

Décision n° 94-VMP-6 du Président du Conseil de la concurrence en date du 30 décembre 1994 relative à une demande de mesures provisoires présentée par la société anonyme TELEVISION FRANCAISE 1, en abrégé T.F.1.

Vu les lettres enregistrées le 27 décembre 1994 par lesquelles la société TF1 de droit français a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de l'Union professionnelle de Radio et de Télédistribution, en abrégé R.T.D. et a sollicité le prononcé de mesures provisoires à son encontre.

Vu la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

Vu le rapport du Service de la concurrence déposé le 28 décembre 1994.

Le rapporteur du Service entendu;

Vu les observations orales présentées par:

- Monsieur Jean-Paul Hordies et Madame Agnès Maqua, avocats, pour TF1;
- Monsieur P. de Wergifosse, président de RTD et les conseils de cette dernière, Messieurs F. Herbert, E. Cornu et B. Michaux, avocats;
- Monsieur Achille Diegenant, vice-président de la Vereniging van Vlaamse kabelmaatschappijen en constitution.
- les organismes de distribution repris au procès-verbal de l'audience qui se sont présentés devant Nous le 29 décembre 1994.

Sur les faits.

Attendu qu'un contrat, dit "contrat câble" concernant la distribution simultanée par câble de programmes de radiodiffusion lie des organismes de distribution par câble d'une part, la SABAM, l'A.G.I.C.O.A. et les organismes de radiodiffusion dénommés "les titulaires de droits" d'autre part;

Que TF1 est partie à ce contrat.

Qu'en vertu de ce contrat conclu le 26 février 1993, les câblodistributeurs qui y ont adhéré ont l'autorisation de distribuer 16 programmes, au choix parmi les 21 programmes des chaînes de télévision suivantes captables par voie hertzienne terrestre en au moins un point du territoire belge:

BRTN 1 et Teve 2, RTBF 1 et Télé 21, NL 1, 2 et 3, TF1, FR 2, FR 3 Nord-Pas de Calais ou Lorraine (1 programme), WDR 1, ZDF, WDR 3, SWF, RTL-TVI, BBC 1 et 2, RTL +, Rai Uno, Arte, ITV-Meridian Signal (1 programme).

Que ce choix de programmes - qui est porté à 17 pour les stations d'antennes desservant des abonnés dans deux Communautés et à Bruxelles-Capitale, doit être notifié aux titulaires de droits au plus tard le 1er février de chaque année.

Attendu que l'Union professionnelle de la Radio et de la Télédistribution, ci-après dénommée la RTD, a conclu ce contrat agissant au nom et pour le compte des organismes de distribution par câble figurant en annexe de la convention.

Attendu que l'article 7a du contrat prévoit qu'en contrepartie des droits qui sont conférés à la RTD par la convention, la RTD paiera à l'ensemble des titulaires de droit, au nom et pour le compte des organismes qu'elle représente une rémunération globale s'élevant pour l'année 1995 à 539 FB par abonné.

Que cette même disposition contient toutefois une clause selon laquelle "si 15 % de la moyenne pondérée de la redevance des abonnements reste en dessous du montant de la rémunération convenue, les organismes de distribution par câble pourraient, à partir du 1er janvier 1994, réduire le nombre de programmes distribués de manière à ne pas dépasser ces 15 %".

Attendu que par lettre du 3 novembre 1994, la RTD informait ses membres et la SABAM qu'en application de cette clause, les câblodistributeurs parties au contrat câble avaient pour 1995 le choix entre les possibilités suivantes:

- paiement de 539 FB pour 16 programmes
- paiement de 505 FB pour 15 programmes
- paiement de 471 FB pour 14 programmes.

Attendu que TF1 reçut une lettre datée du 14 novembre 1994 émanant de l'association des câblodistributeurs flamands (Vereniging van Vlaamse Kabelmaatschappijen), qui lui annonçait que "le programme de TF1 ne pourra plus être distribué en Communauté flamande à partir du 1^{er} janvier 1995 à moins qu'un accord particulier n'intervienne entre-temps par lequel votre organisme d'émission règle directement avec les titulaires, le problème des droits d'auteur et autres dus pour la distribution de son programme dans ladite Communauté".

