

Décision 95-VMP-2 du Président du Conseil de la concurrence en date du 4 septembre 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

I La procédure

II Les faits à l'origine de la demande de mesures provisoires (Rappel)

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'approbation 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

III Les nouvelles propositions de transaction

1. Les propositions relatives au contrat global du 26 février 1993
 - Première proposition formulée par la SABAM
 - Seconde proposition formulée par la SABAM
 - Proposition unique formulée par l'AGICOA
2. Les propositions dans le cadre d'un contrat distinct du contrat global du 26 février 1993
 - Proposition formulée par la SABAM
 - Proposition formulée par l'AGICOA

IV Position du Service de la concurrence

V Objet de la demande

VI Analyse des propositions nouvelles

1. Les conditions relatives à la clause de pondération
2. La motivation relative à la valeur économique du choix
3. La motivation relative aux frais de gestion
4. Les conditions relatives au nombre d'abonnés
5. L'incompatibilité des propositions entre elles
6. Les conditions relatives à la responsabilité pécuniaire des organismes de distribution.

VII Sur le caractère équitable des nouvelles conditions de l'autorisation de retransmission de programme SAT 1

VIII Sur l'existence d'un préjudice grave, imminent et irréparable

IX Sur la violation de l'article 3 de la loi du 5 août 1991

X Quant à la mesure demandée

I 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;

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 M^{es} A. Braun, F. Herbert et E. Cornu;
- la SABAM, représentée par Mme. J. VAN MOER, Mr. J. FOLON et assistée de M^e M. Flamée;
- l'AGICOA, représentée par Mrs. R. EGLI, L. CATTANEO et assistée de M^e P. Demoulin.

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

Par décision du 27 mars 1995, nous avons ordonné à la SABAM d'une part, à l'AGICOA d'autre part:

- d'énoncer les conditions dans lesquelles elles seraient en mesure de marquer leur accord pour la retransmission des programmes 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 leurs propositions motivées et ce au plus tard le 14 avril 1995 sous peine d'une astreinte de 250.000.-F par jour de retard;
- 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 de subordonner l'ajout de la chaîne SAT 1 à la liste des programmes 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.-F par jour pour chacune des entreprises.

Par télécopie du 13 avril 1995, l'AGICOA nous a communiqué ses nouvelles propositions.

Par lettre du 14 avril 1995 reçue le même jour, la SABAM nous a fait part de ses nouvelles propositions.

En date du 5 mai 1995 ces propositions furent transmises au Service de la concurrence qui nous a transmis, à notre demande, un rapport complémentaire le 7 juin 1995.

Des observations écrites ont été déposées pour:

- les plaignantes le 28 avril 1995 et le 22 août 1995
- la SABAM le 21 août 1995.

Le rapporteur du Service de la concurrence, Monsieur G. Marlière, les parties et la RTD ont été entendus en leurs moyens à l'audience du 22 août 1995.

Nous avons adressé une demande de renseignements complémentaires à la SABAM le 31 août et à la même date à la RTD. Les réponses nous ont été fournies le 1^{er} septembre. A notre demande, la RTD fut invitée à évaluer l'augmentation de la durée de diffusion des chaînes licitées par le contrat global (télécopie RTD du 4 septembre 1995).

II Rappel des faits à l'origine de la demande d'autorisation de distribuer SAT 1

Les faits ont été exposés dans la décision du 27 mars 1995. Nous les reprenons dans la présente décision, en les complétant par certaines données chiffrées relatives à l'année 1995

1. Les faits à l'origine de la demande d'autorisation de distribuer SAT 1

Intermosane et Interest assurent la distribution par câble des programmes sonores et audiovisuels dans plusieurs communes dont neuf dépendent de la communauté germanophone du pays:

- Anel, Bullingen, Burg-Reuland, Bütgenbach et Sankt Vith, affiliées à Interest;
- Eupen, Kelmis, Loutzen et Raeren, affiliées à INTERMOSANE.

Dans les communes desservies par Interest, le nombre d'abonnements à la télédistribution a baissé en 1994 de 207 unités, ce qui représente une baisse de 3,1%. Dans les communes desservies par Inter-mosane le nombre d'abonnements à la télédistribution a baissé en 1994 de 311 unités, ce qui représente une baisse de 3,3%.

