Springer/ProSiebenSat.1 : quel droit de la concurrence ?

Isabelle Bourgeois

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rea/837>

DOI : 10.4000/rea.837

ISBN : 978-2-8218-0846-1

ISSN : 1965-0787

Éditeur

CIRAC

Édition imprimée

Date de publication : 1 mars 2006

Pagination : 27-36

ISSN : 1156-8992

Référence électronique

Isabelle Bourgeois, « Springer/ProSiebenSat.1 : quel droit de la concurrence ? », *Regards sur l'économie allemande* [En ligne], 75 | mars 2006, document 4, mis en ligne le 25 juin 2008, consulté le 06 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/rea/837> ; DOI : 10.4000/rea.837

Springer/ProSiebenSat.1 : quel droit de la concurrence ?

Isabelle Bourgeois

Le 1^{er} février 2006, le géant de la presse Axel Springer AG (ASV) et le groupe de télévision ProSiebenSat.1 Media AG (P7S1) annonçaient qu'ils mettaient fin aux négociations ouvertes le 5 août en vue d'un rapprochement. L'échec de la fusion du premier éditeur de presse allemand et européen avec le second opérateur de télévision sur le marché médiatique allemand – le principal d'Europe – est riche d'enseignements. Dans le veto des instances allemandes, le poids du quotidien Bild n'aura été qu'un prétexte au regard d'une réglementation dont le cas ASV/P7S1 a mis en évidence les incohérences et contradictions foncières. Il a remis à l'ordre du jour les conflits entre les diverses sources du droit allemand et communautaire des médias comme de la concurrence, avivés par les incertitudes juridiques liées aux mutations du secteur depuis que s'accélère la convergence avec les télécommunications et appelant une révision du droit. Pour la première fois depuis la libéralisation de l'audiovisuel dans les années 1980, pluralisme des opinions et pluralité des acteurs économiques se sont révélés inconciliables dans la pratique du droit. A ces conflits que la France partage avec l'Allemagne, comme le révèle le Rapport de la Commission Lancelot, s'ajoutent outre-Rhin une réglementation des médias qui exacerbe les crispations sur les compétences respectives des Länder et du Bund, ainsi qu'une approche de la régulation sectorielle de l'audiovisuel dont le pivot est une doctrine du service public désormais incompatible avec la libéralisation du marché des services d'intérêt (économique) général.

Il n'y aura donc pas de « télévision BILD » (epd-médien 61/05). Le groupe RTL continuera de mener le duopole privé qui affronte un puissant pôle public (ARD et ZDF). A la différence de la France, le marché allemand de la TV analogique se caractérise par une structure oligopolistique du capital doublée d'une forte diversité de l'offre standard gratuite (*free TV*) : la quasi totalité des 36,18 millions de foyers télévisés (fin 2004) capte une trentaine de chaînes, publiques et privées. Seul 1,37 million de foyers ne dispose pas des moyens de réception standard que sont le câble (19,35 millions de foyers) et le satellite (15,47 millions, équipements individuels et collectifs confondus). Depuis le lancement du plan câble allemand au début des années 1980 et la mise en service du premier satellite Astra à l'été 1989, ces deux vecteurs étaient conçus avant tout comme des infrastructures de redistribution du signal. L'extension des capacités, en coïncidant dans le temps avec l'extension du marché liée à l'unification, est à l'origine d'une multiplication de l'offre sans pareille en Europe.

La prise en considération progressive de la distribution par câble et satellite en tant qu'activité commerciale propre (*pay TV*) est récente. Au plan des infrastructures câblées, elle remonte à la vente du réseau de Deutsche Telekom (début des années 2000) dans le cadre de la libéralisation des télécommunications ; au plan des services satellitaires, elle ne se développe réellement que depuis la numérisation du signal. Face à une offre gratuite quasi pléthorique, la TV à péage s'impose difficilement jusqu'ici ; l'unique opérateur de bouquet satellite numérique à péage, Premiere AG, ne compte que 3,57 millions d'abonnés à la fin 2005. Mais la SES vient d'annoncer le prochain cryptage de tous les services numériques distribués via les satellites (Astra) ; ils seront payants.

Free TV analogique : oligopole, mais offre très diversifiée

Une offre payante encore marginale

La convergence avec les télécommunications va modifier la donne

La quête de nouveaux business modèles s'accélère sous l'effet de la montée en puissance des services de communication numériques, interactifs. Comme en France, les opérateurs de télécommunications investissent le marché des contenus, notamment sportifs (football). La quête de synergies amène les opérateurs de réseaux à multiplier les services multi-supports, à commencer par le *triple play*. Les annonceurs s'adaptent de leur côté à la fragmentation des publics, diversifiant leurs investissements. Dans ce contexte, le marché du traditionnel *free TV*, financé par la publicité de masse, tend à atteindre ses limites.

La convergence multi-médias, un défi pour le droit

Quel périmètre à l'avenir pour le secteur audiovisuel ?

C'est là l'origine de la démarche stratégique d'ASV et P7S1, en quête de repositionnement sur un marché en restructuration. Or ses mutations sont à la source d'une série de défis majeurs pour le droit. D'abord, en Allemagne comme en France, elles brouillent la définition du périmètre de l'audiovisuel et, ce faisant, sapent le fondement de l'organisation spécifique à ce secteur, légitimée par son caractère d'exception (culturelle). Dans le cas de l'Allemagne s'y ajoute un conflit particulier entre les sources du droit, effet de la répartition des compétences entre les divers échelons territoriaux. D'un côté, le droit commun des concentrations relève du Bund, de même que la jeune régulation sectorielle des télécommunications (voir REA 47/00 et 63/03) ou des services d'information ; d'un autre côté, le droit de l'audiovisuel relève de la souveraineté des Länder (culture), chargés de la régulation sectorielle. La réforme en cours du fédéralisme n'est à l'évidence pas faite pour pacifier les esprits.

