Décision 95-VMP-1 du Président du Conseil de la concurrence en date du 27 mars 1995 relative à la demande de mesures provisoires présentée par l'association intercommunale coopérative INTERMOSANE et l'association intercommunale coopérative SOCIETE INTERCOMMUNALE D'ELECTRICITE ET DE GAZ DES REGIONS DE L'EST.

SOMMAIRE

La procédure Les faits à l'origine de la plainte

- 1. Les faits à l'origine de la demande d'autorisation de distribuer SAT 1
- 2. Le contrat global du 26 février 1993.
- 3. Les discussions relatives à l'application de la clause de pondération.
- 4. La position de la SABAM et de l'AGICOA sur la nécessité de supprimer la clause de pondération.
- 5. Les négociations en Commission paritaire mixte sur l'ajout de SAT 1 et de M6 à la liste des programmes licités par le contrat global.
- 6. la possibilité de conclure un contrat séparé.
- 7. la position des radiodiffuseurs.
- 8. la position de SAT 1.

Objet de la demande de mesures provisoires Position du Service de la concurrence Sur la recevabilité de la demande Sur le fond

- A. Quant à la condition relative à l'existence vraisemblable d'une infraction.
- 1. qualification de la pratique dénoncée
- 2. sur le caractère vraisemblable de l'infraction
- a) sur le caractère non équitable des conditions de l'octroi de l'autorisation de retransmettre les programmes de SAT 1.
- b) sur l'abus de position dominante
- B. Quant à la condition relative à l'existence d'un préjudice grave, imminent et irréparable.

Quant aux mesures

La procédure

Par lettre enregistrée le 16 novembre 1994 sous le numéro RACO/94.205, l'association intercommunale coopérative INTERMOSANE et l'association intercommunale coopérative SOCIETE INTERCOMMUNALE D'ELECTRICITE ET DE GAZ DES REGIONS DE L'EST, en abrégé INTEREST, ont sollicité le prononcé de mesures provisoires à l'encontre de la société coopérative civile SOCIETE BELGE DES AUTEURS COMPOSITEURS ET EDITEURS, en abrégé SABAM, et l'association de GESTION INTERNATIONALE COLLECTIVE DES OEUVRES AUDIOVISUELLES, en abrégé, AGICOA.

Le Service de la Concurrence a déposé son rapport le 1er décembre 1994;

Par décision du 12 décembre 1994 une instruction complémentaire a été ordonnée sur différents points;

Au cours de cette instruction, le Service de la concurrence a pris l'initiative de demander au Ministre des Affaires économiques de saisir la Commission de la vie privée d'une demande d'avis suite au refus des plaignantes de lui communiquer une liste nominative des clients ayant résilié leur abonnement à la télédistribution en 1993 et 1994. Saisie le 16 janvier 1995, la Commission de la vie privée a rendu son avis le 17 mars 1995 et conclut que les agents du Service de la concurrence, dans l'exercice de leurs fonctions, agissent comme agents de la police judiciaire et que la loi du 8 décembre 1992 ne s'oppose en rien à la communication de la liste susmentionnée aux fins de rechercher ou d'établir une infraction à la loi du 5 août 1991.

Le rapport complémentaire du Service a été déposé le 16 janvier 1995.

L'Union Professionnelle de Radio et Télédistribution, en abrégé RTD, a été à sa demande admise à intervenir dans la présente procédure à l'appui des conclusions des plaignantes.

Des observations écrites ont été déposées par:

- les plaignantes, représentées par Mr. E. VAN KEERBERGEN et Mme. SIMONS et assistées de Mes A. Braun, F. Herbert et E. Cornu;
- la SABAM, représentée par Mme. J. VAN MOER, Mr. J. FOLON et assistée de Me M. Flamée;
- l'AGICOA, représentée par Mrs. R. EGLI, L. CATTANEO et assistée de Me P. Demoulin.

Les rapporteurs du Service de la concurrence, Mrs. G. MARLIERE et P. MARCHAND et les parties ont été entendues en leurs plaidoiries à l'audience du 9 décembre 1994 et à l'audience du 9 mars 1995.

