

Décision n°2002-P/K-78 du 29 octobre 2002

Affaire PRA- 95/0017 - Union Belge des Annonceurs asbl contre TVB sa

Vu la lettre du 23 novembre 1995 adressée au Conseil de la concurrence et reçue au Service de la concurrence le 24 novembre 1995, par laquelle l'Union Belge des Annonceurs asbl a déposé une plainte à l'encontre de TVB sa.

Vu le rapport du corps des rapporteurs du 3 mai 2002.

Entendu à l'audience du 29 octobre 2002 :

- Mme Bouillet et Mme Fassin, représentant le corps des rapporteurs ;

Vu la lettre de convocation à l'audience envoyée aux plaignants en date du 2 octobre 2002 ;

Vu la réponse de l'Union Belge des Annonceurs du 17 octobre 2002 par laquelle elle fait savoir au Conseil de la concurrence que les plaignants ne seront ni présents ni représentés à l'audience.

1. Les parties

1.1. La plaignante

L'Union Belge des Annonceurs (ci-après UBA) est une asbl dont le siège social est établi à 1050 Bruxelles, avenue Louise 120/2 (anc. 1000 Bruxelles, rue des Colonies 18/24).

UBA représente 85% des annonceurs en Belgique. Elle a pour activité la défense des intérêts des entreprises membres qui ont recours à la publicité et a pour objectif d'étudier et de promouvoir les différents modes de publicité et de veiller à l'application du code des pratiques loyales en matière de publicité (élaboré le 8 juin 1948).

1.2. Les entreprises mises en cause

1.2.1. TVB sa (ci-après TVB)

TVB est une société anonyme créée le 25 août 1989, dont le siège d'exploitation était situé à 1160 Bruxelles rue Jules Cockx, 6.

Lors du dépôt de la plainte, TVB se composait de deux régies publicitaires: Régie Media Belge sa (RMB) et Information Publicité sa (IP). TVB constituait une filiale de commercialisation agissant pour le compte de ces deux régies et de Canal+ TVCF (à partir du 1er septembre 1990). Elle s'occupait de la gestion et de la commercialisation des espaces de publicité commerciale de la RTBF, de RTL-TVI et des sociétés de radiodiffusion s'adressant à l'ensemble du public de la communauté française.

TVB a été dissoute le 1er octobre 1996.

1.2.2. IP Belgium sa (ci-après IP)

IP (anciennement Informations et Publicité Benelux) est une société anonyme dont le siège social est établi rue Jules Cockx, 6 à 1160 Bruxelles. Elle est principalement la régie publicitaire de la société de radiodiffusion RTL-TVI.

1.2.3. Régie Media Belge sa (ci-après RMB)

RMB est une société anonyme dont le siège social est établi à 1140 Bruxelles, rue Colonel Bourg 133. Elle est une régie publicitaire active en télévision, en radio, en presse, au cinéma et on-line. RMB est notamment la régie publicitaire de la RTBF et de Canal+.

1.2.4. TVI sa (ci-après RTL-TVI)

RTL-TVI est une société anonyme dont le siège social est établi avenue Ariane 1 à 1200 Bruxelles. Elle a pour objet l'exploitation d'un service d'émissions télévisée et radiodiffusée destinée au public.

1.2.5. La Radio-télévision belge de la Communauté française (ci-après RTBF)

La RTBF est une entreprise publique autonome chargée du service public de radiodiffusion qui opère sur le territoire francophone de la Belgique. Son siège est établi boulevard Reyers 52 à 1040 Bruxelles.

Aujourd'hui, la RTBF édite trois chaînes de télévision - la Une et la Deux en hertzien, et six chaînes radios. Son budget annuel approche les neuf milliards de francs belges. Elle occupe quelque 2.400 personnes. La RTBF produit elle-même ou avec la collaboration de partenaires locaux environ la moitié des quelque 7.000 minutes d'antenne qu'elle diffuse chaque semaine en télévision. Elle produit la presque totalité de ses programmes de radio.

2. Les griefs

La plaignante estime que l'accord réalisé entre la RTBF et RTL-TVI qui a donné naissance à TVB viole l'article 85 § 1 du traité CE (article 81 CE) et doit donc être déclaré nul de plein droit en application de l'article 85 § 2 (article 81 § 2 CE) car l'indépendance de comportement des actionnaires de TVB a été sensiblement modifiée et la concurrence entre les régies a été réduite par "l'effet du groupe".

De plus, la situation duopolistique des régies RMB et IP aggrave la restriction de concurrence et ce, autant entre elles qu'entre chaînes elles-mêmes .