Que pour justifier une réduction du nombre de programmes, les signataires de cette lettre faisaient référence à l'article 7a du "contrat câble".

Attendu que TF1 répondit un mois plus tard (lettre datée du 15 décembre 1994) que son partenaire contractuel, dans le cadre du contrat câble était la RTD et qu'il appartenait dès lors à l'association des câblodistributeurs flamands - qui lui était inconnue - d'adresser toutes les remarques ou commentaires qu'elle aurait à formuler quant à l'application et au respect de ce contrat à la R.T.D.

Qu'elle mettait l'association des câblodistributeurs en garde face à toute tentative unilatérale de suspension ou arrêt de la distribution de son programme.

Que par courrier du 19 décembre 1994, TF1 invitait la RTD, s'il entraînait dans ses intentions d'engager des discussions sur l'application du contrat câble, de respecter l'article 11 du contrat câble qui dispose que: "une Commission paritaire mixte est chargée d'examiner les problèmes que pourra soulever l'application de la convention afin d'éviter, dans toute la mesure du possible, le recours aux tribunaux".

Que TF1 soulignait par ailleurs que l'association des câblodistributeurs flamands n'avait en aucun cas la capacité juridique à invoquer l'article 7 a du contrat puisqu'elle n'était pas partie audit contrat.

Qu'enfin elle invitait le RTD à lui fournir les données permettant de justifier l'application éventuelle de la clause autorisant les câblodistributeurs à réduire le nombre de programmes distribués et à lui faire savoir si la position prise par l'association des câblodistributeurs flamands reflétait celle de l'Union professionnelle de la Radio et de la Télédistribution à l'échelle nationale.

Attendu que l'association des câblodistributeurs flamands précisait dans son courrier du 22 décembre 1994 à TF1 qu'elle constituait "le Collège régional flamand en constitution au sein de la RTD", et qu'elle avait été mandatée par les organismes de distributions par câble flamands de lui adresser le courrier du 14 novembre 1994.

Qu'elle précisait par ailleurs que: ... "en vertu du contrat câble du 26 février 1993, ce sont les organismes de distribution par câble au nom et pour compte desquels la RTD agit, figurant au relevé en annexe du contrat câble, qui peuvent appliquer l'article 7a du contrat et choisir les programmes qu'ils désirent distribuer. Ce qu'ils vont faire".

Attendu qu'une réunion s'est tenue le 23 décembre à la demande de Monsieur P. de Wergifosse, président de RTD à laquelle étaient présents les conseils de TF1 et Monsieur Achille Diegenant, vice-président de l'association des câblodistributeurs flamands.

Qu'au cours de cette réunion TF1 fut informée du fait qu'un certain nombre de câblodistributeurs flamands avaient pris toutes les mesures relatives à l'arrêt pur et simple de la distribution du programme TF1 à partir du 31 décembre à 24 heures.

Que par lettre du 26 décembre RTD fut mise en demeure de veiller à assurer l'exécution du contrat, en ce compris le respect des procédures et notamment le recours à la Commission paritaire mixte.

Que par lettre du 27 décembre 1994, Monsieur Jacques FOLON, directeur général de la SABAM et président de la commission paritaire mixte prévue par l'article 11 du contrat câble, fut invité par les conseils de TF1 à réunir cette commission dans les plus brefs délais.

Attendu que la demande de mesures provisoires fut présentée le même jour.

Sur l'objet des mesures provisoires réclamées.

Attendu que les mesures sollicitées sur base de l'article 35 de la loi du 5 août 1991 sont les suivantes:

- " - ordonner à la RTD de veiller à faire maintenir le programme TF1 dans les réseaux de ses membres, à l'échelle nationale, pendant la durée de l'instruction du dossier par le Conseil de la concurrence et ce jusqu'à la date de la décision au fond devant intervenir;
- dire pour droit que RTD sera tenue de payer une astreinte d'un montant de 1 million FB par jour de retard apporté à l'exécution de la décision à intervenir".

Sur l'urgence.