Les faits à l'origine de la plainte 1

Objet de la demande de mesures provisoires

Les plaignantes reprochent en substance à la SABAM et à l'AGICOA de poser des conditions de transaction inéquitables à la retransmission par elles du programme SAT 1, et d'abuser ainsi de leur position dominante.

La demande tend à ce que la SABAM et l'AGICOA s'entendent interdire d'imposer une base minimale de 200.000 abonnés pour le calcul de la redevance unitaire de 34 francs en 1994 et de 36 francs en 1995 comme condition à l'autorisation de distribuer le programme SAT 1, et ce sous peine d'une astreinte de 250.000 francs par jour où il ne serait pas satisfait à la décision intervenir.

Dans leur mémoire déposé le 9 décembre 1994 les plaignantes Nous demandent d'interdire à la SABAM et à l'AGICOA de lier l'octroi de l'autorisation de distribuer le programme SAT 1 par câble à des conditions de transaction inéquitables et de les autoriser, à titre provisoire, à diffuser ce programme moyennant d'une part l'accord de SAT 1, d'autre part le paiement d'une redevance annuelle par abonné le 34 francs en 1994 et de 36 francs en 1995.

Dans leur mémoire complémentaire déposé le 8 mars 1995, les plaignantes Nous demandent de les autoriser à retransmettre sur le câble en Communauté Germanophone le programme SAT 1 moyennant le paiement d'une redevance pour l'année 1995 de 34 francs par abonné réel.

Position du Service de la concurrence

Dans son premier rapport, le Service de la concurrence conclut à l'irrecevabilité de l'action en invoquant deux moyens.

Selon le Service, les requérantes ne disposent pas de l'intérêt direct et actuel pour agir. L'absence d'intérêt resulterait des éléments de fait suivants:

- les négociations relatives aux conditions d'octroi de l'autorisation de diffuser SAT 1 seraient toujours en cours entre les parties au contrat câble;
- SAT 1 n'aurait pas encore fait connaître "officiellement" ses intentions.

L'action ne serait d'autre part pas correctement diligentée. Selon le Service, "toutes les parties au contrat câble ont un intérêt égal à la cause et il ne se justifie dès lors pas que soient seules citées la SABAM et l'AGICOA".

En ordre subsidiaire, le Service conclut au non fondement de la demande en invoquant trois moyens.

¹ Voir décision 95-VMP-2 du 4 septembre 1995

Il estime tout d'abord que l'absence d'insertion de SAT 1 dans la liste des programmes licités par le contrat global - et le préjudice éventuel qui s'en suit - ne peuvent être imputés à la SABAM ou à l'AGICOA puisque les négociations seraient toujours en cours.

Il soutient que le préjudice allégué serait "étranger aux négociations menées en Commission paritaire mixte" pour le motif suivant: "A supposer même que des conditions équitables soient proposées (lesquelles?), en résulterait-il pour autant une baisse du nombre de d'abonnements et une baisse du nombre d'antennes paraboliques installées ?".

Enfin, selon le Service, puisqu'il n'y a pas de préjudice en relation avec les négociations sur les conditions d'autorisation de diffusion de SAT 1, la condition liée au caractère grave, imminent et irreparable du préjudice ne serait pas remplie.

Il conclut pour les mêmes motifs que la situation alléguée par les requérantes n'est pas susceptible de nuire à l'intérêt économique général.

Dans son rapport complémentaire, le Service maintient les conclusions de son premier rapport, et fait part de nouvelles conclusions.

Selon lui, la perte subie par les requérantes suite aux désabonnements enregistrés n'est pas de nature à mettre en péril leur activité de télédistribution.

Le Service estime par ailleurs que la période sur laquelle le désabonnement fut constaté qu'il évalue à un an est trop courte pour permettre de tirer des conclusions sur l'évolution future du phénomène et sur son origine.

Enfin, il fait valoir qu'il est probable que d'autres câblodistributeurs soient interessés par la distribution du programme SAT 1, de telle sorte que la condition relative à une base de calcul de 200.000 abonnés ne devrait pas nécessairement être examinée compte tenu du nombre d'abonnés dans la Communauté germanophone du pays.

Partant de ces conclusions et considérations, le Service n'a pas estimé utile d'examiner l'existence vraisemblable d'une infraction à l'article 3 de la loi du 5 août 1991.