Conflits entre droit commun et droit constitutionnel

Or cette répartition des sources du droit comme des compétences réglementaires afférentes exacerbe outre-Rhin un second conflit qui, par nature, est commun à la plupart des Etats membres de l'UE : si le droit de la concurrence relève du droit commun, le droit des médias – de tous les médias classiques dans le cas de l'Allemagne – est, quant à lui, de source constitutionnelle. L'approche du secteur se fait donc à la fois sous l'angle du droit privé (concurrence des acteurs économiques sur les marchés de produits) et du droit public (pluralisme des opinions). Ce conflit, surmonté jusqu'ici grâce à la multiplication des régulations sectorielles, se révèle dorénavant insoluble, puisque l'exception historique de l'audiovisuel tend à perdre, voire a déjà perdu, sa justification. Elle était fondée sur la pénurie des fréquences hertziennes terrestres ou, pour le dire autrement : la rareté des canaux de distribution pour les contenus.

Quelle approche réglementaire pour un secteur qui est devenu *de facto* un marché ?

La multiplication des vecteurs (câble, satellite, réseaux de téléphonie fixe ou mobile, technologies des courants porteurs), la numérisation du signal, l'essor de l'interactivité du fait de la convergence technologique, rendent désormais caduque aussi la traditionnelle lecture du secteur sous l'angle du *broadcasting*, c'est-à-dire d'une approche en seuls termes d'offre. D'une offre qu'il convenait d'autant plus de réglementer (y compris en matière de contenus) que la rareté des modes de distribution se répercutait en amont, peu d'opérateurs ayant accès au marché, comme en aval, un nombre restreint de programmes étant disponibles. Or en renversant cette donne, la démultiplication rapide de l'offre et son interactivité appellent à l'avenir une approche en termes de demande. Ce changement de paradigme qui se profile est un autre point de cristallisation des conflits entre les sources du droit : en droit constitutionnel, il remet en question la notion de pluralisme interne (particulièrement développée en Allemagne) ; en droit commun, il amène à repenser l'attention presque exclusive qu'apporte le contrôle des concentrations à la propriété des entreprises. Par-delà, il défie l'architecture même d'un dualisme public/privé qui, en Allemagne plus encore qu'en France, cherche à concilier ces approches foncièrement contradictoires pour permettre, malgré tout, la constitution de l'audiovisuel en marché. Mais de ce fait, il pose la question de la justification d'une distinction entre services d'intérêt général et services d'intérêt économique général.

Il va sans dire que cette complexité trouve son reflet à l'échelon européen, où s'appliquent parallèlement entre autres les articles 81 et 82 (concurrence) et 151 (culture) du Traité de l'UE, la Directive Télévision sans frontières (TSF, en cours de révision) et les directives spécifiques au secteur de la publicité, des télécommunications ou des services d'information, sans parler de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice. S'ajoute à cela l'approche du Conseil de l'Europe (culture et droits fondamentaux). Les institutions en charge des médias sont dès lors tout aussi multiples. Au seul niveau de la Commission européenne, par exemple, au moins trois DG sont compétentes en matière de médias : Concurrence, Culture, Société de l'information et médias.

Cloisonnement des approches à l'échelon européen aussi

Des instances de contrôle des concentrations multiples

● L'Office fédéral des cartels (**Bundeskartellamt, BK**), qui a transféré son siège de Berlin à Bonn en 1999, a été instauré en 1958 en application de la Loi contre les entraves à la concurrence : *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* de 1957 (amendée pour la dernière fois le 15 juillet 2005). Cette administration de statut fédéral est indépendante, bien qu'elle relève du périmètre du ministère fédéral de l'Economie. Ses décisions sont contraignantes. Elle est conseillée par une commission indépendante d'experts : la **Monopolkommission**. Le BK est présidé depuis 2000 par l'économiste Ulf Böge, auparavant à la tête de l'autorité de régulation des télécommunications, transformée depuis en Agence fédérale des Réseaux (**Bundesnetzagentur**). Il a joué un rôle central dans la réforme de la loi *GWB* dans le cadre de la refonte de la réglementation européenne. Depuis 2005, BK et instances de régulation sectorielles sont tenues à un échange d'informations. Le BK est en outre tenu à la coopération avec l'autorité de contrôle des marchés BaFin, la Bundesbank et les instances de régulation de l'audiovisuel des Länder.

● La **Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK)**, installée à Potsdam, a été instituée en 1997 par le 3^e Contrat d'Etat sur la radiodiffusion des Länder. Sa mission est de recenser les parts de marché des opérateurs TV pour assurer le pluralisme d'opinions. Cette commission d'évaluation est habilitée à opposer son veto à des projets de fusion, mais ses avis doivent être validés à la majorité et peuvent être invalidés à la majorité des trois quarts par la Conférence permanente des Directeurs des **15 instances de régulation des Länder**, celles-ci ne lui ayant pas transféré leur pouvoir discrétionnaire. La KEK n'est en effet que leur émanation à l'échelon fédéral, agissant pour leur compte dans les questions dépassant leurs compétences territoriales. Depuis 2004, la KEK est présidée par le juriste Dieter Dörr, spécialiste de droit administratif et des médias.

Les conflits que génère cet ancrage multiple amènent aujourd'hui à s'interroger sur la définition à accorder à un concept-clef : celui du *marché pertinent* à considérer pour apprécier les effets d'une fusion. L'Office fédéral des cartels et la KEK, conscients, semble-t-il, de leur impuissance à le faire, ont préféré opposer leur veto au projet de fusion ASV/P7S1. Le positionnement des deux groupes sur plusieurs segments du marché y aura largement contribué.