Attendu qu'aux termes de l'article 35 § 1er alinéa 1 de la loi, le président du Conseil de la concurrence peut sur demande du plaignant ou du Ministre, prendre des mesures provisoires destinées à suspendre les pratiques restrictives de concurrence faisant l'objet de l'instruction, s'il est urgent d'éviter une situation susceptible de provoquer un préjudice grave, imminent et irréparable aux entreprises dont les intérêts sont affectés par ces pratiques ou de nuire à l'intérêt économique général.

Attendu que l'arrêt de la distribution du programme TF1 au 31 décembre 1994 à 24 heures annoncé par l'association des câblodistributeurs flamands est susceptible de nuire gravement aux intérêts de TF1, et de provoquer dans son chef un préjudice irréparable d'ordre financier et commercial.

Attendu qu'il ne saurait être fait grief à TF1 d'avoir tardé à présenter sa demande de mesures provisoires qui fut introduite près de six semaines après l'annonce d'un arrêt éventuel de la distribution de son programme au 1er janvier 1995 ni d'avoir négligé d'entamer durant cette période des négociations en vue de la conclusion d'un accord.

Qu'en effet son inaction durant plusieurs semaines peut s'expliquer par une série d'éléments.

Que la menace d'une suspension ou d'un arrêt de la retransmission par câble de ses émissions télévisées émanait d'une association dont l'existence lui était inconnue.

Que l'association des câblodistributeurs flamands se présentait comme le porte-parole des câblodistributeurs qui avaient adhéré au contrat-câble puisqu'elle faisait référence à l'article 7a de ce contrat, alors que la défense des intérêts de ceux-ci dans le cadre de l'application du contrat câble appartient à la RTD.

Qu'il appartient notamment à la RTD en vertu du contrat de notifier aux titulaires de droits le choix de programmes qu'a opéré chacun de ses membres.

Que l'association des câblodistributeurs flamands n'indiquait pas à quel titre elle agissait, ni quels étaient ses mandants.

Qu'elle ne précisait pas si elle avait reçu mandat de négocier un éventuel accord avec TF1 sur la question soulevée de la prise en charge des droits d'auteur.

Attendu que TF1 n'était dès lors pas en mesure d'apprécier la gravité de la menace. Qu'elle pouvait avoir des doutes quant à la capacité de cette association d'agir au nom de l'ensemble des câblodistributeurs exerçant leurs activités dans la Communauté flamande, parties au contrat câble, ainsi que sur l'intention même de ceux-ci d'arrêter la distribution de ses programmes.

Que de son côté la RTD est malvenue de contester l'urgence au motif qu'elle n'a été informée par TF1 de la démarche qu'avait effectuée l'association des câblodistributeurs flamands et de la décision que ceux-ci auraient prises d'arrêter la distribution du programme TF1 en 1995 si aucun accord sur la prise en charge des droits d'auteur n'intervenait, que par lettre du 19 décembre 1994.

Que vu l'incidence que pouvait avoir sur l'économie même du contrat-câble la mise à exécution par l'ensemble des câblodistributeurs flamands de la menace d'exclusion du programme TF1 du nombre de programmes que ceux-ci sont autorisés à distribuer en application du contrat, TF1 pouvait de bonne foi présumer que la RTD ne pouvait ignorer une décision d'arrêt de distribution de ses programmes en Communauté flamande, si celle-ci avait réellement été prise, de même qu'elle pouvait s'attendre à en être informée en temps utile par le RTD, et non pas par une association de fait dont l'existence lui était inconnue.

Que TF1 pouvait d'autre part ne pas être au courant du projet de restructuration de RTD en examen, ni du rôle éventuel que joue l'association des câblodistributeurs flamands au sein de RTD, laquelle s'est présentée dans son courrier du 22 décembre 1994 comme le collège régional flamand dont la création, au sein de RTD, est prévue dans le projet de modification des statuts de RTD qui a été communiqué à ses membres le 21 décembre 1994.

Que l'absence d'information de la part de RTD était aussi de nature à laisser TF1 dans le doute sur la réalité de la décision dont lui fit part l'association des câblodistributeurs flamands, doute qui n'est d'ailleurs toujours pas levé aujourd'hui.