Il a cependant émis un avis sur la nature des mesures réclamées, en indiquant que "suivre les demanderesses dans leur action reviendrait à faire entrer le Service et le président du Conseil dans une relation contractuelle qui leur est étrangère".

Sur la recevabilité de la demande

Aux termes de l'article 35 de la loi du 5 août 1991, le président du Conseil de la concurrence peut, sur demande du plaignant ou du Ministre des Affaires Economiques, 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.

Il convient d'observer à titre préliminaire que cette disposition, inspirée de la jurisprudence en droit communautaire (Sénat, 1282-2 (1990-1991) p67) suppose pour son application trois conditions, à savoir l'existence d'une instance principale au fond, l'existence vraisemblable d'une pratique anticoncurrentielle interdite par les articles 2 et 3 de la loi et la probabilité d'un dommage grave et irréparable établissant l'urgence de l'adoption de mesures provisoires. (Comp. ordonnance de la Cour de Justice du 17 janvier 1980, Camera care / Commission, 792/79 R, Rec. p 119 et ordonnance du Président de la Cour du 29 septembre 1982, Ford/Commission 228/82 et 229/82 R, Rec. p 3091).

Lorsque ces conditions sont réunies, le président du Conseil peut arrêter des mesures qui entrent dans le cadre de la décision susceptible d'être prise à titre définitif par le Conseil.

Activiteitenverslag 229

Il découle de ce qui précède que les moyens d'irrecevabilité invoqués par le Service manquent totalement de fondement.

La condition relative à l'urgence, que le Service indique comme condition de recevabilité de la demande, n'est en réalité qu'un des aspect de la conditon relative au risque d'un préjudice grave et irréparable. (Comp. arrêt du Tribunal de première instance du 24 janvier 1992, La Cinq SA / Commission 44/90 Rec. p II 1).

En ce qui concerne l'intérêt à agir, condition de recevabilité, il est indiscutable que les plaignantes ont un intérêt direct et actuel à réclamer la cessation de toute pratique de concurrence qui aurait pour but ou pour effet de porter préjudice à leurs activités de distribution par câble de programmes.

Par ailleurs, le moyen d'irrecevabilité tiré du fait que la plainte serait mal diligentée, car dirigée contre l'AGICOA et la SABAM et non pas contre toutes les entreprises parties au contrat câble, ne saurait être suivi. D'une part, il ressort de la plainte et de la demande de mesures provisoires que les requérantes n'ont aucun grief à l'encontre des parties au contrat câble autres que la SABAM et l'AGICOA; D'autre part, le Service chargé de l'instruction de l'affaire, de la recherche et de la constatation de pratiques visées au chapître II de la loi, et même doté du pouvoir d'instruire d'office, ne fait état dans son rapport ni de l'existence d'une instruction à charge des autres parties au contrat global, ni même de la présence d'un indice d'infraction à la loi dans le chef de ces autres parties en relation avec la pratique dénoncée par les plaignantes.

Enfin, comme le soulignent les plaignantes, suivre le raisonnement du Service quant à l'impossibilité pour le Conseil ou son président d'intervenir dans une relation qui leur est étrangère reviendrait dans la pratique à vider de contenu la compétence qui leur a été reconnue par la loi du 5 août 1991.

Sur le fond

A. Quant à la condition relative à l'existence vraisemblable d'une infraction.

1. Qualification de la pratique dénoncée.

Pour justifier l'octroi de mesures provisoires, la pratique dénoncée doit à première vue répondre à la qualification d'une pratique anticoncurrentielle interdite par les articles 2 et 3 de la loi du 5 août 1991.

Selon les plaignantes, l'AGICOA et la SABAM qui détiennent en Belgique le monopole de fait de la gestion des droits d'auteur exploitent d'une façon abusive leur position dominante sur le marché de la télédistribution par câble en subordonnant l'autorisation de diffuser les programmes de la chaîne allemande SAT 1 à des conditions non équitables.

Telle que décrite par les plaignantes, le pratique dénoncée répond à la qualification d'abus de position dominante de telle sorte que la demande de mesures provisoires entre dans le champ de la compétence du Président du Conseil de la concurrence. Il convient donc d'examiner si l'infraction reprochée existe prima facie.

