commerciales aux annonceurs et aux agences médias dépendant d'un taux minimum d'investissement ou de points de couverture brute (PCB)³¹ ;
- respecter des principes minimaux de transparence, d'objectivité, de prévisibilité et de sécurité juridique dans les négociations avec les annonceurs et les agences médias.

La deuxième condition comporte des obligations visant à limiter la puissance d'Antena 3 sur le marché de la télévision gratuite. Elle sert indirectement à assurer la concurrence sur le marché de la publicité télévisée. Le nouvel opérateur doit s'abstenir de :

- louer des chaînes TNT d'opérateurs tiers afin d'étendre son offre de chaînes de télévision gratuite ;
- bloquer les améliorations de la qualité liées à la technologie des chaînes de télévision de tiers dans un multiplex TNT partagé.

La troisième condition concerne la disponibilité sur le marché du contenu audiovisuel. Le nouvel opérateur doit :

- limiter à trois ans la durée de ses contrats pour l'acquisition exclusive de contenu audiovisuel, et exclure les droits de préemption ainsi que les droits d'extension ;
- s'abstenir d'imposer des droits d'exclusivité dans les accords avec les sociétés de production de télévision nationales qui les empêchent de proposer du contenu audiovisuel aux concurrents de la télévision gratuite.

La quatrième condition impose des obligations concernant la communication régulière d'informations sur les activités du nouvel opérateur sur les marchés pertinents.

Dans un communiqué de presse du 17 juillet 2012³², Antena 3 a déclaré qu'elle considérait les conditions imposées par la CNC comme non équitables et discriminatoires et annoncé qu'elle ferait appel de la décision. Selon le radiodiffuseur, la décision impose de nouvelles restrictions et de plus grandes obligations par rapport à ce qui était imposé dans le cadre de la fusion Telecinco/Cuatro (voir *supra*) et ce en dépit du fait que la fusion Antena 3/La Sexta créerait un opérateur de télévision de plus petite taille et aurait, en conséquence, une incidence moindre sur la concurrence dans le marché télévisuel. La

30) Voir le communiqué de presse de la CNC du 13 juillet 2012, *La CNC condiciona la adquisición de La Sexta por Antena 3*, disponible sur : www.cnccompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=149433&Command=Core_Download&Method=attachment

31) Voir http://fr.wikipedia.org/wiki/Gross_Rating_Point

32) Voir www.antena3.com/noticias/economia/comunicado-antena-condiciones-cnc_2012071700254.html

décision mettrait Antena 3/La Sexta en position de désavantage concurrentiel par rapport à Mediaset, elle renforcerait la position dominante de cette dernière dans les secteurs de la télévision payante et gratuite au détriment des autres opérateurs et rendrait en conséquence la fusion envisagée non viable.

Le 24 août 2012, le Gouvernement espagnol, faisant usage du droit qui lui incombe d'autoriser les concentrations économiques pour des motifs d'intérêt général (voir *supra*), a décidé d'assouplir les conditions imposées par la CNC pour l'acquisition de La Sexta par Antena 3.

5. Obligations de *must-offer*³³

La loi sur l'audiovisuel impose aux fournisseurs de services de communications électroniques l'obligation d'accorder l'accès à leurs réseaux aux fournisseurs de services de médias audiovisuels et aux producteurs indépendants conformément à la législation sur les télécommunications et en fonction des capacités techniques de leur réseau. Ils doivent également garantir que les images et les sons sont diffusés dans des conditions permettant une interactivité effective.

Les modalités et les conditions d'accès doivent être librement convenues entre les parties. Toutefois, la loi sur l'audiovisuel introduit certaines obligations de *must-offer* et de *must-carry* (obligations d'offre et de distribution) afin d'assurer le maintien du pluralisme. La Corporation RTVE doit accorder aux services de radiodiffusion par câble, satellite et protocole internet (IPTV) un accès gratuit à ses chaînes de radio et de télévision. Les services de médias audiovisuels privés titulaires d'une licence autorisant une couverture nationale doivent faciliter l'accès à leurs principales chaînes de télévision gratuite, après s'être entendus sur une rémunération appropriée avec la partie qui souhaite les retransmettre. Il s'agit d'un changement fondamental dans la législation espagnole puisque, auparavant, les radiodiffuseurs privés en accès libre devaient fournir leurs émissions gratuitement aux plateformes câble et satellite. Toutefois, cette obligation ne s'applique qu'à leurs chaînes principales et non aux chaînes thématiques comme Neox, Nova, Divinity, Energy et FDF. Les chaînes locales et régionales sont également exclues de cette obligation.

6. Equipement grand public et accès conditionnel

La fourniture de services et de systèmes d'accès conditionnel est régie par le décret royal 2296/2004³⁴. Selon le décret, les fournisseurs de services d'accès conditionnel doivent :

- a) proposer aux prestataires de services de télévision numérique, selon des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, les moyens techniques dont ils ont besoin pour permettre la réception de leurs services de télévision par des décodeurs ;
- b) tenir des comptes séparés pour la fourniture de services d'accès conditionnel.

Les propriétaires de systèmes d'accès conditionnel ont l'obligation d'accorder sous licence aux fabricants d'équipement grand public une interface commune permettant la connexion d'autres systèmes d'accès conditionnel à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.

Ces conditions se retrouvent à l'article 24.1 de la loi sur l'audiovisuel, qui prévoit que « les systèmes et services d'accès conditionnel permettant l'accès à des services de télévision numérique terrestre sous la forme de paiement par accès conditionnel doivent être ouverts ».

7. EPG

Les guides électroniques des programmes (*Electronic Programme Guides* – EPG) sont régis par la septième disposition additionnelle de la loi sur les télécommunications. Le paragraphe 2 de cette dernière précise que « dans la mesure nécessaire pour assurer l'accès de l'utilisateur final à certains services de radiodiffusion numérique, la *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* (Commission du marché des télécommunications – CMT) peut imposer (...) des obligations aux opérateurs qui

33) Article 31 de la loi sur l'audiovisuel.

34) *Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración*, disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd2296-2004.html

exploitent des interfaces de programmation d'applications (API) et des guides électroniques des programmes (EPG) pour faciliter l'accès à ces ressources selon des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires ». Cette règle interdit les EPG fermés, mais ne définit pas leur contenu ni leurs fonctionnalités. Le décret royal 2296/2004 a confirmé ce mandat de la CMT.

Certaines propositions politiques visant à clarifier les obligations des EPG ont été formulées sur des forums techniques officiels, mais jusqu'à présent, elles n'ont donné lieu à aucune réglementation³⁵.

8. Accès aux archives audiovisuelles

La législation espagnole sur la radiodiffusion mentionne peu les archives. La loi 17/2006 prévoit que la radio et la télévision de service public doivent, notamment, « veiller à la conservation des archives audiovisuelles » (article 3.o). La sixième disposition additionnelle de la loi sur l'audiovisuel établit une obligation générale de conservation des archives des fournisseurs de services de médias audiovisuels. Toutefois, l'accès à ces archives par d'autres opérateurs n'est pas réglementé. Dans la pratique, l'accès et la consultation des archives des radiodiffuseurs de service public sont réservés aux chercheurs et aux enseignants qui disposent d'une accréditation appropriée et d'une autorisation préalable. En ce qui concerne les radiodiffuseurs privés, l'accès aux archives est limité au personnel interne. Cependant, les radiodiffuseurs publics et privés mettent à la disposition d'autres opérateurs leurs archives moyennant paiement, dont le montant dépend de la nature des droits accordés par l'opérateur et de la durée de ces droits³⁶.

II. Opérateurs de plateforme et services issus de la convergence

Afin de mieux comprendre la réglementation espagnole applicable aux opérateurs de réseaux, ainsi que leurs relations avec les fournisseurs de services de médias audiovisuels, il est nécessaire de décrire brièvement le contexte du marché espagnol. En 2011, les téléspectateurs ont principalement regardé les chaînes de la TNT (80 %), puis celles du câble (15 %) et enfin celles du satellite (5 %)³⁷. Cela s'explique en partie par le matériel de réception dont sont équipés les foyers espagnols. En 2011, 97 % des foyers espagnols possédaient des récepteurs TNT, 12,4 % le câble, 4,5 % une connexion IPTV et 21,8 % une antenne parabolique³⁸.

La répartition des services de médias audiovisuels en Espagne reflète la préférence des citoyens pour la TNT gratuite. Les opérateurs de réseaux qui distribuent la télévision par satellite, câble ou IPTV ont une part de marché bien inférieure à celle du principal opérateur de réseau distribuant des signaux TNT (pour les questions de concurrence sur le marché de la distribution TNT, voir *infra*).

1. Opérateurs de plateforme

Les fournisseurs de services de communications électroniques sont réglementés par la législation espagnole sur les télécommunications (voir *infra*). En principe, les opérateurs de plateformes pour les services audiovisuels sont des opérateurs de communications électroniques et, en conséquence, ils tombent sous le régime applicable aux télécommunications. Toutefois, ces fournisseurs de services peuvent également proposer des services de médias audiovisuels, auquel cas ils sont aussi fournisseurs de services audiovisuels et donc soumis à la loi sur l'audiovisuel.

35) Voir Eladio Gutiérrez, « Herramientas de información y control en manos de padres, educadores y ciudadanos en general en el ámbito de la televisión digital », dans ICMEDIA, *La protección del menor tras la ley general de la comunicación audiovisual: perspectivas y retos*, mai 2012, disponible sur : www.icmedianet.org/wp/wp-content/uploads/2012/05/Proteccion-Menor1.pdf. Voir aussi Carmen Fuente y Raquel Urquiza, « Las EPG como herramientas de información y control », *Telos*, 84, juillet-septembre 2010, disponible sur : http://sociedadinformacion.fundacion.telefonica.com/DYC/TELOS/SOBRETELOS/Nmerosanteriores/DetalleAnteriores_84TELOS_DOSSIER4/seccion=1268&idioma=es_ES&id=2010083109410001&activo=6.do

36) Antonia Salvador, « Políticas de salvaguardia y acceso en los archivos audiovisuales de televisión. Marco jurídico y nuevos servicios interactivos en la televisión digital », *Dercom*, 2, juin-août 2010, disponible sur : <http://derecom.com/numeros/pdf/salvador.pdf>

37) Barlovento Comunicación, *Análisis televisivo 2011*, disponible sur : [www.barloventocomunicacion.es/images/publicaciones/ANALISIS_TELEVISIVO_2011\[2\].pdf](http://www.barloventocomunicacion.es/images/publicaciones/ANALISIS_TELEVISIVO_2011[2].pdf)

38) AIMC, *Marco General de los medios en España 2012*, p. 64.

2. Télévision hybride

L'industrie espagnole de l'audiovisuel, coordonnée par le ministère de l'Industrie, du Tourisme et du Commerce, a atteint un consensus en novembre 2011 concernant la sélection du système de télévision Hbb comme norme pour la télévision hybride. Cette norme a été élaborée par des radiodiffuseurs publics européens et a déjà été adoptée par la France, l'Allemagne, l'Autriche et les Pays-Bas³⁹. Toutefois, les défis réglementaires posés par la télévision hybride n'ont pas encore été abordés en Espagne.

III. Distribution (opérateurs de réseau)

Le secteur espagnol des télécommunications est réglementé par la loi 32/2003 du 3 novembre 2003 sur les télécommunications⁴⁰ et la législation dérivée. Ce cadre législatif ne comprend pas de règles anti-concentration spécifiques au secteur, de sorte que les règles générales de la concurrence (expliquées *supra*) s'appliquent.

La CMT est un organisme public indépendant dont la mission est d'établir et de contrôler des obligations spécifiques pour les opérateurs du marché des télécommunications, de promouvoir la concurrence sur les marchés des services audiovisuels, de résoudre les conflits entre les opérateurs et, le cas échéant, d'agir comme organe d'arbitrage pour la résolution de différends.

1. Gestion des multiplex

La transmission des signaux audiovisuels TNT est effectuée par le biais d'un multiplex transportant plusieurs canaux numériques. En Espagne, il est courant que plusieurs opérateurs de télévision partagent un multiplex. Dans ce cas, ils peuvent décider de gérer le multiplex eux-mêmes ou de confier sa gestion à un tiers.

Afin d'éviter d'éventuels conflits, la plupart des opérateurs de télévision nationaux ont délégué la gestion de leur multiplex à un opérateur de télécommunications tiers⁴¹. Au cours des deux dernières années, certains conflits ont surgi entre des opérateurs de télévision locaux aux îles Canaries et à Madrid, le plus souvent parce qu'ils ne s'étaient pas mis d'accord sur le tiers auquel ils voulaient confier la gestion du multiplex. La CMT assure la médiation lors de ces conflits⁴² et intervient également si un accord ne respecte pas les principes de base, ce qui pourrait affecter les droits des opérateurs de télévision minoritaires dans le multiplex. Si les opérateurs de télévision ne parviennent pas à s'entendre sur la personne qui devrait gérer le multiplex, la CMT prévoit que la prise de décision doit :

- suivre une procédure permettant la présentation des différentes offres des parties intéressées ;
- être fondée sur le principe de transparence ; et
- n'autoriser que des offres transparentes et non discriminatoires, qui différencient les prix pour les différents services et n'entraînent pas de discrimination entre les opérateurs de télévision.

Si le gestionnaire de multiplex est une société détenue par l'un des opérateurs de télévision qui partagent le même multiplex, la CMT suivra de plus près le respect de ces principes et pourra en outre exercer un plus grand contrôle sur les prix des offres et supervisera les transferts au sein du groupe. Enfin, afin de préserver la concurrence, la CMT estime que la durée des contrats signés entre le gestionnaire de multiplex et l'opérateur de télévision ne doit pas dépasser cinq ans⁴³.

39) Foro Técnico de la televisión digital. *Especificación de receptores de televisión digital terrestre para aplicaciones interactivas*, disponible sur : www.televisiondigital.es/Terrestre/ForoTecnico/receptor-tdt/Documents/ReceptoresTDT_interactivos.pdf

40) *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, disponible sur : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l32-2003.html

41) Voir María Trinidad García Leiva, *Política pública y Televisión Digital: El Caso de la TDT en España y el Reino Unido*, CSIC, p. 235.

42) Voir *CMT, Informe anual 2011*, p. 167.

43) Voir Résolution du CMT du 14 février 2008, disponible sur :

www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=224a6c46-9636-4bd9-9070-bd581d6bd0c0&groupId=10138

2. Transmission de signaux audiovisuels

Le principal opérateur gérant le réseau de distribution TNT en Espagne est Abertis Telecom, la division Télécommunications d'Abertis, société espagnole qui gère des infrastructures de mobilité et de télécommunications. Abertis Telecom domine le marché de la distribution de signaux TNT (de la station émettrice aux foyers), avec 86,2 % du chiffre d'affaires total du marché. Les autres opérateurs sont régionaux et se partagent les 13,8 % restants⁴⁴. La position dominante d'Abertis Telecom est également significative sur le marché du transport de signaux TNT (de l'opérateur de télévision à la station émettrice de télévision), dont elle est le deuxième plus important fournisseur avec une part de marché supérieure à 30 %. De plus, elle possède également 47,5 % d'Overon, leader sur le marché du transport de signaux TNT (Mediapro étant l'autre actionnaire).

Abertis compte un petit nombre de clients (opérateurs de télévision nationaux), lesquels sont forcés à signer des contrats à long terme. Il est en conséquence très difficile pour ses concurrents d'entrer sur le marché et extrêmement facile pour Abertis de créer des obstacles à la concurrence. Il n'est donc pas surprenant que les activités réseau d'Abertis, en particulier sur le marché de la distribution de signaux TNT, aient amené la CNC et la CMT à se prononcer à plusieurs reprises sur des questions de concurrence (voir *infra*). En 2009, la CMT a classé Abertis Telecom comme opérateur puissant sur le marché et l'a donc soumis à des obligations spécifiques pour introduire plus de concurrence sur ce marché. Abertis a été obligée de donner accès à son réseau de sites et de centres pour les signaux de diffusion de la TNT et de permettre l'interconnexion lorsque l'accès était impossible. Dans sa décision, la CMT a estimé qu'un tel accès est un atout qui ne peut pas être reproduit et qui est indispensable pour la fourniture de services de transport et de distribution des signaux TNT⁴⁵.

Les résultats de la décision n'ont pas répondu aux attentes. La CMT a proposé en juillet 2012 de déréglementer le marché et d'éliminer ces obligations parce qu'elles ont empêché l'émergence d'un concurrent national. En effet, depuis 2009, seuls 0,13 % des centres de transmission ont reçu des demandes pour des services de colocation et seuls 0,05 % des sites, des demandes d'interconnexion. La CMT estime que les pouvoirs d'intervention de la CNC sont suffisants pour limiter les pratiques restrictives auxquelles Abertis peut s'adonner en tant qu'opérateur historique⁴⁶.

Décisions récentes concernant les opérateurs de réseaux de transport

En mai 2009, Abertis a été sanctionnée pour avoir imposé des conditions abusives aux radiodiffuseurs commerciaux (affaire 646/08 *Axion c. Abertis*). Selon la CNC, Abertis a abusé de sa position dominante, parce que la durée et la structure des remises prévues dans ses contrats bloquaient le marché de la fourniture de services de transport de signaux de télévision et empêchaient les radiodiffuseurs commerciaux de conclure des contrats avec d'autres opérateurs de réseau. Abertis a été condamnée à la seconde amende la plus élevée jamais infligée par la CNC, près de 22,7 millions EUR, pour avoir exigé de fortes pénalités en cas de résiliation anticipée des contrats signés en 2006 avec les radiodiffuseurs Sogecable, Telecinco, Antena 3, Net TV et Veo TV. Elle a également été condamnée pour avoir imposé une durée trop longue pour les contrats conclus avec Veo TV en 2006, et avec Sogecable, Telecinco et Net TV en 2008. La CNC a censuré les remises offertes par Abertis lors des négociations préalables à la conclusion des contrats signés en 2006, qui permettaient aux radiodiffuseurs d'obtenir un meilleur prix s'ils concluaient des contrats pour la radiodiffusion de signaux en même temps dans toutes les subdivisions régionales possibles. Abertis a fait appel de cette décision devant la *Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional* (chambre du contentieux administratif de la Cour nationale), qui a confirmé la décision de la CNC en février 2012⁴⁷.

44) Voir CMT, *Informe anual 2011*, p. 167.

45) Voir *Oferta de Referencia para el Acceso a los Centros emisores de Abertis Telecom, S.A.*, disponible sur : www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=524237fd-8ab7-476d-b07b-b9a15ca7e02d&groupId=10138

46) CMT, Nota de prensa, « La CMT propone desregular el mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión », 16 juillet 2012.

47) Pour tous les documents relatifs à cette affaire, voir : www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=646%2f08&Ambito=Conductas

Le 30 novembre 2009, SES Astra Ibérica S.A.⁴⁸ a déposé une plainte auprès de la CNC contre Abertis Telecom S.A.U. pour abus de position dominante. Elle estimait en effet qu'Abertis avait empêché l'entrée de concurrents sur le marché des services de transport et de distribution des signaux de télévision numérique terrestre (TNT). Le 8 février 2012, le conseil de la CNC a confirmé l'abus par Abertis sur le marché des services de gros d'accès aux centres de radiodiffusion pour la transmission de signaux TNT en Espagne et sur le marché des services de détail de transport des signaux TNT en Espagne au motif qu'Abertis avait comprimé la marge entre ses prix de gros et de détail⁴⁹. La CNC a conclu que, étant donné le prix auquel la société fournit l'accès à ses centres et les conditions qu'elle a convenues avec les clients sur le marché de détail, ses concurrents n'ont aucune marge de survie sur les marchés des services de transport et de distribution des signaux TNT. Ce type de pratique, appelée « effet de ciseau », est considéré comme un abus au sens du droit de la concurrence de l'UE et de l'Espagne. Le Conseil de la CNC a condamné Abertis à une amende de 13 755 000 EUR.

Abertis a fait appel de cette décision devant la *Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional* (chambre de contentieux administratif de la Cour nationale). L'affaire est pendante.

3. Neutralité du réseau

En Espagne, il n'existe pas de réglementation spécifique à la neutralité du réseau. Par conséquent, les principes généraux de transparence, de non-discrimination et de neutralité de l'infrastructure et des services de télécommunications s'appliquent. La question de la neutralité du réseau a été discutée au parlement lors du débat sur le projet de loi sur les télécommunications introduit par le précédent gouvernement en 2011⁵⁰. La loi n'a toutefois jamais été adoptée. Le gouvernement actuel élabore un nouveau projet de loi sur les télécommunications qui sera présenté au parlement au cours du dernier trimestre 2012 et devrait inclure une réglementation de la neutralité du réseau.

48) Astra est un opérateur de satellite proposant des services de télévision, de radio, d'internet et d'autres services de données.

49) Pour tous les documents relatifs à cette affaire, voir : www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=S%2f0207%2f09&Ambito=Conductas

50) Voir El País, « El grupo socialista quiere garantizar por ley la neutralidad de la Red », disponible sur : http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2011/07/20/actualidad/1311152467_850215.html. Voir aussi Europa Press, *La Asociación de Internautas aplaude el "histórico acuerdo" en favor de la neutralidad en la Red en el Senado*, 1^{er} décembre 2011, disponible sur : www.europapress.es/sociedad/noticia-asociacion-internautas-aplaude-historico-acuerdo-favor-neutralidad-red-20101201144543.html. Voir aussi El Mundo, « El Senado vota en contra de la neutralidad de la Red por falta de consenso », 17 novembre 2011, disponible sur : www.elmundo.es/elmundo/2010/11/17/navegante/1289988204.html



Eléonore Scaramozzino
SCARAYE

Introduction

Le contrôle du pouvoir de marché des opérateurs de l'audiovisuel relève de la coexistence du dispositif anti-concentration¹ du droit de l'audiovisuel et du contrôle des concentrations du droit de la concurrence. La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication modifiée octroie au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) le pouvoir de régulation des contenus et des libertés publiques du secteur de l'audiovisuel. Son contrôle intervient, pour le secteur privé, au stade de l'octroi de nouvelles fréquences, à l'issue de la procédure de droit commun de l'appel à candidatures². Le CSA autorise l'usage des bandes de fréquences ou des fréquences assignées, réglementé par des conventions conclues entre le CSA et l'opérateur³. En contrepartie de la gratuité du droit d'utiliser des fréquences audiovisuelles⁴, les éditeurs sont soumis à des obligations de production et de diffusion d'œuvres européennes et d'expression originale française (EOF), au respect de la réglementation sur la publicité et la protection du public⁵. Le Conseil contrôle leur exécution⁶ et peut procéder au retrait de l'autorisation en cas de modification substantielle des données au vu desquelles l'autorisation a été délivrée⁷.

Ce dispositif ne s'applique pas aux chaînes du secteur public⁸, qui bénéficient d'un accès prioritaire aux fréquences dès lors que le gouvernement en fait la demande. Elles poursuivent des missions de

1) Articles 39-41 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

2) Article 22, idem.

3) Autorisation délivrée par le CSA pour chaque nouveau service diffusé par voie hertzienne terrestre autre que ceux exploités par les sociétés nationales de programme, subordonnée à la conclusion d'une convention passée avec le CSA et le diffuseur, article 28, idem.

4) Ces dispositions sont en conformité avec la Directive communautaire 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 dite « autorisation » qui, aux termes de son article 5-2, laisse aux Etats membres la possibilité de conditionner l'attribution des fréquences à la réalisation d'objectifs d'intérêt général.

5) Décret n° 2010-747 du 2 juillet 2010 relatif à la contribution à la production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles des services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre, JORF n° 0152 du 3 juillet 2010 p. 12098, Décret n° 2009-1271 du 21 octobre 2009 relatif à la contribution à la production audiovisuelle des éditeurs de services de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique, JORF n° 0245 du 22 octobre 2009, p. 17673, Décret n° 2010-1379 du 12 novembre 2010 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande, JORF n° 0264 du 14 novembre 2010 p. 20315, Décret n° 2010-416 du 27 avril 2010 relatif à la contribution cinématographique et audiovisuelle des éditeurs de services de télévision et aux éditeurs de services de radio distribués par les réseaux n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, JORF n° 0100 du 29 avril 2010 p. 7774.

6) Le CSA peut prononcer des sanctions pour non-respect des obligations qui leur sont imposées par les textes législatifs et réglementaires et par les principes définis aux articles 1^{er} et 3-1, articles 42 et suivants, pour le secteur privé, et article 48 pour le service public défini à l'article 44, idem.

7) Article 42-3, idem.

8) Article 44 et article 45, idem.

service public⁹ définies dans un cahier des charges fixé par décret¹⁰ et doivent respecter des obligations de contribution à la création déterminées par des contrats d'objectifs et de moyens (COM) conclus avec l'Etat¹¹. Elles sont soumises au contrôle du CSA¹² pour le respect des obligations imposées par les textes législatifs et réglementaires. L'article 10 de la loi n° 2000-769 du 1^{er} août 2000, modifiant l'article 49 de la loi de 1986¹³, a rapproché le régime juridique de l'exploitation des archives des programmes audiovisuels du secteur public de celui du secteur privé. Les chaînes publiques conservent ainsi la propriété de leurs programmes et peuvent, comme les chaînes privées, en confier l'exploitation dans le cadre d'un mandat à l'Institut national de l'audiovisuel (INA)¹⁴, chargé de conserver et mettre en valeur le patrimoine audiovisuel. Ce dernier conserve¹⁵ le monopole d'exploitation des extraits de ces programmes.

Depuis 2009¹⁶, l'Autorité de la concurrence est en charge du contrôle des concentrations économiques¹⁷. Elle intervient pour garantir une concurrence effective sur les marchés de la télévision payante et gratuite et le marché de la publicité télévisuelle, en tenant compte de la préservation des équilibres du secteur et notamment le financement de la création, comme l'atteste sa décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à l'acquisition de TPS et Canalsatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus (GCP). En 2009, le législateur a limité le pouvoir du distributeur dans l'organisation de son offre en imposant le respect de la numérotation logique des chaînes, tout en tenant compte de la liberté de commerce des opérateurs.

L'arrivée de la télévision connectée, permettant de réunir sur un même écran des contenus provenant de l'audiovisuel et de l'internet, remet en cause la pertinence des critères du dispositif anti-concentration et nécessite une redéfinition du périmètre du champ d'application du droit audiovisuel, notamment par rapport à cette catégorie d'opérateurs de communications électroniques. Le gouvernement a lancé une réflexion sur un rapprochement entre le régulateur de l'audiovisuel et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP).

Par ailleurs, le développement de l'acheminement des services de médias audiovisuels directement sur le réseau internet dit « best-effort » par une diffusion « over-the-top » (OTT) conduit à des tensions entre les fournisseurs de contenus et d'applications (FCA) et leurs opérateurs de transit d'une part, et les fournisseurs d'accès à internet (FAI), d'autre part, sur le marché de l'interconnexion¹⁸. Certains FAI essaient d'instaurer une composante payante dans leur relation de peering avec des FCA, voire avec des transitaires¹⁹. Les pratiques discriminatoires mises en œuvre par les opérateurs de réseau²⁰ tentent de

9) Article 43-11, idem.

10) Article 48, idem.

11) Article 53, idem.

12) Article 48-1B et les sanctions prévues aux articles 48-2 et suivants, idem.

13) « II (...) L'institut demeure propriétaire des supports et matériels techniques et détenteur des droits d'exploitation des archives audiovisuelles des sociétés nationales de programme et de la société mentionnée à l'article 58 qui lui ont été transférés avant la publication de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000. Les sociétés nationales de programme ainsi que la société mentionnée à l'article 58 conservent toutefois, chacune pour ce qui la concerne, un droit d'utilisation prioritaire de ces archives (...) » article 49, idem.

14) La loi n° 92-546 du 20 juin 1992 relative au dépôt légal a créé le dépôt légal de la radio et de la télévision, qui oblige les chaînes de télévision et de radio émettant en France à déposer tous leurs programmes français diffusés à l'antenne dans les archives de l'Institut national de l'audiovisuel. Articles L 131-2 et L 132-3 du code du patrimoine.

15) L'article 47-II de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 confie à l'INA la commercialisation des archives des sociétés nationales de programme dont il a la propriété à l'issue d'un délai de cinq ans après la date de leur première diffusion. Les fictions sont exclues du monopole d'exploitation de l'INA et restent la propriété des chaînes publiques. En avril 1987, TF1 devient propriétaire des archives de l'ex-ORF.

16) La réforme du code de commerce, introduite par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) et par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, a transféré l'exercice du contrôle des concentrations du ministre en charge de l'économie à l'Autorité de la concurrence.

17) Articles L 430-1 à L 430-7 du code de commerce.

18) Voir sur cette question « La télévision européenne face à la TV.2.0 ? », Eléonore Scaramozzino, Ed Larcier 2012.

19) Cette composante ne s'appliquerait que pour le trafic conduisant à dépasser un ratio d'asymétrie maximal défini dans la charte de peering du FAI.

20) Rapport *A viable future model for the Internet*, publié en 2011 par le cabinet A.T. Kearney à la demande des opérateurs France Télécom, Deutsche Telekom, Telecom Italia et Telefónica (Espagne). Une contre-analyse du rapport est notamment proposée dans : *Are traffic charges needed to avert a coming capex catastrophe?* (Robert Kenny, Communications Chambers, 2011) et dans : *Net discrimination won't buy you next-generation access* (Diffraction Analysis, 2012). Projet de rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet, Consultation publique du 16 mai au 20 juin 2012, Actes de l'ARCEP, mai 2012.

remettre en cause la neutralité du net²¹ et réduisent l'offre audiovisuelle accessible par les internautes et bientôt les « télénauts ». Le 20 septembre 2012, dans la plainte de Cogent contre France Télécom, l'Autorité de la concurrence a reconnu le droit pour le FAI de monétiser son interconnexion. L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a appliqué ses nouveaux pouvoirs octroyés par le paquet télécom de 2009 pour analyser le marché de l'interconnexion, devenu un enjeu pour la télévision connectée.

I. Services de médias audiovisuels et services de médias auxiliaires

Le droit audiovisuel a institué un dispositif anti-concentration visant à préserver le pluralisme interne et le pluralisme externe. Cependant, ses critères ne sont plus pertinents pour contrôler l'influence des opérateurs. L'Autorité de la concurrence a limité le pouvoir des opérateurs dominants par le recours notamment aux obligations de « *must-offer* » et de « *must-carry* » pour préserver l'accès aux marchés de la télévision. Son action a été complétée par le législateur dans l'organisation de l'offre de services du distributeur. Cependant, le contrôle du pouvoir de l'opérateur dominant de la télévision payante a été restreint en vue de protéger le financement de la création.

1. Le contrôle du pouvoir de marché des opérateurs audiovisuels par le dispositif anti-concentration du droit audiovisuel

Le législateur a souhaité éviter qu'une personne physique ou morale ne soit en mesure, à elle seule, de déterminer le contenu éditorial d'un service de télévision, plus particulièrement lorsqu'il est diffusé par voie hertzienne terrestre. Il a institué à cette fin, à l'article 39 de la loi de 1986 modifiée, un plafond de détention du capital. L'article 40 vise, au nom d'un principe d'indépendance nationale, à faire obstacle à ce que la part du capital ou des droits de vote d'une société éditrice détenue par des « étrangers » (autres que communautaires) excède 20 % dès lors, du moins, que le service est assuré en langue française. En ce qui concerne le pluralisme « externe », le législateur a défini deux séries de dispositions destinées à limiter les possibilités de contrôle simultané de plusieurs chaînes de télévision.

Il a, en premier lieu, édicté à l'article 41 de la loi de 1986 des règles de plafonnement du nombre d'autorisations qu'une personne physique ou morale peut cumuler pour un même support de communication audiovisuelle. Une même personne peut désormais être titulaire, directement ou indirectement, d'un nombre maximal de sept²² autorisations relatives à un service national de télévision hertzienne en mode numérique à condition toutefois que les programmes soient édités par des sociétés distinctes. Cette limitation d'autorisation n'existe pas pour les chaînes du câble et du satellite, ni pour le secteur public²³.

La loi limite, en second lieu, les possibilités de cumul de participations dans les sociétés titulaires d'autorisations relatives à un service national de télévision diffusé par voie hertzienne terrestre²⁴. Le législateur a institué des seuils contraignants, destinés à limiter les possibilités de concentration tous médias confondus, au niveau national d'une part et au niveau infranational d'autre part²⁵. Le système limite les participations d'une même société dans plusieurs médias en se fondant sur la règle dite « de deux situations sur trois » (télévision hertzienne, radiodiffusion sonore et presse quotidienne), qui s'applique à la fois au plan régional et au plan national²⁶. Cependant cette règle se révèle inégalement

21) Voir notamment sur cette question IRIS *plus* 2011-5, Pourquoi débattre de la neutralité du Net, Susanne Nikoltchev (Ed), Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2011.

22) La loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 avait fixé le plafond à cinq autorisations, mais la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 l'a ensuite porté à sept.

23) Article 41 et article 26, *idem*.

24) Article 39 de la loi de 1986.

25) Articles 41-1, 41-1-1, 41-2 et 41-2-2 de la loi de 1986 modifiée.

26) Règle des 2/3 (deux situations sur trois) de la loi de 1986. Au plan national, les articles 41-1 et 41-1-1 prévoient qu'une société ne peut pas se trouver dans plus de deux des trois situations suivantes: détenir une autorisation pour un ou plusieurs services de télévision terrestre desservant plus de quatre millions d'habitants ; détenir une autorisation pour un ou plusieurs services de radio desservant plus de 30 millions d'habitants ; éditer ou contrôler un ou plusieurs quotidiens ou publications représentant plus de 20% de la diffusion totale sur le territoire français. (Une règle équivalente existe au plan régional ou local, articles 41-2 et 41-2-1).

contraignante pour les différents médias, les plafonds étant nettement plus bas pour la radio, et plus encore pour la télévision, que pour la presse écrite. Jusqu'à présent le principal impact de la réglementation relative à la concentration des médias a été de limiter les participations croisées entre la presse écrite et les médias audiovisuels. Ces règles n'envisagent pas certaines formes de concentration, dite « verticale » avec d'autres secteurs ou activités, toutes aussi lourdes de menaces pour la liberté d'expression, le pluralisme de l'information et la diversité de la création²⁷.

2. Le contrôle du pouvoir des acteurs dominants par le droit de la concurrence

L'Autorité de la concurrence analyse les opérations de concentration selon le droit commun de la concurrence et peut imposer des injonctions aux opérateurs dominants dans les cas où les engagements proposés par ces derniers ne permettent pas de remédier aux problèmes identifiés.

Sur le marché de la télévision payante, l'opération de concentration TPS/Canalsatellite en 2006²⁸, qui a conduit au regroupement des activités de télévision payante de TPS et de Groupe Canal Plus a été autorisée sous réserve du respect de 59 engagements comportementaux²⁹ visant à limiter le pouvoir de GCP sur les marchés amont d'acquisition de droits audiovisuels, sur les marchés intermédiaires d'édition et de commercialisation de chaînes thématiques payantes, ainsi que sur le marché aval de la distribution de télévision payante. Dans sa décision du 20 septembre 2011³⁰, l'Autorité a constaté que GCP avait contourné ces engagements en matière de distribution notamment en dégradant la qualité de TPS. Ces manquements étaient susceptibles de « faire échec aux objectifs poursuivis par la décision d'autorisation, à savoir le rétablissement et le maintien d'une concurrence suffisante sur le marché de la télévision payante ». Ce comportement a conduit l'Autorité à retirer, sur le fondement des dispositions du IV de l'article L 430-8 du code de commerce, l'autorisation délivrée en 2006 et ordonner aux parties, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, de notifier à nouveau l'opération.

Dans sa décision du 23 juillet 2012, l'Autorité de la concurrence a considéré que la concentration avait conféré à GCP une position durable de quasi-monopsonne sur les marchés de l'acquisition de droits de films américains et d'expression originale française (« EOF ») récents, associée à un monopole sur le marché de l'édition de chaînes premium et une position dominante sur le marché de l'édition de chaînes cinéma³¹. Compte tenu de l'insuffisance des engagements proposés par les parties pour assurer une concurrence suffisante, elle a enjoint à ces dernières de mettre en œuvre des mesures correctives, qu'elle a elle-même définies³².

Sur le marché amont, l'Autorité de la concurrence a encadré la politique d'acquisition des droits en renforçant les engagements de 2006. Ainsi, elle a limité la durée des « output deals » avec les studios américains, a ordonné de séparer l'acquisition des droits de diffusion sur les différentes fenêtres des films américains³³ et des films français. Elle a interdit à GCP de conclure de contrats cadres d'achat de droits de diffusions avec des détenteurs de droits français ou tout contrat d'effet équivalent³⁴. Des limitations des exclusivités ont été prévues pour l'exploitation des droits non linéaires sur le marché de la vidéo à la demande³⁵. Elle a franchi une étape supplémentaire dans le contrôle du pouvoir de marché de GCP en lui ordonnant la cession de sa participation minoritaire dans la société éditant les chaînes

27) Manuel Droit des médias, Emmanuel Derieux et Agnès Granchet, LGDJ, Extensio Editions, 2010, n° 688, p. 221.

28) L'opération d'acquisition par GCP des deux chaînes de la TNT gratuite du Groupe Bolloré Intermédia, Direct 8 et Direct Star, en septembre 2011, est en cours d'examen par l'Autorité de la concurrence.

29) Décision du ministre de l'Economie n° C 2006-02 du 30 août 2006, p. 85-86.

30) Décision 11-D-12 du 22 septembre 2011, de l'Autorité de la concurrence relative au respect des engagements figurant dans la décision autorisant l'acquisition de TPS et Canalsatellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus.

31) Décision n°12-DCC-100 du 23 juillet 2012, relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et Canalsatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus, point 666.

32) Article 430-7 du code de commerce.

33) 1 (a) et 1 (b), Les droits de diffusion des films sur les 1^e et 2^e fenêtres devront faire l'objet d'une valorisation individuelle dans chacun des contrats, sans possibilité de remise de couplage entre ces droits, ni avec ceux des séries américaines récentes, Décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012.

34) 1 (c) à 1 (e), idem.

35) 7(a) et 7 (b), idem.

Orange Cinéma Séries (Orange Cinéma Séries-OCS)³⁶. Par cette injonction, l'Autorité de la concurrence crée les conditions pour restaurer l'autonomie de son principal concurrent sur le marché de l'acquisition de droits premium autres que sportifs³⁷. Elle a imposé qu'il renonce aux clauses visant à plafonner les investissements dans la production et de non concurrence.

Sur le marché de la télévision gratuite, l'Autorité de la concurrence est intervenue dans l'opération de concentration TF1/TMC-NT1³⁸. Dans sa décision du 26 janvier 2010³⁹, l'Autorité de la concurrence a considéré que la pratique de la mutualisation aurait permis de réduire les coûts de grille appréhendés globalement au niveau du groupe, en rentabilisant les droits acquis par le groupe TF1 sur trois chaînes en clair au lieu d'une seule⁴⁰ d'une part, et d'améliorer la qualité de programmation, soutenue par une promotion croisée⁴¹, d'autre part. Ce qui aurait renforcé ainsi la position dominante du groupe sur le marché de la publicité. Pour limiter la puissance du groupe sur le marché amont de l'acquisition de droits⁴², ce dernier a pris une série d'engagements⁴³ visant à limiter les possibilités de rediffusion⁴⁴ des œuvres et programmes en interne⁴⁵.

En ce qui concerne le marché de la publicité sur lequel le groupe détient une position dominante⁴⁶, ce dernier s'est engagé à ne procéder à aucune promotion croisée des programmes des chaînes TMC et NT1 sur la chaîne TF1⁴⁷, à maintenir l'indépendance des offres de TF1 par rapport à l'offre des deux autres chaînes en commercialisant de manière autonome leurs espaces publicitaires⁴⁸.

L'autorisation par l'Autorité de la concurrence de l'opération de concentration entre GCP et les deux chaînes de la TNT gratuite, Direct 8 et Direct Star⁴⁹, a été subordonnée au respect d'engagements comportementaux visant à empêcher un renforcement de la position dominante de GCP sur le marché amont⁵⁰. GCP s'est engagé à limiter sa politique d'acquisition des droits de diffusion en clair⁵¹ sur le marché des films américains récents, des films français inédits et des films de catalogue du Studiocanal. Les achats devront être effectués par deux centrales différentes, l'une dédiée au secteur de la télévision payante et l'autre au gratuit⁵². En ce qui concerne les droits sportifs relatifs à des événements sportifs

36) 2 (a) - La société en nom collectif Orange Cinéma Séries-OCS, établie entre la société Orange Cinéma Séries et la société Multithématiques, filiale de GCP, pour l'édition et l'exploitation du bouquet de chaînes de télévision dénommé Orange Cinéma Séries, comprend les chaînes Orange CinéMax, Orange CinéHappy, Orange CinéChoc, Orange CinéNovo et Orange CinéGéants, idem.

37) « il importe de faire en sorte que l'offre d'Orange, qui a constitué ces dernières années la seule alternative crédible à celle de GCP sur le segment du cinéma premium avant d'être neutralisée par l'accord passé avec GCP, retrouve son autonomie concurrentielle.(...) », point 677, décision 12-DCC-100.

38) TMC et NT1 sont deux chaînes généralistes de la TNT gratuite.

39) La décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010 relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe TF1 de la société NT1 et Monte-Carlo Participations (groupe AB).

40) Points 450, idem.

41) Points 451 et suivants, idem.

42) Points 452 à 482, point 587, idem.

43) Ces engagements sont pris pour une durée de cinq ans à compter de la décision autorisant l'opération et devront être mis en œuvre dès la notification de la décision (26 janvier 2010). Ils pourront faire l'objet d'un réexamen à la demande de TF1 et sur décision de l'Autorité, dans le cas où les circonstances de droit ou de fait prises en compte lors de l'autorisation seraient substantiellement modifiées.

44) Article 38 de la convention entre le Conseil supérieur de l'audiovisuel, agissant au nom de l'Etat, et la société télévision française 1.

45) Points 600-603 notamment pour les séries américaines, les œuvres audiovisuelles patrimoniales EOF, les séries EOF et les programmes de flux, idem, intégré à l'article 36 *ter* et l'article 36 *quater* de la convention CSA-TF1.

46) Dans sa décision, l'Autorité a constaté qu'avec près de 50 % de parts de marché, le groupe TF1 gardait une position dominante sur ce marché qui ne pourrait être que renforcée par l'acquisition, dans la mesure où, si TMC et NT1 ont pour le moment des parts de marché très faibles (moins de 2% au total), leur potentiel de croissance apparaît important.

47) Points 606-607 de la décision n° 10-DCC-11 du 26 janvier 2010, intégré à l'article 36 bis, de la convention CSA-TF1.

48) Point 608, idem.

49) Décision 12-DCC-101 du 23 juillet 2012.

50) L'acquisition des chaînes Direct 8 et Direct Star permettra à Groupe Canal Plus d'acquérir simultanément des droits relatifs à des œuvres audiovisuelles patrimoniales EOF pour la télévision payante et pour la télévision gratuite. Avis du CSA, p 84.

51) Canal+ étant propriétaire de Studiocanal, qui détient le premier portefeuille de films français et européens, il ne pourra pas diffuser plus de 20 films inédits sur Direct 8 et Direct Star. Parmi ceux-ci, le groupe ne pourra pas préempter les droits de plus de deux films à gros budget (plus de 15 millions d'euros), trois films à moyen budget (10 et 15 millions) et cinq films à petit budget (7 à 10 millions) (2.2). En ce qui concerne une diffusion en clair de films américains inédits et de séries américaines récentes, GCP ne pourra pas conclure avec plus d'un studio américain, un ou plusieurs accords cadre (2.1), dossier 11-0239-engagements phase II, du 20 juillet 2012.

52) 2.6, idem.

dits « d'importance majeure », devant être retransmis « sur un service de télévision à accès libre »⁵³, déjà acquis par GCP et qui ne seraient pas diffusés en clair sur le service audiovisuel Canal+, ces derniers devront être cédés dans le cadre d'une mise en concurrence transparente et non discriminatoire de tous les diffuseurs intéressés. Le 18 septembre 2012, dans le cadre de la convention entre la chaîne Direct 8, devenue D8, pour préserver les équilibres du marché de télévision gratuite, le CSA a ajouté une limitation de la diffusion de séries inédites en clair, produites par les principaux studios américains, à une première partie de soirée en moyenne par semaine, pendant trois ans puis 80 pour les deux années suivantes. En outre, le régulateur a institué un délai minimum de 18 mois entre la diffusion de séries françaises inédites sur Canal+ et sur D8, limitant ainsi la pratique de la mutualisation.

3. La réglementation de la numérotation des services limite le pouvoir des distributeurs d'organiser librement leur offre de services

L'accès direct par la numérotation constitue en France la voie d'accès privilégiée aux services de télévision. La question de la numérotation et le positionnement dans une thématique ont été identifiés par le CSA comme étant de nature à influencer l'audience d'une chaîne⁵⁴. L'article 34-4 de la loi du 30 septembre 1986 impose aux distributeurs de permettre l'accès des chaînes de la TNT gratuite, à la demande de ces éditeurs de services dans « des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires ». La loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 a ajouté à cet article un second alinéa prévoyant qu'à défaut d'un respect de la « numérotation logique » par les distributeurs, ces derniers ont pour obligation de réserver à ces chaînes un ensemble homogène respectant cette séquence et placé juste après un multiple de cent. Le caractère logique de la numérotation se rapporte au caractère immédiatement successif des numéros employés.

Le 17 décembre 2009, dans deux décisions relatives à la numérotation⁵⁵ dans le plan de services de l'offre Canalsat distribuée par la société Canal+ Distribution, le CSA a interprété les dispositions de ce nouvel alinéa de l'article 34-4 comme interdisant aux distributeurs de structurer leur plan de services dans le respect partiel de la numérotation logique au profit des seules chaînes « historiques ».

Le 9 juillet 2010⁵⁶, le Conseil d'Etat a annulé ces deux décisions pour erreur de droit. Il a estimé que le législateur n'a pas interdit le respect partiel de la numérotation logique limitée aux chaînes « historiques », dès lors que ce dernier se justifie par une différence objective de situation. Il a considéré que les dispositions de l'article 34-4 de la loi de 1986 « (...) prescrivent aux distributeurs concernés, soit d'attribuer à l'ensemble des chaînes nationales également diffusées en clair par la voie hertzienne terrestre en mode numérique le numéro logique défini par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour leur diffusion par cette voie, soit d'en assurer la reprise sur leur plan de services, dans l'ordre de la numérotation logique, en commençant à partir d'un nombre entier suivant immédiatement un multiple de cent, tout en conservant la faculté de les reprendre à d'autres emplacements de leur plan de services, déterminés en fonction de l'ensemble thématique à laquelle chacune appartient, de l'ordre de ces ensembles dans le plan de services et de l'ordre des chaînes au sein de cet ensemble (...)».

4. La recherche de l'équilibre entre le contrôle du pouvoir de marché du distributeur dominant et la préservation du financement de la création

Dans sa décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à l'acquisition de TPS et Canalsatellite par Vivendi Universal et GCP, l'Autorité de la concurrence précise que les pratiques mises en œuvre par l'entité fusionnée ont découragé le développement d'offres alternatives de télévision payante,

53) Articles 20-2 et 20-3 de la loi de 1986, repris par les dispositions des articles L 333-6 à L 333-9 du code des sports.

54) Délibération n° 2007-167 du 24 juillet 2007 relative à la numérotation des services de télévision dans les offres de programmes des distributeurs de services sur des réseaux de communications électroniques n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

55) Décision n° 09-835 du 17 décembre 2009 relative à un différend opposant les sociétés BFM TV et Canal+ Distribution et Décision n° 09-836 du 17 décembre 2009 du Conseil supérieur de l'audiovisuel relative à un différend opposant la société NRJ 12 et la société Canal+ Distribution.

56) CE, 9 juillet 2010, société Canal+ Distribution, n° 335336. Le Conseil d'Etat statuant au contentieux sur le rapport de la 5^e sous-section de la section du contentieux, Séance du 30 juin 2010.

notamment par des fournisseurs d'accès à internet. L'Autorité de la concurrence a renforcé l'obligation de « *must-carry* » par rapport à 2006. En effet, elle a notamment fixé le nombre de chaînes indépendantes devant être reprises dans l'offre Canalsat à au moins 55% du nombre de chaînes distribuées et a contraint le groupe à assurer à ces chaînes des conditions de reprise techniques, commerciales et tarifaires, transparentes, objectives et non discriminatoires⁵⁷. En outre, elle a imposé la distribution des chaînes détenant des droits premium⁵⁸.

Elle a également renforcé l'obligation de « *must-offer* » en lui imposant de mettre à disposition de tous les distributeurs qui en feront la demande, sur une base non exclusive, toutes les chaînes cinéma que GCP édite ou pourrait éditer, à l'exception des chaînes Canal+ et de maintenir la qualité des chaînes dégroupées. La mise à disposition devra être effectuée dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires. Toutefois, elle n'a pas ordonné le dégroupage des chaînes du bouquet Canal+, qui aurait mis fin à l'auto-distribution du bouquet sur l'ensemble des plateformes de distribution. Cette mesure aurait remis en cause le maintien des investissements de Canal+ dans la production cinématographique, qui passe par une maîtrise de la relation entre l'éditeur de la chaîne et l'abonné. Selon le Conseil national du cinéma (CNC), la remise en cause du mécanisme d'auto-distribution affecterait négativement le produit de la taxe sur les services de télévision (« TST »), prévue par l'article L. 115-6 du code du cinéma et de l'image animée, qui est affecté au CNC⁵⁹.

Dans son avis⁶⁰, le CSA avait souligné que la mesure visant l'auto-distribution pourrait modifier le montant que la Société d'édition de Canal+ verse au titre de ses obligations d'investissement cinématographique et audiovisuel. Dans la mesure où le montant des obligations de contribution à la création est proportionnel au montant du chiffre d'affaires de l'éditeur, et comme GCP est le principal investisseur en volume de films et en valeur de films d'expression originale française (EOF)⁶¹, cette mesure aurait généré une incertitude pour une partie du financement du cinéma français. L'Autorité s'est limitée à ordonner une séparation juridique et comptable des activités d'édition et de distribution⁶². Cette restriction dans le contrôle de la puissance de GCP est motivée par un souci de préserver le modèle de financement de la création, dont la réglementation renforce le pouvoir de marché de cet opérateur.

II. Les opérateurs de plateformes et les services convergents

Dans son rapport sur « les problèmes de concentration dans le domaine des médias », la Commission Lancelot de 2005⁶³ a souligné que l'évolution des technologies a fragilisé les fondements de loi du 30 septembre 1986 qui, pour les services de communication audiovisuelle, fait largement reposer le dispositif anti-concentration sur le plafonnement du nombre d'autorisations d'usage de fréquences radioélectriques qu'un même exploitant peut cumuler. La remise en cause de la pertinence de ce plafonnement des fréquences autorisées a été soulignée par la mission sur la télévision connectée⁶⁴,

57) Injonctions : 3) La reprise des chaînes indépendantes, idem.

58) « Une chaîne premium désigne : - une chaîne cinéma appartenant aux catégories réglementaires de « premières exclusivités » ou « premières diffusions » au sens du décret n° 90-66 du 17 janvier 1990 ; ou une chaîne diffusant des droits sportifs premium, à savoir les droits de diffusion des matches de Ligue 1 ou des championnats étrangers attractifs ou de la Ligue des champions », idem.

59) Points 350, 670, 671. « GCP est soutenu sur ce point par le CNC, qui soutient, premièrement, que le mécanisme d'auto-distribution est « un élément fondamental du modèle économique de Canal+ qui permet, grâce à une relation directe avec la source essentielle des revenus que constituent les abonnements, d'assurer la qualité premium des programmes, avec un coût de grille élevé sans comparaison avec les autres chaînes thématiques (...) et qu'une éventuelle remise en cause de ce mécanisme serait préjudiciable aux investissements dans la production cinématographique et audiovisuelle », idem. Cette taxe fait l'objet d'une discussion entre le Gouvernement français et la Commission européenne.

60) Avis n° 2012-10 du 2 mai 2012 à l'Autorité de la concurrence sur la nouvelle notification de l'acquisition des sociétés TPS et Canalsatellite par les sociétés Vivendi et GCP.

61) Pour les « services de cinéma de premières diffusions », il doit consacrer au minimum 26 % de ses ressources totales aux œuvres cinématographiques européennes, dont au moins 22 % aux œuvres EOF. Comme il encaisse directement auprès des clients le produit des abonnements, il doit consacrer chaque année au moins 12,5 % de ses ressources totales de l'exercice en cours à l'achat de droits de diffusion d'œuvres cinématographiques européennes, dont au moins 9,5 % à des œuvres d'expression originale française. Avis du CSA n° 2012-10.

62) 9 (a) et 9 (b), décision n° 12-DCC-100 du 23 juillet 2012.

63) Instituée par le décret n° 2005-217 du 8 mars 2005.

64) Rapport au ministre de la Culture et de la Communication et au ministre chargé de l'Industrie, de l'Energie et de l'Economie numérique, sur la télévision connectée, mission confiée à MM. Takis CANDILIS, Philippe LEVRIER, Jérémie MANIGNE, Martin ROGARD et Marc TESSIER ; Rapporteur : Mohammed Adnène TROJETTE, novembre 2011.

précisant que l'Autorité de la concurrence a été amenée à intervenir dans des opérations de concentration alors même que le critère relatif au nombre maximal de chaînes était respecté⁶⁵. Par ailleurs, cette limitation n'est pas applicable aux chaînes du câble et du satellite, et compte tenu du développement du transport des services de médias audiovisuels sur internet, sa portée pour limiter le pouvoir d'influence sur l'opinion publique d'un opérateur se trouve réduite.

La Commission Lancelot a opté⁶⁶ pour un critère de part d'audience réelle tous supports confondus. Elle a considéré que ce critère était le seul directement relié à l'objectif de sauvegarde du pluralisme et de limitation de l'influence que peut acquérir un opérateur dans la formation de l'opinion publique⁶⁷. La Commission préconisait que les chaînes publiques restent en dehors du plafonnement des parts d'audience. La mission sur la télévision connectée, a proposé de « faire évoluer les règles de contrôle des concentrations des médias pour prendre davantage en considération les parts d'audience et de marché réalisées sur les différents supports de diffusion »⁶⁸.

Il en résulte que la conception du droit audiovisuel liée au support de diffusion réduit la portée de la régulation audiovisuelle qui n'est pas applicable aux services OTT. En effet, le champ d'application de la loi de 1986 est limité aux services linéaires et aux services de médias audiovisuels délinéarisés (SMAd)⁶⁹ définis comme les services de communication au public par voie électronique permettant le visionnage de programmes au moment choisi par l'utilisateur et sur sa demande, à partir d'un catalogue de programmes dont la sélection et l'organisation sont contrôlées par l'éditeur de ce service⁷⁰. Il s'agit concrètement, pour l'essentiel, de la télévision de rattrapage et de la vidéo à la demande. Ce qui exclut un grand nombre de services de médias audiovisuels délinéarisés, tels que les plateformes communautaires, dont YouTube et Dailymotion, qui sont régies actuellement par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN). Le Président du CSA⁷¹ considère qu'en faisant des choix de mise en avant des contenus, ces plateformes accomplissent un « travail » qui s'apparente « à celui des éditeurs » et doivent donc être soumises aux dispositions du droit audiovisuel.

Le 16 février 2012, le CSA a installé une commission de suivi des usages de la télévision connectée, qui rassemble les acteurs publics et privés du secteur afin de mieux appréhender cette télévision de nouvelle génération⁷². La commission, structurée autour de cinq groupes de réflexion⁷³, a vocation à devenir le lieu naturel des échanges des parties prenantes à la télévision connectée. Elle émettra des recommandations et des propositions accompagnant son développement.

Le 21 août 2012, le gouvernement a annoncé une réflexion⁷⁴ globale sur la régulation de l'audiovisuel, des télécoms et de l'internet, qui proposera à l'issue de ces travaux les évolutions législatives et réglementaires nécessaires à l'heure de la convergence⁷⁵. Ces travaux devraient permettre d'adapter le dispositif anti-concentration aux évolutions de la diffusion des contenus audiovisuels et du pouvoir d'influence des nouveaux acteurs de la télévision connectée.

65) Voir l'analyse des opérations de concentration TF1/NT1-TMC et Canal+/ Direct 8 et Direct Star au 1.2 infra.

66) Le choix portait entre un critère tiré de la part d'audience réelle et un régime fondé sur la part de marché publicitaire ou la part de chiffre d'affaires du secteur.

67) Le choix d'un critère d'audience paraît d'autant plus pertinent que le contrôle des concentrations de droit commun appréhende déjà les possibles effets anti-concurrentiels d'une opération sur le marché publicitaire, de sorte que leur prise en compte dans la législation sectorielle paraît moins indispensable. p.76.

68) Proposition n° 4, rapport sur la télévision connectée ; novembre 2011.

69) La notion de services de médias audiovisuels à la demande (SMAd) a été introduite en droit français par l'article 36 de la loi de 2009 modifiant l'article 2 de la loi de 1986.

70) Article 36 de la loi du 5 mars 2009 modifiant l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986.

71) Le 13 mars dernier, le président du CSA a écrit au président de l'Association des sites internet communautaires (ASIC), pour lui indiquer qu'il considérait que ces plateformes étaient des services de vidéos comme les autres.

72) Lettre du CSA n° 257 - février 2012,

www.csa.fr/Etudes-et-publications/Les-dossiers-d-actualite/Une-commission-de-suivi-pour-la-television-connectee

73) Groupe « Economie et concurrence », groupe « Financement de la création », groupe « Protection des publics sensibles », groupe « Nouveaux formats publicitaires » et groupe « Enjeux technologiques ».

74) Rapprochement entre le CSA et l'ARCEP, Le Premier ministre demande au ministre du Redressement productif, à la ministre de la Culture et de la Communication et à la ministre déléguée chargée des PME, de l'Innovation et de l'Economie numérique de lui faire des propositions de rapprochement entre le CSA et l'ARCEP.

www.gouvernement.fr/presse/rapprochement-entre-le-csa-et-l-arcep

75) Cette réflexion s'appuiera sur les positions de l'ARCEP et du CSA et sera coordonnée avec celle conduite par Pierre LESCURE sur l'acte II de l'exception culturelle.

III. La diffusion (opérateurs réseau, développeurs de matériel et logiciels, fabricants de terminaux)

Le marché de l'interconnexion assure la connectivité globale de l'internet et garantit la capacité de chaque utilisateur à envoyer et accéder à l'information de son choix. Ce marché, non régulé, se caractérise par une opacité des pratiques développées par les opérateurs. Le 29 mai 2012, l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE), instance de concertation créée par le troisième paquet télécom, a publié les résultats de son enquête sur la gestion du trafic. Ces derniers montrent que plusieurs opérateurs de réseau fixe et mobile et fournisseurs de services mettent en œuvre des restrictions d'utilisation (blocage ou limitation de débit pour certains services) qui touchent un nombre non négligeable d'abonnés en Europe⁷⁶. L'Autorité de la concurrence est intervenue dans l'affaire *Cogent c. France Télécom* en faveur d'un peering payant. L'ARCEP a utilisé ses nouveaux pouvoirs pour suivre les tendances du marché de l'interconnexion et fixer des exigences minimales de qualité. Par ailleurs, des travaux législatifs sont en cours pour adopter des dispositions visant à imposer aux fabricants de terminaux de permettre à leurs équipements d'être utilisables sur tous les réseaux. L'ARCEP poursuit ces travaux sur ce sujet.

1. L'enjeu de l'interconnexion dans la régulation des opérateurs audiovisuels

Le 10 mai 2011, Cogent, opérateur de transit, a saisi l'Autorité de la concurrence dénonçant le refus de l'opérateur de réseau, France Télécom, d'ouvrir gratuitement de nouvelles capacités d'interconnexion, constitutif, selon lui, d'un prétendu abus de position dominante. Ce refus provoquait un ralentissement dans la transmission des contenus de ces clients, dont notamment les vidéos du site Megaupload. Le 20 septembre 2012⁷⁷, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'opérateur de réseau n'avait pas refusé l'accès à l'opérateur de transit. Cependant, compte tenu de l'absence de symétrie de l'échange de trafic, France Télécom était en droit de demander une rémunération pour l'ouverture de nouvelles capacités, conformément à sa politique d'interconnexion. Toutefois, France Télécom a dû prendre des engagements pour formaliser ses relations avec son transitaire (Open Transit) afin de faciliter la prévention et le contrôle à l'avenir d'éventuelles pratiques de ciseau tarifaire. L'Autorité de la concurrence n'a pas jugé nécessaire d'imposer une séparation entre les activités de fournisseur d'accès à internet et celles de transit. Cette décision est la première rendue par une autorité de concurrence dans le monde sur la question de la monétisation de l'interconnexion, très discutée dans le cadre du débat sur la neutralité de l'internet⁷⁸.

2. Les nouveaux pouvoirs de l'ARCEP pour la neutralité du net

Les Directives 2009/13/CE et 2009/140/CE transposées en droit français par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011⁷⁹ complétée par deux décrets⁸⁰, ont octroyé de nouveaux pouvoirs à l'ARCEP, en ce qui concerne la qualité de service, la collecte d'information et le règlement des différends. L'ARCEP est compétente pour recueillir des informations, non seulement auprès des opérateurs⁸¹,

76) MEMO/12/389, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/12/389&format=HTML&aged=0&language=fr&guiLanguage=fr>

77) Décision n° 12-D-18 du 20 septembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'interconnexion réciproques en matière de connectivité internet, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d18.pdf

78) Communiqué : 20 septembre 2012 : Trafic internet – Accords de « peering » www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=417&id_article=1970

79) En application de la loi n° 2011-302 du 22 mars 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière de santé, de travail et de communications électroniques, JORF n° 0069 du 23 mars 2011 p. 5186. L'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques a pour objet, dans son titre premier, de transposer les Directives 2009/136/CE et 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant cinq directives de 2002, JORF n° 0197 du 26 août 2011 p. 14473.

80) Décret n° 2012-436 du 30 mars 2012 portant transposition du nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques, JORF n° 0078 du 31 mars 2012 p. 5907 et Décret n° 2012-488 du 13 avril 2012 modifiant les obligations des opérateurs de communications électroniques conformément au nouveau cadre réglementaire européen, JORF n° 0090 du 15 avril 2012 p. 6919.