Qu'enfin il ne peut être reproché à TF1 de Nous avoir saisi sans avoir pris contact avec chacun des câblodistributeurs actifs dans la Communauté flamande pour connaître les intentions de chacun d'eux et entamer des pourparlers.

Que telle n'est pas la pratique en Belgique depuis qu'existe un contrat relatif à la distribution simultanée par câble de programmes de radiodiffusion qui lie les organismes de radiodiffusion aux câblodistributeurs par leur union professionnelle, la RTD.

Sur le bien-fondé des demandes de mesures provisoires.

Attendu que TF1 nous demande de prendre des mesures provisoires à l'encontre de la RTD, qu'elle considère comme son unique partenaire contractuel depuis 1983 dans le cadre du contrat-câble.

Qu'elle reproche à la RTD sur le plan contractuel:

- de ne pas lui avoir communiqué les éléments chiffrés permettant de justifier l'application de la clause qui permet aux câblodistributeurs de réduire le nombre de programmes distribués en fonction de certains paramètres;
- de ne pas avoir respecté l'article 11 qui prévoit un recours à une commission paritaire mixte composée de représentants des ayants-droit et de la RTD en cas de difficultés liées à l'exécution du contrat, et de ne pas avoir encouragé la concertation;
- de commettre un abus de droit en estimant que le contrat-câble lui permet de laisser certains de ses membres procéder à l'arrêt pur et simple de la diffusion du programme de TF1.

Qu'elle estime que l'arrêt de la distribution de son programme par les câblodistributeurs regroupés dans l'association de fait des câblodistributeurs flamands crée des conditions totalement inéquitables sur le plan de la concurrence, situation dont elle impute la responsabilité à la RTD.

Qu'elle nous demande de faire injonction à la RTD de veiller au maintien de la distribution du programme TF1 dans les réseaux de ses membres, à l'échelle nationale.

Attendu qu'il ne résulte pas de l'instruction de l'affaire que la pratique restrictive de concurrence dont se plaint TF1, soit la décision qu'aurait prise l'ensemble des câblo - distributeurs flamands de ne plus inclure TF1 dans le nombre de programmes que le contrat câble les autorise à distribuer, puisse être imputée directement ou indirectement à la RTD à l'encontre de laquelle la demande de mesures provisoires est dirigée.

Attendu qu'aucun élément ne permet de constater *prima facie* que la RTD aurait pris part à la concertation qui semble exister entre les câblodistributeurs flamands regroupés dans une association de fait en vue d'une prise de position commune sur la distribution de TF1 en 1995 dans les réseaux qu'ils couvrent,

Qu'il ne résulte d'aucune pièce du dossier ni d'aucune information recueillie par le Service et par Nous au cours de l'instruction que la RTD aurait organisé une telle concertation, l'aurait suggérée ou suscitée, ni même qu'elle en ait été réellement informée en temps utiles.

Attendu que les initiatives qu'aurait prises en ce sens l'association de fait des câblodistributeurs flamands dont certains câblodistributeurs disent attendre les instructions avant d'adopter une décision, ne peuvent par ailleurs être attribuées à la RTD.

Que rien n'indique que la RTD ait confié à ladite association une quelconque mission de représentation de ses membres, ou ait fait siennes les démarches de cette association auprès des câblodistributeurs flamands.

Attendu d'autre part que le contrat-câble ne confère pas à la RTD le droit de s'immiscer dans le choix de programmes que peut opérer chacun de ses membres individuellement au 1er janvier de chaque année, ce qui serait d'ailleurs critiquable au regard du droit de la concurrence.

Que ce contrat ne prévoit pas non plus que les câblodistributeurs qui y ont adhéré ont l'obligation de notifier leur choix à la RTD avant le 1er janvier de chaque année.

Qu'aucun élément n'est produit permettant de constater que des délais aient été fixés pour la communication du choix de programmes à la RTD mettant celle-ci en mesure d'informer les différents organismes de radiodiffusion de ces choix bien avant le 1er janvier de chaque année.