2. Sur la caractère vraisemblable de l'infraction.

Pour justifier l'octroi de mesures provisoires l'infraction dénoncée doit avoir un caractère vraisemblable. Ceci signifie, ainsi que le Tribunal l'a jugé dans son arrêt du 12 juillet 1991, Peugeot / Commission (T 23/90, Rec. p II-653), qu'on ne saurait exiger que, pour que des mesures provisoires puissent être octroyées, l'existence d'une infraction claire et flagrante soit établie au stade de la simple appréciation prima facie qui doit servir de base à l'octroi de telles mesures.

a) sur le caractère non équitable des conditions de l'octroi de l'autorisation de retransmettre les programmes de SAT 1.

Il n'est pas contesté que la SABAM et L'AGICOA ont au cours des négociations en commission paritaire mixte formulé successivement, au nom de l'ensemble des titulaires de droit, les propositions suivantes concernant les conditions de l'octroi de l'autorisation de retransmettre les programmes de SAT 1 et de M6 par câble:

première proposition:

autorisation de retransmission de l'une et/ou l'autre des deux chaines de télévision moyennant paiement d'une rémunération supplémentaire par abonné de 34 Frs pour l'année 1994 et de 36 Frs pour l'année 1995 étant entendu que pour le calcul de la redevance, un base minimale de 200.000 abonnés par chaine devait être garantie.

seconde proposition:

autorisation de retransmission des deux chaines qui seraient toutes deux ajoutées à la liste des programmes déjà licités par la convention, portant celle-ci à 23 programmes, moyennant l'accord de l'ensemble des organismes de télédistribution membres de RTD de payer un minimum de 539 Frs en contrepartie du droit de retransmettre 16 (17) programmes choisis dans la liste, et donc de leur accord de supprimer dans la clause 7a du contrat global la possibilité de réduire le nombre de programmes choisis de manière à ne pas payer plus que 15% de la moyenne pondérée.

Avant de porter une appréciation sur le caractère excessif des conditions ainsi posées, il apparait nécessaire de comparer entre elles ces deux propositions pour en souligner l'écart.

La première proposition qui concerne l'ajout de SAT 1 ou de M6 à la liste des programmes licités par le contrat global et l'autorisation de retransmettre les programmes de l'un ou de l'autre, sans possibilité de substitution avec un programme déjà repris dans la liste, aurait pour conséquence que l'ensemble des titulaires de droits obtiendraient une rémunération supplémentaire globale se chiffrant aux montants suivants:en ce qui concerne SAT 1 (base minimale: 200.000 abonnés):

1994: 6.800.000 Frs 1995: 7.200.000 Frs

en ce qui concerne M6 (nombre d'abonnés évalués à 600.000):

1994: 20.400.000 Frs 1995: 21.600.000 Frs

L'octroi de l'autorisation de retransmettre SAT 1 n'étant dans le cadre de cette première proposition aucunement lié à l'octroi de l'autorisation de M6, on peut chiffrer aux montants suivants les sommes qui reviendraient à la SABAM et à l'AGICOA en cas d'ajout de SAT:

SABAM:

1994: 1.496.000 Frs 1995: 1.584.000 Frs

AGICOA:

1994: 2.300.000 Frs 1995: 2.520.000 Frs

Selon la seconde proposition qui concerne l'ajout simultané de SAT 1 et de M6 à la liste des programmes tout en permettant une substitution d'un de ces programmes avec un programme déjà licité, la suppression de la clause de pondération contenue à l'article 7a in fine du contrat, aurait pour conséquence d'assurer à l'ensemble des titulaires de droits le paiement d'une rémunération globale et forfaitaire qui dépasserait en 1995 de 168.908.788 Frs le montant minimum auquel ceux- ci estiment avoir droit sur base de la moyenne pondérée des abonnements en 1994, de telle sorte que par application de la clef de répartition entre les titulaires de droits, la SABAM et l'AGICOA se verraient garantir le paiement d'un

montant supplémentaire qui s'élève pour la première à circa 37.000.000 Frs, et pour la seconde à circa 59.000.000 Frs. Les montants supplémentaires seraient garantis en échange du droit qui serait accordé aux organismes de télédistribution de choisir parmi 23 chaînes et non plus 21, un nombre de chaînes identique à celui qu'elles peuvent distribuer aujourd'hui.