81) Les opérateurs sont également tenus de communiquer à l'ARCEP, à sa demande ou selon une périodicité qu'elle définit, « l'ensemble des conventions d'interconnexion, d'accès et d'acheminement de trafic » qu'ils concluent (article D. 98-11).

mais aussi des fournisseurs de services de communication au public en ligne s'agissant des « informations ou documents concernant les conditions techniques et tarifaires d'acheminement du trafic appliquées à leurs services »⁸². Cette nouvelle compétence a été mobilisée dans le cadre de travaux sur l'interconnexion et l'acheminement de trafic. Dans sa décision n° 2012-0366⁸³, adoptée le 29 mars 2012, elle institue une collecte d'informations, visant à connaître les conditions techniques et tarifaires d'interconnexion et d'acheminement de données entre opérateurs et fournisseurs de contenu et d'application ayant un impact sur les utilisateurs situés en France. L'ARCEP estime être ainsi en mesure de suivre les tendances développées sur ce marché de l'interconnexion de données, les analyser et en tirer des conséquences pour son action et l'exercice de sa compétence de règlement des différends. Cependant, cette initiative se heurte à l'hostilité des opérateurs, qui contestent le fondement juridique de la démarche ainsi que le caractère disproportionné de ce contrôle, sans qu'un dysfonctionnement véritable n'ait été identifié⁸⁴.

En ce qui concerne les pouvoirs de règlement des différends, les modifications apportées à l'article L 36-8 du code des postes et communications électroniques (CPCE)⁸⁵ conduisent à un élargissement de la compétence de l'ARCEP qui pourra désormais être amenée à trancher un différend entre un opérateur et « une entreprise fournissant des services de communication au public en ligne »⁸⁶, dans la mesure où ce différend porte sur les « conditions réciproques techniques et tarifaires d'acheminement du trafic » entre ces parties. L'ARCEP a été saisie au sujet des lenteurs régulièrement constatées par les abonnés Free lorsqu'ils consultent des vidéos YouTube⁸⁷.

En vertu de l'article L 36-6 du CPCE, l'ARCEP dispose de la possibilité de fixer des exigences minimales de qualité de service, si cela s'avère nécessaire. Elle adoptera, avant la fin 2012, une décision fixant précisément les indicateurs qui devront être mesurés et publiés pour les réseaux fixes, en complément des mesures déjà réalisées sur les réseaux mobiles⁸⁸.

3. Les fournisseurs de terminaux et la neutralité

L'article R 20-22 du CPCE impose à tout opérateur d'accueillir tout équipement terminal conforme sur son réseau. Cependant, la réciprocité imposant aux fabricants de terminaux de permettre à leurs équipements d'être utilisables sur tous les réseaux n'est pas nécessairement garantie. En l'absence d'une législation réglant spécifiquement et a priori ce genre de pratiques, c'est le droit de la concurrence qui s'applique et qui, au cas par cas, doit déterminer si les paramètres de l'accord liant un constructeur de terminaux à un opérateur réseau sont ou non acceptables.

Dans sa décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008⁸⁹, l'Autorité de la concurrence s'est prononcée contre les pratiques d'exclusivité mises en place par l'opérateur Orange pour la distribution des iPhones, qui excluaient toute commercialisation de l'iPhone dans des réseaux concurrents d'Orange et étaient de nature à renforcer la position prééminente d'Orange sur le marché des services de téléphonie mobile

82) Article L 32-4 du CPCE.

83) www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/12-0366.pdf

84) Réponses à la consultation publique de l'ARCEP, Projet de collecte trimestrielle d'informations sur les conditions techniques et tarifaires d'interconnexion et d'acheminement des données, www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/synth-cp-interconneutralite-mars2012.pdf. Verizon a introduit un recours en annulation de cette décision devant le Conseil d'Etat.

85) Les modifications apportées par l'ordonnance du 24 août 2011 à l'article L. 36-8 du CPCE résultent de la lecture combinée des nouvelles dispositions de l'article 20 de la directive « cadre » relatif au règlement d'un litige et de l'article 2 de la directive « accès », qui définit la notion d'accès.

86) La notion d'entreprise fournissant des services de communication au public en ligne renvoie à celle de services de communication au public en ligne, qui est elle-même définie par l'article 1^{er} de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique comme « toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur ». Sont visées ici en pratique les entreprises fournissant des contenus ou des services sur internet.

87) www.alain-bazot.fr/index.php/interconnexion-les-freenauts-pas-libres-de-surfer-a-plein-tube/

88) Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet, p. 41 et suivantes.

89) la Décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08mc01.pdf confirmée par la Cour d'Appel de Paris, dans son arrêt du 4 février 2009 www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca08mc01_iphone_fev09.pdf infirmé par la Cour de Cassation dans son arrêt du 16 février 2010, pour insuffisance de motivation, www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cass_08mc01_fev2010.pdf

et à affaiblir directement la concurrence. En novembre 2009, Apple et Orange ont renoncé à vendre l'iPhone en exclusivité en France⁹⁰.

La proposition de loi du sénateur Marsin⁹¹ puis le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs⁹² ont donc proposé de modifier l'article L 34-9 du CPCE pour interdire aux fabricants d'équipements connectables aux réseaux de communications électroniques de limiter ou de bloquer la possibilité d'utiliser leurs équipements pour accéder au réseau de certains exploitants de réseaux de télécommunication ouverts au public et fournissant au public des services de communications électroniques, sauf pour des raisons d'intérêt général. En complément, afin de prévenir les cas de blocage de contenus ou d'applications par le terminal lui-même, le même projet de loi prévoit de renforcer l'information du consommateur sur les éventuelles restrictions dans l'utilisation de certains terminaux (article L 34-9-1-1). L'ARCEP poursuit ses travaux sur ce sujet⁹³ pour préciser le diagnostic sur les problématiques associées aux terminaux, et déterminer les voies d'action appropriées⁹⁴.

90) Décision 10-D-01 du 11 janvier 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones, www.arcep.fr/fileadmin/reprise/textes/juris/2010/10-d-01.pdf, Décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones, www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08mc01.pdf, confirmée par la Cour d'Appel de Paris, dans son arrêt du 4 février 2009 www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca08mc01_iphone_fev09.pdf, infirmé par la Cour de Cassation dans son arrêt du 16 février 2010, pour insuffisance de motivation, www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/cass_08mc01_fev2010.pdf

91) www.senat.fr/propositions-de-loi/marsin_daniel04096s.html

92) www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3508.asp

93) www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/synt-cp-conso-180211.pdf

94) Les Actes de l'ARCEP, Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet, septembre 2012, p. 66-69, www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-parlement-net-neutralite-sept2012.pdf

GB ROYAUME-UNI

Lorna M. Woods

The City Law School, City University London

I. Services de médias audiovisuels et services auxiliaires

1. Approche adoptée à l'égard des médias de service public

Au Royaume-Uni, les médias de service public (MSP) ne sont soumis à aucun régime de concurrence spécifique. A des fins réglementaires, la définition des MSP couvre, outre la BBC, les services fournis par S4C, Channel 3, Channel 4, Channel 5 et le service de télétexte public¹. Tous sont considérés comme faisant partie du marché de l'audiovisuel britannique et leur existence est prise en compte lorsqu'il s'agit, par exemple, de définir le marché et de déterminer la position dominante.

Toutefois, des règles spécifiques s'appliquent à la BBC. Depuis l'adoption de la Charte (2006), ses activités sont supervisées par le BBC Trust, organisme chargé d'agir dans l'intérêt public². Ce dernier octroie une licence à chaque service de la BBC³ et soumet les nouveaux services à un test d'évaluation de l'intérêt public (*public value test*)⁴. Chacune de ces licences doit indiquer de quelle façon le service contribue à la promotion « d'objectifs d'intérêt public », comme défini dans l'Accord et dans la Charte⁵, et fixer des indicateurs de performance. Le Trust, chargé de garantir la prestation du service public, doit également prendre en compte l'incidence des activités de la BBC sur le marché dans son ensemble et faire appliquer les règles de concurrence⁶, bien qu'il doive parfois attendre les résultats d'enquêtes confiées aux autorités responsables de l'application du droit de la concurrence, comme dans le cas du projet Kangaroo⁷. La *Competition Commission* (Commission de la concurrence – CC) a bloqué cette entreprise commune. En revanche, le Trust a approuvé le projet Canvas, successeur du projet Kangaroo, sous certaines conditions⁸. Il a en effet estimé qu'une éventuelle incidence négative sur le marché était compensée par la valeur publique de la proposition. Bien que les premiers partenaires de l'entreprise commune aient été la BBC, ITV et BT, puis Channel 4, Channel 5 et Arqiva, elle ne relevait pas du ressort des autorités de la concurrence. Tous les radiodiffuseurs sont soumis aux pouvoirs sectoriels de l'*Office*

1) *Communications Act 2003* (loi sur les communications de 2003), article 264(11).

2) Voir de manière générale au sujet de la structure réglementaire, Woods, L., « *Regulation and Extra-Legal Regulation of the Media Sector* » dans Goldberg, Sutter and Walden (éd.), *Media Law and Practice* (OUP, 2009).

3) Auparavant, cette responsabilité incombait au ministère de la Culture, des Médias et du Sport (DCMS). Toutes les licences ont été réattribuées en 2008 à la suite d'une consultation publique.

4) Article 24, Charte de la BBC 2006 (Cm 6925).

5) Article 17(2), Accord de la BBC.

6) Voir, par exemple, la décision sur le projet Jam : BBC Press Office, *Post closures follow suspension of BBC Jam* (La suspension de BBC Jam entraîne des suppressions de postes), 14 mai 2007, disponible sur : www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2007/05_may/14/jam.shtml

7) Kangaroo, entreprise commune entre BBC Worldwide, ITV et Channel 4, visait à proposer aux consommateurs britanniques les programmes à la demande (payants) des trois chaînes en un seul endroit. La technologie a ensuite été achetée par Arqiva et lancée sous le nom de Seesaw, avant d'être retirée en octobre 2011.

8) Décision du BBC Trust du 25 juin 2010, disponible sur : www.bbc.co.uk/bbctrust/news/press_releases/2010/canvas.html

of Communications (Ofcom, autorité britannique de régulation des communications) (voir ci-après I.3. et I.4.2.).

2. Réglementation de l'entrée sur le marché

Les licences relatives à Channel 3 et Channel 5 ont été attribuées dans le cadre d'un appel d'offres concurrentiel, prévu par la *Broadcasting Act 1990* (loi sur la radiodiffusion de 1990 – BA90) et portant sur les fréquences terrestres actuellement utilisées par ces services⁹. Channel 4 étant une société de service public appartenant à l'Etat, sa licence n'était pas soumise à ce processus¹⁰. De même, un régime spécial s'appliquait à S4C, radiodiffuseur de langue galloise établi en vertu des *Broadcasting Acts* de 1980 et 1981 sous le contrôle de la *S4C Authority* (Autorité chargée de la S4C) et financé par le ministère de la Culture, des Médias et des Sports (*Department for Culture, Media and Sports* – DCMS). Dans un monde multiplateforme, le titulaire d'une licence de service public bénéficie d'une mise en avant dans les guides électroniques des programmes ainsi que d'une capacité réservée sur les multiplex lui permettant de couvrir plus de 98,5 % de la population britannique. En plus de s'acquitter d'une redevance, les titulaires d'une licence devaient respecter certaines obligations en matière de programmation¹¹.

Les licences actuelles expireront le 31 décembre 2014. Le *Communications Act 2003* (CA03) autorise leur renouvellement mais, selon son article 229, l'Ofcom doit remettre au secrétaire d'Etat un rapport sur l'évaluation de la capacité des titulaires des licences de Channel 3 et Channel 5 à « contribuer à la réalisation des objectifs de la radiodiffusion télévisuelle de public service (...) à un coût (...) qui est commercialement viable ». Le marché a connu des changements importants, notamment la fragmentation des audiences, l'introduction de nouveaux services et la forte baisse des recettes publicitaires qui ont remis en cause la survie du système actuel¹². Néanmoins, l'Ofcom a récemment conclu que Channel 3 et Channel 5 pouvaient continuer à apporter leur contribution¹³, ce qui n'implique toutefois pas le renouvellement automatique des licences.

En ce qui concerne les services linéaires, les autorisations relatives aux services de contenu télévisuel soumis à l'obtention d'une licence (*Television Content Licensable Service* – TCLS)¹⁴ peuvent être accordées aux personnes satisfaisant aux critères de la CA03 (principalement, le test d'honorabilité et d'aptitude¹⁵). Les licences TCLS ne sont pas limitées en nombre mais elles n'incluent pas le droit d'utiliser une capacité de transmission, laquelle doit faire l'objet d'une négociation entre le titulaire de la licence et les réseaux et plateformes de distribution. Un service de vidéo à la demande (VoD) de type télévisuel, autrement dit un service de programmes à la demande (*on-demand programme service* – ODPS) en vertu de la législation¹⁶, doit être notifié au préalable à l'*Authority for Television On Demand* (ATVOD – Autorité pour la télévision à la demande) (et s'acquitter d'une redevance), mais ne requiert pas de licence.

9) L'article 7 de la *Wireless Telegraphy Act 2006* (loi sur la télégraphie sans fil de 2006) (remplaçant l'article 158 du *Communications Act*) impose à l'Ofcom de réserver une capacité de multiplex suffisante aux « services admissibles » au sens du *Communications Act*.

10) Jusqu'en 1993, elle appartenait à l'*Independent Broadcasting Authority*, prédécesseur de l'*Independent Television Commission* (ITC, organisme britannique de régulation de la radiodiffusion privée) (les fonctions de l'ITC ont été reprises par l'Ofcom en 2003). Son conseil d'administration est nommé par l'Ofcom, en concertation avec le ministère de la Culture, des Médias et des Sports.

11) Les obligations de Channel 4 ont été modifiées par le *Digital Economy Act* (loi sur l'économie numérique).

12) Ofcom, *Ofcom's Second Public Service Broadcasting Review: Putting Viewers First* (Deuxième rapport de l'Ofcom sur la radiodiffusion de service public : les téléspectateurs d'abord), 21 janvier 2009, disponible sur : http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/psb2_phase2/statement/psb2statement.pdf

13) Ofcom, *Licensing of Channel 3 and Channel 5: A report to the Secretary of State under section 229 of the Communications Act 2003* (Octroi des licences de Channel 3 et Channel 5 : rapport au secrétaire d'Etat au titre de l'article 229 du *Communications Act 2003*), 23 mai 2012, disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/broadcasting/tv/c3-c5-licensing>

14) Définis à l'article 232, CA03 : il peut s'agir d'un service comprenant des programmes télévisés, d'un guide électronique des programmes ou d'un mélange des deux. La définition exclut les services bidirectionnels. Cet article a été modifié par le texte réglementaire mettant en œuvre la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV), *The Audiovisual Media Services Regulations 2009*, SI 2009/2979.

15) Voir Gibbons, T., « Royaume-Uni - La télévision et la concentration des médias » dans IRIS Spécial, La télévision et la concentration des médias : Modèles de réglementation aux niveaux national et européen, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2001, p. 25 et suivantes.

16) Article 368A, CA03 ; voir aussi *ATVOD Guidance* (Directives de l'ATVOD) (édition 3.1), 19 octobre 2010, disponible sur : www.atvod.co.uk/uploads/files/Guidance_on_who_needs_to_notify_Ed3.1_Mar_2011.pdf.

3. Règles anti-concentration spécifiques aux médias

Les règles relatives à la propriété des médias contenues dans la BA90 modifiée par la *Broadcasting Act 1996* (loi sur la radiodiffusion de 1996 – BA96)¹⁷ constituaient un réseau complexe de règles applicables aux personnes interdites de licence, à la concentration d'intérêts dans les médias¹⁸, à la propriété croisée des médias et à la contiguïté. Depuis l'entrée en vigueur de la CA03, la réglementation d'aspects de la propriété des médias, auparavant soumis à des limites spécifiques, a été laissée aux autorités de la concurrence : aucune restriction ne s'applique au nombre total de licences de télévision détenues. D'autres restrictions, sur la propriété hors EEE des radiodiffuseurs, par exemple, ont également été supprimées. Si la CA03 est considérée comme assouplissant le régime de contrôle de la concentration des intérêts dans les médias établi par la BA90 et la BA96, elle contient également certaines dispositions relatives à la concurrence en général et aux fusions de médias. En outre, l'Ofcom est soumis à l'obligation générale « de promouvoir les intérêts des consommateurs sur les marchés pertinents, le cas échéant en favorisant la concurrence »¹⁹. Il doit également assurer « le maintien d'une pluralité suffisante de fournisseurs de services différents de radio et de télévision »²⁰. En pratique, cela l'a amené à examiner régulièrement la propriété des médias, de manière générale, et à conseiller le ministre quant à la nécessité d'un changement²¹. La CA03 prévoit également des pouvoirs sectoriels en matière de concurrence pour l'Ofcom : ce dernier peut imposer des conditions à chaque licence de radiodiffusion sur laquelle il doit se prononcer²² en fonction de ce qu'il juge approprié « pour assurer une concurrence saine et efficace dans la prestation de services sous licence ou de services connectés »²³. L'Ofcom a exercé ces pouvoirs dans le cadre de dispositifs de *must-offer* (obligations d'offre), comme discuté ci-dessous en I.5.

Certaines dispositions demeurent : détention de licences par certains groupes interdite ou limitée²⁴, par exemple par les opérateurs de télécommunications publics nationaux ayant un chiffre d'affaires annuel supérieur à 2 milliards GBP ; règles relatives à la fourniture d'informations aux titulaires d'une licence Channel 3 (pour s'assurer de présenter un point de vue différent de celui de la BBC)²⁵ ; et restrictions applicables à la détention d'une licence Channel 3 et de journaux nationaux et à une concentration de médias locaux. Nul ne peut acquérir une licence Channel 3 s'il dirige un ou plusieurs journaux à diffusion nationale dont la part de marché cumulée atteint ou dépasse 20 % ; et le titulaire d'une licence Channel 3 ne peut pas acquérir une participation de 20 % ou plus dans une personne morale dirigeant un ou plusieurs journaux nationaux dont la part de marché cumulée est de 20 % ou plus²⁶. Il existe des règles pour prendre en considération les groupements de sociétés ainsi que les relations familiales.

Egalement dans l'objectif d'assurer la pluralité des voix, il existe au niveau des radios locales des restrictions comparables sur la propriété croisée eu égard aux opérateurs de chaînes de télévision de service public. Le *Media Ownership (Local Radio and Appointed News Provider) Order 2003* (ordonnance de 2003 sur la propriété des médias (radio locale et fournisseur d'actualités désigné)) prévoit, entre autres, que nul ne peut détenir simultanément : une licence de radio locale analogique, une licence Channel 3 régionale dont le public potentiel comprend 50 % du public du service de radio analogique ; et un ou plusieurs journaux locaux ayant une part de marché locale de 50 % ou plus dans la zone locale de couverture. Même après la récente révision par l'Ofcom de la propriété des médias²⁷, ces règles restent applicables.

17) Pour un aperçu, voir Gibbons, T., *op. cit.*, p. 19 et suivantes.

18) Avant la CA03, la fusion Carlton/Granada n'aurait pas été autorisée. Elle était encore soumise au régime des fusions : Carlton Communications Plc / Granada Plc, rapport du 7 octobre 2003 (Cmnd 5952).

19) Article 3(1)(b), CA03.

20) Article 3(2)(d), CA03.

21) Article 391, CA03.

22) Article 318, CA03.

23) Article 316, CA03.

24) Comprenant des interdictions totales ou partielles et figurant à l'annexe 2 de la BA90, modifiée, comme discuté par Gibbons, T., *op. cit.* (note de bas de page 15).

25) Les informations nationales sur Channel 3 doivent être fournies par un « fournisseur d'actualités désigné » - articles 282 et 283, CA03.

26) CA03, annexe 14, partie 1.

27) Ofcom, *Review of Media Ownership Rules* (Révision des règles relatives à la propriété des médias), 14 novembre 2006, disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/media-literacy/media-ownership/rules.pdf>.

4. Incidence du droit général de la concurrence sur les marchés de médias

Au Royaume-Uni, trois organismes indépendants sont chargés de l'application de la politique de concurrence : l'*Office of Fair Trading* (Direction générale de la concurrence – OFT), la *Competition Commission* (Commission de la concurrence – CC) et le *Competition Appeals Tribunal* (Tribunal d'appel de la concurrence – CAT). Ce système²⁸ marque un changement par rapport à l'ancien régime, qui manquait de transparence.

4.1. Vue d'ensemble des autorités compétentes et du cadre juridique

L'OFT examine les pratiques anticoncurrentielles dans les marchés et les fusions. La CC mène des enquêtes approfondies sur certaines fusions ou activités du marché et peut imposer des mesures correctives. Toutefois, son intervention n'est possible que si elle est saisie par une personne compétente²⁹. La CC joue un rôle déterminant dans le processus, sous réserve d'un examen par le CAT, tribunal judiciaire spécialisé³⁰. Beaucoup de décisions de l'Ofcom utilisant des pouvoirs sectoriels sont également susceptibles d'appel devant le CAT.

La *Competition Act 1998* (loi sur la concurrence de 1998) introduisait deux interdictions reflétant les articles 101 et 102 du TFUE : l'interdiction du chapitre I et l'interdiction du chapitre II, respectivement. L'*Enterprise Act* (loi sur l'entreprise) a complété ce régime en introduisant une infraction pénale : l'infraction d'entente. Cette dernière n'a pas été utilisée en relation avec le secteur des médias mais les interdictions du Chapitre I et du Chapitre II ont été envisagées. Par exemple, plusieurs plaintes ont été déposées contre BSkyB, mais avec un succès limité. Des concurrents ont affirmé que BSkyB avait abusé de sa position dominante de plusieurs façons : en comprimant les marges des distributeurs de ses chaînes premium, en proposant ces chaînes dans des lots mixtes ou en accordant certaines remises pour ces chaînes premium³¹.

En vertu de l'*Enterprise Act 2002*, l'OFT a le pouvoir d'enquêter sur les fusions et doit les renvoyer³² devant la CC en cas de « situation de fusion pertinente »³³. Le test consiste à déterminer s'il existe un risque réaliste que la fusion se traduise par une diminution substantielle de la concurrence (*substantial lessening of competition* – SLC) sur un marché britannique. La CC décide des mesures correctives appropriées en tenant compte de « la nécessité de parvenir à une solution aussi complète et raisonnable que possible »³⁴.

4.2. Régime du droit de la concurrence spécifique aux médias et pratique pertinente

Lorsqu'une fusion soulève des questions d'intérêt public, par exemple relatives à la pluralité des médias, le secrétaire d'Etat peut également la renvoyer devant la CC³⁵. Ces compétences ont été utilisées

28) Il convient de noter qu'il est prévu de poursuivre les réformes.

29) Article 58(2A)-(2C), *Enterprise Act 2002* (loi sur les entreprises de 2002). La CC examine également les affaires en rapport avec la tarification des communications au titre de la CA03 : articles 192-193, CA03.

30) Voir, de façon générale, Robertson, A., « Judicial Review of Competition Law » [2001] *Judicial Review* 84.

31) Décision du Directeur général de l'OFT, décision CA98/20/2002, 17 décembre 2002, demande de modification rejetée, décision de l'OFT, 29 juillet 2003, disponible sur : www.ofcom.gov.uk/shared_ofcom/decisions/sky2.pdf. Voir également la plainte de NTL eu égard à une promotion commune de BT et de BSkyB, 15 mai 2003, disponible sur : www.ofcom.gov.uk/shared_ofcom/decisions/btbskyb.pdf

32) Article 22 pour les fusions terminées et article 33 pour les fusions prévues, *Enterprise Act*.

33) Définis à l'article 23 de l'*Enterprise Act* : lorsque deux entreprises ou plus ont cessé d'être des entreprises distinctes ; ou lorsque la valeur du chiffre d'affaires au Royaume-Uni de l'entreprise reprise dépasse 70 millions GBP. En vertu de l'article 26, deux entreprises cessent d'être distinctes lorsqu'elles sont soumises à une propriété commune ou à un contrôle commun. Il existe trois types de contrôle : propriété, capacité de contrôler la politique et capacité à influencer matériellement la politique. La participation de Sky dans ITV, à hauteur de 17,5 %, de loin la plus importante, a été considérée comme entraînant une capacité à influencer matériellement la politique.

34) Article 35(4), *Enterprise Act*.

35) Article 58(2A)-(2C), *Enterprise Act*.

pour la première fois à l'occasion de la fusion BSKyB/ITV³⁶. Les considérations d'intérêt public énoncées à l'article 58(2C) de l'*Enterprise Act* peuvent s'appliquer dans le contexte des fusions impliquant des entreprises de médias de radiodiffusion ou des fusions croisées de médias impliquant à la fois des entreprises de médias de radiodiffusion et des entreprises de presse³⁷. Les règles étant basées sur le régime d'octroi de licence découlant des BA90 et 96, elles semblent ne pas inclure les ODPS.

Dans un premier temps, si le secrétaire d'Etat estime qu'une question d'intérêt public peut se poser, il est demandé à l'OFT et à l'Ofcom de se prononcer, à l'aide d'un formulaire spécifique³⁸, l'Ofcom traitant des implications pour la pluralité des médias³⁹. L'Ofcom est impliqué après que le secrétaire d'Etat a décidé d'intervenir ; l'Ofcom ne conseille pas le secrétaire d'Etat sur l'opportunité d'intervenir dans une fusion sur des motifs d'intérêt public dans le domaine des médias. Selon les directives, une intervention n'a normalement lieu que dans les affaires où les règles relatives à la propriété des médias ont été supprimées par la CAO3⁴⁰. Les considérations d'intérêt public pertinentes incluent⁴¹ : la pluralité des médias⁴² ; la nécessité d'une radiodiffusion variée et de grande qualité satisfaisant divers goûts et intérêts ; et la nécessité pour les entreprises de médias de s'engager véritablement vis-à-vis des objectifs de l'article 319 CAO3 (les normes négatives auxquelles les radiodiffuseurs doivent se conformer et qui s'appliquent aux radiodiffuseurs plutôt qu'à la presse).

Dans un deuxième temps, après avoir reçu les rapports, le secrétaire d'Etat décide ou non de renvoyer l'affaire devant la CC. Dès qu'elle est ainsi saisie, la CC entreprend une enquête et examine la nécessité d'une consultation⁴³. La CC peut estimer être face à une SLC et le secrétaire d'Etat doit accepter les conclusions de la CC sur ce point. Par la suite, il incombe au secrétaire d'Etat de déterminer si une telle fusion est contraire à l'intérêt public. Tout résultat anticoncurrentiel est considéré contraire à l'intérêt public, excepté si un intérêt public contraire le justifie⁴⁴. En examinant l'incidence d'une fusion sur l'éventail et la qualité des services de radiodiffusion, le secrétaire d'Etat peut étudier « toute information pertinente sur la manière dont l'entreprise de radiodiffusion ou de presse a dirigé ses affaires »⁴⁵. Ainsi, la conformité de l'entreprise aux normes généralement applicables à la radiodiffusion et l'impartialité de la fourniture d'actualités sur d'autres services sont des facteurs potentiellement pertinents⁴⁶.

Bien qu'il semble que, dans l'ensemble, le désinvestissement soit préféré aux mesures correctives de nature comportementale, dans les secteurs réglementés, la préférence va à ces dernières⁴⁷. Néanmoins, dans la décision *BSkyB/ITV*, il a été demandé à Sky de ramener ses participations à moins de 7,5 % (ainsi que de prendre des engagements comportementaux)⁴⁸. Dans ce cas, la CC a rejeté la possibilité d'un désinvestissement complet car une telle mesure n'aurait pas été proportionnée, un désinvestissement

36) Fusion British Sky Broadcasting Group PLC / ITV PLC : acquisition par British Sky Broadcasting Group PLC de 17,9 % d'ITV PLC, 14 décembre 2007, décisions finales du secrétaire d'Etat aux Affaires, aux Entreprises et à la Réforme de la réglementation sur l'acquisition par British Sky Broadcasting Group d'une participation de 17,9 % dans ITV plc, 29 janvier 2008, disponible sur : www.competition-commission.org.uk/our-work/directory-of-all-inquiries/bskyb-itv. Voir aussi Hutton, J., dans Hansard du 29 janvier 2008 : www.publications.parliament.uk/pa/cm200708/cmhansrd/cm080129/wmstext/80129m0001.htm

37) Pour les fusions de journaux, voir article 58(2A) et (2B), *Enterprise Act*.

38) Article 44, *Enterprise Act*.

39) Article 44A, *Enterprise Act 2002* ; article 61A, *Enterprise Act 2002* ; voir aussi Ofcom, *Ofcom Guidance For The Public Interest Test For Media Mergers* (Guide de l'Ofcom sur le test d'intérêt public pour la fusion d'entreprises des médias) (mai 2004).

40) DTI, *Enterprise Act 2002: Public Interest Intervention in Media Mergers - Guidance on the Operation of the Public Interest Merger Provisions Relating to Newspaper and Other Media Mergers* (ci-après « Directives du ministère du Commerce et de l'Industrie en matière de fusion d'entreprises des médias »), mai 2004, disponible sur : www.bis.gov.uk/files/file14331.pdf, p. 37.

41) Article 58(2C), *Enterprise Act*.

42) Voir *British Sky Broadcasting Group c. Competition Commission* [2010] EWCA Civ 2; [2010] 2 All ER 907 (CA (Civ Div)), annoté Pheasant, J., Rab, S., et Sukhtankar, A., « *The Court of Appeal judgment in British Sky Broadcasting Group Plc v. Competition Commission and the limits of media plurality regulation* » (Arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *British Sky Broadcasting Group Plc c. Competition Commission* et les limites de la réglementation de la pluralité des médias) [2010] 31 E.C.L.R. 318.

43) Article 104A, *Enterprise Act*.

44) Article 45(6), *Enterprise Act*.

45) Directives du ministère du Commerce et de l'Industrie en matière de fusion d'entreprises des médias, p. 31.

46) Directives du ministère du Commerce et de l'Industrie en matière de fusion d'entreprises des médias, p. 36.

47) Rab, S., « *From Ordered Competition towards a new competitive order? The Role of the UK Competition Commission at the interface between sector regulation and competition law* » (2009) 30 ECLR 505, p. 515. Voir de manière générale, Harker, M., « *UK Merger Remedies under Scrutiny* » (2007) JBL 620.

48) Décisions finales prises par le secrétaire d'Etat dans l'affaire *BSkyB/ITV*, *op. cit.* (*supra* note 36).

partiel permettant de respecter l'obligation légale imposée par la CC. En revanche, la fusion d'Arquiva et de NGW (ci-après III) a abouti à un vaste ensemble de mesures correctives de nature comportementale.

L'*Enterprise Act* a également donné à l'OFT et aux régulateurs du secteur le pouvoir d'enquêter sur les marchés et, potentiellement, de renvoyer ces marchés (plutôt que les entreprises individuelles présentes sur ces marchés) devant la CC pour enquête⁴⁹. Dans ce cas, la CC détermine si une caractéristique ou un ensemble de caractéristiques d'un marché empêche, restreint ou fausse la concurrence, constituant ainsi un effet négatif sur la concurrence (*adverse effect on competition* – AEC). Un AEC peut découler de la structure du marché, du comportement de fournisseurs ou d'acheteurs ou de la conduite de clients⁵⁰. Dans ce cas, la CC a le devoir d'y remédier de la manière la plus exhaustive possible⁵¹. La majorité des enquêtes de marché menées par la CC concerne les industries réglementées, notamment les secteurs des médias et des communications. Par exemple, l'Ofcom a demandé une enquête sur la fourniture et l'acquisition de droits de films diffusés par des chaînes payantes à abonnement et sur la fourniture en gros et l'acquisition de bouquets incluant des chaînes « premium consacrées aux films »⁵². Selon les conclusions provisoires, un AEC a été noté⁵³. Les mesures correctives possibles incluaient : limitation du nombre de grands studios auprès desquels Sky peut obtenir une licence pour du contenu exclusif à la télévision payante par abonnement ; restriction de l'éventail des droits exclusifs pour lesquels Sky peut obtenir une licence auprès des grands studios ; ou adoption de mesures de « *must-retail* » (ou de *must-offer*)⁵⁴. La décision a été infirmée à la lumière « de plusieurs développements importants survenus sur le marché »⁵⁵. Toutefois, au moment de la rédaction, les conclusions sont encore ouvertes à commentaire. Cette évaluation de l'incidence des services diffusés en continu en VoD par abonnement, tels que Netflix, diffère de celle de l'Ofcom. La CC a néanmoins noté que la concurrence sur le marché de détail de la télévision payante dans son ensemble était inexistante.

Des règles spécifiques s'appliquent à la vente de temps d'antenne publicitaire : à la suite d'une enquête de la CC, les *ITC Rules Regarding Advertising Sales Arrangements* (Règles de l'ITC concernant les contrats de vente publicitaire) (2001)⁵⁶ ont été adoptées sur la base de l'obligation statutaire de l'ITC, similaire à celle de l'Ofcom, d'« assurer une concurrence saine et efficace » dans la fourniture de services concédés sous licence. La fusion de Granada et Carlton a suscité des préoccupations eu égard à la puissance sur le marché cumulée des deux entreprises malgré les règles de 2001. Cette fusion n'a été approuvée que sur la base de certains engagements visant à protéger les acheteurs de temps d'antenne publicitaire dans les médias, notamment le renouvellement des droits contractuels⁵⁷, qui donne aux annonceurs et aux acheteurs d'espaces publicitaires le droit de renouveler leurs contrats actuels avec

49) Articles 131 et 133, *Enterprise Act*.

50) Article 134(1), *Enterprise Act*.

51) Competition Commission, *Guidelines For Market Investigations, Draft for Comment* (Directives en matière d'enquêtes de marché, Projet ouvert à commentaires), avril 2011, disponible sur : www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/consultations/current/pdf/110427_mi_guidelines_text_v8_black_line.pdf, paras 81-83.

52) Référence 4 août 2010, disponible sur : www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/inquiry/ref2010/movies_on_pay_tv/pdf/terms_of_ref.pdf

53) Competition Commission, *Provisional Findings Report* (Rapport sur les conclusions provisoires), 19 août 2011, disponible sur : www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/inquiry/ref2010/movies_on_pay_tv/pdf/provisional_findings_report.pdf

54) Competition Commission, *Notice of Provisional Findings* (Avis de conclusions provisoires), 19 août 2011, disponible sur : www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/inquiry/ref2010/movies_on_pay_tv/pdf/notice_of_provisional_findings.pdf

55) Competition Commission, *Notice of Revised Provisional Findings* (Avis de conclusions provisoires révisées), 23 mai 2012, disponible sur : www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/2010/movies-on-pay-tv/notice_of_revised_provisional_findings.pdf. Voir aussi Commission de la concurrence, *Working Paper 29* (Document de travail 29), 14 mars 2012, disponible sur : www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/2010/movies-on-pay-tv/working_paper_29_developments_since_our_provisional_findings_excised.pdf

56) ITC, *Statement: Revisions to ITC Rules regarding Advertising Sales Arrangements* (Révisions des règles de l'ITC concernant les contrats de ventes publicitaires), 17 mai 2001.

57) Competition Commission, *Notice of acceptance of undertakings from ITV plc varying the undertakings given by Carlton Communications Plc and Granada plc to the Secretary of State for Trade and Industry pursuant to section 88(2) of the Fair Trading Act 1973* (Avis d'acceptation des engagements pris par ITV plc modifiant les engagements pris par Carlton Communications Plc et Granada plc envers le secrétaire d'Etat au Commerce et à l'Industrie en vertu de l'article 88(2) de la loi sur le commerce juste de 1973), 17 septembre 2010 (ci-après, « Engagements »), disponible sur : http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/ref2009/itv/pdf/10_09_17_notice_of_acceptance_of_undertakings_from_itv.PDF

Carlton et Granada dans les mêmes conditions⁵⁸. Toute modification de la façon dont le temps d'antenne est vendu requiert le consentement de l'OFT⁵⁹. L'Ofcom a progressivement réduit certains des contrôles *ex ante* sur les ventes à la lumière de la fragmentation croissante du marché de la publicité⁶⁰. Après une enquête initiale, l'Ofcom a décidé de ne pas renvoyer l'industrie devant la CC⁶¹ : le seuil légal d'un tel renvoi pouvait être atteint mais, en l'absence de preuve d'un préjudice et compte tenu du coût d'un renvoi, la démarche aurait été disproportionnée.

5. *Must-offer*

L'Ofcom, exerçant ses pouvoirs en vertu des articles 3(4)(b) BA90 et 316(2) CA03, a conclu que BSkyB était en position de puissance sur le marché pour la vente en gros de certaines chaînes de sport premium et qu'elle exploitait cette position en limitant la distribution en gros des dites chaînes⁶². L'Ofcom a donc modifié les licences de BSkyB en imposant des conditions relatives à la fourniture de ces services à d'autres entreprises, imposant ainsi une « obligation d'offre de gros » (*wholesale must offer* – WMO). BSkyB (et d'autres) ont interjeté appel auprès du CAT, contestant à la fois la compétence de l'Ofcom en vertu de l'article 316 et sa décision sur le fond. Le CAT a rejeté l'appel eu égard à la compétence et à l'approche mais a estimé que l'Ofcom avait commis une erreur sur les faits. Presque toutes les personnes impliquées dans l'affaire ont obtenu l'autorisation d'interjeter appel⁶³.

Les services qui bénéficient actuellement des obligations statutaires de *must-carry* (obligations de distribution) (voir III ci-après) sont soumis aux conditions de *must-offer* selon l'article 272-273 CA03. Ces services doivent être diffusés ou distribués par l'intermédiaire de tout réseau approprié afin de pouvoir être reçus par autant de membres de leur public cible que possible.

6. Services permettant ou facilitant l'utilisation ou la réception

L'Ofcom doit élaborer un code sur la fourniture de guides électroniques des programmes (*Electronic Programme Guides* – EPG)⁶⁴. La CA03 semble concernée par le positionnement des chaînes de service public (y compris les chaînes locales proposées⁶⁵), et les dispositions du code exigent spécifiquement que les fournisseurs d'EPG « veillent à ce que les services gratuits soient au moins aussi accessibles que les services de télévision payante ». En outre, lorsqu'il existe un lien entre un fournisseur de chaîne et un fournisseur d'EPG, ce dernier doit s'abstenir de mettre en avant ce contenu de manière injustifiée et s'assurer que l'accès à tous les services de télévision présentés dans l'EPG est « facilement disponible »⁶⁶. En conséquence, les conditions selon lesquelles l'attribution est effectuée doivent être justes et éviter tout risque de distorsion de la concurrence, point sur lequel l'Ofcom a insisté⁶⁷. En outre, les fournisseurs d'EPG doivent s'assurer que les accords avec les radiodiffuseurs sont conclus selon des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (*fair, reasonable and non-discriminatory*

58) Article 6, Engagements.

59) Voir clause 10(h), Engagements. Pour un exemple, voir : OFT, *ITV Micro Regions* (OFT1336dec), septembre 2011, disponible sur : www.ofcom.gov.uk/shared_ofcom/consultations/ofcom1336dec.pdf

60) Ofcom, *Statement: Airtime Sales Rules Review* (Déclaration : Révision des règles de vente de temps d'antenne), 28 juillet 2010, disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/asr/statement/statement.pdf>

61) Ofcom, *Statement: Competition issues in the UK: TV advertising trading mechanism* (Déclaration : Problèmes de concurrence au Royaume-Uni : Mécanismes de commerce publicitaire à la télévision), Décision, 15 décembre 2011, disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/tv-advertising-investigation/statement>.

62) Ofcom, décision du 31 mars 2010.

63) *British Sky Broadcasting Limited Virgin Media, Inc. The Football Association Premier League Limited British Telecommunications PLC c. Ofcom*, affaires n° : 1156-1159/8/3/10), (CAT) décision du 8 août 2012, disponible sur : www.cattribunal.org.uk/.

64) Article 310 CA03 ; Ofcom, *Code of Practice on Electronic Programme Guides* (Code de pratique sur les guides électroniques des programmes, ci-après « Code EPG »), disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/broadcast/other-codes/epgcode.pdf>

65) *Code of Practice for Electronic Programme Guides (Addition of Programme Services) Order 2011* (Ordonnance de 2011 relative au Code de pratique sur les guides électroniques des programmes (ajout de services de programme)).

66) Code EPG, paragraphes 15(c), (f) et 16.

67) *Statement on Code on Electronic Programme Guides* (Déclaration relative au Code sur les guides électroniques des programmes), Déclaration de l'Ofcom, 26 juillet 2004, p.1, disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/epg/statement/statement.pdf>

– FRAND), utiliser une méthode d'attribution qui est « objectivement justifiable »⁶⁸, publier cette méthode et procéder à des examens périodiques de leur politique d'établissement des listes ainsi que de leurs listes de chaînes en consultation avec les fournisseurs de chaînes⁶⁹. L'application du code a fait l'objet de plaintes et de litiges. Dans la plainte déposée par EDML contre Sky⁷⁰, concernant le repositionnement de Teachers' TV du genre documentaire au genre spécialisé, l'Ofcom a conclu que la décision était justifiée. Il a été fourni une quantité importante d'informations sur la méthode d'établissement des listes et, de l'avis de l'Ofcom, la méthode ne favorisait pas une entreprise de télévision par rapport à une autre⁷¹.

II. Opérateurs de plateforme

Alors que les opérateurs de télécommunications ne sont généralement pas soumis à des barrières à l'entrée de type contrôle de licence (voir également III ci-après), les opérateurs de satellites doivent demander une licence, bien que le processus ne soit pas concurrentiel. En revanche, l'exploitation des multiplex TNT utilisant le spectre radioélectrique implique un processus d'octroi de licence. Le régime pertinent figure dans la BA96, excepté pour le multiplex 1, géré par la BBC. Des licences de multiplex ont été attribuées en 1997 puis à nouveau en 2002⁷². La BA96 énumère les éléments que l'ITC devait prendre en compte dans l'attribution des licences⁷³. Lors du premier cycle d'attribution, l'ITC a imposé des conditions de propriété aux titulaires de licence⁷⁴. Les licences multiplex contiennent toutes des dispositions visant à assurer que leurs titulaires n'exercent pas une activité qui serait préjudiciable à une concurrence saine et efficace⁷⁵. Toutes les restrictions à la propriété prévues par la BA90 s'appliquaient à l'origine aux licences BA96, bien que les limites au nombre de multiplex de télévision pouvant être détenus par une seule personne aient été abrogées en 2003⁷⁶. En ce qui concerne les nouvelles licences de télévision locale, chaque opérateur concerné sera tenu de distribuer le service de télévision locale à présent sur cette zone⁷⁷.

L'Ofcom a réalisé une enquête sur le marché de gros des services de transmission, à la suite de laquelle il a imposé à National Grid Wireless (NGW) et Arquiva des conditions en matière de puissance sur le marché significative (*significant market power* – SMP) en lien avec la fourniture de services de radiodiffusion en gros concernant la TNT (excepté ceux couverts par l'obligation de *must-carry*). La tentative d'identifier les marchés en aval pour des services de transmission gérés a été retirée⁷⁸.

L'Ofcom peut établir certaines conditions spécifiques relatives à l'accès conditionnel⁷⁹. L'imposition de telles conditions est soumise à un test (a) de fourniture de services d'accès, et (b) de dépendance des radiodiffuseurs envers ces services pour atteindre des téléspectateurs ou auditeurs potentiels⁸⁰.

68) Ofcom, Code EPG, par. 15(b).

69) Ofcom, Code EPG, par. 15(d).

70) Ofcom, *Decision on complaint by EDML against Sky about repositioning of Teachers' TV in Sky's EPG* (Décision sur une plainte déposée par EDML contre Sky quant au repositionnement de Teachers' TV dans le GPE de Sky), 10 mai 2006, disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/enforcement/competition-bulletins/closed-cases/all-closed-cases/decision1.pdf>

71) Voir, pour un différend contractuel relatif à l'application de la politique d'établissement des listes : *JML Direct Ltd c. Freesat UK Ltd* [2010] EWCA Civ 34 affirmant [2009] EWHC 616 (Ch).

72) Il convient de noter que, à la suite de la *Local Digital Television Programme Services Order 2011* (ordonnance de 2011 relative aux services de programmes télévisés numériques locaux), la BA96 et la CA03 ont été modifiées afin d'autoriser les services de télévision locaux.

73) Article 8, BA96.

74) Articles 10 et 11, BA96.

75) Licence de multiplex, condition 10. Les licences de multiplex sont disponibles sur : <http://licensing.ofcom.org.uk/tv-broadcast-licences/current-licensees/multiplex/>

76) Contrairement à la situation de la radio, qui était encore soumise à contrôle.

77) Ofcom, *Draft Invitation to Apply for the Local TV Multiplex Licence* (Projet d'invitation à demander une licence de multiplex de télévision locale), 27 janvier 2012, disponible sur : http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/localtv/annexes/Draft_ITA.pdf, para. 1.33

78) Ofcom, *Withdrawal of Notification to European Commission regarding Broadcasting Transmission Services* (Retrait de la notification à la Commission européenne concernant les services de radiodiffusion, 21 janvier 2005, disponible sur : http://stakeholders.ofcom.org.uk/consultations/bcast_trans_serv/229049

79) Articles 73 et 75, CA03.

80) Cela reflète la définition figurant à l'article 75, CA03.

L'Ofcom a imposé ces conditions à Sky Subscribers Services Ltd (SSSL)⁸¹, opérateur de services d'accès conditionnel sur la plateforme de télévision numérique par satellite qui fournissait des services d'accès conditionnel à plusieurs radiodiffuseurs⁸². Ces conditions sont précisées dans les *Guidelines on the Provision of Technical Platform Services (TPS)* (lignes directrices sur la prestation de services de plateforme technique)⁸³. L'Ofcom a souligné que la transparence des méthodes de facturation était un élément clé des conditions FRAND, et que des négociations commerciales indépendantes n'atteindraient pas nécessairement les objectifs des obligations FRAND⁸⁴. L'Ofcom a fait valoir que, bien qu'un fournisseur TPS qui lance son entreprise cherche du contenu (comme cela avait été suggéré en relation avec Top Up TV⁸⁵) et que la position des parties à la négociation commerciale pourrait donc être plus équitable, SSSL (faisant partie de Sky) était en position de force pour négocier. L'Ofcom craignait que cela puisse entraîner un préjudice pour le consommateur⁸⁶ dans la mesure où une tarification discriminatoire pourrait freiner le développement de nouveaux services⁸⁷ et où le régime antérieur n'était, à cet égard, pas suffisamment strict⁸⁸. Bien que les lignes directrices traitent du coût⁸⁹, elles couvrent également, *inter alia*, des conditions autres que financières, telles que : délais associés à la fourniture d'un TPS, informations sur les produits, y compris connaissance du développement de nouveaux produits, changements apportés aux produits existants, tarification ou plans d'investissement ; niveaux d'assistance, disponibilité et performance du TPS ; processus garantissant que les demandes de nouveaux TPS ou de modifications de TPS existants sont traitées de façon cohérente, transparente et objective ; et regroupement des services TPS de sorte que les clients TPS sont obligés d'acheter un TPS dont ils n'ont pas besoin pour pouvoir accéder aux services qu'ils veulent⁹⁰. Par la suite, l'Ofcom s'est préparé à examiner le marché de gros des plateformes de radiodiffusion télévisuelle numérique, mais cette initiative a été reprise par l'enquête de marché de la CC portant sur la télévision payante (voir ci-dessus I. 4.2.).

III. Services et réseaux de transmission

Conformément au Paquet Télécom de l'UE, le régime d'octroi de licences a été remplacé, pour les personnes gérant des réseaux de communications électroniques, par un régime d'autorisation générale comprenant des conditions générales⁹¹ (qui s'appliquent à tous) et des conditions particulières (qui s'appliquent à certaines personnes). L'Ofcom dispose de pouvoirs d'exécution eu égard aux conditions et les tierces parties concernées peuvent intenter une action en dommages et intérêts (avec l'accord de l'Ofcom). L'une des conditions générales prévoit l'obligation de distribution (*must-carry*)⁹². La disposition prévoit l'établissement d'une liste de services devant être repris, et l'article 64(3) CA03

-
- 81) Elle fait partie du Groupe BSkyB et il était suggéré que le Groupe BSkyB devrait être réglementé plutôt que SSSL ; finalement, la condition supplémentaire imposée s'est appliquée à toute filiale ou société holding de SSSL, ou à toute filiale de cette société holding.
- 82) Ofcom, *The Regulation of Conditional Access: Setting of Regulatory Conditions – Explanatory Statement and Formal Notification pursuant to Section 48(1) of the Communications Act 2003* (La réglementation de l'accès conditionnel : Définition de conditions réglementaires – Déclaration explicative et notification formelle conformément à l'article 48(1) de la loi sur les communications de 2003), disponible sur : http://www.ofcom.org.uk/static/archive/oftel/publications/eu_directives/2003/condac0703.pdf, p. 9.
- 83) Voir Ofcom, *Provision of Technical Platform Services: Guidelines and Explanatory Statement* (Prestation de services de plateforme technique: lignes directrices et exposé des motifs) (ci-après « Prestation de TPS : lignes directrices »), 21 septembre 2006 (remplaçant les précédentes lignes directrices de l'Ofcom du 22 octobre 2002 en vertu du *Telecommunications Act*), disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/tpsguidelines/statement/statement.pdf>
- 84) Ofcom, *Provision of Technical Platform Services: Consultation on draft guidelines and explanatory statement* (Prestation de services de plateforme technique : Consultation sur les projets de lignes directrices et exposé des motifs), 21 avril 2006 (ci-après « Prestation de TPS : Consultation 2006 »), disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/tpsguidelines/summary/consultation.pdf>, par. 2.20
- 85) Ofcom, *The Setting of Access-Related Conditions upon Top Up TV Limited* (Imposition de conditions d'accès à Top Up TV Limited), par. 1.12.
- 86) Notez les obligations générales de l'Ofcom à cet égard : article 3, *Communications Act*. Voir les commentaires de l'Ofcom : Ofcom, Prestation de TPS : Consultation de 2006, article 8.
- 87) Ofcom, Prestation de TPS : Consultation 2006, par. 2.30.
- 88) Voir aussi *Rapture Television c. Ofcom* [2007] CAT 34.
- 89) Voir Ofcom, Prestation de TPS : Lignes directrices, article 3.
- 90) Ofcom, Prestation de TPS : Lignes directrices.
- 91) Les conditions générales sont disponibles sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/telecoms/ga/general-conditions.pdf>, comme récemment modifiées en rapport avec la condition générale 18.
- 92) Article 64, CA03. Voir la condition générale 7 et sa mise en œuvre par l'intermédiaire d'une notification de l'Ofcom à Arquiva et NGW. Voir aussi : http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/bcast_trans_serv/annexes/must-carry.pdf

contient une première liste énumérant les MSP et le fournisseur de télétexte public. Le secrétaire d'État peut limiter la capacité utilisée par ces services⁹³. Il peut également fixer les modalités selon lesquelles un service figurant sur la liste de *must-carry* doit être diffusé et peut inclure une exigence selon laquelle aucun paiement n'est dû par le fournisseur de service bénéficiant du statut de *must-carry* ou le fournisseur de réseau. La liste des services bénéficiant du statut de *must-carry* doit être révisée régulièrement.

Les règles relatives à la propriété des médias prévues par la CA03 ne fixent aucune limite spécifique à la propriété des infrastructures de transmission, les questions pertinentes relevant du droit de la concurrence. Ainsi, l'acquisition de NGW par Macquarie UK Broadcast Ventures Limited a donné lieu à une enquête menée par la CC⁹⁴ ; la fusion a entraîné une SLC. Les entreprises étaient les seules sociétés de transmission de radiodiffusion terrestre intégrées du Royaume-Uni. La CC a conclu que la perte de rivalité entre elles pouvait conduire à une hausse des prix et à une diminution de la qualité de service. Les arguments de la CC ont été décrits comme litigieux⁹⁵ et l'Ofcom a exprimé un avis opposé⁹⁶. La transaction a été approuvée, toutefois sous réserve d'engagements acceptables⁹⁷. Le passage au numérique (*digital switchover* – DSO) étant alors en cours, le désinvestissement n'était pas une option. En acceptant les mesures correctives de nature comportementale, la CC a traité les effets de la SLC plutôt que la SLC elle-même, approche critiquée au motif qu'elle remplaçait la réglementation de la concurrence⁹⁸. Cette affaire est, toutefois, un exemple extrême de la spécificité factuelle de l'industrie elle-même (infrastructure) qui connaît déjà une faible concurrence⁹⁹, aggravée par un événement ponctuel et compliqué tel que le DSO.

La fusion de NTL et Telewest relevait de l'*Enterprise Act* et trois domaines principaux étaient concernés : la fourniture de la télévision payante, les services de télécommunications et l'accès internet. Conformément à l'approche retenue lors de la précédente acquisition de Cable and Wireless Communications par NTL¹⁰⁰, la CC a conclu que, même si la fusion réduisait le nombre de propriétaires de plateformes de télévision, NTL et Telewest possédaient des systèmes de câbles dans des régions différentes du Royaume-Uni et que, en conséquence, les réseaux n'étaient pas en concurrence directe. En outre, la concurrence devait être possible du fait des services accessibles via DSL. L'OFT a rejeté l'argument selon lequel Flextech, fournisseur de contenu intégré verticalement à Telewest, serait pénalisé¹⁰¹. En l'absence de SLC, l'OFT n'a pas renvoyé l'affaire. La pluralité n'a pas été discutée dans le cadre de cette fusion. A la même époque, une autre affaire concernait l'acquisition par BSKyB Broadband Services Limited d'Easynet, entreprise proposant des services de gros et de détail d'accès internet haut débit via DSL, ainsi que des services de communication et de données commerciales. Etant donné le pouvoir de marché de Sky en matière de contenu, une pénalisation était crainte. L'Ofcom et l'OFT ont noté que ces problèmes découlaient de la puissance de BSKyB et non de la fusion¹⁰². Aucun des deux n'a renvoyé l'affaire devant la CC. Bien que les questions de *triple play* (offres regroupant télévision, internet et téléphone) aient été débattues dans le cadre des fusions BSKyB/Easynet et NTL/Telewest, la stratégie était à un stade trop précoce pour être prise en compte.

93) Article 64(5), CA03.

94) Competition Commission, *Macquarie UK Broadcast Ventures Limited/ National Grid Wireless Group: Completed Acquisition* (Acquisition terminée), 11 mars 2008.

95) Baker, S., « Sending the Right Signal » (2009) ECLR 277, p. 278.

96) Ofcom, *Macquarie UK Broadcast Ventures Limited/ National Grid Wireless Group: Response to Notice of Possible Remedies* (Réponse à la notification des mesures correctives possibles), 30 novembre 2007 (version non confidentielle), par. 15.

97) Engagements acceptés le 1^{er} septembre 2008, disponibles sur : www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/inquiry/ref2007/macquarie/pdf/notice_undertakings.pdf

98) Cave, M., « Does the Competition Commission care enough about Competition? » (2006-7) *Utilities Law Review* 4.

99) Baker, S., « Sending the Right Signal » (2009) ECLR 277, p. 279.

100) Competition Commission, *Report on the proposed acquisition by NTL Incorporated of Cable and Wireless Communications Limited* (Rapport sur le projet d'acquisition par NTL Incorporated de Cable and Wireless Communications Limited), mars 2000.

101) OFT, *Anticipated Merger of NTL Incorporated and Telewest Global Inc* (Fusion prévue de NTL Incorporated et Telewest Global Inc), décision du 30 décembre 2005 (publiée le 10 janvier 2006), par. 17, disponible sur : www.ofcom.gov.uk/shared_ofcom/mergers_ea02/2005/ntltelewest.pdf

102) OFT, *Anticipated acquisition by BSKyB Broadband Services Limited of Easynet group plc* (Acquisition prévue par BSKyB Broadband Services Limited d'Easynet group plc), décision du 30 décembre 2005 (publiée le 13 janvier 2006), disponible sur : www.ofcom.gov.uk/shared_ofcom/mergers_ea02/2005/bskyb.pdf

L'Ofcom a récemment fait connaître son point de vue sur la neutralité du réseau¹⁰³. De manière générale, l'Ofcom s'est appuyé sur la concurrence au sein du marché des fournisseurs d'accès internet (FAI) pour traiter la gestion du trafic, tout en reconnaissant que des problèmes de protection des consommateurs se posaient en rapport avec la transparence de l'information assurée par les pratiques individuelles des FAI. L'Ofcom a estimé qu'un code d'autorégulation était suffisant. Néanmoins, l'Ofcom serait concerné si les opérateurs de réseaux classaient par ordre prioritaire les services gérés d'une manière laissant une capacité de réseau insuffisante pour l'accès « au mieux » à internet libre. Dans ces circonstances, il pourrait envisager d'imposer une qualité de service minimale à tous les fournisseurs de communications pour protéger l'accès « au mieux » à internet ouvert. Un mécanisme d'autorégulation, l'*Open Internet Code of Practice* (Code de pratique sur internet ouvert)¹⁰⁴, a été développé par plusieurs FAI. Mais tous les FAI n'y adhèrent pas.

Acronymes utilisés dans le texte

ATVOD	Authority for Television On Demand (Autorité pour la télévision à la demande)
BA90	Loi sur la radiodiffusion de 1990
BA96	Loi sur la radiodiffusion de 1996
CA03	Loi sur les communications de 2003
CAT	Competition Appeals Tribunal (Tribunal d'appel de la concurrence)
CC	Competition Commission (Commission de la concurrence)
DCMS	Department for Culture, Media and Sports (ministère de la Culture, des Médias et des Sports)
DSO	<i>Digital switchover</i> (passage au numérique)
AEC	<i>Adverse effect on competition</i> (effet négatif sur la concurrence)
EPG	<i>Electronic Programme Guide</i> (Guide électronique des programmes)
Code EPG	Code de pratique sur les guides électroniques des programmes
FRAND	<i>Fair, reasonable and non-discriminatory</i> (équitable, raisonnable et non discriminatoire)
GBP	Livre sterling
FAI	Fournisseur d'accès internet
ITC	Independent Television Commission
NGW	National Grid Wireless
Ofcom	Office of Communications (Autorité de régulation des communications)
OFT	Office of Fair Trading (Direction générale de la concurrence)
ODPS	<i>On-demand programme service</i> (service de programmes à la demande)
MSP	Médias de service public
SSSL	Sky Subscribers Services Ltd
SMP	<i>Significant market power</i> (puissance sur le marché significative)
SLC	<i>Substantial lessening of competition</i> (diminution substantielle de la concurrence)
TPS	<i>Technical platform services</i> (services de plateforme technique)
TCLS	<i>Television content licensable service</i> (service de contenu télévisuel soumis à l'obtention d'une licence)
VoD	Vidéo à la demande
WMO	<i>Wholesale Must Offer</i> (obligation d'offre de gros)

103) Ofcom, *Statement on Approach to Net Neutrality* (Déclaration sur l'approche de la neutralité du réseau), 24 novembre 2011, disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/net-neutrality/statement/statement.pdf>

104) *Open Internet Code of Practice* (Code de pratique sur internet ouvert), disponible sur : www.broadbanduk.org/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,1340/Itemid,63/



Szabolcs Koppányi et Patrik Polefko
Cabinet d'avocats Koppányi & Tényi

I. Services de médias audiovisuels et services auxiliaires

Depuis que la Hongrie est devenue membre de l'Union européenne en 2004, le droit de la concurrence de l'UE est directement applicable et exécutoire dans le pays. La loi LVII de 1996 portant interdiction des pratiques commerciales déloyales et restrictives (ci-après, la loi relative à la concurrence) s'applique de façon horizontale. Après une transposition progressive de la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV), le secteur audiovisuel est aujourd'hui principalement régi par la loi CLXXXV de 2010 relative aux services de médias et aux médias de masse (loi relative aux médias ou LM)¹. Cette loi comprend les règles de base réglementant l'entrée sur le marché des médias audiovisuels, la propriété et la concentration ainsi que la radiodiffusion de service public. La LM a sensiblement modifié le cadre juridique relatif aux médias de service public ainsi que l'organisation, les droits et le processus décisionnel de l'autorité de régulation des médias et les procédures d'appel d'offres. Ces modifications ont donné lieu à un débat public, pas seulement en Hongrie mais partout dans le monde.

Le secteur audiovisuel hongrois est supervisé par la *Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság* (Autorité nationale des médias et de l'infocommunication – NMHH), organisme issu de la convergence, et plus précisément par son Conseil des médias. En ce qui concerne les questions de concurrence, elle partage des responsabilités (au moins partiellement) avec la *Gazdasági Versenyhivatal* (Autorité de la concurrence – GVH).

1) 2010. évi CLXXXV. törvény a médiaszolgáltatásokról és a tömegkommunikációról (loi CLXXXV de 2010 relative aux services de médias et aux médias de masse, version consolidée), disponible sur : http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1000185.TV. Une traduction en anglais (version consolidée) est disponible sur : http://hunmedialaw.org/dokumentum/153/Mttv_110803_EN_final.pdf

Selon son préambule, la LM vise, entre autres, à promouvoir la concurrence sur le marché des médias. La LM s'applique fondamentalement à tous les services de médias (linéaires et à la demande) et produits de presse fournis et publiés par des fournisseurs de contenu de médias, ainsi qu'aux services de médias auxiliaires² et à la distribution de services de médias. En conséquence, tous les services qui concernent ou sont en rapport avec les services de médias audiovisuels (ou la presse³) sont couverts par la LM⁴.

La diversité des services constitue un objectif clé de la régulation des médias, laquelle inclut expressément des règles contre la constitution de monopoles de propriété et toute restriction injustifiée de la concurrence⁵.

1. Approche adoptée à l'égard des médias de service public

Selon la LM, les médias de service public fonctionnent en Hongrie indépendamment de l'Etat et des fournisseurs commerciaux et ils sont autonomes dans leurs activités. Toutefois, ils ont également pour objectif d'être partie intégrante du marché des médias, c'est-à-dire d'être, d'une manière raisonnable et justifiée, compétitifs. La loi reflète cette double approche, en imposant aux médias de service public des conditions organisationnelles et opérationnelles spécifiques, voire uniques.

Deux fournisseurs de service public sont actifs sur le marché de la télévision de service public⁶ : Télévision hongroise et Duna Télévision, tous les deux étant prévus par la loi. Le Parlement a créé le Fonds du service public (ci-après, le Fonds) pour assurer la fourniture du service public des médias et du service d'information public et pour protéger leur indépendance. Le Fonds détient la société à responsabilité limitée sans but lucratif Télévision hongroise, la société à responsabilité limitée sans but lucratif Duna Télévision, la société à responsabilité limitée sans but lucratif Radio hongroise et la société à responsabilité limitée sans but lucratif Agence de presse nationale. Les fournisseurs de services publics de médias sont tenus de proposer au moins un service public de médias audiovisuels linéaire à la grande majorité⁷ de la population hongroise.