Selon la plaignante, la concertation entre les régies IP et RMB en vue de proposer aux annonceurs des espaces publicitaires suivant le système des rômes, imposant par ce biais la diffusion simultanée sur la RTBF et RTL-TVI, constitue une pratique concertée qui élimine la concurrence.

La plaignante est d'avis que cette pratique, justifiée notamment par la volonté des parties à l'accord TVB de créer une solidarité entre les chaînes, est contraire à l'article 2 de la loi.

Pour UBA, TVB disposant de l'ensemble de l'offre d'espaces publicitaires susceptible d'être proposée par les chaînes de la Communauté française se trouve en position de monopole. Or TVB, grâce à son exclusivité de commercialisation des espaces publicitaires disponibles sur les chaînes, dispose d'un pouvoir absolu dans la fixation des prix qui, selon la plaignante, ne sont pas déterminés par des conditions normales de marché.

UBA estime que TVB abuse de sa position dominante et viole l'article 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique.

La plaignante insiste sur le fait que l'Exécutif de la Communauté Française de Belgique a violé l'article 90 § 1 et 2 du Traité de Rome en accordant à TVB l'exclusivité de la commercialisation des espaces publicitaires disponibles sur les chaînes de la RTBF et RTL-TVI .

UBA souligne que, en vertu de l'application combinée des articles 3g, 5, 85 et 86 du traité CE, les Etats membres sont tenus de s'abstenir d'adopter des mesures réglementaires portant atteinte à l'effet utile des règles européennes de concurrence.

Selon UBA, l'accord portant sur la création d'une filiale commune de vente et la répartition des recettes publicitaires sur base de prix fixés en commun est restrictif de concurrence. Cet accord a été conclu en présence de l'Exécutif de la Communauté française, qui lui a donné force réglementaire.

Pour retenir une violation des règles du Traité en matière d'interdiction des ententes restrictives de concurrence et d'abus de position dominante par un Etat membre, il faut démontrer l'existence de comportements anticoncurrentiels dans le chef des entreprises concernées et le lien entre ces comportements et la mesure étatique en question. Selon UBA, les conditions en l'espèce sont réunies pour retenir une violation des dites règles par la Belgique.

3. Les faits

3.1. L'accord TVB

3.1.1. Le contexte législatif

Le 6/02/87, la loi relative aux réseaux de radiodiffusion et de télédistribution et à la publicité commerciale à la radio et à la télévision autorise les sociétés privées et publiques, par Communauté, à insérer de la publicité dans leurs programmes de télévision.

Le 19/06/87, RTL-TVI reçoit par arrêté royal le monopole de la diffusion de la publicité commerciale dans ses programmes de télévision.

Le 4/07/89, un décret autorise la diffusion de la publicité commerciale pour les chaînes de la Communauté française titulaires d'une autorisation de l'Exécutif.

3.1.2. La négociation de l'accord

Le 20/03/89, la RTBF et RTL-TVI concluent un projet de protocole d'accord visant le maintien du pluralisme audiovisuel en Communauté française dont l'objet principal est:

"...d'établir le principe d'une solidarisation des recettes de publicité commerciale récoltées sur l'ensemble de leurs chaînes débouchant sur la mise en œuvre d'un système de plancher financier procurant à tous deux les moyens indispensables à leur survie".

Les deux chaînes de télévision s'adressant à l'ensemble du public de la Communauté française, la RTBF et RTL-TVI se réunissent et mettent au point un accord visant à se répartir les recettes publicitaires selon la clef de répartition suivante: 75% pour RTL-TVI et 25% pour la RTBF.

Le dessein de création d'une filiale commune de commercialisation naît à cette même époque.

En effet, l'article 5.2 du protocole prévoit que : "... IP et RMB procèdent à la création d'une société commune de vente constituée à 50/50, chargée de l'exclusivité de la commercialisation en Belgique des espaces de publicité commerciale TV ouverts sur RTL-TVI et la RTBF".

Le 25/08/89, la constitution de TVB intervient en exécution du protocole d'accord du 20/03/89. Elle est postérieurement confirmée par l'adoption des arrêtés de l'Exécutif de la Communauté française de Belgique du 31/08/89.

Le mécanisme de répartition des recettes publicitaires fonctionne notamment au travers de concertations sur la fixation des prix des espaces publicitaires entre les deux régies et TVB.

