

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Pluralisme et concentrations dans le secteur de l'audiovisuel. Enjeux à l'aube de la société de l'information

Willems, Valerie

Published in:
L'actualité du droit de l'audiovisuel européen

Publication date:
1996

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Willems, V 1996, Pluralisme et concentrations dans le secteur de l'audiovisuel. Enjeux à l'aube de la société de l'information: L'actualité du droit de l'audiovisuel européen. dans *L'actualité du droit de l'audiovisuel européen*. Bruylant, Bruxelles, pp. 89-109.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

PLURALISME ET CONCENTRATIONS DANS LE SECTEUR DE L'AUDIOVISUEL. ENJEUX À L'AUBE DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

PAR

VALÉRIE WILLEMS

CHERCHEUR AU CENTRE
DE RECHERCHES INFORMATIQUE ET DROIT,
FACULTÉS UNIVERSITAIRES DE NAMUR

I. — CONCENTRATIONS ET PLURALISME DANS LE SECTEUR DE L'AUDIOVISUEL.

1. — *Etat de la concentration du secteur de l'audiovisuel*

1.1. *Historique et raisons du processus*

« *Un processus de concentration d'entreprises sans limites et sans contrôle dans le secteur des médias constitue un danger pour le droit à l'information, l'autonomie des rédactions et la liberté des journalistes* »

C'est en ces termes que le Parlement européen s'est exprimé dans une résolution, du 15 février 1990, sur la concentration dans le secteur des médias (1). Il demandait à la Commission, entre autres, d'avancer des propositions en vue de l'établissement d'un cadre législatif sur les concentrations et rachats d'entreprises des médias.

(1) Résolution sur la concentration dans le secteur des médias, J O C 68 du 19 mars 1990, p. 137.

Ce n'est pas un hasard si cette résolution a été adoptée en 1990. C'est en effet dans les années '80 que l'on a assisté à un développement sans précédent d'acquisitions, fusions et autres opérations commerciales dans le secteur de l'audiovisuel et à la naissance des grands groupes multimédias.

Trois changements peuvent expliquer cette transformation de la structure des médias :

- le développement de nouveaux modes de transmission — le câble et le satellite — qui favorisent la concentration des médias en raison de l'importance des investissements demandés ;
- la fin du monopole public et l'apparition de télévisions privées ;
- l'apparition et la rapide augmentation des revenus publicitaires dans ce secteur qui vont conférer aux organismes de radiodiffusion un poids économique qu'ils n'avaient pas auparavant.

Ces tendances se poursuivent et s'accroissent aujourd'hui, à l'aube de la société de l'information. Ainsi, après le passage, au cours des années '80 de la rareté des fréquences à une faible pénétration du câble, on assiste actuellement à une extension considérable des capacités de transmission. De même, après le passage de la redevance à la publicité, on évolue maintenant vers de nouvelles formes de financement, telle la télévision à péage par abonnement ou à la séance.

1.2. Formes de concentration

On peut d'abord distinguer les *concentrations monomédia* et les *concentrations multimédias*. Les concentrations monomédia mettent en cause des entreprises actives dans un même média — la presse, la radio ou la télévision — alors que les concentrations multimédias concernent des entreprises relevant de médias distincts. Si les deux types de concentration peuvent poser des problèmes au regard de pluralisme, les concentrations monomédia pourront, en principe, être plus facilement appréhendées par le droit de la concurrence dans la mesure où elles se déroulent sur un seul marché. Certes, toutes les formes de services audiovisuels ne constituent pas nécessairement un même marché. En effet, de l'avis de la Commission

européenne (2), la télévision payante doit être distinguée de la télévision commerciale financée par la publicité et de la télévision publique. Par ailleurs, au sein de la télévision payante, certains services plus interactifs seront peut-être à l'avenir considérés comme appartenant à un marché distinct (3). Cette tendance à la définition de marchés très segmentés est un obstacle à l'application des règles de concurrence à des situations susceptibles de porter atteinte au pluralisme, et plaide pour le développement d'autres instruments juridiques.

Une autre forme de concentration très présente dans le secteur de l'audiovisuel est l'*intégration verticale* qui peut se dérouler en amont lorsque, par exemple, les radiodiffuseurs s'orientent vers la production en rachetant des sociétés de catalogues de droits ou en aval, par la prise de participation des diffuseurs dans la distribution.

Les grands groupes de communication en Europe ont développé à la fois des stratégies multimédias et d'intégration verticale pour se lancer ensuite sur des marchés étrangers et avec l'avènement des autoroutes de l'information, dans des alliances multisectorielles.

Ainsi, en Italie, le groupe Fininvest coordonne sa production télévisée et cinématographique, la diffusion hertzienne et la distribution par câble, de même que la vente d'espaces publicitaires de son agence Publitalia. En Allemagne, le groupe Kirch produit les programmes qu'il distribue et s'est diversifié, entre autres, dans la télévision par satellite, par câble et à péage. De même, en France, le groupe Havas possède des participations dans l'édition, la presse, la radio, les télévisions commerciales financées par la publicité, les chaînes à péage, la publicité et l'affichage.