A l'heure actuelle, les règles relatives aux médias de service public ne traitent pas du pouvoir de marché des fournisseurs de services publics, de sorte que les règles générales s'appliquent dans le domaine. Il n'existe pas non plus de test de valeur publique pour les nouveaux services. Le Conseil des médias se prononce sur les installations de services de médias utilisées par les différents fournisseurs de services publics, y compris les services de médias ciblant des pays étrangers, sur la base de considérations techniques, économiques et relatives à la politique en matière de médias. Il prend sa décision après avoir consulté le directeur général du Fonds et prend en considération les aspects relatifs à la planification économique et budgétaire pour l'année suivante. Dans sa décision, il tient également compte de la réalisation des objectifs de service public prévus à l'article 83 LM. Le système des services publics de médias fait l'objet d'examen annuels permettant au Conseil des médias de décider s'il convient de les maintenir en l'état ou de faire évoluer le système.

2) Les services de médias auxiliaires sont tous les services, y compris de fourniture de contenu, transmis par le biais d'un système de distribution de services de médias et ne pouvant être considérés comme des services de médias ou des services de communications électroniques. Par exemple, les guides électroniques de programmes sont des services de médias auxiliaires.

3) Même si la portée de la présente publication ne couvre pas la presse, selon la réglementation hongroise, il est néanmoins nécessaire de mentionner les règles relatives à la presse parce qu'elles sont parfois pertinentes, par exemple dans le domaine de la réglementation de la propriété croisée. En outre, les opérateurs de plateforme sont soumis à la réglementation applicable à la presse dès lors que le contenu de leur plateforme peut être considéré comme un produit de presse.

4) La LM s'applique aux fournisseurs de services de médias établis en Hongrie et aux fournisseurs de contenus qui utilisent une liaison montante située sur le territoire de la Hongrie ou qui utilisent la capacité de transmission d'un satellite appartenant à la République de Hongrie. Elle s'applique également aux services qui ciblent, sont distribués ou publiés sur le territoire hongrois (articles 1 et 2 LM).

5) Article 4 LM.

6) Les troisième et quatrième fournisseurs de service public, la Radio hongroise et l'Agence de presse nationale, opèrent sur un marché différent.

7) Un service offert à la grande majorité de la population est, dans le cas d'un service audiovisuel, un service de médias accessible par (au moins) 90 % de la population.

2. Réglementation de l'entrée sur le marché

Selon la LM, quiconque peut devenir fournisseur ou éditeur de services de médias (qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale ou d'une association commerciale sans personnalité juridique) si les critères de la LM sont remplis. Pour ce faire, il convient d'adresser une déclaration au Bureau de la NMHH ou de remporter un appel d'offres. Sur la base de critères de personne et d'organisation, il peut toutefois être interdit de fournir des services de médias⁸. Outre ces règles générales, certaines restrictions territoriales spéciales (liées aux personnes ou aux organisations) s'appliquent aux services linéaires locaux⁹.

2.1. Déclaration et enregistrement

Les fournisseurs de services de médias linéaires établis en Hongrie peuvent proposer leurs services après les avoir déclarés¹⁰ et enregistrés, sauf s'ils fournissent des services de médias linéaires analogiques utilisant des fréquences appartenant à l'Etat, pour lesquels ils doivent d'abord remporter un appel d'offres (annoncé et géré par le Conseil des médias). Les services de médias à la demande et les services de médias auxiliaires doivent être déclarés à la NMHH à des fins d'enregistrement dans les 60 jours à compter de leur entrée en service. Dans ces cas, l'enregistrement n'est pas une condition préalable au lancement d'un tel service ou activité. Si un fournisseur de services propose à la fois des services de médias linéaires et à la demande, il doit déclarer séparément chacun de ses services ou produits de presse.

La déclaration de services de médias linéaires doit contenir des données sur la taille des participations majoritaires directes ou indirectes détenues par le fournisseur ou par toute autre personne détenant une participation qualifiée¹¹ dans (i) l'entreprise du fournisseur et (ii) toute autre entreprise offrant des services de médias, ou demandant l'autorisation de le faire en Hongrie. En outre, le fournisseur doit indiquer que le service envisagé ne remplit aucun critère d'exclusion prévu par la LM. Si la NMHH identifie une quelconque non-conformité avec la loi, elle peut refuser l'enregistrement ou supprimer le service de médias linéaire du registre. Conformément à l'article 42(6)c) LM, la NMHH doit également refuser un enregistrement si ce dernier enfreint les dispositions relatives à la prévention de la concentration du marché des médias ou si le fournisseur ou l'un de ses propriétaires ne s'est pas acquitté des sommes dues au titre de précédentes activités en rapport avec les services de médias.

8) Conformément à l'article 43 LM, les personnes suivantes (et dans la plupart des cas, leurs proches parents) ne sont pas autorisées à fournir des services de médias linéaires :

- acteurs publics ;
- membres de la réglementation sectorielle ;
- représentants municipaux au niveau local ou du comté, responsables gouvernementaux, représentants des organisations nationales ou locales de partis politiques et personnes ayant toute relation de travail avec un parti politique ;
- juges et procureurs ;
- dirigeants d'organes de l'administration publique.

Les organisations suivantes ne sont pas habilitées à fournir des services de médias linéaires :

- partis politiques ou entreprises établies par un parti politique ;
- organismes administratifs publics et de l'Etat (avec la possibilité d'exceptions légales pour les situations extraordinaires ou états d'urgence) ;
- entreprises dans lesquelles l'Etat hongrois détient une participation qualifiée ;
- entreprises dans lesquelles l'une des personnes susmentionnées détient une participation directe ou indirecte ou a acquis le droit d'influencer leurs décisions en vertu d'une entente distincte ou par d'autres moyens ; ou
- personne ou organisation autrement soumise à des restrictions d'acquisition.

9) Les entreprises employant/étant représentées par certains responsables politiques/administratifs (locaux) ne peuvent fournir de services de médias linéaires locaux dans une zone de réception située, au moins à 20 %, dans les limites de la juridiction du gouvernement local ou si ces responsables détiennent une participation qualifiée, directe ou indirecte, ou sont habilités à influencer les décisions de l'entreprise en vertu d'une entente distincte ou par un autre moyen.

10) Dans sa déclaration, le futur fournisseur doit notamment communiquer à la NMHH, au moins 45 jours avant de commencer son activité en rapport avec les médias, les informations suivantes : fournisseur et caractéristiques de base du service de médias prévu, par exemple genre (radio ou audiovisuel), type (général ou thématique) et caractère (commercial, communautaire). De plus, il doit fournir des informations de base sur le fournisseur de services de communications électroniques susceptible d'effectuer la radiodiffusion, sur le nombre d'abonnés prévu, sur les services de médias auxiliaires prévus et sur la date envisagée pour le lancement du service de médias. Toute expansion de la zone de réception ou la connexion à un réseau doit également être déclarée alors que la décision de la NMHH est en instance. Dans le cas des services de médias par satellite, le fournisseur de services de médias doit notifier à la NMHH la déclaration du fournisseur de la capacité satellitaire (qu'il a l'intention d'utiliser) attestant de son intention de louer la capacité en question, en précisant la fréquence en question et les spécifications techniques.

11) Participation qualifiée selon l'article 203, point 3. Selon la LM, il s'agit d'une participation directe ou indirecte dans une entreprise qui, dans son ensemble, assure un contrôle sur plus de 25 % des actifs ou droits de vote de l'entreprise.

La procédure de déclaration des services à la demande est en partie différente de celle relative aux services linéaires. Par exemple, moins d'informations doivent être communiquées à la NMHH¹² et les règles de conflit d'intérêts sont également moins complexes. La notification doit contenir une déclaration selon laquelle aucun conflit d'intérêts n'existe ou ne risque de survenir à la suite de l'enregistrement du service de médias. Si une situation de conflit d'intérêts se produit, la NMHH doit annuler l'enregistrement ou le service doit être supprimé du registre.

L'enregistrement de services de médias auxiliaires est soumis à la réglementation applicable à l'enregistrement des services de médias à la demande.

2.2. Appels d'offres (articles 48-63 LM)

Le droit de fournir des services de médias linéaires peut également être obtenu en remportant un appel d'offres et en signant un contrat de service avec la NMHH. Il s'agit de la procédure obligatoire pour les services de médias linéaires analogiques utilisant des ressources publiques de fréquences, par nature limitées, excepté lorsque la LM en dispose autrement¹³.

Une licence résultant d'un appel d'offres est valable pour une période maximale de dix ans et peut être renouvelée une fois pour une durée maximale de cinq ans, sans autre procédure d'appel d'offres, à la demande du fournisseur de services de médias (mais la licence expire à la date indiquée dans la loi relative au passage au numérique).

La NMHH détermine les principes et les modalités de la procédure d'appel d'offres¹⁴. L'article 55(1) LM limite la participation à la procédure d'appel d'offres aux personnes et entreprises qui sont à jour des paiements dus à l'administration fiscale, aux douanes et à la sécurité sociale ou au Conseil des médias, ne sont pas en faillite ou soumises à des contraintes financières similaires et n'ont pas gravement enfreint les termes d'un accord d'octroi de licence antérieur résultant d'un appel d'offres remporté au cours des cinq dernières années.

Même si le soumissionnaire détient déjà une licence de services de médias ou est déjà sur le marché (ce qui, en règle générale, constituerait un motif d'exclusion de l'invitation à soumettre sa candidature), il peut participer à l'appel d'offres, à condition qu'il fasse une déclaration juridiquement contraignante selon laquelle, au cas où il remporterait l'appel d'offres, il renoncerait à son autre droit ou à toute demande de fourniture d'un service de médias à partir de la date de signature du contrat de service, ou s'engagerait à mettre fin à la situation contraire aux dispositions restrictives de toute autre manière, à compter de cette même date.

Lorsque les entreprises demanderesse détiennent mutuellement des participations qualifiées, lorsqu'un demandeur détient une participation qualifiée dans un autre demandeur ou lorsqu'une société mère détient une participation qualifiée dans deux entreprises demanderesse ou plus, les entreprises concernées ne sont pas autorisées à participer à la même procédure d'appel d'offres (article 55(5) LM). Cette règle vise à éviter la constitution d'une concentration du pouvoir sur le marché des médias et à garantir la diversité.

12) Comme dans le cas des services linéaires, le fournisseur doit fournir des informations de base sur son fonctionnement et ses services prévus, à savoir :

- des informations sur le fournisseur (nom, adresse, etc.) ;
- les caractéristiques de base du service de médias prévu telles que genre (radio ou audiovisuel), type (général ou thématique), caractère (commercial, communautaire) ;
- la date de lancement prévue du service de médias.

13) Le Conseil des médias peut autoriser, sans appel d'offres, une entreprise à fournir des services de médias dans l'intérêt de la mission de service public pendant une période déterminée n'excédant pas trois ans (article 48. (4) LM).

14) La NMHH détermine également les principes de la procédure d'appel d'offres des petits établissements de services de médias communautaires eu égard à leurs caractéristiques spécifiques. En général, les petits établissements de services de médias communautaires ne peuvent pas faire l'objet d'appel d'offres et ne peuvent être exploités commercialement.

La NMHH examine si les candidatures répondent aux exigences de forme et de contenu¹⁵. Elle évalue notamment si le soumissionnaire répond aux critères liés aux personnes et aux participations et respecte les exigences relatives aux conflits d'intérêts, et si toutes les informations connexes sont incluses.

3. Règles anti-concentration spécifiques aux médias

3.1. Règles générales relatives à la prévention de la concentration du marché

Le principe de diversité du marché des médias ainsi que les exigences en vigueur relatives à la concentration du marché établissent les principales limites à la propriété, qui visent à maintenir la diversité du marché des médias et à empêcher la constitution de monopoles de l'information. Ces règles sont applicables aux services de médias linéaires. Les règles de concurrence générales s'appliquent aux autres services (à la demande ou auxiliaires). La concentration du marché des fournisseurs de services de médias linéaires peut être limitée dans le cadre de la LM aux fins susmentionnées et le contrôle est effectué par le Conseil des médias, sans préjudice du droit général de la concurrence (contrôle des concentrations), qui reste du domaine de la GVH et sera discuté en détail ci-dessous au point I.4.

Conformément à l'article 68(1) LM,

- les fournisseurs qui proposent des services de médias audiovisuels linéaires ou des services de radio linéaires et ont une part d'audience moyenne annuelle¹⁶ d'au moins 35 % et
- les fournisseurs de services de médias audiovisuels linéaires et radio linéaires ayant une part d'audience moyenne annuelle conjointe d'au moins 40 %,

ne peuvent pas lancer de nouveaux services de médias et ne peuvent pas acquérir une participation dans une entreprise fournissant des services de médias. La même règle s'applique à tout propriétaire du fournisseur de services de médias et à toute personne ou entreprise ayant une participation qualifiée dans l'entreprise du propriétaire du fournisseur de services de médias.

Ces fournisseurs doivent également prendre des mesures visant à accroître la diversité du marché des médias en « modifiant la structure de leur flux de programmes » avec l'approbation de la NMHH. Cette modification peut être réalisée, par exemple, en augmentant la proportion d'œuvres hongroises et de programmes élaborés par des producteurs indépendants, ou de toute autre manière. Afin de déterminer les mesures visant à accroître la diversité, le Conseil des médias peut conclure un marché public, d'une durée minimale d'un an, avec le fournisseur de services de médias, à la demande de ce dernier. En vertu de ladite procédure, le Conseil des médias est habilité à évaluer s'il accepte les obligations dont le fournisseur de services de médias souhaite s'acquitter.

Si aucun marché public n'est conclu, le fournisseur de services de médias doit demander l'approbation des mesures qu'il a proposées visant à accroître la diversité du marché des médias, dans les six mois suivant la communication de la décision du Conseil des médias identifiant le fournisseur comme étant concerné par les règles limitant la concentration du marché des médias selon l'article 68 LM ou comme étant puissant sur le marché selon l'article 69 LM. Il s'ensuit une procédure dans laquelle le Conseil des médias évalue si les mesures proposées sont susceptibles de diminuer le précédent monopole de l'information et d'augmenter la diversité du marché des médias et le pluralisme de l'information.

15) L'offre doit contenir des renseignements sur le soumissionnaire (nom, adresse, etc.) et sur toutes ses entreprises. Il convient notamment de communiquer des informations détaillées sur ses participations, directes ou indirectes, ou sur la participation d'une autre entreprise dans l'entreprise soumissionnaire.

16) La part d'audience moyenne annuelle conjointement atteinte sur les marchés audiovisuel linéaire et radio linéaire est déterminée en additionnant les parts d'audience annuelles moyennes individuelles, exprimées en pourcentage, atteintes séparément sur les marchés audiovisuel linéaire et radio linéaire.

3.2. Fournisseurs de services de médias exerçant une influence notable

En plus des règles générales sur la concentration des médias, la LM introduit la notion d'influence notable¹⁷. Conformément à l'article 69(1) LM, les fournisseurs de services de médias audiovisuels linéaires sont considérés comme exerçant une influence notable s'ils ont une part d'audience moyenne annuelle d'au moins 15 %, à condition qu'au moins l'un de leurs services de médias atteigne 3 % de la part d'audience moyenne annuelle.

3.3. Procédures visant à empêcher la concentration du marché et à identifier les fournisseurs de services de médias exerçant une influence notable

Le Conseil des médias, soutenu par le Bureau de la NMHH, est compétent pour surveiller et analyser le marché des médias et, si nécessaire, appliquer et faire respecter les règles anti-concentration de la LM. Afin d'éviter la concentration du marché des médias et d'identifier les fournisseurs de services de médias exerçant une influence notable, le Conseil des médias examine les faits et les conditions du marché permettant d'évaluer le niveau de concentration. Le Conseil des médias détermine tout d'abord si les seuils mentionnés ci-avant au point I.3.1 eu égard à la part d'audience moyenne annuelle ont été atteints. Lors de la détermination de la part d'audience d'un fournisseur de services de médias, la NMHH doit prendre en compte et ajouter à la part d'audience du fournisseur, la part d'audience de tous les services de médias linéaires distribués sur le territoire de la Hongrie

- par le fournisseur lui-même ;
- par d'autres fournisseurs de services de médias dans lesquels il détient une participation qualifiée ; et
- par un fournisseur de service de médias dans lequel tout propriétaire du fournisseur de services de médias concerné, ou le propriétaire du propriétaire de celui-ci, détient une participation qualifiée.

Le Conseil des médias peut ordonner aux fournisseurs de services de médias de communiquer des informations connexes¹⁸. Si le fournisseur ne s'exécute pas ou ne s'exécute qu'en partie, le Conseil des médias peut imposer une amende de procédure et en cas d'infraction, il est habilité (et, en cas d'infraction répétée de la loi, il est tenu de le faire) à imposer une amende à l'agent ou au représentant du fournisseur.

17) Veuillez noter que l'expression « pouvoir de marché significatif » (*significant market power*), telle qu'utilisée dans la traduction officielle en anglais de la loi relative aux médias, ne correspond pas à l'original hongrois qui utilise l'expression « fournisseurs de médias exerçant une influence notable ». L'expression utilisée dans la traduction anglaise de la loi relative aux médias ne peut s'apparenter à l'expression « pouvoir de marché significatif » utilisée dans le cadre applicable aux communications électroniques de l'UE. Bien que les deux décrivent des concepts similaires eu égard à leur nature *ex ante*, la notion d'influence notable présente dans la loi relative aux médias, contrairement au régime relatif au pouvoir de marché, n'est pas fondée sur l'analyse de son pouvoir de marché, de la concurrence et de plusieurs autres critères spécifiques au secteur, mais sur des seuils de part d'audience annuelle. Aucune analyse de la concurrence n'est effectuée.

18) Un ordre de communication d'information ne peut être contesté en tant que tel, mais seulement dans le cadre d'une procédure judiciaire intentée contre le bien-fondé de la décision qui pourrait résulter de l'inspection réglementaire.

Les fournisseurs de services de médias audiovisuels linéaires exerçant une influence notable sont soumis à plusieurs exigences de qualité et de contenu imposées par le Conseil des médias¹⁹. Le Conseil des médias a déjà effectué le premier cycle de procédure visant à identifier les fournisseurs de médias exerçant une influence notable ; il doit répéter la procédure chaque année et rendre une décision avant le 30 septembre. Les obligations imposées sont effectives à compter du 1^{er} janvier suivant l'année au cours de laquelle la NMHH a pris sa décision.

Le Conseil des médias a le pouvoir d'imposer des sanctions aux fournisseurs de services de médias exerçant une influence notable s'ils commettent une infraction. Il peut leur infliger des amendes d'un montant maximal de 200 millions HUF.

Lorsque les variations de prix ou d'autres conditions du marché suggèrent que la concurrence sur le marché des services de médias est déformée ou limitée, le Conseil des médias, afin de recueillir des informations et d'évaluer les tendances du marché, peut décider de lancer une inspection réglementaire (enquête sectorielle). Dans le même temps, l'article 169(2) LM prévoit que ces droits du Conseil des médias sont sans préjudice des prérogatives de la GVH eu égard aux questions de concurrence. L'article 170(1) LM prévoit que, si la concurrence sur le marché de l'audiovisuel est déformée ou susceptible d'être limitée en raison de conditions du marché, et si les pouvoirs de contrôle du Conseil des médias ne sont pas suffisants pour mettre un terme à ce processus, le Conseil des médias a l'obligation d'engager une procédure auprès de la GVH.

4. Contrôle des fusions dans les communications et les médias

Le contrôle des fusions dans le secteur des communications et des médias est effectué par la GVH, avec la participation du Conseil des médias. Les règles concernant le contrôle des fusions qui figurent au chapitre VI de la loi relative à la concurrence visent à maintenir sous surveillance toutes les fusions et acquisitions susceptibles d'être essentielles du point de vue de l'économie nationale.

L'article 24 de la loi relative à la concurrence définit les seuils à partir desquels toute concentration est soumise à l'autorisation de la GVH. Depuis mai 2004, selon le règlement de la Communauté européenne sur les concentrations (RCEC), les transactions qui atteignent les seuils de chiffre d'affaires fixés par ce texte (c'est-à-dire, les transactions ayant une dimension communautaire) doivent être notifiées à la Commission européenne. En conséquence, ces concentrations sont évaluées par la Commission européenne et non par la GVH.

19) Entre autres, ils doivent veiller :

- à diffuser sans interruption un programme d'actualité ou programme général d'information, dans leur service de médias qui dispose de la part d'audience moyenne annuelle la plus élevée, d'au moins 15 minutes chaque jour ouvré entre 7 heures et 8h30, et un programme d'information sans interruption distinct d'au moins 20 minutes chaque jour ouvré entre 18 heures et 21 heures ;
- à ce que, dans tous leurs services de médias numériques, au moins un quart des œuvres cinématographiques et des séries cinématographiques produites à l'origine dans une langue autre que le hongrois, diffusées entre 19 heures et 23 heures, soient disponibles dans leur langue originale, avec des sous-titres en hongrois, y compris les programmes commençant avant 23 heures mais se terminant plus tard ;
- à ce que toutes les annonces de service public, publicités politiques, programmes d'information (y compris informations sur la circulation, informations sportives et météo) et programmes politiques, ainsi que programmes concernant les personnes handicapées ou l'égalité des chances, soient également accessibles avec des sous-titres en hongrois, par exemple par le biais du télétexte, ou en langue des signes ;
- à ce que les œuvres cinématographiques, jeux et programmes remplissant des objectifs de service public diffusés entre 6 heures et 12 heures, soient également accessibles avec des sous-titres en hongrois, par exemple par le biais du télétexte, ou en langue des signes, a) pendant au moins six heures par jour civil en 2012 ; b) pendant au moins huit heures chaque jour civil en 2013 ; c) pendant au moins dix heures par jour civil en 2014 ;
- à transmettre les messages de service public de l'agence de gestion des catastrophes professionnelles si elle fournit des informations sur le risque de danger pour la sécurité des personnes ou des biens, sur l'évolution des conséquences d'un événement qui a déjà eu lieu ou sur les tâches à effectuer. La durée de l'annonce de service public ne doit pas dépasser une minute.

Les fournisseurs de services de médias audiovisuels exerçant une influence notable sont tenus de conclure un contrat séparé pour chacun de leurs services de médias linéaires, conformément aux offres contractuelles justes et raisonnables du distributeur de services de médias, les tarifs fixés dans lesdits contrats ne pouvant être modifiés qu'une fois par an. Aucune vente liée n'est autorisée et ils doivent respecter l'égalité de traitement, en fixant un niveau de prix abordable et en prenant en compte les principes de neutralité technologique, d'économies d'échelle et de non-discrimination (article 78 (2)-(4) LM).

Les critères d'évaluation par la GVH des concentrations ont été modifiés en 2009 et mettent davantage l'accent sur une analyse plus approfondie des effets de la concentration sur la concurrence. Jusqu'au 1^{er} juin 2009, la GVH ne pouvait pas refuser d'autoriser une concentration si cette dernière ne créait ni ne renforçait une position dominante, ce qui aurait empêché la formation, le développement ou le maintien d'une concurrence effective (test de position dominante). Depuis cette date, la GVH ne peut pas refuser d'autoriser une concentration à moins que cette dernière ne réduise de manière significative la concurrence sur le marché en cause, en particulier en conséquence de la création ou du renforcement d'une position dominante sur le marché en cause (test de diminution substantielle de la concurrence). Dans le cas contraire, la GVH peut bloquer la transaction si ses inconvénients sur la concurrence l'emportent sur les avantages liés à l'efficacité. La GVH peut assortir sa décision de conditions, à remplir avant et/ou après la conclusion de la fusion, afin de remédier aux effets négatifs de la concentration sur la concurrence.

Pour l'évaluation des effets anticoncurrentiels, la nature horizontale ou verticale de la transaction revêt une importance particulière (horizontale faisant référence à toute concentration entre concurrents et verticale à toute transaction entre des parties ayant une relation d'affaires vendeur-acheteur). En général, les transactions horizontales entraînent directement un changement dans la structure du marché, tandis que les concentrations verticales peuvent avoir des effets négatifs sur les marchés connexes. Certaines opérations présentant des caractéristiques à la fois horizontales et verticales ne peuvent pas être clairement catégorisées. Il peut aussi arriver que les deux entreprises ne soient pas actives sur le même marché. Néanmoins, de telles concentrations peuvent aussi avoir des effets néfastes sur la concurrence. Des effets de portefeuille se produisent lorsque les producteurs ou distributeurs de produits complémentaires (acteurs sur des marchés adjacents) deviennent membres d'un même groupe d'entreprises. Si une entreprise d'un groupe détient une part de marché élevée sur le marché d'un produit donné, la concentration peut permettre à l'entité issue de la concentration de suivre des stratégies qui restreignent la concurrence sur le marché d'un ou de plusieurs autres produits (par exemple, par des ventes liées). Les effets de conglomerat se produisent lorsque la position de l'entreprise dans son ensemble s'améliore considérablement du point de vue de ses conditions économiques, financières ou de revenus (qui sont des facteurs décisifs de puissance économique et donnent la possibilité d'utiliser des stratégies restrictives, telles que les prix prédateurs), alors qu'aucune position dominante ne serait créée ou renforcée sur un quelconque marché si les effets étaient analysés séparément.

Au premier semestre 2011, la GVH a commencé à réviser son régime de contrôle des concentrations. L'objectif fondamental de cette révision était d'accroître la transparence de la procédure de contrôle des fusions, d'accélérer le processus et d'alléger le fardeau administratif de la procédure. En conséquence de cette révision, le formulaire de notification a été substantiellement modifié²⁰. Par la suite, le président de la GVH et le président du Conseil de la concurrence de la GVH ont publié en mai 2012 l'avis n° 2/2012 qui modifie les bonnes pratiques de la GVH en matière de concentrations²¹.

En cas de fusion, la GVH doit obtenir la prise de position du Conseil des médias pour l'approbation de concentrations entre entreprises ou sociétés affiliées d'au moins deux groupes d'entreprises au sens de l'article 15 de la loi relative à la concurrence, qui assument la responsabilité éditoriale et dont le principal objectif est de distribuer du contenu de médias au grand public via un réseau de communications électroniques ou un produit de presse écrite. Si la GVH assume la compétence dans le domaine, le Conseil des médias a des droits d'expert ou de conseiller et la GVH est tenue de demander son avis. Le Conseil des médias doit rendre un avis positif si le niveau de sources d'opinion indépendantes à la suite de la fusion garantit toujours le droit à la diversité de l'information sur le segment de marché donné de service de contenu de médias. Une exception s'applique à cette règle : si des fournisseurs de services de médias audiovisuels linéaires ayant une part d'audience moyenne annuelle d'au moins 35 % et des fournisseurs de service de médias audiovisuels linéaires et radio linéaires ayant une part d'audience moyenne annuelle conjointe d'au moins 40 %, souhaitent acquérir une part dans une société fournissant des services de médias ou s'ils souhaitent lancer de nouveaux services de médias, le Conseil des médias, agissant conformément à une procédure d'approbation par pouvoir spécial, est tenu de refuser son approbation. En principe,

20) Le nouveau formulaire est applicable aux opérations notifiées à partir du 1^{er} février 2012.

21) A ce jour, l'avis n'a pas encore été appliqué en pratique aux fusions de médias.

la prise de position du Conseil des médias sur l'admissibilité d'une concentration envisagée est contraignante pour la GVH. Toutefois, cette dernière peut encore interdire une fusion déjà officiellement approuvée par le Conseil des médias par pouvoir spécial, indépendamment de toute condition que le Conseil des médias peut avoir fixée, ou imposer une condition ou une obligation comme défini à l'article 30(3) de la loi relative à la concurrence que le Conseil des médias n'a pas établie (article 171(4) LM).

4.1. Pratique de la GVH dans les fusions de médias

Les affaires de concentration dans le secteur des médias ne sont pas très fréquentes dans la pratique de la GVH. Avec la modification des critères appliqués à l'évaluation des concentrations en 2009, les méthodologies ont nettement changé. Cela limite l'utilité d'une analyse de la pratique des années précédentes. Sous le nouveau régime, seules quelques affaires ont été étudiées par la GVH.

Dans l'affaire *RTL Group Central and Eastern Europe (RTL CEE) et IKO Média Holding Zrt. (Vj/065-016/2011.)*, la GVH a autorisé RTL CEE, appartenant à un groupe international exploitant des chaînes de télévision et des stations de radio dans plusieurs pays européens, à acquérir le contrôle exclusif d'IKO Média Holding Zrt. (IMH), qui détient des droits de propriété sur Magyar RTL Televízió Zrt. (M-RTL). En plus d'imposer des obligations à la commercialisation des publicités télévisées, après communication de la prise de position du Conseil des médias pour l'approbation de la concentration, la GVH a en outre autorisé l'opération par laquelle M-RTL a acquis le contrôle exclusif d'IKO Televisions Kft. (IKOT) et de ses sept chaînes thématiques Cool, Sorozat+, Prizma, Muzsika, Reflektor, Film+ et Film+2, et a accepté en même temps les engagements des parties (Vj-66/2011).

Par conséquent, M-RTL est tenue de rendre possible l'achat indépendant de temps de publicité sur les chaînes RTL Klub et IKOT pendant une période de deux ans après la conclusion du contrat (en ce qui concerne les accords mis en œuvre jusqu'au 13 décembre 2013). Les achats doivent être rendus possibles à des conditions tarifaires équitables, raisonnables et non discriminatoires et ils doivent être économiquement raisonnables pour les annonceurs/agences agissant pour leur propre chef ou en collaboration avec des chaînes autres que M-RTL. M-RTL est tenue d'informer les annonceurs/agences des prix et autres conditions dans le cadre de ses conditions générales de vente et, en outre, M-RTL doit justifier ses prix et conditions devant la GVH.

Le Groupe RTL était déjà présent sur le marché hongrois comme l'un des principaux actionnaires de RTL Klub (chaîne commerciale avec une audience nationale et un rôle important dans la publicité). Avec l'acquisition de RTL CEE IMH, le Groupe RTL a continué à accroître sa participation dans M-RTL. Contrairement à l'opération M-RTL/IKOT, cette transaction a été autorisée par la GVH sans être assortie de conditions ou d'engagements des parties concernées. Même si plusieurs chaînes de télévision du Groupe RTL peuvent être reçues en Hongrie (par exemple, les chaînes allemandes RTL, VOX, RTL II et Super RTL) et si, par conséquent, les parties à la transaction exploitent plusieurs chaînes de télévision en Hongrie, la GVH a conclu que la transaction n'aurait pas d'effets négatifs sur la concurrence car ces chaînes ne peuvent nullement être considérées (du point de vue des téléspectateurs et des annonceurs) comme des substituts de la chaîne de M-RTL, RTL Klub. Contrairement à RTL Klub, elles ne sont pas des chaînes hongroises et ne ciblent pas principalement la Hongrie ; leur importance est donc marginale du point de vue du marché hongrois.

L'autre transaction (l'acquisition du contrôle exclusif d'IKOT par M-RTL) concernait des chaînes hongroises diffusant leurs programmes en hongrois. Elle nécessitait, par conséquent, une analyse détaillée. Lors de l'examen de la transaction, la GVH a évalué, du point de vue des téléspectateurs, des radiodiffuseurs et des annonceurs, les marchés susceptibles d'être en cause, la relation entre les parties impliquées dans la transaction et les chaînes de télévision hongroises ainsi que les changements prévus susceptibles d'affecter le marché en raison de l'opération. Ainsi la GVH a pris en compte le fait que les services de télévision (et en général de médias) sont un marché à deux faces.

La GVH a établi que RTL Klub et les sept chaînes cibles n'étaient pas des substituts les unes des autres sur le marché de la radiodiffusion ou de la publicité, mais qu'elles étaient complémentaires. C'est la conséquence du fait que les distributeurs ont besoin des chaînes nationales connues (RTL Klub, TV2, Cool, Film+) pour fournir à leurs abonnés des programmes attrayants. Par conséquent, les grandes chaînes très populaires se substituent les unes aux autres, alors que ce n'est pas le cas pour les chaînes moins attrayantes en raison de leur faible popularité.

Du point de vue des annonceurs, le marché des chaînes de télévision peut être divisé en deux groupes principaux qui remplissent différentes fonctions publicitaires et qui, par conséquent, peuvent entraîner différents niveaux de prix. Le premier groupe comprend RTL Klub et TV2 (et parfois la chaîne m1), qui sont en mesure d'attirer beaucoup de publicité dans un court laps de temps parce que leur couverture est étendue et qu'elles attirent un grand nombre de téléspectateurs. En conséquence, ces chaînes sont en mesure d'exiger des prix publicitaires plus élevés. Les autres, en général des chaînes moins connues (dont la popularité peut différer de façon importante) peuvent néanmoins augmenter la fréquence des publicités et ainsi atteindre des groupes de consommateurs spécifiques en dépensant moins d'argent. Par cette double approche, les annonceurs et les agences de publicité qui visent à soutenir leur travail, utilisent en général les deux types de chaînes. Les chaînes appartenant aux deux groupes sont dans une relation de complémentarité plutôt que de substitution les unes par rapport aux autres.

En s'appuyant sur la délimitation de deux marchés télévisuels, la GVH a examiné si la fusion de RTL Klub et d'IKOT entraînerait des effets de portefeuille, autrement dit s'il serait possible de transférer la forte puissance sur le marché d'un marché à l'autre ou d'appliquer des pratiques restrictives (principalement par vente liée). Dans le cas présent, cela voudrait dire utiliser la puissance sur le marché de RTL Klub pour influencer la puissance sur le marché des chaînes IKOT.

Certains radiodiffuseurs ont indiqué craindre que la fusion ne permette de faire mutuellement la publicité des programmes de RTL Klub et des chaînes IKOT. Ils craignaient également que les parties limitent la diffusion des programmes obligatoires aux chaînes à faible audience, ou qu'elles soient amenées à vendre des espaces publicitaires sur différentes chaînes de façon liée. La GVH n'a toutefois pas partagé ces préoccupations ; elle a estimé que les problèmes soulevés par les parties prenantes n'étaient pas propres à la fusion (et ainsi existaient probablement avant la transaction envisagée) et que le régulateur des médias pourrait facilement y remédier. De plus, en raison des caractéristiques du marché concerné (c'est-à-dire le futur environnement numérique, le caractère « indispensable » des chaînes nationales et la facilité relative avec laquelle les petites chaînes peuvent entrer sur le marché), la GVH a considéré peu probable que le groupe exclue d'autres acteurs du marché. En outre, la GVH a estimé que l'incidence possible d'une exclusion du marché pourrait également être mise en doute. Pour le marché de la publicité, cependant, les données disponibles étaient insuffisantes pour que la GVH puisse exclure a priori la possibilité d'effets préjudiciables. En conséquence de la fusion, deux chaînes avec des positions publicitaires notables sur le marché et une relation de complémentarité l'une envers l'autre appartiendraient à un seul et même groupe d'entreprises, qui pourrait conjointement couvrir une part importante des demandes des annonceurs et des agences. Un « mélange télévisuel » concurrent similaire serait très difficile à créer et pourrait nécessiter l'union des forces de tous les autres concurrents. Cette solution serait également plus coûteuse que le « guichet unique » de l'entreprise issue de la fusion en raison des coûts liés à la transaction. Tous les faits susmentionnés pourraient se traduire par le renforcement du potentiel publicitaire de RTL Klub et des chaînes IKOT, qui ne pourrait pas être pondéré par des concurrents réels ou potentiels ou une puissance d'achat compensatrice. Par conséquent, un obstacle important à une concurrence effective ne pouvait pas « automatiquement » être exclu ; toutefois, les engagements supplémentaires proposés par M-RTL (voir ci-dessus) ont finalement été suffisants pour remédier à ces problèmes.

4.2. Pratique de la NMHH dans une affaire de fusion relative au secteur des médias dans son ensemble

Dans l'affaire *Axel Springer et Ringier (Vj-42-307/2010)*, les deux entreprises visaient à établir une coentreprise commune (JV HoldCo) en fusionnant les sociétés polonaise, tchèque et hongroise d'Axel Springer et les sociétés de Bosnie-Herzégovine, slovaque, tchèque et hongroise de Ringier. La GVH, à la suite de la prise de position négative du Conseil des médias, a informé les demandeurs de sa possible décision négative ; la demande a par la suite été retirée.

Bien que cette affaire reposait principalement sur « l'ancienne » loi relative aux médias et qu'elle concernait une fusion dans le domaine de la presse, elle est néanmoins importante pour les fusions de médias en général, notamment parce que la LM contient presque les mêmes règles de concentration spécifiques. L'affaire a été l'une des premières pour lesquelles le Conseil des médias a rendu une décision en qualité de conseil en vertu de la nouvelle LM et, plus important encore, cette décision met en lumière des différences importantes dans les processus et les approches suivis par les deux autorités compétentes en matière de concurrence sur le marché des médias.

La première différence entre l'approche du Conseil des médias et celle de la GVH est la façon dont ils définissent le marché en cause. Se démarquant de la définition du droit de la concurrence, le point de départ du Conseil des médias était le pluralisme d'opinions. Au lieu de la capacité du fournisseur du marché à augmenter les prix, le Conseil des médias a fondé son enquête sur la capacité du « fournisseur » à influencer les opinions. Des contenus de médias similaires peuvent influencer l'opinion publique dans le même sens, indépendamment de la différence de prix du contenu diffusé, et une possible augmentation du prix n'entraînerait pas la substituabilité d'un tel contenu. En outre, du point de vue du pluralisme, les consommateurs utilisent l'information acquise auprès de diverses sources, ils la comparent, puis ils se font un avis sur sa crédibilité. Ils peuvent considérer que certaines opinions sont plus crédibles si elles sont énoncées par une multitude de sources d'information utilisées en parallèle. En d'autres termes, les contenus de médias complémentaires et consommés en même temps constituent un cercle de produits/services influençant l'opinion, de sorte qu'ils peuvent être considérés comme le marché en cause des opinions. Compte tenu de tout cela, le Conseil des médias a défini le marché en cause des opinions selon trois dimensions :

- dimension thématique : le marché en cause inclut les sources d'opinions et les contenus de médias qui peuvent définir et influencer la façon dont les consommateurs se font leur avis sur un thème/sujet ;
- dimension de la chaîne complémentaire : la manière dont un contenu est livré aux consommateurs (c'est-à-dire télévision, radio, internet), la disponibilité de cette chaîne, le mode et les habitudes d'utilisation, la crédibilité et le pouvoir d'influencer l'opinion du contenu ;
- dimension géographique : analyser les sources nationales, régionales et locales d'informations, de manière distincte et individuelle, lorsque des sources de contenu sont disponibles.

Le Conseil des médias définit le marché du contenu audiovisuel comme étant composé de contenus de médias, qui mettent l'accent sur un sujet similaire, auxquels les consommateurs peuvent accéder sur un territoire et une chaîne bien définis et, ce qui est le plus important, qui se caractérisent par leur pouvoir d'influencer l'opinion et le pluralisme de l'information.

Le Conseil des médias a examiné comment, à la suite de la fusion, la diversité du contenu évoluera sur le marché, autrement dit si un contenu de médias suffisamment diversifié serait à la disposition du public (pluralisme externe). D'autre part, il a évalué la façon dont seraient affectées la quantité de sources d'information ainsi que la qualité et la diversité de l'information dans ces contenus de médias (pluralisme interne).

Le Conseil des médias a également cherché à savoir si la nécessité de préserver la diversité des contenus (dans le cadre de l'application du pluralisme d'opinions) était pertinente dans le contexte de la concentration des médias. Selon le Conseil des médias, il existe une corrélation significative entre le degré de concentration des médias et le pluralisme des médias, à savoir qu'un niveau élevé de concentration des médias diminue la diversité des contenus et le pluralisme d'opinions. De plus, il augmente le risque de formation d'une opinion publique unique ; ainsi, il peut exclure ou limiter l'importance de certains aspects. La concentration des médias peut également avoir d'autres effets néfastes dans d'autres domaines de l'audiovisuel (effets de contagion), comme la monopolisation du marché de la publicité ou d'autres marchés, la limitation des nouvelles entrées sur le marché, la perte de créativité due à l'unification du contenu, etc.

La NMHH a souligné que la diversité de propriété est un critère nécessaire mais insuffisant lorsqu'il s'agit de déterminer si le pluralisme de l'information publique existe. Par conséquent, le Conseil des médias a également examiné le pluralisme du point de vue de l'accès des citoyens à l'information, à savoir l'accès à diverses sources et la disponibilité d'opinions différentes. Dans ce contexte, le Conseil des médias a également examiné la façon dont le public peut se faire un avis indépendamment des acteurs du marché exerçant une grande influence. Cette question ne concerne pas uniquement le marché des médias, elle constitue également une question constitutionnelle fondamentale : le pluralisme implique d'assurer, d'une part, l'entrée sur le marché du plus grand nombre possible de fournisseurs de contenu indépendants et, d'autre part, le droit des consommateurs à faire un choix réel.

Le Conseil des médias n'a pas approuvé la fusion parce que les sources de télévision et d'internet n'ont pas été considérées comme des solutions complémentaires pour les consommateurs dans ce cas. De plus, les entreprises affectées par la fusion étaient déjà des fournisseurs puissants sur le marché, de sorte que leur fusion aurait considérablement augmenté le déséquilibre sur le marché. En outre,

la fusion aurait probablement aussi eu des effets de contagion sur les marchés de la publicité, de la distribution et éditoriaux, et aurait donc constitué une menace potentielle pour le pluralisme et la diversité d'opinions.

5. Obligations de *must-offer* et accès aux archives

Les obligations de *must-offer* (obligations d'offre) sont associées aux événements d'importance majeure pour la société ou au statut du fournisseur (fournisseur de service public ou fournisseur exerçant une influence notable). De plus, une obligation de *must-offer* générale est imposée aux fournisseurs de médias audiovisuels exerçant une influence notable et aux fournisseurs de services de médias dans lesquels ou dans le propriétaire desquels un distributeur de services de médias influent ou le propriétaire de celui-ci a une participation qualifiée, selon laquelle ils sont tenus de conclure des contrats avec les autres distributeurs de services de médias. Les fournisseurs ne peuvent pas exercer de droits de diffusion exclusifs par lesquels ils priveraient une partie importante, plus de 20 %, du public hongrois ayant accès aux services de médias audiovisuels, de la possibilité de suivre à travers un service de médias audiovisuels accessible sans abonnement payant les événements, en direct ou en différé, considérés comme étant d'importance majeure pour la société.

Si l'exercice d'un droit de radiodiffusion exclusif prive au moins 20 % de l'audience hongroise de la possibilité de suivre les événements conformément à l'article 18(1) LM via un service de médias audiovisuels, le fournisseur de services de médias audiovisuels est tenu de faire une proposition de contrat, sous réserve de modalités raisonnables et en échange d'une contrepartie appropriée eu égard aux conditions prévalant sur le marché, à un fournisseur de services de médias audiovisuels linéaires qui fournit des services accessibles (sans abonnement payant) à au moins 80 % des citoyens hongrois et veut diffuser l'événement en direct ou en différé. Dans de telles circonstances, le fournisseur de services de médias qui a obtenu les droits exclusifs ne peut faire valoir qu'il n'est pas autorisé à céder le droit exclusif.

Une autre obligation de *must-offer* concerne tous les services de médias linéaires de fournisseurs de médias audiovisuels exerçant une influence notable et de fournisseurs de services de médias dans lesquels ou dans le propriétaire desquels un distributeur de services de médias influent ou le propriétaire de celui-ci a une participation qualifiée (articles 78-81 LM) : ces fournisseurs sont tenus de signer un contrat séparé pour chacun de leurs services de médias linéaires, selon une offre contractuelle juste et raisonnable faite au distributeur de services de médias. La vente liée est interdite, autrement dit le fournisseur de services de médias soumis à l'obligation de *must-offer* ne peut pas fixer de conditions préalables à la conclusion d'un accord qui porteraient sur l'un quelconque de ses autres services de médias, par exemple, la fourniture par le fournisseur de services qui ne sont pas essentiels à la distribution du service de médias donné ou l'achat ou l'utilisation d'autres services ou produits.

En plus de ces règles, le fournisseur de services de médias soumis à l'obligation de *must-offer* et le distributeur de services de médias doivent déterminer conjointement les modalités de l'accord, en particulier, mais pas exclusivement, le montant de la redevance, conformément au principe d'égalité de traitement. Ils doivent fixer un niveau de prix abordable et prendre en compte les principes de neutralité technologique et d'économie d'échelle. L'article 78(5) LM définit certains principes d'égalité de traitement. Par exemple, si le fournisseur de services de médias, qui est soumis à une obligation de *must-offer*, impose pour la distribution des conditions techniques si déraisonnables qu'une proportion déterminante des distributeurs de services de médias est incapable de les satisfaire, ou s'il fixe des tarifs et modalités de paiement tels que les conditions les plus avantageuses ne sont proposées qu'à quelques distributeurs de services de médias, ce comportement peut être considéré comme une violation du principe d'égalité de traitement.

Les fournisseurs de services de médias ne peuvent refuser de s'acquitter de leurs obligations de *must-offer* (comme dans le cas des obligations de *must-carry*) que si le respect des engagements contenus dans l'offre est impossible à cause de raisons techniques ou économiques objectives et si les parties ne parviennent pas à un accord sur ces modalités.

En ce qui concerne l'accès aux archives, des règles spécifiques existent pour les médias de service public. D'une part, tous les droits de propriété et obligations associées aux archives des médias de

service public reviennent au *Médiaszolgáltatás-támogató és Vagyonkezelő Alap* (Fonds de gestion et de soutien des services de médias). Le Fonds est responsable du stockage, de la conservation et de l'utilisation des actifs des médias de service public, ainsi que des supports de données physiques contenant les œuvres et autres matériels soumis au droit d'auteur et acquis par les fournisseurs de médias de service public et le Fonds, mais n'entrant pas dans le cadre des actifs des médias de service public. Le Fonds ne peut aliéner, céder ou grever des actifs de médias de service public de quelque façon que ce soit. Cette interdiction n'exclut pas l'exploitation du droit d'auteur et des droits voisins eu égard à certains éléments des actifs des médias de service public.

Le Fonds peut utiliser les œuvres des archives conformément aux dispositions de la loi relative au droit d'auteur et conformément aux modalités de l'accord conclu avec les titulaires du droit d'auteur et les titulaires des droits voisins. Le Fonds signe un contrat de gestion d'actifs avec les fournisseurs de services publics de médias pour l'utilisation des actifs des médias de service public. Cet accord donne aux fournisseurs de services publics le droit d'utiliser gratuitement ces éléments des actifs des médias de service public, y compris le droit de communication au public. Les œuvres soumises au droit d'auteur et autre propriété intellectuelle présentes dans les archives mais non couvertes par les actifs de médias de service public peuvent être utilisées par les fournisseurs de services publics de médias dans le cadre de la loi relative au droit d'auteur ainsi que des modalités des accords conclus avec les titulaires du droit d'auteur et des droits voisins. Par conséquent, le Fonds a le droit de céder des œuvres (des œuvres faisant partie des actifs des médias de service public, ainsi que des œuvres protégées par droit d'auteur et autre propriété intellectuelle qui n'entrent pas dans le cadre des actifs des médias de service public) aux fournisseurs de services publics de médias si le Fonds a un droit d'usage. Les médias de service public ont un avantage significatif en raison de l'accès privilégié aux œuvres dont le Fonds détient les droits, tandis que leurs concurrents commerciaux n'ont pas un tel privilège.

II. La LM et la distribution de services de médias

Comme mentionné précédemment, le champ d'application de la LM couvre également (au moins dans certains cas) la distribution de services de médias (articles 72-81 LM). Il est important de noter que le principe général de la diversité prévaut ici aussi, mais dans ce cas il est appliqué aux problèmes de concentration verticale.

La LM prévoit des règles sur les quotas (d'une manière qualitative et quantitative) de distribution de contenu, ainsi que sur les questions de propriété. Par exemple, l'article 72(2) LM indique généralement que le nombre de services de médias proposés par les fournisseurs, qui sont dans le même temps distributeurs, ou dans lesquels la même entreprise de distribution a une participation qualifiée, ne doit pas dépasser un quart des services de médias audiovisuels distribués sur le réseau de transmission donné. Le même ratio s'applique au bouquet de programmes proposé aux téléspectateurs ou aux auditeurs par le distributeur, qui comptait le plus grand nombre d'abonnés à la fin de l'année civile précédente dans le réseau de transmission donné. Ces règles ne sont pas applicables aux activités de distribution de services de médias effectuées par des fournisseurs de services publics de médias.

III. Obligations de *must-carry*

Selon les règles européennes et afin de préserver, de protéger et de développer les cultures hongroise et européenne ainsi que la culture des minorités nationales ou ethniques, de soutenir et de préserver les langues des minorités nationales ou ethniques et, avant tout, de satisfaire les besoins en information des citoyens, de faciliter leur participation aux affaires publiques démocratiques et de préserver la diversité d'opinions, les distributeurs de services de médias sont soumis à des obligations de *must-carry* (de distribution). Les distributeurs transportant des services de médias sur un système ou un réseau de transmission utilisé pour diffuser des services de médias audiovisuels ou radio au public, tels que les réseaux de télévision par câble, les réseaux de radiodiffusion par satellite et les réseaux de distribution de services de médias terrestres, sont soumis à cette obligation. L'obligation s'applique également aux systèmes de transmission qui permettent la diffusion de services de médias par l'utilisation du protocole internet, si la nature et les conditions du service sont identiques à celles de la distribution de services de médias ou s'il se substitue à la distribution de services de médias effectuée par tout autre moyen.

En outre (et dans le respect des principes réglementaires relatifs à la neutralité technologique), les obligations de *must-carry* sont également étendues aux fournisseurs de services et opérateurs distribuant des services de médias sur d'autres systèmes ou réseaux de transmission ou, si le système ou réseau de transmission est largement utilisé par les abonnés et les utilisateurs comme principal instrument pour la réception de services de médias audiovisuels et radio. Ces types de systèmes ou réseaux de transmission sont régulièrement suivis par la NMHH et leur performance est analysée du point de vue du respect de l'obligation de *must-carry*. La NMHH détermine également s'il est opportun de créer ou de maintenir une obligation de *must-carry*.

Dans le cadre de la réglementation de la concentration du marché, l'article 73(6) LM précise que si un distributeur de services de médias distribue simultanément des services de médias sur plusieurs systèmes de transmission et réseaux de distribution de services de médias, l'obligation de *must-carry* s'applique au distributeur séparément pour chaque système de transmission ou réseau de distribution de services de médias. En outre, les distributeurs de services de médias influents²² sont soumis à d'autres obligations spécifiques²³.

En général, les distributeurs de services de médias sont tenus de transmettre un total de quatre services de médias audiovisuels linéaires et trois services de médias radio linéaires des fournisseurs de médias de service public gratuitement, à l'exception de la distribution de services de médias effectuée par radiodiffusion. De plus, le distributeur de services de médias (sauf s'il s'agit d'un radiodiffuseur par satellite) est obligé de signer un contrat en cas d'offres contractuelles justifiées du point de vue technique et économique faites par les fournisseurs de services de médias concernant la fourniture de leurs services de médias audiovisuels communautaires, régionaux ou locaux. Cette obligation est cependant limitée à 10 % de la capacité totale d'un distributeur, et à trois services de médias. En outre, le distributeur a, eu égard à deux services de médias supplémentaires au maximum, l'obligation de signer un contrat conformément à des offres contractuelles justifiées du point de vue technique et économique faites par le fournisseur de services de médias avec une zone de réception locale, si la zone de réception du fournisseur de services de médias relève de la zone de service du distributeur de services de médias donné ou d'une zone de service distincte dans laquelle il fournit ses services de médias spécifiquement pour la population de la zone donnée. Au-delà de ces obligations, le Conseil des médias (afin de servir les objectifs d'intérêt public en matière des médias) est habilité à définir deux services publics de médias linéaires supplémentaires au maximum ou un service de médias communautaire linéaire pour lesquels le distributeur doit conclure un contrat de distribution. Si le système de transmission du distributeur comprend des parties desservant plusieurs zones qui peuvent être techniquement différenciées les unes des autres, le distributeur doit être soumis aux obligations séparément pour chaque zone techniquement différenciée.

22) Un distributeur de services de médias est considéré comme influent du point de vue du marché des médias si le nombre d'abonnés à son réseau/sa plateforme de distribution de services de médias, quel que soit le type de réseau ou de plateforme utilisé, dépasse 100 000, ou dans le cas d'une distribution de services de médias accessibles au public sans abonnement, si la zone de réception du distributeur de services de médias couvre plus d'un tiers de la population de la République de Hongrie, et le chiffre d'affaires du distributeur de services de médias ou de toute entreprise ayant une participation qualifiée dans ledit distributeur ou dans son propriétaire, ou de toute autre entreprise opérant en vertu de la participation qualifiée du distributeur de services de médias ou de son propriétaire, découlant de la distribution de services de médias ou de services connexes, à l'exception d'une radiodiffusion analogique, effectuée sur le territoire de la République de Hongrie, dépasse 1 milliard HUF par an.

23) Ils sont soumis à une obligation de *must-carry* pour trois autres chaînes.



*Roberto Mastroianni et Amedeo Arena**
Université de Naples « Federico II », Faculté de droit

I. Services de médias audiovisuels et services auxiliaires

1. Approche des médias de service public

La loi italienne traite de façon identique le pouvoir de marché des médias de service public (MSP) et celui des services de médias audiovisuels privés.

Il est vrai que, concernant la publicité télévisée, l'opérateur de MSP est soumis à des exigences plus strictes que les radiodiffuseurs privés. Ainsi, l'opérateur de MSP ne peut consacrer plus de 4 % de son temps d'antenne hebdomadaire et pas plus de 12 % de son temps d'antenne horaire¹ à la publicité, tandis que les chaînes commerciales à accès libre sont soumises à une limite de 18 % de publicité par heure et 15 % par jour, cette dernière limite pouvant être étendue à 20 % si les radiodiffuseurs programment des formes de publicité autres que des spots (par exemple, télépromotion)².

Toutefois, dans une décision récente, le tribunal administratif régional du Latium (*TAR Lazio*)³ précise que les limites très strictes applicables à l'opérateur de MSP visent à préserver le caractère non-commercial de ce dernier et sa qualité de service d'intérêt économique général au sens du Protocole n° 29 annexé au Traité de Lisbonne⁴. Il serait donc injustifié d'interpréter les règles spécifiques applicables à l'opérateur de MSP comme une obligation asymétrique fondée sur le pouvoir de marché de cet opérateur.

2. Régulation de l'accès au marché

Compte tenu du passage programmé au tout numérique, la diffusion analogique n'est possible que sur la base de concessions accordées dans le cadre de l'ancienne réglementation. La validité de ces concessions est prolongée jusqu'à la fin du processus de transition (fin 2012)⁵. En outre, les opérateurs qui s'engagent dans la radiodiffusion analogique sans concession, mais en conformité avec certaines exigences juridiques, peuvent continuer à le faire jusqu'à la fin de la transition vers le tout numérique⁶.

* Ce document est le résultat du travail commun des deux auteurs. Roberto Mastroianni a rédigé le paragraphe 2 de la section I, ainsi que les sections II et III; Amedeo Arena a écrit la Section I, à l'exception du paragraphe 2.

1) Article 38, par. 1 de la loi consolidée relative aux services de médias audiovisuels et radio (LC-SMAVR).

2) Article 38, par. 2 et 3 LC-SMAVR.

3) Le *TAR Lazio* est le tribunal administratif de première instance devant lequel les décisions des autorités indépendantes, telles que le régulateur italien des médias (AGCOM) et l'autorité italienne de régulation de la concurrence (AGCM), peuvent être contestées. Les décisions du *TAR Lazio*, qui se présentent généralement sous la forme de jugements ou d'ordonnances, peuvent être contestées devant le Conseil d'Etat (*Consiglio di Stato*).

4) Tribunal administratif régional du Latium (deuxième chambre), ordonnance du 7 mars 2012, requête n° 9422/2011.

5) Article 23, par. 1 LC-SMAVR.

6) Article 23, par. 2 LC-SMAVR.

Concernant l'accès au marché de la radiodiffusion numérique, la loi consolidée relative aux services de médias audiovisuels et radio (LC-SMAVR)⁷ prévoit plusieurs régimes d'autorisation. L'activité des fournisseurs de contenus audiovisuels linéaires sur les fréquences terrestres est subordonnée à une autorisation préalable délivrée par le ministère du Développement économique⁸, sur la base des règles énoncées dans le règlement relatif à la radiodiffusion numérique de l'*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni* (AGCOM), l'autorité italienne de régulation des médias⁹.

Pour être éligibles, les candidats doivent : a) être une entreprise établie dans l'Espace économique européen ou dans un Etat garantissant la pleine réciprocité¹⁰ ; b) avoir pour objet l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, la fourniture d'informations ou des activités connexes ; c) avoir un capital et un nombre d'employés supérieurs aux exigences minimales énoncées dans le règlement relatif à la radiodiffusion numérique¹¹ ; d) assurer la diffusion de programmes portant la même marque (c'est-à-dire le logo propre au radiodiffuseur) pendant au moins 24 heures par semaine. Les entités publiques, les entreprises contrôlées par l'Etat et les établissements de crédit ne peuvent pas détenir une telle autorisation, que ce soit directement ou indirectement¹².

La fourniture de médias audiovisuels linéaires ou de services de radio par le biais d'autres réseaux de communications électroniques (par exemple, streaming en direct, IPTV, Web TV, etc.) est soumise à une autorisation accordée par l'AGCOM en conformité avec les règles énoncées dans sa décision n° 606/10/CONS¹³. Pour être éligibles, les candidats doivent : a) être une entreprise établie dans l'Espace économique européen ou dans un Etat garantissant la pleine réciprocité¹⁴ ; b) avoir pour objet l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, la fourniture d'informations ou des activités connexes¹⁵ ; c) ne pas être représentés ou gérés par des personnes condamnées pour des délits intentionnels passibles d'une peine d'emprisonnement de plus de six mois¹⁶. Les entités publiques, les entreprises contrôlées par l'Etat et les établissements de crédit ne peuvent pas détenir une telle autorisation, que ce soit directement ou indirectement¹⁷. Les candidats doivent payer une commission pour le traitement de leur dossier¹⁸.

Les fournisseurs de services à la demande sont également soumis au régime d'autorisation générale¹⁹. Les entreprises concernées doivent simplement informer l'AGCOM du début de leurs activités pour pouvoir ensuite les exercer, sauf si l'AGCOM décide dans les 30 jours de leur enjoindre d'arrêter²⁰. Pour être éligibles, les candidats doivent : a) être une entreprise établie dans l'Espace économique européen ou dans un Etat garantissant la pleine réciprocité²¹ ; b) avoir pour objet l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, la fourniture d'informations ou des activités connexes²² ; c) ne pas être représentés ou gérés par des personnes condamnées pour des délits intentionnels passibles d'une peine d'emprisonnement de plus de six mois²³. Les candidats doivent payer une commission pour le traitement de leur dossier²⁴.

7) Loi consolidée relative aux services de médias audiovisuels et radio (décret-loi n° 2005/177 dans sa version modifiée par le décret-loi n° 44/2010).

8) Article 16, par. 1 LC-SMAVR.

9) Voir la décision de l'AGCOM 353/11/CONS, JORI du 6 juillet 2011, n° 155 (Règlement de l'AGCOM relatif à la radiodiffusion numérique).

10) *Ibid.*, article 3, par. 2.

11) *Ibid.*, article 3, par. 4 et 5 (exigeant un capital social de 6,2 millions d'euros et au moins 20 salariés pour la radiodiffusion nationale et un capital social de 155 000 EUR et au moins quatre employés pour la radiodiffusion locale).

12) *Ibid.*, article 3, par. 3.

13) Voir Annexe A de la Décision de l'AGCOM n° 606/10/CONS.

14) *Ibid.*, article 3, par. 2.

15) *Ibid.*, article 3, par. 4.

16) *Ibid.*, article 3, par. 3.

17) *Ibid.*, article 3, par. 4.

18) *Ibid.*, article 6.

19) Article 22-bis, par. 1 LC-SMAVR.

20) Article 3, par. 2 de l'Annexe A de la décision de l'AGCOM n° 607/10/CONS, JORI du 3 janvier 2011, n° 1.

21) *Ibid.*, article 3, par. 3.

22) *Ibid.*, article 3, par. 4.

23) *Ibid.*, article 3, par. 5.

24) *Ibid.*, article 6.

L'article 49, paragraphe 1 de la LC-SMAVR confie l'exploitation du MSP à la RAI-Radiotelevisione Italiana SpA (ci-après : RAI) jusqu'au 6 mai 2016. L'attribution du mandat de MSP à la RAI n'a pas eu lieu par le biais d'un appel d'offres public²⁵, comme la réglementation de l'UE sur les marchés publics l'exige généralement, mais par l'octroi direct d'une mission de service public au radiodiffuseur italien anciennement en situation de monopole, la RAI.

Aux termes de la LC-SMAVR, le cahier des charges de la mission de service public comprend : la transmission de programmes d'intérêt général sur l'ensemble du territoire national, un nombre approprié d'émissions, y compris aux heures de grande écoute, consacrées à l'éducation, l'information, la promotion culturelle à travers le cinéma, le théâtre et les œuvres musicales ; l'accès aux programmes pour les partis politiques, les syndicats, les groupes religieux et autres associations de la société civile ; des programmes destinés à être diffusés à l'étranger pour promouvoir la connaissance de la langue et de la culture italiennes ; la préservation des archives historiques des programmes de radio et de télévision ; la radiodiffusion dans des langues minoritaires ; des mesures en faveur des personnes handicapées ; l'enseignement à distance ; des services numériques interactifs.

La législation italienne sur les médias régleme intégralement l'accès au marché, mais ne semble pas prendre en compte le pouvoir de marché, hormis pour ce qui est des règles spécifiques aux médias en matière de concurrence, exposées au paragraphe suivant. A ce stade, il convient de noter qu'en dépit de ces règles, l'exercice *de facto* d'activités de radiodiffusion et l'occupation des fréquences de radiodiffusion par les radiodiffuseurs sans licence valide ont toujours été tolérés par le passé par la législation italienne relative à la radiodiffusion²⁶.

En 2008, notamment, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a établi que le fait que le Gouvernement italien ne libère pas de fréquences de radiodiffusion pour les attribuer à l'ayant droit légitime, la société Centro Europa 7, sur la base de critères objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés, était contraire au principe de libre prestation de services et aux directives de l'UE relatives aux communications électroniques²⁷.

Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que l'absence d'attribution de radiofréquences par le Gouvernement italien au titulaire d'une licence obtenue à la suite d'un appel d'offres public constituait une violation de la liberté d'expression et d'information (article 10, CEDH) et une atteinte au droit de la propriété (article 1 du Protocole n°1 de la CEDH). La Cour estime, d'une part, que la législation italienne relative à la radiodiffusion manque de clarté et de précision, en ce qu'elle ne répond pas à l'attente légitime de Centro Europa 7 et, d'autre part, que les autorités italiennes n'ont pas mis en place un cadre législatif et administratif approprié de nature à garantir un pluralisme effectif dans les médias et la protection de Centro Europa 7 contre l'arbitraire²⁸.

25) Voir l'arrêt du tribunal de première instance du 26 juin 2008, *SIC – Sociedade Independente de Comunicação, SA contre Commission des Communautés européennes*. Affaire T-442/03 [2008], Rec. II-01161 (établissant que la République portugaise n'était « nullement tenue » d'organiser une mise en concurrence préalablement à l'attribution du service d'intérêt économique général de la télévision à la RTP). Concernant la nécessité d'attribuer des mandats de MSP sur la base d'un appel d'offres, voir R. Mastroianni, « Public Service Media and Market Integration: A Differential Application of Free Movement and State Aid Rules? » dans M. Cremona (ed.), *Market Integration and Public Services within the EU* (Oxford : Oxford University Press, 2011) 167-169.

26) Par exemple, la loi Maccanico (loi du 31 juillet 1997, n° 249, JORF du 31 juillet 1997, n° 177) permettait aux « utilisateurs *de facto* » des fréquences radio, autorisés à poursuivre leurs activités dans le cadre de l'ancien système, de continuer à diffuser des programmes de radiodiffusion à titre transitoire ; le décret-loi du 24 décembre 2003, n°352 (JORF du 29 décembre 2003, n° 29, p. 4) autorisait les chaînes en infraction avec les seuils de concentration à poursuivre leurs émissions en attendant la clôture d'une enquête sur le développement de chaînes de télévision numérique ; la loi Gasparri (loi du 3 mai 2004, n° 112, JO du 5 mai 2004, n° 82 et n° 104) a étendu, par un dispositif d'autorisation générale, la possibilité pour les chaînes en infraction avec les seuils fixés de continuer à diffuser sur les radiofréquences hertziennes jusqu'à ce que le plan national d'allocation des fréquences radio pour la télévision numérique soit mis en œuvre.

27) CJUE, arrêt du 31 janvier 2008, *Centro Europa 7 Srl v. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni and Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni*, affaire C-380/05, Rec. 2008 page I-00349.

28) Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano contre Italie* (requête n° 38433/09).

3. Règles encadrant la concentration des médias (règles relatives à la propriété)

3.1. Introduction : la monopolisation des médias en Italie selon le Conseil de l'Europe

La concentration de la propriété des médias en Italie a toujours été un sujet sensible, comme le résume l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Résolution 1387 (2004) intitulée Monopolisation des médias électroniques et possibilité d'abus de pouvoir en Italie :

Par le biais de Mediaset, le premier groupe privé de communication et de radiodiffusion d'Italie et l'un des plus grands groupes du monde, M. Berlusconi détient approximativement la moitié de l'activité de radiodiffusion du pays. En tant que chef du gouvernement, il est également en situation d'exercer une influence indirecte sur le service public de radiodiffusion, la RAI, qui est le principal concurrent de Mediaset. Etant donné que Mediaset et la RAI totalisent environ 90 % des parts d'audience de la télévision et plus des trois quarts des ressources de ce secteur, M. Berlusconi exerce un contrôle sans précédent sur le média le plus puissant d'Italie.

Cette situation de duopole dans le marché de la télévision constitue en soi une anomalie dans une perspective antitrust. Le statu quo a été maintenu en dépit du fait que des dispositions juridiques touchant au pluralisme des médias ont à deux reprises été déclarées anticonstitutionnelles, et que les autorités compétentes ont établi que la RAI et les trois chaînes de télévision privées de Mediaset exercent une position dominante. Cette situation est illustrée par un récent décret du Premier ministre, approuvé par le parlement, qui a permis à la troisième chaîne de la RAI et à Retequattro de Mediaset de continuer à diffuser, en violation des restrictions antitrust existantes, jusqu'à l'adoption de nouvelles mesures législatives. La distorsion de concurrence dans le secteur des médias est aggravée par le fait que la régie publicitaire de Mediaset, Publitalia'80, exerce une position dominante sur le marché publicitaire de la télévision²⁹.

3.2. Les barrières « techniques » visant à empêcher la concentration

Actuellement, la LC-SMAVR établit des barrières à la fois « techniques » et « économiques » visant à empêcher la concentration des médias. Les mesures techniques fixent un plafond pour le nombre de chaînes diffusées par un même fournisseur de services de médias audiovisuels. En particulier, la LC-SMAVR prévoit qu'une fois le passage au numérique effectué, aucun fournisseur de contenus ne sera autorisé à diffuser plus de 20 % du nombre total des chaînes de télévision ou plus de 20 % de la totalité des stations de radio³⁰. En attendant l'achèvement de ce processus, les fournisseurs de contenus ne peuvent pas diffuser plus de 20 % des émissions de télévision transmises sur des réseaux analogiques ou numériques, à l'exclusion de la diffusion simultanée en analogique et en numérique de programmes accessibles à moins de 50 % des téléspectateurs italiens³¹.

Les parties prenantes institutionnelles et certains observateurs ont exprimé leurs préoccupations concernant l'application de cette barrière technique avant l'achèvement de la transition vers le numérique, car elle se substitue à une ancienne limite de 20 % applicable uniquement à la radiodiffusion analogique. En tenant compte à la fois de la radiodiffusion analogique et numérique, la barrière technique définie par la LC-SMAVR permet en fait aux opérateurs dominants du secteur analogique de consolider également une position dominante dans le secteur numérique³². La Commission de Venise du Conseil de l'Europe estime, en particulier, que le nombre de chaînes diffusées par un opérateur donné

29) Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1387 (2004), « Monopolisation des médias électroniques et possibilités d'abus de pouvoir en Italie ».

30) Article 43, par. 7 LC-SMAVR.

31) Article 43, par. 8 LC-SMAVR.

32) Voir Conseil de l'Europe, Résolution de l'Assemblée parlementaire 1387 (2004) « Monopolisation des médias électroniques et possibilités d'abus de pouvoir en Italie », par. 6: « L'Assemblée estime que la récente loi adoptée sur la réforme du secteur de la radiodiffusion (« loi Gasparri ») pourrait ne pas garantir effectivement le renforcement du pluralisme par la simple augmentation du nombre de chaînes de télévision à l'occasion du passage au numérique. Parallèlement, cette loi permet de toute évidence à Mediaset de croître encore davantage, car elle donne aux acteurs du marché la possibilité d'exercer une position de monopole dans un secteur donné, sans aucun risque d'atteindre la limite antitrust à l'intérieur du système intégré des communications (SIC). » R. Zaccaria et A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (Padoue : Cedam, 2010) 558-559.

« n'est pas un indicateur clair de la part de marché » et fait valoir que ce critère devrait être associé « à un indicateur de part d'audience »³³.

3.3. *Système intégré des communications (SIC) et barrières économiques visant à limiter la concentration*

En ce qui concerne les barrières « économiques » applicables au secteur des médias pour empêcher la concentration, il faut examiner, en premier lieu, la notion de système intégré des communications (SIC) définie à l'article 43 de la LC-SMAVR. Le SIC est un marché pertinent défini par la loi qui englobe les activités suivantes : journaux et périodiques, publications annuelles, édition électronique, services de médias audiovisuels et radiophoniques, cinéma, publicité extérieure, initiatives de communication pour les produits et services, et parrainages³⁴.

En vertu de la LC-SMAVR, il est interdit d'occuper une position dominante sur le marché du SIC et dans les sous-marchés connexes³⁵. En outre, la LC-SMAVR dispose qu'aucun opérateur du secteur des communications ne peut générer des revenus supérieurs à 20 % du chiffre d'affaires total du SIC, que ce soit directement ou par l'intermédiaire d'entreprises contrôlées ou affiliées³⁶. Ces revenus comprennent, entre autres, les recettes provenant de la vente de quotidiens et de périodiques, de publications en ligne, de la publicité, du téléachat, du parrainage, etc³⁷. La limite de 20 % est réduite à 10 % pour les entreprises réalisant plus de 40 % des recettes globales du secteur des communications électroniques³⁸.

La mise en œuvre des mesures anti-concentration susmentionnées incombe à l'AGCOM³⁹. Chaque année, l'AGCOM adopte une résolution établissant un état prévisionnel des recettes globales du SIC⁴⁰. Si l'AGCOM constate une infraction, elle doit prendre les mesures appropriées pour faire remédier à ces infractions dans les délais requis⁴¹.

Plusieurs observateurs pointent le fait que le SIC est trop vaste et qu'il recouvre des services hétérogènes, sans lien et non-substituables, ce qui compromet l'efficacité du plafond de 20 %⁴². A cet égard, la Commission de Venise estime que les SIC « constituent certainement une tendance moderne mais qu'il ne faudrait pas, du moins avec cette définition très large, les utiliser dès à présent à la place du critère du « marché pertinent », car cela a pour effet de diluer l'efficacité des instruments destinés à protéger le pluralisme. En effet, il peut permettre à une société d'avoir une part de recettes extrêmement importante sur des marchés particuliers tout en restant en dessous du seuil de 20% pour l'ensemble du secteur⁴³. »

3.4. *Publicité télévisée : obligations asymétriques pour les chaînes à péage*

En matière de publicité télévisée, l'article 38, paragraphe 5 de la LC-SMAVR prévoit que les chaînes de télévision à péage doivent respecter une limite horaire de publicité de 16 % en 2010, 14 % en 2011, et 12 % à partir de 2012. Selon l'AGCOM, l'objectif de cette disposition est de protéger les intérêts des

33) Avis de la Commission de Venise, adopté lors de sa 63^e session plénière (10-11 juin 2005), sur la compatibilité des lois italiennes « Gasparri » et « Frattini » avec les standards du Conseil de l'Europe en matière de liberté d'expression et de pluralisme des médias.

34) Article 2 par. 1, alinéa l) du décret-loi n° 177 du 31 juillet 2005, dans JORI n°208 du 7 septembre 2005, *Supplemento ordinario* n° 150.

35) Article 43, par. 2 et 9 LC-SMAVR.

36) Article 43, par. 9 LC-SMAVR.

37) Article 43, par. 11 du décret-loi n° 177 du 31 juillet 2005, dans JORI n° 208 du 7 septembre 2005, *Supplemento ordinario* n° 150.

38) Article 43, par. 11 LC-SMAVR.

39) Article 43, par. 5 du décret-loi n° 177 de 2005.

40) Voir la Décision de l'AGCOM n° 126/11/CONS (déclarant que le montant global des revenus du SIC pour 2009 était de 23 milliards d'euros).

41) Article 43, par. 5 LC-SMAVR.

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

43) Avis sur la compatibilité des lois italiennes « Gasparri » et « Frattini » avec les standards du Conseil de l'Europe en matière de liberté d'expression et de pluralisme des médias, adopté par la Commission de Venise lors de sa 63^e session plénière (Venise, 10-11 juin 2005).

utilisateurs de la télévision à péage, qui sont soumis à une double charge : paiement d'une redevance à la chaîne et exposition à la publicité.

Dans une récente décision, le tribunal administratif régional du Latium (*TAR Lazio*) estime que le véritable but de cette disposition est, en fait, d'augmenter les revenus publicitaires des chaînes gratuites en limitant la vente d'espaces publicitaires par les chaînes à péage⁴⁴. Le *TAR Lazio* note, en outre, que cet objectif n'est pas prévu par la Directive SMAV : contrairement aux radiodiffuseurs locaux, dont la situation particulière est expressément reconnue par la directive, les chaînes gratuites ne sont pas désavantagées par rapport aux chaînes à péage, il n'est donc pas nécessaire d'instaurer une réglementation asymétrique en vertu de la Directive SMAV.

Par conséquent, le *TAR Lazio* craint que l'application de règles plus strictes pour les chaînes de télévision à péage ne fausse la concurrence en favorisant le renforcement des positions dominantes existantes sur le marché de la « publicité télévisée ». C'est pour cette raison, entre autres, que le *TAR Lazio* a décidé de porter l'affaire devant la CJUE pour avis préjudiciel sur la compatibilité des obligations asymétriques imposées aux chaînes à péage avec la Directive SMAV, le principe d'égalité, le principe de la liberté d'expression et les libertés fondamentales du marché intérieur⁴⁵.

3.5. Barrières anti-concentration encadrant les participations croisées (diagonales)

La LC-SMAVR interdit également aux entreprises qui s'engagent dans la radiodiffusion ou les communications électroniques au niveau national de dépasser certains seuils de revenus par la prise de participations ou la cofondation d'éditeurs de quotidiens (à l'exception des quotidiens émis exclusivement sous forme électronique) avant le 31 décembre 2012⁴⁶. Les seuils de revenus applicables sont de 8 % du SIC global pour les radiodiffuseurs et de 40 % du chiffre d'affaires dans le secteur des communications électroniques pour les entreprises de communications électroniques⁴⁷.

4. Interactions avec le droit de la concurrence

4.1. Relations entre le droit antitrust et la réglementation sectorielle des médias

Les entreprises opérant dans les services de médias audiovisuels sont parallèlement soumises au droit général de la concurrence (national et européen) et à la réglementation sectorielle pertinente. Alors que par le passé, l'article 20 (1) de la loi antitrust italienne (loi n° 287 de 1990) prévoyait clairement que le régulateur sectoriel était chargé de l'application des règles de concurrence aux entreprises opérant dans les marchés de l'édition et de la radiodiffusion, cette disposition a été abrogée par la loi n° 249 de 1997 portant création de l'AGCOM. Par conséquent, le Conseil d'Etat (juridiction administrative suprême en Italie) en déduit qu'en matière de concurrence, les acteurs des marchés de l'édition et de la radiodiffusion sont actuellement soumis aux règles et, partant, aux pouvoirs d'exécution de l'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM), l'autorité italienne de régulation de la concurrence⁴⁸.

4.2. Recoupement des compétences entre l'autorité italienne de régulation de la concurrence et l'autorité italienne de régulation des médias

Le recoupement des compétences entre l'AGCOM et l'AGCM exige d'instaurer des règles visant à coordonner les activités de ces deux autorités. En principe, ces autorités poursuivent des buts différents : l'AGCOM est responsable de la préservation du pluralisme des médias et l'AGCM est censée maintenir une

44) Tribunal administratif régional du Latium (deuxième chambre), ordonnance du 7 mars 2012, requête n° 9422/2011.

45) Affaire C-234/12 : Demande de décision préjudicielle présentée par le *Tribunale amministrativo Regionale per il Lazio* (Italie) déposée le 14 mai 2012 — *Sky Italia s.r.l. c. AGCOM*, JO C 217, 21 juillet 2012, p. 11. Pour le résumé de l'ordonnance de renvoi devant la CJUE, voir Amedeo Arena, Italie : La CJUE doit se prononcer sur les limites horaires de publicité plus strictes imposées en Italie à la télévision à péage, IRIS 2012-7/29.

46) Article 43, par. 12 LC-SMAVR.

47) *Ibid.*

48) Conseil d'Etat (*Consiglio di Stato*), décision n° 2869 du 24 mai 2002.

concurrence efficace sur les marchés des médias⁴⁹. Toutefois, des experts ont constaté qu'en réalité la délimitation exacte des activités et des compétences des deux autorités était fluide et mouvante⁵⁰. En vue de développer une cohérence au niveau de l'action des deux autorités, la loi n° 249/1997 impose à l'AGCOM de solliciter l'avis de l'AGCM avant d'exercer ses pouvoirs vis-à-vis des entreprises du secteur des communications⁵¹. Le Conseil d'Etat précise que, même si l'AGCM est tenue de demander un tel avis, cet avis n'est pas contraignant pour l'AGCOM, qui peut s'écarter des conclusions de l'AGCOM à condition que ce soit de façon dûment et clairement motivée⁵². Selon le Conseil d'Etat, une décision de l'AGCOM confirmant la conformité de certaines clauses contractuelles avec la réglementation sectorielle n'est pas un obstacle à une décision ultérieure de l'AGCM déclarant lesdites clauses incompatibles avec la législation en matière de concurrence, mais elle empêche toutefois l'AGCM d'imposer une sanction⁵³. En outre, l'AGCOM et l'AGCM ont conclu un accord de coopération pour l'échange d'informations et la coordination de leurs tâches respectives dans le domaine des communications électroniques⁵⁴.

4.3. Règles spéciales encadrant la concentration des entreprises du secteur des médias

Les concentrations au niveau des entreprises du secteur des médias sont soumises à des règles qui sont en partie différentes de celles qui s'appliquent aux autres secteurs économiques. Tout d'abord, des seuils de notification spécifiques s'appliquent aux concentrations impliquant la distribution cinématographique⁵⁵. Ensuite, les entreprises du SIC sont tenues de notifier toute concentration simultanément à l'AGCOM et à l'AGCM⁵⁶ : tous les contrats, fusions ou accords dérogeant aux limites sectorielles anti-concentration définies à l'article 43 de la LC-SMAVR sont *per se* nuls et non avenue⁵⁷. Un tel mécanisme d'examen simultané⁵⁸ comporte le risque de générer des résultats contradictoires : dans l'affaire SEAT/Cecchi Gori, par exemple, l'AGCOM s'opposait à l'accord conclu⁵⁹, alors que l'AGCM l'a autorisé par la suite sous réserve de l'application des engagements pris⁶⁰. Dans d'autres cas, tels que la mise en place, par les trois principaux opérateurs italiens de télévision à accès libre, d'une entreprise commune (nommée TIVÚ S.r.l) visant à assurer la retransmission sur la TNT et les réseaux satellitaires des émissions des sociétés mères, l'AGCOM a considéré que l'opération ne constituait pas une concentration entre entreprises indépendantes et décidé de ne pas ouvrir d'enquête⁶¹.

49) *Ibid.* En conséquence, l'AGCOM surveille l'émergence de positions dominantes sur les marchés des médias, car la simple existence de ces positions peut nuire au pluralisme de l'information et des médias. En revanche, l'AGCM ne peut agir que lorsque des entreprises abusent de leur position dominante pour fausser la concurrence au moyen d'accords ou de pratiques concertées. Voir R. Zaccaria et A. Valastro, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (Padoue : CEDAM, 2010) 533-534 et 554-555.

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

51) Loi n° 249/97, article 1, par. 6, alinéa c), n° 11.

52) Conseil d'Etat, décision du 10 mars 2006, n° 1271.

53) *Ibid.*

54) Accord de coopération entre l'AGCOM et l'AGCM dans le domaine des communications électroniques (2004), disponible sur : www2.agcom.it/provv/agcom-agcm_accordo.htm

55) En général, selon l'article 16, par. 1, de la loi du 10 octobre 1990, n° 287, seules les concentrations impliquant des entreprises dont le chiffre d'affaires global est supérieur à 468 millions d'euros et l'acquisition d'actifs dont le montant global dépasse 47 millions d'euros sont soumises à une obligation de notification préalable (les seuils de chiffre d'affaires pertinents sont mis à jour chaque année par l'AGCM). Toutefois, l'article 13 (1) de la loi du 1^{er} mars 1994, n° 153 impose également de déclarer à l'AGCM les concentrations qui - quel que soit le chiffre d'affaires généré par les entreprises concernées - peuvent conduire, directement ou indirectement, à l'acquisition, ne serait-ce que dans l'une des 12 zones de référence pour la distribution cinématographique, d'une part de marché supérieure à 25 % a) du chiffre d'affaires du secteur de la distribution cinématographique et b) du nombre total de salles de cinéma opérant dans cette zone.

56) Article 43, par. 1 LC-SMAVR. Voir également tribunal administratif régional du Latium, arrêt du 7 septembre 2001, n° 7286 (établissant que les entreprises ne sont pas tenues d'obtenir l'autorisation de l'AGCOM avant de notifier les concentrations à l'AGCM).

57) Article 43, par. 4 LC-SMAVR.

58) Voir AGCOM, Règlement relatif aux procédures d'autorisation de transfert de la propriété des entreprises de radiodiffusion, aux procédures concernant les positions dominantes et à l'examen des concentrations et des contrats dans le cadre du système intégré de communications, Annexe I de la décision de l'AGCOM du 9 novembre 2006, n° 646/06/CONS.

59) AGCOM, *Trasferimento di proprietà della Cecchi Gori Communications S.p.A. a Seat Pagine Gialle S.p.A.*, décision du 17 janvier 2001, n° 51/01/CONS.

60) AGCM, affaire C4158 - SEAT Pagine Gialle/Cecchi Gori Communications, décision du 23 janvier 2001, n° 9142.

61) Voir la décision de l'AGCOM du 14 septembre 2009, n° 519/09/CONS.

4.4. Approches contradictoires concernant la définition des marchés dans le secteur des médias

Le recoupement des compétences entre l'AGCOM et l'AGCM a également donné lieu à des conclusions divergentes quant à la définition du marché de la publicité. L'AGCM constate que le « marché de la publicité télévisée » est un marché biface, où les radiodiffuseurs, d'une part, fournissent - gratuitement ou à titre onéreux - des contenus audiovisuels au public, et, d'autre part, vendent des espaces publicitaires aux annonceurs par le biais de leurs agences de publicité. L'AGCM considère que le « marché de la publicité télévisée » est distinct du marché de la « télévision à péage »⁶², qui est l'exemple type d'un marché monoface caractérisé par un lien économique direct entre les fournisseurs de contenus et leurs utilisateurs⁶³. Dans un premier temps, l'AGCOM partageait ce point de vue⁶⁴, mais elle a ensuite considéré, dans ses décisions ultérieures, que le « marché de la publicité télévisée » n'était pas un marché autonome pertinent et que les revenus provenant de la « télévision à péage » (notamment les recettes publicitaires et les droits payés par les utilisateurs) et de la « télévision à accès libre » (les recettes publicitaires, pour l'essentiel) constituaient des marchés pertinents distincts⁶⁵.

5. Obligations en matière d'offre (*must-offer*)

En ce qui concerne les obligations en matière d'offre, il convient de se référer à la décision rendue par l'AGCM en 2006 dans l'affaire *A362 - Diritti Calcistici*⁶⁶. Selon l'AGCM, le groupe Mediaset a abusé de sa position dominante sur le « marché de la publicité télévisée » en passant un certain nombre d'accords avec des clubs de football portant sur l'acquisition de droits de diffusion. Ces accords, conclus avec les clubs Juventus, Inter, Livorno, Roma, Milan, Lazio et Sampdoria, comportaient des clauses d'exclusivité à long terme, des droits de préemption et des droits de premier refus couvrant tous les types de plateformes de diffusion. L'AGCM estime que ces accords auraient privé les concurrents de Mediaset de contenus nécessaires en vue de la mise en place d'une offre commerciale attractive, ce qui aurait entraîné leur exclusion du marché de la « publicité télévisée ». A cet égard, l'AGCM reconnaît expressément que, compte tenu de l'intérêt massif suscité par le football en Europe, la retransmission des matchs de football est en mesure d'attirer un grand nombre de téléspectateurs et de créer régulièrement un public identifiable constituant une cible spécifique pour les annonceurs.

Pendant, au cours de l'enquête, Mediaset a entrepris de conserver, à partir de 2007 et pour toutes les équipes de football concernées, les droits exclusifs uniquement liés aux retransmissions via la plateforme TNT, et de vendre les droits de diffusion sur d'autres plateformes d'une manière équitable, transparente et non discriminatoire. Ce faisant, Mediaset a donné à ses concurrents l'occasion d'attirer une part importante du public en proposant des offres commerciales attractives. Mediaset a également donné l'assurance expresse qu'à partir de la saison de football 2007-2008, il ne chercherait pas à introduire dans les contrats de droits de retransmission télévisée des clauses supplémentaires relatives à un droit de premier refus ou de préemption.

L'AGCM a donc jugé que Mediaset avait abusé de sa position dominante, en violation de l'article 102 du TFUE, et l'a enjoint de s'abstenir. L'AGCM a toutefois concédé que la conduite de Mediaset dans le cadre de l'enquête avait considérablement réduit le risque d'exclusion de ses concurrents. En conséquence, aucune sanction n'a été prononcée à son encontre.

62) Voir, par ex. AGCM, affaire A274 - *Stream/Telepiù*, décision du 14 juin 2000, n° 8386; AGCM, affaire C5109 - *Groupe Canal+/Stream*, décision du 13 mai 2002, n° 10716.

63) Voir AGCM, affaire A362 - *Diritti calcistici*, décision du 28 juin 2006, n° 15632, par. 103.

64) Voir AGCOM, décision du 2 mars 2005, n° 136/05/CONS (analyse des deux marchés pertinents suivants : « vente de publicité télévisée » et « vente de contenus audiovisuels »).

65) Voir, par ex., AGCOM, décision du 23 mars 2011, n° 126/11/CONS (analyse du marché « services de médias audiovisuels » et de ses deux sous-marchés « télévision à péage » et « télévision à accès libre »); Rapport annuel de l'AGCOM (2011), p. 119 et suivantes.

66) AGCM, affaire A362 - *Diritti calcistici*, décision du 28 juin 2006, n° 15632.

6. Règles spécifiques applicables aux services auxiliaires permettant ou facilitant la réception (tels que décodeurs ou EPG)

Pour bien cerner le rôle du pouvoir de marché (et de la définition du marché) dans le cadre des règles spécifiques visant à promouvoir l'achat de récepteurs, il convient d'examiner l'affaire des décodeurs numériques.

L'article 4 (1) de la loi de finances⁶⁷ de 2004 accordait 150 EUR de subvention publique pour l'achat d'un équipement permettant la réception de signaux de télévision transmis via la technologie TNT (DVB-T/DVB-C) et les services interactifs associés. L'article 1 (211) de la loi de finances pour 2005 a reconduit le financement de cette mesure, mais a réduit le montant de la subvention à 70 EUR par décodeur⁶⁸. A la suite de plaintes déposées par certains radiodiffuseurs, la mesure a été examinée a) par la Commission européenne en réponse à l'allégation de violation des règles du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) sur les aides d'Etat et b) par l'AGCM en réponse à l'allégation d'infraction aux règles italiennes régissant les conflits d'intérêts (loi n° 215 de 2004).

En ce qui concerne l'accusation de conflit d'intérêts, l'AGCM a dû établir si l'octroi de ces subventions, basé sur une loi spécifique du gouvernement pour laquelle le Premier ministre était directement responsable, était de nature à donner un avantage sélectif à un certain nombre de sociétés contrôlées indirectement par le Premier ministre, au détriment de l'intérêt public. L'AGCM estime qu'aucun lien n'a pu être établi entre l'augmentation potentielle du nombre de décodeurs résultant de la subvention publique et l'augmentation possible des utilisateurs de la télévision à péage, puisqu'au moins une partie des nouveaux propriétaires de décodeurs pouvait utiliser leur équipement uniquement pour regarder gratuitement, via la technologie numérique, des programmes de télévision en clair. En outre, poursuivant le raisonnement jusqu'au bout, l'AGCM note que même en supposant qu'un tel lien puisse être établi, on ne pourrait pas pour autant démontrer l'existence d'un avantage spécifique en faveur des sociétés détenues par le Premier ministre, étant donnée la part de marché écrasante (plus de 90 %) de Sky Italia sur le marché de la télévision à péage, par rapport à la part détenue par d'autres sociétés – y compris celles contrôlées par le Premier ministre (Mediaset et RTI) – susceptibles de bénéficier des effets de la subvention publique. Par conséquent, dans sa décision du 10 mai 2006, l'AGCM conclut qu'en dépit du fait que la subvention publique en cause soit imputable au Premier ministre, une accusation de conflit d'intérêts en vertu de l'article 3 de la loi n° 215 de 2004 ne peut être retenue contre le Premier ministre en raison de l'absence d'un avantage financier particulier et d'une quelconque atteinte à l'intérêt public⁶⁹.

Dans sa décision du 24 janvier 2007⁷⁰, la Commission européenne s'est prononcée sur la compatibilité de la subvention italienne pour les décodeurs numériques avec les règles du TFUE sur les aides d'Etat. Tout d'abord, la Commission établit que, dans la mesure où elle prévoit l'octroi par la République italienne d'une subvention pour l'achat de certains décodeurs numériques terrestres, la mesure en cause constitue une aide d'Etat aux radiodiffuseurs numériques terrestres qui proposent des services de télévision à péage, notamment les services de télévision à la demande et les chaînes numériques à péage par câble. Ensuite, la Commission constate que cette mesure ne saurait se justifier en vertu de l'une des dérogations possibles. Tout en reconnaissant que le passage de la télévision analogique à la TNT est un objectif d'intérêt public légitime, la Commission note que la mesure en cause est disproportionnée par rapport au but poursuivi, et susceptible de provoquer des distorsions indues de la concurrence. Cette conclusion se fonde principalement sur le fait que la mesure en cause n'est pas technologiquement neutre, car elle ne s'applique pas aux décodeurs numériques satellitaires. Par conséquent, la Commission a ordonné la récupération des aides d'Etat versées en application de la mesure en cause, qui été déclarée incompatible avec le marché commun et accordée illégalement. La

67) Loi du 24 décembre 2003, n° 350 (loi de finances 2004), relative aux dispositions permettant l'élaboration du budget annuel et pluriannuel de l'Etat, JORI du 27 décembre 2003, n° 299. La loi de finances (*Legge finanziaria*), également appelée loi de stabilité (*Legge di stabilità*), est le projet de loi que le gouvernement soumet le 30 septembre de chaque année au Parlement en vue d'établir les recettes et les dépenses.

68) Loi du 30 décembre 2004, n° 311 (loi de finances 2005), relative aux dispositions permettant l'élaboration du budget annuel et pluriannuel de l'Etat, JORI du 27 décembre 2004, n° 306.

69) AGCM, affaire *CI2 - Presidente del Consiglio dei Ministri-Contributi Decoder Tv*, décision n° 15389 du 10 mai 2006.

70) Décision de la Commission du 24 janvier 2007 relative à l'aide d'Etat C 52/2005 (ex NN 88/2005, ex CP 101/2004) octroyée par la République italienne sous forme de subvention à l'achat de décodeurs numériques [notifiée sous le numéro C(2006) 6634], JO L 147, 8 juin 2007, p. 1-28.

décision de la Commission a été confirmée une première fois par le Tribunal de l'UE en 2010⁷¹, puis en appel en 2011 par la Cour de justice⁷².

Fait intéressant, dans la procédure devant la Commission, le Gouvernement italien a fait valoir que l'aide d'Etat n'avait pas un caractère sélectif dans la mesure où ses bénéficiaires (les opérateurs de TNT) et les non-bénéficiaires (les opérateurs de satellites) opéraient sur des marchés pertinents distincts, à savoir la télévision en accès libre et la télévision à péage. En s'appuyant, entre autres, sur la décision de l'AGCM concernant l'accusation de conflits d'intérêt, et sur d'autres précédents en Italie et dans l'UE, la Commission a estimé, au contraire, que les deux opérateurs de satellites et les opérateurs de TNT – même si leur part de marché est nettement plus faible – étaient concurrents sur le marché de la télévision à péage et que, par conséquent, une subvention d'Etat accordée uniquement aux opérateurs TNT avait bel et bien un caractère sélectif. Ainsi, alors que le pouvoir de marché des opérateurs de satellites sur le marché de la télévision à péage a été un facteur déterminant dans le rejet par l'AGCM de l'accusation de conflit d'intérêts portée contre le premier ministre, la définition du marché adoptée dans cette décision par l'AGCM a permis à la Commission d'établir le caractère sélectif de l'aide.

II. Opérateurs de plateformes et les services convergents

Les fournisseurs de services interactifs et d'accès conditionnel sont également soumis au régime d'autorisation générale défini à l'article 25 du Code des communications électroniques⁷³. Ces fournisseurs doivent se conformer aux normes techniques fixées par l'AGCOM, notamment aux fins d'empêcher les mineurs d'accéder à des contenus préjudiciables (par exemple, les systèmes de filtrage et les numéros d'identification personnels).

Le matériel de réception et la capacité des téléspectateurs à basculer entre les différentes plateformes ont joué un rôle majeur dans l'affaire des décodeurs numériques.

L'exposé des faits de l'affaire des décodeurs numériques est présenté dans la section précédente. Comme indiqué ci-dessus, la Commission dans sa décision du 24 janvier 2007, s'oppose à la mesure d'aide de l'Etat italien au motif qu'elle n'est pas technologiquement neutre, puisqu'elle ne s'applique pas aux décodeurs numériques satellitaires⁷⁴. En particulier, la Commission, a tenu compte du fait que cette subvention arrivait à un moment critique, où de nombreux téléspectateurs de la télévision analogique terrestre étaient confrontés à la transition vers la télévision numérique et devaient choisir entre investir dans un récepteur par satellite ou par voie terrestre⁷⁵. A cet égard, la Commission observe qu'en abaissant le coût de l'investissement dans l'équipement requis pour la télévision numérique terrestre (le décodeur), la subvention de l'Etat a clairement influencé le choix des téléspectateurs. La Commission note également que, compte tenu du coût de commutation entre les deux plateformes, cette subvention est susceptible d'avoir en plus un effet de distorsion prolongé une fois le choix effectué.

Par ailleurs, il faut ajouter que, le même jour, la Commission a adopté une autre décision dans laquelle elle déclare que l'aide italienne pour l'achat de décodeurs numériques avec une interface de programmes d'application ouverte (*Application Programming Interface* – API) est compatible avec les principes du marché commun⁷⁶. Il est intéressant de noter que contrairement à la décision susmentionnée, les subventions en cause ont été jugées « technologiquement neutres » dans la mesure

71) Arrêt du tribunal du 15 juin 2010, *Mediaset SpA contre Commission européenne*. 2010, affaire T-177/07, 2010 Rec. p. II-02341.

72) Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 juillet 2011, *Mediaset SpA contre Commission européenne*, affaire C-403/10 P, pas encore publié.

73) Décret-loi n° 259 du 1^{er} août 2003, Code des communications électroniques (*Codice delle Comunicazioni Elettroniche*), JORI n° 214 du 15 septembre 2003.

74) Décision 2007/374/CE de la Commission du 24 janvier 2007 relative à l'aide d'Etat C 52/2005 (ex NN 88/2005, ex CP 101/2004) octroyée par la République italienne sous forme de subvention à l'achat de décodeurs numériques [notifiée sous le numéro C(2006) 6634], JO L 147, 8 juin 2007, p. 1-28.

75) *Ibid.*, par. 108.

76) Décision de la Commission du 24 janvier 2007 relative à l'aide d'Etat N 270/2006 (ex NN 88/2005, ex CP 101/2004) octroyée par la République italienne sous forme de subvention à l'achat de décodeurs numériques dotés d'une interface API [référence du document C(2006) 6630], disponible sur : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/214952/214952_649641_10_1.pdf

où elles étaient accordées pour les décodeurs de toutes les plateformes numériques (terrestre, câble et satellite) à condition qu'ils soient interactifs et interopérables, c'est-à-dire qu'il s'agisse de décodeurs « ouverts », par opposition aux décodeurs « propriétaires ».

III. La diffusion (opérateurs réseaux)

1. Obligations en matière de *must-carry*

L'un des objectifs de la législation sur la radiodiffusion locale consiste à préserver et promouvoir le patrimoine culturel local et régional. A cette fin, la législation prévoit, entre autres, de réserver un tiers de la capacité globale de transmission aux radiodiffuseurs locaux⁷⁷.

En outre, les opérateurs de réseaux locaux, qui souhaitent offrir des services de transmission et de diffusion à des fournisseurs de services de médias audiovisuels à l'échelle nationale, doivent respecter les restrictions suivantes : a) la capacité de transmission offerte aux fournisseurs nationaux ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour transmettre deux programmes nationaux pour chaque multiplex ; b) la capacité de transmission ne peut pas être proposée à des fournisseurs de contenus nationaux contrôlés par des opérateurs de réseaux nationaux ou affiliés à ces derniers ; c) la capacité de transmission utilisée pour transmettre des contenus nationaux doit couvrir au moins 50 % de la population nationale (80 % après le passage au numérique)⁷⁸.

La relation entre les opérateurs de réseaux et les fournisseurs de services de médias audiovisuels est réglementée de manière détaillée dans le règlement relatif à la radiodiffusion numérique de l'AGCOM⁷⁹. Les opérateurs de réseaux nationaux détenant des droits dans au moins cinq multiplex doivent offrir 40 % de la capacité de transmission du cinquième multiplex à des fournisseurs de contenus indépendants⁸⁰. Les opérateurs de réseaux locaux doivent offrir une part de leur capacité de transmission au moins égale à deux programmes à des diffuseurs locaux n'ayant pas reçu de licence d'utilisation des radiofréquences⁸¹. A l'exception des exigences susmentionnées, la mise à disposition par les opérateurs de réseaux de capacités de transmission destinées aux fournisseurs de contenus se fait par le biais d'accords commerciaux, qui doivent être notifiés à l'AGCOM pour approbation préalable⁸².

Récemment, le décret-loi n° 34 de 2011, converti en loi n° 75 de 2011, a imposé aux titulaires d'une licence d'utilisation de fréquences d'affecter une partie de leur capacité de transmission, soit au moins l'équivalent de deux canaux, à des radiodiffuseurs locaux n'ayant pas reçu de licence d'utilisation des fréquences⁸³. L'article 27 des règles de l'AGCOM en matière de diffusion numérique spécifie que le volume minimum de la capacité de transmission à fournir est de six mégabits et que le prix de location doit être de l'ordre de 10 à 16 centimes d'euro par mégaoctet. Les titulaires de fréquences de radiodiffusion de toutes les régions italiennes doivent soumettre à l'AGCOM leurs tarifs de location des capacités de transmission. Ces tarifs sont publiés sur le site internet de l'AGCOM⁸⁴. Les radiodiffuseurs locaux qui souhaitent louer ces capacités de transmission doivent en informer l'AGCOM.

77) Article 8, par. 2 LC-SMAVR.

78) Décision de l'AGCOM 353/11/CONS, JORI du 6 juillet 2011, n° 155 (ci-après : Règlement de l'AGCOM relatif à la radiodiffusion numérique), article 18, par. 3.

79) Voir article 26 du Règlement de l'AGCOM relatif à la radiodiffusion numérique.

80) *Ibid.*, article 26, par. 1.

81) *Ibid.*, article 26, par. 2.

82) *Ibid.*, article 26, par. 3 et 4.

83) Voir article 4 du décret-loi du 31 mars 2011, n° 34, JORI du 31 mars 2011, n° 74, converti, après amendement, en loi du 26 mai 2011, n° 75, JORI du 27 mai 2011, n° 122. Cette disposition a été modifiée ultérieurement par l'article 25, par. 2, du décret-loi du 6 juillet 2011, n° 98, JORI du 6 juillet 2011, n° 155, converti, après amendement, en loi du 15 juillet 2011, n° 111, JORI du 16 juillet 2011, n° 164.

84) Voir www.agcom.it/Default.aspx?message=contenuto&DCId=384

2. Autres obligations des opérateurs réseaux en matière d'accès

Dans sa décision du 20 janvier 2011⁸⁵, l'AGCOM procède à une évaluation du « marché 18 », à savoir les services de radiodiffusion destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux⁸⁶. A cette occasion, l'AGCOM a identifié sept marchés pertinents : a) un marché national pour les services de transmission des programmes de télévision sur les réseaux hertziens; b) un marché national de services de transmission des programmes de télévision sur les réseaux hertziens selon la norme DVB-H ; c) un marché national de services de transmission de programmes radiophoniques sur les réseaux hertziens ; d) un marché national de services de transmission de programmes de radiodiffusion sur les réseaux de télécommunications fixes ; e) un marché transnational de services de radiodiffusion sur les réseaux satellitaires ; f) un marché local de services de transmission de programmes télévisuels sur les réseaux hertziens; g) un marché local de services de transmission des programmes radiophoniques sur les réseaux hertziens.

Dans la mesure où l'AGCOM a identifié d'autres marchés que ceux définis dans l'annexe de la Recommandation 2007/879/CE de la Commission, elle a vérifié si ces marchés étaient caractérisés par : a) la présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, qu'elles soient de nature structurelle (dues, par exemple, à des coûts élevés non-récupérables), légale ou réglementaire (par exemple, en raison de droits exclusifs ou de charges administratives) ; b) une structure de marché ne laissant entrevoir aucune évolution vers une situation de concurrence effective dans les délais visés ; c) l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la (ou aux) défaillance(s) du marché concerné. Considérant que ces trois critères n'étaient réunis pour aucun des sept marchés pertinents ci-dessus, l'AGCOM a décidé de ne pas imposer d'autre réglementation *ex ante*.

Toutefois, afin d'assurer la protection des nouveaux entrants et des petits concurrents, et d'empêcher les entreprises dominantes sur le marché de la radiodiffusion analogique d'acquérir un pouvoir de marché comparable sur le marché numérique, l'AGCOM a décidé de maintenir les obligations réglementaires imposées à la RAI et RTI dans la décision AGCOM n° 159/08/CONS (concernant la télévision analogique)⁸⁷ et la décision AGCOM n° 181/09/CONS (concernant la radiodiffusion numérique)⁸⁸ jusqu'à l'achèvement du processus de transition vers le numérique.

En particulier, la décision n° 159/08/CONS de l'AGCOM impose à la RAI et RTI de permettre aux radiodiffuseurs nationaux analogiques d'accéder à leurs infrastructures de radiodiffusion sur une base transparente et non discriminatoire. La RAI et RTI doivent fournir une offre dégroupée de conditions économiques et techniques pour l'accès à leurs infrastructures. La RAI et RTI sont également tenues d'adopter un système de comptabilité séparée pour leurs services de transmission des programmes de télévision analogique.

La décision n° 181/09/CONS de l'AGCOM, quant à elle, cherche à promouvoir et accélérer l'accès des nouveaux entrants sur les réseaux de diffusion numérique terrestre. Par conséquent, cette décision prévoit l'obligation pour les opérateurs en place de fournir des services de transmission à des tarifs fondés sur les coûts pendant une période de cinq ans.

85) Décision de l'AGCOM 24/11/CONS, JORI du 19 février 2011, n° 41.

86) Voir l'annexe à la Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOUE L 114 8 mai 2003, p. 45-49, par. 18.

87) Décision de l'AGCOM n° 159/08/CONS, JORI du 3 mai 2008, n° 103.

88) Voir Annexe A de la décision de l'AGCOM n° 181/09/CONS, JORI du 30 avril 2009, n° 99.



*Mark D. Cole et Jenny Metzdorf**
Université du Luxembourg

I. Services de médias audiovisuels et services auxiliaires

1. Approche adoptée à l'égard des médias de service public

La pierre angulaire du cadre juridique applicable aux services de médias audiovisuels est la loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques¹ (ci-après, la loi de 1991), modifiée en dernier lieu par la loi du 8 avril 2011. En raison de la grande variété de contenus diffusés dans différentes langues par des services de médias transfrontaliers, ainsi que de la population multilingue et du grand nombre d'étrangers vivant au Luxembourg, la demande pour la production de « vrai » contenu luxembourgeois et, par conséquent, les mesures incitant les fournisseurs de services à être actifs dans ce domaine sont plutôt limitées. Pour le secteur audiovisuel, le concept de radiodiffusion télévisuelle de service public² est, en théorie, absent de la loi sur les médias électroniques, bien que dans la pratique, des dispositions aient été prises pour garantir un contenu de service public. Pour le secteur de la télévision, la loi sur les médias électroniques prévoit que le service public est garanti dans le cadre des services de médias commerciaux : selon l'article 10(1) lit. c) - e) de la loi de 1991 (ou, respectivement, article 12(2) lit. b), lit. c), lit. e) de la loi de 1991), les services de médias commerciaux doivent favoriser la promotion de la culture et de la créativité artistique ou la transmission de programmes de nature socioculturelle. En particulier, l'article 10(2) de la loi de 1991 prévoit qu'un cahier des charges peut contenir l'obligation « soit de transmettre de brefs programmes quotidiens en langue luxembourgeoise (...) soit de rendre disponible l'émetteur pour la transmission de tels programmes ». En résumé, la législation nationale n'établit pas de distinction entre les services de médias audiovisuels publics et commerciaux.

Le groupe RTL (CLT-UFA), principal détenteur de licences de télévision au Luxembourg, s'est engagé à fournir un contenu « luxembourgeois » spécifique dans ses programmes, assumant ainsi un rôle de « radiodiffuseur de service quasi-public » visant à assurer la pluralité et la diversité de l'information.

* Le premier auteur est assistant professeur de droit (droit des nouvelles technologies de l'information, droit des médias et des communications) à l'Université du Luxembourg depuis mars 2007 ; le second auteur est son associée de recherche dans le projet concernant la Directive Services de médias audiovisuels et sa transposition dans les 27 Etats membres de l'UE. Plus d'informations sont disponibles sur : www.medialaw.lu

1) Loi du 27 juillet 1991 sur les médias électroniques, Mém. A - 47 du 30 juillet 1991, p. 972, modifiée par la loi du 2 février 2001, Mém. A - 42 du 17 avril 2001, p. 924, la loi du 19 décembre 2003, Mém. A - 189 du 31 décembre 2003, p. 3990, la loi du 8 juin 2004, Mém. A - 85 du 8 juin 2004, p. 1202, la loi du 23 avril 2008, Mém. A - 55 du 29 avril 2008, p. 760, la loi du 17 décembre 2010, Mém. A - 241 du 24 décembre 2010 et la loi du 8 avril 2011, Mém. A - 69 du 12 avril 2011 ; version consolidée de 2012. www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/compilation/code_administratif/VOL_5/PRESSE.pdf

2) Contrairement au secteur télévisuel, il existe un véritable établissement public de service de radio créé par l'article 14 de la loi de 1991. Il est aujourd'hui dénommé « Radio 100.7 » et vise à promouvoir des programmes culturels et artistiques afin de renforcer l'identité culturelle du Luxembourg, sa langue et son histoire. Disponible sur : www.100komma7.lu

Le radiodiffuseur a conclu un accord-cadre³ avec le gouvernement (prolongé pour la dernière fois en 2007 et couvrant la période allant jusqu'en 2020) prévoyant la diffusion quotidienne d'au moins un programme télévisé d'actualité à caractère général et la transmission d'informations considérées comme importantes pour la société⁴. Ce programme doit être diffusé en début de soirée en langue luxembourgeoise et compte actuellement une émission pour la jeunesse, une émission quotidienne d'informations et un magazine⁵. Ces contenus sont rediffusés plus tard dans la soirée, avec des sous-titres en français. Le programme dure actuellement deux heures, soit une demi-heure de plus que l'obligation figurant dans l'accord⁶. En outre, RTL s'engage à couvrir d'autres aspects de la vie au Luxembourg (culture, sports ou informations concernant d'autres communautés linguistiques, par exemple la communauté portugaise) ainsi que des événements référencés comme importants pour la société⁷. En contrepartie de son engagement, RTL bénéficie d'un cadre avantageux établi par le gouvernement qui lui assure des revenus suffisants et comprend l'octroi de plusieurs licences pour des programmes de télévision et de radio. En conséquence de la structure du marché luxembourgeois et de l'absence de véritable concurrent, la situation de monopole de RTL en fait un radiodiffuseur commercial « national ». Toutefois, RTL se trouve en concurrence avec un grand nombre de programmes étrangers qui réalisent des parts d'audience élevées au Luxembourg. Par conséquent, RTL perçoit les recettes publicitaires qui sont générées par le marché luxembourgeois de la radiodiffusion télévisuelle et ne sont pas investies au niveau international. En revanche, RTL ne perçoit aucun financement spécial (par exemple, sous la forme d'une redevance).

L'approche adoptée au Luxembourg montre que les acteurs du marché comme RTL assument une responsabilité particulière (dans l'accomplissement de la mission de service public en général) sur les marchés, assortie de conditions particulières ; toutefois, des obligations similaires, bien que moins étendues, peuvent être imposées aux autres fournisseurs de services. A cette fin, la loi sur les médias électroniques autorise le gouvernement à fixer certaines conditions dans le cahier des charges qui accompagne chaque licence (voir I.2. ci-dessous pour en savoir plus sur le système d'octroi de licences au Luxembourg).

2. Réglementation de l'entrée sur le marché

La loi sur les médias électroniques prévoit des procédures d'octroi de licences pour les différents types de services de radiodiffusion ainsi qu'une procédure de notification pour les services non linéaires et les services de télévision exclusivement diffusés sur internet. L'article 3(1) de la loi de 1991 exige que tous les services de radiodiffusion fonctionnent en vertu d'une licence⁸. De façon générale, il établit une distinction entre les services de télévision à rayonnement international (voir articles 8-10 de la loi de 1991) et les services de télévision destinés à un public luxembourgeois (article 12 de la loi de 1991). Il distingue également les différents modes de transmission, à savoir par satellite (articles 20, 21 de la loi de 1991), câble (articles 22, 23 de la loi de 1991), multiplex numérique (article 19bis de la loi de 1991) ou d'autres moyens (article 23bis de la loi de 1991).

Les licences de radiodiffusion sont octroyées par des décisions ministérielles prises par le ministre responsable des médias. Ce dernier est tenu de consulter la Commission indépendante de la radiodiffusion (CIR), qui conseille le gouvernement sur l'attribution des licences aux différents types de services de médias audiovisuels (voir article 12(1) de la loi de 1991). L'avis de la CIR est non contraignant. Les licences des services de médias audiovisuels sont par la suite contrôlées par d'autres organismes de réglementation compétents, principalement le Service des médias et des communications (SMC) et le Conseil national des programmes.

3) Voir l'accord-cadre entre CLT-UFA et le Gouvernement luxembourgeois, Règles de base concernant le service public, disponible sur : www.mediacom.public.lu/medias/television/concessions_programmes/concession_2007/ReglesdebaseSP.pdf

4) Voir l'accord-cadre, 3 (a), p. 4.

5) Voir aussi : www.cna.public.lu/film/television/index.html

6) Voir l'accord-cadre, 3 (a), p. 4.

7) Voir l'accord-cadre, 3 (a), p. 4.

8) Par dérogation au texte de la loi de 1991, qui utilise les termes licence, permission et concession, les rédacteurs ont recours au terme « licence » pour des raisons de lisibilité et de simplicité.

Conformément à l'article 3(2) de la loi de 1991, les licences sont concédées dans le cadre d'un appel d'offres public. Chaque licence est accompagnée d'un cahier des charges qui impose des exigences spéciales au titulaire de la licence (voir article 3(3) de la loi de 1991)⁹. Dans ce contexte, la loi sur les médias électroniques ne contient pas expressément l'obligation de tenir compte de la puissance sur le marché d'un demandeur. Elle prévoit cependant la possibilité d'utiliser le cahier des charges pour demander des informations de propriété et détailler les conditions d'extension de la licence à toutes les formes de services de médias audiovisuels pour lesquels les fournisseurs ont besoin d'une licence. Le gouvernement peut déterminer activement la structure d'une entreprise ayant une position dominante en fixant des limites à son association avec d'autres entreprises et/ou en révisant ses statuts.

Les facteurs suivants, pouvant être précisés dans le cahier des charges, sont prévus par la loi sur les médias électroniques :

- les conditions d'accès aux installations du titulaire au bénéfice de concurrents (article 10(1) lit. f), article 12(2) lit. f) de la loi de 1991) ;
- les droits de regard du gouvernement sur l'entreprise du titulaire de la licence, y compris ses actionnaires (article 10(1) lit. i), article 12(2) lit. h) ; article 20(7) lit. c) ; article 21(5) lit. f) de la loi de 1991) ;
- les droits de surveillance (article 10(1) lit. j) ; article 12(2) lit. i) ; article 20(7) lit. d) ; article 21(5) lit. g) de la loi de 1991) et
- les conditions dans lesquelles le titulaire peut associer d'autres sociétés à l'exploitation de la licence (article 10(1) lit. l.) ; article 12(2) lit. l) ; article 20(7) lit. g) ; article 21(5) lit. i) de la loi de 1991).

Le gouvernement peut ainsi effectuer une évaluation *ex ante* fondée sur certains aspects du droit de la concurrence avant de se prononcer sur l'octroi d'une licence à des services de médias linéaires¹⁰.

Certains services de médias électroniques, à savoir les services de télévision exclusivement présents sur internet qui ne sont pas diffusés par d'autres moyens (article 23*bis* de la loi de 1991) et les services de médias audiovisuels à la demande (article 23*ter* de la loi de 1991), ne sont soumis qu'à notification. La notification est également requise pour les services de médias audiovisuels en provenance de pays tiers (c'est-à-dire hors Espace économique européen) qui utilisent une liaison montante par satellite au Luxembourg ou (sous certaines conditions) une capacité satellitaire luxembourgeoise (article 23*quater* de la loi de 1991). Aux fins de cette notification, le fournisseur de services doit communiquer des informations telles que le nom et la description du service, ainsi que la date prévue de son lancement. Contrairement à la radiodiffusion télévisuelle, aucun cahier des charges n'est imposé parce que la notification est un processus à sens unique et ne suppose aucune réponse du gouvernement.

9) Voir aussi les règlements en vigueur : Règlement grand-ducal du 17 mars 1993 déterminant les modalités d'attribution des permissions pour les programmes de télévision et de télétexte diffusé et programmes y assimilés, ainsi que les règles générales gouvernant ces permissions et les cahiers de charges qui leur sont assortis, Mém. A - 28 du 13 avril 1993, page 482, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1993/0028/a028.pdf#page=4, modifié par le Règlement grand-ducal du 17 décembre 2010, Mém. A - 241 du 24 décembre 2010, page 4035, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2010/0241/a241.pdf#page=13 ;

Règlement grand-ducal du 21 janvier 1993 fixant les modalités selon lesquelles le Gouvernement accorde les concessions pour les programmes luxembourgeois par satellite, ainsi que les règles générales gouvernant ces concessions et les cahiers des charges qui leur sont assortis, Mém. A - 8 du 10 février 1993, page 153, www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1993/0008/a008.pdf#page=5, modifié par le Règlement grand-ducal du 17 décembre 2010, Mém. A - 241 du 24 décembre 2010, page 4036, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2010/0241/a241.pdf#page=14 ;

Règlement grand-ducal du 17 mars 1993 fixant les modalités selon lesquelles le Gouvernement accorde les concessions pour programmes luxembourgeois par câble, ainsi que les règles générales gouvernant ces concessions et les cahiers de charges qui leur sont assortis, Mém. A - 28 du 13 avril 1993, page 482, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/1993/0028/a028.pdf#page=4, modifié par le Règlement grand-ducal du 17 décembre 2010, Mém. A - 241 du 24 décembre 2010, page 4037, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2010/0241/a241.pdf#page=15

10) Conformément à l'article 29(1) lit. c) de la loi de 1991, les commissaires du gouvernement surveillent les activités de certains titulaires. Les commissaires du gouvernement sont ainsi informés des changements affectant l'entreprise (par exemple, des fusions prévues) ou des changements survenus sur le marché pertinent pendant toute la durée de la licence.

3. Règles anti-concentration spécifiques aux médias (règles de propriété)

En se basant sur les critères établis par l'article 1(1) lit. a) (i) de la Directive Services de médias audiovisuels (ci-après Directive SMAV)¹¹, l'article 2(14) de la loi sur les médias électroniques de 1991 définit un service de médias audiovisuels comme un « service qui relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias et dont l'objet principal est la fourniture de programmes audiovisuels dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public ou dans le but d'assurer une communication commerciale, par des réseaux de communications ». Plusieurs de ces notions, notamment celle de programme (article 2(10) de la loi de 1991) et de responsabilité éditoriale (article 2(13) de la loi de 1991), sont également définies. L'article 2(14), dernière phrase, de la loi de 1991 souligne qu'un service de médias audiovisuels, outre une communication commerciale, peut prendre la forme d'un service de télévision ou d'un service de médias audiovisuels à la demande, autrement dit de services linéaires et non linéaires selon la Directive SMAV. Les deux termes sont également expliqués à l'article 2(15) et (20) de la loi de 1991. Comme l'objectif principal de cette loi était de transposer la Directive SMAV (et auparavant la Directive « Télévision sans frontières »), elle ne comprend aucune règle spécifique applicable au contrôle de la puissance sur le marché. La loi de 1991 ignore également la question de savoir comment définir les marchés pertinents pour l'application du droit général de la concurrence.

Même s'il n'est fait aucune référence directe à la puissance sur le marché, deux points peuvent néanmoins être soulevés : tout d'abord, plusieurs définitions de l'article 2 de la loi de 1991 ainsi que d'autres dispositions (par exemple, article 9(3) concernant les services radiodiffusés luxembourgeois à rayonnement international ou article 21(4) sur les services luxembourgeois par satellite) précisent qu'afin d'obtenir une licence pour fournir un service de télévision, l'opérateur du service doit prendre la forme d'une personne morale de droit luxembourgeois. Cette obligation imposant aux entreprises d'être établies au Luxembourg exclut en soi toute autre restriction sur la propriété transnationale. Deuxièmement, aucune règle concernant la limitation de la propriété horizontale des services de télévision ne figure dans la loi de 1991 en vigueur. Toutefois, la version initiale (1991) de la loi sur les médias électroniques limitait les droits de propriété pour les programmes radio diffusés sur un réseau. Pour la radio, l'article 18(2) de la loi de 1991 (dans sa version originale) interdisait à un titulaire de posséder plusieurs licences, ainsi que de détenir une participation supérieure à 25 %, droits de vote directs et indirects inclus. Cette disposition a été abrogée par la suite.

4. Relation entre règles spécifiques aux médias et application du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence luxembourgeois ne régleme pas les fusions. En effet, ces dernières sont sanctionnées ou interdites par l'application directe du droit de l'UE en matière de fusions. Les règles générales relatives à la concurrence sont énoncées dans la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence¹² qui, toutefois, ne traite pas spécifiquement du secteur des médias. Selon son article 1, la loi d'octobre 2011 s'applique à toutes les activités de production et de distribution de produits ainsi qu'à la prestation de services, y compris aux activités des entités publiques. Comme la distribution et la transmission de services de médias tombent évidemment sous le coup de la prestation de services, la loi d'octobre 2011 est applicable à ce marché.

Le premier chapitre de cette loi énonce les dispositions matérielles permettant d'assurer une concurrence effective. La loi d'octobre 2011 interdit les pratiques concertées (article 3, à l'exception des pratiques énumérées à l'article 4) et l'abus de position dominante (article 5). Les pratiques abusives au sens de l'article 5 de la loi d'octobre 2011 sont, principalement, l'imposition de prix d'achat ou de vente non équitables, la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique, l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes et la subordination de la conclusion d'un contrat à l'acceptation par l'autre partie d'obligations supplémentaires sans lien avec l'objet du

11) Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, version codifiée, JO du 15 avril 2010, L 95, p. 1.

12) Loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence, Mém. A - 218 du 28 octobre 2011, p. 3756, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2011/0218/a218.pdf#page=2

contrat. Cette disposition de la loi luxembourgeoise sur la concurrence ressemble beaucoup à l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Comme il n'existe aucune réglementation de la puissance sur le marché spécifique aux médias, la loi d'octobre 2011 constitue le principal outil employé pour limiter le comportement sur le marché des entreprises dominantes. Toute évaluation de la puissance sur le marché de fournisseurs de services de médias sera effectuée dans ce cadre général.

La communication commerciale audiovisuelle est régie par les articles 27*bis* et 28 de la loi de 1991 et par un règlement d'application¹³. Ni les dispositions de la loi, ni le règlement n'indiquent comment définir le marché à des fins publicitaires. La majorité des recettes publicitaires revient à RTL parce qu'elle occupe une position dominante sur le marché intérieur du Luxembourg et a accepté de diffuser des contenus de service public. Dans son rôle de fournisseur de contenu de médias de service public, RTL est autorisée à diffuser, dans certaines limites et à l'exception de certains secteurs publicitaires, des publicités qui ciblent directement le public résident¹⁴. Cela renforce la position unique que RTL occupe au Luxembourg en raison de la structure du marché. En outre, l'article 34(4) de la loi de 1991 crée la Commission chargée de surveiller l'évolution du marché publicitaire, dont la mission consiste à évaluer l'incidence des nouveaux services de radio et de télévision sur les ressources publicitaires de la presse écrite. Afin de permettre à la Commission de s'acquitter de sa mission, le SMC surveille le marché de la publicité et collecte des données¹⁵. La publicité télévisée représente environ 9 % du volume total de l'investissement brut dans le marché de la publicité qui englobe la publicité dans les quotidiens et les hebdomadaires ainsi que les périodiques, les services de télévision et de radio, les affiches et les cinémas. Environ les deux tiers des investissements publicitaires sont dirigés vers différentes formes de la presse écrite. Pour assurer le développement du secteur de la presse, l'accord-cadre entre le gouvernement et RTL encourage le radiodiffuseur à collaborer avec la presse écrite¹⁶.

5. Obligations de *must-offer* et obligations d'ouvrir les archives aux concurrents

La loi de 1991 ne mentionne pas expressément les obligations d'offre (*must-offer*) ni les obligations d'ouvrir les archives aux concurrents. Pourtant, le cahier des charges de chaque titulaire de licence peut contenir des obligations pertinentes dans ce contexte :

- l'article 10(1) lit. f) et l'article 12(2) lit. f) de la loi de 1991 permettent à l'autorité de régulation compétente de préciser dans le cahier des charges les conditions selon lesquelles « le concessionnaire met ses *installations* à la disposition [d'autres] services de télévision ». Cela peut être interprété comme incluant non seulement l'utilisation de la capacité de transmission, mais aussi la mise à disposition des archives ;
- en ce qui concerne la radiodiffusion par satellite, l'article 20(7) lit. e) de la loi de 1991 dispose même que le cahier des charges peut se référer à « des contraintes de *contenu* relatives aux services de médias audiovisuels (...) diffusés » ;
- de même, l'article 10(1) lit. e) de la loi de 1991, qui concerne les services de radiodiffusion internationaux luxembourgeois, fait référence aux « conditions selon lesquelles (...) les services luxembourgeois socioculturels » sont diffusés.

Les autorités responsables de la délivrance des licences peuvent utiliser ces dispositions pour imposer des exigences de contenu telles que des obligations de *must-offer* ou de *must-carry* (de distribution) aux radiodiffuseurs puissants sur le marché. Dans la mesure où elles ne constituent pas des obligations générales, les exigences de contenu doivent être spécifiées dans chaque cas pour tout fournisseur de services de médias pertinent.