Un concept-clef à définir : le marché pertinent

Ces incertitudes juridiques avaient d'abord amené les deux groupes à renoncer à la procédure d'autorisation ministérielle prévue par la Loi *GWB* (§ 42), et qui permet de casser une décision de l'Office fédéral des Cartels. Mais le gouvernement fédéral est constitutionnellement incompétent pour l'audiovisuel, et se refuse depuis longtemps à intervenir dans le domaine de la presse. Le cas relève donc de la juridiction et, plus encore, des législateurs des Länder. C'est ainsi que le groupe Springer a fini par saisir le Tribunal régional supérieur de Düsseldorf pour contester la décision du BK. De son côté, la Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM), autorité de régulation de l'audiovisuel de Bavière, compétente pour le groupe ProSiebenSat.1, a saisi ses pairs pour amener la KEK à casser décision. Les deux recours visent à définir les critères relatifs au(x) marché(s) pertinent(s) considérés pour motiver le veto.

Préalable : la question des critères

Les marchés de référence : TV analogique, presse et publicité

Si la notion de marché pertinent est floue dans ses contours, surtout au niveau horizontal (pluri-médias, publicité...), il n'en reste pas moins que le BK et la KEK se sont basés sur les trois *marchés de référence* correspondant aux activités principales des groupes ASV et P7S1.

Sur le marché de la TV analogique, trois pôles d'opérateurs dominant historiquement. En termes d'offre, le marché se répartit équitablement entre public et privé, avec une quinzaine de chaînes pour chacun. A la différence de la France, les parts d'audience (mesurées par GfK-Fernsehforschung ; téléspectateurs de 3 ans et plus) sont relativement homogènes, avec un peu plus de 40 % pour

TV : répartition homogène de l'audience entre public et privé

l'ensemble du service public depuis le début du millénaire, et un peu plus de 45 % pour les deux grandes 'familles' de chaînes privées.

L'oligopole public/privé et ses TV analogiques gratuites (diffusion nationale multisupports)

Service public (part d'audience > 40 %)	Secteur privé (part d'audience > 45 % ^d)
Groupe ARD^a <i>Das Erste</i> (généraliste) <i>Bayerisches Fernsehen</i> (généraliste ^b) <i>Hr-Fernsehen</i> (généraliste ^b) <i>MDR Fernsehen</i> (généraliste ^b) <i>NDR Fernsehen</i> (généraliste ^b) <i>RBB</i> (généraliste ^b) <i>Südwest Fernsehen</i> (généraliste ^b) ^c <i>WDR Fernsehen</i> (généraliste ^b) <i>BR-alpha</i> (éducative et culturelle)	RTL Group (Luxembourg ; parts ≥ 25 %) • chaînes directement ou indirectement contrôlées ou détenues à ≤ 100 % : <i>RTL</i> (généraliste) <i>RTL II</i> (divertissement) <i>Super RTL</i> (divertissement) <i>VOX</i> (news et fiction) <i>n-tv</i> (infos) ^e
ZDF (Mayence) <i>ZDF</i> (généraliste) En partenariat : <i>arte</i> (culturelle) <i>3sat</i> (culturelle) <i>KIKA</i> (enfants) <i>PHOENIX</i> (parlementaire)	ProSiebenSat.1 Media AG (Unterföhring ; parts ≤ 22 %) • chaînes détenues à 100 % : <i>Sat.1</i> (généraliste) <i>ProSieben</i> (fiction) <i>Kabel1</i> (divertissement et fiction) <i>N24</i> (infos économiques) • chaîne détenue indirectement à 100 % : <i>9 Live</i> (séries, jeux interactifs)

Source : Media Perspektiven *Basisdaten*, 2005. (a) Groupement de travail rassemblant les 9 établissements de radiodiffusion de droit public des Länder ; il n'a pas statut de personne juridique. Sa présidence est tournante ; 2005/06 : Bayerischer Rundfunk (Munich). (b) Ces chaînes régionales sont distribuées sur l'ensemble du territoire. (c) Deux éditions (Rhénanie-Palatinat et Bade-Wurtemberg) diffusées simultanément sur Astra. (d) Il faut y ajouter l'offre de Premiere AG (chaîne premium cryptée du même nom) et de divers opérateurs de chaînes musicales (VIVA, MTV...), sportives (DSF, Eurosport), enfantines (NICK), d'information (Bloomberg TV, CNN), d'horoscopes (Astro TV...) ou de télé-achat (Arena TV, QVC, TV Travel Shop...). (e) L'Office fédéral des Cartels a opposé le 06-02-06 son veto au projet de rachat par RTL Television (Cologne ; 50 % de n-tv) des 50 % de CNN/Time Warner.

Des parts de marché publicitaires stables pour le duopole privé

Cette structure duopolistique vaut également pour le marché publicitaire. Les parts du service public sont très faibles (7,6 % en 2004) ; il est vrai que ses chaînes sont soumises à l'interdiction de diffuser de la publicité le dimanche et, les jours ouvrables, au-delà de 20 heures, en contrepartie de leur financement par la redevance (le double du montant français). Les opérateurs privés se partagent dès lors l'essentiel du gâteau (plus de 3,8 milliards de recettes nettes pour la TV en 2004 selon la ZAW), avec respectivement 44,5 % pour ProSiebenSat.1 et 42,8 % pour le groupe RTL. Ces parts n'ont varié qu'à la marge depuis le début de la décennie, ce qui traduit la phase de consolidation, voire de maturité atteinte par le segment de la télévision analogique gratuite.