L'expansion internationale n'a toutefois été le fruit que d'un très petit nombre de sociétés en Europe telles que Fininvest ou Canal + (contrôlé par Havas) qui ont pu se développer grâce à un solide ancrage sur leur marché national ou encore CLT dont la localisation au Luxembourg peut expliquer en partie

(2) Voir entre autres, la décision de la Commission du 9 novembre 1994 relative à une procédure d'application du règlement n° 4064/89 du Conseil (Affaire N° IV/ M.469 — MSG Media Service), *J. O. L.* 364 du 31 décembre 1994, p. 1.

(3) Pour de plus amples développements, voir *infra*.

l'internationalisation (4). Ces développements sont évidemment dépendants de la structure réglementaire des pays concernés. Ainsi, l'Espagne, dont le marché audiovisuel est particulièrement ouvert à la concurrence étrangère, a vu arriver sur son marché Fininvest, Canal + et Kirch.

Outre ces intégrations en tous sens, on constate que les grands groupes multimédias sont unis par des liens commerciaux très étendus. Ainsi en est-il du groupe Kirch et du groupe de Berlusconi. Ils ont tous deux des participations équivalentes dans les mêmes télévisions, Telecinco en Espagne, Telepiu en Italie et une chaîne sportive en Allemagne, la somme de ces participations leur conférant une influence déterminante.

Le dernier type de concentration que l'on rencontre dans le secteur de l'audiovisuel et ce, de manière accrue ces derniers temps, peut être qualifié de *concentration multisectorielle*. Celle-ci se caractérise par l'entrée dans le capital des médias de sociétés opérant sur d'autres marchés. Ce fut le cas des banques et autres organismes financiers à la fin des années '80, c'est aujourd'hui le cas des compagnies d'eau, d'électricité et des sociétés de télécommunications.

Toutes ces différentes opérations entraînent une concentration de la structure du marché de l'audiovisuel et peuvent par là-même porter atteinte au pluralisme.

2. — Concept de pluralisme

2.1. Définition

On parle généralement de pluralisme pour désigner la diversité des sources d'information, tout en liant ce vocable au concept de la liberté d'expression. Il n'existe pas de définition du pluralisme dans les textes internationaux. On peut toutefois se référer à une définition proposée par un comité d'experts institué en décembre 1991 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe : « *Du point de vue des concentrations des médias, la notion de pluralisme doit être entendue comme étant la possibilité pour une large gamme de valeurs, d'opinions, d'infor-*

(4) Notons qu'Ilavay et Bertelsman ont des intérêts dans CLT.

mations et d'intérêts d'ordre social, politique et culturel de trouver le moyen de l'exprimer à travers les moyens de communication de masse » (5).

Le concept de pluralisme n'est pas mentionné ni défini dans les Constitutions des États membres de l'Union européenne, à l'exception notable des Constitutions portugaise et espagnole (6), et a été érigé comme principe de nature constitutionnelle par la jurisprudence de certaines cours constitutionnelles (7).

L'article 38 de la Constitution portugaise énonce en ses paragraphes 4 et 6 : « *L'Etat assure la liberté et l'indépendance des médias vis-à-vis du pouvoir politique et économique. Il impose le principe de la spécialité aux entreprises disposant de moyens d'information générale. Il les traitera de manière non discriminatoire et empêchera qu'elles ne se concentrent au moyen, notamment, de participations multiples ou croisées... La structure et le fonctionnement des moyens d'information du secteur public doivent leur permettre de conserver leur indépendance vis-à-vis du Gouvernement, de l'Administration et des autres pouvoirs publics, ainsi qu'assurer la possibilité d'expression et de confrontation des divers courants d'opinion.* »

2.2. Pluralisme et liberté d'expression

Le pluralisme ne figure pas à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) qui garantit le principe de la liberté d'expression. C'est un concept qui permet pourtant de donner un contenu substantiel à cette liberté, de la promouvoir et la sauvegarder.

À l'instar d'autres libertés fondamentales, le principe de la liberté d'expression a été interprété par les instances du

(5) Voir le rapport d'activités du Comité d'experts sur les concentrations des médias et le pluralisme (MM-CM), doc. MCM (94)5, p. 8.

(6) Article 20 paragraphe 3 de la Constitution espagnole : « La loi réglementera l'organisation et le contrôle parlementaire des moyens de communication sociale dépendant de l'État ou d'une entité publique et garantira l'accès à ces moyens aux groupes sociaux et politiques significatifs, dans le respect du pluralisme de la société et des différentes langues de l'Espagne ».

(7) Voir, entre autres, en France, arrêt du Conseil Constitutionnel n° 86-217 du 18 septembre 1986, en Allemagne, l'arrêt du 4 novembre 1986 de la *Cour Constitutionnelle*.

Conseil de l'Europe comme imposant une obligation sociale, positive, aux États : celle d'assurer une protection adéquate de cette liberté pour tous et pas uniquement pour les groupes politiques ou économiques puissants. Le lien est établi entre le pluralisme et la liberté d'expression.