La comparaison entre les deux propostitions permet de conclure qu'il apparaît évident qu'en formulant la seconde proposition, la SABAM et l'AGICOA n'ont pu maintenir la première propostion bien que celleci n'ait pas été formellement retirée.

L'écart entre les deux propositions est tel qu'il apparaît par ailleurs de prime abord manifeste que la seconde proposition énonce des conditions qui n'ont aucun lien avec la valeur réelle des prestations que la SABAM et l'AGICOA devraient fournir en contrepartie de l'ajout des programmes SAT 1 et M6 à la liste des programmes licités par la convention.

L'examen du dossier permet de constater prima facie qu'en réclamant la suppression de la clause de pondération à l'occasion des négociations relatives à l'ajout de SAT1 et de M6, la SABAM et L'AGICOA ont entendu obtenir, non pas une juste rémunération des prestations liées directement à cet ajout, mais bien une juste revalorisation de la rémunération qui fut fixée en contrepartie des prestations qu'elles fournissent déjà.

Or, la prise en considération pour la détermination du prix des prestations supplémentaires qu'elles devraient fournir en cas d'ajout des chaines SAT 1 et M6 à la liste des programmes parmi lesquels les organismes de télédistribution peuvent faire un choix, du manque à gagner qui résulte pour les titulaires de droits de l'exercice par les organismes de télédistribution d'un droit qui leur a été librement accordé par un contrat qui fait la loi entre les parties, démontre la caractère non équitable des conditions auxquelles l'autorisation de retransmettre les programmes des deux chaines concernées est subordonnée.

Comme le soulignent les plaignantes, en subordonnant l'autorisation de diffuser SAT 1 (ou M6) à la suppression de la clause de pondération, , ou à une base minimale d'abonnés, les titulaires de droits représentés par la SABAM méconnaissent aussi le caractère ouvert de la convention, consacré dans son avenant n°3.

Bien que les conditions d'adhésion d'une nouvelle chaine n'aient pas été fixées, il semble certain que la caractère ouvert du contrat global fasse obstacle à ce que l'une ou l'autre catégorie de parties à la convention remette en cause l'économie du contrat et provoque, comme le font la SABAM et L'AGICOA, des discussions sur le maintien de certaines de ses dispositions à l'occasion de l'examen d'une demande d'adhésion.

Par ailleurs, le caractère ouvert de la convention implique un traitement égalitaire entre les parties à la convention et celles qui y adhèrent ultérieurement, et donc en principe le respect de conditions identiques pour l'autorisation de distribuer les différents programmes. La position selon laquelle tout ajout de programme peut être lié à des conditions autonomes et distinctes de celles qui président la distribution des programmes déjà licités, reviendrait à priver de tout effet le caractère ouvert de la convention.

C'est donc à juste titre aussi que les plaignantes considèrent que la condition relative à une base minimale de 200.000 abonnés pour le calcul de la redevance qui serait dûe en cas de distribution de SAT 1 n'est pas justifiée.

Cette exigence ne peut trouver appui dans la convention qui ne contient aucune clause similaire et ne prévoit pas la possibilité d'exclusion d'une chaine dans l'hypothèse où elle n'interresserait pas un nombre minimum d'abonnés.

Le contrat global a au contraire mis en place un système d'autorisation globale moyennant paiement d'une redevance forfaitaire, système souple qui offre aux organismes de distribution l'avantage de pouvoir adapter d'année en année leurs choix à leurs besoins précis et à l'AGICOA et la SABAM l'avantage d'obtenir une rémunération globale calculée en fonction moins des choix des câblodistributeurs que du nombre d'abonnés et ce sans devoir justifier le niveau de cette rémunération au regard des données

objectives relatives à la gestion des droits d'auteur pour les différents programmes, qui varie certainement de l'un à l'autre.