Evolution des recettes publicitaires nettes par support (en millions €, chiffres arrondis)

	2000	%	2001	%	2002	%	2003	%	2004	%
Quotidiens	6 557	+8,1	5 642	-14,0	4 937	-12,5	4 455	-9,8	4 500	+1,0
TV	4 709	+9,1	4 469	-5,1	3 956	-11,5	3 811	-3,7	3 860	+1,3
Publipostage	3 383	+2,2	3 256	-3,7	3 335	+2,4	3 304	-1,0	3 398	+2,9
Magazines	2 247	+12,0	2 092	-6,9	1 935	-7,5	1 861	-3,8	1 839	-1,2
Gratuits^a	1 792	+2,8	1 751	-2,3	1 702	-2,8	1 746	+2,6	1 836	+5,2
Annuaire	1 268	+3,3	1 269	+0,1	1 250	-1,5	1 220	-2,4	1 196	-2,0
Presse prof.^b	1 267	+6,5	1 074	-15,2	966	-10,1	880	-8,9	865	-1,4
Affichage	746	+9,5	760	+1,8	713	-6,1	710	-0,5	720	+1,4
Radio	733	+6,1	678	-7,5	595	-12,2	579	-2,7	619	+6,9
Internet	153	+100	185	+20,6	227	+22,7	246	+8,4	271	+10,2
Hebdom.^c	278	+6,2	287	+3,3 ^d	268	-6,6	225	- ^e	246	+9,2
Cinéma	175	+1,6	170	-2,8	161	-5,7	161	+0,1	147	-8,7
Suppléments	68	-7,8	89 ^c	-	97	+8,2	85	-11,7	90	+5,3
Total^f	23 380	+7,1	21 723	-7,1	20 141	-7,3	19 280	-4,3	19 589	+1,6

Source : www.zaw.de. a) annonces ; b) et spécialisée ; c) et septième jour ; d) donnée non comparable avec les précédentes (changement du périmètre de la catégorie) ; e) comparaison annuelle impossible, un éditeur ayant fait une déclaration erronée et l'anonymat des déclarations à la ZAW interdisant toute correction rétroactive ; f) depuis 2001, cumul des recettes publicitaires et des recettes issues de la distribution des suppléments.

Un marché publicitaire en restructuration

La croissance des recettes du support *free TV* est désormais limitée. Ce n'est pas que la réglementation soit restrictive outre-Rhin ; hors tabac et médicaments soumis à ordonnance, il n'y a pas de secteur interdit. Le marché publicitaire allemand reste le premier d'Europe, avec un volume de dépenses de l'ordre de 30 milliards €. Simplement, sa croissance est faible (la fédération ZAW prévoit + 2 % en 2006) depuis un retour à la normale après la 'surchauffe'

liée à l'euphorie de la « nouvelle économie » (voir REA 67/04). En outre, les annonceurs, en quête de cibles de plus en plus finement identifiées, diversifient leurs dépenses, et la répartition du gâteau s'est profondément modifiée : le média TV atteint la saturation, la radio amorce son rattrapage, les supports en ligne se développent. Quant à la presse écrite, ses parts de marché baissent continuellement depuis dix ans (voir REA 66/04). Si celles des magazines restent stables, les quotidiens, qui captaient encore plus de 30 % des recettes publicitaires en 1994, ont perdu près de 10 points de pourcentage depuis.

C'est dans ce contexte que le groupe Springer a développé son projet de fusion avec l'opérateur de télévision P7S1. S'il a des participations dans l'audiovisuel, l'Axel Springer AG (CA : 2,4 milliards € ; Ebita : 338 millions € en 2005) est avant tout un groupe de presse – et de loin le premier d'Allemagne, avec 22,7 % du marché des quotidiens en 2004. C'est cette place, et l'influence présumée sur l'opinion qui en découle selon certains, qui a joué un rôle déterminant dans le veto. Sur le marché, le numéro deux est le groupe WAZ (Essen) ; mais l'éditeur du plus grand quotidien (régional) allemand éponyme et actionnaire (10 %) dans la holding de tête de RTL Group n'atteint que 6,0 % de parts de marché. Quant à la filiale édition du groupe Bertelsmann, Gruner + Jahr (G+J ; Hambourg), elle ne vient qu'au huitième rang, avec 2,8 %.

Le très net écart entre les parts de marché de ces éditeurs tient aux particularités du marché allemand de la presse quotidienne. La première est son polycentrisme : il n'y a pas de presse 'nationale' ; les quotidiens d'information générale sont tous des régionaux dont certains diffusent au-delà de leur territoire comme le *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ ; Francfort/Main). Leurs éditeurs sont des entreprises de taille moyenne, voire des grosses PME. Cette particularité se reflète dans la diversité de l'offre malgré une forte concentration des éditeurs : les 380 titres recensés sont publiés par 360 éditeurs. Mais plus de la moitié (56,1 %) du tirage total (plus de 25 millions d'exemplaires par jour) est à mettre à l'actif de dix groupes de presse ; 41,6 % à cinq groupes, ASV en tête.

La troisième particularité est la distinction entre deux catégories de quotidiens selon leur mode de distribution. Les titres vendus principalement par abonnement (FAZ, WAZ, *Die Welt*...) constituent la quasi-totalité des quotidiens et près des trois quarts de la diffusion payée. Seulement 11 titres sont vendus exclusivement au numéro (« presse de boulevard ») ; ils représentent le gros quart restant de la diffusion payée (5 millions d'exemplaires en 2004). Parmi eux, *BILD* (ASV) se taille la part du lion, avec un tirage de 4 millions d'exemplaires par jour. Dans ce segment, Springer domine donc avec plus de 81 % du marché. Mais dans celui de la vente par abonnement, il n'est que troisième, et avec une part de marché de 6,0 % seulement, le leader étant le groupe WAZ (7,7 %).

Autrement dit : le groupe ASV doit sa place de magnat allemand (et européen) de la presse essentiellement à un quotidien : *BILD*, lancé à l'été 1952, soit six mois avant la naissance de la TV, et positionné dès l'origine pour affronter ce nouveau média de l'image (d'où son nom, d'ailleurs) ; aucun titre n'a jamais pu le concurrencer. Bien qu'il offre de l'information, son créneau a toujours été le divertissement et le service au lecteur. *BILD* est un peu comme un compromis entre le *France Soir* des années 1960 (forte réactivité à l'actualité) et l'illustré que fut *Paris Match* à son origine. Jusqu'à la libéralisation de l'audiovisuel, *BILD* apportait un complément bienvenu de divertissement à l'offre très sérieuse d'une TV publique aux missions marquées par la sévère déontologie de la BBC. Mais l'essor du divertissement TV compromet ce partage du marché. Et si *BILD* a pu se maintenir jusqu'ici, sa position n'en est pas moins menacée.