Le principe de la liberté d'expression garanti par l'article 10 paragraphe 1 de la CEDH ne peut être limité que sous certaines conditions et uniquement en vue d'atteindre certains objectifs énumérés limitativement au paragraphe 2 du même article. Dans l'affaire *Groppera*, la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt du 28 mars 1990 (8), a constaté que l'interdiction faite par les autorités suisses de retransmettre par câble, en Suisse, des émissions radiodiffusées à partir de l'Italie poursuivait deux objectifs légitimes : la défense de l'ordre international des télécommunications et la protection des droits d'autrui. Selon le gouvernement suisse, l'argument de la protection des droits d'autrui couvrait le pluralisme de l'information et la répartition équitable des fréquences aux niveaux international et national. La Cour a admis cette argumentation.

Par ailleurs, dans deux décisions de novembre 1993 et de janvier 1994 (9), la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevables deux requêtes concernant l'interdiction faite à des organismes de radiodiffusion de diffuser leurs programmes sur le réseau câblé hollandais. La Commission a estimé que l'interdiction se fondait sur la volonté de maintenir un système de radiodiffusion pluraliste et non commercial et poursuivait donc le but légitime de la protection des droits d'autrui.

Cette jurisprudence n'est pas sans incidence pratique. Elle a pour conséquence que toutes les réglementations nationales comprenant des mesures relatives à la propriété des médias et limitant par là-même la liberté d'expression, doivent respecter le prescrit du paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH, c'est-à-dire qu'outre le fait qu'elles doivent reposer sur un besoin social impérieux — la protection des droits d'autrui —, elles

(8) Cour eur. D.H., arrêt *Groppera AG et autres*, 28 mars 1990, série A, n° 173
 (9) N° 18033/91, *Cable Music Europe Ltd c/Pays-Bas*, déc. 29 novembre 1993, N° 21472/93, *X S A. c/Pays-Bas*, déc. 11 janvier 1994, D.R. 76 A, p. 129

doivent être prévues par la loi et formulées avec un degré adéquat de précision, de prévisibilité et d'accessibilité, être nécessaires et proportionnelles au but poursuivi.

2.3. *Formes de pluralisme*

La diversité des sources d'information peut être atteinte par deux voies :

- le pluralisme interne qui consiste à assurer la diversité des opinions politiques, philosophiques, religieuses au sein des sociétés de radiodiffusion par des règles relatives à l'organisation interne ou au contenu éditorial ;
- le pluralisme externe qui consiste à assurer la présence de plusieurs médias à la disposition du public, la diversité étant la résultante de leur ensemble. Le pluralisme externe peut être assuré en veillant à maintenir une certaine autonomie entre les médias (par des règles anti-concentration) et/ou en facilitant l'accès aux activités de médias (par l'assouplissement des conditions d'octroi de licences par exemple).

3. — *Impact des concentrations sur le pluralisme*

Quels sont les effets d'une concentration du secteur de l'audiovisuel sur le pluralisme ? Comment les mesurer ?

Il importe de relever qu'il n'y a pas de lien direct entre l'augmentation de la concentration et la réduction du pluralisme et que, bien plus encore, les concentrations peuvent favoriser le pluralisme, entre autres, en permettant la réalisation d'économies d'échelles, la réduction des coûts de production, le lancement de produits nouveaux qui ne sont pas directement rentables, en sauvant certains médias menacés de disparition ou encore, en renforçant l'autonomie des médias vis-à-vis des pressions extérieures.

Toutefois, un phénomène de concentration accru dans le secteur de l'audiovisuel peut également mettre en danger le respect du pluralisme, notamment en assurant à un même groupe le contrôle d'un nombre important de canaux d'information, entraînant une réduction des sources d'information suite à

la disparition ou à la fusion de certains médias, en permettant l'exclusion du marché de nouveaux acteurs ou d'acteurs économiquement plus faibles.

Les critères d'appréciation de la diversité des sources d'information les plus couramment cités sont les suivants :

Le nombre de chaînes

Il ne s'agit toutefois pas d'un bon critère puisque les chaînes peuvent être contrôlées par la même société.

Le contenu éditorial des émissions

Assurément un très bon critère, il est malheureusement difficile à mesurer et reste très subjectif.

Le nombre de propriétaires ou de contrôleurs des organismes de radiodiffusion

Ce critère présente l'avantage de mettre l'accent sur l'indépendance entre les contrôleurs des médias.

A cet égard, au Royaume-Uni, le Broadcasting Act de 1990 développe un concept intéressant, celui de « connected persons » et prévoit que les limitations à la propriété qui s'appliquent au titulaire d'une licence de radiodiffusion s'appliquent automatiquement aux « connected persons » de ce titulaire qui sont définies comme suit :

- les organismes ou sociétés qui contrôlent ou sont contrôlés par le titulaire de licence ;
- l'associé du titulaire de licence ou l'associé de l'organisme de contrôle.

L'associé est défini comme étant, si le titulaire de la licence est une personne morale, le directeur de la société ou d'une autre société du même groupe, ou dans le cas où le titulaire de la licence est un individu, l'époux ou l'épouse du titulaire, les parents, l'époux ou l'épouse des parents, la société dont l'individu est le directeur, les administrateurs de la société ou les partenaires commerciaux.