13) Règlement grand-ducal du 5 avril 2001 fixant les règles applicables en matière de publicité, de parrainage, de télé-achat et d'autopromotion dans les programmes de télévision réputés relever de la compétence du Luxembourg conformément à la directive européenne modifiée « Télévision sans frontières », Mém A - 42 du 17 avril 2001, p. 936, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2001/0042/a042.pdf#page=14, modifié par le Règlement grand-ducal du 17 décembre 2010, Mém A - 241 du 24 décembre 2010, p. 4039, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2010/0241/a241.pdf#page=2.

14) Voir l'accord-cadre entre CLT-UFA et le Gouvernement luxembourgeois, Règles de base concernant le service public, disponible sur : www.mediacom.public.lu/medias/television/concessions_programmes/concession_2007/ReglesdebaseSP.pdf, 3 (b), p. 5.

15) Voir pour les tableaux de 2010 : www.mediacom.public.lu/medias/marche_publicitaire/index.html

16) Voir l'accord-cadre, 1 (d), p. 2.

Selon l'article 1(h) de l'accord-cadre, toute personne justifiant d'un intérêt légitime a le droit d'accéder aux archives CLT-UFA qui sont conservées par le Centre national de l'audiovisuel (CNA). Le CNA est habilité, de façon générale, à archiver le patrimoine culturel, qui couvre le contenu audio, audiovisuel, cinématographique ou photographique en vertu de l'article 18 de la loi du 25 juin 2004 portant réorganisation des instituts culturels de l'Etat¹⁷. En ce qui concerne les émissions de télévision, le CNA a enregistré 16 000 films dans une base de données qui comprend également les programmes luxembourgeois¹⁸. En somme, la loi sur les médias électroniques ne contient pas d'obligations de *must-offer* générales applicables à tous les fournisseurs de services de médias. Ces obligations peuvent être imposées au cours du processus d'octroi de licence pour les services de médias linéaires.

6. Règles en matière de puissance sur le marché spécifiques aux services auxiliaires ou facilitant l'utilisation ou la réception

La loi de 1991 ne contient aucune règle explicite portant sur les services auxiliaires. L'article 2(32) de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques (loi de février 2011) définit ces services comme étant associés à un service ou réseau de communications électroniques, dont ils permettent ou soutiennent la fourniture (services associés). Dans ce contexte, l'Institut luxembourgeois de régulation (ILR), le régulateur luxembourgeois chargé des télécommunications, peut imposer des obligations aux entreprises puissantes sur le marché afin d'assurer la connectivité de bout en bout, l'interopérabilité des réseaux et des services ainsi que l'accessibilité par les utilisateurs finaux aux services de radio et télédiffusion numériques, y compris l'accès aux interfaces de programmes d'application et aux guides électroniques des programmes (Electronic Programme Guide – EPG) (article 24, loi de février 2011). Plus particulièrement, l'article 24 lit. c) de la loi de février 2011 dispose que l'ILR peut exiger des entreprises dominantes qu'elles accordent l'accès aux EPG selon des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.

Dans la même optique, les opérateurs de systèmes d'accès conditionnel à la télévision numérique doivent proposer à tous les radiodiffuseurs, selon des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, l'accès aux services techniques (comme les décodeurs) qui à leur tour permettent aux téléspectateurs de recevoir la télévision numérique. Plus précisément, l'ILR peut obliger les opérateurs à :

- proposer des services techniques sur une base équitable, raisonnable et non discriminatoire afin que les téléspectateurs autorisés puissent accéder au service par l'intermédiaire de décodeurs (article 26(2) lit. a) de la loi de février 2011) ;
- tenir une comptabilité financière distincte en ce qui concerne leur activité de fourniture de services d'accès conditionnel (article 26 (2) lit. b) de la loi de février 2011) ;
- accorder des licences aux fabricants de matériel grand public (par exemple, décodeurs) sans interdire, dissuader ou décourager l'inclusion d'une interface commune (permettant la connexion avec d'autres systèmes d'accès ou moyens spécifiques à un autre système d'accès).

En conclusion, la puissance sur le marché est réglementée par plusieurs dispositions sur les services qui permettent ou facilitent la transmission de services de médias audiovisuels. Toutefois, ces règles sont facultatives et l'autorité de régulation est libre, en prenant le marché en considération, d'imposer des obligations d'accès aux entreprises dominantes.

II. Opérateurs de plateforme et services issus de la convergence

La loi de 1991 régit le fonctionnement des plateformes distribuant du contenu de médias électroniques. L'opérateur d'un système satellitaire titulaire d'une licence a le droit de mettre ses capacités à disposition et de les attribuer. Le titulaire doit notifier au gouvernement les entités utilisant sa capacité, à savoir le bouquet de services de médias transmis et offerts (article 20(5) de la loi de 1991). Le gouvernement peut s'opposer à certains contrats en raison de l'identité et de l'adéquation

17) Loi du 25 juin 2004 portant réorganisation des instituts culturels de l'Etat, Mém A - 120 du 15 juillet 2004, p. 1797, disponible sur : www.cna.public.lu/legislation/base-legale/Loi_2004_06_25.pdf

18) Voir la page web du Centre National de l'Audiovisuel sur : www.cna.public.lu/fr/fonds-archives-film-tv/index.html

des utilisateurs de la capacité. En outre, le titulaire d'une licence de satellite est lié par un cahier des charges que le gouvernement peut imposer (article 20(7) de la loi de 1991).

En ce qui concerne les réseaux câblés, réglementés, de façon générale, par la loi de février 2011, la loi de 1991 détaille d'autres dispositions spécifiques. Selon l'article 22(4) et (5) de la loi de 1991, le réseau ne peut transmettre que des services de télévision ou de radio qui sont titulaires d'une licence luxembourgeoise ou, dans le cas de services étrangers, ne sont pas explicitement interdits. En outre, les régulateurs pourraient adopter un règlement demandant que la transmission de certains services luxembourgeois soit une priorité. Actuellement, un tel règlement n'existe pas ; toutefois, un règlement d'exécution pour les services par câble prévoit des conditions susceptibles d'être incluses au cahier des charges accompagnant le contrat de licence et utilisées aux mêmes fins¹⁹.

En outre, la loi de février 2011 prévoit des mesures pour lutter contre le regroupement de services par des opérateurs puissants sur le marché. Selon l'article 29 de la loi de février 2011, l'ILR peut exiger que les entreprises dominantes publient les conditions de (certains éléments de) l'accès dégroupé à leurs services (appelées « offre de référence »). Les opérateurs doivent proposer leurs services de manière à garantir que des tiers ne doivent pas payer pour des services ou des ressources inutiles ou non pertinents pour le service initial. Ils doivent indiquer les conditions et les prix des différentes composantes de leurs services. L'article 29(2) de la loi de février 2011 énumère les éléments que l'offre de référence doit inclure, y compris l'accès dégroupé à la boucle locale et des informations sur certains transporteurs et autres modalités techniques pertinentes. L'ILR a, par exemple, publié plusieurs mesures qui identifient l'Entreprise des Postes et Télécommunications du Luxembourg (ci-après P&T) comme l'opérateur historique et détaillent le contenu et la forme des offres de référence concernant en particulier l'accès dégroupé, la colocation ou le DSL²⁰.

De même, conformément à l'article 32 lit. a) de la loi de février 2011, l'ILR peut obliger les entreprises dominantes à ouvrir l'accès à la boucle locale et à permettre l'utilisation d'installations de réseau spécifiques, y compris des éléments dégroupés. Cette obligation peut inclure l'octroi d'un accès à des interfaces techniques, protocoles ou autres technologies importantes pour l'interopérabilité des services ou des réseaux (voir article 32 lit. e) de la loi de février 2011). Dans l'intérêt des utilisateurs finaux, l'interopérabilité des services doit être garantie (article 32 lit. g) de la loi de février 2011) et la connectivité de bout en bout atteinte. En résumé, l'ILR a un pouvoir discrétionnaire bien défini pour restreindre les choix commerciaux des fournisseurs de produits groupés en fonction des réalités du marché.

III. Distribution (opérateurs de réseau)

Le marché luxembourgeois des télécommunications est structuré comme le secteur des services de médias audiovisuels. Il compte quelques acteurs, dont certains sont puissants sur le marché. L'acteur principal est P&T, entité de nature privée entièrement contrôlée par l'Etat. P&T propose des services postaux et de télécommunications. Depuis 2008, elle offre un service en ligne de vidéo à la demande et, comme service associé, un EPG. En outre, elle propose plusieurs bouquets de services de télévision et de chaînes de télévision payantes telles que Sky (y compris des radiodiffusions en 3D)²¹. La pénétration de P&T sur le marché des services de médias audiovisuels est particulièrement importante à la lumière des règles en matière d'intégration verticale.

19) Règlement grand-ducal du 17 mars 1993, modifié par le Règlement grand-ducal du 17 décembre 2010.

20) Voir Règlement 08/128/ILR du 11 avril 2008 portant approbation de l'offre de dégroupage de l'accès à la boucle locale RUO (Reference Unbundling Offer) et de l'offre de colocation RCO (Reference Colocation Offer) de l'Entreprise des Postes et Télécommunications pour les années 2007 et 2008, Mém A - 171 du 5 août 2008, p. 1798, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2008/0117/a117.pdf#page=2 ; Règlement 08/133/ILR du 18 juillet 2008, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2008/0121/a121.pdf#page=2 ; Règlement 09/143/ILR du 23 juillet 2009 portant approbation de l'offre de référence d'interconnexion RIO (Reference Interconnection Offer) de l'Entreprise des Postes et Télécommunications pour l'année 2007, Mém. A - 178 du 10 août 2009, p. 2577, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2009/0178/a178.pdf#page=3 . Voir aussi la Décision 11/156/ILR du 29 juillet 2011 portant approbation des offres de référence de l'accès à un débit binaire RDSL0 (Reference DSL Offer) et ORATH (Offre de référence Accès Très Hauts Débits sur FTTH) de l'Entreprise des postes et télécommunications, disponible sur : www.ilr.public.lu/communications_electroniques/decisions/2011/E11156ILR.pdf

21) Pour l'offre de services de vidéo à la demande, voir : www.tele.lu/fre/Catalog ; pour l'EPG « Guide TV », voir : [www.tele.lu/fre/EPG/German-I/\(day\)/0](http://www.tele.lu/fre/EPG/German-I/(day)/0) et pour différents bouquets Sky, voir : www.tele.lu/fre/Service

La loi de février 2011 contient des règles pertinentes pour les opérateurs de réseau et met en œuvre différents aspects du Paquet Télécom de 2002 de l'UE, modifié en 2009²². Elle vise à établir un environnement concurrentiel pour le secteur des télécommunications en réglementant l'accès aux services et les interconnexions entre les réseaux au bénéfice du consommateur final (voir article 1 de la loi de février 2011). Les services de communications électroniques doivent être déclarés (article 8 de la loi de février 2011) et ces notifications sont publiées sur le site web de l'autorité de régulation compétente, à savoir l'ILR (voir articles 8, 9 de la loi de février 2011).

Une entreprise puissante sur le marché équivaut à une entreprise ayant une position dominante (article 2(13), de la loi de février 2011). La notion de position dominante implique que cette entreprise peut exercer ses activités indépendamment des concurrents, clients et consommateurs. En outre, l'article 2(13) de la loi de février 2011 reconnaît la possibilité pour l'entreprise d'utiliser sur un marché, par effet de levier, la puissance qu'elle détient sur un autre marché et d'ainsi renforcer sa position globale.

Conformément à la Recommandation de 2007 de la Commission européenne²³, l'ILR procède à des évaluations du marché pour identifier les opérateurs soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la Directive 2002/21/CE²⁴ (voir article 17 de la loi de février 2011)²⁵. Afin de déterminer si un marché est caractérisé par une concurrence effective et si une ou plusieurs entreprises (position dominante collective) sont puissantes sur le marché, l'ILR prend en compte, entre autres, les critères suivants énoncés à l'article 19(2) de la loi de février 2011 :

- faible élasticité de la demande ;
- parts de marché similaires des sociétés concernées ;
- importantes barrières juridiques ou économiques à l'entrée ;
- intégration verticale avec refus collectif d'approvisionnement ;
- absence de contre-pouvoir des acheteurs et
- absence de concurrence potentielle.

Si l'ILR constate qu'une entreprise est dominante sur le marché concerné, il peut, en vertu de l'article 20 de la loi de février 2011, lui imposer des obligations ou maintenir ou modifier les obligations qu'il a formulées à la suite d'analyses de marché antérieures.

L'ILR, dans sa décision de 1999, a fixé des critères pour évaluer l'importance d'un acteur du marché sur un marché donné²⁶. A l'époque, le fondement de cette décision était l'article 21 de la loi du 21 mars 1997 sur les télécommunications, laquelle a, entre-temps, été remplacée par la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques²⁷, mais les critères restent néanmoins valables. Une entreprise est réputée être puissante sur un marché si elle y détient au moins 25 % de part de marché. Le pourcentage est calculé sur la base du chiffre d'affaires de l'opérateur concerné, évalué par rapport au chiffre d'affaires total du marché pertinent. L'ILR a précisé que l'utilisation du critère n'est pas absolue mais permet une certaine marge d'appréciation. Dans sa décision, l'ILR a également identifié quatre marchés pertinents du marché des télécommunications : le marché des réseaux de télécommunications publics fixes et/ou les services de téléphonie vocale, le marché des

22) Pour un aperçu des instruments juridiques adoptés au niveau de l'Union européenne, voir :

http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/legislative_framework/index_fr.htm

23) Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* au titre de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO du 28 décembre 2007, L 344, p. 65.

24) Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (« directive cadre »), JO du 24 avril 2002, L 108, p. 33, modifiée par la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les Directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, JO du 18 décembre 2009, L 337, p.37.

25) Pour les analyses de marché de l'ILR en cours dans le domaine des communications électroniques, voir :

www.ilr.public.lu/communications_electroniques/analysedesmarches/index.html

26) Voir la Décision 99/32/ILT du 17 décembre 1999, Critères permettant d'apprécier l'importance sur le marché d'un opérateur déterminé. La décision est disponible sur : www.ilr.public.lu/communications_electroniques/decisions/1999/9932.pdf

27) Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques, Mém. A – 43 du 8 mars 2011, p. 610, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2011/0043/a043.pdf#page=2

connexions fixes (lignes louées), le marché des réseaux et services de téléphonie mobile, et le marché de l'interconnexion.

En 2002, Tele2 a contesté les prix des services d'interconnexion de P&T. L'ILR a constaté que les prix pratiqués par P&T étaient trop élevés par rapport aux prix « déraisonnablement et irrationnellement bas » que les utilisateurs finaux devaient payer²⁸. L'ILR a donc ordonné à P&T de mettre fin à la pratique du prix prédateur et de baisser les prix de ses services d'interconnexion.

Afin de garantir le respect des obligations de transparence et de non-discrimination, l'ILR peut imposer des obligations supplémentaires aux entreprises verticalement intégrées. Tout d'abord, il peut obliger l'entreprise à rendre plus transparents ses prix de gros et ses prix de transfert interne, ce qui implique la séparation comptable en vue de prévenir les subventions croisées (articles 28(1) lit. c), 31 de la loi de février 2011). Deuxièmement, et en dernier recours, l'ILR peut demander à la société de confier ses activités de fourniture en gros des produits d'accès concernés à une entité économique fonctionnellement indépendante s'il juge que la concurrence effective ne peut être garantie que par ce type de séparation fonctionnelle (article 34(1)). Cette entité économique doit fournir à toutes les entreprises des produits et services d'accès, selon des conditions identiques.

Si un fournisseur de services de médias au Luxembourg exploitait également un réseau de communications électroniques, l'ILR pourrait demander (en vertu de la loi de février 2011) la transparence de ses comptes. Cette mesure vise à éviter les transferts de subventions de l'activité des services de médias audiovisuels à l'activité d'exploitation de réseau. A titre exceptionnel, un acteur du marché intégré verticalement puissant sur le marché peut même être invité à « externaliser » l'exploitation du réseau. La loi de février 2011 s'applique donc aux fournisseurs de services de médias par l'intermédiaire de l'intégration verticale.

Bien que le principe de la neutralité du réseau n'ait pas encore été inscrit dans la législation luxembourgeoise, un débat a eu lieu fin 2011 au sein de la Chambre des députés (le Parlement du Luxembourg)²⁹ sur la question de savoir si et comment cela pourrait être fait ; les discussions se poursuivent. Jusqu'à présent, le Parlement semble généralement être en faveur de la préservation de la neutralité du réseau, ce qui implique l'interdiction de la discrimination à l'égard de la source, de la destination et du contenu des paquets de données au niveau de la transmission³⁰. Le Parlement est d'avis que la neutralité du réseau offre différentes possibilités telles que la garantie de l'innovation économique et de la participation de l'individu à la vie sociale, ainsi que du pluralisme de l'information, et qu'il permet ainsi de renforcer le droit à l'information³¹. Le Parlement note également que le principe de la neutralité du réseau n'est pas absolu, des exceptions devant être clairement définies par la loi et contrôlées par le régulateur³². L'initiative du Parlement eu égard au statut juridique de la neutralité du réseau prend en compte la communication de la Commission européenne de janvier 2012³³. Le Parlement invite le gouvernement à rédiger un rapport (dont il a proposé et publié la structure)³⁴ sur l'état actuel du droit et sur la possibilité d'inclure la neutralité du réseau dans la législation nationale. Ceci suggère que le Luxembourg est conscient de l'importance du principe de la neutralité du réseau et attend les lignes directrices de la Commission européenne (qui a expressément déconseillé aux Etats membres de prendre des mesures unilatérales).

28) Voir la Décision 02/56/ILR du 27 septembre 2002, Règlement des différends entre TELE2 S.A. et l'Entreprise des postes et télécommunications, disponible sur : www.ilr.public.lu/communications_electroniques/decisions/2002/0256.pdf, p. 6.

29) Débat d'orientation sur la neutralité d'Internet (6380), Rapporteur : Eugène Berger, 16 février 2012, disponible sur : www.chd.lu/wps/PA_1_084AIVIMRA06I432D01000000/FTSShowAttachment?mime=application%2fpdf&id=1132660&fn=1132660.pdf

30) Motion du 17 novembre 2011, Garantir le principe de la neutralité de l'internet par la loi, Interpellation principe de neutralité de réseau internet. Déposé par Claude Adam, disponible sur : www.chd.lu/wps/PA_1_084AIVIMRA06I432D01000000/FTSShowAttachment?mime=application%2fpdf&id=1114557&fn=1114557.pdf

31) Voir Motion de Claude Adam du 17 novembre 2011.

32) Voir Motion de Claude Adam du 17 novembre 2011.

33) Communication de la Commission du 11 janvier 2012 au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions, Un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne, COM(2011) 942 final, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0942:FIN:FR:PDF>

34) Voir l'annexe au débat du 16 février 2012, p. 6 et suivantes.

Enfin, il peut être utile de noter les aspects réglementaires supplémentaires suivants. Comme susmentionné, l'ILR est en charge, de manière indépendante, de la réglementation des services et réseaux de communications électroniques. A cette fin, il collabore, entre autres, avec l'autorité de régulation nationale responsable des questions de droit de la concurrence (le Conseil de la concurrence) et avec l'organisme de régulation chargé de la protection des consommateurs³⁵ (voir article 76(1) de la loi de février 2011). Avant de pouvoir adopter des mesures en vertu du titre IV de la loi de février 2011, qui affectent essentiellement le marché pertinent, l'ILR doit demander l'accord du Conseil de la concurrence (voir article 76(2) de la loi de février 2011). En outre, l'opérateur concerné peut soumettre son avis sur la mesure proposée par l'ILR (article 78, loi de février 2011). Si le Conseil de la concurrence s'oppose à la mesure envisagée pour des motifs de droit de la concurrence, l'ILR doit y renoncer (voir troisième phrase de l'article 76(2) de la loi de février 2011). Si l'ILR procède à l'adoption de la mesure, l'opérateur peut introduire un recours en annulation devant le tribunal administratif (voir articles 6 et 81(5) de la loi de février 2011). Ces aspects soulignent les interconnexions entre le cadre réglementaire relatif aux réseaux et services de communications électroniques et l'application du droit de la concurrence.

35) Pour l'autorité nationale compétente chargée de la protection des consommateurs voir : Loi du 23 avril 2008 relative à la recherche et à la sanction des violations des droits des consommateurs , Mém A - 55 du 29 avril 2008, p. 759, disponible sur : www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2008/0055/a055.pdf#page=2



*Nico van Eijk*¹
IViR, Université d'Amsterdam

I. Services de médias audiovisuels et services de médias auxiliaires

1. L'approche des médias de service public

La loi néerlandaise sur les médias de 2008 est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2009, se substituant à la loi sur les médias de 1987². La loi sur les médias de 2008 régit l'organisation, le financement et les activités des organismes publics de radiodiffusion aux Pays-Bas. Elle définit également les exigences de base pour les radiodiffuseurs commerciaux. Elle est complétée par un décret sur les médias³. Ce décret établit des règles plus détaillées concernant les tâches des radiodiffuseurs publics, les restrictions en matière de publicité et de parrainage, le sous-titrage et la diffusion d'événements spéciaux.

Le système néerlandais de radiodiffusion publique nationale est basé sur une licence exclusive accordée à la *Nederlandse Publieke Omroep* (radiodiffusion publique néerlandaise – NPO). Des organisations associatives d'adhérents (privées, mais à but non lucratif, appelées « *omroepverenigingen* », ci-après: « associations » ou « associations de radiodiffusion »), représentant des groupes spécifiques de la société, disposent d'un certain temps d'antenne dans le cadre de cette licence. Par ailleurs, deux autres grands organismes – non associatifs, mais créés par la loi sur les médias –, la *Nederlandse Omroep Stichting* (NOS, sport et actualité) et la NTR (spécialisée dans l'information, l'éducation et la culture)⁴, sont chargés de la radiodiffusion publique nationale.

Par ailleurs, un temps d'antenne est également attribué aux radiodiffuseurs publics régionaux et locaux. Les Pays-Bas disposent d'un système bien établi d'organismes publics de radiodiffusion régionaux et locaux (la radiodiffusion régionale fonctionne au niveau des provinces, tandis que la radiodiffusion locale est au niveau des municipalités). Sur demande, le *Commissariaat voor de Media* (Autorité néerlandaise des médias) peut octroyer du temps de diffusion régionale ou locale pour une période de cinq ans.

L'Autorité néerlandaise des médias est le superviseur indépendant de la loi sur les médias. Conformément au chapitre 7 de la loi sur les médias, l'Autorité des médias est chargée, entre autres, de la distribution des fonds, de la préservation d'un environnement concurrentiel des médias (pluralisme des médias) et de l'application de la réglementation spécifique, par exemple en matière de publicité, de parrainage, de téléachat et de placement de produit.

1) Professeur de droit des médias et télécommunications à l'Institut du droit de l'information (IViR, Université d'Amsterdam). L'auteur adresse ses remerciements à Nick Kruijsen pour ses travaux préliminaires ainsi qu'à Tarlach McGonagle et Catherine Jasserand-Breeman pour leurs critiques et commentaires.

2) Mediawet 2008, Stb. 2008, 583, dernière version Stb. 2012, 319.

3) Mediabesluit 2008, Stcrt. 2008, 584, dernière version Stb. 2010, 742.

4) La NTR est issue de la fusion de trois radiodiffuseurs publics : NPS, Teleac et RVU.

Le financement

Le financement du secteur néerlandais de la radiodiffusion publique nationale dépend de plusieurs types de ressources. La principale source de financement est constituée par une contribution annuelle de l'Etat, appelée *Rijksmidiabijdrage*. Cette contribution se compose de deux éléments principaux : un montant fixe prélevé sur le budget global, défini dans la loi sur les médias, et les recettes publicitaires des chaînes publiques (encadrées par des règles plus strictes que les règles de publicité et de parrainage applicables aux radiodiffuseurs commerciaux). Outre cette contribution annuelle, les radiodiffuseurs publics perçoivent des subventions de *Mediafonds* (un fonds indépendant de promotion du développement et de la production de programmes de haute qualité artistique)⁵. Les fonds accordés par *Mediafonds* sont considérés comme une aide d'Etat, mais cette mesure a été approuvée par la Commission européenne⁶. En outre, les radiodiffuseurs publics reçoivent des subventions *ad hoc* depuis 1994. Néanmoins, ces contributions ont été qualifiées d'aides d'Etat non conformes par la Commission européenne dans sa décision du 22 juin 2006 sur le financement *ad hoc* des radiodiffuseurs publics néerlandais⁷. La Cour européenne de justice a confirmé les décisions de la Commission européenne relatives aux aides d'Etat et, par conséquent, le Gouvernement néerlandais a mis fin à cette pratique⁸. Une autre source de revenus des radiodiffuseurs publics provient de l'autofinancement. Ce type de financement recouvre les abonnements de ses adhérents, les formes de parrainage autorisées, la publication d'un guide des programmes et les droits de propriété intellectuelle.

En ce qui concerne la radiodiffusion publique régionale, chaque province doit financer au moins une chaîne régionale en prenant en charge les coûts directement liés à ses activités (article 2.170 de la loi sur les médias). Les provinces reçoivent à cet effet une subvention dans le cadre du budget national global. Le financement minimum de la radiodiffusion locale est basé sur les contributions annuelles au budget général des municipalités, budget qui est lui-même basé sur le nombre de ménages dans chaque municipalité. En outre, les organismes de radiodiffusion régionaux et locaux sont autorisés à diffuser de la publicité (même si des règles strictes en la matière s'appliquent à l'ensemble de la radiodiffusion publique) et peuvent avoir recours au même type d'autofinancement que les radiodiffuseurs publics nationaux.

2. Régulation de l'accès au marché

Le principal outil de régulation de l'accès au marché réside dans l'octroi de la concession de radiodiffusion publique et des licences publiques/commerciales prévues par la loi sur les médias de 2008.

La NPO fonctionne avec une concession accordée par le Gouvernement néerlandais (chapitre 2 de la loi sur les médias) pour une période de dix ans. Tous les autres opérateurs – les associations de radiodiffusion – reçoivent une licence valide pendant cinq ans. L'obtention d'une licence, son renouvellement et sa prolongation sont soumis à un système de candidature très strict. La concession et les licences sont accordées par le gouvernement. Une part de ce processus comprend l'évaluation des activités envisagées, telles que les activités liées à internet, les chaînes thématiques et la télévision de rattrapage. Les choix proposés au cours de la dernière procédure d'attribution de la concession, approuvés par le ministre, ont été contestés devant les tribunaux par des éditeurs et des radiodiffuseurs commerciaux. La justice a confirmé les choix retenus, en particulier concernant le nombre et le type de chaînes thématiques.

Les licences des radiodiffuseurs publics régionaux et locaux sont attribuées par l'Autorité des médias.

5) www.mediafonds.nl/english

6) Décision de la Commission européenne NN 32/91.

7) Décision de la Commission européenne C 2/2004.

8) Jugement du tribunal général (1^{re} chambre, composition élargie) du 16 décembre 2010, Royaume des Pays-Bas (T-231/06) et *Nederlandse Omroep Stichting (NOS)* (T-237/06) contre la Commission européenne ; Procédure d'appel devant la Cour de justice C-104/11 P.

Les radiodiffuseurs commerciaux sont soumis à un régime de licence d'une validité de cinq ans (chapitre 3 de la loi sur les médias) qui s'avère beaucoup plus léger (essentiellement basé sur les normes minimales de la Directive européenne Services de médias audiovisuels). L'autorité des médias est chargée de l'homologation des radiodiffuseurs commerciaux. Il n'existe aucune restriction. Le fait que l'organisme demandeur possède d'autres médias (à l'exception de la radio FM, voir ci-dessous) n'est pas pris en considération, pas plus que le niveau de ses parts de marché. Par ailleurs, le régime de licence s'applique uniquement à la télévision linéaire traditionnelle. Les services non linéaires sont simplement soumis à un régime de déclaration, géré par l'Autorité des médias⁹.

La loi sur les médias contient des dispositions spéciales concernant la propriété des stations de radio FM. L'article 6.24 dispose qu'une seule et même station ne peut utiliser plus d'une fréquence ou combinaison de fréquences FM pour transmettre ses programmes de radio. Le cas échéant, des exceptions concernant certaines catégories d'espaces de fréquence, composées de fréquences ou de combinaisons de fréquences FM, sont prévues afin de favoriser une utilisation plus rationnelle de l'espace des fréquences.

Cependant, la question des modalités d'accès est plus complexe. Les titulaires de licence (linéaire) ou prestataires de services soumis à déclaration (non-linéaires) n'ont pas automatiquement droit à la diffusion. Ce point sera discuté au chapitre III du présent rapport.

3. Règles encadrant la concentration des médias

Jusqu'en 2010, la « loi temporaire sur la concentration des médias » encadrait la propriété des médias¹⁰. La radiodiffusion publique n'était pas concernée par cette loi, n'étant pas autorisée à exercer une activité commerciale. La loi définissait trois marchés distincts (journaux, radio et télévision) et limitait les participations croisées dans les médias en appliquant des seuils spécifiques. Une entreprise pouvait détenir au maximum 90 % (sur un total de 300 %) des parts, avec quelques restrictions spécifiques prévoyant une part de marché maximale de 35 % pour les journaux nationaux. Dans un premier temps, la loi temporaire sur la concentration des médias avait été prorogée jusqu'en janvier 2012, mais elle a finalement été abrogée en janvier 2011, la loi générale sur la concurrence ayant été jugée suffisante¹¹.

A la demande du Gouvernement néerlandais, l'Autorité des médias procède à l'évaluation de la diversité des médias. En 2001, l'Autorité des médias néerlandaise a mis en place le système Mediamonitor afin de suivre de près les conséquences éventuelles d'une concentration des médias. L'Autorité publie des rapports annuels qui sont disponibles sur internet¹².

4. Le droit de la concurrence

Le contrôle de la propriété des médias aux Pays-Bas ne repose donc pas sur la mise en place de barrières d'accès au secteur de la télévision et de la radio par le biais de licences ou d'une réglementation *ex-ante* spécifique.

Néanmoins, les règles générales énoncées dans la *Mededingingswet* (loi sur la concurrence)¹³ s'appliquent au secteur des médias. Le contrôle de ces règles incombe exclusivement à la *Nederlandse Mededingingsautoriteit* (Autorité néerlandaise de la concurrence – NMa). La NMa procède à des examens pour établir si une entreprise abuse d'une position dominante ou participe à une entente anticoncurrentielle. Elle étudie également les projets de fusion pour déterminer s'ils risquent de favoriser l'émergence d'une position dominante.

9) Voir : www.cvdn.nl/content.jsp?objectid=7264

10) *Tijdelijke Wet Mediaconcentraties*, Stb 2007, 204. Elle était considérée « temporaire » car la procédure d'examen et la poursuite des débats politiques devaient permettre de déterminer la nécessité et la nature d'une éventuelle solution plus durable.

11) Stb. 2010, 835.

12) Voir www.mediamonitor.nl. Le rapport 2010 est disponible en anglais.

13) Stb. 1997, 242, dernière version Stb. 2011, 162.

Bien que les interventions de l'Autorité de la concurrence dans le secteur des médias soient rares et que les quelques cas survenus concernent principalement des fusions impliquant uniquement des journaux, une affaire récente¹⁴ portait sur la vente de la troisième grande entreprise de radiodiffusion, la division néerlandaise de SBS Broadcasting, à la maison d'édition Sanoma et au groupe de médias Talpa. L'Autorité de la concurrence a approuvé cette acquisition sous réserve que Talpa vende sa participation minoritaire au sein du radiodiffuseur RTL Pays-Bas dans un délai de trois ans, et que, d'ici là, il transfère ses actions RTL Pays-Bas dans une fondation indépendante. L'Autorité de la concurrence entend ainsi empêcher Talpa d'exercer une influence significative sur les stratégies de SBS et de RTL, et partant, de bénéficier potentiellement d'un avantage concurrentiel¹⁵.

Talpa a revendu sa participation dans RTL aux actionnaires de RTL et acquis en contrepartie la station de radio commerciale la plus populaire, Radio 538.

5. Obligations d'offre (*must-offer*)

La mission des radiodiffuseurs publics est définie à l'article 2.1 de la loi sur les médias. Elle comprend l'obligation de diffuser les programmes publics nationaux, régionaux et locaux via des émetteurs à tous les ménages dans la zone de service correspondante, sans frais supplémentaires hormis les coûts liés à l'équipement requis pour la réception. Seule la diffusion initiale est réglementée. En tant que tels, les radiodiffuseurs publics ne sont pas tenus de fournir leurs programmes aux opérateurs de câble ou de satellite. La loi sur les médias réglemente également le nombre de chaînes disponibles pour la radiodiffusion publique (par exemple en prévoyant un minimum de trois chaînes télévisées et cinq stations de radio au niveau national).

Les radiodiffuseurs publics nationaux sont tenus d'acquérir les droits d'utilisation requis pour pouvoir disposer de leurs contenus aux fins de la diffusion, de la réutilisation et de la mise à disposition sur les différents canaux (article 2.55 de la loi sur les médias). Cette règle est supervisée par le conseil d'administration de la NPO.

Les archives des radiodiffuseurs publics sont conservées au *Nederlands Instituut voor Beeld en Geluid* (Institut néerlandais de l'audiovisuel). L'Institut peut mettre certains contenus à la disposition de tiers dans le cadre d'accords contractuels¹⁶.

Les radiodiffuseurs commerciaux n'ont aucune obligation de proposer ou de mettre à disposition leurs archives.

6. Services auxiliaires facilitant l'utilisation et la réception

Les Pays-Bas ont mis en œuvre le règlement européen sur les guides électroniques de programmes (EPG), les interfaces de programmes d'application (API) et l'accès conditionnel (CA)¹⁷. Ces règles sont reprises au chapitre 8 de la *Telecommunicatiewet* (loi sur les télécommunications)¹⁸. Toutes ces dispositions – en offrant la possibilité d'un accès régulé – sont restées jusqu'à présent à l'état de « veille » : il n'existe aucune directive spécifique concernant les modalités d'application et aucun litige n'a été porté devant l'instance de régulation compétente, l'*Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit* (autorité indépendante des postes et télécommunications – OPTA).

14) C'est en fait la seule affaire significative de ces dix dernières années.

15) NMa, communiqué de presse du 21 juillet 2011 (anglais). Affaire n° 7185, décision (en néerlandais): www.nma.nl/images/7185BCM22-191784.pdf

16) Pour en savoir plus, notamment sur les conditions des licences : www.dutchfootage.com/

17) Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2002a), Directive 2002/19/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès ») JOCE L 108, 24 avril 2002 ; modifiée par la Directive du Parlement européen et Conseil de l'Union européenne 2009/140/CE du 25 novembre 2009 (directive « mieux légiférer »), JOCE L 337, 18 décembre 2009.

18) Stb. 1998, 318, dernière version Stb. 2012, 235.

II. Les opérateurs de plateformes et les services convergents

Aux termes de la loi actuelle sur les médias, le statut des prestataires de services convergents vis-à-vis des opérateurs de plateformes reste flou. La loi ne contient aucune disposition traitant spécifiquement des services convergents en tant que tels. Ainsi, l'interactivité est considérée essentiellement comme un aspect relevant de la loi sur les télécommunications. Par conséquent, le flou subsiste quant à savoir si les fournisseurs de plateformes, tels que les câblo-opérateurs, sont soumis à l'obligation d'offrir l'activation de dispositifs de « bouton rouge »¹⁹ aux fournisseurs de programmes qui relèvent des obligations actuelles en matière de distribution ou *must-carry* (voir chapitre III). Il n'existe aucune directive à cet égard, ni aucune affaire pertinente ayant donné lieu à une décision de l'Autorité des médias ou de l'instance de régulation des télécommunications.

Dans le cadre de la récente révision de la loi sur les télécommunications, une nouvelle disposition (article 7.4a) a été introduite concernant la neutralité du Net. Les fournisseurs d'accès à internet doivent proposer leurs services de façon non discriminatoire ; ils ne peuvent ni bloquer des services, ni les diffuser en fonction des compensations financières des fournisseurs de services concernés (tels que Skype ou WhatsApp)²⁰.

III. La diffusion

La radiodiffusion terrestre analogique

La radiodiffusion terrestre analogique pour la télévision n'existe plus aux Pays-Bas depuis le passage au numérique qui a eu lieu le 11 décembre 2006. Cependant, le système analogique reste très répandu pour la radio (en particulier la FM).

Les radiodiffuseurs publics (nationaux, régionaux et locaux) ont un droit préférentiel concernant les fréquences. Ce droit est régi par la loi sur les télécommunications (article 3.3) et il est directement lié aux obligations définies par la loi sur les médias (voir I. 2). Ainsi, certaines fréquences sont réservées pour ces services avant d'allouer les fréquences restantes aux radiodiffuseurs commerciaux.

D'autre part, les opérateurs commerciaux agréés par l'Autorité des médias n'obtiennent qu'une simple autorisation d'exploiter une station de radio. Ils doivent se charger d'assurer leurs propres moyens de diffusion. Pour obtenir des fréquences FM hertziennes traditionnelles, le *Frequentiebesluit* (décret sur les fréquences)²¹ établit, en se fondant sur la loi sur les télécommunications, que les fréquences destinées à la radiodiffusion commerciale sont attribuées sur la base d'un concours de beauté, mais que les candidats peuvent, en outre, faire une offre financière. Par ailleurs, les règles précisent que seule est autorisée la combinaison d'une station FM nationale généraliste (sans restriction de format) et d'une station FM nationale thématique (par exemple, musique en langue néerlandaise, actualité, vieux succès, musique classique/jazz). Les règles comportent également certaines restrictions relatives au cumul de fréquences régionales et locales par les radiodiffuseurs commerciaux (notamment l'interdiction de combiner des licences FM nationales et non nationales FM, et l'application d'un plafond sur la base de l'audience cumulée). Il convient de noter que, en raison du modèle choisi de planification des fréquences, les licences FM privées nationales sont majoritaires, tandis que la radio commerciale régionale et locale a relativement peu d'importance.

La radiodiffusion numérique terrestre

Conformément au principe général de priorité énoncé dans la loi sur les télécommunications, le système de radiodiffusion publique nationale détient des licences spécifiques pour la diffusion des programmes numériques terrestres (DAB-T pour la radio et DVB-T pour la télévision). Pour le marché

19) Ces types de services permettent au téléspectateur de réagir en direct à un programme, par exemple en achetant les services ou les produits mentionnés dans une émission ou en accédant à des informations contextuelles.

20) Voir : N.A.N.M. van Eijk, *La neutralité du Net et les services audiovisuels*, dans IRIS plus, 2011-5. Pourquoi débattre de la neutralité du Net ? (Susanne Nikoltchev (Ed.) Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2011), point 4.1.

21) Stb. 1998, 638, dernière version Stb. 2012, 352.

commercial, des licences DAB-T ont été accordées aux mêmes stations de radio qui détiennent des licences FM avec une obligation de diffusion simultanée pour que les programmes soient disponibles sur les canaux numériques.

Une licence nationale DVB-T a été accordée à une entreprise qui opère aujourd'hui sous le nom de Digitenne (détenue par KPN, ex-monopole des télécoms). Digitenne exploite également les chaînes DVB-T des radiodiffuseurs publics dans le cadre d'un contrat, mais elle est libre de décider des chaînes proposées en fonction des négociations commerciales avec les fournisseurs de contenus. Cela signifie que les chaînes commerciales transmises par le biais de cette plateforme DVB-T sont le résultat de négociations commerciales.

Les réseaux câblés

La télévision par câble reste le moyen le plus répandu de regarder la télévision aux Pays-Bas, même si l'IPTV connaît un essor important. Cependant, ni la télévision par câble, ni l'IPTV ne sont considérés comme ayant une position dominante, telle que définie par le cadre européen des télécommunications²². En raison de cette absence de position dominante, il n'existe pas de restrictions découlant du cadre européen – telles que les obligations d'accès ou le contrôle des prix. Par le passé, les câblo-opérateurs, qui occupaient une position dominante, ont été obligés d'ouvrir l'accès aux fournisseurs de programmes sur une base non discriminatoire et en appliquant un modèle de coûts réglementé²³. Les modifications apportées à la loi sur les télécommunications et les médias adoptées en 2012 visent à introduire une obligation de marché de gros pour la revente de l'offre de base analogique (composée d'environ 20-30 signaux analogiques de télévision et de radio. Cette offre perd actuellement de l'intérêt du fait de l'adoption massive de la télévision numérique)²⁴.

Le régime néerlandais de réglementation du *must-carry* est donc régi par l'article 82i et 82k de la loi sur les médias. Le premier article dispose qu'un opérateur de réseau de radiodiffusion doit assurer la retransmission intégrale, inchangée et simultanée d'au moins 15 chaînes de télévision et 25 stations de radio pour tous les foyers raccordés au réseau. Ces programmes doivent inclure au moins les programmes de la télévision et de la radio publiques à l'échelle nationale, les programmes de la télévision et de la radio publiques régionales et deux programmes de la radiodiffusion nationale belge en néerlandais. Conformément à l'article 82k, le conseil municipal de chaque municipalité ayant un réseau de radiodiffusion est tenu de mettre en place un conseil des programmes chargé de guider l'opérateur du réseau de radiodiffusion dans le choix des 15 chaînes et 25 stations de radio publiques qu'il est tenu de diffuser *a minima* à tous les ménages connectés au réseau, conformément à l'article 82i.

En 2006, la Commission européenne a engagé une procédure d'infraction, car la réglementation néerlandaise du *must-carry*, c'est-à-dire la règle relative à l'offre de base de 15 chaînes et 25 stations, était jugée non conforme à l'article 31 de la Directive « service universel ». Initialement, la Commission européenne estimait que le pouvoir discrétionnaire des conseils des programmes était trop étendu et que ce modèle ne présentait pas la transparence et la sécurité juridique requises²⁵. Lors des discussions avec la Commission européenne, les Pays-Bas ont précisé que ce modèle ne concernait que l'offre analogique. En définitive, la procédure a pris fin en 2009, après que le Gouvernement néerlandais s'est engagé à changer ces règles²⁶.

22) Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2002d), Directive 2002/21/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), JOCE L 108, 24 avril 2002 et Parlement européen et Conseil de l'Union européenne (2002a), Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), JOCE, L 108, 24 avril 2002. Ces deux directives ont été modifiées par la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 25 novembre 2009 (directive « mieux légiférer »), JOCE L 337, 18 décembre 2009.

23) Voir par exemple:

<http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/5/article31.fr.html> et <http://merlin.obs.coe.int/iris/2010/8/article38.fr.html>

24) Près de 70 % des foyers reçoivent le numérique (OPTA, étude de marché du 1^{er} trimestre 2012, www.opta.nl). La compatibilité de ces nouvelles dispositions avec la réglementation de l'UE n'est pas clairement établie et fait l'objet d'un débat.

25) Commission européenne, IP/06/948.

26) Commission européenne, IP/09/ 1491.

En outre, la jurisprudence de la Cour européenne de justice, en particulier l'affaire Kabel Deutschland²⁷, a eu un impact dans le litige opposant Ziggo, principal câblo-opérateur aux Pays-Bas, et l'instance de régulation compétente, l'Autorité des médias. Ce litige portait sur le refus de Ziggo d'inclure une chaîne dans un bouquet analogique proposé dans l'une de ses zones de service en raison des coûts afférents. Le *Raad van State* (Conseil d'Etat), qui est la plus haute juridiction nationale dans ce domaine aux Pays-Bas, a considéré que l'obligation de *must-carry* visée à l'article 82i et 82k de la loi sur les médias était une transposition de l'article 31 de la Directive « service universel »²⁸. Sans aborder la question de savoir si cette mise en œuvre était correcte, le Conseil d'Etat s'est contenté de déclarer que les deux articles étaient conformes à l'exigence de transparence de l'article 31. Ziggo a fait valoir que l'imposition d'une obligation de *must-carry*, notamment l'obligation pour le câblo-opérateur de supporter les frais afférents au *must-carry*, n'était pas raisonnable, ni proportionnée, et, partant, contraire à l'article 31 de la Directive « service universel ». Le Conseil d'Etat n'a retenu que l'aspect du coût et s'est référé à l'affaire Kabel Deutschland, dans laquelle les obligations de *must-carry* avaient été jugées sans conséquences économiques déraisonnables pour le câblo-opérateur. Dans l'affaire en cours, le Conseil d'Etat a estimé que l'Autorité néerlandaise des médias n'avait pas suffisamment pris en compte l'intérêt de Ziggo en examinant la situation dans une zone de service particulière, plutôt que l'impact potentiel sur les activités dans l'ensemble de la zone d'exploitation de Ziggo.

Le Gouvernement néerlandais a annoncé qu'il allait faire des propositions pour un nouveau dispositif de sélection des chaînes de *must-carry*²⁹. Ces propositions devraient également être plus neutres du point de vue technologique.

27) Cour européenne de justice (arrêt C-336/07 Kabel Deutschland Vertrieb und Service), 22 décembre 2008.

28) Raad van State, 12 mai 2010, affaire n° 200906186/1/H3, LJN: BM4162.

29) *Kamerstukken II*, 2011-2012, 32033, n° 10.



Marita Bergtun
Autorité norvégienne des médias

I. Services de médias audiovisuels et services auxiliaires

1. Acteurs et questions relatives au pouvoir de marché

En Norvège, quatre acteurs ont une part de marché importante sur le marché des services de médias audiovisuels :

- l'opérateur de service public *Norsk rikskringkasting AS* (NRK - Société norvégienne de radiodiffusion) ;
- la société privée *TV 2 Gruppen AS* (Groupe TV 2) ;
- la société privée *Modern Times Group (MTG)* ;
- la société privée *SBS Broadcasting Group (SBS)*.

NRK appartient à l'Etat et elle est financée par la redevance audiovisuelle. Il s'agit du plus grand groupe de médias du pays : en 2011, elle atteignait en moyenne par jour 87 % de la population norvégienne (toutes plateformes confondues)¹. En plus de ses services linéaires de télévision classiques, NRK propose ses services de radiodiffusion en temps réel sur internet et beaucoup de ses programmes (télévisés) à la demande (gratuitement). L'un des plus grands succès de NRK sur internet est le site de prévisions météorologiques *yr.no*. *Yr.no* a été lancé en 2007 et compte jusqu'à 3,9 millions de visiteurs (uniques) chaque semaine. Au début, le site web de NRK était en partie financé par la publicité, mais après que ses statuts² (ci-après, les statuts) ont été modifiés en 2009 et qu'internet a été intégré à la mission de service public de NRK, cette dernière a décidé de changer cette pratique. Le site web de NRK est désormais sans publicité.

TV 2, la chaîne principale du Groupe TV 2, a le statut de radiodiffuseur de service public financé commercialement et bénéficiant du régime de *must-carry* (obligation de distribution). Depuis que A-pressen a vendu le Groupe TV 2 à Egmont, NRK est le seul radiodiffuseur norvégien à assurer une couverture nationale.

Comme le Groupe TV 2, MTG et SBS financent leurs chaînes de télévision par la publicité et/ou un accès payant.

En 2011, les parts d'audience de ces quatre acteurs (services linéaires uniquement) étaient les suivantes : 41 % pour NRK, 25,6 % pour TV 2, 8,2 % pour MTG et 12,1 % pour SBS. Depuis le début des années 2000, les petits acteurs ont accru leurs parts au détriment des plus grands. La numérisation a élargi les possibilités de distribution et permis la création de nouvelles chaînes de télévision, d'où une concentration moindre.

1) www.nrk.no/aarsrapport/2011/mediehuset-nrk

2) *Vedtekter for NRK AS*, 30 avril 1996, disponible sur : www.nrk.no/informasjon/fakta/1.5392438 , version anglaise disponible sur : www.nrk.no/informasjon/about_the_nrk/1.4029867

La position unique que NRK occupe sur le marché et les chiffres ci-dessus indiquent que NRK est plutôt dominante par rapport aux radiodiffuseurs commerciaux. Ses concurrents commerciaux estiment que ce fait est important eu égard à la réglementation de la propriété sur le marché de la télédiffusion et, plus particulièrement, pour certains seuils (décrits ci-dessous) applicables aux participations dans les services linéaires. Dans la mesure où la position occupée par NRK dans les services linéaires est prise en compte pour le calcul des participations sur le marché télévisuel, les acteurs commerciaux sont rarement concernés par les restrictions de propriété spécifiques aux médias appliquées à ce marché.

Les radiodiffuseurs traditionnels, et en particulier NRK, occupent une place importante sur le marché en expansion des services de télévision à la demande. Toutefois, un autre service de télévision par internet, qui appartient à un journal, a une audience quotidienne moyenne comparable à celle de NRK. Verdens Gang (VG) occupe le deuxième rang des journaux imprimés et le premier rang des journaux sur internet. Il appartient à Schibsted, principal groupe de presse en Norvège. VGTV doit sa popularité notamment au fait d'avoir diffusé plusieurs séries réalisées spécialement pour elle, par exemple une série humoristique animée basée sur les célébrités norvégiennes et une série de télé-réalité. Schibsted était également présente sur le marché de la télévision à travers des participations minoritaires dans le Groupe TV 2 et la société suédoise TV4, mais elle a vendu ces participations en 2006. Ces dernières années, Schibsted a concentré ses activités autour de son cœur de métier, à savoir l'édition de journaux (imprimés et en ligne).

Un autre acteur important est Telenor, ancien opérateur de télécommunications public devenu une société cotée en bourse détenue majoritairement par l'Etat et possédant plusieurs sociétés en rapport avec les médias. Il s'agit d'un acteur intégré verticalement sur le marché télévisuel ayant des intérêts dans plusieurs segments de la chaîne de valeur. En 2010, Telenor a acheté à la société suédoise TV4 35 % de C More Entertainment, propriétaire de Nordic Canal+ (chaînes de télévision payante dédiées au sport, au cinéma et aux séries). Jusqu'à l'année dernière, Telenor avait des intérêts dans le radiodiffuseur de service public commercial TV 2 par l'intermédiaire de sa participation dans le groupe de presse norvégien A-pressen. En janvier 2012, A-pressen a vendu sa participation de 50 % dans TV 2 au groupe de médias danois Egmont qui détient désormais 100 % de TV 2.

Un différend portant sur le prix demandé pour la retransmission de TV 2 (voir ci-dessous) oppose depuis longtemps le Groupe TV 2 aux câblo-opérateurs, en particulier Canal Digital, qui appartient à Telenor.

2. Cadre juridique

2.1. Approche adoptée à l'égard des médias de service public

NRK est organisée comme une société publique sur laquelle le ministère de la Culture exerce les droits du propriétaire et dont il convoque l'assemblée générale. Ses statuts³ décrivent les objectifs généraux et définissent la portée des activités de NRK. Des règles norvégiennes anti-concentration spécifiques aux médias (voir ci-dessous) s'appliquent à NRK de la même manière qu'aux médias privés (service public et autres). NRK a un statut de *must-carry*, en vertu de l'article 4-2 du *Kringkastingsforskriften* (règlement sur la radiodiffusion)⁴.

NRK a le droit de commercialiser ses programmes dans certaines limites (par la vente de versions dérivées et de DVD de ses programmes)⁵ et elle est obligée de rendre ses archives accessibles gratuitement. Selon les statuts (articles 14h et 17b) et le manifeste de NRK (article 3h), NRK doit faire des efforts pour numériser ses archives et les rendre disponibles gratuitement au public. Les programmes télévisés doivent être, autant que possible, mis à disposition sur internet, aussi bien pour la diffusion simultanée qu'en tant que service d'archivage à des fins de téléchargement et/ou de visionnage individuel.

3) Les statuts de NRK incluent dans l'article 12-16 le soi-disant Manifeste de NRK (*NRK-plakaten*) : www.regjeringen.no/upload/KUD/Medier/NRK/NRK-plakaten_per_18juni2012.pdf

4) Loi n° 153 du 28 février 1997.

5) Les statuts de NRK exigent une distinction claire, eu égard aux comptes et aux opérations, entre les activités commerciales et les activités de radiodiffusion de service public de NRK.

En 1992, TV 2 s'est vue attribuer une licence de chaîne de service public, incluant des droits exclusifs en tant que radiodiffuseur commercial national. La licence a expiré en 2002. Seule candidate en lice, TV 2 s'est vue attribuer une nouvelle licence pour sept ans. Toutefois, en 2009, le réseau TNT a été achevé en Norvège et les privilèges de la licence concernant la couverture exclusive à 100 % n'étaient plus pertinents puisque toutes les chaînes diffusées sur le réseau TNT assuraient la même couverture. En conséquence, en 2011, TV 2 a conclu un accord⁶ avec le ministère de la Culture pour jouer le rôle de radiodiffuseur de service public bénéficiant du statut de *must-carry* (article 1-2, voir le règlement sur la radiodiffusion, article 4-2). L'accord stipule que les câblo-opérateurs sont tenus de retransmettre les émissions de télévision de TV 2 à un coût conforme au niveau fixé par les conditions de marché (voir article 1-2, deuxième paragraphe, du règlement sur la radiodiffusion, article 4-2). En retour, TV 2 est tenue de verser chaque année 10 millions NOK⁷ aux régimes de soutien aux productions audiovisuelles gérés par le *Norsk Filminstitutt* (Institut norvégien du cinéma), en vertu de l'article 2-1 de l'accord.

2.2. Règles anti-concentration spécifiques aux médias

En 1995, le Comité sur la propriété des médias⁸ a étudié les conséquences que pourrait avoir une concentration de la propriété sur la liberté d'expression. Sur la base des recommandations du comité, le gouvernement a proposé⁹ d'introduire une législation en matière de propriété des médias. La *Lov om tilsyn med erverv i dagspresse og kringkasting* (loi relative à la surveillance de l'acquisition de groupes de presse et d'entreprises de radiodiffusion)¹⁰, établissant des règles anti-concentration spécifiques aux médias, a été adoptée par le *Storting* (Parlement norvégien) en 1997 et elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999. Depuis lors, la loi a été modifiée à deux reprises¹¹. A son entrée en vigueur, la loi ne fixait pas précisément les seuils de participation (voir ci-dessous).

Les premières modifications - les plus importantes - ont été apportées en 2004. A cette occasion, les seuils ont été fixés à 40 % de part d'audience et le nom officiel de la loi est devenu *Lov om eierskap i media* (loi sur la propriété des médias). En 2006, les limites ont été abaissées à 1/3 de la part d'audience¹².

Conformément à son article 5, la loi sur la propriété des médias est appliquée par la *Medietilsynet* (Autorité norvégienne des médias, ci-après « l'Autorité des médias »)¹³. Le *Kulturdepartementet* (ministère de la Culture) définit le cadre des activités de l'Autorité des médias. Toutefois, l'article 6 de la loi sur la propriété des médias prévoit que l'Autorité des médias est indépendante du ministère de la Culture lorsqu'il s'agit de traiter les affaires couvertes par la loi sur la propriété des médias. Le *Klagenemnda for mediesaker* (Conseil d'appel des médias) est un organisme indépendant de recours contre les décisions prises par l'Autorité des médias prévu par l'article 8 de la loi.

L'objectif de la loi sur la propriété des médias est de promouvoir la liberté d'expression, de véritables possibilités d'exprimer son opinion et une gamme complète de médias (voir article 1). L'article 2 définit « l'acquisition d'un intérêt » comme « [t]oute forme de présomption de participation, y compris achat, échange, don, location, acquisition par voie d'héritage ou distribution d'une succession, vente forcée et expropriation, ainsi que souscription pour une participation dans une entreprise. Une acquisition

6) *Avtale*, disponible sur : www.medietilsynet.no/Documents/Tema/Allmennkringkasting/2011/101203_TV2-avtalen.pdf

7) Selon l'accord, la somme doit être réajustée chaque année en fonction de l'évolution de l'indice des prix à la consommation.

8) *Norsk Offentlig Utredning (NOU) 1995: 3 „Mangfold i media. Om eierkonsentrasjon i massemedia“*, rapport du Comité, disponible sur : www.regjeringen.no/nb/dep/kud/dok/nouer/1995/nou-1995-3.html

9) *Odelsting* (Chambre du Parlement norvégien), *proposisjon* (projet de loi) Nr. 30 (1996-97), disponible sur : www.regjeringen.no/nb/dep/kud/dok/regpubl/otprp/19961997/otprp-nr-30-1996-97-.html?id=158488

10) Loi n° 53 du 13 juin 1997, disponible sur : www.lovdato.no/cgi-wift/ldles?doc=/all/nl-19970613-053.html ; version anglaise disponible sur : www.medietilsynet.no/Documents/Englishtxtpages/120201_Eng_Eierskapslov.pdf

11) Dans le Livre blanc du *Storting* n° 57 (2000-2001) *I ytringsfrihetens tjeneste. Mål og virkemidler i mediepolitikken*, le gouvernement a entrepris une révision de la loi sur la propriété des médias. La proposition finale de modification a été présentée dans la proposition de l'Odelsting n° 81 (2003-2004), et la loi modifiée a été adoptée par le *Storting* en 2004. A l'exception de l'article 11, la loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. Le nouvel article 11 est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2005.

12) Comme présenté dans la proposition de l'Odelsting n° 46 (2005-2006) et adopté par le *Storting* en 2006.

13) La loi sur la propriété des médias adoptée en 1997 a créé l'Autorité de la propriété des médias (*Eierskapstilsynet*) en tant qu'organe indépendant, opérationnel à partir du 1^{er} janvier 1999. Avec effet au 1^{er} janvier 2005, l'Autorité de la propriété des médias a fusionné avec *Statens medieforvaltning* (l'Autorité des médias de masse) et *Statens filmtilsyn* (le Conseil norvégien de classification des films) pour devenir l'Autorité norvégienne des médias (*Medietilsynet*) . .

d'actifs impliquant l'acquisition totale ou partielle d'une entreprise doit également être considérée comme l'acquisition d'un intérêt »¹⁴.

En outre, le champ d'application de la loi sur la propriété des médias découle de ses articles 3 et 4. Selon son article 3, la loi s'applique aux entreprises qui exploitent des quotidiens, des chaînes de télévision, des stations de radio ou des médias électroniques ainsi qu'aux entreprises qui, en tant que propriétaires, exercent une influence sur de telles entreprises. L'article 4 prévoit que la loi s'applique aux acquisitions de participation ou aux accords de coopération qui ont un effet, ou sont susceptibles d'avoir un effet, sur « le secteur ». La question est de savoir si l'acquisition en cause a, ou est susceptible d'avoir, un impact sur la mise en œuvre des objectifs de la loi sur la propriété des médias sur les marchés norvégiens des médias. Selon les travaux préparatoires¹⁵ de la loi sur la propriété des médias, une participation importante (*betydelig eierstilling*, comme décrit ci-dessous) indique normalement que la position est en contradiction avec l'objectif de la loi. La loi s'applique aux entreprises norvégiennes et étrangères. Tout d'abord, la loi ne s'applique que si une entreprise étrangère acquiert une participation dans un groupe de médias norvégien. Deuxièmement, une acquisition par une entreprise étrangère peut être soumise à la loi si ladite entreprise détient une participation impliquant le contrôle d'une entreprise possédant des quotidiens, des stations de radio ou des chaînes de télévision en Norvège.

L'article 9, premier paragraphe de la loi sur la propriété des médias, autorise l'Autorité des médias à s'opposer à des acquisitions dans des entreprises exploitant des stations de radio, des chaînes de télévision ou des quotidiens. La disposition contient les deux principales conditions à ces interventions. La première est que l'acquéreur, seul ou en coopération, a ou est sur le point d'acquiescer une participation importante sur le marché national ou régional des médias. L'autre condition est que la participation est en conflit avec l'objectif énoncé à l'article 1 de la loi. Une décision d'intervenir peut entraîner l'interdiction de l'acquisition, l'ordre de céder des participations qui ont été acquises ou l'autorisation de l'acquisition selon les conditions nécessaires pour éviter que l'acquisition ne soit en conflit avec l'objectif énoncé à l'article 1 de la loi.

Bien que le champ d'application de la loi sur la propriété des médias couvre également les médias électroniques, pour l'instant, son article 9 ne permet pas à l'Autorité des médias de s'opposer à des acquisitions dans le secteur des médias électroniques. En conséquence, la tâche de l'Autorité des médias se limite à surveiller la propriété de ces médias. Selon les lignes directrices d'intervention conformément à la loi sur la propriété des médias¹⁶, la version internet de journaux, les entreprises de radiodiffusion et les journaux exclusivement électroniques sont principalement considérés comme des médias électroniques aux fins de la loi sur la propriété des médias. Toutefois, les lignes directrices précisent que d'autres types de communications à contenu électronique peuvent aussi devenir d'importants canaux d'expression pour le public norvégien. Jusqu'à présent, l'Autorité des médias n'a pas retenu ce facteur en examinant les acquisitions dans les services de médias audiovisuels.

La réglementation de la propriété dans les services de médias audiovisuels ne s'applique qu'au niveau national. Les *participations horizontales* dans les services de médias audiovisuels sont réglementées par l'article 10, lit. b) et lit. f) de la loi sur la propriété des médias. Selon lit. b), une participation sur le marché national doit normalement être considérée comme importante en cas de contrôle de 1/3 ou plus de la part d'audience totale pour la télévision. La « règle de propriété croisée » (lit. f) interdit à une entreprise qui contrôle 10 % ou plus d'un marché des médias (presse quotidienne, télévision ou radio) de devenir propriétaire ou copropriétaire d'une entreprise faisant partie d'un autre groupe contrôlant 10 % ou plus d'un même marché des médias.

14) Lorsque personne ne détient plus de 50 % d'une entreprise, l'Autorité des médias considère également une acquisition minoritaire comme « l'acquisition d'un intérêt », à moins que l'acquéreur contrôle au final moins de 5 % du total de l'entreprise des médias concernée.

15) Projet de loi de l'Odelsting n° 81 (2003-2004) p. 43-44.

16) 1^{er} juillet 2006 ; www.medietilsynet.no/Documents/Englishtxtpages/100309_MediaOwnershipAct_guidelines.pdf. Les lignes directrices, rédigées par l'Autorité des médias, visent à fournir un aperçu et un résumé de la réglementation, afin d'assurer la prévisibilité et l'égalité de traitement pour tous les acteurs. Un objectif important de ces lignes directrices est d'expliquer la pratique de l'Autorité des médias.

Bien que les marchés de la presse et de la radio n'entrent pas dans le cadre du présent rapport, leur réglementation est pertinente pour le secteur de l'audiovisuel en raison des règles sur les *participations diagonales*. Selon l'article 10 lit. d), si un acteur a une part de marché de 30 % ou plus sur l'un des marchés des médias (presse quotidienne, télévision ou radio) et acquiert une part de marché de 20 % ou plus sur l'un des autres marchés des médias, il possède une participation importante sur le marché national. Selon lit. e), si un acteur a une part de marché de 20 % ou plus sur deux des marchés des médias et acquiert une part de marché de 20 % ou plus sur le troisième marché, il possède également une participation importante.