Dans les communes de la Communauté française desservies par Intermosane et Interest, le nombre d'abonnements à la télédistribution a par contre augmenté en 1994 de 748 unités, soit de 1,3% ce qui correspond à la hausse moyenne du nombre d'abonnements en Belgique.

La cause du désabonnement en Communauté germanophone réside, selon les plaignantes, dans le fait que bon nombre d'habitants préfèrent le placement d'une antenne parabolique laquelle leur permet de capter la chaîne allemande SAT 1 émise par satellite.

Le nombre exact d'antennes paraboliques placées dans les communes desservies par Interest et Intermosane n'a pu être établi. Toutefois, il est certain que leur nombre augmente de façon croissante dans les communes où le placement d'une telle antenne est soumis à une procédure administrative. Ainsi dans la commune d'Eupen, leur nombre est passé de 18 en 1991 à 632 en 1994, et dans la commune de Raeren, leur nombre est passé durant la même période de 23 à 548.

Dans le but d'éviter des nouvelles pertes financières résultant pour elles de ce phénomène de désabonnement et qui ont été estimées sur une année, à 778.941 F pour Interest (perte de 207 abonnés) et à 1.083.835 F pour Intermosane (perte de 311 abonnés), sans compter celles qui résultent d'une absence de croissance du nombre d'abonnements, les plaignantes ont manifesté - pour la première fois en février 1994 - le désir d'introduire SAT 1 sur le câble dans les communes concernées et d'entamer des négociations pour obtenir les autorisations nécessaires.

Il faut noter que la communauté germanophone, dans laquelle les programmes de SAT 1 sont destinés à être diffusés compte 68.471 habitants, ce qui représente une capacité maximale de 20.000 abonnements par an à la télédistribution.

2. Le contrat global du 26 février 1993

La demande adressée en février 1994 à RTD visait à inclure le programme SAT 1 dans la liste des programmes parmi lesquels les organismes de distribution par câble peuvent opérer un choix par application du contrat global du 26 février 1993, qui remplace le contrat global du 29 septembre 1983.

Ce contrat unit d'une part l'Union professionnelle de la Radio et de la Télédistribution (RTD), agissant au nom et pour le compte des organismes de distribution par câble, dont Interest et Intermosane, d'autre

part les "titulaires de droits" c'est-à-dire différentes chaînes européennes de télévision, ainsi que la SABAM, l'AGICOA et BELFITEL.

Ce contrat global confère aux organismes de distribution par câble qui y adhèrent le droit de diffuser simultanément à leurs abonnés 16 programmes de leur choix dans un éventail de 21 programmes des chaînes de télévision reprises au contrat. Ce nombre est porté à 17 programmes pour les stations d'antennes desservant deux communautés, comme Interest et Interrosane.

En contrepartie de cette autorisation, une rémunération globale et forfaitaire a été fixée, s'élevant par abonné:

- pour l'année 1992 à 439 F.
- pour l'année 1993 à 473 F.
- pour l'année 1994 à 509 F.
- pour l'année 1995 à 539 F.

Cette rémunération est payée par RTD à l'ensemble des titulaires de droits, au nom et pour compte des organismes qu'elle représente et répartie entre les titulaires de droits selon la clef suivante:

- | | |
|------------------------------|------|
| - les chaînes de télévision: | 43% |
| - la SABAM: | 22% |
| - l'AGICOA: | 35%. |

Une baisse du nombre d'abonnements est donc de nature à porter préjudice à l'ensemble des "titulaires de droits".

3. Les discussions relatives à l'application de la clause de pondération.

Le contrat-câble contient 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 1^{er} février 1994, réduire le nombre de programmes distribués de manière à ne pas dépasser ces 15%".

En 1994, la moyenne pondérée de la redevance des abonnements ¹ s'élevait à 3.212,33 F, et 15% de ce montant à 482 F, soit une différence de 27 F par rapport au prix pour la distribution de 16 (17) programmes pour cette même année qui fut fixé à 509 F.

Un accord est alors intervenu entre les parties au contrat câble selon lequel les câblodistributeurs eurent la possibilité de limiter à 15 - ou en ce qui concerne les stations desservant deux communautés à 16 - le nombre de programmes choisis dans la corbeille, moyennant paiement de 477 F au lieu de 509 F. Le prix du programme retiré fut donc fixé de commun accord à 32 F par abonné, ce qui correspond au montant de la redevance par abonné (509 F) divisé par le nombre de programmes distribués (16), et les câblodistributeurs se virent donc accorder le droit de payer un montant inférieur à 15% de la moyenne pondérée.