Il s'agit donc d'un concept extrêmement large et particulièrement utile dans le secteur de l'audiovisuel dans la mesure où le contrôle peut provenir de liens contractuels tels qu'ils permettent à un sujet d'exercer une influence déterminante sur la

gestion de l'organisme de radiodiffusion. Cela peut être le cas, par exemple, des fournisseurs de programmes ou encore de ceux qui garantissent les revenus publicitaires. Ainsi, suite à l'augmentation du nombre de chaînes de télévision au cours des dernières années, les programmes disponibles se sont raréfiés et les publicitaires proposent aux annonceurs d'échanger des programmes pour lesquels ils ont acquis des droits d'exclusivité en contrepartie de temps publicitaire, programmes évidemment destinés à une audience particulière et complémentaires aux messages publicitaires. Cette pratique a pour conséquence première la perte d'une partie du contrôle éditorial par les organismes de radiodiffusion.

L'audience

Ce critère, préconisé parmi d'autres par la Commission européenne (10), présente certains inconvénients. Outre le fait qu'il peut varier considérablement, l'impact d'une émission, quel que soit son taux d'audience, dépend du type d'information transmis. Ainsi, une petite chaîne d'information spécialisée peut avoir un impact plus important qu'une chaîne musicale ou sportive dont l'audience est beaucoup plus élevée. L'avantage de ce critère n'est cependant pas négligeable puisqu'il permet d'apprécier les effets de la concentration directement sur les téléspectateurs.

Il va de soi qu'il faut prendre en compte la consommation de l'ensemble des médias (et non d'un seul comme la radiodiffusion) pour apprécier l'impact sur le pluralisme de concentrations dans la mesure du moins où certains d'entre eux peuvent constituer un substitut l'un à l'autre.

Par ailleurs, le marché géographique doit, lui aussi, être pris en considération, le pluralisme devant être assuré tant sur le marché local, régional que national. Chaque localité, région ou pays est un marché unique du point de vue de la pénétration des médias locaux, régionaux ou nationaux. Ainsi, sur le marché local et régional, l'essentiel de l'information provient

(10) Voir Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 5 octobre 1994 sur les suites à donner au processus de consultation relatif au Livre Vert « Pluralisme et concentration des médias dans le marché intérieur — Evaluation de la nécessité d'une action communautaire ». COM(94) 353 final p. 42.

de la presse, des radios FM et des chaînes de télévision alors que le marché national est alimenté par les quotidiens nationaux, les magazines, les chaînes de télévision et les radios. Il ne suffira dès lors pas, par exemple, que le consommateur ait accès, sur le marché local, à un grand nombre de radios et de télévisions contrôlées par des personnes différentes si sur ce marché, la presse locale est en position monopolistique.

4. — *Conséquences des développements technologiques sur le processus concentratif et sur le pluralisme*

Les développements technologiques auxquels nous assistons actuellement — la compression numérique, la technologie digitale et en conséquence la convergence entre les technologies des télécommunications et de la radiodiffusion qui va permettre de transmettre tout type de service (programmes télévisés ou autres services de radiodiffusion, service de téléphonie vocale ou autres services interpersonnels) sur tout type d'infrastructure (réseaux câblés, satellite, réseaux hertziens terrestres, infrastructure publique de télécommunications) — qui permettent la création de nouveaux services multimédias interactifs, risquent d'accroître les atteintes au pluralisme dans le secteur de l'audiovisuel.

Le rapport Bangemann sur la société de l'information (11), commandité par le Conseil européen, tirait la sonnette d'alarme et préconisait au Conseil l'adoption de mesures efficaces pour sauvegarder le pluralisme et la concurrence, l'accent étant mis sur la fragmentation du marché européen pouvant résulter d'une divergence des réglementations nationales en matière de propriété des médias.

En raison de la convergence technologique précitée, de nouveaux acteurs vont entrer sur le marché de la radiodiffusion (les opérateurs de télécommunications, les fabricants de hardware et de software, les sociétés de production) afin de tirer profit de la fourniture de nouveaux services multimédias ainsi que de celle de services traditionnellement réservés à d'autres

(11) Rapport préparé par un Groupe de hautes personnalités et intitulé « L'Europe et la société de l'information planétaire — Recommandations au Conseil européen », 26 mai 1994.

acteurs. Vu la lourdeur des investissements et les incertitudes quant à la demande des nouveaux services, ces acteurs vont se regrouper et le nombre de concentrations multisectorielles (12) risque d'augmenter considérablement. Par ailleurs, l'augmentation du processus concentratif pourra aussi s'observer au regard des intégrations verticales. En effet, le nombre de chaînes va être multiplié, la demande de programmes va faire de même. Si les nouvelles chaînes ne sont pas à même d'offrir de nouveaux programmes, de produire de nouvelles émissions et doivent se contenter de reproduire des programmes existant déjà de manière thématique, cela pourrait favoriser des concentrations verticales entre les sociétés de radiodiffusion ou les opérateurs de réseaux et les producteurs de programmes ou les sociétés détenant les catalogues de droits (13).

D'autres éléments peuvent être relevés qui sont davantage liés aux types de services qui seront offerts à l'avenir et à l'attitude générale des consommateurs face à ceux-ci. Ainsi risque-t-on de voir augmenter les possibilités d'influencer la consommation des médias.