Le concept d'origine de cette pièce maîtresse du groupe a été décliné en une large gamme de produits, dont les périodiques *Autobild*, *Bild der Frau*, *Sportbild* ou *Computerbild*. Le positionnement précoce du groupe dans l'ensemble du champ médiatique explique sa diversification dans la presse TV : *Hörzu*, lancé en 1946, est toujours le leader du segment, avec une diffusion payée de plus

Groupe Springer : numéro un de la presse avec 23 % du marché

La presse est le fief des PME, mais 5 géants dominent

2 types de quotidiens : vente par abonnement vs. vente au numéro

ASV doit sa place de leader à un seul quotidien : *BILD*

Sur le marché du magazine, ASV n'est que second

de 1,6 millions d'exemplaires. Ces activités sont elles aussi au cœur de la présomption d'une influence disproportionnée. Pourtant ASV n'a qu'une part de marché de près de 15 %, loin derrière le groupe Bauer (*TV hören und sehen*), leader incontesté avec quelque 25 %. Cette répartition se reflète pratiquement à l'identique sur le marché des magazines dans son ensemble, très concentré lui aussi (500 titres ; 4 groupes se partagent 60 % de la diffusion). Il est dominé par Bauer (21,1 % ; dominante : féminins et *people*). ASV n'est que second (16,3 %), suivi de Burda (13,5 %) qui édite le news magazine *Focus*, des féminins (*freundin*) ou des *people* (*Bunte*). Le quatrième est G+J (moins de 10 %), avec *Capital*, *Geo*, *Gala* ou l'illustré *Stern*, et une participation de plus de 25 % dans l'éditeur du news magazine historique *Der Spiegel*, lancé en 1948.

Une croissance interne confrontée à ses limites

Une répartition du marché établie depuis l'unification

Ces positions respectives sont stables depuis l'unification, époque du dernier grand 'brassage' pluri-médias. Il a abouti à une structuration par taille de marché : les éditeurs de quotidiens (PME régionales) ont investi le segment connexe de la radio, autre média régional (et local). Les grands groupes de presse, toutes périodicités confondues, ont largement délaissé ce marché dont le potentiel de développement est doublement bridé par une régulation exclusivement régionale qui handicape la constitution de réseaux et une faiblesse chronique des investissements publicitaires qui s'explique par ce morcellement.

Une croissance littéralement endogamique

Les géants de la presse se sont diversifiés dans le seul média audiovisuel à diffusion nationale : la TV. Si on fait abstraction de quelques opérateurs mineurs, la dynamique du marché allemand de la TV depuis sa libéralisation est imputable presque exclusivement à la croissance interne des médias, surtout des groupes de presse. Même la genèse de RTL Group, dont le cœur de métier est pourtant la radiodiffusion, en atteste : il est né à la fin des années 1990 de la fusion de la CLT et de la division audiovisuelle UFA du géant de l'édition Bertelsmann. Les seuls capitaux étrangers à la branche (à de rares exceptions près, mais il s'agit alors de distributeurs) sont bancaires. Certes, l'ex-groupe Kirch s'est construit sur une société de distribution de droits cinématographiques. Mais l'exception confirme la règle : les médias obéissent à une logique de branche obéissant aux règles d'une stricte endogamie.

Le tabou Hugenberg proscrit l'adossement à l'industrie

Ils y sont incités par une loi non écrite, mais non moins contraignante, qui interdit à tout capital industriel de prendre une quelconque participation dans les médias : le 'tabou Hugenberg'. Il vise à prévenir toute collusion d'intérêts : sous la République de Weimar, l'industriel (président du directoire de Krupp) et député nationaliste Alfred Hugenberg avait constitué un empire médiatique qui fut le levier de l'accession au pouvoir d'Hitler. Cela explique pourquoi, depuis la constitution de la RFA, tout capital issu des médias a systématiquement la préférence, fût-il étranger. Il est vrai, dans le même temps, que le lien banque-industrie qui caractérise le « capitalisme rhénan » a longtemps suffi à générer les ressources nécessaires à la croissance interne des médias – jusqu'à la faillite du groupe Kirch qui en démontra les limites dans une phase où le système bancaire allemand abordait sa restructuration (voir *REA* 56/02).

P7S1 : précurseur du financement par le marché

Après l'introduction en bourse de Deutsche Telekom en 1996, qui fut un déclencheur majeur à la fois de la modernisation de la place financière allemande et d'un changement de paradigme en matière de financement des services d'intérêt (économique) général, l'idée d'un financement par le marché a fait son chemin. En 1997, le groupe ProSieben, embryon de l'actuel ProSiebenSat.1 Media AG (CA de 1,99 milliards € ; Ebita : 418,5 millions € en 2005), se transforme en société par actions. Cœur de la 'nébuleuse Kirch', il pâtit de l'écroulement de la bulle spéculative et, après une stratégie de croissance boulimique financée par les banques, engagera une procédure d'insolvabilité en 2002 avant d'être repris par un groupe d'investisseurs américains, la P7S1 Holding L.P (50,5 % du capital) ; l'Axel Springer AG tient 12 % ; les 37,5 % restants sont flottants.