L'exigence nouvelle d'un nombre minimun d'obonnés pour la diffusion du programme SAT 1 n'est d'ailleurs pas justifiée par la SABAM et L'AGICOA qui ne produisent aucune donnée pertinente et objective pour l'expliquer. Si l'on tient compte du nombre d'abonnés réels, cette exigence revient à fixer le niveau de la redevance pour un seul programme à 63% du niveau de la redevance actuellement payée par les plaignantes pour la distribution de 16 (17) programmes, ce qui paraît de prime à bord tout à fait excessif et discriminatoire.

Enfin, contrairement à ce que souligne le Service de la concurrence pour conclure à l'absence d'intérêt ou d'urgence, il importe peu que ces propositions n'aient été formulées qu'au sein de la Commission paritaire mixte, que les négociations n'ont pas encore été officiellement rompues ou encore que les parties n'ont pas exploité la possibilité de conclure un contrat séparé. En effet, les chances d'aboutissement des négociations dans le cadre du contrat-câble ou en dehors de ce cadre peuvent être considérées comme nulles vu le caractère excessif des conditions posées par la SABAM prétendument au nom de l'ensemble des titulaires de droit, parties à la convention.

b) Quant à l'abus de position dominante

Pour justifier l'octroi de mesures provisoires il faut encore qu'il soit établi prima facie que le fait d'avoir imposé des conditions de transaction non équitables s'explique par l'abus de position dominante.

La SABAM et l'AGICOA ne contestent pas leur position dominante. Leur accord est nécessaire pour obtenir le droit de retransmission sur le câble belge de la plupart des œuvres audiophoni ques ou télévisuelles. La retransmission de SAT 1 ne peut s'opérer que moyennant l'accord des ayants droit représentés par elles, puisque SAT 1 ne possède que les droits sur ses propres programmes, soit à peu près trois heures de diffusion par jour.

Il apparaît à première vue établi que le monopole de fait exercé par la SABAM et l'AGICOA - entreprises au sens économique du terme - sur le marché belge des prestations de services consistant dans la gestion des droits d'auteur d'œuvres musicales ou audiovisuelles explique leur comportement abusif au cours des négociations.

Il ressort des éléments du dossier que les radiodiffuseurs n'ont pas pris une part active à ces négociations et qu'aucun d'eux ne lie leur accord à l'ajout de SAT 1 à la liste des 21 programmes, à une modification des clauses du contrat en vigueur, ou même estime que l'ajout de SAT 1 à la liste des programmes licites est de nature à leur porter préjudice. Contrairement à ce qu'ont prétendu la SABAM et l'AGICOA, leur prise de position n'est donc pas commune à tous les titulaires de droit parties à la convention.

Il ressort d'autre part du dossier qu'au cours des négociations, la SABAM et l'AGICOA ne se sont jamais inquiétées de la position de SAT 1 sauf au cours de la présente procédure. Cette attitude démontre encore que l'accord de SAT 1 revêtait un aspect tout à fait secondaire et était en réalité considéré par les parties à la négociation comme acquis, contrairement à l'importance que semble y attacher le Service de la concurrence.

Il faut donc conclure prima facie que pour la distribution des programmes SAT 1, l'autorisation de la SABAM et de l'AGICOA revêt un caractère décisif, et que la position dominante que l'une et l'autre occupe crée une inégalité manifeste de pouvoir de négociation entre les plaignantes et elles, et met la SABAM et l'AGICOA en mesure de décider seules du sort réservé à la deman de en question.

Il convient encore de noter que leur position dans les négociations est encore renforcée par le fait que ni le contrat câble, ni la législation en vigueur, ne prévoit de procédure de médiation contraignante en cas de situation d'absence d'accord.

Activiteitenverslag 233

En subordonnant l'autorisation de retransmission de SAT 1 sur le câble à des conditions non équitables, la SABAM et l'AGICOA ont donc exploité le monopole qu'elles détiennent de façon abusive, en méconnaissant le caractère ouvert du contrat consacré par son avenant n°3 et en énoncant des conditions de transaction non équitables.

B. Quant à la condition relative à l'existence d'un préjudice grave, imminent et irréparable.

Des mesures provisoires ne peuvent être arrêtées que si l'existence d'un préjudice en liaison avec la pratique dénoncée est établie prima facie.

Ce préjudice doit être de nature concurrentielle ce qui justifie que soit pris en considération non seulement la situation des plaignantes, mais aussi celle du secteur concerné.