Le nombre de chaînes augmentant, il va devenir nécessaire de créer des systèmes de guidance ou d'information destinés au public, visant à faciliter sa navigation et à éclairer son choix. Il est clair que la dépendance du public vis-à-vis de tels systèmes facilite les risques d'exposition à des influences néfastes. Notons qu'à l'heure actuelle, le choix des téléspectateurs n'est pas exempt de toute influence. En atteste la pratique assez développée de promotion croisée qui consiste, par exemple, pour un journal à promouvoir les émissions transmises par les chaînes de télévision appartenant au même groupe économique. Les entreprises risquent donc, on peut déjà l'observer à l'heure actuelle, par des fusions, acquisitions ou autres opérations commerciales, de tenter de contrôler les sociétés ayant mis au point ces systèmes de guidance.

Le même phénomène peut s'observer à propos des systèmes d'accès. Vu la fragmentation de l'audience qui va résulter de

(12) Voir la tentative d'alliance entre Bertelsman, Kirch et la Deutsche Bundespost Telekom (DBPT) précitée ou encore l'alliance entre DBPT et Microsoft.

(13) On a déjà, vu aux États-Unis, US West acquérir une participation de 25 % dans Time Warner. Récemment, France Télécom et Matra-Hachette ont signé un protocole d'accord pour l'ouverture d'une chaîne de jeux.

l'augmentation du nombre de chaînes, de nouveaux modes de financement devront être mis en place telle que la télévision à péage (abonnement, séance) qui s'accompagneront, pour éviter les fraudes, de systèmes de contrôle d'accès (décodeurs, cartes à puce, logiciels...) conférant à la société qui les détient un poids économique certain.

II. — RÉACTIONS RÉGLEMENTAIRES

1. — *Au niveau national*

Les Etats ont ressenti le besoin d'adopter des règles spécifiques anti-concentration en vue de protéger le pluralisme. On peut distinguer les mesures qui réglementent l'accès aux activités des entreprises de médias en interdisant ou limitant l'accès au capital de ces entreprises ou en interdisant ou conditionnant le cumul de licences de radiodiffusion et les mesures connexes visant à assurer la transparence du secteur, l'indépendance des journalistes et le soutien ou la promotion du secteur.

Ces réglementations nationales traduisent le plus souvent la situation du moment dans un pays donné et ne sont donc guère adaptées aux évolutions éventuelles.

En Communauté française de Belgique, du point de vue du pluralisme externe, le décret du 17 juillet 87 prévoit que toute personne physique ou morale qui détient directement ou indirectement, plus de 24 % du capital d'une télévision privée de la Communauté française ne peut détenir, directement ou indirectement, plus de 24 % du capital d'une autre télévision privée de la Communauté française (14). Il s'agit d'une restriction à la concentration monomédia. Par ailleurs, certaines personnes sont exclus de la participation au capital ou aux organes de gestion des télévisions privées de la Communauté française. Ce sont les administrations publiques et les organismes d'intérêt public, à l'exception des télédistributeurs et des organismes publics de radiodiffusion dont la participation est toutefois limitée à 24 % (15). Il existe aussi des restrictions

(14) Article 41 du décret du 17 juillet 1987

(15) Article 17 du décret du 17 juillet 1987

à la concentration multimédia : interdiction de détenir à la fois plus de 24 % du capital d'une télévision privée de la Communauté française et plus de 24 % de plus de 5 radios privées (16).

La restriction de la concentration s'exprime, dans la réglementation de la Communauté française, de manière quantitative. C'est la solution adoptée dans la majorité des Etats membres de l'Union européenne.

La restriction peut être aussi de nature qualitative. Ainsi, au Danemark, l'arrêté n° 339 de 1990 interdit aux sociétés ayant un but lucratif d'exercer une « influence décisive » sur les stations de télévision ou encore impose aux titulaires de licence d'exercer leurs activités « de manière indépendante » sans coopération à long terme avec les autres titulaires de licence.

2. — *Au niveau de l'Union européenne*

2.1. *Droit de la concurrence et pluralisme*

On pourrait se demander si les règles de concurrence européenne ne suffisent pas pour assurer le pluralisme.

Dans une certaine mesure, il y a coïncidence d'intérêt entre les objectifs de maintien du pluralisme et ceux de la concurrence, un environnement concurrentiel étant plus propice au pluralisme. Dès lors, certains cas de concentration susceptibles de mettre en danger le pluralisme pourront être résolus par l'application du droit communautaire de la concurrence.

Notons que le pluralisme n'est évidemment pas pris en compte lors de l'examen d'une concentration au regard du règlement n° 4064/89 sur le contrôle des concentrations (17). L'article 21 paragraphe 3 du règlement prévoit que les Etats membres peuvent prendre les mesures appropriées pour assurer la pluralité des médias à l'égard d'une opération de concentration de dimension communautaire à l'égard de laquelle la Commission n'a pas rendu une décision d'incompatibilité. La

(16) Article 41 du décret du 17 juillet 1987

(17) Règlement n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *J. O. L* 395 du 30 décembre 1989, p. 1.

seule condition est que les mesures soient compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire.