Première AG est elle aussi récemment entrée en bourse, mais ce mode de financement n'a pas encore atteint la presse où dominent les PME au statut de sarl et de société anonyme, le plus souvent en commandite. Si Springer et Bertelsmann sont des « AG », ils ne sont pas OPABLES, et leurs statuts sont particuliers. L'ASV est coté en bourse depuis 1985, mais son capital est constitué à plus de 80 % d'actions nominatives soumises à la clause d'agrément, en partie aux mains de la famille fondatrice. Dans le cas de Bertelsmann, lui aussi largement aux mains de la famille fondatrice, il s'agit d'un statut développé dans les années 1950 et qui permettait de limiter le recours au crédit bancaire grâce à l'actionnariat salarié. La Loi sur la Constitution du patrimoine de 1961 a ensuite développé l'épargne salariale, seul mode de financement à la disposition des entreprises allemandes avant l'adoption de la Loi sur les sociétés par actions en 1965. Bertelsmann AG a construit sa réputation d'entreprise sociale sur cet état de fait. Mais depuis que le Groupe Bruxelles Lambert a annoncé la vente de sa participation (25 % ; l'industriel y doit sa place au titre d'actionnaire historique de la CLT), Bertelsmann se voit contraint à entrer en bourse.

Mais l'actionnariat salarié et le patrimoine familial dominant

Si ces particularités au niveau du capital limitent aujourd'hui le développement des acteurs, elles avaient permis d'assurer l'essor du marché audiovisuel. Le 1^{er} avril 1987 est entré en vigueur le Contrat d'Etat sur la radiodiffusion (*Rundfunkstaatsvertrag, RFStV*) : un traité conclu entre les Länder, qui a force de loi sur l'ensemble du territoire et dans lequel ils fixent un cadre harmonisé pour les questions dépassant leurs compétences régionales – dont la réglementation de la TV. Ce premier texte (sa 9^{ème} version est en cours de négociation) organise le marché selon un dualisme public/privé basé sur des critères de pluralisme interne largement hérités du modèle public. Au plan de la propriété des sociétés privées, il fixe ainsi à 49 % (comme en France) le plafond des parts de chacun des 'actionnaires', ce qui implique que le tour de table en comprenne au moins trois. Or ce modèle (de type consortium) ne prenait en compte que les sociétés détentrices de l'autorisation d'émettre, non les participations de leurs 'actionnaires', ce qui a favorisé leur concentration horizontale tout en permettant leur intégration verticale. Le duopole Kirch/ Bertelsmann (aujourd'hui P7S1/RTL Group) prenait contours, révélant l'incompatibilité de cette approche du pluralisme avec les impératifs d'un marché en pleine structuration.

La réglementation de l'audiovisuel a permis la concentration

Ces considérations ont amené les Länder à changer de paradigme en 1996. Le moment est propice : la Commission européenne révisait le droit communautaire des fusions d'entreprises. Parallèlement, la Directive TSF de 1989 est elle aussi soumise à révision ; l'une des dispositions de l'avant-projet présenté en 1997 prévoit l'introduction de critères de plafonnement de l'audience. Rejetés lors de l'adoption définitive du texte (directive 97/36/CE), ils seront retenus en Allemagne. La nouvelle version du *RFStV* de 1996 amène un changement de paradigme : le seuil des 49 % est abrogé, désormais tout investisseur peut détenir une société opératrice à 100 % et éditer autant de chaînes qu'il le souhaite. En contrepartie, le critère du pluralisme est en quelque sorte externalisé ; il se déplace au niveau du marché de l'audience où sont introduits des seuils (plafonds). En cas de dépassement, le Contrat prévoit un système de bonus/malus : une réduction de 2 points de pourcentage si l'opérateur programme dans sa chaîne généraliste principale des émissions d'information régionale ; 3 points supplémentaires s'il ouvre son antenne à des tiers indépendants.

Depuis 1996 : 100 % du capital mais des seuils d'audience

La version actuelle du *RFStV* (en vigueur depuis octobre 2004) fixe ces seuils à 30 % pour un opérateur mono-média (TV) et à 25 % pour un opérateur multi-médias dès lors qu'il est en position dominante sur un segment voisin « ou s'il ressort d'une appréciation globale de ses activités télévisées ou sur les marchés voisins médiatiquement pertinents (medienrelevant) que l'influence sur l'opinion ainsi atteinte équivaut à celle d'une entreprise ayant une part de 30 % sur le marché de l'audience télévisée » (§ 26, al. 2). C'est la difficulté à interpréter ce paragraphe dans la pratique qui a bloqué le projet de fusion ASV/P7S1. Elle est d'autant plus grande qu'elle soulève deux questions qui s'influencent

Question brûlante : comment calculer les parts pluri-médias ?

réciroquement : comment, et sur quelle base, prendre en compte ces « *marchés voisins médiatiquement pertinents* » ? Et comment quantifier « *l'influence sur l'opinion* » ? Y répondre équivaut à tenter de définir la notion de marché pertinent tout en conciliant des sources du droit hétérogènes, mais cela implique aussi de repenser l'articulation entre droit commun des concentrations et régulation sectorielle, y compris au plan des institutions. La régulation d'un marché à dimension nationale par les Länder qui, de surcroît, à en croire les critiques, poursuivent moins des objectifs d'intérêt général qu'ils ne suivent une logique du « *cujus regio, ejus radio* », est désormais obsolète. Consciente de ces difficultés, la KEK avait lancé en avril 2005 des consultations auprès de juristes, partis politiques, fédérations professionnelles, spécialistes en sciences de la communication, sans oublier ARD et ZDF ni l'Office fédéral des Cartels.

Motif du veto de la KEK : « position dominante dans l'opinion »

Pour légitimer son veto, la KEK a tenté de diversifier les approches. Constatant que les parts d'audience des chaînes de P7S1 sont inférieures aux seuils prévus au § 26, al. 2 du RFSStV, mais redoutant « *une cumulation du potentiel d'influence* » entre les diverses activités des deux groupes, elle recourt au § 26, al. 1 pour établir une présomption de « *position dominante dans l'opinion* » (*vorherrschende Meinungsmacht*). Après fusion, le géant disposerait en effet « *d'un pouvoir d'opinion équivalent à celui d'un opérateur de télévision ayant 42 % de parts du marché de l'audience* » (KEK 293-1 à -5). Pour parvenir à ce résultat, la KEK valorise aux deux tiers de celles de la TV « *l'influence potentielle sur l'opinion* » de la presse quotidienne, ce qui porte la part du groupe Springer à 17 % en 'équivalent TV', à quoi s'ajoute la part sur le segment de la presse TV. Ce mode de calcul est inédit. Quant au concept de « *position dominante dans l'opinion* », il est hautement problématique. Il n'est pas étayé par les sciences de la communication. S'il figure dans le RFSStV, il n'est pas défini. Juridiquement, il est d'autant moins défendable qu'il renvoie à une évaluation des contenus – or elle est interdite par la Loi fondamentale (art. 5).