2.3. Loi sur la concurrence

La *Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger* (loi sur la concurrence)¹⁷ est mise en application par la *Konkurransetilsynet* (Autorité norvégienne de la concurrence). Elle vise à favoriser la concurrence et, ainsi, contribuer à l'utilisation efficace des ressources de la société. Aux fins de l'application de la loi, il convient de prêter une attention particulière aux intérêts des consommateurs (voir article 1).

La loi est partiellement harmonisée avec les règles de concurrence de l'UE et interdit les ententes et les abus de position dominante. Il existe un système de notification préalable à la fusion. Le critère d'interdiction des concentrations est « la création ou le renforcement d'une restriction sensible de la concurrence ». La loi a été modifiée en 2005 et 2008.

L'Autorité de la concurrence surveille la concurrence sur les différents marchés (article 9 de la loi sur la concurrence), notamment en assurant le respect des interdictions et des exigences de la loi sur la concurrence (article 9 lit. a)) et en s'opposant, si nécessaire, aux concentrations (article 9 lit. b)). L'Autorité de la concurrence agit si elle constate qu'un développement spécifique créera ou renforcera une restriction sensible de la concurrence, contraire à l'objectif de la loi sur la concurrence (article 16).

Dans de nombreux cas, le champ d'application de la loi sur la concurrence se confond avec la loi sur la propriété des médias, mais les deux lois s'appliquent parallèlement et indépendamment l'une de l'autre. Alors que l'objet de la loi sur la propriété des médias est de promouvoir les objectifs démocratiques comme la liberté d'expression et le pluralisme des médias, la loi sur la concurrence favorise les biens communs comme la concurrence, l'efficacité, des prix socialement justifiables et l'innovation. Dans une certaine mesure, les deux lois peuvent être considérées comme ayant des effets qui se confondent, mais elles sont surtout complémentaires. Le contrôle des fusions en vertu de la loi sur la concurrence (article 16), décrit plus en détail ci-après, couvre l'intégration verticale. Dans ce domaine, la loi sur la concurrence prend la relève de la réglementation spécifique aux médias. Par ailleurs, les marchés de la publicité ne sont pas réglementés par la loi sur la propriété des médias, mais couverts par la loi sur la concurrence.

2.4. Loi sur le droit d'auteur

La *Lov om opphavsrett til åndsverk mv* (loi sur le droit d'auteur)¹⁸ contient des dispositions spéciales relatives à la retransmission simultanée et inchangée d'une radiodiffusion sans fil originale, voir articles 34, 45a et 36. Ces dispositions réglementent l'utilisation par les câblo-opérateurs du signal de radiodiffusion sans fil d'origine (par l'intermédiaire de licences collectives étendues) et la rémunération des titulaires de droits pour l'utilisation de leur contenu.

17) Loi n° 12 du 5 mars 2004, disponible sur : www.lovdatab.no/all/nl-20040305-012.html ; version anglaise disponible sur : www.konkurransetilsynet.no/en/legislation/The-Competition-Act-of-2004/

18) Loi n° 2 du 12 mai 1961.

2.5. Règles spécifiques aux services auxiliaires permettant ou facilitant l'utilisation ou la réception

A la suite d'un appel d'offres, Norges televisjon AS (NTV) s'est vue attribuer une licence¹⁹ pour construire et exploiter un réseau TNT en Norvège en 2006²⁰. Conformément à l'article 3.6.1 de la licence, NTV est tenue de proposer un guide électronique des programmes (*Electronic Programme Guide* - EPG) accessible à tous les fournisseurs de contenu. Selon l'article 4.7, NTV doit élaborer un cahier des charges pour des récepteurs de télévision numérique basé sur des normes ouvertes et reconnues et elle doit également respecter les demandes des fabricants de récepteurs concernant l'accès et l'utilisation du cahier des charges.

3. Principales politiques et décisions judiciaires/administratives pertinentes

Comme mentionné dans l'introduction, un différend oppose le câblo-opérateur Canal Digital (détenu par Telenor) et le Groupe TV 2, propriétaire du radiodiffuseur de service public commercial TV 2. L'origine de ce conflit est un désaccord datant de 2007 sur le montant que doit payer Canal Digital pour retransmettre TV 2. Grâce à son accord signé en 2010 avec l'Etat norvégien, TV 2 bénéficie du statut de *must-carry*. Cet accord stipule que le prix pour la retransmission doit être déterminé en fonction des conditions du marché. Jusqu'en 2010, les décisions de la *Kabeltvistnemnda* (Commission des différends concernant la télévision par câble)²¹ étaient favorables aux suggestions des câblo-opérateurs sur le prix demandé pour retransmettre la chaîne de télévision. Toutefois, le 8 décembre 2011, la Commission a décidé²² d'augmenter le prix mensuel par abonné pour TV 2 de 0,57 à 5,00 NOK. Les décisions prises par la Commission peuvent faire l'objet d'un recours devant un tribunal. En juin 2012, les chaînes d'information ont annoncé que Canal Digital envisageait d'intenter une action en justice contre TV 2 et le ministère de la Culture²³.

Comme susmentionné, la loi sur la propriété des médias ne fournit pas de base légale pour s'opposer aux acquisitions dans les médias électroniques. En 2007, le gouvernement a déclaré qu'il était nécessaire de réexaminer la loi sur la propriété des médias²⁴, la réglementation des participations dans les médias électroniques étant l'une des principales questions à traiter. Le 11 mai 2011, le ministère de la Culture a nommé un groupe d'experts chargé d'étudier plusieurs questions liées à la réglementation de la propriété spécifique aux médias²⁵. L'objectif est de modifier la loi afin d'adapter la réglementation aux changements technologiques et à l'évolution des marchés des médias. Le groupe d'experts a été mandaté pour effectuer un examen complet de la réglementation de la propriété des médias, y compris le modèle de régulation, la distinction des marchés et les restrictions à la propriété aux niveaux régional et national. Le groupe a également été invité à examiner comment les médias électroniques devraient être réglementés par la loi sur la propriété des médias, et si cette dernière devrait être élargie pour couvrir l'intégration verticale. La question de l'éventuelle abrogation de la loi sur la propriété des médias n'était pas couverte par le mandat du groupe d'experts. Selon le mandat, l'objectif de la loi sur la propriété des médias en vigueur devait constituer la base des travaux du groupe.

Le groupe d'experts a remis son rapport *Medieeierskapsutredningen 2012* (Rapport sur la propriété des médias 2012)²⁶ au ministère de la Culture le 24 avril 2012. Le groupe suggère d'apporter quelques changements au système réglementaire actuel. Tout d'abord, le groupe propose de modifier la notion d'acquisition figurant dans la loi pour appliquer, lors des évaluations, la notion de contrôle définie dans

19) www.medietilsynet.no/Documents/Tema/TV/Konsesjon/Konsesjon_NTV_2006-21.pdf

20) Le réseau TNT a été achevé en 2009.

21) La Commission est nommée par le ministère de la Culture et résout les différends concernant la retransmission d'émissions de télévision. La Commission est composée d'un président et de deux membres ; www.regjeringen.no/nb/dep/kud/tema/medier/kringkasting/kabeltvistnemnda.html?id=498741

22) *Kabeltvistnemnda 2011 sak nr 3/2010* ; www.regjeringen.no/upload/KUD/Medier/Avgjorelse-3-2010.pdf

23) <http://e24.no/media/telenor-truer-med-soeksmaal-mot-staten/20244794>

24) Livre blanc du Storting n° 30 (2006-2007) *Kringkasting i en digital fremtid* (La radiodiffusion dans un avenir numérique).

25) Le groupe d'expert était constitué de Mona Søyland (responsable), avocate, de Tanja Storsul, professeur des médias et de la communication et de Øystein Foros, professeur d'économie. Selon le mandat, le groupe devait organiser des réunions avec des acteurs du secteur des médias et les autorités de réglementation concernées. Pour le mandat (en norvégien uniquement), voir : www.regjeringen.no/upload/KUD/Styret_raad_utvalg/Medieavdelingen/Eierskapslov-mandat.pdf

26) www.regjeringen.no/upload/KUD/Styret_raad_utvalg/Medieavdelingen/Medieeierskapsutredningen_2012.pdf

la loi sur la concurrence. Si cette proposition est approuvée, une entreprise ne sera considérée comme détenant une participation dans une autre entreprise que si elle exerce un contrôle réel ou juridique sur celle-ci, et certaines participations minoritaires dans une société ne seront pas prises en compte lors du calcul des participations.

En outre, le groupe propose de supprimer les marchés prédéfinis figurant dans la loi, afin de permettre au modèle réglementaire de mieux résister aux évolutions technologiques continues et aux changements de l'usage des médias. Il suggère de donner à l'Autorité norvégienne des médias le pouvoir de déterminer les marchés de médias pertinents par des règlements, éventuellement tous les trois ans. Dans le cadre d'une intervention possible par l'Autorité norvégienne des médias, la concentration sur le marché en général devrait être prise en considération.

En ce qui concerne les restrictions nationales imposées aux *participations horizontales*, le groupe propose qu'elles soient en partie confirmées, en maintenant le seuil national de 1/3. Dans le même temps, il recommande d'introduire une « sphère de sécurité » sous la forme d'un seuil d'intervention plus bas de 1/4²⁷. En outre, le groupe propose d'abolir les dispositions particulières relatives à l'intervention qui figurent à l'article 10 f) de la loi sur la propriété des médias, ci-dessus dénommées « règle sur la propriété croisée ». En ce qui concerne les règles sur les *participations diagonales*, il suggère de maintenir une règle spéciale concernant l'intervention en rapport avec la propriété plurimédia sur deux marchés distincts. Le groupe propose d'introduire la présomption qu'une acquisition enfreint la loi si un acteur détient une participation de 1/3 ou plus sur un marché et si une acquisition sur un autre marché lui confère une participation supérieure à 1/4 sur ce deuxième marché.

En ce qui concerne les médias électroniques, le groupe d'experts conclut qu'il n'est actuellement pas nécessaire de définir les médias électroniques comme un marché distinct au sens prévu par la loi sur la propriété des médias. Le groupe propose de ne pas fixer de limites de propriété spéciales pour les médias électroniques. Dans le même temps, il reconnaît que cette position est susceptible d'évoluer au fil du temps et suggère que les nouveaux marchés puissent être délimités par des règlements.

A ce jour, le groupe d'experts suggère que les médias électroniques soient considérés comme faisant partie intégrante des marchés classiques, à savoir les marchés de la presse quotidienne, de la télévision et de la radio. L'argument est que les médias électroniques sont principalement considérés comme des extensions des activités traditionnelles des médias. En conséquence de cette proposition, la télévision et les services internet des chaînes de télévision constitueront un marché télévisuel commun. Le groupe propose que les médias électroniques bénéficient d'une pondération différente de celle des médias classiques. Des enquêtes effectuées auprès des utilisateurs pourraient permettre de définir les niveaux de pondération appropriés.

Le 22 juin 2012, le ministère de la Culture a lancé une consultation publique sur le rapport et une proposition de loi modifiée. La consultation publique ayant été annoncée juste avant que cette contribution ne soit achevée, les propositions du ministère n'ont pu y être discutées en détail. Il est toutefois possible de dire que le ministère a approuvé, dans l'ensemble, les propositions du groupe d'experts. La date limite pour la consultation était fixée au 31 août 2012.

II. Opérateurs de plateforme et services issus de la convergence

1. Acteurs et questions relatives au pouvoir de marché

Le marché des opérateurs de plateformes et des services issus de la convergence est encore à un stade précoce de développement en Norvège et, à la connaissance de l'Autorité des médias, il n'est pas entièrement cartographié.

Il existe toute une gamme de services internet proposant des films et des séries télévisées à louer à la demande, par exemple Film2home.no, Sfantime.com et Filmarkivet.no. Certains utilisateurs

27) Cela implique que si la participation totale après acquisition est inférieure à 1/4, l'Autorité des médias ne peut pas s'opposer à l'acquisition. En outre, si la participation après acquisition est comprise entre 1/4 et 1/3, l'Autorité des médias peut intervenir à la suite d'une évaluation spécifique.

norvégiens se connectent à Apple TV et Netflix par le biais d'un service VPN pour accéder aux séries américaines dès leur diffusion aux Etats-Unis. Comoyo, service de télévision basé sur décodeur appartenant à la société de télécommunications norvégienne Telenor, est déjà opérationnel et propose des séries, des films, des matchs de football (Ligue 1 norvégienne) et 13 chaînes de télévision²⁸. En outre, plusieurs acteurs internationaux sont sur le point de lancer des services sur le marché norvégien. Par exemple, Samsung Smart TV prépare un service de télévision connectée avec du contenu norvégien. Les chaînes d'information ont annoncé que Netflix devrait s'implanter sur le marché norvégien fin 2012 et que HBO lancera HBO Nordic en Norvège, en Suède, au Danemark et en Finlande à l'automne 2012²⁹.

2. Cadre juridique

Les règles de la loi sur la propriété des médias spécifiques à la concentration des médias ne sont pas applicables à ce marché pour le moment. Les acteurs verticalement intégrés ayant des participations sur le marché de la distribution seront affectés par la loi sur les communications électroniques (voir *infra* II.3, III.2.4). Le droit général de la concurrence intégré à la loi sur la concurrence (voir I.2.3, III.2.2) s'applique à ces marchés comme aux autres marchés. A la connaissance de l'Autorité des médias, l'Autorité de la concurrence n'a traité aucune affaire concernant les acteurs de ces marchés.

Les dispositions spéciales de la loi sur le droit d'auteur relatives à la retransmission simultanée et inchangée (comme décrit ci-dessus), sont également applicables à la diffusion d'émissions de télévision sur internet dans la mesure où ladite diffusion est effectuée par un tiers à destination d'un groupe fermé de clients.

3. Principales politiques et décisions judiciaires/administratives pertinentes

Le groupe d'experts qui a étudié d'éventuelles modifications de la loi sur la propriété des médias a proposé que le champ d'application de la loi soit quelque peu élargi. Il a proposé d'inclure à la définition des médias électroniques de masse les services à la demande qui sont considérés comme jouant un rôle similaire à celui des radiodiffuseurs. Le groupe d'experts souligne que certains services à la demande, comme les services de location de films, ne semblent pas pertinents à la lumière des objectifs poursuivis par la loi sur la propriété des médias.

La *Post- og teletilsynet* (Autorité des postes et des télécommunications) a récemment présenté un rapport sur les réseaux de diffusion de contenu (RDC)³⁰. Les RDC permettent aux distributeurs de contenu de distribuer des services de vidéo et de télévision, des applications et des logiciels en haute qualité et en grand nombre sur internet. L'Autorité a évalué la nécessité d'une régulation du marché des RDC et estime que ces services RDC ne paraissent pas à première vue conformes à la définition des services et des réseaux de communications électroniques qui figure à l'article 1-5 n° 2 et 4 de la *Lov om elektronisk kommunikasjon* (loi sur les communications électroniques)³¹ :

- Réseau de communications électroniques : système de communications électroniques comprenant équipements radio, interrupteurs, autres équipements de connexion et de routage, matériels ou fonctions connexes.
- Service de communications électroniques : service comprenant entièrement ou principalement le transport de communications électroniques et qui est normalement assuré contre paiement.

Lorsqu'il s'agit de services RDC reposant sur des infrastructures, la partie transmission pourrait être conforme aux définitions. Toutefois, selon l'Autorité, les conclusions sont incertaines et peuvent être

28) www.comoyo.com/no

29) www.kampanje.com/medier/artikkel6189496.ece, www.kampanje.com/medier/artikkel6191060.ece. Selon l'article, HBO Nordic pourrait être un service de diffusion en flux continu (*streaming*) ou être distribuée sur un réseau câblé.

30) *Réseaux de diffusion de contenu*. PT-rapport n° 3/2012, disponible sur : www.npt.no/aktuelt/rapporter/_attachment/3453?_ts=13a414dda03

31) Loi n° 83 du 4 juillet 2003 ; disponible sur : www.lovdato.no/all/hl-20030704-083.html , version anglaise disponible sur : www.npt.no/ikbViewer/Content/ekom_eng.pdf?documentID=7922

modifiées, compte tenu des propositions de nouvelles définitions envoyées pour consultation générale en juin 2010 par le ministère des Transports et des Communications³². Entre autres choses, le ministère a proposé une nouvelle définition des services de communications électroniques : « service qui permet, entièrement ou principalement, de transporter ou de faciliter une communication sur un réseau de communications électroniques et qui est normalement assuré contre paiement ». L'Autorité des postes et des télécommunications est d'avis que, si cette proposition était adoptée, tous les types de RDC seraient couverts par la définition du service de communications électroniques.

III. Distribution (opérateurs de réseau)

1. Acteurs et questions relatives au pouvoir de marché

Parmi les opérateurs de réseau, nous pouvons citer Canal Digital, Get, Viasat et Altibox. Leurs services sont basés sur le câble numérique et/ou analogique, et/ou le satellite ou l'IPTV. NTV est le seul opérateur et RiksTV le seul fournisseur de télévision payante de la TNT. En plus de proposer des bouquets de chaînes de télévision norvégiennes et étrangères, les opérateurs de plateformes numériques proposent à leurs clients la location de films et de séries télévisées.

Telenor est un acteur important du marché de la distribution : il possède Norkring³³, Canal Digital (plateformes satellite et câble analogique/numérique) et 1/3 de NTV/RiksTV³⁴ (réseau TNT). Entre autres choses, Telenor est également le propriétaire de Conax, société de technologie qui fournit des solutions d'accès conditionnel pour la télévision numérique. Sur le marché du contenu, Telenor détient 35 % de C More Entertainment/Nordic Canal+.

Comme susmentionné, un différend oppose depuis plusieurs années les opérateurs de réseaux, comme Canal Digital et Get, au Groupe TV 2 en raison du prix demandé pour retransmettre la chaîne de service public TV 2. Ce conflit s'est récemment intensifié entre Canal Digital et le Groupe TV 2. En conséquence, Canal Digital a pris certaines mesures comme le changement de place dans l'EPG de certaines chaînes spécialisées du Groupe TV 2 et la notification de la résiliation du contrat de diffusion de certaines de ses chaînes sportives. Le 20 juin 2012, Canal Digital est allée encore plus loin en déclarant envisager une action en justice contre TV 2 et le ministère de la Culture.

Des désaccords ont également surgi entre RiksTV et des chaînes de télévision locales au sujet des conditions de radiodiffusion locale sur le réseau TNT, par exemple la position des chaînes locales dans l'EPG³⁵.

Il convient de mentionner un autre acteur, bien qu'il soit assez difficile à définir en tant que distributeur. En 2008, NRK, le Groupe TV 2 et MTG ont créé leur filiale commune Norges mobil-TV (corporation norvégienne de télévision mobile, NMTV). Le 14 janvier 2009, NMTV a reçu une autorisation temporaire pour diffuser des signaux DMB sur la bande VHF III. Six chaînes de télévision ont été lancées sous le nom MiniTV, et le but est, selon NMTV³⁶, de déterminer de quelle façon MiniTV peut être gérée le mieux possible en Norvège. Pour le moment, les émissions ne peuvent être reçues que par les récepteurs DMB dans le Grand Oslo.

2. Cadre juridique

2.1. Règles anti-concentration spécifiques aux médias

Le champ d'application substantiel des règles anti-concentration spécifiques aux médias (article 3 de la loi sur la propriété des médias) implique que certaines entreprises, généralement décrites

32) www.regjeringen.no/nb/dep/sd/dok/hoeringer/hoeringsdok/2010/horing-om-endring-i-lov-om-elektronisk-k.html

33) Norkring a développé et possède l'infrastructure pour la radio et la télévision numérique.

34) En plus de Telenor, NTV et RiksTV sont toutes les deux détenues par NRK et le Groupe TV2 à hauteur de 1/3 chacune.

35) En 2010, RiksTV a déplacé la télévision locale de la position 19 à 52/53 dans l'EPG, ce qui a entraîné des protestations de l'Association des entreprises de média norvégiennes (*Mediebedriftenes Landsforening*).

36) Voir *MiniTV Factsheet*, disponible sur : www.nrk.no/contentfile/file/1.6623793!factsheet.pdf

comme des entreprises de médias, ne sont pas soumises à la loi. Il s'agit, par exemple, d'entreprises qui exploitent des réseaux de distribution, par satellite ou par câble. Cela implique que l'autorité de régulation (l'Autorité des médias) ne peut pas s'opposer aux acquisitions d'entreprises qui opèrent sur le marché de la distribution. Toutefois, les travaux préparatoires³⁷ de la loi sur la propriété des médias indiquent que l'Autorité des médias peut, dans le cadre de l'évaluation d'une acquisition horizontale, prendre en compte la propriété d'autres chaînes de valeur dans le poids du marché des médias.

2.2. Loi sur la concurrence

Le contrôle des concentrations en vertu de la loi sur la concurrence inclut l'intégration verticale. Conformément à l'article 16 de la loi sur la concurrence, l'Autorité de la concurrence doit s'opposer à une concentration si elle estime que celle-ci créera ou renforcera une restriction sensible de la concurrence, contraire à l'objectif de la loi. En plus d'évaluer les opérations verticales directement dans le contrôle des fusions, l'Autorité de la concurrence examinera également les effets verticaux des fusions horizontales.

Refuser de conclure un accord peut constituer un abus de position dominante au sens de l'article 11 de la loi sur la concurrence. Dans ce cas, l'Autorité de la concurrence peut obliger un fournisseur à donner accès à ses installations à d'autres opérateurs. Deux conditions doivent être remplies avant qu'une telle obligation puisse être imposée : le fournisseur doit occuper une position dominante et son refus de donner accès doit constituer un abus de cette position dominante. Comme point de départ, le seuil utilisé pour déterminer un tel abus est élevé.

Selon l'article 14 de la loi sur la concurrence, le *Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet* (ministère de l'Administration du gouvernement, de la Réforme et des Affaires de l'église) peut intervenir en adoptant une réglementation contre tout comportement qui limite ou est susceptible de restreindre la concurrence, ce qui est contraire à l'objet de la loi. Une intervention peut être envisagée lorsque les interdictions prévues par la loi sur la concurrence ne sont pas applicables, mais qu'il est jugé nécessaire de réglementer le marché dans son ensemble. La disposition peut également être appliquée sur les marchés où une entreprise viole l'article 11 de la loi sur la concurrence et plusieurs autres acteurs ont recours aux mêmes pratiques commerciales anticoncurrentielles sans être affectés par les interdictions car ils n'ont pas une position dominante sur le marché.

2.3. Loi sur le droit d'auteur

Comme susmentionné, la loi sur le droit d'auteur contient des dispositions spéciales relatives à la retransmission simultanée et inchangée d'une radiodiffusion sans fil originale, voir articles 34, 45a, et 36. Ces dispositions réglementent l'utilisation par les câblo-opérateurs du signal de radiodiffusion sans fil d'origine (par l'intermédiaire de licences collectives étendues) et la rémunération des titulaires de droits pour l'utilisation de leur contenu.

2.4. Loi sur les communications électroniques

La loi sur les communications électroniques est appliquée par l'Autorité norvégienne des postes et des télécommunications. L'objectif de la loi est d'assurer aux utilisateurs de tout le pays des services de communications électroniques de bonne qualité, à un prix raisonnable et tournés vers l'avenir grâce à l'utilisation efficace de ressources de la société en permettant une concurrence durable, ainsi qu'en promouvant le développement industriel et l'innovation (article 1-1). Conformément à l'article 1-2, la loi s'applique aux activités en rapport avec la transmission de communications électroniques et aux infrastructures, services, équipements et installations connexes. En plus de faciliter la transition d'un marché monopolistique précédemment réglementé à un marché concurrentiel, l'objectif du cadre applicable aux communications électroniques est de promouvoir une réglementation cohérente et technologiquement neutre des réseaux de communications électroniques et des services sur différents secteurs.

Avant l'application de mesures spécifiques au secteur, l'Autorité doit procéder à une analyse détaillée des marchés prédéfinis de produits et de services dans la région, afin de déterminer si l'un des acteurs

37) Projet de loi de l'Odelsting n° 30 (1996-97).

peut être considéré comme un fournisseur puissant sur le marché (*sterk markedsstilling*). Si l'analyse révèle que c'est le cas, ledit fournisseur se voit imposer une ou plusieurs obligations sectorielles susceptibles de contribuer au développement de la concurrence sur ce marché, conformément à l'article 3-4. L'Administration peut imposer aux fournisseurs différentes obligations, par exemple l'obligation de donner à d'autres fournisseurs accès aux réseaux de communications électroniques et aux systèmes de colocation, information et soutien, ou des obligations relatives à la tarification de l'accès.

L'article 4-3 de la loi contient également une disposition générale qui oblige les fournisseurs de services d'accès conditionnel pour la radio et la télévision numériques à répondre à toute demande raisonnable d'accès formulée par des fournisseurs de contenu. La provision couvre tous les fournisseurs de services d'accès, que le fournisseur soit ou non puissant sur le marché. En outre, selon cette disposition, les mêmes exigences peuvent être imposées aux fournisseurs d'autres services susceptibles de restreindre l'accès à la radio et à la télévision numériques, par exemple les interfaces de programmation d'applications (API) et les EPG.

2.5. Principes pour la neutralité du réseau

L'Autorité des postes et des télécommunications et différents acteurs du marché d'internet (opérateurs de réseau et distributeurs de contenu) ont élaboré en commun un ensemble de principes pour la neutralité du réseau. En bref, ces principes peuvent être résumés comme suit :

- les utilisateurs ont droit à une connexion internet d'une capacité et d'une qualité spécifiées ;
- les utilisateurs ont droit à une connexion internet permettant :
 - de collecter et de distribuer le contenu à leur gré ;
 - d'utiliser les services et les applications à leur gré ;
 - de se connecter à un équipement et d'utiliser un logiciel, ne présentant aucun risque pour le réseau, à leur gré ;
- les utilisateurs ont droit à une connexion internet ne faisant pas l'objet d'une discrimination en raison du type d'application, de service ou de contenu, et de qui sont l'émetteur et le récepteur.

Selon ce dernier principe, le trafic provenant des utilisateurs et des fournisseurs doit être géré d'une manière non discriminatoire lorsque des goulets d'étranglement surviennent sur internet. Dans certains cas, il peut y avoir des exceptions à ces principes, par exemple lorsque les FAI proposent une qualité de service sur certains services.

2.6. Règles de must-carry

L'article 4-2 du règlement sur la radiodiffusion prévoit que tous les câblo-opérateurs sont tenus de retransmettre les deux radiodiffuseurs de service public, NRK et TV2. En outre, les câblo-opérateurs doivent retransmettre le radiodiffuseur gratuit à but non lucratif Frikanalen (la chaîne gratuite)³⁸. Les règlements indiquent que le prix pour la retransmission doit être déterminé en fonction des conditions du marché.

Le fournisseur de télévision payante pour le réseau TNT, RiksTV, est tenu de fournir une capacité à NRK et aux autres chaînes du service public (actuellement TV 2), et à un radiodiffuseur ouvert à but non lucratif (actuellement Frikanalen), voir l'article 3.4 de la licence de NTV, et l'article 4-2 du règlement sur la radiodiffusion

2.7. Dispositions générales de la licence NTV

Un objectif clé du développement du réseau TNT était d'assurer à la population norvégienne une grande variété de programmes télévisés. Comme mentionné précédemment, la licence accordée à NTV le 2 juin 2006 inclut plusieurs dispositions générales relatives à cet objectif, notamment que tous les radiodiffuseurs doivent se voir accorder l'accès par RiksTV dans des conditions non discriminatoires (article 4.8). RiksTV est également tenue de proposer gratuitement les services de base de NRK à ses clients (les clients doivent supporter les dépenses liées à l'achat de l'équipement de réception), conformément à

38) www.frikanalen.no/. Cette chaîne, gérée par des ONG norvégiennes, diffuse régulièrement depuis janvier 2009.

l'article 3.5, deuxième paragraphe. L'article 3.4 de la licence prévoit également que RiksTV doit fournir la capacité pour une chaîne de télévision locale dans chaque région, et en outre que la chaîne de télévision locale doit bénéficier de conditions satisfaisantes en matière de couverture. Toutefois, les dispositions relatives à la radiodiffusion locale ne sont pas incluses au règlement sur la radiodiffusion³⁹.

RiksTV est tenue de proposer un EPG accessible à tous les fournisseurs de contenu (article 3.6.1). L'article 4.7 prévoit que RiksTV doit élaborer un cahier des charges pour les récepteurs de télévision numérique basé sur des normes ouvertes et reconnues, et également que RiksTV doit respecter les demandes des fabricants de récepteurs concernant l'accès et l'utilisation du cahier des charges.

3. Principales politiques et décisions judiciaires/administratives pertinentes

En 2006, l'Autorité norvégienne des postes et des télécommunications a évalué si l'imposition d'une réglementation de la concurrence spécifique aux marchés norvégiens de la radiodiffusion se justifiait. Une analyse du marché a été appliquée au marché de gros prédéfini des services de transmission pour la radiodiffusion, et au marché de la distribution d'un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux (marché 18). Toutefois, l'Autorité a constaté que les conditions d'une réglementation spécifique au secteur n'étaient pas réunies. L'Autorité a conclu que la loi sur la concurrence constituait une base juridique suffisante pour répondre aux préoccupations que la réglementation sectorielle *ex ante* spécifique au secteur vise à traiter sur ces marchés. Même si les obstacles à l'entrée sur le marché étaient perçus comme relativement élevés, il a été considéré que le marché semblait s'orienter vers une concurrence effective⁴⁰.

Initialement, la licence de NTV prévoyait que NTV fournirait une capacité à un fournisseur de télévision payante concurrent (en plus de RiksTV) après l'arrêt du réseau analogique (voir article 4.8, deuxième paragraphe). A la demande de NTV, cette condition a été retirée de la licence par le ministère de la Culture en 2009. Dans sa décision, le ministère a souligné l'importance pour la plateforme numérique terrestre d'être compétitive par rapport à d'autres plateformes de distribution⁴¹.

La question de l'éventuelle extension de la loi sur la propriété des médias afin qu'elle couvre l'intégration verticale a été abordée à plusieurs reprises, notamment lors de la modification de la loi en 2004. Sur la base d'une consultation, le ministère de la Culture a constaté que l'intégration verticale ne constituait pas un problème majeur dans le domaine des médias à l'époque. Le ministère a conclu que la loi ne devrait pas être étendue pour couvrir l'intégration verticale, mais que l'évolution de ce domaine devrait être suivie de près dans le futur.

Selon le groupe d'experts qui a proposé les modifications de la loi sur la propriété des médias, les règles anti-concentration spécifiques aux médias ne devraient pas être étendues pour couvrir l'intégration verticale⁴². Le groupe présente plusieurs arguments à l'appui de cette proposition. Tout d'abord, la principale cause d'inquiétude sur le marché des médias, comme sur d'autres marchés, est la concentration de propriété horizontale. En outre, le groupe souligne que la prudence s'impose lors d'une intervention sur un marché émergent et dynamique, et que de nombreux marchés de distribution des médias verticaux sont caractérisés par une évolution technologique et des changements rapides. En outre, une réglementation spéciale de l'intégration verticale sur le marché des médias entraînerait, de l'avis du groupe, des coûts réglementaires. Selon le groupe d'experts, la réglementation prévue par la loi sur la concurrence et par la loi sur les communications électroniques de l'intégration verticale et des goulets d'étranglement critiques du point de vue de la concurrence est suffisante. Si une entreprise intégrée verticalement affiche un comportement indésirable, une intervention *ex post* peut s'avérer plus efficace, dans la mesure permise par la base légale établie par l'article 11 de la loi sur la concurrence.

39) Cela implique que la chaîne de télévision locale n'a pas le statut de *must-carry*.

40) Autorité norvégienne des postes et des télécommunications, 20 novembre 2006. En 2007, la Commission européenne a retiré le marché 18 de sa liste de marchés recommandés.

41) *Post- og teletilsynet, M18 analyse*, 20 novembre 2006, disponible sur : www.npt.no/marked/markedsregulering-smp/historiske-markeder/tidligere-marked-18/_attachment/2770?_ts=139f797f5e0. En 2007, la Commission européenne a retiré le marché 18 de sa liste de marchés recommandés.

42) Rapport sur la propriété des médias 2012, p. 126-127 (voir note 26).

PL POLOGNE

Krzysztof Wojciechowski
Université de Varsovie¹

I. Services de médias audiovisuels et services auxiliaires

En Pologne, les services de médias sont régis par l'*ustawa Prawo prasowe* (loi sur la presse de 1984)² qui établit les normes générales applicables à une « presse » définie au sens large dont la signification se rapproche de « médias de masse »³, y compris les règles relatives aux activités journalistiques et, dans le cas des services de programmes de radiodiffusion, par l'*ustawa o radiofonii i telewizji* (loi sur la radiodiffusion de 1992 – LR)⁴. A ce jour, les services de médias audiovisuels non linéaires ne sont pas spécifiquement réglementés. Ils ne sont soumis qu'aux règles générales fixées par la loi sur la presse. Toutefois, en septembre 2012, le gouvernement a présenté au parlement un projet de loi révisée sur la radiodiffusion, visant à réglementer les services à la demande conformément à la Directive Services de médias audiovisuels (SMAV)⁵.

1. Approche adoptée à l'égard des médias de service public

Les médias de service public (MSP) et les services de radiodiffusion commerciaux sont couverts par la LR. Toutefois, cette dernière contient des dispositions spéciales relatives à la mission de service public, aux tâches spécifiques, à la structure, à la gouvernance, aux activités et au financement des MSP⁶, qui affectent la puissance sur le marché de ces opérateurs de différentes manières. Conformément à la loi, le système des MSP se compose de deux organisations nationales, *Telewizja Polska S.A.* (Télévision

1) Docteur en droit, maître de conférences (*adiunkt*) à l'Université de Varsovie, Institut de droit civil, Département de la propriété intellectuelle ; conseiller juridique (*radca prawny*) à Varsovie - conseiller auprès du Conseil de TVP ; membre de la Commission polonaise du droit d'auteur.

2) Loi sur la presse du 26 janvier 1984, Journal officiel (*Dziennik Ustaw – « Dz.U. »*), n° 5, article 24, telle que modifiée.

3) La notion de « presse » couvre, en vertu de l'article 7 de la loi sur la presse, toute publication périodique qui ne constitue pas un tout fermé et homogène, paraissant au moins une fois par an, ayant un titre ou un nom régulier, un numéro et une date, y compris tout « média créé dans le cadre du progrès technologique, qui diffuse des publications périodiques par une technique d'impression, de visionnage, audio ou autre ».

4) Loi sur la radiodiffusion du 29 décembre 1992, version consolidée : *Dz.U.* de 2011, n° 43, article 226, telle que modifiée. Une traduction non officielle en anglais est disponible sur : www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/pliki/office/broadcasting-act_10-08-2011.pdf

5) Projet de loi modifiant la loi sur la radiodiffusion et certaines autres lois, adopté par le Conseil des Ministres le 21 août 2012 et présenté au Parlement le 5 septembre 2012. Le texte du projet est disponible, en polonais, sur : www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?documentId=9CBBAD0BA469231C1257A7200477E46

Un premier projet, qui visait à mettre en œuvre la Directive SMAV et concernait, en partie, les services de médias audiovisuels à la demande, avait été adopté à une écrasante majorité par le Sejm (la chambre basse du parlement) avant d'être rejeté par le Sénat (la chambre haute) en 2011, en réaction aux protestations de l'industrie d'internet et de quelques militants de la société civile. Les critiques remettaient en cause, notamment, l'obligation d'enregistrement qui aurait été imposée aux services de médias audiovisuels à la demande.

6) Articles 21-32 LR.

polonaise – TVP) et *Polskie Radio S.A.* (Radio polonaise – PR), et de 17 entreprises publiques régionales de radio. Conformément à la LR, TVP doit disposer de 16 agences régionales, chacune en charge d'une chaîne de télévision publique régionale ; dans la pratique, ces chaînes forment le réseau qui diffuse la chaîne d'information terrestre TVPInfo, avec des fenêtres régionales. Selon la loi, les organisations des MSP ne peuvent créer d'autres entreprises que si ces dernières entrent dans le cadre de leur mission de service public et avec l'accord de l'organisme de réglementation de la radio et de la télévision, le *Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji* (Conseil national de la radiodiffusion – KRRiT). La loi énumère les principales stations de radio et chaînes de télévision diffusées comme services de base par les organisations des MSP. D'autres chaînes ne peuvent être lancées que si certaines exigences spécifiques sont remplies, à savoir : elles doivent entrer dans les catégories répertoriées par la loi (chaînes locales, chaînes de transmission à l'étranger, chaînes thématiques), elles doivent remplir la mission de service public et, dans le cas des chaînes thématiques, elles doivent obtenir une licence du KRRiT. Des conditions supplémentaires sont souvent imposées dans ces licences. Les activités de communication commerciale des chaînes des MSP sont plus limitées que pour les chaînes commerciales : il leur est interdit d'interrompre leurs programmes par la publicité et le téléachat, à l'exception des événements sportifs contenant des pauses obligatoires et autres événements comportant des interruptions⁷.

2. Réglementation de l'entrée sur le marché

La loi sur la presse exige que l'activité de publication d'un quotidien ou d'un périodique soit enregistrée auprès d'un tribunal de première instance⁸. Selon la jurisprudence, cette exigence s'applique également aux versions électroniques de ces publications diffusées sur internet et aux publications électroniques indépendantes qui remplissent les critères définissant la presse et une publication quotidienne ou périodique⁹. Dans la pratique, l'enregistrement ressemble plutôt à une notification et il est pertinent principalement dans le contexte de la protection des titres de presse. La puissance sur le marché d'une entité d'édition ou sa structure de propriété n'a aucune pertinence à cet égard.

La radiodiffusion de services de programmes de radio ou de télévision requiert l'autorisation du KRRiT, excepté pour les services de programmes statutaires des MSP et les services de radiodiffusion par internet¹⁰. Le président du KRRiT accorde une licence de radiodiffusion sous la forme d'une décision administrative fondée sur une résolution du KRRiT. La radiodiffusion télévisée par internet, à savoir les services de programmes télévisés transmis exclusivement sur les réseaux d'information et de communication, doit être inscrite au registre tenu par le président du KRRiT depuis mai 2011¹¹. La retransmission de services de programmes, à l'exception de ceux bénéficiant d'un statut de *must carry* (obligation de distribution), est également soumise à enregistrement¹². La radiodiffusion audio par internet (radio sur internet) et les services de médias non linéaires (audio et audiovisuels) sont, jusqu'à présent, laissés en dehors du champ d'application de la loi sur la radiodiffusion et, par conséquent, en dehors de la réglementation de l'entrée sur le marché qu'elle assure. Le projet gouvernemental de révision de la LR, visant à réglementer les services de médias audiovisuels à la demande, ne propose aucun mécanisme de réglementation de l'entrée sur le marché *ex ante* (licence, enregistrement, notification). Au contraire, il contient une obligation de déclaration *ex post*. Les fournisseurs de services SMAV à la demande seraient tenus de remettre des rapports annuels au KRRiT sur leur activité, dans la mesure où ces services sont couverts par la LR. Le non-respect de cette obligation serait passible de sanctions, plutôt modérées.

7) Article 16a.7 LR. Cette exception est interprétée de façon restrictive. Elle est uniquement applicable aux événements qui échappent au contrôle du radiodiffuseur mais pas aux programmes enregistrés en studio et commandés par ce dernier. Voir l'arrêt de la Cour suprême du 29 octobre 2010, I CSK 646/09, décrit plus en détail au chapitre 4.2.

8) Articles 20-21, loi sur la presse.

9) Arrêt de la Cour suprême du 26 juillet 2007, IV KK 174/07.

10) Articles 33-40b LR.

11) Articles 41 et 44a LR, telle que modifiée par la loi du 25 mars 2011 (Dz.U. n° 85, article 459) qui révisait la loi sur la radiodiffusion pour mettre en œuvre la Directive SMAV en partie, c'est-à-dire en ce qui concerne les services linéaires.

12) Articles 41 et 44 LR.

3. Règles anti-concentration spécifiques aux médias (règles de propriété)

3.1. Les règles anti-concentration spécifiques aux médias prévues par la législation polonaise sont plutôt limitées. Elles ne s'appliquent qu'à la radiodiffusion et concernent l'octroi de licences. La loi sur la presse ne prévoit aucune règle sur la concentration ou sur la propriété des médias (limitations). Par conséquent, la presse écrite et les médias électroniques autres que les services de programmes de radiodiffusion ne sont soumis à aucune règle anti-concentration spécifique aux médias, à aucune limitation des capitaux étrangers ni même à aucune exigence législative eu égard à la transparence de la propriété des médias (à l'exception des obligations découlant des règles générales applicables aux sociétés).

3.2. Des règles anti-concentration spécifiques aux médias sont prévues par la LR. L'article 36.2.2 LR prévoit qu'une licence de radiodiffusion ne peut être accordée si la transmission du service de programmes pour lequel une licence est requise pourrait entraîner « une position dominante du demandeur dans les médias de masse dans la zone donnée ». Des dispositions similaires s'appliquent à une éventuelle révocation de licence et à un refus de consentement du KRRiT concernant la cession de droits accordés par la licence de radiodiffusion¹³. Conformément à l'article 38.2.1 LR, le KRRiT peut révoquer une licence de radiodiffusion si, par la transmission du service de programmes, le radiodiffuseur acquiert « une position dominante dans les médias de masse sur le marché en cause donné », telle que définie dans les dispositions sur la protection de la concurrence et des consommateurs¹⁴. Si le radiodiffuseur atteint une position dominante ainsi définie, le KRRiT est tenu, conformément à l'article 38a.3.1 LR, de refuser son consentement à la cession des droits accordés par la licence de radiodiffusion en cas de fusion, de scission ou de toute autre transformation de la société.

Différentes formulations sont utilisées selon que, d'une part, la licence est accordée (« une position dominante dans les médias de masse dans la zone donnée ») ou, d'autre part, la licence est révoquée ou la cession de licence refusée (« une position dominante dans les médias de masse sur le marché en cause donné » au sens du droit de la concurrence). Cette différence et l'absence de définition de l'expression « position dominante dans les médias de masse » sont sources d'incertitude quant à ce que l'expression « position dominante » recouvre concrètement dans ce contexte.

Dans le cas de l'attribution d'une licence, l'absence de référence au « marché en cause », et donc au droit de la concurrence, pourrait être interprétée comme une décision délibérée du législateur en faveur d'une approche plus large susceptible de permettre au KRRiT de s'éloigner d'un marché en cause défini de façon (peut-être) étroite au sens du droit de la concurrence (généralement limité à certaines parties du « marché de la radiodiffusion » entendu au sens large, par exemple le marché des chaînes de télévision nationales gratuites ou le marché de la télévision payante dans une zone géographique donnée) et de tenir compte de la position du demandeur dans l'ensemble des médias de masse (y compris, par exemple, les médias autres que de radiodiffusion, la presse papier et/ou électronique) dans la zone géographique donnée.

Même en cas de révocation d'une licence ou de refus de consentement pour la cession des droits relatifs à une licence, si la loi se réfère au marché en cause au sens du droit de la concurrence, la LR fait état d'une « position dominante dans les médias de masse », ce qui indique une approche spécifique aux médias, au moins du côté « produit » de la définition du marché en cause. Par conséquent, on peut supposer que les règles anti-concentration spécifiques aux médias de la LR, qui s'appliquent à l'attribution et à la révocation d'une licence de radiodiffusion ainsi qu'à l'obligation de consentement du KRRiT pour la cession des droits relatifs à une licence, font référence au marché des « médias de masse », au sens large du terme, qui est géographiquement pertinent. Conformément à la spécificité du droit des médias et à l'accent mis sur le processus de formation de l'opinion, le domaine des « médias de masse » dépasse en conséquence le simple marché de la radiodiffusion ou sa partie pertinente au sens du droit de la concurrence.

13) Les droits accordés par la licence de radiodiffusion sont en principe inaliénables et ne peuvent être cédés à l'acquéreur d'une entreprise en faillite (article 38a, par. 1 et 2 LR). Par exception, ils peuvent être cédés à une autre entité en cas de fusion, de scission ou de toute autre transformation d'une société commerciale, avec le consentement du KRRiT (article 38a par. 3 LR).

14) Voir chapitre I.4. ci-dessous.

Cette approche a été finalement adoptée dans la stratégie réglementaire du KRRiT pour la période 2011-2013¹⁵. Le KRRiT note la différence de logique et d'objectifs entre droit de la concurrence, d'une part, et droit des médias, d'autre part. Alors que le droit de la concurrence s'intéresse au bon fonctionnement du libre marché et de la libre concurrence entre les acteurs du marché, les règles anti-concentration spécifiques au marché des médias visent à assurer la protection du pluralisme des médias en se référant au pouvoir dominant dans la formation de l'opinion (plutôt qu'au pouvoir dominant sur le marché). Le KRRiT souligne que, contrairement au droit de la concurrence, l'article 36.2.2 LR, en faisant explicitement référence à une « position dominante dans la zone donnée » désigne la totalité du domaine des « médias de masse », ce qui inclut non seulement la radio et la télévision mais aussi, par exemple, les journaux. Par conséquent, si la part d'une entité donnée dans chacun de ces marchés distincts ne conduit à aucune position dominante sur aucun de ces marchés distincts, les règles du droit de la concurrence relatives à l'abus de position dominante ne s'appliquent pas, bien que l'entité puisse contrôler de grandes parties de la fourniture d'informations et d'opinions dans les médias dans la zone donnée. Dans un tel cas, il convient d'utiliser les règles anti-concentration spécifiques au marché des médias prévues par la LR. Le KRRiT indique que, pour l'application de ces règles, la définition d'une position dominante au regard du droit de la concurrence devrait être prise en compte *mutatis mutandis*, c'est-à-dire comme se référant à l'ensemble du domaine des médias de masse dans une zone donnée plutôt que (seulement) au marché en cause au sens du droit de la concurrence.

Le KRRiT admet que la législation en vigueur ne permet pas de prévenir efficacement les phénomènes qui mettent en danger le pluralisme des opinions et des sources d'information¹⁶. Cela résulte notamment de l'absence de définition claire de la position dominante dans les médias de masse et au manque de pouvoirs du KRRiT, lorsqu'il s'agit de recueillir les informations nécessaires pour analyser la concentration des médias.

Outre la possibilité de révoquer une licence ou de refuser son consentement à la cession de droits relatifs à une licence dans les cas de position dominante susmentionnés, la LR permet au KRRiT d'appliquer également ces mesures si une autre personne prend le contrôle direct ou indirect de l'activité du radiodiffuseur¹⁷. Cette disposition constitue également une certaine garantie contre une concentration non contrôlée des médias.

En outre, la loi polonaise sur la radiodiffusion fixe une limite de 49 % aux capitaux et au contrôle étrangers dans les entreprises auxquelles une licence de radiodiffusion peut être attribuée. De plus, l'achat et l'acquisition d'actions ou de participations dans une société titulaire d'une licence de radiodiffusion par une personne étrangère ou une entité contrôlée par une telle personne requièrent le consentement du KRRiT¹⁸. Ces limites ne s'appliquent pas aux personnes étrangères ni aux filiales de personnes étrangères ayant leur siège social ou résidence permanente dans l'Espace économique européen (EEE)¹⁹. L'exemption des personnes et des filiales basées dans l'EEE du respect de ces règles, exception introduite en 2004²⁰, a nettement réduit la portée concrète de la limite qui visait, à l'origine en 1992, à promouvoir les entreprises nationales de radiodiffusion et à les protéger contre les puissants acteurs étrangers susceptibles de dominer le marché.

Des règles anti-concentration spécifiques aux médias plus ambitieuses ont été proposées en 2002 et incluses à un projet visant à réviser la loi sur la radiodiffusion. Elles impliquaient l'interdiction de la propriété simultanée de chaînes de télévision nationales et de stations de radio nationales, ainsi que l'interdiction de détenir une licence de radiodiffusion pour les éditeurs de quotidiens ou de périodiques.

15) Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, *Strategia regulacyjna na lata 2011-2013*, 1^{er} mars 2011, p. 57-59, disponible (uniquement en polonais) sur : www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/pliki/publikacje/strategie/strategia_110420.pdf

16) *Ibidem*.

17) Articles 38.2.4 et 38a.2.2 LR.

18) Article 40a LR.

19) Article 35 LR.

20) Loi du 2 avril 2004 portant modification de la LR, Dz.U. n° 81, article 874, entrée en vigueur le 1^{er} mai 2004. Cette révision visait à assurer la conformité de la LR avec le droit de l'UE.

Ce projet a provoqué une grande controverse et a finalement été rejeté, après qu'a éclaté un scandale politique accompagné d'allégations de corruption, appelé « Rywin-gate »²¹. Depuis lors, tout débat public sur d'autres mesures anti-concentration spécifiques aux médias a été quasiment bloqué.

4. Aspects du droit de la concurrence

Le droit public de la concurrence, par opposition au droit privé de la concurrence déloyale, est principalement réglementé dans l'*ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów* (loi sur la concurrence et la protection du consommateur du 16 février 2007 – loi sur la concurrence – LC)²². Cette loi, en parallèle avec le droit de la concurrence de l'UE, interdit les pratiques restreignant la concurrence, y compris les accords restreignant la concurrence²³ et les abus de position dominante²⁴. Elle réglemente le contrôle des concentrations d'entreprises²⁵ et interdit les pratiques portant atteinte aux intérêts collectifs des consommateurs²⁶.

4.1. Une entreprise est supposée occuper une position dominante si sa part de marché sur le marché en cause est supérieure à 40 %²⁷. Cette présomption est, toutefois, réfragable. La définition de « position dominante » dans la LC ainsi que dans la jurisprudence correspondante indique clairement qu'une part de marché élevée ne suffit pas en elle-même à déterminer la position dominante d'une entreprise. Selon la loi, une entreprise occupe une « position dominante » sur le marché lorsqu'elle peut (1) empêcher une concurrence effective sur le marché en cause et ainsi (2) agir dans une large mesure indépendamment de ses concurrents, parties contractantes et consommateurs. Les deux conditions doivent être remplies. Cette définition est également utilisée dans le cas des médias. Par exemple, dans le cas de l'entrée sur le marché d'un nouveau titre de la presse populaire (*Fakt* par Axel Springer) proposé à petit prix et atteignant une part de marché élevée dans la presse populaire (supérieure à 40 %), la cour d'appel de Varsovie a validé l'évaluation par l'autorité de la concurrence selon laquelle aucun abus de position dominante n'avait eu lieu. La cour a fait référence auxdites conditions et souligné que la domination du marché doit être stable et suffisamment longue et, qu'en principe, elle était impossible pour un nouvel entrant²⁸.

L'expression « marché en cause » signifie, selon la LC, un marché de biens²⁹ que les consommateurs, en raison de l'utilisation prévue de ces biens, de leur prix et de leurs caractéristiques, y compris leur qualité, considèrent comme substituables, et qui sont proposés dans une zone dans laquelle les conditions de la concurrence, en raison de leur nature et de leurs caractéristiques (par exemple, existence de barrières d'accès au marché, préférences des consommateurs, différences significatives dans les prix et les coûts de transport), sont suffisamment homogènes³⁰.

Dans le cadre des services de médias audiovisuels, les définitions de marchés adoptées dans la jurisprudence de l'*Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Bureau de la concurrence et de la

21) Le « Rywin-gate » a été décrit dans le rapport final de l'étude intitulée « *the information of the citizen in the EU: obligations for the media and the Institutions concerning the citizen's right to be fully and objectively informed* » (l'information du citoyen dans l'UE : obligations pour les médias et les institutions concernant le droit du citoyen à être pleinement et objectivement informé), préparé au nom du Parlement européen par l'Institut européen des médias, Düsseldorf, 31 août 2004, partie II, Pologne, p.156 (étude EMI 2004).

22) Dz.U. n° 50, article 331, telle que modifiée. La traduction anglaise de la loi est disponible sur le site web de l'autorité de la concurrence : www.uokik.gov.pl/competition_protection.php

23) Articles 6-8 LC.

24) Article 9 LC.

25) Articles 13 et suiv. LC. Toute concentration envisagée doit être notifiée à l'autorité de la concurrence si le chiffre d'affaires mondial combiné des entreprises participantes, pour leur précédent exercice, est supérieur à 1 milliard EUR et/ou si leur chiffre d'affaires combiné en Pologne pour ce même exercice dépasse 50 millions EUR. L'autorité de la concurrence, par voie de décision administrative, donne son consentement à la mise en œuvre d'une concentration qui n'entraîne pas d'obstacles importants à la concurrence sur le marché en cause, en particulier par la création ou le renforcement d'une position dominante (article 18 LC).

26) Articles 24 et suiv. LC.

27) Article 4.10 LC.

28) Arrêt de la cour d'appel de Varsovie du 20 novembre 2008, VI ACa 704/08, *Fakt c. Super Express*.

29) Le terme « biens » est compris généralement aux fins de la LC comme : « articles ainsi que toutes formes d'énergie, valeurs mobilières et autres droits de propriété, services ainsi que travaux de construction » (article 4.7 LC). En conséquence, la notion couvre également les services, y compris audiovisuels.

30) Article 4.9 LC.

aprotection des consommateurs – UOKiK)³¹ et des tribunaux, font souvent référence à des décisions de premier plan au regard du droit de la concurrence de l'UE, mais tiennent également compte des circonstances nationales et des spécificités des marchés locaux.

La jurisprudence distingue les différents marchés en cause dans le secteur de la radiodiffusion, établissant par conséquent que le marché de la radiodiffusion n'est pas homogène. Déjà en 2002, l'UOKiK a traité d'une affaire concernant l'abus de position dominante par la télévision de service public polonaise (Telewizja Polska – TVP) via des remises accordées sur son espace publicitaire aux clients lui confiant plus de 50 % de leur budget publicitaire, et a décidé que le marché en cause était le marché de la diffusion des publicités télévisées sur les chaînes de télévision gratuite³². Ainsi, l'autorité, en se référant à la jurisprudence du droit de la concurrence de l'UE³³, distinguait, au sein du marché de la radiodiffusion télévisuelle, le marché de la télévision payante et le marché de la télévision gratuite. Ce dernier était considéré comme comprenant la télévision commerciale financée par la publicité et la télévision de service public financée par la redevance et la publicité. Cette distinction a, par la suite, été confirmée par l'UOKiK et les tribunaux dans d'autres affaires³⁴. De plus, la tendance semble être à une différenciation accrue, notamment en ce qui concerne le marché de la télévision payante.

Dans plusieurs cas concernant les relations entre les radiodiffuseurs de chaînes de télévision payante et les câblo-opérateurs, l'UOKiK et les tribunaux ont identifié au sein du marché national de la télévision payante plusieurs marchés nationaux en cause pour les chaînes de télévision payante en langue polonaise spécialisées dans des genres ou thèmes spécifiques.

En 2006, le *Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (tribunal de la concurrence et de la protection des consommateurs – SOKiK), compétent pour statuer sur les appels interjetés contre les décisions de l'UOKiK, a confirmé l'évaluation de l'autorité selon laquelle il existait *le marché national des chaînes d'information payantes en polonais* et *le marché national des chaînes de prévisions météorologiques payantes en polonais*. L'affaire portait sur l'abus de position dominante par le radiodiffuseur de ces chaînes polonaises (TVN24, TVN Meteo) qui, à l'époque, étaient les seuls services fournis dans leurs profils thématiques respectifs sur le marché de la télévision polonaise. L'abus a été commis en imposant au câblo-opérateur l'obligation contractuelle de retransmettre ces chaînes sur l'ensemble de ses réseaux câblés dans différentes villes³⁵.

De même, en 2008, le tribunal a estimé, conformément à l'avis de l'UOKiK, que le radiodiffuseur de la chaîne *Animal Planet* avait abusé de sa position dominante sur le *marché national de la distribution en gros de chaînes payantes sur la science et la nature dans une version en langue polonaise*, identifié par l'UOKiK comme un marché distinct, en proposant potentiellement des prix inférieurs aux câblo-opérateurs appartenant à l'une de ses organisations professionnelles³⁶. Dans ce cas, l'UOKiK a différencié tout d'abord au sein du marché de la télévision payante (1) le marché des chaînes de base et (2) le marché des chaînes premium (caractérisées par la présence de films diffusés peu de temps après leur sortie dans les salles et par la couverture des manifestations sportives les plus importantes, ainsi que par un prix plus élevé des abonnements). Ensuite, l'UOKiK a jugé nécessaire de distinguer davantage le marché de la télévision payante pour les chaînes de base et a différencié les chaînes consacrées respectivement (1) aux informations(2), au divertissement (3) au cinéma, (4) au sport (5), à la musique, (6) à la jeunesse, (7) à la science et à la nature et (8) les chaînes généralistes. Le tribunal a estimé que cette nouvelle segmentation du marché de la télévision payante pour les chaînes de base était justifiée et a rejeté l'argument de l'appelant selon lequel une approche aussi étroite des marchés de la télévision

31) En vertu de la LC, l'autorité nationale compétente pour délivrer les décisions administratives en matière de droit de la concurrence est le président de l'UOKiK. Dans le texte, nous utilisons indifféremment jurisprudence, décisions, pratique de l'UOKiK, chaque fois que les décisions du président de l'UOKiK sont mentionnées.

32) Décision de l'UOKiK du 16 décembre 2002, DDI-110/2002, *Publicité sur TVP*. L'UOKiK a conclu qu'il avait été mis un terme à cette pratique.

33) Décisions de la Commission de la CE dans les affaires : COMP/M. 469, *MSG Media Service*, JO 1994, L 364, p. 1 ; COMP/M. 779, *Bertelsmann/CLT*, JO 1996, C 364, p. 3 ; COMP/M. 553, *RTL/Veronica/Endemol*, JO 1996, L 134, p. 32.

34) Voir, par exemple : décision de l'UOKiK du 5 octobre 2004, RPZ 24/2004, *Telewizja Kablowa Poznań* ; décision de l'UOKiK du 12 février 2012, DOK-1/2010, *Diffusion publique de l'Euro 2008* ; décisions de l'UOKiK du 14 septembre 2012, DKK-93/2012 *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision* et DKK-94/2012, *Canal+/N-vision* ; arrêts mentionnés dans les deux notes de bas de page suivantes.

35) Arrêt du SOKiK du 14 septembre 2006, XVII Ama 71/05, *TVN24/TVN Meteo*.

36) Arrêt du SOKiK du 28 novembre 2008, XVII Ama 107/07, *Animal Planete*.

payante ne serait pas conforme à la jurisprudence en vertu du droit de l'UE, en se référant *inter alia* à l'affaire *Hoffmann-La Roche* dans laquelle des groupes de vitamines étaient considérés comme des marchés en cause distincts.

De même, dans l'affaire concernant la fusion de Polsat et de JimJam par la création d'une nouvelle entreprise (Polsat JimJam) visant à produire et à diffuser une chaîne de télévision pour les enfants, l'UOKiK a estimé que la fusion avait un impact vertical sur le marché national de la vente/acquisition de services de programmes télévisés pour les enfants³⁷.

La tendance à adopter une définition étroite du marché en cause dans les affaires relevant du droit de la concurrence et concernant les médias, et notamment la radiodiffusion, est conforme à la jurisprudence nationale relative à la presse écrite³⁸. Elle va de pair avec l'approche étroite adoptée dans les affaires concernant les télécommunications et a des conséquences sur les fusions, y compris dans les secteurs des médias et des télécommunications. En 2011, l'UOKiK a évalué la prise de contrôle de Polkomtel, l'un des trois principaux opérateurs de téléphonie mobile, par la société Spartan Holding. Cette dernière appartient au groupe d'investissement contrôlé par Zygmunt Solorz-Zak (groupe ZSZ) qui comprend, *inter alia*, l'une des deux principales chaînes de télévision nationales privées, Polsat, et d'autres chaînes de télévision, la plateforme de télévision par satellite Cyfrowy Polsat (CP) et plusieurs services de VoD majeurs (Ipla/Iplex). La fusion a été considérée comme une importante concentration dans un secteur des médias et des télécommunications convergent. L'UOKiK a autorisé l'opération, après évaluation globale de son incidence sur le marché national des services de télécommunications, et a conclu que la fusion n'entraverait pas significativement la concurrence sur les marchés en cause identifiés des services de télécommunications mobiles, affectés à la fois horizontalement et verticalement³⁹. L'UOKiK n'a trouvé aucune restriction sensible de la concurrence parce que, même si Polkomtel avait une position forte, mais pas dominante, la position du groupe ZSZ sur ces marchés restait marginale. L'UOKiK a également noté l'incidence de la fusion sur le marché national de la diffusion de services de programmes de radio et de télévision par l'intermédiaire de plateformes satellitaires numériques sur la base des bouquets de programmes utilisés par CP. Toutefois, l'autorité n'a trouvé aucune raison d'évaluer si la puissance de CP sur ce marché serait transférée aux marchés (des télécommunications) affectés par la fusion, en particulier parce que : 1) il n'existe pas de complémentarité étroite entre la télévision payante et les services de téléphonie mobile, 2) les autres opérateurs mobiles peuvent créer des bouquets avec des concurrents de CP et 3) compte tenu du nombre beaucoup plus restreint d'abonnés aux services de télévision payante de CP, par rapport à la taille du marché de la téléphonie mobile et au nombre d'abonnés de chacun de ses acteurs, il n'existe aucun risque de verrouillage du marché de la téléphonie mobile pour les autres participants⁴⁰.

En fait, les aspects de la puissance sur le marché spécifiques aux médias associés à cette importante fusion n'ont pas été évalués, ce qui peut étayer l'affirmation selon laquelle une réglementation du pouvoir de marché spécifique aux médias est nécessaire et le pluralisme des médias, en tant qu'objectif d'intérêt public, devrait être pris davantage en compte dans les affaires relevant du droit de la concurrence.

37) Décision de l'UOKiK du 9 mars 2010, DKK-24/10, *Polsat JimJam*. L'autorité a autorisé la concentration, estimant qu'elle ne restreindrait pas sensiblement la concurrence, compte tenu de la richesse de l'offre de chaînes de télévision destinées aux enfants.

38) Pour la presse écrite, l'UOKiK et les tribunaux ont conclu que ces marchés en cause existent, par exemple le marché national des journaux populaires (arrêt de la cour d'appel de Varsovie du 20 novembre 2008, VI ACa 704/08, *Fakt c. Super Express*) ou le marché national des quotidiens sportifs (arrêt de la Cour suprême du 19 août 2009, III SK 5/09, *Przegląd Sportowy c. Sport*). Dans ce dernier cas, la Cour suprême a rejeté l'argument selon lequel les quotidiens généralistes incluant des suppléments ou des sections importantes consacrées au sport, peuvent constituer un substitut pour les quotidiens sportifs et elle a considéré qu'il est nécessaire de distinguer les catégories de quotidiens suivantes : généralistes, sportifs et financiers.