Cette possibilité de prévenir, par l'application des règles de droit de la concurrence, des concentrations susceptibles de mettre en péril le pluralisme est attestée par l'affaire MSG Media Service dans laquelle, le 9 novembre 1994, la Commission a déclaré incompatible avec le marché commun une opération de concentration qui s'inscrit dans le développement des nouvelles technologies (18).

Bertelsmann, 1^{er} groupe multimédia allemand présent sur les marchés de l'édition littéraire et musicale, de l'imprimerie, de l'enregistrement et de la télévision privée, Kirch présent dans le secteur de la télévision privée et principal fournisseur allemand de films de fiction et de programmes de divertissement pour la télévision et la Deutsche Bundespost Telekom (DBPT) qui a un monopole sur le réseau téléphonique allemand, fournit des services de télécommunications et est propriétaire et opérateur de la grande majorité des réseaux de télédistribution allemand, avaient décidé de créer une entreprise commune — MSG Media Service —, qui s'occuperait de la gestion de services de télévision payante, en ce compris la gestion du contrôle d'accès et des abonnements et de la mise en place de l'infrastructure pouvant offrir tous ces services. Les trois sociétés détiendraient le tiers du capital et des droits de vote de MSG.

La Commission a considéré qu'il s'agissait d'une entreprise commune ayant un caractère concentratif. L'opération ayant une dimension communautaire, elle l'a appréciée au regard du règlement n° 4064/89.

Le marché géographique retenu par la Commission est celui de l'Allemagne. Trois marchés de produits sont retenus : celui des services administratifs et techniques destinés à la télévision payante (mise à disposition des décodeurs, fonctionnement du système de contrôle d'accès, gestion des abonnements, arrangements financiers avec les diffuseurs de pro-

(18) Décision de la Commission du 9 novembre 1994 relative à une procédure d'application du règlement n° 4064/89 du Conseil (Affaire N° IV/M.469 — MSG Media Service), *J O L* 364 du 31 décembre 1994, p. 1

grammes), celui de la télévision payante (à distinguer de celui de la télévision commerciale financée par la publicité et de la télévision publique financée par la publicité et les redevances (19)) et celui des réseaux câblés de télévision payante (à distinguer des autres formes de transmission (20)).

La Commission précise que tous les services audiovisuels payants ne constituent pas nécessairement un seul et même marché. Toutefois, dans le cas d'espèce, elle estime que les formes de paiement à la séance ou de « near video on demand » constituent un même marché car c'est le diffuseur qui choisit la séquence et la cadence des programmes et que les possibilités de choix des téléspectateurs sont limitées. Elle ajoute qu'il en serait autrement de la véritable vidéo à la demande où le téléspectateur appelle le programme de son choix à partir d'une vidéothèque électronique.

Pour ces trois marchés, la Commission va estimer que MSG occupera une position de monopole de manière durable sur le marché des services administratifs et techniques, qu'il en sera de même de Kirch et Bertelsman sur le marché de la télévision payante et que DBPT consolidera sa position dominante sur celui des réseaux câblés. Dans les trois cas, la concurrence sera entravée de manière significative.

S'il y a coïncidence d'intérêts entre les objectifs du droit de la concurrence et ceux du pluralisme, celle-ci a des limites car d'une part, les critères d'évaluation sont différents (entrave à la concurrence, réduction de la diversité des informations) et d'autre part, le pluralisme peut être menacé alors qu'il n'y a pas d'entrave significative dans le marché commun à une concurrence effective. Cette situation peut résulter des critères de définition des marchés de produits. Cela pourrait être le cas, par exemple, d'une concentration entre un groupe ayant des chaînes commerciales privées traditionnelles et un groupe ayant des chaînes à péage, ou encore entre un groupe ayant des chaînes de « near video on demand » et un groupe faisant de la « video on demand ».

(19) Les conditions de concurrence de même que le contenu des émissions sont différents

(20) Les différences tiennent aux aspects techniques, aux conditions de financement et aux coûts devant être supportés par les diffuseurs de programmes

2.2. Réactions du Parlement européen et de la Commission européenne

Le Parlement européen a été le premier à réagir et à adopter, en 1990 et en 1992, deux résolutions, la première sur la concentration dans le secteur des médias, la seconde sur la concentration des médias et le pluralisme des opinions (21). Dans cette deuxième résolution, le Parlement invitait la Commission, entre autres, à proposer des mesures efficaces de contrôle et de limitation de la concentration dans le secteur des médias, si nécessaire par une directive, afin d'une part, d'harmoniser les réglementations nationales en la matière et d'autre part, de garantir la diversité des opinions et le pluralisme. D'autres suggestions ont été formulées telles que l'établissement d'un Conseil européen des médias indépendant en charge de l'examen du paysage médiatique, de l'élaboration de rapports, avis et propositions, de l'élaboration d'une proposition de directive garantissant l'indépendance des journalistes ou régissant le droit de réponse.

Suite à ces résolutions, la Commission européenne a adopté le 23 décembre 1992 un Livre Vert sur le pluralisme et la concentration des médias dans le marché intérieur (22) dont l'objet est de présenter une première évaluation de la nécessité d'une action communautaire en matière de concentration des médias.