Les dérives de l'approche en termes de pluralisme interne

L'argument révèle aussi la persistance d'un spectre Springer (ce « *papivore* » allemand contre lequel la gauche allemande partait en guerre dans les années 1960/70) dans un milieu composé de constitutionnalistes cultivant la nostalgie d'une stricte norme de service public. Cela avait mené la KEK à outrepasser ses compétences en interprétant la jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral (notamment l'arrêt du 4-11-1996, fondateur du dualisme public/privé), d'une manière pour le moins inédite de surcroît. Dans le fil des négociations, elle avait ainsi prôné le « *modèle d'une télévision privée à pluralisme interne* » (*epd medien* 1/06), immédiatement rejeté par les parties concernées : la future entité aurait dû se doter d'un comité consultatif des programmes composé d'une trentaine de représentants des groupes représentatifs de la société, à l'image de ce Conseil de la radiodiffusion qui est le conseil de surveillance des établissements de l'audiovisuel public. Ce comité aurait été le garant d'une programmation « *délivrée des impératifs économiques* » et aurait disposé d'importants pouvoirs sur la direction opérationnelle du groupe. Le président de la fédération des opérateurs privés (VPRT) en résume ainsi l'approche : « *il s'agissait visiblement d'aboutir à un mélange d'ARTE, de 3sat et des chaînes régionales de l'ARD* » (*epd medien* 14/06). La proposition de la KEK s'assimile en effet à une tentative désespérée de sauvetage (par voir de détour) d'un service public mis en demeure par la DG Concurrence, *via* le gouvernement fédéral, de préciser ses missions pour justifier un financement public qui lui permet de se développer sur des marchés voisins ne relevant pas directement de sa vocation (services en ligne, par exemple). La VPRT en est à l'origine. Quoi qu'il en soit, l'approche de la KEK était contraire à la liberté d'entreprise et de propriété, garantie elle aussi par la Loi fondamentale (art. 14).

Bundeskartellamt : le pluralisme interne est inapproprié

Pour l'office fédéral des Cartels, qui a une longue expérience du contrôle de la concurrence dans le domaine de la presse (il relève de la loi GWB, mais avec des seuils inférieurs de CA), le concept de pluralisme interne appliqué au capital n'est pas approprié. L'évolution du marché de la presse a amplement dé-

montré que la concentration de la propriété est loin d'être dommageable à la pluralité de l'offre, les effets de substitution possibles étant tout au plus marginaux. Plus généralement, comme l'explique un de ses membres dans la contribution du BK au débat lancé par la KEK au printemps : « *Dans la mesure où la concurrence sur les marchés est la condition sine qua non du pluralisme des opinions, les dispositions portant sur l'organisation interne des groupes sont inadaptées pour garantir le pluralisme des opinions* » (Paetow, *epd medien* 66/05). Celui-ci est une finalité, non un instrument du droit.

Quand le BK oppose son veto à la fusion, il estime dès lors que la fusion « *ne se traduira ... pas par une addition de parts de marché* », mais qu'elle aurait en revanche « *des effets affectant la totalité du marché* ». Et le BK prend pour ensemble de référence le marché publicitaire. Notamment « *le duopole sans concurrence* » de P7S1 et RTL Group sur le segment TV. Par ailleurs, la fusion ASV/P7S1 réduirait à néant les effets de « *substitution à la marge* » que permet un quotidien *BILD* qui constitue, « *pour les annonceurs, la seule alternative à la publicité TV nationale actuellement sur le marché* ». Le BK considère également (sous l'angle du lectorat, donc du consommateur) le segment de la presse « *de boulevard* » où il présume un renforcement de la position dominante de *BILD* grâce au potentiel de promotion croisée que lui ouvrirait la fusion avec P7S1. Enfin, il formule une présomption similaire pour le marché des annonces, où *BILD* et *Die Welt* ont une part de marché cumulée de 40 %.

Motif du veto du BK : « des effets affectant la totalité du marché »

En retenant le marché publicitaire pour fonder son approche transversale, le BK réagit à la difficulté de définir des marchés de produits aux contours modifiés par l'essor de nouvelles activités. Sa présomption d'effets transversaux cumulatifs demande certes plus de précisions, de même que les critères quantitatifs qui la fondent (objet du recours intenté par ASV). Mais l'essentiel est ailleurs : le BK applique les recommandations formulées par la *Monopolkommission* en juillet 2004 dans le contexte de la réforme de la loi *GWB* et du régime spécifique à la presse. Elle préconisait à la fois de lever cette exception et de ne pas l'étendre au marché des annonces pour ne pas « *susciter la convoitise d'autres branches* ». Pour la première fois, des activités de TV et de presse se trouvent ainsi soumises au droit commun – via l'approche du marché publicitaire.

Une approche nouvelle sous l'angle du droit commun

Certains experts mettent dès lors en doute la validité d'un constat de duopole établi pour le segment de la TV mais fondé sur les activités des groupes sur le marché publicitaire. Car même en admettant que les deux groupes (ils ont des participations communes sur ce marché) s'entendent sur les prix, ces pratiques anti-concurrentielles sont répréhensibles aux termes de la loi *GWB*. Pourquoi donc tenter de prévenir de tels cartels en agissant au niveau de la propriété des entreprises ? Cette question de fond renvoie à l'articulation entre l'appréhension *ex ante* qu'exige le droit des concentrations sous l'angle des fusions d'entreprises et l'appréciation *ex post* du droit de la concurrence sur les marchés. La *présomption* établie par le BK tente de concilier les deux.