39) L'UOKiK a défini comme marchés en cause affectés horizontalement par la fusion : le marché national des services de télécommunications de détail sur les réseaux mobiles publics et le marché national des services de détail de l'accès à internet haut débit mobile ; le marché affecté verticalement a été défini comme le marché national de gros pour l'accès et l'initiation des connexions dans les réseaux mobiles publics de télécommunications. En ce qui concerne les services d'accès à internet, l'UOKiK a estimé que les services de téléphonie fixe et mobile ne sont pas substituables et appartiennent à des marchés de produits en cause différents.

40) Décision de l'UOKiK du 24 octobre 2011, DKK-126/11, *Spartan/Polkomtel*.

Une autre fusion importante de deux grands groupes de médias audiovisuels, Canal+ et ITI/TVN, dans laquelle le rôle actif était assumé par Canal+, a été approuvée par l'UOKiK en septembre 2012. La fusion comprend deux opérations :

1. l'acquisition du contrôle conjoint par le Groupe Canal+ et TVN sur l'entité issue de la fusion de Canal+ Cyfrowy et ITI Neovision⁴¹ ;
2. l'acquisition du contrôle par le Groupe Canal+ sur la société de portefeuille N-Vision qui contrôle notamment le radiodiffuseur TVN⁴² et ITI Neovision⁴³.

Le résultat pratique de ces opérations sera la fusion de deux plateformes de télévision payante par satellite : Cyfra+ appartenant à Canal+ Cyfrowy et « n » appartenant à ITI Neovision⁴⁴. Canal+ prend le contrôle d'un radiodiffuseur majeur de chaînes gratuites et de télévision payante (TVN) et de l'entreprise qui gère *inter alia* la plateforme de télévision payante concurrente (ITI Neovision)⁴⁵.

L'UOKiK a établi que ces opérations affectaient horizontalement les marchés suivants : (1) le marché national de l'octroi de licences aux chaînes de télévision payantes, (2) le marché de l'accès aux services de télévision payante dans différentes zones géographiques (nationales et locales) et (3) le marché national de la publicité télévisée. Même si les entreprises participant à la fusion auraient sur chacun de ces marchés une part cumulée supérieure à 20 %, l'UOKiK a estimé que les concentrations n'entraîneraient pas la création d'une position dominante et ne restreindraient pas sensiblement la concurrence d'autres façons. Au contraire, la concentration était le résultat d'une forte concurrence sur chacun des marchés en cause, dans le cas de l'octroi de licences aux chaînes de télévision payante et de l'accès à la télévision payante en particulier de la part de Cyfrowy Polsat, d'UPC et d'autres câblo-opérateurs majeurs et, dans le cas de la publicité télévisée, de la part de Polsat et de TVP.

L'UOKiK a noté la structure oligopolistique des marchés de l'accès à la télévision payante et de la publicité télévisée et a estimé que la fusion permettrait de renforcer cette tendance ; toutefois, compte tenu de la forte concurrence au sein de ces oligopoles, l'autorité ne voyait aucune menace significative pour la concurrence. Cette évaluation a été largement influencée par la délimitation choisie des marchés en cause et, en particulier, par la définition large du marché de l'accès aux services de télévision payante, le plus affecté par la fusion. Ce marché a été défini comme comprenant des services de plateformes de télévision payante par satellite, de télévision par câble et d'IPTV considérés comme substituables ; la question est traitée plus en détail au chapitre II. En ce qui concerne le marché national de l'octroi de licences aux chaînes de télévision payante, l'UOKiK a différencié tout d'abord la télévision gratuite et la télévision payante puis, conformément à la jurisprudence antérieure, il a vu des raisons justifiant une nouvelle segmentation du marché en fonction de la nature thématique des chaînes et a identifié les marchés des chaînes de cinéma, des chaînes de sport et autres chaînes thématiques. Toutefois, l'UOKiK a estimé que la fusion ne menaçait pas la concurrence, que ce soit sur l'un quelconque de ces segments ou sur le marché de l'octroi de licence aux chaînes de télévision payante au sens large, en particulier parce que la part des entreprises participant à la fusion sur chacun de ces marchés était nettement inférieure à 40 % (le seuil pour la présomption de position dominante). L'UOKiK a pris en compte la position établie des concédants nationaux (CP) et transnationaux (y compris Time Warner, News Corp., Discovery Communications, MTV Networks) concurrents ayant des ressources importantes, le nombre croissant de chaînes distribuées en version polonaise (plus de 50 nouvelles chaînes ces cinq dernières années) et le modèle économique prévalant qui consiste à les distribuer le plus largement possible, y compris sur des plateformes gérées par des groupes de médias concurrents.

41) Décision de l'UOKiK du 14 septembre 2012, DKK-93/2012, *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision*.

42) TVN est le radiodiffuseur de chaînes généralistes gratuites telles que TVN et TVN7 ainsi que de chaînes thématiques payantes telles que TVN24, TVN Meteo, TVN Turbo, TVN Style, TVN CNBC.

43) Décision de l'UOKiK du 14 septembre 2012, DKK-94/2012, *Canal+/N-Vision*.

44) Le nombre d'abonnés des trois plateformes de télévision payante par satellite fin 2011 était de (en millions) : Cyfrowy Polsat - 3,5 ; Cyfra+ - 1,55 ; « n » - 1,275 (source : KRRiT).

45) Ce contrôle doit être exercé par Canal+ avec ITI (International Trading and Investments) Holdings S.A., l'entité dominante du groupe ITI qui comprend la société de portefeuille N-Vision, qui contrôle *inter alia* TVN et ITI Neovision. Le rachat par Canal+ du contrôle conjoint de N-Vision sera effectué par l'acquisition de 40 % des actions et de certains droits garantissant un contrôle conjoint. La fusion de Canal+ Cyfrowy et d'ITI Neovision consiste en un transfert des actifs de Canal+ Cyfrowy à ITI Neovision contre une participation dans le capital social levé.

Le contrôle des marchés de contenu a été au cœur d'une affaire importante au sujet d'un accord entre Canal+ et la Fédération polonaise de football (PZPN). La PZPN avait accordé au radiodiffuseur le droit de préemption eu égard aux droits exclusifs sur la radiodiffusion télévisuelle des matches de la ligue de football polonaise. L'UOKiK et les tribunaux, y compris la Cour suprême, ont estimé que l'accord limitait l'accès au marché et en éliminait les entreprises qui n'étaient pas parties à l'accord. Le marché en cause a été défini comme étant le marché national des droits de transmissions télévisées des matches de football de la ligue polonaise⁴⁶.

Par la suite, une définition étroite du marché, eu égard aux droits sportifs, a été également adoptée par l'UOKiK dans la décision concernant la diffusion publique des matches de football de l'Euro 2008, dans laquelle le côté « produit » du marché en cause était limité par référence aux matches au sein d'un événement donné qui n'avaient pas de substitut. Il a été estimé que Cyfrowy Polsat (opérateur d'une plateforme de télévision payante par satellite appartenant au groupe ZSZ) avait abusé, en tant que vendeur exclusif, de sa position dominante sur le *marché national de la vente de droits de transmission publique de l'Euro 2008* en soumettant la vente de ces droits à l'achat par les entreprises intéressées d'un décodeur et d'un service d'assistance technique, mais s'était engagée à effacer les conséquences de cette pratique⁴⁷.

En ce qui concerne le marché publicitaire, l'UOKiK suit la pratique décisionnelle de la Commission européenne⁴⁸ selon laquelle la publicité télévisée et la publicité sur internet constituent des marchés de produits distincts, en raison notamment de différences dans l'atteinte des destinataires visés, dans la mesure de l'efficacité et dans les mécanismes de tarification. Ces marchés sont définis du point de vue géographique comme étant nationaux⁴⁹.

4.2. Le droit public général de la concurrence, en tant qu'instrument de contrôle de la puissance et du comportement sur le marché dans le secteur des médias, est complété par l'application du droit privé de la concurrence déloyale⁵⁰. Ceci est illustré par une affaire concernant l'interruption des programmes des chaînes de télévision de service public (TVP) par la publicité. Ces interruptions sont interdites par la LR, à l'exception des pauses naturelles dans le cas de manifestations sportives et de quelques autres transmissions d'événements. Les tribunaux, dont la Cour suprême, ont estimé que cette exception doit être interprétée de manière restrictive comme étant applicable seulement aux transmissions d'événements qui échappent au contrôle du radiodiffuseur et que le radiodiffuseur de service public n'est pas autorisé à insérer de la publicité pendant les pauses dans les programmes de divertissement commandés, même si ces interruptions sont justifiées pour des raisons techniques, comme un changement de scénographie ou le nettoyage d'un lieu de compétition. Par conséquent, il a été ordonné à TVP de cesser ces actes considérés comme constitutifs de concurrence déloyale. Fait intéressant, les tribunaux ont fait référence aux objectifs de l'interdiction, tels que la protection des téléspectateurs et la préservation d'un équilibre concurrentiel entre radiodiffuseurs publics et privés⁵¹.

46) Arrêt de la Cour suprême du 7 janvier 2010, II SK 16/08, *PZPN c. Canal+*.

47) Décision de l'UOKiK du 12 février 2012, DOK-1/2010, *Diffusion publique de l'Euro 2008*. L'autorité, se référant à sa décision du 29 mai 2006, DOK-49/06, dans l'affaire *PZPN/Canal+* (confirmée par la décision de la Cour suprême, op cit. (voir la précédente note de bas de page)) et à la décision de la Commission européenne du 23 juillet 2003, C 2003/778/CE, *Ligue des champions de l'UEFA*, a pris note des « définitions plus étroites du marché eu égard aux compétitions de football » dans les affaires relevant du droit de la concurrence.

48) Décision de la Commission européenne du 11 mars 2008, COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*.

49) Décisions de l'UOKiK du 14 septembre 2012, DKK-93/2012, *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision* et DKK-94/2012, *Canal+/N-Vision*. En ce qui concerne le *marché national de la publicité sur internet*, décision de l'UOKiK du 18 septembre 2012, DKK-95/2012, *Ringier Axel Springer Media/Onet.pl* (selon le communiqué de presse : www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=3639).

50) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, loi sur la concurrence déloyale du 16 avril 1993, texte consolidé : Dz.U. de 2003, n° 153, article 1503, telle que modifiée (LCD) ; la loi, qui comprend à la fois la clause générale sur la concurrence déloyale et la liste des délits spécifiques, s'applique au B2B et au B2C. En 2007, ce dernier domaine d'application de la LCD est devenu moins pertinent, la protection des consommateurs étant complétée par *ustawa o nieuczciwych praktykach rynkowych*, la loi sur les pratiques commerciales déloyales du 23 août 2007, Dz.U. n° 171, article 1206 (LPCD), mettant en œuvre la Directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales. La LPCD et (dans une moindre mesure) la LCD sont pertinentes pour l'application du droit public général de la concurrence parce que les activités illégales (au sens de ces lois) des entreprises, si elles sont préjudiciables aux intérêts collectifs des consommateurs, constituent une pratique enfreignant les intérêts collectifs des consommateurs (article 24.2.3 LC).

51) Arrêt de la Cour suprême du 29 octobre 2010, I CSK 646/09.

4.3. La législation polonaise relative au droit d'auteur⁵² ne comprend pas de dispositions visant spécifiquement à limiter la puissance sur le marché dans le secteur des médias. Elle prévoit toutefois une protection de la position des auteurs et des artistes interprètes ou exécutants, notamment à travers le renforcement de leur position contractuelle⁵³, des droits à rémunération inaliénables exercés exclusivement par l'intermédiaire de sociétés de gestion collective (par exemple, pour les auteurs et les artistes interprètes ou exécutants d'œuvres audiovisuelles)⁵⁴ et d'un droit à rémunération pour les artistes interprètes ou exécutants distinct du droit des producteurs de phonogrammes en cas de radiodiffusion de phonogrammes⁵⁵. Dans le cas d'une œuvre collective, dont le producteur ou l'éditeur détient le droit d'auteur, les auteurs détiennent les droits sur les parties spécifiques qu'ils ont créées mais ils peuvent céder ces droits par voie contractuelle⁵⁶.

Ces dispositions ont une certaine incidence indirecte sur le cumul de puissance dans l'industrie des médias et du divertissement, bien qu'elles n'empêchent pas les accords de rachat largement utilisés.

Pour la mise à disposition par la radiodiffusion et « sur des services comparables à de la radiodiffusion » (les services à la demande) de petites œuvres musicales et littéraires publiées (petits droits), le droit polonais prévoit une solution similaire au système d'octroi de licences collectives étendues, afin de garantir l'accès au répertoire : ces droits ne peuvent être acquis qu'en vertu d'un accord avec une société de gestion collective, à moins que l'auteur n'y renonce par un accord signé avec le radiodiffuseur⁵⁷.

Également, les dispositions concernant les sociétés de gestion collective incluent des garanties contre les abus de pouvoir sur le marché, y compris l'interdiction de refuser une licence sans raison valable⁵⁸, l'obligation d'égalité de traitement des droits des membres et autres personnes représentées⁵⁹, l'obligation d'accepter la gestion des droits⁶⁰, l'obligation de présenter les tarifs applicables à certaines utilisations pour approbation à la Commission du droit d'auteur⁶¹ et des critères légaux pour calculer la rémunération des organismes de gestion collective (par exemple, les revenus provenant de l'exploitation, ainsi que la nature et la portée de l'utilisation)⁶².

Ces mesures de protection établies par la législation relative au droit d'auteur sont complétées par la législation relative à la concurrence. Bien que cette dernière s'entende généralement sans préjudice (de l'existence) des droits de propriété intellectuelle, elle est applicable aux contrats entre entreprises, en particulier aux licences, ainsi qu'à d'autres pratiques relatives à l'exercice de ces droits⁶³. L'application de la législation relative à la concurrence tient compte des dispositions de la législation relative au droit d'auteur. La jurisprudence en matière de restrictions de la concurrence résultant de l'exercice du droit

52) *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, loi sur le droit d'auteur et les droits voisins du 4 février 1994 (loi sur le droit d'auteur – LDA), texte consolidé : Dz.U. de 2006, n° 94, article 658, telle que modifiée. Une traduction non officielle en anglais est disponible sur : www.mkidn.gov.pl/media/docs/20110512_Act_on_Copyright_and_Related_Rights.pdf

53) Articles 41-68 LDA.

54) L'article 70.2¹ de la LDA accorde aux co-auteurs d'œuvres audiovisuelles et aux artistes interprètes ou exécutants le droit à une rémunération pour les diffusions en salle de cinéma, la location de copies et leur diffusion publique, la télédiffusion et la reproduction de la copie à usage individuel. Des droits à rémunération inaliénables sont également accordés par la LDA en cas de *droit de suite* (articles 19-19⁵), de redevances pour copie privée (article 20), de redevances pour reprographie (article 20¹), de la rémunération pour mise à disposition payante d'œuvres par des centres d'information et de documentation (article 30).

55) Articles 86.3 et 94.4 de la LDA, contrairement à l'article 12 de la Convention de Rome, à l'article 15 du traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes et à l'article 8.2 de la directive sur la location qui prévoient le droit à une rémunération équitable *unique* pour les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes. Dans la pratique, des droits à rémunération distincts pour la radiodiffusion de phonogrammes commerciaux sont également exercés en Pologne par les différentes sociétés de gestion collective dans le cas des artistes interprètes ou exécutants (SWAP, STOART, STL) et des producteurs (ZPAV).

56) Article 11 LDA.

57) Article 22 LDA.

58) Article 106.2 LDA. Les tribunaux interprètent cette disposition comme « un devoir de contrat », lié au traitement non discriminatoire des titulaires de licence eu égard aux conditions contractuelles, y compris au niveau de rémunération, dans l'intérêt de l'égalité des chances pour les entrepreneurs, potentiels titulaires de licence, et ainsi d'une concurrence non faussée. Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour suprême du 2 avril 2009, III CSK 19/08 ; l'arrêt de la Cour suprême du 26 juin 2004, V KKN 411/01.

59) Article 106.1 LDA.

60) Article 106.3 LDA.

61) Article 110¹².2 LDA.

62) Article 110 LDA.

63) Article 2 LC.

d'auteur concerne notamment les pratiques des sociétés de gestion (traitées comme des entreprises⁶⁴) telles que : demander un niveau excessif de rémunération pour les licences en l'absence de tarifs approuvés et refuser une licence sans raison importante⁶⁵, imposer aux auteurs la cession à la société de gestion collective de droits différents (représentation publique, reproduction et radiodiffusion) et subordonner la gestion des droits à une telle cession⁶⁶, conclure des accords entre sociétés de gestion collective fixant un niveau minimum de rémunération pour certaines utilisations (films sur DVD)⁶⁷.

5. Obligations de *must-offer*

Les règles de *must-offer* (obligation d'offre), en tant que complément aux règles de *must-carry*, ont été introduites en 2011⁶⁸.

La composante de *must-offer* du nouveau système réside dans la règle selon laquelle le radiodiffuseur d'un service de programmes ayant le statut de *must-carry* (voir ci-dessous, chapitre III.) ne peut pas refuser à un opérateur de retransmission son consentement pour retransmettre ce service de programmes et ne peut pas subordonner un tel consentement au versement d'une quelconque rémunération, notamment d'une somme pour l'attribution d'une licence en vue de l'utilisation de la diffusion⁶⁹. En outre, un radiodiffuseur doit mettre gratuitement à disposition les services de programmes bénéficiant du statut de *must-carry* aux opérateurs qui souhaitent les retransmettre, dans les 14 jours suivant la demande. Si le radiodiffuseur ne respecte pas cette obligation, le président du KRRiT, sur requête de l'opérateur, peut imposer au radiodiffuseur de s'exécuter, dans les 14 jours suivant la présentation de la demande. L'opérateur de retransmission est tenu de retransmettre et de proposer le service de programmes concerné et d'informer qu'il est disponible pour une réception gratuite et universelle, également par transmission numérique terrestre⁷⁰.

L'octroi de l'accès aux archives des radiodiffuseurs de service public, réglementé par la loi sur les archives⁷¹, sert principalement à l'éducation, à la recherche et à la science, plutôt qu'à ouvrir les archives en vue de leur utilisation commerciale par des concurrents. Ce dernier aspect est soumis au droit général de la concurrence.

6. Règles spécifiques aux services permettant ou facilitant l'utilisation ou la réception

L'*Ustawa Prawo telekomunikacyjne* (loi sur les télécommunications – LT)⁷², établit certaines normes pour les transmissions de radio et de télévision numériques et pour les récepteurs numériques. Elle requiert que ces réseaux et équipements assurent l'interopérabilité des transmissions, notamment en recourant à une interface ouverte du logiciel d'application⁷³. Les réseaux utilisés pour la transmission de télévision numérique doivent répondre aux exigences fixées pour la fourniture de services de télévision grand écran et les opérateurs qui reçoivent des services de programmes sous un tel

64) Arrêt de la Cour suprême du 6 décembre 2007, III CSK 16/07.

65) Arrêt de la Cour suprême du 2 avril 2009, III CSK 19/08.

66) Arrêt de la Cour suprême du 6 décembre 2007, III CSK 16/07.

67) Arrêt de la cour d'appel de Varsovie, 1^{er} mars 2012, VI ACa 1179-1111.

68) Articles 43-43a LR, telle que modifiée par *ustawa o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej*, la loi sur l'introduction de la télévision numérique terrestre du 30 juin 2011, Dz.U. n° 153, article 903 – Loi sur la télévision numérique terrestre – LTNT.

69) Article 43.2 LR.

70) Article 43a LR.

71) Loi du 14 juillet 1983 sur les ressources d'archives nationales et les archives, texte consolidé : Dz.U. de 2011, n° 123, article 698, telle que modifiée. En vertu de l'article 17.3 de la loi, le ministre de la Culture et du Patrimoine national, après consultation avec le KRRiT, a publié le règlement du 22 mai 2006 relatif aux modalités et procédures détaillées de collecte, catalogage, qualification, classification et mise à disposition des matériels d'archive des entités de la radiodiffusion de service public. Le règlement détermine en ses paragraphes 33-37 les règles d'accès aux matériels d'archive des MSP et aux informations du catalogue. En principe, les matériels audio et vidéo sont mis à disposition, sur demande écrite, dans les locaux de l'entité de MSP concernée.

72) Loi sur les télécommunications du 16 juillet 2004, Dz.U. n° 171, article 1800, telle que modifiée. La traduction en anglais est disponible sur : www.en.uke.gov.pl/_gAllery/10/58/1058/telecommunications_law.pdf

73) Article 132.1 LT.

format, doivent les diffuser sans modification du format⁷⁴. De plus, à partir de 2011, les récepteurs numériques doivent permettre la réception de transmissions de télévision numérique non codées et le décodage par algorithme uniforme des transmissions de télévision numérique codées⁷⁵. Les entreprises commercialisant les récepteurs numériques ne peuvent vendre un matériel ne remplissant pas ces conditions que si l'acheteur a été correctement informé à cet égard. En ce qui concerne la campagne d'information sur le passage au numérique, la loi impose également d'autres obligations aux vendeurs de récepteurs numériques, aux radiodiffuseurs et aux autorités⁷⁶.

La LT impose également des obligations aux entreprises de télécommunications fournissant des systèmes d'accès conditionnel (SAC). Elles doivent notamment proposer aux radiodiffuseurs, selon des conditions équitables et non discriminatoires, des services permettant la réception des transmissions de radio et de télévision numériques⁷⁷ et tenir des comptes séparés pour leurs services SAC⁷⁸. Les titulaires de droits de propriété industrielle envers les SAC ont le devoir de concéder des licences, selon des conditions équitables et non discriminatoires, aux fabricants de matériel grand public destiné à la réception de transmissions de radio et de télévision numériques. Ce faisant, ces ayants droit ne peuvent empêcher les fabricants d'inclure à ces équipements une interface commune permettant une connexion à d'autres SAC et/ou éléments pertinents pour d'autres SAC⁷⁹. L'autorité des télécommunications peut imposer aux entreprises l'obligation de fournir un accès aux installations connexes, à savoir interfaces de programme d'application (API) et guides électroniques de programmes (EPG), afin d'assurer l'accès aux transmissions de radio et de télévision numériques pour les utilisateurs finaux⁸⁰.

II. Opérateurs de plateforme et services issus de la convergence

Le droit des médias traite du pouvoir de marché des opérateurs de plateformes à travers des règles de *must-carry* récemment révisées (décrites plus en détail ci-dessous au chapitre III.) qui couvrent désormais de manière technologiquement neutre tous les opérateurs retransmettant des services de programmes⁸¹. Les opérateurs de multiplex TNT sont tenus de transmettre les services de programmes concédés sous licence pour un multiplex donné, d'accorder l'accès aux radiodiffuseurs titulaires des licences pertinentes selon des conditions équitables et non discriminatoires et d'assurer la transmission numérique ininterrompue d'un signal multiplex. La loi régit également les négociations et le contenu des accords sur l'accès au multiplex. Dans ce contexte, elle donne à l'autorité des télécommunications certains des pouvoirs réglementaires requis⁸².

La LT comprend les dispositions relatives à la réglementation du marché des télécommunications. La compétence et les pouvoirs de réglementation reviennent au président de l'*Urząd Komunikacji Elektronicznej* (Bureau des communications électroniques – UKE) et incluent :

- la réalisation d'analyses de marché eu égard aux produits et services de télécommunications ;
- la définition des marchés en cause ;
- l'évaluation de l'existence d'entreprises puissantes sur le marché en cause ; et
- l'imposition aux entreprises puissantes sur le marché d'importantes obligations réglementaires ainsi que la modification et l'abrogation de ces obligations, en particulier en ce qui concerne les questions d'accès⁸³.

74) Article 132.2 LT.

75) Article 132.2a LT, tel qu'ajouté par LTNT. Les exigences techniques et opérationnelles imposées aux récepteurs numériques terrestres, en particulier la garantie de leur interopérabilité et la facilitation de l'accès pour les personnes handicapées, sont fixées par le règlement du 18 décembre 2009 du ministre des Infrastructures, Dz.U. n° 221, article 1742.

76) LTNT – notamment articles 6, 12-16.

77) Article 133.1 LT, avec la possibilité de déroger à cette obligation, par voie de décision de l'autorité des télécommunications, pour les entreprises qui ne sont pas puissantes sur le marché de la fourniture de SAC (article 134 LT).

78) Article 133.2 LT.

79) Article 135 LT.

80) Article 136 LT.

81) Article 43 de la LR.

82) Ces obligations ont été introduites par la LTNT qui a ajouté à la LT les dispositions relatives aux opérateurs de multiplex et à l'accès à un multiplex (articles 131a-131g LT).

83) Articles 15-54 LT.

L'UKE peut, par exemple, publier une décision administrative par laquelle il impose à un opérateur puissant sur le marché l'obligation de traiter toutes les entreprises de télécommunications d'une façon équitable en matière d'accès. En particulier, l'UKE peut obliger les entreprises à proposer des conditions équitables dans des circonstances comparables et à proposer leurs services et à rendre l'information accessible à des conditions qui ne sont pas moins favorables que celles appliquées au sein de l'entreprise elle-même ou à ses filiales⁸⁴.

Le pouvoir de marché des opérateurs de plateformes de médias est traité dans une large mesure en vertu du droit général de la concurrence. La relation entre la loi sur les télécommunications et la loi sur la concurrence est complémentaire (et ne suit pas la règle *lex specialis*). Ainsi que l'a expliqué la Cour suprême : « Les dispositions de la loi sur les télécommunications n'interdisent pas aux entreprises de conclure des accords restreignant la concurrence ou d'abuser d'une position dominante. Elles ne prévoient que des restrictions et limitations supplémentaires à la liberté des opérateurs de télécommunications, qui vont au-delà des compétences de l'UOKiK pour influencer le comportement des entreprises de télécommunications. L'UKE agit *ex ante*, alors que l'UOKiK agit *ex post* »⁸⁵. Cette appréciation est confirmée par la LT de 2004, qui déclare que ses dispositions s'entendent sans préjudice de la loi sur la concurrence et de la loi sur la radiodiffusion⁸⁶. Par conséquent, les compétences ou mesures réglementaires concrètes (telles que l'approbation des tarifs) de l'autorité des télécommunications n'excluent pas l'application de la loi sur la concurrence au comportement sur le marché des entreprises de télécommunications⁸⁷.

La jurisprudence en matière de concurrence concernant les opérateurs de plateforme et, en particulier, les câblo-opérateurs et les opérateurs de plateforme numérique par satellite, est riche et concerne des aspects tels que les pratiques vis-à-vis des utilisateurs finaux (dans les conditions particulières des contrats, par exemple des dispositions abusives empêchant ou rendant plus difficile la résiliation des contrats, des modifications inéquitables aux accords, la publicité trompeuse)⁸⁸, les relations avec les radiodiffuseurs⁸⁹, les pratiques anti-concurrentielles vis-à-vis d'autres opérateurs⁹⁰ et les fusions d'opérateurs.⁹¹

En ce qui concerne la définition du marché de produits sur lequel les opérateurs de plateformes de télévision payante agissent, la tendance dominante de la jurisprudence est à la définition du marché des services d'accès à la télévision payante, qui couvre les services des opérateurs de télévision par câble (CATV), de plateformes par satellite et IPTV, au motif de la substituabilité de ces services pour les utilisateurs finaux. Une telle approche globale a été adoptée dès l'arrêt de 1999 du tribunal antimonopole selon lequel « les opérateurs de télévision traditionnelle par câble et les opérateurs de télévision numérique par satellite sont concurrents » au sens du droit de la concurrence⁹². Cette approche a été suivie dans la jurisprudence ultérieure par les tribunaux⁹³ et l'UOKiK⁹⁴, bien que dans certaines affaires,

84) Article 36 LT.

85) Arrêt de la Cour suprême du 19 octobre 2006, III SK 15/06.

86) Article 1.3 LT.

87) Arrêt du SOKiK du 28 février 2008, XVII Ama 52/07.

88) Voir, par exemple : décision de l'UOKiK du 24 avril 2003, DPI 27/2003, *Canal+ Cyfrowy – inter alia*, extension automatique d'un accord à durée déterminée ; décision de l'UOKiK du 31 décembre 2009, DDK-11/2009, *Cyfrowy Polsat – modification de la liste de chaînes* ; décision de l'UOKiK du 21 juillet 2010, DDK-7/2010, *Canal+ Cyfrowy – façon incorrecte d'informer des modifications apportées aux accords* ; décision de l'UOKiK-Bydgoszcz du 19 juillet 2012, RBG-15/2012, *Canal+ Cyfrowy – publicité trompeuse (« Canal+ et HBO – un cadeau pour tous »)*.

89) Voir, par exemple : arrêt du SOKiK du 28 novembre 2008, XVII Ama 107/07 et arrêt du SOKiK du 14 septembre 2006, XVII Ama 71/05 – mentionné au chapitre I.4.1.

90) Voir, par exemple : décision de l'UOKiK du 5 octobre 2004, RPZ 24/2004 *Telewizja Kablowa Poznań* – concernant l'accord entre le câblo-opérateur et la coopérative d'habitation locale qui a accordé l'exclusivité à l'opérateur pour la connexion aux réseaux câblés des maisons appartenant à la coopérative. Plus récemment : décision de l'UOKiK du 23 novembre 2011, DOK-8/2011, *DVB-H* – concernant l'accord entre quatre principaux opérateurs de téléphonie mobile qui restreignait le développement de la télévision mobile en DVB-H.

91) Décision de l'UOKiK du 10 novembre 2001, DDI 59/2001, *Wizja TV* ; décision de l'UOKiK du 5 septembre 2011, DKK 101/2011, *UPC/Aster* ; décision de l'UOKiK du 13 avril 2012, DKK-32/2012, *Multimedia/Stream* ; décisions de l'UOKiK du 14 septembre 2012, DKK-93/2012, *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision* et DKK-94/2012, *Canal+/N-Vision*.

92) Arrêt du tribunal antimonopole (désormais : SOKiK) du 17 mars 1999, XVII Ama 77/98, *TOYA*.

93) Arrêts du tribunal antimonopole du 12 août 2002, XVII Ama 30/02 et du 2 avril 2001, XVII Ama 12/01.

94) Décisions de l'UOKiK du 29 novembre 2004, RPZ-29/2004, *Telewizja Kablowa Poznań* ; du 24 février 2005, RKT-8/2005, *VECTRA/Śląska Telewizja Kablowa* ; du 28 décembre 2005, RWR-73/2005, *VECTRA/Metalowiec* ; du 31 décembre 2008, RBG-50/2008, *Coopérative d'habitation à Lubicz*.

une approche différente, plus étroite, ait été adoptée⁹⁵. Récemment, en tenant compte des résultats d'une analyse approfondie du marché des services d'accès à la télévision payante⁹⁶, l'UOKiK a appliqué la définition large de ce marché, en particulier pour les fusions importantes. Dans l'affaire relative à la fusion de deux câblo-opérateurs majeurs (UPC et Aster) en 2011, l'UOKiK a estimé que les services consistant en la fourniture de bouquets de chaînes de télévision aux utilisateurs finaux assurés par les opérateurs de CATV, de plateformes numériques par satellite et d'IPTV sont en principe substituables parce que, en dépit des différents modes de transmission des signaux de télévision, ces services sont comparables pour les consommateurs. Par conséquent, les opérateurs de ces services sont en concurrence sur le même marché des services de télévision payante. La télévision numérique terrestre (DVB-T) ne fait pas partie de ce marché, dans la mesure où elle n'est pas utilisée pour proposer des chaînes de télévision payante⁹⁷. La même logique a été appliquée et, en conséquence, la même définition du marché de produits des *services d'accès à la télévision payante (services de télévision payante)* a été adoptée lors des fusions en 2012 de Canal+ et ITI, résultant en la consolidation de deux plateformes numériques par satellite⁹⁸. Toutefois, l'UOKiK a noté la forte concurrence entre les opérateurs de ces plateformes, étant donné que la portée de leurs réseaux ne les limite pas à la fourniture de leurs services, alors que l'inverse est vrai pour les câblo-opérateurs et les opérateurs d'IPTV.

La portée géographique du marché en cause des services de télévision payante est cependant définie différemment pour les plateformes satellitaires, d'une part, et la télévision par câble, d'autre part. Pour les câblo-opérateurs, le marché en cause est évalué comme étant local, limité à la ville ou à la localité donnée. Dans le cas des opérateurs de plateformes satellitaires, le marché de la télévision payante est défini comme étant national. Par conséquent, l'UOKiK estime qu'il existe des conditions de concurrence différentes pour les services de télévision payante sur différents marchés locaux et note l'existence d'une « asymétrie de substituabilité au sein de la portée géographique du marché de l'accès aux services de télévision payante »⁹⁹.

La jurisprudence récente montre que les conséquences pratiques de cette évaluation sont importantes. La fusion de Canal+ et d'ITI ainsi que de leurs plateformes satellitaires a été évaluée du point de vue de la télévision payante nationale, la conclusion de cette évaluation étant qu'aucune position dominante ni autre entrave majeure à la concurrence ne serait créée. En revanche, l'incidence des fusions des câblo-opérateurs est régulièrement mesurée sur le marché local en cause, à savoir les villes ou localités où sont présents les opérateurs de la fusion et où la pénétration des plateformes de télévision par satellite est relativement plus faible. En effet, la fusion des câblo-opérateurs UPC Polska et Aster en 2011 a été évaluée comme restreignant sensiblement la concurrence sur les marchés de la télévision payante dans les villes de Varsovie et de Cracovie (où la part de marché cumulée des deux sociétés était de l'ordre de 50 à 60 % dans chacune de ces villes, dépassant ainsi le seuil de 40 % fixé pour une position présumée dominante). La fusion a été autorisée à condition que (1) UPC revende une partie du réseau appartenant à Aster dans les bâtiments où, jusqu'à présent, les services étaient fournis par les deux entreprises, (2) les clients ne soient pas limités dans le choix de leur opérateur et (3) la continuité des services soit garantie.

95) Décision de l'UOKiK du 10 novembre 2001, DDI-59/2001, *Wizja TV/UPC*. Dans le cas de cette fusion, l'UOKiK a défini le marché en cause comme étant celui de la télévision payante numérique par satellite, déviant de la jurisprudence du tribunal antimonopole, au motif que la CATV avait des possibilités limitées d'atteindre autant d'utilisateurs finaux que les plateformes de télévision par satellite (en raison des coûts prohibitifs de la construction de l'infrastructure câblée en zones rurales) et de prix d'accès à la CATV moindres.

96) *Raport z badania rynku usług dostępu do płatnej telewizji* (Rapport sur l'analyse du marché des services d'accès à la télévision payante), UOKiK 2011, disponible (en polonais) sur : www.uokik.gov.pl/analizy_rynkku2.php#faq1593. Pour un résumé en anglais : *OECD - Annual Report on Competition Policy Developments in Poland - 2011* (OCDE - Rapport annuel sur l'évolution de la politique en matière de concurrence en Pologne, p.10 : [http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2012\)12&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2012)12&docLanguage=En)

97) Décision de l'UOKiK du 5 septembre 2011, DKK 101/2011, *UPC/Aster*. De même : décision de l'UOKiK du 13 avril 2012, DKK-32/2012, *Multimedia/Stream*.

98) Décisions de l'UOKiK du 14 septembre 2012, DKK-93/2012, *Canal+ Cyfrowy/ITI Neovision* et DKK-94/2012, *Canal+/N-Vision*.

99) Voir les décisions mentionnées dans les deux précédentes notes de bas de page.

L'UOKiK différencie le marché des services d'accès à la télévision payante dans différentes zones géographiques du marché de détail des services d'accès fixe à internet haut débit¹⁰⁰. Ce dernier est considéré comme étant distinct du marché de détail de l'accès mobile à internet haut débit¹⁰¹.

Les activités des opérateurs de plateforme relatives à la concurrence prennent place non seulement sur le marché de détail de l'offre d'accès aux services aux utilisateurs finaux, mais aussi sur le marché de gros où les radiodiffuseurs proposent leurs chaînes aux opérateurs de plateforme. Dans l'affaire concernant la fixation des prix de licence par l'organisation professionnelle des câblo-opérateurs dans des accords-cadres recommandés avec les radiodiffuseurs de chaînes de télévision payante, le marché en cause a été défini comme *le marché de gros mondial des chaînes payantes destinées exclusivement à un public polonais*¹⁰². La pratique de l'organisation des câblo-opérateurs, qui avait usurpé le rôle de régulateur du marché eu égard aux relations entre les câblo-opérateurs et les chaînes de télévision payante, a été jugée contraire à l'intérêt public et anticoncurrentielle.

III. Distribution (opérateurs de réseau)

En 2011, les règles de *must-carry*, précédemment uniquement applicables aux réseaux câblés, ont été considérablement modifiées¹⁰³ et étendues conformément au principe de neutralité technologique à toutes les retransmissions¹⁰⁴, y compris par plateforme satellitaire. Une telle modification a été jugée nécessaire parce que la pénétration des plateformes numériques par satellite (plus de 6 millions d'utilisateurs) avait dépassé celle des réseaux câblés (4,6 millions d'utilisateurs). Les services de programmes suivants bénéficient du statut de *must-carry* : TVP1, TVP2, chaîne régionale de TVP – TVPInfo (en cas de retransmissions régionales/locales – pertinent pour une zone donnée), ainsi que les chaînes transmises au 10 août 2011 sur la base d'une licence pour la radiodiffusion terrestre analogique par les sociétés énumérées. Cela concerne dans la pratique les services de programmes de Polsat, TVN, TV4 et TV Puls.

Un examen des règles de *must carry* doit être réalisé tous les deux ans par le président du KRRiT, et les résultats de cette évaluation doivent être soumis au ministre de la Culture, lequel est chargé de prendre des mesures pour assurer la proportionnalité et la transparence de ces règles¹⁰⁵. L'évaluation doit être fondée sur la capacité de ces règles à garantir les intérêts de la société en matière d'accès à l'information, tout en assurant l'accès à la culture et à l'art, et en facilitant l'accès à l'apprentissage, aux réalisations sportives et scientifiques, ainsi que la diffusion de l'éducation civique.

Début 2012, le KRRiT a effectué une première évaluation des nouvelles règles et déclaré que les chaînes étaient inutilement figées dans un statut de *must-carry*, qui maintenait à son tour le marché télévisuel dans une structure oligopolistique. Dans le même temps, les nouvelles règles ne précisent pas à quel bouquet du service de l'opérateur les chaînes *must-carry* doivent être incluses. Selon le KRRiT, ce devrait être le cas pour chaque bouquet, y compris celui de base. Le KRRiT voit la nécessité d'apporter des modifications législatives en matière de règles de *must-carry*, afin d'assurer une plus grande flexibilité pour le régulateur dans la détermination de la liste des services de programmes de *must-carry*. Au cours des travaux législatifs, une proposition similaire avait déjà été discutée ; elle aurait habilité le KRRiT à établir la liste des chaînes *must-carry*, excepté pour les principales chaînes MSP auxquelles le statut de *must-carry* a été accordé par la loi. Selon la proposition, le KRRiT aurait publié son règlement dans le cadre de certaines limites légales et sur la base de critères clairs tenant compte du pluralisme des médias et de la diversité culturelle.

100) Décision de l'UOKiK du 5 septembre 2011, DKK 101/2011, *UPC/Aster*. Géographiquement, ce marché est défini dans la décision comme étant local, contrairement à la décision de l'UOKiK du 8 février 2007, RBG-2/2007.

101) Décision de l'UOKiK du 5 septembre 2011, DKK 101/2011, *UPC/Aster* ; décision de l'UOKiK du 24 octobre 2011, DKK-126/11, *Spartan/Polkomtel*. Dans cette dernière décision concernant la reprise de l'un des principaux opérateurs de téléphonie mobile par le groupe de médias ZSZ, le marché de l'accès mobile à internet a été défini comme étant national.

102) Arrêt de la cour d'appel de Varsovie du 13 septembre 2006, VI Aca 185/06, *TVN24/PIKE*.

103) Articles 43-43a de la LR telle que modifiée par la LTNT.

104) Excepté pour les retransmissions par multiplex TNT terrestres, qui sont réglementées par la LTNT.

105) Dans la pratique, il pourrait s'ensuivre la remise au gouvernement d'un projet visant à réviser les dispositions relatives aux règles de *must-carry* de la LR.

Les activités des opérateurs de réseau sont soumises aux compétences réglementaires de l'UKE, en particulier en ce qui concerne l'accès aux télécommunications, visé au chapitre II. Ce cadre réglementaire est complété par l'application de la loi sur la concurrence. Cette complémentarité de la loi sur la concurrence est illustrée par une décision de l'UOKiK de 2007. Cette décision porte sur l'application de différents frais de transmission pour les radiodiffuseurs publics et privés par l'opérateur de télécommunications sur le marché national des services de transmission de programmes de radio et de télévision dans un réseau terrestre. Ce faisant, l'opérateur de télécommunications a été reconnu coupable d'avoir abusé d'une position dominante. La décision, conforme à la doctrine de la complémentarité, a été rendue en dépit du fait que l'opérateur était soumis à des mesures réglementaires par l'UKE¹⁰⁶.

En 2011, l'UOKiK a rendu une décision importante sur le cartel de quatre opérateurs de réseaux mobiles de téléphonie ayant empêché l'introduction et le développement d'une nouvelle technologie DVB-H sur le marché de gros de la télévision sur téléphone mobile. Quatre opérateurs mobiles ont coordonné leur comportement vis-à-vis de la société ITF qui avait remporté l'appel d'offres pour une réservation de fréquences permettant la diffusion de la télévision numérique sur les téléphones mobiles. Afin de proposer ces services aux utilisateurs finaux, ITF devait conclure des accords avec des opérateurs de téléphonie mobile. Les opérateurs ont coordonné leur réaction négative vis-à-vis de l'offre de gros d'ITF, ont échangé des informations stratégiques sur l'offre et se sont entendus sur des actions de relations publiques mettant en cause sa fiabilité. Comme aucun des opérateurs n'a autorisé ITF à accéder à ses réseaux, ITF a été incapable de lancer l'application. L'UOKiK a considéré que cette pratique de quatre opérateurs de téléphonie mobile équivalait à un accord restreignant la concurrence sur le marché national de détail de la téléphonie mobile et sur le marché national de gros des services de télévision sur téléphone mobile utilisant la technologie DVB-H. L'autorité a ordonné de cesser la pratique et imposé aux participants du cartel des amendes supérieures à 113 millions PLN (environ 27 millions EUR). La décision a été rendue sur la base de l'article 6.1 de la loi polonaise sur la concurrence et la protection des consommateurs et de l'article 101.1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (à la suite de consultations avec la Commission européenne)¹⁰⁷.

106) Décision de l'UOKiK du 25 octobre 2007 (DOK-95/07, *TP EmiTel*). La décision a été annulée par l'arrêt du SOKiK du 19 octobre 2009, XVII Ama 66/08, arrêt à son tour annulé par l'arrêt de la cour d'appel de Varsovie du 13 mai 2010, VI ACa 126/10, qui a renvoyé l'affaire devant le SOKiK.

107) Décision de l'UOKiK du 23 novembre 2011, DOK-8/2011, *DVB-H*. Le résumé en anglais est disponible sur : *OECD - Annual Report on Competition Policy Developments in Poland - 2011* (OCDE - Rapport annuel sur l'évolution de la politique en matière de concurrence en Pologne), p. 4-5 ; [http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR\(2012\)12&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/AR(2012)12&docLanguage=En)

Partie III

Mesure de la concentration du taux d'audience de la télévision et des vidéos en ligne

Mesure de la concentration du taux d'audience de la télévision et des vidéos en ligne

André Lange

Observatoire européen de l'audiovisuel

La concentration des parts de marché de l'audience télévisuelle

L'indicateur le plus classique de la concentration du marché de l'audience télévisuelle est l'audience moyenne sur l'ensemble de la journée, pendant une période donnée, en générale l'année civile. Dans la plupart des pays européens, à l'exception du Luxembourg et de Malte, ces données sont calculées par les instituts nationaux de mesure d'audience, en utilisant la méthode de l'échantillonnage et du peplemeter (« audimètre »). Eurodata-TV, le service international de l'institut français Médiamétrie, communique ces données à l'Observatoire européen de l'audiovisuel, annuellement et chaîne par chaîne. L'Observatoire a ainsi calculé les parts d'audience nationales quotidiennes pour l'année 2011 des divers groupes propriétaires, sur la base des informations fournies par les bases de données MAVISE et AMADEUS, ainsi que d'autres sources nationales. Malgré l'absence d'une définition juridique d'un groupe télévisuel, il n'est guère difficile d'identifier les groupes télévisuels en examinant leur structure d'actionnariat, qui est en règle générale bien documentée¹. L'Observatoire a ainsi calculé les taux d'audience cumulés, par pays, des quatre principaux groupes télévisuels (tableau 1), ainsi que les parts d'audience quotidiennes pour l'année 2011 des plus importants groupes télévisuels en Europe dans chacun des marchés sur lesquels leurs chaînes sont proposées.

L'utilisation de la part d'audience nationale moyenne sur l'ensemble de la journée pour mesurer la concentration du marché télévisuel pose cependant un certain nombre de limites théoriques et pratiques dont il convient de tenir compte lorsque l'on compare ces chiffres.

1. Il est en effet discutable de considérer la part de marché d'audience nationale quotidienne comme un indicateur approprié pour apprécier le « marché pertinent » dans lequel les autorités de la concurrence analysent le marché télévisuel².

1) Le débat est ouvert sur le fait de déterminer si une participation importante d'une même personne dans diverses sociétés ou groupes doit être considérée comme un nouveau groupe. En 2008, l'Autorité hongroise de la radiodiffusion avait estimé que John Malone était à la fois le principal actionnaire de Liberty Global et de Discovery Inc et que cette situation suffisait à conclure à l'existence d'un « groupe John Malone ». L'Observatoire n'a pas opté pour cette approche et s'est limité à apprécier la participation au capital de sociétés par d'autres sociétés constituées ou holding.

2) Pour un débat sur le concept de « marché pertinent » à définir pour évaluer la concentration dans le secteur des médias, voir les différents rapports publiés entre 2002 et 2005 par la DG Concurrence de la Commission européenne :

<http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/documents/index.html>

Pour une étude particulièrement digne d'intérêt sur les perspectives de mesures précises de la concentration sur un marché pertinent du secteur des médias, voir notamment : *Market Definition in the Media Sector, Economic Issues*, par Europe Economics, novembre 2002. http://ec.europa.eu/competition/sectors/media/documents/european_economics.pdf

- Le marché national est-il l'approche géographique la plus adéquate ? L'exploitation de plusieurs chaînes par un même groupe dans différents pays peut renforcer sa marge de négociation des droits avec les fournisseurs de programmes. Les parts d'audience des services thématiques proposés par les groupes américains sont relativement faibles sur les marchés nationaux, alors que le cumul de ces taux à l'échelon de l'Europe est bien loin d'être négligeable.
- Les données sur les parts de marché d'audience annuelle moyenne sur l'ensemble de la population constituent un indicateur classique pour décrire un paysage télévisuel national. On peut cependant se demander si, du point de vue d'une analyse de marché en termes de droit de la concurrence, il s'agit-là d'un indicateur satisfaisant : dans une analyse économique, on considèrera probablement que les marchés distincts des ressources (recettes publicitaires, revenus d'abonnement,...) sont les marchés qu'il convient d'analyser.
- Est-il opportun de prendre en compte la part de marché d'audience de l'ensemble des plages horaires d'une journée ? Les parts de marché peuvent en effet présenter d'importants écarts dès lors qu'elles englobent toutes les tranches horaires ou qu'elles se limitent aux seules heures de grande écoute.

2. L'exhaustivité des données disponibles diffère en fonction des pays. Dans certains d'entre eux, les données fournies peuvent être qualifiées de complètes (par exemple lorsque qu'il est possible d'analyser la totalité des parts de marché d'audience, alors que pour une majorité de pays, la catégorie « autres » peut être considérable et représenter entre 25 % et 33 % de parts de marché d'audience, comme l'indiquent les chiffres de la colonne 2 du tableau 1. Diverses raisons techniques ou contractuelles peuvent expliquer ces écarts, qui concernent généralement les petites chaînes et non les plus importantes. Cependant, le cumul de ces faibles parts de marché d'audience des diverses chaînes thématiques proposées par un même groupe peut être significative. Lorsque la couverture n'est pas complète, les parts de marché et les taux de concentration doivent être considérés comme un minimum.

3. Le niveau de concentration des parts de marché d'audience nationale n'est pas nécessairement l'indicateur le plus approprié pour mesurer la qualité du pluralisme et de la diversité culturelle. Il convient en effet de noter que le niveau de concentration observé dans les parts de l'audience quotidienne des quatre principaux groupes est plus élevé dans les pays où les radiodiffuseurs de service public ont conservé une position dominante en matière de taux d'audience. Le fait que les radiodiffuseurs publics proposent davantage de pluralisme et de diversité peut bien entendu être discuté, mais il convient de le faire en analysant les programmes et les politiques éditoriales et non en se limitant au seul calcul des parts de marché de l'audience.

Tableau 1 : Parts de marché d'audience sur l'ensemble de la journée des quatre

Les données de parts de marché d'audience par chaîne ont été fournies par Eurodata TV Worldwide et son réseau de partenaires (instituts nationaux de mesure du taux d'audience).

L'Observatoire a calculé les parts de marché d'audience des groupes en se fondant sur ses connaissances des groupes propriétaires (bases de données MAVISE et AMADEUS).

Seules les fusions finalisées avant le 31 décembre 2011 ont été prises en compte. Les fusions réalisées en 2012 n'ont donc pas été prises en considération.

Le signe > indique qu'il s'agit d'un chiffre minimum, lorsque les parts de marché des petites chaînes thématiques ou étrangères ne sont pas disponibles.

Les parts de marché des radiodiffuseurs de service public sont indiquées en gras.

<i>Les chiffres sont exprimés en pourcentage</i>	
	Parts de marché non identifiées
Suède	0,0
Finlande	9,0
Allemagne (1)	3,8
République tchèque	9,3
Italie	7,1
Norvège	1,6
Danemark	5,4
Belgique (Communauté flamande)	16,7
Portugal	16,6
Pologne	2,9
Pays-Bas (2)	12,0
Royaume-Uni	0,0
Croatie	17,8
Suisse (italophone)	18,8
Belgique (Communauté francophone)	12,4
Bulgarie	10,8
France (l'ensemble des foyers télévisuels) (3)	12,1
p.m. France (foyers par câble, satellite ou IPTV) (4)	1,4
Autriche	9,5
Slovénie	1,8
Espagne (5)	0,0
Slovaquie	28,1
Chypre (6)	20,7
Estonie (3)	18,6
Suisse (germanophone)	18,7
Suisse (francophone)	25,7
Grèce	11,6
Hongrie	12,2
Lituanie (2)	24,9
Russie	11,4
Lettonie (7)	29,1
Irlande	29,6
Ex-République yougoslave de Macédoine	30,9
Roumanie	2,7
Luxembourg (2009/2010)	33,7

(1) ARD est considérée comme un groupe, bien qu'il soit composé d'organismes régionaux distincts.

(2) A Chypre, en Estonie, en Lituanie et aux Pays-Bas, le visionnage à domicile de vidéos et de programmes enregistrés sur un disque dur est pris en compte dans le calcul du taux d'audience télévisuel. Les chiffres de l'Estonie et des Pays-Bas ont été recalculés en excluant les DVD et les vidéos.

(3) Le niveau de concentration augmentera en 2012, suite au rachat des chaînes du groupe Bolloré par Canal+.

(4) Cette population représente près de 74,4 % des foyers. Les données disponibles relatives aux parts de marché des chaînes thématiques sont plus précises et complètes que celles sur l'ensemble de la population, qui figurent sur la ligne précédente.

principaux groupes télévisuels (2011)

Parts de marché des quatre principaux groupes				Total	Total
1	2	3	4	3 principaux groupes	4 principaux groupes
34,8	28,9	19,5	8,7	83,2	91,9
44,3	>27,7	>14,5	3,0	>86,5	>89,5
> 27,2	>26,5	>20,7	>14,5	74,4	88,9
33,7	27,0	22,0	5,5	82,7	88,2
40,2	>36,8	>6,1	4,1	83,1	87,2
>41,1	>25,7	11,2	8,5	>78,0	>86,5
39,7	28,4	>9,6	>7,0	>77,7	84,7
41,8	>24,6	10,2	4,0	>80,6	>84,0
27,2	26,8	26,7	3,3	80,7	84,0
36,5	24,3	20,1	2,3	80,9	83,2
>33,7	>27,6	16,6	>4,6	>77,9	>82,5
36,9	23,2	11,7	10,2	71,8	82,0
30,1	27,7	>21,5	2,0	>79,3	>81,3
35,8	22,6	20,1	1,5	78,5	80,0
>27,6	20,5	>17,2	13,3	>65,3	>78,6
44,4	21,1	8,4	3,9	73,9	77,8
29,9	>29,1	>14,2	>3,9	>73,2	>76,1
29,9	25,3	15,7	11,7	70,9	82,6
37,5	>17,1	>10,7	>8,9	>65,3	>74,2
37,9	26,9	6,6	2,6	71,4	74,0
>25,0	22,7	>17,1	>7,9	>64,8	>72,7
34,0	23,80	12,2	1,9	70,0	71,9
20,8	17,4	17,0	16,6	55,2	71,8
19,4	18,5	17,8	11,4	55,7	67,1
31,6	>15,5	11,1	8,4	>58,2	>66,6
28,7	15,9	12,8	>8,2	57,4	>65,6
>20,0	17,0	13,3	13,1	>50,3	>63,4
29,8	19,7	11,9	>4,9	>61,4	>66,3
>24,4	17,7	11,3	8,4	>53,4	>61,9
>19,9	>16,8	>14,3	>7,6	51,0	58,6
>16,6	>16,1	12,9	11,3	>45,6	>56,9
31,7	13,9	>6,9	>4,2	>52,5	>56,7
22,2	14,8	9,7	7,9	46,7	54,6
21,5	18,5	7,6	6,3	47,6	53,9
>27,3	>11,0	>8,7	>6,4	>47,0	>53,4

(5) Le degré de concentration augmentera en 2012 avec la fusion entre Antenna 3 (troisième groupe) et La Sexta, faisant partie de Imagina Media (quatrième groupe). Ce nouveau groupe disposera d'environ 33 % de parts de marché.

(6) En 2010, la vidéo a représenté 3,2 % des parts de marché du taux d'audience à Chypre. Aucune donnée n'est disponible pour 2011, mais cette part figure de toute évidence dans les 20,7 % non identifiés.

(7) En septembre 2012, MTG (deuxième groupe en 2011) a annoncé qu'il allait faire l'acquisition de NMM (le premier groupe). Cette acquisition doit cependant encore être avalisée par la Commission de la concurrence.

Source : Observatoire européen de l'audiovisuel

Tableau 2 : Parts de marché d'audience sur l'ensemble de la journée des principaux groupes télévisuels actifs en Europe (2011)

> indique une part de marché minimale
 n.c. indique qu'aucune donnée n'est disponible
 – non applicable

2.1. Groupes paneuropéens

Principales chaînes	ProSiebenSat1 Media AG (DE)		RTL Group (DE)		TF1 (FR)	
	Pro7, Sat1, Kabel1, faisant partie de l'ancien groupe SBS		RTL, M6, IKO		TF1, Eurosport	
	Nombre de chaînes	PDM audience journée	Nombre de chaînes	PDM audience journée	Nombre de chaînes	PDM audience journée
AT	12	>17,1%	11	>10,7%	11	>0,6%
BE (Comm. française)	3	n.c.	10	>27,6%	15	>17,2%
BE (Comm. flamande)	3	n.c.	15	0,4%	22	>0,2%
BG	3	>0,3%	1	n.c.	3	>0,4%
CH (germanophone)	12	11,1%	n.c.	>15,5%	n.c.	>0,7%
CH (franco-phonie)	n.c.	n.c.	n.c.	>8,2%	n.c.	15,9%
CH (italo-phonie)	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	>0,5%
CZ	4	n.c.	7	>0,2%	4	n.c.
DE	12	>20,7%	21	>26,5%	4	>0,7%
DK	10	>7,0%	5	n.c.	4	1,1%
EE	3	n.c.	5	n.c.	5	n.c.
ES	–	–	(1)	(1)	5	n.c.
FI	4	3,0%	5	n.c.	4	n.c.
FR	4	n.c.	17	>14,2%	19	>29,1%
GB	–	–	–	–	4	n.c.
GR	–	–	3	13,1%	32	n.c.
HR	3	n.c.	3	>21,5%	7	n.c.
HU	7	19,7%	15	>29,8%	5	n.c.
IE	–	–	–	–	3	n.c.
IT	–	–	–	–	18	n.c.
LT	3	n.c.	5	n.c.	5	n.c.
LU	3	>13,1%	20	>27,3%	7	>8,7%
LV	3	n.c.	–	–	4	n.c.
NL	3	n.c.	9	26,2%	10	>0,9%
NO	5	11,6%	n.c.	n.c.	n.c.	>0,5%
PL	3	n.c.	4	n.c.	42	0,7%
PT	1	n.c.	4	n.c.	7	0,5%
RO	6	4,4%	3	n.c.	4	0,8%
RU	–	–	n.c.	n.c.	5	n.c.
SE	4	8,7%	1	n.c.	4	0,7%
SI	3	0,3%	6	1,9%	2	0,4%
SK	3	n.c.	6	n.c.	6	n.c.

(1) Suite à l'acquisition de La Sexta par Antena 3, le groupe RTL possède 19,2 % des parts du groupe Antena 3. Antena 3 disposait d'une part de marché >17,1 % en 2011 et La Sexta de 7,9 %.

(2) Chaque version linguistique ou HD d'Eurosport, Eurosport2 et Eurosportnews compte pour une chaîne à part entière.

(3) En Russie, le groupe RTL est un actionnaire minoritaire (30 %) de Ren TV. Ren TV disposait d'une part de marché quotidienne de 4,4 % en 2011 et était contrôlé à 68 % par le groupe National Media.

2.2. Anciens groupes paneuropéens dont la couverture est réduite

	Mediaset (IT)		Vivendi (FR)	
	Nombre de chaînes	PDM audience ensemble journée	Nombre de chaînes	PDM audience ensemble journée
AT	–	–	1	n.c.
BE	–	–	10	n.c.
CH (italophone)	n.c.	22,6%	–	–
CH (francophone)	n.c.	n.c.	5	>2,3%
ES	13	>25,0%	–	n.c.
FR	–	–	55	>3,9% (1)
IT	–	>35,9%	–	–
PL	–	–	14	>1,6%
PT	–	–	1	>0,1%
SI	3	0,3%	–	–

(1) 11,7 % dans l'univers des chaînes multiples (foyers par câble, satellite ou IPTV)

2.3. Groupes régionaux - Groupes des pays nordiques et d'Europe orientale

	Baltic Media Alliance (GB)	CME (US/BM)	Gasprom Media (RU)	MTG (SE)	Sanoma (FI)	Telenor (NO)
BE (Comm. flamande)	–	–	–	–	10,2%	–
BG	–	44,2%	–	21,1%	–	–
CZ	–	33,7%	–	22,0%	–	–
DK	–	–	–	>9,6%	–	>0,5%
EE	13,0%	–	4,6%	>17,8%	–	–
FI	–	–	–	n.c.	>14,5%	n.c.
HU	–	–	–	>4,3%	2,5%	–
LT	5,4%	–	–	>24,4%	–	–
LV	11,3%	–	5,1%	>16,1%	–	–
NL	–	–	–	–	15,8%	–
NO	–	–	–	8,5%	–	0,3%
RO	–	21,5%	–	0,5%	0,1%	–
RU	–	–	21,9%	9,8%	–	–
SE	–	–	–	19,5%	–	1,5%
SI	–	37,9%	–	6,6%	–	–
SK	–	34,0%	–	–	–	–

(1) En Fédération de Russie, MTG dispose de 38,6 % des parts du groupe CTC Media (chaînes du réseau CTC et Domashny)

2.4. Conglomérats américains et japonais

	Discovery	Liberty Global	NBC Universal	News Corp	Sony (JP)	Viacom	Time Warner	Walt Disney
AT	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	>1,1%	n.c.	n.c.
BE (Communauté française)	n.c.	–	n.c.	–	n.c.	>1,4%	n.c.	n.c.
BE (Communauté flamande)	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	>2,0%
BG	>1,0%	–	0,3%	>1,9%	0,3%	n.c.	>0,8%	>2,0%
CH (germanophone)	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	4,7%	n.c.	n.c.
CH (francoophone)	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	>0,8%	n.c.
CH (italophone)	0,1%	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	0,7%
CZ	n.c.	0,5%	0,1%	0,1%	0,1%	n.c.	n.c.	0,7%
DE	>0,7%	n.c.	n.c.	>0,9%	n.c.	>0,9%	n.c.	n.c.
DK	>1,5%	n.c.	n.c.	0,7%	n.c.	>1,6%	>0,7%	>2,6%
EE	n.c.	–	n.c.	–	–	n.c.	n.c.	n.c.
ES	0,1%	0,8%	0,1%	0,6%	0,4%	0,6%	0,5%	2,0%
FI	0,5%	–	n.c.	–	–	n.c.	n.c.	n.c.
FR (univers multichânes)	0,2%	–	1,2%	0,2%	–	1,0%	0,6%	1,8%
GB	1,6%	n.c.	n.c.	10,2%	n.c.	2,0%	1,0%	1,4%
GR	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	1,0%	n.c.	n.c.
HR	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.
HU	>1,1%	5,0%	1,3%	0,8%	1,3%	>2,3%	>1,1%	>2,0%
IE	0,5%	–	0,4%	>5,1%	–	2,5%	n.c.	n.c.
IT	1,2%	n.c.	n.c.	6,1%	0,3%	0,4%	0,4%	0,9%
LT	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	>0,2%	n.c.	n.c.
LU	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.
LV	n.c.	n.c.	n.c.	1,2%	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.
NL	>2,2%	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	>4,6%	n.c.	>1,9%
NO	2,8%	n.c.	n.c.	0,9%	n.c.	0,5%	1,1%	3,1%
PL	1,9%	0,7%	0,6%	0,8%	1,0%	2,0%	2,1%	2,2%
PT	0,5%	3,2%	0,1%	2,5%	1,5%	0,7%		1,2%
RO	1,5%	2,5%	1,3%	0,6%	0,7%	0,5%	3,2%	2,5%
RU	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	>0,7%		
SE	2,2%	0,1%	0,1%	0,4%	n.c.	2,1%	0,9%	1,5%
SI	2,6%	1,3%	0,7%	1,8%	0,1%	0,8%	1,5%	0,7%
SK	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.	n.c.