3.2. La fixation des prix des espaces publicitaires par TVB

TVB gère un planning hebdomadaire de +/- 575 écrans publicitaires répartis à concurrence de quelques 263 écrans disponibles sur RTL-TVI, 113 écrans pour Club RTL, 106 écrans pour la RTBF, 47 écrans pour Télé 21 et 46 écrans pour Canal+ TVCF.

La sélection et la vente de ces espaces s'effectuent écran par écran et chaîne par chaîne.

Comme convenu dans le protocole d'accord, les annonceurs ont le choix entre le système du RATING (tarifs découplés) ou le système de NOMES.

3.2.1. Le système du RATING

Ce système permet d'acheter n'importe quel écran publicitaire sur n'importe quelle chaîne en orientant l'achat dans n'importe quelle direction (tout RTL-TVI, tout RTBF ou un choix de deux trois ou quatre chaînes).

Le principe de cette vente consiste à facturer au client un prix correspondant à l'audience exactement obtenue par la diffusion de son message.

Le tarif publié par TVB fixe un prix par pourcentage de population touchée. La fixation du prix des écrans individuels en fonction de l'audience obtenue est imposée par l'article 2 de l'arrêté royal de l'Exécutif du 31/08/89.

Au lendemain de la diffusion de l'écran acheté, TVB détermine le coût du spot en multipliant le tarif par le résultat d'audience effectivement contacté.

Ce coût est facturé à l'annonceur qui paie ainsi le prix correspondant à l'audience obtenue.

3.2.2. Le système de NOMES

Ce système permet de sélectionner n'importe quel écran publicitaire de n'importe quelle chaîne. Il propose plus particulièrement l'achat de combinaisons d'écrans à diffuser par au moins deux chaînes différentes.

Ces combinaisons comportent trois écrans publicitaires dont deux proviennent de TVI et le dernier, de la RTBF et/ou de Canal+.

Le tarif applicable à cette formule propose des prix fixes pour chaque nôme pour des périodes plus ou moins longues (1 mois environ). Il existe en principe douze tarifs par an. Toutefois en raison de promotions tarifaires proposées pendant certains mois, le nombre de tarifs peut être plus élevé (en 1996, 25 tarifs ont été proposés).

Quelle que soit l'audience obtenue, le prix facturé ne varie pas. Compte tenu de l'équilibrage (2 pour 1) suivi par les acheteurs lorsqu'ils choisissent le système de NOMES et du caractère difficilement prévisible des audiences, le tarif pratiqué dans cette technique à risque se révèle moins onéreux que l'achat au RATING.

4. Recevabilité de la plainte

4.1. La notion d'intérêt

En application de l'article 23 §1er , c de la loi, l'instruction des affaires par le Corps des rapporteurs se fait sur plainte d'une personne physique ou morale démontrant un intérêt direct et actuel dans le cas d'une infraction à l'article 2§1er (entente), à l'article 3 (abus de position dominante).

A cet égard, il y a lieu d'interpréter la notion d'intérêt direct et actuel au regard de l'article 18 du code judiciaire . Au sens de l'article 18 du Code judiciaire, l'intérêt né et actuel consiste "en tout avantage matériel ou moral effectif et non théorique que le demandeur peut retirer de la demande qu'il intente au moment où il la forme" . La notion d'intérêt né et actuel rejoint celle de l'intérêt requis pour saisir la Commission de l'Union européenne.

En effet, comme le précise l'article 3 §2b du règlement CEE n° 17, "les personnes physiques et morales qui font valoir un intérêt légitime" peuvent saisir la Commission lors d'une infraction aux articles 85 et 86 du traité de Rome, dispositions qui ont directement inspiré la rédaction des articles de loi 2 et 3 de la LPCE du 5 août 1991.

Tout tiers qui peut prouver que le comportement anticoncurrentiel incriminé lui porte préjudice, même potentiellement, est considéré comme ayant un intérêt légitime à la cessation du comportement litigieux .

La plaignante justifie-t-elle de l'intérêt requis par la loi?

D'après UBA, les prix pratiqués en Communauté française de Belgique par TVB sont artificiellement élevés et se situent parmi les plus hauts d'Europe, sans aucune justification objective.

UBA justifie donc de l'intérêt requis par la loi dans la mesure où ayant pour activité principale de défendre les intérêts de ses membres, la plainte introduite par elle vise à permettre à ses membre d'acheter des espaces publicitaires disponibles sur la chaîne de leur choix sans devoir passer par une société de vente en commun, à un prix concurrentiel déterminé par des conditions normales de marché.