Délicate articulation droit des fusions / droit de la concurrence

Elle vise aussi à faire progresser le droit de la concurrence sur un point central pour aborder le marché des services en voie de libéralisation. Car en interdisant aux deux groupes de fusionner, le veto pose en réalité des limites à l'extension de leurs activités sur ces « *marchés médiatiquement voisins* » qu'évoque sans les définir le *RFStV*, et qui renvoient en écho à ce « *nouveau marché* » au cœur du vif débat actuel sur la révision de la loi sur les télécommunications. Pour rattraper le retard de l'Allemagne en matière d'infrastructures à haut débit (voir *REA* 72/05), le gouvernement fédéral souhaite en effet proroger la situation de monopole de fait où se trouve Deutsche Telekom AG en lui accordant une sorte de garantie de développement protégeant ses investissements de réseau – au détriment de la concurrence sur le nouveau marché des services à haut débit.

En débat : le développement sur de nouveaux marchés

LA PORTEE DU CAS ASV/P7S1 RESIDE dans le fait que le projet de fusion intervient à un stade crucial de la réflexion sur la finalité comme les instruments d'un

droit de la concurrence mis au défi par la libéralisation en cours des industries de réseaux. Les évolutions liées à la convergence technologique font apparaître l'obsolescence du modèle de « concurrence asymétrique » adopté outre-Rhin à titre transitoire lors de la levée du monopole public des P&T (voir REA 47/00). Elle introduisait, pour les opérateurs historiques, un régime d'exception qui prorogeait leur position dominante le temps que s'installe un marché concurrentiel. Cette entorse au droit des cartels était justifiée par une notion de service universel à deux vitesses : moins stricte pour les nouveaux entrants afin de leur donner l'opportunité de se développer, plus stricte pour les anciens opérateurs publics. Les pratiques anti-concurrentielles qu'elle a générées ont motivé maintes interventions du BK, notamment à l'encontre de Deutsche Post AG (lettre).

Or la même approche fonde le dualisme public/privé de l'audiovisuel tel que l'avait conçu en 1986 le Tribunal constitutionnel fédéral : ARD et ZDF ont pour mission d'assurer un « service de base » (*Grundversorgung*), alors que les opérateurs privés ne sont soumis qu'à l'obligation de respecter des « standards de base ». Cette articulation légitime aussi la « garantie de maintien et de développement », dont bénéficie le service public de l'audiovisuel. Or cette garantie et son reflet dans les télécommunications font actuellement l'objet d'un conflit avec la Commission européenne. Alors que ces secteurs sont dorénavant des marchés, comment légitimer la prorogation du régime de concurrence asymétrique – véritable exception culturelle allemande ? Mais cela présuppose de (re)définir la notion de service universel, puisque c'est elle qui détermine les modes d'organisation et de régulation des marchés. Et en retour, de s'interroger sur la pertinence de la multiplication des régulations sectorielles. Ces questions sont aussi au cœur des réflexions communautaires sur l'évolution du droit de la concurrence et de la réglementation des médias ; le BK y prend une part active.

La fusion avortée prend dès lors figure de cas d'école en ce qui concerne l'ensemble des services d'intérêt (économique) général – dont le pivot central n'est plus l'offre, mais la demande. Le marché de la distribution du gaz, où le BK vient de mettre fin aux ententes sur les prix au consommateur, n'en est qu'un autre exemple. Or cette évolution remet en question jusqu'à l'interprétation d'un droit constitutionnel des médias lui aussi centré sur l'offre. La prise en considération de la demande pourrait pourtant concilier les deux sources du droit en leur permettant de se rejoindre sur la notion de finalité : la liberté du consommateur et du citoyen. Mais alors se pose une autre question : quelle nouvelle articulation entre réglementation et (auto-)régulation ? Toutes ces questions, débattues aux échelons régional, national et européen, sont la toile de fond de l'échec de la naissance d'un potentiel 'champion' national allemand des médias.

Indications bibliographiques :

- BOURGEOIS I., *Radios et télévisions privées en Allemagne – entre la loi et le marché*, CIRAC, 1995, et « Médias français et allemands. Convergences et divergences dans le contexte européen », *Revue d'Allemagne*, 1/05
- *Daten zur Mediensituation in Deutschland 2005*, Media Perspektiven Basisdaten, 2005
- DEWENTER R., KAISER U., « Anmerkungen zur ökonomischen Bewertung von Fusionen auf dem Printmedienmarkt », ZEW, *Discussion Paper* 05-92
- LILIENTHAL V., « Verlustrechnung. Gescheitert: Springer verzichtet auf ProSiebenSat.1 », *epd medien* 9/2006
- HENLE V., « Markt und Medien. Des Verhältnis der rechtlichen Kontrolle von Marktmacht und Meinungsmacht », contribution à un symposium de la KEK, 2001
- HOLTZ-BACHA, C., *Medienpolitik für Europa*, Wiesbaden, 2006
- LANGE B.-P., « Die Übernahme von ProSiebenSat.1 durch den Axel-Springer-Konzern. Zu den Prüfungsverfahren beim Bundeskartellamt und der KEK », *Media Perspektiven* 11/2005
- SÄCKER F.-J., « Die Aufholjagd. Springer und ProSiebenSat.1 bilden kein Kartell », *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 12-12-2005
- *Rapport au Premier Ministre sur les problèmes de concentration dans le domaine des médias* (Rapport de la Commission présidée par Alain Lancelot), décembre 2005
- « Aufsicht auf dem Prüfstand » (dossier), *Tendenz* 3/2005
- www.axelspringer.de ; www.axelspringer-p7s1.de ; www.prosiebensat1.de
- www.bundeskartellamt.de ; www.kek-online.de ; www.blm.de