2.5. Principaux radiodiffuseurs de service public ayant une part de marché significative dans les pays voisins

	ARD (DE)	ZDF (DE)	France-Télévisions (FR)	BBC (GB)	RAI (IT)
AT	>9,9%	4,1%	–	n.c.	n.c.
BE (Communauté française)	n.c.	n.c.	>13,3%	n.c.	n.c.
BE (Communauté flamande)	n.c.	n.c.	>0,5%	n.c.	n.c.
CH (allémannique)	8,4%	5,7%	n.c.	n.c.	n.c.
CH (française)	0,4%	n.c.	12,8%	n.c.	0,7%
CH (italienne)	0,5%	0,4%	>0,5%	n.c.	20,1%
DE	>27,2%	>14,5%	–	n.c.	n.c.
DK	n.c.	n.c.	–	0,7%	n.c.
FR	n.c.	n.c.	>29,9%	n.c.	n.c.
GB	–	–	–	36,9%	–
IE	–	–	–	>6,9%	–
IT	–	–	–	n.c.	40,2%
LU (2009-2010)	>6,4%	6,0%	>3,4%	n.c.	n.c.
NO	n.c.	n.c.	–	1,1%	–
SI	n.c.	n.c.	–	n.c.	0,2%

Source : Observatoire européen de l'audiovisuel

Concentration des parts de marché de l'audience des vidéos en ligne

En ce qui concerne les parts de marché de l'audience des vidéos en ligne, des données relativement harmonisées sont proposées par comScore, seule société à mesurer régulièrement les informations relatives aux six principaux marchés européens, à savoir la France, l'Allemagne, l'Italie, la Russie, l'Espagne et le Royaume-Uni. Les informations de comScore Video Metrix sont déjà consolidées par groupes éditoriaux (« *properties* » dans la terminologie propre à comScore) et, en principe, couvrent l'ensemble de l'audience en matière de vidéo en ligne. Ces services de vidéo en ligne sont mesurés de manière systématique dès lors qu'ils sont utilisés au cours d'une connexion au site en question. Les vidéos qui ne peuvent être visionnées avant d'avoir été téléchargées, comme c'est le cas pour les services de téléchargement de vidéos à la demande, ne sont cependant pas prises en compte ; il en va de même pour les vidéos cryptées¹.

Sur la base des données fournies par comScore (les 40 premières propriétés pour le premier semestre 2012) sur le nombre de visiteurs de chaque propriété, la moyenne mensuelle de vidéos visionnées par les utilisateurs et leur temps moyen de visionnage, l'Observatoire a calculé la moyenne mensuelle des parts de marché des 40 principales propriétés au cours du premier semestre 2012, ainsi que les parts de marché cumulées des trois ou des quatre principaux groupes de propriétés .

Ces données soulignent l'importance de la place occupée par les services Google (principalement YouTube) dans les six marchés examinés. La part d'audience cumulée des quatre propriétés est bien plus faible que les parts de marché cumulées des quatre principaux groupes télévisuels de chaque pays. Il convient toutefois de noter que les services à caractère pornographique, pour lesquels les données n'ont pas été communiquées par comScore, ne sont pas pris en compte pour le calcul des taux d'audience. Une étude relative à ces données, réalisée par comScore sur l'année 2010 pour le Royaume-Uni, a révélé que la part d'audience cumulée des quatre principales propriétés, dont trois proposent des services à caractère pornographique, représentait 52,5 % du marché.

1) Pour de plus amples informations, voir comScore Video Metrix, comScore, juillet 2012.

Tableau 3: Concentration des parts de marché d'audience des principaux groupes éditoriaux de services de vidéo en ligne dans six pays européens (1^{er} semestre 2012)

	Parts de marché des quatre principaux groupes				Total	Total
	1	2	3	4	3 principaux groupes	4 principaux groupes
IT	30,1%	2,3%	1,2%	1,2%	33,6%	34,8%
ES	25,4%	5,5%	2,2%	1,7%	33,1%	34,8%
FR	25,0%	5,4%	2,6%	1,3%	33,0%	34,3%
GB	28,9%	1,2%	1,0%	0,9%	31,1%	32,0%
DE	24,5%	0,7%	0,5%	0,5%	25,7%	26,2%
RU	17,8%	3,5%	3,1%	1,1%	24,4%	25,5%

Source : Observatoire européen de l'audiovisuel sur la base des données de comScore Video Metrix

Partie IV

Problème unique, réponses plurielles

Problème unique, réponses plurielles

Une analyse des réglementations nationales relatives au pouvoir de marché dans le secteur audiovisuel

Susanne Nikoltchev

Observatoire européen de l'audiovisuel

Le pouvoir de marché est l'objet central de cet IRIS *Spécial*. Cette notion recouvre l'ensemble des environnements économique, juridique et politique encadrant et déterminant les actions des opérateurs sur un marché donné. Dans un secteur audiovisuel en pleine convergence, il faut garder à l'esprit que le pouvoir de marché est susceptible de se développer à tout moment le long de la chaîne de valeur. Les conditions d'une consolidation de ce pouvoir peuvent être réunies à tout moment, depuis la phase initiale de création du contenu jusqu'au moment où celui-ci atteint le consommateur. Lorsqu'un acteur détient un niveau de pouvoir qui lui permet d'affecter de manière significative l'équilibre d'un marché donné au sein de la chaîne de valeur, le pouvoir de marché devient une préoccupation pour les législations nationales et européenne. Les législations et les réglementations sont là pour rééquilibrer la concurrence, considérée comme un moteur primordial du marché. A cet égard, la manière dont le secteur audiovisuel aborde le pouvoir de marché ne fait pas exception. Mais ce secteur a une spécificité propre, à savoir qu'un pouvoir trop important sur ce marché n'a pas seulement pour conséquence une atteinte aux conditions de concurrence, mais peut aussi présenter une menace pour la liberté de l'information. C'est pour cette raison que le pouvoir de marché dans le secteur audiovisuel est une question particulièrement délicate, à laquelle les législateurs et régulateurs nationaux, ainsi que leurs juridictions, tentent d'apporter des réponses sérieuses.

Les Etats pour lesquels la liberté de l'information est fondamentale insistent également sur la nécessité de disposer d'un secteur audiovisuel à même de garantir le pluralisme et la diversité des contenus, de façon à ce que tous les points de vue puissent s'exprimer librement. Cet objectif justifie divers types d'intervention des Etats afin de réguler le pouvoir de marché. Nous avons identifié trois grands modes d'intervention autour desquels se structure une analyse en trois temps.

Le premier type est un modèle d'intervention *ex ante*, qui consiste à introduire des mesures anti-concentration spécifiques au secteur des médias, c'est-à-dire des règles empêchant les opérateurs individuels d'acquérir un pouvoir tel que leurs activités puissent avoir des effets néfastes sur le pluralisme et la diversité du marché des médias. Ces dispositifs anti-concentration peuvent par exemple empêcher une société d'atteindre une position dominante, ou de potentiellement abuser d'une telle position, par exemple en déterminant *de facto* quels contenus sont accessibles et par qui. Cette brève analyse examinera dans un premier temps dans quelle mesure les règles anti-concentration spécifiques aux médias constituent encore aujourd'hui la pierre angulaire des dispositifs visant à garantir la diversité et le pluralisme. En effet, dans un environnement numérisé, permettant aux plateformes d'exploiter une multitude de contenus et de services, il est possible que les législateurs soient moins enclins à empêcher ou du moins à contrôler certains développements du marché (c'est-à-dire d'intervenir de façon négative). Aussi, il convient de déterminer si la réglementation passe toujours principalement par des règles anti-concentration spécifiques aux médias ou si ses modalités ont changé. Cela implique de s'intéresser aux mesures anti-concentration pertinentes et à leur portée, et de déterminer quels

types de règles sont actuellement en vigueur, et si celles-ci s'appliquent également aux radiodiffuseurs publics et aux services à la demande.

Le deuxième type d'intervention englobe les mesures positives visant à renforcer la position des opérateurs de marché considérés comme remplissant une fonction importante en termes de promotion du pluralisme et de la diversité. Cela concerne par exemple l'établissement de médias de service public dont la mission est de garantir une information variée et de qualité. Il est également possible d'améliorer le pluralisme et la diversité en introduisant des règles en matière de *must-carry* (obligation de distribution) et de neutralité du réseau. D'autres dispositions en matière de pouvoir de marché concernent les niveaux intermédiaires de services de médias qui se sont développés en parallèle avec le processus de numérisation. Ces mesures peuvent typiquement concerner les limitations d'accès aux services et terminaux permettant la réception. La deuxième partie de cette analyse examine les dispositifs qui complètent les règles traditionnelles anti-concentration spécifiques aux médias en favorisant certains contenus et services ou en corrigeant des pratiques discriminatoires à leur égard.

Enfin, les Etats peuvent également recourir à un troisième type de mesures, à savoir les outils du droit général de la concurrence, qui s'appliquent *ex post*, parfois en adaptant ces règles aux caractéristiques particulières du secteur audiovisuel. La troisième partie de cette analyse porte sur le droit général de la concurrence, et la façon dont il est mis en œuvre dans le secteur des médias audiovisuels. Les Etats appliquent-ils plutôt les règles générales de la concurrence ou des règles spécifiques? Quels sont les concepts et intervenants clés? Dernier point, et non des moindres, quels sont les principaux défis posés par l'application du droit de la concurrence aux médias audiovisuels? Cette partie explore l'articulation entre le cadre réglementaire des médias et le cadre général du droit de la concurrence. Ces deux approches sont-elles parfaitement distinctes l'une de l'autre ou interdépendantes et surtout, est-il possible de les concilier?

Chaque partie s'appuie sur les informations tirées des contributions portant sur les situations nationales reçues en amont de cette analyse. Toute interprétation erronée de leur contenu est de l'entière responsabilité de l'auteur de cette analyse.

I. La réglementation anti-concentration spécifique aux médias est-elle toujours un outil important ?

L'une des principales interrogations qui a conduit à mener cette étude porte sur le rôle que joue la réglementation nationale anti-concentration spécifique aux médias dans un environnement convergent et connecté. Les règles anti-concentration concernent traditionnellement les médias classiques, tels que la radiodiffusion et les journaux, et visent les concentrations au sein de chacune de ces catégories ou entre différents médias, ou vis-à-vis de la propriété des médias émanant de catégories particulières (telles que des sociétés étrangères ou des partis politiques). Les dispositions pertinentes sont généralement issues des lois relatives aux médias, notamment à la radiodiffusion. Nous avons voulu savoir si ces dispositions ont toujours la même importance que par le passé, et si elles établissent une distinction entre radiodiffuseurs publics et privés. En outre, nous avons regardé si ces règles s'appliquaient à des services tels que la télévision connectée ou les services à la demande.

1. Services de médias audiovisuels linéaires

Nous avons constaté que la réglementation anti-concentration spécifique aux médias visant les médias audiovisuels linéaires a toujours sa place dans la plupart des Etats étudiés ici. Par exemple :

- Les règles espagnoles relatives à la propriété horizontale, qui prévoient une limite fondée sur la part d'audience et qui visent essentiellement à empêcher la fusion des deux principaux radiodiffuseurs privés, Antena 3 et Telecinco ;
- Les seuils français relatifs à la participation de sociétés étrangères dans le capital des opérateurs de télévision terrestre, ainsi que les limites relatives au nombre de licences de télévision terrestre et au cumul de parts dans des sociétés bénéficiant de licences de radiodiffusion terrestre ;
- Les seuils allemands en matière de part d'audience annuelle moyenne et les limites en matière de participation transnationale au capital ;

- Le maximum fixé en Italie au nombre de chaînes diffusées par un même opérateur de services de médias audiovisuels et la limite anti-concentration dite « économique » de 20 %, qui interdit les positions dominantes dans un marché économique pertinent (ou un sous-marché tel que le marché des services de médias audiovisuels) ;
- Les seuils de part d'audience annuelle prévus en Hongrie pour limiter la capacité des fournisseurs de services de médias audiovisuels à étendre leurs services ou à investir dans des acquisitions liées au domaine des médias et qui peuvent obliger ces derniers à prendre des mesures en matière de promotion de la diversité ; des obligations similaires ainsi que des obligations qualitatives supplémentaires et des exigences en matière de contenus peuvent être imposées aux fournisseurs de services de médias linéaires disposant d'un « pouvoir d'influence significatif » ;
- Les limites norvégiennes de part d'audience en matière de propriété horizontale et diagonale.

En revanche, il n'a jamais existé de dispositif anti-concentration spécifique en matière de radiodiffusion télévisuelle au Luxembourg, et celui-ci a été abandonné au Royaume-Uni (avec la loi sur les communications de 2003 – *Communications Act 2003*) et aux Pays-Bas (en 2011, lorsque la loi temporaire sur la concentration des médias a été abrogée). Toutefois, dans ces deux derniers Etats, les questions relatives à la propriété des médias restent du ressort des autorités de régulation audiovisuelles¹.

En y regardant de plus près, il ressort également que, même dans les pays n'ayant pas mis en place de mesures clairement identifiées comme règles anti-concentration spécifiques aux médias, des limites en matière de propriété des services de radiodiffusion sont néanmoins imposées par d'autres biais. Par exemple, seules des entreprises établies au Luxembourg peuvent se voir attribuer une licence de radiodiffusion luxembourgeoise. Le dispositif de conventionnement constitue donc de facto un moyen de limiter la propriété étrangère dans la radiodiffusion. Le conventionnement joue aussi un rôle majeur au Royaume-Uni dans le cadre des mesures anti-concentration spécifiques aux médias. L'Autorité des communications, l'Ofcom, a le pouvoir de lier l'octroi de licences de radiodiffusion à des conditions qu'il juge à même « de garantir une concurrence juste et effective dans le domaine des services conventionnés ou des services connectés » (s. 316 CA03). Cela permet concrètement à l'Ofcom d'appliquer aux éventuels titulaires de licences certaines interdictions et limitations, pouvant notamment porter sur la propriété verticale et diagonale et sur d'autres formes de propriété des médias².

Parmi les Etats disposant de règles anti-concentration spécifiques aux médias, beaucoup sont ceux qui utilisent en outre les termes des licences comme moyen supplémentaire de prévenir certaines concentrations. Par exemple, en plus des limites spécifiques issues de la loi sur la radiodiffusion polonaise en matière de propriété étrangère, la Pologne gère les questions de concentration spécifiques aux médias par le biais de son dispositif de conventionnement. La loi sur la radiodiffusion permet à l'autorité de conventionnement de refuser ou de révoquer une licence dans le cas où un acteur du marché pourrait parvenir à une position dominante. De la même manière, la Suisse a recours à la règle limitant à deux le nombre de licences de télévision pour empêcher les concentrations dans le domaine des médias, et l'Allemagne soumet l'attribution d'une licence à une appréciation de « l'influence prédominante sur l'opinion publique ».

Si l'on s'intéresse de plus près aux cadres réglementaires des Pays-Bas et du Royaume-Uni – deux Etats que nous avons identifiés comme ayant abandonné leurs règles anti-concentration spécifiques aux médias, et, s'agissant des Pays-Bas, le seul pays qui n'y substitue pas un contrôle des concentrations par le biais du processus de conventionnement – nous constatons qu'une régulation au niveau du conventionnement est appliquée plus en aval dans la chaîne de valeur. Aux Pays-Bas, les considérations en matière de concentration, qui sont prises en compte par les autres pays au stade du conventionnement, affectent les radiodiffuseurs lorsqu'ils se portent candidats pour une fréquence de radio FM. Ceux-ci sont alors soumis à des restrictions quant aux licences pouvant être combinées. Par exemple, un seuil de propriété s'applique sur l'audience cumulée³. Au Royaume-Uni, l'Ofcom prend en compte les aspects liés à la propriété lorsqu'il conventionne des multiplex TNT ou qu'il autorise des services de transmissions, ce qui lui permet d'exercer un contrôle sur l'intégration verticale.

1) Par exemple, le système néerlandais de contrôle des médias www.mediamonitor.nl

2) L'Ofcom a les mêmes prérogatives s'agissant des multiplex de TNT et des réseaux de transmission, voir ci-dessous.

3) Les limites relatives au conventionnement des fréquences FM ont toutefois un impact limité en pratique puisqu'elles concernent la radio et la propriété horizontale.

Globalement, la numérisation de la radiodiffusion et l'importance moindre de la rareté des fréquences expliquent que la nécessité d'une réglementation anti-concentration spécifique aux médias ait perdu de son importance. Dans le même temps, le fait qu'un acteur du marché ou un certain groupe d'individus ou d'entreprises puisse dominer le processus de formation de l'opinion publique reste une préoccupation importante, du moins à ce stade. Si l'on devait dégager une tendance, il s'agirait sans doute de cette approche consistant à imposer des mesures anti-concentration sur mesure, en liant l'octroi de licences à des obligations et/ou des conditions spécifiques. Une autre tendance, abordée ci-dessous, porte sur la remise en question des critères et du champ d'application des règles anti-concentration dans le cadre du développement des services connectés.

2. Radiodiffusion de service public

Parmi les Etats qui imposent aux radiodiffuseurs des lois anti-concentration spécifiques aux médias, l'Italie et la Norvège les appliquent à tous les opérateurs, publics comme privés. La France, la Hongrie, l'Espagne et l'Allemagne ne les appliquent qu'aux radiodiffuseurs privés. L'Allemagne a toutefois prévu un dispositif distinct réglementant les activités de marché des radiodiffuseurs de service public, que l'on pourrait qualifier de règles anti-concentration spécifiques aux médias⁴. Les règles anti-concentration polonaises, dans la mesure où elles sont liées au conventionnement des radiodiffuseurs, ne concernent pas les programmes que les radiodiffuseurs publics sont tenus de diffuser en application de la loi. Elles peuvent néanmoins s'imposer aux chaînes thématiques de service public, soumises à la détention d'une licence. De la même manière, d'autres Etats utilisent les conditions de conventionnement ou les obligations des cahiers des charges – en plus des règles anti-concentration spécifiques – de manière à ce que les radiodiffuseurs publics (ou des radiodiffuseurs privés proposant des services publics) se limitent à leur mission de service public et n'évincent pas les concurrents privés. C'est également le cas pour des pays tels que le Luxembourg et les Pays-Bas, qui n'imposent pas de règles anti-concentration spécifiques aux médias. Une autre façon de circonscrire l'activité des radiodiffuseurs publics à celles qui relèvent de leur mandat est l'application du test de valeur public imposé à la BBC au Royaume-Uni⁵, et du test en trois étapes allemand. Ces deux dispositifs cherchent à garantir que les opérateurs de service public n'étendent pas leurs activités au-delà de ce qui est prévu par leur mandat, aux dépens de leurs concurrents privés. Un test de valeur public est également prévu en Espagne (il n'a pas encore été appliqué, dans la mesure où les radiodiffuseurs publics n'ont pas proposé depuis son adoption d'activités nouvelles susceptibles d'en faire l'objet) et en Norvège. Aux Pays-Bas, l'offre de nouveaux services par les radiodiffuseurs publics est également soumise à un contrôle interne puis à l'approbation du ministre des Affaires culturelles (à la suite d'une consultation publique). L'importance croissante de ces tests destinés à évaluer la valeur et le caractère approprié des nouveaux services envisagés par les radiodiffuseurs publics résulte des décisions européennes dans le domaine des aides d'Etat et des lignes directrices publiées par la Commission dans sa Communication⁶.

Les cadres juridiques suisse et luxembourgeois régissant les radiodiffuseurs de service public, qui témoignent de situations de marché très spécifiques (quoique bien différentes l'une de l'autre) sont particulièrement intéressants. Les marchés télévisuels de ces deux Etats sont relativement petits (en Suisse, celui-ci est en outre divisé en quatre langues officielles) mais sont entourés d'Etats dont les marchés, de même langue, sont grands, et incluent des radiodiffuseurs publics forts qui sont en concurrence directe avec les radiodiffuseurs suisses et luxembourgeois. Afin de remédier à cette situation, les deux Etats ont introduit des mesures vigoureuses pour promouvoir la programmation de leurs radiodiffuseurs publics, malgré le handicap concurrentiel que cela implique pour les opérateurs privés en Suisse, et le maintien d'une situation de concentration au Luxembourg. Ces mesures portent surtout sur le financement des radiodiffuseurs publics. En Suisse, celui-ci est assuré par la majorité des

4) Voir les articles 11a et suivants et les articles 16a et suivants du RStV. Les médias de service public pourraient être considérés par nature comme des instruments à même d'apporter un pluralisme et une diversité dans les médias, ce qui explique en outre les réticences des Etats à les soumettre à des règles anti-concentration spécifiques aux médias pour leur imposer au contraire des dispositifs visant à en garantir le pluralisme interne. Ces caractéristiques particulières des médias de service public n'entraient cependant pas dans le champ de notre étude.

5) En ce qui concerne Channel 4, la loi exige que soient mises en place les dispositions dites du « *Schedule 9* », qui ont pour objectif de garantir que les activités commerciales de la chaîne ne menacent pas ses fonctions initiales.

6) Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'Etat (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JO C 257, 27 octobre 2009, p. 1-14.

recettes de la redevance audiovisuelle (*Empfangsgebühr*), et par un recours à des règles souples⁷ en matière de revenus complémentaires issus de la publicité et du parrainage (tout en respectant le principe selon lequel les radiodiffuseurs publics doivent être plutôt limités en matière de multiplicité de leurs sources de revenus). Au Luxembourg, le radiodiffuseur privé RTL assure des services de radiodiffusion publique, et bénéficie en retour d'un cadre avantageux établi par le gouvernement, qui lui garantit un niveau de revenus suffisant et des conditions de licence favorables (permettant notamment un grand nombre de chaînes et de services RTL). Pour résumer, en Suisse, le cadre législatif est conçu pour soutenir un radiodiffuseur public fort, et au Luxembourg, la loi promet, plus qu'elle ne limite, un certain degré de concentration.

3. Services de médias audiovisuels non linéaires

A ce jour, les services de médias audiovisuels non linéaires n'ont été que peu visés par les règles anti-concentration spécifiques aux médias. Aucun Etat ne mentionne dans son rapport des seuils d'audience ou de participation au capital susceptibles de limiter directement la propriété des médias audiovisuels non linéaires. Ces services ne font pas non plus directement l'objet de mesures anti-concentration spécifiques aux médias au niveau du conventionnement, tout simplement parce qu'aucun pays partie à cette étude n'a introduit de système de conventionnement pour les services non linéaires. Pour les Etats membres de l'UE, la Directive Services de médias audiovisuels fait d'ailleurs obstacle à l'introduction d'un tel mécanisme pour ce type de services (mécanisme qui soulèverait par ailleurs un certain nombre de questions constitutionnelles en matière de liberté de l'information). En particulier, les règles limitant l'accumulation de licences, ou les règles conditionnant l'octroi d'une licence au respect de certains seuils de concentration dans un marché donné, ne sont généralement pas pertinentes s'agissant des médias à la demande.

Cela change toutefois dès lors que l'évaluation d'une concentration ou d'une position dominante prend en considération les services de médias audiovisuels à la demande. Certains Etats ont indiqué comment et dans quelles conditions ces derniers peuvent être pris en compte, tandis que cette question est encore ouverte dans d'autres Etats. En Hongrie par exemple, il apparaît clairement que les règles anti-concentration spécifiques aux médias ne concernent que les services linéaires. La Norvège pour sa part étudie en ce moment l'opportunité et les conditions dans lesquelles elle pourrait étendre le champ d'application de sa loi sur la propriété des médias pour y inclure les médias électroniques. Et le dernier avis complémentaire de l'Ofcom suggère que le Royaume-Uni pourrait réexaminer sa réglementation, dans la mesure où l'Ofcom affirme que « le cadre existant pour prendre en compte le pluralisme n'est peut-être plus adapté pour mettre en œuvre l'objectif politique du parlement⁸ ». L'Ofcom recommande d'inclure certains fournisseurs d'informations en ligne dans les réexamens périodiques (et les évaluations relatives aux fusions) portant sur des questions de pluralisme. Ces fournisseurs sont ceux qui « contrôlent les titres mis à disposition du public » (jouant ainsi un rôle de « gardien » de l'entrée sur le marché), ceux qui « contrôlent la mise en valeur de ces titres en ligne » (par exemple parce qu'ils ont la main sur les moteurs de recherche) ou encore qui « contrôlent le contenu de ces titres » (par exemple parce qu'ils exercent un certain contrôle éditorial)⁹. La contribution française aborde le débat en cours portant sur une fusion du régulateur des services audiovisuels (CSA) et de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (Arcep), qui suggère l'existence d'une discussion plus large sur la pertinence de certains paramètres de la réglementation spécifique aux médias, à la lumière de l'interconnexion des marchés et des services.

Un aspect des règles actuelles portant sur les services de radiodiffusion permet néanmoins aux Etats de tenir compte des effets des services de médias non linéaires dans leurs réflexions relatives à la concentration : la définition des marchés pertinents. Dans un environnement convergent, les services

7) Il faut cependant souligner que la SSR est toujours soumise à des règles plus strictes que ses concurrentes privées en matière de publicité et de parrainage.

8) Au Royaume-Uni, l'Ofcom a publié en 2010 un rapport sur le pluralisme dans le contexte de la transaction NewsCorp/BskyB, dans lequel il suggérait que « le cadre existant pour prendre en compte le pluralisme n'est peut-être plus adapté pour mettre en œuvre l'objectif politique du parlement » (voir le point 1.2 du Rapport du 5 octobre 2012 « Mesurer le pluralisme des médias – avis complémentaire au secrétaire d'Etat à la Culture, aux Médias et au Sport et à l'enquête Leveson »).

9) Ibid. (note 8), point 5.4. Voir aussi le rapport « Mesurer le pluralisme des médias – avis au secrétaire d'Etat à la Culture, aux Médias et au Sport et à l'enquête Leveson » du 19 juin 2012, disponible sur : <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/consultations/measuring-plurality/statement/statement.pdf>

de médias non linéaires peuvent très bien faire partie d'un marché pertinent si l'on raisonne de la façon suivante : toute définition d'un marché doit respecter l'objectif des règles anti-concentration spécifiques aux médias, or ces règles se justifient généralement par l'objectif de garantir le pluralisme et la diversité des médias. Leur but est d'assurer un environnement propice au développement d'une multitude d'informations, sur la base desquelles le consommateur peut se forger sa propre opinion. Il est évident que les services de médias non linéaires peuvent contribuer à cet objectif. Ce dernier est toujours le moteur principal de la réglementation dans les Etats prévoyant des critères de part d'audience (par exemple l'Allemagne, la Norvège et l'Espagne) ou d'autres mécanismes visant à tenir compte d'éléments supplémentaires pour effectivement définir les marchés sur la base de leur impact potentiel sur la formation de l'opinion publique. En Hongrie par exemple, la loi relative aux médias cherche à limiter « l'influence importante », plutôt que le « pouvoir de marché important ». Dans tous les cas, une combinaison de services de médias audiovisuels différents, y compris non linéaires, pourrait par exemple constituer un marché défini sur une base géographique. Le fait que les Etats incluent généralement l'objectif de promotion d'une information pluraliste et diverse dans leur législation anti-concentration spécifique aux médias pourrait permettre, s'ils le souhaitent, de faciliter la prise en compte des services de médias non linéaires.

En pratique toutefois, nous n'avons mis à jour aucune affaire ayant précisément porté sur cette question. Néanmoins, une affaire allemande concernant l'acquisition de ProSiebenSat.1 par Axel Springer AG avait déjà mis sur le devant de la scène la question de la définition des « autres marchés pertinents liés aux médias », au regard des marchés de la télévision et des quotidiens. Des considérations semblables soulèveront sans doute un jour la question de la relation entre les marchés de la télévision et des services de médias non linéaires.

II. Autres règles spécifiques ayant un impact sur le pouvoir sur le marché des médias.

L'élargissement du champ de la notion de « réglementation anti-concentration spécifique aux médias » aux services convergents, et la prise en compte de l'ensemble de la chaîne de valeur liée aux services de médias audiovisuels donne une tout autre couleur aux dispositions en vigueur : les sources des règles spécifiques aux médias et les instruments réglementaires susceptibles d'avoir un impact comparable augmentent considérablement. En plus de la réglementation audiovisuelle, il est essentiel de prendre en considération la législation applicable aux communications (électroniques) puisque celle-ci peut également contrebalancer les phénomènes (non souhaités) de concentration à un autre niveau de la chaîne de valeur. De la même façon, il faut rester attentif à l'adoption de règles visant spécifiquement les effets de la concentration des services auxiliaires et convergents. Et tout en s'intéressant à ces deux aspects, il convient de garder à l'esprit que les dispositions pertinentes ne prendront pas nécessairement la forme de lois traditionnelles. Les obligations et les contraintes pourraient tout aussi bien se fonder sur des mécanismes de corégulation ou, comme nous l'avons vu ci-dessus, sur les termes des licences.

1. Obligation de distribution (*must-carry*)

Les dispositions en matière de *must-carry* ont également pour objectif la promotion du pluralisme de l'opinion, et en cela elles renforcent la position des acteurs individuels¹⁰. Tous les Etats, sauf le Luxembourg et l'Espagne, ont une règle qui impose aux réseaux de communications électroniques de transmettre au public certaines chaînes et services donnés afin de remplir des objectifs d'intérêt général clairement définis. Les radiodiffuseurs publics (plutôt que privés) sont les principaux bénéficiaires du statut de *must-carry*. Mais ce dispositif peut également concerner des radiodiffuseurs privés, notamment lorsque ceux-ci se voient attribuer des missions de service public, comme c'est le cas en Norvège et au Royaume-Uni, voire même viser des programmes étrangers, comme en Suisse. L'obligation de distribution peut parfois couvrir certains types de retransmission seulement ou être limitée par certaines conditions (en Allemagne par exemple, elle ne s'applique pas aux opérateurs de réseaux

10) Pour plus d'informations sur la règle du *must-carry*, voir IRIS plus 2012-5, *Le must-carry : Renaissance ou réforme ?* (Susanne Nikoltchev (Ed.), Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2012).

ouverts ou de réseaux couvrant moins d'un certain nombre de foyers). Elle peut aussi se concentrer sur des types particuliers de services, par exemple la radiodiffusion locale s'agissant de l'Italie. Les Pays-Bas ont annoncé leur intention de réviser leurs règles de *must-carry* pour mettre en place une approche plus neutre du point de vue technologique.

En général, les obligations de distribution s'accompagnent d'une obligation d'offre (*must-offer*) qui s'impose aux radiodiffuseurs soumis au *must-carry*. Parfois cette obligation ne porte que sur les radiodiffuseurs publics (par exemple aux Pays-Bas, lorsque la situation en matière de droits d'auteur le permet). L'Espagne exige en outre de ses radiodiffuseurs publics qu'ils donnent aux opérateurs de plateformes de distribution un accès gratuit aux chaînes de service public mais n'a pas d'obligation parallèle de *must-carry*. Jusqu'à l'adoption de la nouvelle loi audiovisuelle espagnole, l'obligation d'offre s'appliquait aussi aux radiodiffuseurs privés, lesquels sont désormais simplement tenus de faciliter l'accès à leurs principales chaînes en contrepartie d'une rétribution appropriée¹¹. Aucun mécanisme de *must-offer* n'est prévu en Allemagne, en Italie et en Norvège.

2. Autres règles, portant notamment sur les services auxiliaires permettant ou facilitant l'usage ou la réception

Le passage à la technologie numérique et l'émergence des services à la demande ont mis en lumière les questions d'accès et d'équipement. Par exemple, les décodeurs numériques peuvent faire partie d'un système propriétaire, ce qui renforce le pouvoir d'un opérateur donné sur le marché ; les guides électroniques de programmes (*Electronic Programme Guides – EPG*) peuvent être biaisés et favoriser certains services et en discriminer d'autres. La plupart des Etats ont pris acte de ce pouvoir émergent des fournisseurs de services auxiliaires facilitant ou permettant la réception des offres de services de médias audiovisuels. La législation européenne¹² a visiblement favorisé une approche harmonisée à cet égard parmi les Etats membres.

En Allemagne, la loi interdit d'imposer des normes techniques aux services permettant l'accès aux plateformes de radiodiffusion et de distribution de services de télémedias (tels que les interfaces de programme d'application (*Application Programming Interfaces – API*) et les systèmes d'accès conditionnel) susceptibles de créer des obstacles indus ou d'avoir pour effet des discriminations injustifiées. La loi prévoit en outre que les EPG doivent référencer de manière équitable programmes publics et privés¹³. Au Luxembourg, il est possible d'imposer des conditions relatives à l'accès aux opérateurs disposant d'un pouvoir de marché important, y compris des mesures visant à garantir l'accès aux API et aux EPG. En outre, des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (*fair, reasonable and non-discriminatory – FRAND*), sont requises pour l'accès aux terminaux de réception numériques et aux réseaux numériques de télévision. Enfin, les fournisseurs d'accès conditionnel doivent maintenir une compatibilité séparée s'agissant de cette activité et sont soumis à une obligation de conventionnement vis-à-vis des fabricants. Des règles très proches sont en vigueur en Pologne. Des conditions FRAND sont aussi exigées pour les EPG et les fournisseurs d'accès conditionnel en Espagne et pour les distributeurs de TNT gratuite en France. En outre en France, la réglementation relative à la numérotation des services limite la capacité des distributeurs à organiser leurs services sans suivre la « numérotation logique » pour les chaînes TNT. En Hongrie, les services auxiliaires comme les EPG sont soumis aux mêmes règles que les autres services de médias. Les Pays-Bas ont pour leur part adopté des dispositions spécifiques qui permettent un accès réglementé aux services auxiliaires (EPG, API, services d'accès conditionnel) mais elles ne sont pas mises en œuvre à ce stade. Au Royaume-Uni, l'Ofcom a adopté un code spécifique aux EPG, qui aborde les questions du référencement des chaînes de service public et l'avantage concurrentiel dont jouissent les chaînes liées à un fournisseur d'EPG. Le code exige par ailleurs que les fournisseurs d'EPG respectent des conditions FRAND¹⁴. Les lignes directrices

11) En revanche en Norvège, l'opérateur de câble doit financer la retransmission.

12) Les dispositions les plus importantes à cet égard sont celles de la directive « accès » portant sur les guides électroniques de programme, les interfaces de programme d'application, et les systèmes d'accès conditionnels (articles 5 et 6 en conjonction avec l'annexe I).

13) Pour plus de détails, consulter également B. van der Sloot, « La question de la "mise en valeur" dans les guides électroniques de programmes », in *IRIS plus 2012-5*, le *must-carry*: Renaissance ou réforme ? (Susanne Nikoltchev (Ed.), Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2012), p. 36.

14) Pour plus de détails, voir également B. van der Sloot, *op. cit.*, p. 35.

de l'Ofcom sur la prestation de services de plateforme technique (*Ofcom Guidelines on the Provision of Technical Platform Services*) clarifient les conditions (notamment de prix) pouvant être imposées en termes d'accès conditionnel (ou ayant déjà été imposées).

Les deux Etats non membres de l'UE, la Norvège et la Suisse, se sont tous deux intéressés aux terminaux de réception numérique tels que les décodeurs. Alors que la Norvège recourt à une disposition imposant à NTV de rendre accessibles les EPG, d'utiliser des standards ouverts reconnus et de donner accès aux spécifications liées, la Suisse a pour sa part envisagé une règle qui aurait entériné la liberté de choix en matière de terminaux de réception numérique. Au bout du compte, cette règle n'a pas été adoptée, surtout par crainte que les technologies plus « anciennes » ne deviennent la norme et fassent obstacle au développement du marché.

3. Neutralité du réseau

Les Pays-Bas ont récemment introduit une disposition dans la loi sur les télécommunications en vertu de laquelle les fournisseurs d'accès internet sont tenus de distribuer leurs services de manière non discriminatoire. Les services ne peuvent être bloqués ou leur accès conditionné à une rémunération de la part du fournisseur de service. En Norvège, l'Autorité des postes et des télécommunications a mis en place, en coopération avec les industriels, certains principes qui insistent davantage sur les droits des utilisateurs à une connexion internet d'une certaine qualité et capacité. La connexion doit en outre permettre un accès libre aux contenus, services et applications et ne doit pas être discriminatoire quant à la source, au type d'application, de service, de contenu ou de destinataire. Le principe d'une gestion du trafic non discriminatoire peut faire l'objet d'exceptions dans des cas particuliers, tant que le fournisseur d'accès internet garantit une « qualité de service » sur des services donnés. Au Royaume-Uni, certains fournisseurs d'accès internet ont adopté un Code de pratique de l'internet ouvert (*Open Internet Code of Practice*). L'Ofcom, en tant qu'autorité de régulation convergente, a récemment indiqué qu'il estimait que cette autorégulation était suffisante dès lors que les opérateurs de réseaux ne donnaient pas la priorité aux services gérés sans que soit laissée suffisamment de capacité pour l'accès dit « *best-effort* » à l'internet ouvert. En France, l'Arcep, le régulateur des communications électroniques et des postes, s'est vu attribuer de nouvelles prérogatives en matière de neutralité du réseau, qui lui permettent de surveiller l'évolution du marché de l'interconnexion des données et de résoudre les différends qui y surviennent. L'Arcep peut également adopter des exigences minimales en termes de qualité de service. Récemment, la Bundesnetzagentur (BNetzA), l'autorité de régulation nationale allemande, a obtenu la possibilité d'imposer des exigences fondamentales en matière de transmission non discriminatoire des données et d'accès aux contenus et aux applications. La BNetzA peut adopter des lignes directrices techniques en matière de qualité minimale de service. Ici encore, ces tendances récentes témoignent de l'effet uniformisant de la législation européenne, notamment de l'article 23 de la directive « service universel ».

Les autres pays examinés ici n'ont pas de règles précises en vigueur portant sur la question de la neutralité du réseau mais celle-ci fait bel et bien l'objet de discussions dans la plupart d'entre eux. La neutralité du réseau est toujours une question relativement nouvelle, mais certainement d'avenir, dans le débat sur le pouvoir de marché¹⁵.

III. Droit de la concurrence

Les contributions des Etats suggèrent que le pouvoir médiatique est lié aux noms des sociétés les plus puissantes. Ces noms témoignent du niveau de concurrence effective du secteur des médias audiovisuels et du fait que certains acteurs y jouissent d'une position particulièrement favorable. Le tableau 3 qui présente la situation sur le marché (voir la partie III de cette publication) illustre bien cet état de fait pour les principaux groupes de télévision présents en Europe. Mais de quelle manière le droit de la concurrence vient-il concrètement compléter les règles plus spécifiques mentionnées jusqu'ici ? La caractéristique la plus importante des règles issues du droit de la concurrence est

15) On retrouve cette conclusion chez N. van Eijk, « La neutralité du Net et les services audiovisuels », in *IRIS plus* 2011-5, Pourquoi débattre de la neutralité du Net ? (Susanne Nikoltchev (Ed.), Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2011), p. 5.

sans doute le fait que celles-ci s'appliquent à tous les services audiovisuels. Aussi remplissent-elles les vides laissés par les règles anti-concentration spécifiques aux médias et par les obligations des licences, parce que celles-ci visent en premier lieu la radiodiffusion et ne couvrent pas les services non linéaires, qui ne sont pas soumis à une procédure de conventionnement. En pratique, il est difficile d'établir clairement dans quelle mesure cette possibilité de recourir au droit de la concurrence en matière de services non linéaires est exploitée, puisque seule une minorité d'affaires mentionnées dans cette publication tiennent compte de ces services. Le droit de la concurrence est un complément potentiellement utile aux règles spécifiques aux médias, en particulier lorsque celles-ci ignorent les questions de concentration verticale et les autres formes de pouvoir de marché dans le secteur audiovisuel.

1. Abus, fusions et acquisitions

Tous les Etats couverts par cette analyse ont recours au droit de la concurrence dans les situations où une position forte sur le marché s'avère problématique. Tous établissent une distinction entre l'abus d'une position particulièrement forte (souvent appelée dominante) et le risque qu'une position devienne trop forte à la suite d'une fusion ou d'une acquisition. Les règles nationales sont donc parfaitement en ligne avec la logique du droit européen de la concurrence. Le Luxembourg ne dispose toutefois d'aucun mécanisme d'évaluation et de régulation des fusions (ses règles nationales en matière de concurrence visent uniquement à assurer une concurrence effective), aussi seuls les cas de fusions transnationales font l'objet d'un contrôle, relevant de la Commission européenne en application de la législation européenne relative aux fusions. Le Royaume-Uni applique le droit de la concurrence de façon à prendre en compte tout aspect ou combinaison d'aspects susceptible de restreindre ou de distordre la concurrence de manière négative dans un marché donné. Ainsi, peu importe si cet effet résulte de la structure du marché, du comportement des opérateurs ou même des consommateurs. En Allemagne au contraire, les principes du droit général de la concurrence ne couvrent pas la position dominante lorsque découle du développement d'une société intervenant en dehors de toute fusion ou acquisition (c'est-à-dire dans le cadre d'une croissance naturelle).

2. Application au secteur des médias

Au Royaume-Uni, en Hongrie et en Italie, les fusions dans le secteur des médias font l'objet d'une procédure d'examen spécifique ou sont soumises à des règles supplémentaires. Au Royaume-Uni, une règle prévoit en effet que les fusions soulevant des questions particulières d'intérêt public, relatives par exemple au pluralisme dans le cas de la radiodiffusion, peuvent être soumises à la Commission de la concurrence (*Competition Commission*), et impliquer en outre l'Autorité de la concurrence (*Office of Fair Trading* - OFT) et le régulateur des communications (Ofcom). Des règles précisent clairement la manière dont ces instances doivent collaborer. L'Ofcom est tenu de publier un rapport traitant des implications en matière de pluralisme des médias, et la question de l'intérêt public doit être prise en compte dans la décision finale (pour une description plus détaillée de ces procédures, voir la contribution relative au Royaume-Uni, point 4.2).

En Hongrie, le contrôle des concentrations dans le secteur des communications et des médias confie un rôle au Conseil des médias, en plus de l'autorité de concurrence compétente par ailleurs. La jurisprudence relative à la presse suggère que ces autorités ont des approches différentes quant à la définition des marchés pertinents. Alors que le Conseil des médias met l'accent sur le pluralisme des opinions, l'Autorité de la concurrence s'en tient aux définitions du droit de la concurrence. L'autorité de concurrence hongroise doit demander un avis au Conseil des médias lorsqu'une fusion implique des sociétés assumant une responsabilité éditoriale et dont l'objet principal est la diffusion de contenus médiatiques au grand public par des réseaux de communications électroniques. L'appréciation du Conseil des médias quant à l'autorisation ou non de la concentration envisagée est essentiellement contraignante, mais l'autorité de la concurrence peut néanmoins bloquer une fusion ou lui imposer des conditions supplémentaires, sur la base de la loi sur la concurrence (pour une description plus détaillée des divergences potentielles, voir la contribution sur la Hongrie, point 4).

L'Italie applique elle aussi aux entreprises opérant dans le secteur des médias des règles quelque peu différentes de celles régissant les autres secteurs économiques. Ces différences portent notamment sur les seuils au-delà desquels une notification est exigée et sur l'application de limites

anti-concentration spécifiques au secteur. Les concentrations dans le secteur des médias doivent en outre être simultanément notifiées à l'AGCOM et à l'AGCM, dont les compétences se recouvrent mais qui appliquent des règles différentes. C'est pourquoi il est possible d'aboutir à des interprétations et des décisions différentes, en dépit du fait que l'AGCOM soit tenu de saisir l'AGCM pour avis avant de se prononcer (pour une description plus détaillée de ces procédures, voir la contribution sur l'Italie, point 4.3).

La Suisse a aboli ses règles de concentration spécifiques aux médias, en avançant que les règles anti-concentration spécifiques aux médias visant à préserver la concurrence n'étaient en général pas à même de traiter des problèmes propres aux médias. Cela a eu pour effet l'application au secteur des médias des seuils issus du droit général de la concurrence, beaucoup plus élevés, ce qui explique que très peu de fusions dans le domaine des médias aient fait l'objet d'un examen.

3. Seuils

La CNC espagnole définit¹⁶ la position dominante comme « une situation dans laquelle une entreprise est en mesure d'agir de manière relativement indépendante sur le marché sans prendre ses fournisseurs, clients ou concurrents en compte » (dans le contexte de l'abus). En Pologne, une position est présumée dominante lorsqu'une entreprise détient plus de 40 % de part d'un marché pertinent donné. Toutefois cette présomption est susceptible d'être écartée pour prendre en compte les circonstances particulières à chaque affaire, ainsi que des éléments tels que la capacité à agir de manière autonome par rapport aux concurrents, aux parties contractantes et aux consommateurs.

L'importance des circonstances pratiques est sans doute la raison centrale pour laquelle la plupart des contributions ne contiennent pas de définition explicite de la position dominante. Elles soulignent plutôt le caractère fondamental de l'étape suivante, c'est-à-dire des seuils utilisés en pratique pour déterminer si l'abus ou la création d'une position dominante entraîne une distorsion de concurrence ou menace d'entraîner une telle distorsion. Mais même à ce stade, le langage reste encore, de manière compréhensible, assez flou. Le Royaume-Uni évoque par exemple l'évaluation d'un « amoindrissement substantiel de la concurrence » (une terminologie également utilisée en Hongrie, plus souple que la définition précédemment en vigueur « d'entrave à la formation, au développement et à la poursuite d'une concurrence effective ») et l'examen norvégien d'une « création ou d'un renforcement d'une restriction significative de la concurrence ».

4. Marchés/jurisprudence

Le recours à la jurisprudence pour développer le cadre législatif en matière de concurrence implique que la délimitation des marchés diffère d'un Etat à l'autre. Dans les cas de la Pologne et de la Hongrie par exemple, une importance particulière est accordée à la notion de biens substituables issue du droit de la concurrence. Dans les pays où plusieurs autorités interviennent dans le contrôle des concentrations et l'examen des abus de position dominante, une approche fondée sur la jurisprudence comporte le risque d'aboutir à des interprétations et définitions différentes au sein d'une même juridiction. Cela se vérifie particulièrement lorsque les différentes autorités examinent le cas sous des angles différents, comme c'est le cas en Italie à propos de la distinction (ou l'absence de distinction) entre marchés de la télévision payante et de la publicité télévisée. Dans certains pays (par exemple la Pologne et la Suisse), une tendance se dégage vers la distinction d'un grand nombre de marchés (marchés de l'information, du sport, de la publicité etc.).

Les décisions de concurrence relevées dans les diverses contributions recouvrent virtuellement tous les modes possibles d'établissement et d'exploitation du pouvoir de marché. Ceci souligne le fait que l'impact des fusions et acquisitions est de plus en plus susceptible de s'étendre à plusieurs marchés, que ce soit de façon verticale, horizontale ou diagonale. La prise en compte de ces effets sous l'angle des exigences du droit de la concurrence doit être décidée au cas par cas au vu d'un examen approfondi

16) Conformément à la définition introduite par la Cour de Justice dans les affaires *United Brands* (27/76 de février 1978), disponible sur: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:EN:HTML>

des faits et de l'impact potentiel d'une position de pouvoir dans un marché en évolution rapide. D'autres aspects rendent encore plus difficiles la mise à jour des grandes lignes et l'identification des tendances dans l'application du droit général de la concurrence par les Etats. Les objectifs de politique publique en matière de médias, tels que la protection d'un marché pluraliste (souvent en toile de fond bien que cet objectif ne soit pas principalement visé par le droit de la concurrence) mais aussi les objectifs purement axés sur le marché comme le basculement vers le numérique, compliquent encore cet examen. Un autre thème récurrent qui fait obstacle à l'analyse concerne la crainte d'entraver un marché qui n'est pas encore suffisamment développé, notamment lorsque des modèles économiques fondés sur l'internet sont en cause.

De nombreuses décisions relatives à des fusions et des enquêtes de marché ont porté sur les effets du pouvoir sur le marché des droits cinématographiques dans le contexte des services de télévision payante (par exemple, la fusion TPS/Canalsatellite ou l'enquête relative à Sky) mais également des services de télévision gratuite (notamment les fusions Telecinco/Cuatro et Antena 3/La Sexta). De la même manière, les marchés suisses des droits sportifs et des droits cinématographiques ont fait l'objet d'un examen dans le contexte de l'acquisition par Swisscom de parts dans Cinetrade AG (qui a été autorisée pour permettre à Swisscom de proposer une offre triple-play) et de la position dominante de Cinetrade sur le marché de la radiodiffusion de sports en direct (un dispositif de surveillance d'abus potentiel étant en place).

La commercialisation exclusive des droits sportifs pose des problèmes en termes de concurrence sur les marchés national et international de la transmission en Allemagne. Ces questions sont en partie réglées par la mise en place d'obligations destinées à assurer la diffusion des matches de football sur les différentes plateformes de retransmission. Des préoccupations similaires ont été soulevées lors de l'enquête portant sur le contrat entre Canal+ et la Fédération polonaise de football, au cours de laquelle le marché des droits de retransmission des matches de la première ligue de football polonaise a été reconnu comme un marché distinct (un marché encore plus étroit, recouvrant la retransmission télévisée de matches de football au sein d'un même événement, tel que le Championnat européen de football 2008, a également été défini dans l'affaire d'abus *Cyfrowy Polsat*).

Les droits sportifs ont également été pris en compte dans une affaire italienne qui a lié les droits sportifs à un autre aspect important du pouvoir de marché, à savoir le marché de la publicité. Le groupe Mediaset a été reconnu coupable d'un abus de position dominante sur le marché de la publicité télévisée dans le cadre de l'acquisition des droits de retransmission des matches de football de Premier League. En effet, les offres des concurrents de Mediaset se seraient révélées si peu attrayantes si elles n'avaient pu inclure ces matches que ces opérateurs auraient été *de facto* exclus du marché de la publicité télévisée.

La position dominante potentielle d'un opérateur sur le marché de la publicité télévisée est à l'origine de bien d'autres affaires. En Allemagne, elle a motivé l'interdiction de la fusion ProSiebenSat1/Bertelsmann et du lancement de la plateforme de VoD Amazon, un projet conjoint de ProSiebenSat1 et RTL interactive GmbH. Le marché de la publicité télévisée a en outre été l'une des (nombreuses) préoccupations prises en considération dans les affaires de fusion Telecinco/Cuatro et Antena 3/La Sexta en Espagne et dans le cas d'abus de position dominante Telewizja Polska/TVP en Pologne. Il s'agissait également de l'un des trois principaux marchés affectés dans les fusions polonaises impliquant Canal+ et ITI/TVN, et en Hongrie, dans la fusion RTL CEE/IKO Media Holding et l'acquisition IKOT/MRTL. Le marché de la publicité - pas seulement télévisée - a enfin été au cœur de la fusion Granada/Carlton au Royaume-Uni. Celle-ci a été approuvée, assortie du remède dit de « renouvellement des droits contractuels », qui donne aux annonceurs et aux acheteurs médias le droit de renouveler leurs contrats en cours avec Granada et Carlton dans les mêmes conditions.

Les opérateurs de réseaux de transmission font également régulièrement l'objet de préoccupations liées à des pratiques abusives. Par exemple, la société espagnole Abertis a été accusée d'imposer des conditions abusives aux radiodiffuseurs privés, et Swiss Cablecom AG a été soupçonné d'abuser de sa position dominante sur le marché du câble au détriment d'un service numérique de télévision payante. La Pologne a également à de nombreuses reprises eu recours au droit de la concurrence pour traiter des pratiques abusives des opérateurs de plateformes dans leurs relations avec les radiodiffuseurs et les autres opérateurs, ainsi qu'à l'occasion de fusions entre opérateurs.

5. Distincts, interdépendants, conciliables ?

Dans la plupart des pays étudiés ici, les règles anti-concentration spécifiques aux médias gardent de leur importance dans le domaine de la radiodiffusion, en particulier en tant qu'instrument de régulation *ex ante* visant à préserver le pluralisme et la diversité des contenus médiatiques. En Allemagne par exemple, l'importance de ces règles est illustrée par l'existence d'une entité unique consacrée à la concentration dans les médias (la KEK)¹⁷, qui a pour seul mandat de surveiller et de faire appliquer les dispositions en vigueur destinées à garantir la diversité de l'opinion sur les services nationaux de télévision privée. La deuxième série de règles encadrant le pouvoir de marché, issue du droit de la concurrence, constitue formellement un domaine séparé du droit. Elles s'intéressent aux mêmes conditions de marché sous un angle économique et interviennent dans un temps différent, à savoir *ex post*. En outre, le droit de la concurrence implique d'évaluer le pouvoir de marché au cas par cas, et des considérations relatives à des aspects financiers, tels que les revenus tirés de la publicité ou des droits d'auteur, y jouent un rôle central.

L'étude montre que les pays semblent conscients de la nécessité d'introduire dans le droit de la concurrence la possibilité de tenir compte des considérations relatives au pluralisme et à la diversité, nécessité qui trouve un écho en droit européen, mais qui n'est pas formellement reconnue comme un objectif dans les affaires de fusion au niveau de l'UE (alors même que le pluralisme et la diversité semblent identifiés comme un effet secondaire appréciable)¹⁸. Bien que les questions de diversité et de pluralisme n'arrivent qu'en deuxième position en droit de la concurrence (après les considérations relatives au marché), la possibilité de les prendre en compte amène le droit de la concurrence à tenir compte des notions, des seuils et de l'objectif des règles anti-concentration spécifiques aux médias. En outre, l'intégration de ces questions à la pratique du droit de la concurrence ouvre la voie à une coopération entre autorités de régulation et à un rapprochement des procédures. Une telle coordination, si elle est mise en œuvre de façon adéquate, pourrait offrir davantage de flexibilité aux Etats quant au moment et à la manière dont ils gèrent les questions de concentration des médias. Par exemple, lorsque les règles spécifiques ne s'appliquent que de façon horizontale, le droit de la concurrence permet d'inclure les dimensions verticale et diagonale de la propriété et de tenir compte des caractéristiques propres à chaque cas particulier. Alors que les règles anti-concentration spécifiques aux médias sont conçues pour les médias traditionnels, le droit général de la concurrence permet d'englober tous les services de médias audiovisuels. Il peut donc être appliqué aux services à la demande et aux services auxiliaires, ce qui sera de plus en plus important lorsque ces nouveaux services se seront davantage développés, c'est-à-dire lorsqu'ils deviendront une source de revenus conséquente. Le droit de la concurrence pourra donc se révéler utile pour une première évaluation des aspects propres aux médias qui ne font pas encore l'objet de dispositions spécifiques.

En attendant, on assiste au développement d'une autre voie visant à apporter une réponse aux questions de pouvoir des médias, que semblent emprunter les juges et les régulateurs européens. Un ensemble de règles très précises s'est développé pour encadrer la radiodiffusion de service public, qui inclut la jurisprudence relative aux aides d'Etat, les règles portant sur le *must-carry*, sur l'accès et sur l'interopérabilité. Les questions d'accès et d'interopérabilité en particulier, qui sont en lien avec les services auxiliaires, ne sont pas couvertes par les règles anti-concentration traditionnelles relatives aux médias. L'ensemble de ces règles permet d'atteindre un certain niveau de promotion et de protection des intérêts publics importants. Parmi ces objectifs, la garantie qu'un certain type de contenus soit bien mis à disposition des consommateurs, et que le secteur des médias reste ouvert et innovant. Une évolution similaire pourrait se dessiner s'agissant de la neutralité du réseau, domaine dans lequel les intérêts et les droits des consommateurs jouent un rôle important. Considérés dans leur ensemble, ces développements pourraient se révéler des instruments novateurs susceptibles de compléter les réglementations générales et spécifiques aux médias en matière de pouvoir de marché, voire même de les réunir un jour au sein d'un cadre global et convergent réglementant le pouvoir de marché.

17) www.kek-online.de

18) Pour plus de détails sur ce sujet, voir dans cette publication la contribution relative au droit européen (point III.2.).



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

20 ans d'Informations pour le secteur audiovisuel

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a pour but d'assurer une plus grande transparence du secteur audiovisuel en Europe. Cette mission comporte la collecte, l'analyse et la publication d'informations actuelles et pertinentes sur les industries audiovisuelles.

L'Observatoire a adopté une définition pragmatique du secteur audiovisuel auquel il se consacre. Ses principaux domaines d'activité comprennent le cinéma, la télévision, la vidéo et le DVD, les services audiovisuels des médias en ligne et les politiques publiques relatives au cinéma et à la télévision. Pour ces cinq domaines, l'Observatoire fournit des informations juridiques ainsi que des informations sur les marchés et les financements. Son champ d'activité géographique s'étend à ses Etats membres, pour lesquels l'Observatoire consigne et analyse les évolutions. Il couvre en outre, lorsque cela lui paraît opportun, d'autres Etats présentant une pertinence pour l'analyse de l'évolution en Europe. La mise à disposition de l'information implique diverses étapes, telles que la collecte systématique et le traitement des données ainsi que leur diffusion auprès des utilisateurs sous forme de publications, d'informations en ligne, de bases de données et répertoires et de présentations dans le cadre de conférences et d'ateliers. Le travail de l'Observatoire fait appel à des sources d'information internationales et nationales permettant de rassembler des données actuelles et pertinentes. Le réseau d'information de l'Observatoire a été constitué à cette fin. Il comprend des organismes et des institutions partenaires, des entreprises spécialisées dans la mise à disposition d'informations professionnelles ainsi que des correspondants spécialisés. Les principaux groupes cibles de l'Observatoire sont les professionnels du secteur audiovisuel : les producteurs, les distributeurs, les exploitants, les radiodiffuseurs et les autres fournisseurs de services audiovisuels, les organisations internationales du secteur, les décideurs au sein des organismes publics responsables des médias, les législateurs nationaux et européens, les journalistes, les chercheurs, les juristes, les investisseurs et les consultants.

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a été créé en 1992 sous l'égide du Conseil de l'Europe, dont il constitue un « Accord partiel et élargi ». Il a son siège en France, à Strasbourg. L'Observatoire se compose à l'heure actuelle de 39 Etats membres et de l'Union européenne, représentée par la Commission européenne. Chaque Etat membre désigne son représentant au Conseil exécutif de l'Observatoire. L'équipe internationale de l'Observatoire est dirigée par le Directeur exécutif.

Les publications et services proposés par l'Observatoire sont classés en quatre catégories :

- Publications
- Informations en ligne
- Bases de données et répertoires
- Conférences et ateliers

Observatoire européen de l'audiovisuel

76 Allée de la Robertsau – F-67000 Strasbourg – France
Tél.: +33 (0) 3 90 21 60 00 – Fax: +33 (0) 3 90 21 60 19
www.obs.coe.int – E-mail: obs@obs.coe.int



Marchés convergents - pouvoir convergent ? Régulation et jurisprudence

Le **pouvoir de marché** devient une préoccupation pour les législateurs nationaux et européen dès lors que les acteurs présents sur un marché acquièrent un niveau de pouvoir qui altère sévèrement l'équilibre de ce marché. Le secteur audiovisuel ne fait pas exception à cet égard. Mais il a également ses spécificités dans la mesure où un trop fort pouvoir sur ce marché ne met pas seulement à mal **les conditions de concurrence dans le secteur**, mais peut également menacer **la liberté de l'information**. C'est ce dernier aspect qui rend particulièrement sensible la question du pouvoir sur le marché audiovisuel. Les législateurs et les régulateurs nationaux, ainsi que leurs juridictions, recherchent des solutions adaptées à ce problème.

Cet IRIS *Spécial* se penche sur la régulation du pouvoir de marché dans le secteur audiovisuel en Europe.

La première partie de cet IRIS *Spécial* examine l'approche de **l'Union européenne** en matière de limitation du pouvoir des médias, approche qui reste dominée par l'application du droit de la concurrence. Cet IRIS *Spécial* revient sur le fonctionnement général du droit de la concurrence et des autres instruments réglementaires pertinents. Il montre en particulier comment les différents services présents dans le secteur audiovisuel sont régulés et quels marchés doivent y être distingués.

La deuxième partie décrit les cadres réglementaires de **11 Etats européens** en matière de contrôle du pouvoir de marché. Pour chacun de ces Etats sont présentées des informations relatives à la régulation des services de médias audiovisuels et des services auxiliaires, des plate-

formes et des services convergents, et enfin des services de distribution.

Ces 11 Etats ont été choisis soit parce qu'ils représentent des marchés majeurs de services de médias audiovisuels en Europe, soit parce qu'ils évoluent en dehors des contraintes du marché intérieur, ou encore parce qu'ils ont certaines caractéristiques particulières, par exemple, la capacité d'attirer des acteurs majeurs en dépit d'un marché de faible dimension.

La troisième partie se penche sur le **contexte économique** dans lequel ces marchés évoluent, en termes de parts de marché et d'audience de la télévision et des services de vidéo en ligne. Ces données permettent de replacer l'information juridique dans un contexte pratique.

La quatrième et dernière partie s'efforce de dégager des **tendances communes** dans les approches des Etats en matière de **régulation du pouvoir de marché**, à en identifier les **principales différences** et à décrire certaines **solutions originales**. Ici ou là seront évoqués des aspects de la législation de l'UE ayant influencé les cadres juridiques nationaux.

Cette édition d'IRIS *Spécial* marque une étape clé vers **une plus grande transparence** dans le secteur audiovisuel quant à la régulation du pouvoir de marché. Elle met également en lumière les défis posés par la régulation des marchés convergents et du pouvoir sur ces marchés.

Cette analyse propose, à un moment clé, un éclairage approfondi sur le sujet complexe que constitue la régulation du pouvoir de marché en Europe.

L'Observatoire européen de l'audiovisuel a édité d'autres publications pertinentes sur le sujet de la régulation du pouvoir de marché ainsi que sur d'autres questions importantes :

IRIS Spécial:

La réglementation des services audiovisuels à la demande: chaos ou cohérence ?

111 pages - Décembre 2011 - EUR 98,50
ISBN 978-92-871-7300-3

IRIS plus:

Must-Carry: Renaissance ou réforme ?

52 pages - Septembre 2012 - EUR 24,50
ISBN 978-92-871-7549-6

IRIS plus:

Pourquoi débattre de la neutralité du Net?

44 pages - Septembre 2011 - EUR 24,50
ISBN 978-92-871-7245-7

Pour accéder à l'actualité juridique sur les médias :

IRIS, Observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

Cette lettre d'information électronique est consultable gratuitement sur :
<http://merlin.obs.coe.int/newsletter.php>