Suite à ce Livre vert, un large processus de consultation des fédérations et associations représentatives des milieux professionnels, des opérateurs individuels et de toute partie intéressée a été lancé. Une audition a eu lieu en avril 1993, des questionnaires ont été envoyés. En octobre 1994, la Commission a adopté une communication au Conseil et au Parlement sur les suites à donner au processus de consultation relatif au Livre

(21) Résolution du 15 février 1990 sur la concentration dans le secteur des médias, *J.O.* n° C 68 du 19 mars 1990, p. 137 et Résolution du 16 septembre 1992 sur la concentration des médias et le pluralisme des opinions, *J.O.* n° C 284 du 2 novembre 1992, p. 44.

(22) Livre Vert de la Commission du 23 décembre 1992, « Pluralisme et concentration des médias dans le marché intérieur — Evaluation de la nécessité d'une action communautaire », COM (92) 480 final.

vert (23). Une nouvelle consultation a été lancée depuis avec l'envoi d'un troisième questionnaire.

Le Livre vert de décembre 1992 avait mis l'accent sur la disparité des réglementations nationales anti-concentrations en ce que cette disparité peut constituer un obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur des médias. Les obstacles identifiés sont les suivants : restriction à la libre circulation des services en cas de contournement des législations nationales, restriction à l'établissement, restriction à la concurrence, distorsion de concurrence, insécurité juridique relative en cas de contournement, limitation de l'accès aux activités de médias.

Après avoir précisé que les restrictions à la propriété des médias à l'origine des obstacles ne sont pas incompatibles avec le droit communautaire, la Commission, en conclusion, proposait 3 options :

- ne pas intervenir au niveau de l'Union ;
- adopter une recommandation visant à faciliter l'échange d'information entre Etats membres relative à la transparence de la propriété des médias ;
- harmoniser les restrictions nationales à la propriété des médias (par une directive ou un règlement), avec ou sans création d'un comité des médias.

La communication d'octobre 1994 est présentée par la Commission comme une première réponse au rapport Bange-mann (24) et intègre l'élément « développement des technologies » au cœur de sa réflexion.

Sont d'abord présentées les positions des parties consultées. Le Parlement et le Comité Economique et Social se sont prononcés en faveur d'une harmonisation par directive. Les Etats membres ont adopté une position d'attente. Quant aux milieux intéressés, ils se sont prononcés en faveur d'un changement des réglementations actuelles, tout particulièrement pour faire face à la globalisation et à l'impact des nouvelles

(23) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 5 octobre 1994 sur les suites à donner au processus de consultation relatif au Livre Vert « Pluralisme et concentration des médias dans le marché intérieur — Evaluation de la nécessité d'une action communautaire », COM(94) 353 final.

(24) *Op. cit.*

technologies. Leur position n'est toutefois pas claire quant au niveau — communautaire ou national — auquel doit se faire le changement. Il va de soi que les réponses des opérateurs économiques ont varié suivant leur stratégie, leurs activités, leur origine et leur expérience.

En conclusion, la Commission estime qu'une réglementation communautaire s'avère nécessaire car la consultation a démontré la réalité des obstacles au marché intérieur. Les obstacles identifiés qui découlent de la disparité des réglementations nationales des États membres sont davantage explicités que dans le Livre Vert.

Premièrement, la disparité dissuade les investissements directs dans les entreprises de média, de même que l'exercice du droit d'établissement. En effet, d'une part, elle crée une insécurité juridique quant à la légitimité d'une éventuelle mesure nationale qui refuserait une autorisation en raison de la participation dans le capital d'une société de média établie dans un autre État membre. La légalité de cette mesure devrait, en effet, faire l'objet d'un examen au regard de sa proportionnalité, et ce sans compter les imprécisions caractérisant les règles sur la propriété des médias. D'autre part, elle crée des restrictions de concurrence et amène les opérateurs à identifier les perspectives d'investissement en fonction du cadre réglementaire national et non en fonction des perspectives du marché. La conséquence en est l'absence d'investissements sur certains marchés protégés par ce biais de la concurrence de nouveaux opérateurs.

Deuxièmement, la disparité fait peser une insécurité juridique sur la libre circulation des émissions puisqu'un État membre peut restreindre cette libre circulation en cas de contournement si la mesure est proportionnelle. En atteste la célèbre affaire Veronica (25) dans laquelle la Cour de Justice a reconnu que les dispositions du Traité ne s'opposent pas à ce qu'une réglementation nationale interdise à un organisme de radiodiffusion établi dans cet État de participer au capital d'une société de radiodiffusion établie ou à établir dans un autre État lorsque les activités de l'entreprise sont destinées à

(25) CJCE, 3 février 1993, aff. C-148/91, *Rec.*, 1993, p. 487

son territoire et que les mesures prises sont nécessaires pour garantir le caractère pluraliste du système audiovisuel.

Troisièmement, la disparité expose les opérateurs à des distorsions de concurrence : certains opérateurs sont dans une situation défavorable pour faire face à la concurrence en raison des différences de réglementations.