4.2. La notion d'entreprise

En vertu de l'article 1er a, de la loi, celle-ci s'applique aux entreprises, c'est-à-dire à "toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique".

TVB, IP, RMB, RTL-TVI et RTBF sont des entreprises au sens de l'article 1er précité.

4.3. Conclusion

Au moment du dépôt de la plainte, celle-ci était recevable.

5. Évènements intervenus depuis le dépôt de la plainte

5.1. La demande de mesures provisoires introduite par UBA

Le 14 juin 1996, UBA a introduit auprès du Conseil de la concurrence une demande de mesures provisoires.

UBA reprochait aux régies publicitaires et chaînes de télévision de la Communauté française de négocier activement sous l'égide de la Communauté française, les conséquences du démantèlement du

mécanisme TVB et son remplacement éventuel par d'autres mécanismes de répartition des recettes publicitaires. UBA craignait que l'Exécutif de la Communauté française soit amené à adopter dans les jours qui suivaient un arrêté abrogeant le système existant et, donnerait force réglementaire aux nouveaux accords qui se négociaient et qui auraient pour objet ou pour effet de permettre la fixation des prix des espaces publicitaires à un niveau artificiellement élevé.

Le 19 juillet 1996, la Présidente du Conseil de la concurrence rendait sa décision dans laquelle elle déclarait la demande de mesures provisoires non fondée car les conditions n'étaient pas toutes réunies en l'espèce, et notamment que l'existence d'un accord entre les chaînes concernées ou d'une proposition commune visant l'abrogation ou la modification du dispositif TVB n'apparaissait pas *prima facie* dans les pièces produites.

5.2. La disparition de TVB

En juin 1996, la RTBF, RTL et leurs régies décident de mettre fin au dispositif TVB par lequel les chaînes vendaient ensemble depuis 7 ans leurs espaces publicitaires et se partageaient les recettes.

Le 25 juillet 1996, le gouvernement de la Communauté française décida d'abroger les arrêtés d'application du décret qui confiaient à TVB l'exclusivité de cette commercialisation et qui organisait pratiquement le partage des recettes.

D'autre part, le gouvernement conclut un accord avec chaque chaîne fixant certaines conditions (ex: pour la RTBF, fixation notamment d'un plafond pour la diffusion de publicité à 6 minutes par heure et pour RTL-TV*i* accord qui lui assure le renouvellement de sa convention d'autorisation qui expirait fin 1996 à charge pour elle de maintenir ses engagements financiers dans l'audiovisuel, à un niveau indexé).

Dès lors, les deux régies publicitaires, IP et RMB reprirent leur liberté et TVB fut liquidée. L'abrogation de TVB n'a été effective que le 1er octobre 1996, afin de ne pas déstabiliser outre mesure la rentrée publicitaire et les contrats conclus.

Ainsi depuis le 1er octobre 1996, la libre concurrence publicitaire à la télévision s'est ouverte. Une libéralisation qui n'est cependant pas absolue puisque le gouvernement de la Communauté française et la RTBF ont signé un protocole d'accord (re)fixant certaines conditions imposées, comme sous l'ère TVB, à la télévision de service public (interdiction pour la RTBF de couper ses émissions, JT ou films par des écrans publicitaires, interdiction de dépasser une durée moyenne de 8 minutes de publicité par heure de transmission, ...).

Les deux régies ont retrouvé une liberté de tarification, laquelle ne se traduit pas par une augmentation des prix mais par une volonté d'assainissement de tarifs et de primes et autres avantages.

Dorénavant, les télévisions commercialisent directement leurs espaces publicitaires sans passer par une structure commune.

6. DELAI

L'article 48, §2 de la loi prévoit que le délai de prescription en ce qui concerne la procédure est de cinq ans à partir de la décision de procéder à une instruction d'office ou de la date de la saisine conformément à l'article 23, §1er.

Le dernier acte d'instruction fait par le Service est daté du 19 juillet 1996, et aucun autre acte d'instruction ou de décision n'a été fait dans les cinq ans qui ont suivi cette date. En conséquence, le délai de prescription visé à l'article 48, §2 de la loi est atteint .

Par ces motifs

Le Conseil de la concurrence

- Constate l'expiration du délai d'instruction tel que visé à l'article 48, § 2, de la loi et, en conséquence, classe la plainte en cause.

Ainsi décidé le 29 octobre 2002 par la chambre du Conseil de la concurrence composée de Madame Marie-Claude Grégoire, président de chambre, de Monsieur Jacques Schaar, de Monsieur Eric Balate, et de Madame Dominique Smeets, membres.