En ce qui concerne les caractères que doit revêtir le préjudice, il faut en s'inspirant de la jurisprudence des instances communautaires, examiner non pas si le préjudice allégué est susceptible d'être réparé par une action ultérieure en dommages-intérêts, mais bien si les dommages peuvent être réparés par la décision que le Conseil de la concurrence serait amené à prendre au terme de la procédure administrative. Une autre interprétation rendrait par ailleurs presque impossible la vérification de l'exigence qui est contenue dans la notion de préjudice irréparable (comp. ordonnance de la Cour de Justice du 17 janvier 1980, Camera Care, précitée).

Il ressort de l'examen des faits que les plaignantes ont subi des pertes financières dues à un phénomène de désabonnement en Communauté germanophone.

La diminution du nombre d'abonnements à la télédistribution en Communauté germanophone est de l'ordre de 3% et le manque à gagner correspondant se chiffre pour l'année 1994 à 778.941 FB en ce qui concerne INTEREST et à 1.083.835 FB en ce qui concerne INTERMOSANE.

Compte tenu du fait que les négociations sur l'accès de SAT 1 au câble en Communauté germanophone n'ont été entamées sérieusement qu'en mai 1994 et poursuivies de commun accord avec la RTD au cours des réunions de la commission mixte en septembre 1994, on ne peut considérer qu'il existe un lien de causalité entre ces pertes financières et la pratique dénoncée, ce qui n'est d'ailleurs pas allégué par les plaignantes.

Celles-ci craignent que le phénomène de désabonnement constaté s'amplifie en raison de l'impossibilité dans laquelle elle se trouvent aujourd'hui de proposer à leurs abonnés en Communauté germanophone les programmes diffusés par SAT 1.

Cette crainte semble de prime abord fondée. L'augmentation du nombre d'antennes paraboliques et la baisse concomitante du nombre d'abonnements à la télédistribution en 1993 et 1994 n'ont en effet été constatées que dans les communes desservies par les plaignantes situées dans la Communauté germanophone. Ce phénomène peut raisonnablement s'expliquer par le désir de capter un nombre de programmes en langue allemande beaucoup plus important que celui qu'offre l'abonnement à la télédistribution, dont SAT 1, chaîne dont la popularité n'est pas contestée et aussi par le nombre important de personnes de nationalité allemande venant s'établir dans les communes desservies par les plaignantes, qui est en augmentation croissante et qui dépasse dans toutes les communes concernées le nombre d'étrangers d'autres nationalités.

Il n'est pas possible d'évaluer l'ampleur qu'aurait le phénomène à l'avenir ni donc d'évaluer le manque à gagner que craignent de subir les plaignantes si l'impossibilité de distribuer SAT 1 devait se maintenir.

Cependant on peut raisonnablement penser qu'il est susceptible de prendre des proportions beaucoup plus importantes à l'avenir, d'une part par ce que le placement d'une antenne parabolique est relativement peu coûteux pour l'utilisateur, d'autre part parce que la retransmission de programmes sonores et audiovisuels par antenne parabolique n'est soumise à aucune redevance au profit des titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins.

On peut dès lors conclure que les plaignantes font à juste titre état d'un préjudice lié au maintien à l'avenir du refus d'autoriser la retransmission par câble du programme SAT 1, qui revêt de prime abord un caractère grave, dans la mesure où la perte d'abonnés est susceptible d'avoir un effet durable quant à leur position sur le marché de la retransmission des oeuvres audiovisuelles en Communauté Germanophone. Ce préjudice ne se limite pas aux seules pertes financières pour les plaignantes.

L'augmentation du nombre d'antennes paraboliques lorsqu'elle va de pair à un désabonnement à la distribution par câble, porte également préjudice aux auteurs - contrairement à la position du Service sur ce point, et donc porte préjudice aux organismes de gestion collective des droits d'auteurs tels que la SABAM et l'AGICOA, puisque la retransmission des programmes par antenne parabolique n'est soumise à aucune redevance au profit des titulaires de droits d'auteur ou de droits voisins. Dans cette hypothèse, le préjudice direct pour l'AGICOA et la SABAM s'élève à respectivement 35% et 22% du montant de la redevance par abonnement perdu eu égard aux mécanismes de ventilation de la rémunération globale forfaitaire.