Enfin, les opportunités offertes par les nouvelles technologies et le marché intérieur ne peuvent être pleinement mises en œuvre dans le cadre juridique actuel. Ce cadre conçu à une époque se caractérisant par la rareté des fréquences est devenu inadapté. Ainsi, la définition de la radiodiffusion devrait être revue. Quelle que soit la définition retenue par les instances européennes — couvrant ou non des services de radiodiffusion à la demande —, il importe de prendre en compte dans les réglementations anti-concentrations les services à la demande vu l'impact qu'ils peuvent avoir sur le pluralisme. La « video on demand » ne couvre pas uniquement le film à la demande mais n'importe quel type d'émissions à la demande. Par ailleurs, les critères utilisés pour limiter le cumul de propriétés tels que le nombre de chaînes sont aussi devenus inadaptés. Enfin, de nouvelles questions surgissent comme celle de l'accès aux nouvelles technologies.

La Commission estime qu'il est donc nécessaire d'agir et ce d'autant plus que les nouveaux services, pour être rentables, devront se développer à une échelle paneuropéenne et que le succès de la société de l'information dépendra du développement des services.

2.3. *Pluralisme et accès aux activités des médias*

L'existence d'un certain degré de concentration n'est pas nécessairement de nature à poser problème pour le maintien du pluralisme dès lors qu'il est toujours possible d'entrer sur le marché ou d'y créer de nouveaux médias. Le danger existe qu'à l'avenir, certains organismes de radiodiffusion, titulaires d'une licence, se voient refuser la transmission de leurs programmes par les propriétaires des infrastructures qui privilégieront des sociétés du même groupe que le leur. Les règles du droit de la concurrence pourront certes s'appliquer

(abus de position dominante) mais elles présentent l'inconvénient de n'intervenir qu'*a posteriori* et après un certain temps.

Une solution pourrait être de développer un concept qui existe déjà en matière de télécommunications et qui garantit aux fournisseurs de services de télécommunications non-réservés un accès aux infrastructures *a priori* dans des conditions transparentes et non discriminatoires : celui de l'ONP (Open Network Provision).

Rappelons que, quand la Commission a libéralisé certains services de télécommunications en 1990, époque à laquelle les infrastructures n'étaient pas libéralisées, elle s'est rendu compte du danger que les opérateurs de télécommunications qui allaient désormais se trouver en concurrence avec d'autres fournisseurs de services, refusent ou soumettent à des conditions disproportionnées l'accès à leurs infrastructures.

C'est pourquoi le Conseil a adopté une directive-cadre (26) imposant aux opérateurs de télécommunications la fourniture d'un minimum de lignes et l'application de conditions de fourniture d'utilisation et de conditions tarifaires transparentes, objectives et non discriminatoires de façon à garantir une égalité d'accès.

Ce concept se justifiait certes par le fait que les opérateurs de télécommunications détenaient un monopole sur leurs infrastructures. Il peut toutefois très bien s'appliquer dans un environnement concurrentiel. Dans la perspective de la libéralisation des infrastructures de télécommunications au 1^{er} janvier 1998 telle qu'annoncée par le Conseil dans sa résolution du 17 novembre 1994, la Commission est en voie d'adapter l'approche ONP à ce nouvel environnement. On pourrait par exemple, songer à appliquer les principes de l'ONP aux opérateurs de télécommunications en position dominante (avec les difficultés d'établissement d'un seuil) ainsi qu'à ceux qui sont seuls présents sur le marché local et dont l'infrastructure est nécessaire pour atteindre certains consommateurs.

(26) Directive du Conseil du 28 juin 1990 relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications, JO n° L 192 du 24 juillet 1990.

3. — Au niveau du Conseil de l'Europe

Un comité d'experts a été mis en place par le comité des Ministres du Conseil de l'Europe en décembre 1991 afin de suivre l'évolution des concentrations des médias en Europe en vue d'analyser l'impact de cette évolution sur le pluralisme et de formuler si nécessaire des propositions.

Selon ce comité, si le processus de concentration s'est globalement renforcé en Europe, il a varié d'un pays à l'autre et d'un secteur à l'autre et il ne lui est dès lors pas possible de formuler des lignes d'action valables pour tous les Etats. Aucun consensus ne s'est par ailleurs dégagé quant à l'impact des concentrations sur le pluralisme.

Le Comité a attaché une attention particulière à la transparence des médias et a élaboré des lignes directrices sur des mesures visant à promouvoir la transparence des médias. Une recommandation a été adoptée en ce sens par le comité des Ministres le 22 novembre 1994 (R(94)13).

La recommandation invite les Etats membres à adopter des dispositions garantissant la transparence des médias en s'inspirant des lignes directrices. Une de celles-ci concerne la divulgation d'informations lors de l'octroi de licence de radiodiffusion. Il s'agirait d'informations relatives à :

- l'identité des personnes ou organismes participant à la structure qui devrait exploiter le service, la nature et le montant des participations respectives ;
- la nature et le montant des intérêts détenus par ces personnes et organismes dans d'autres médias, voire dans d'autres secteurs économiques ;
- les autres personnes ou organismes susceptibles d'exercer une influence notable sur la politique de programmation.

De même, après l'octroi de l'autorisation, on pourrait exiger du titulaire de celle-ci de divulguer les changements intervenus dans les informations délivrées avant l'octroi de l'autorisation.