Que le contrat-câble prévoit uniquement l'obligation de notifier le choix des programmes qu'effectuent les organismes de distribution aux titulaires de droits au plus tard le 1er février de chaque année, ce qui signifie qu'aux termes du contrat chacun des câblodistributeurs peut procéder à l'arrêt de la distribution d'un programme au 1er janvier sans en avertir préalablement l'organisme de radiodiffusion concerné ni la RTD. Qu'en ce qui concerne l'année 1995, le choix du nombre de programmes dépend en outre de la moyenne pondérée des abonnements annuels en 1994 et ce n'est que début novembre que la RTD informait ses membres des possibilités qui s'offraient à eux pour l'année 1995 en application de la clause de pondération prévue à l'article 7a.

Attendu qu'il résulte de ces éléments que la position qu'occupe la RTD ne lui permet pas d'influencer le choix des programmes distribués par chacun de ses membres, ni le choix du nombre de programmes distribués lequel peut être fixé par chacun d'eux pour 1995 à 14, 15, 16 et plus.

Attendu que s'il est vrai qu'il incombe à la RTD de veiller à l'application correcte de l'article 7a du contrat, et plus particulièrement à l'application correcte de la clause permettant une réduction du nombre de programmes distribués dans le cadre du contrat-câble, il résulte toutefois des éléments de l'instruction que cette clause est étrangère à la pratique restrictive de concurrence dont se plaint TF1.

Que les données recueillies auprès de chacun des câblodistributeurs actifs en Communauté flamande font apparaître que l'intention qu'aurait la plupart d'entre eux d'arrêter la distribution du programme TF1 au 1er janvier 1994 ne serait pas liée à une décision d'user de la possibilité qu'ils ont de réduire en 1995 le nombre de programmes qui resterait inchangé, mais serait liée à la seule question de la prise en charge par TF1, à l'instar des autres organismes de radiodiffusion privés tels VTM, RTL-TVI, MTV, CNN, ATV, EUROSPORT, NBC Superchannel, des droits d'auteur.

Qu'ils estiment que le maintien de la distribution du programme TF1 dans le cadre du contrat-câble est source de distorsion de la concurrence entre les organismes de télédiffusion privés dont les ressources proviennent des recettes publicitaires, et que la prise en charge par TF1 des droits d'auteur profiterait directement à leurs abonnés puisqu'elle aurait pour effet d'élargir la gamme de programmes dont ils assurent la réception sans provoquer une augmentation du montant dû par les abonnés au titre de droits d'auteur.

Attendu dès lors que le conflit qui oppose TF1 aux câblodistributeurs flamands ne porte pas directement sur l'interprétation et l'exécution de l'article 7a du contrat-câble auquel cas la commission paritaire aurait effectivement dû être saisie par la RTD.

Attendu enfin que la position qu'occupe la RTD ne lui permet pas d'enjoindre à ses membres de maintenir la distribution du programme TF1, ni de veiller à ce maintien, attitude qu'elle ne pourrait adopter au regard du droit de la concurrence si elle avait les moyens d'interférer sur celle de ses membres.

Que sa position et le rôle qui lui incombe en tant qu'Union professionnelle chargée de la défense des intérêts de ses membres peut créer dans son chef l'obligation de mettre ses membres en garde face aux conséquences qu'aurait pour eux l'adoption d'une pratique restrictive de concurrence au sens des articles 2 et 3 de la loi du 5 août 1991.

Attendu que la pratique restrictive de concurrence dénoncée, dans l'hypothèse où son existence pourrait être considérée comme très vraisemblable, ne pourrait être imputée à la RTD qui est par ailleurs sans pouvoir ni droit d'y mettre fin, et partant ne pourrait justifier la prise des mesures sollicitées à l'encontre de la RTD.

Que ces mesures qui tendent au maintien de la distribution du programme TF1 dans les réseaux câblés à l'échelle nationale seraient elles-mêmes restrictives de concurrence au détriment des autres télédiffuseurs parties au contrat-câble et ne constitue pas une mesure susceptible d'être prise à titre définitif.

PAR CES MOTIFS

La demande de mesures provisoires est rejetée.

Ainsi statué le 30 décembre 1994, par Madame Christine SCHURMANS, président du Conseil de la concurrence.