Enfin, l'on peut considérer prima faire que l'attitude adoptée par l'AGICOA et la SABAM dans le cadre de l'examen de la demande d'ajout de la chaîne SAT 1 (et de la chaîne M 6) à la liste des 21 programmes licités, est plus inspirée par la volonté de faire obstacle à l'ajout de toute chaîne nouvelle à la liste des programmes déjà licités par le contrat câble tant qu'une modification des clauses relatives à la rémunération globale n'est pas acceptée par les câblodistributeurs, que par des considérations touchant la chaîne SAT 1 de telle sorte qu'il faut en déduire qu'elles font du contrat cable un contrat fermé, ce qui porte atteinte aussi à la concurrence entre les chaines de télévision qui en sont parties et les autres, de même qu'aux intérêts du consommateur qui souhaite bénéficier d'un choix de programmes le plus large possible.

Il convient partant d'arrêter des mesures provisoires avant l'intervention de la décision finale du Conseil afin d'éviter que la pratiques dénoncée se poursuive.

Quant aux mesures

Comme énoncé plus haut, les mesures provisoires doivent entrer dans le cadre de la décision susceptible d'être prise à titre définitif par le Conseil dans le cadre de la plainte déposée par les requérantes fondée sur l'abus de position dominante. (com. ordonnance du président de la Cour du 29 septembre 1982, Ford / Commission, précité, et arrêt de Tribunal du 12 juillet 1991, Peugeot / Commission, T-23/90, Rec. 1991 II p. 653). Pour la fixation des mesures appropriées, le président n'est d'autre part nullement lié par l'objet de la demande ou la proposition que formulerait le cas échéant le service de la concurrence.

Il y a lieu en l'espèce dans un premier temps d'ordonner à la SABAM et à l'AGICOA de formuler chacune en ce qui les concerne une nouvelle proposition énonçant les conditions dans lesquelles l'une et l'autre sont prêtes à marquer leur accord pour la retransmission des programmes de SAT 1 par le câble, soit dans le cadre d'un avenant au contrat global du 26 février 1993, soit dans le cadre d'un contrat séparé.

Il y a lieu également de leur ordonner de cesser toute pratique consistant à subordonner leur accord à des conditions qui n'ont aucun lien avec l'objet de l'autorisation demandée ou dans le cadre de la proposition d'ajout de la chaîne SAT 1 à la liste des programmes déjà licités par la convention du 26 février 1993, à des conditions discriminatoires par rapport à celles qui régissent la retransmission des programmes reprises dans cette liste.

PAR CES MOTIFS

Le président du Conseil,

Ordonnons à la SABAM d'énoncer les conditions dans lesquelles elle est en mesure de marquer son accord pour la retransmission des programme de SAT 1 dans le cadre d'un avenant au contrat global du 26 février 1993 et dans le cadre d'un contrat distinct de celui-ci et de nous communiquer ses propositions motivées et ce au plus tard le 14 avril 1995 sous peine d'une astreinte de 250.000 F par jour de retard.

Activiteitenverslag 235

Ordonnons à l'AGICOA d'énoncer les conditions dans lesquelles elle est en mesure de marquer son accord pour la retransmission des programme de SAT 1 dans le cadre d'un avenant au contrat global du 26 février 1993 et dans le cadre d'un contrat distinct de celui-ci et de nous communiquer ses propositions motivées et ce au plus tard le 14 avril 1995 sous peine d'une astreinte de 250.000 F par jour de retard.

Ordonnons à la SABAM et à l'AGICOA de cesser toute pratique consistant à subordonner cette autorisation à des conditions qui n'ont aucun lien avec l'objet de l'autorisation demandée, ou à subordonner l'ajout de la chaîne SAT 1 à la liste des programme licités par la convention du 26 février 1993 à des conditions discriminatoires par rapport à celles qui régissent la retransmission des programmes déjà repris dans cette liste, et ce sous peine d'une astreinte en cas de non respect de cette injonction au 14 avril 1995 de 250.000 Frs ppar jour pour chacune desentreprises.

Ainsi statué le 27 mars 1995, par Madame Christine SCHURMANS, président du Conseil de la concurrence.