Quant à l'année 1995, un désaccord a surgi entre les "titulaires de droits" et les câblodistributeurs sur l'application de la dite clause de pondération.

La moyenne pondérée des abonnements au 30 septembre 1994 étant égale à 3.278,26 F ², la différence entre le prix par abonné fixé pour l'année 1995 (539 F) et 15% de cette moyenne (492 F) s'élève à 47 F.

¹ Le total des recettes des abonnements à la retransmission par câble des programmes licités par la convention divisé par le nombre d'abonnements.

² Montant total de la rémunération globale: 1.715.516.496 F hors TVA pour 1994, ce montant correspondant à la distribution suivant les cas, de 15, 16 ou 17 programmes choisis dans la liste reprise au contrat. (lettre de RTD du 14 octobre 1994 à Electrabel)

Selon l'analyse de la RTD, les câblodistributeurs auraient dès lors le choix entre les options suivantes: (lettres de la RTD du 3 novembre 1994 et 12 décembre 1994):

- payer 539 F pour 16 (17) programmes, le prix pour tout programme supplémentaire choisi dans la corbeille devant être fixé à 34 F;
- payer 505 F pour 15 (16) programmes;
- payer 471 F pour 14 (15) programmes;

Par contre, selon les titulaires de droit, le contrat ne permettrait pas aux organismes de télédistribution de réduire à 14 (15) programmes le nombre de programmes choisis dans la corbeille, le montant de 471 F proposé étant inférieur à 15% de la moyenne pondérée, minimum que les titulaires de droit estiment pouvoir exiger. (P.V. de la réunion de la Commission mixte du 25 novembre 1994).

Toujours selon les titulaires de droit, la valeur d'un programme ne correspondrait nullement au montant forfaitaire par abonné (539 F) divisé par le nombre de programmes (16);

Il ne nous appartient pas de trancher cette controverse relative à la portée de la clause de pondération.

Il convient néanmoins de rappeler l'enjeu de cette controverse dans la mesure où elle continue à avoir une incidence dans l'appréciation du caractère équitable des nouvelles propositions formulées par la SABAM et par l'AGICOA, ce que nous constaterons plus loin.

En ce qui concerne l'année 1995, et selon les données fournies par la SABAM (tableau annexé à la lettre du 14 avril 1995), les choix opérés par les câblodistributeurs peuvent être répartis comme suit suivant le nombre d'abonnés:

Choix opérés:	nombre d'abonnés:
13 programmes ou moins	236.055
14 programmes	228.861
15 (16) programmes	2 047.784
16 (17) programmes	<u>1 081.604</u>
	3 594.304

Dans la mesure où la controverse sur l'application de la clause de pondération ne concerne que le droit revendiqué par les câblodistributeurs de payer un montant inférieur à 15% de la moyenne pondérée, elle porte pour 1995 sur le montant suivant:

$$464.916 \text{ abonnés} \times (492 \text{ F} - 471 \text{ F}) = 9.763.236 \text{ F.}$$

Dans la mesure où elle concerne aussi la possibilité de réduire le nombre de programmes distribués à 14 ou moins, elle porte pour 1995 sur le montant suivant:

$$464.916 \text{ abonnés} \times (505 \text{ F} - 471 \text{ F}) = 15.807.144 \text{ F.}$$

4. La position de la SABAM et de l'AGICOA sur la nécessité de supprimer la clause de pondération.

Les titulaires de droits, représentés au cours des négociations sur l'ajout de SAT 1 à la liste des programmes parmi lesquels les organismes de télédistribution peuvent opérer un choix, souhaitent la suppression de la clause contenue à l'article 7a in fine du contrat global.

Pour justifier la suppression du droit accordé aux membres de la RTD de réduire le nombre de programmes choisis dans la liste des 21 programmes de manière à ne pas payer plus que 15% de la moyenne pondérée des abonnements, la SABAM et l'AGICOA ont fait valoir au cours de l'instruction de la présente affaire en substance les arguments suivants:

- cette clause a pour effet que la rémunération des titulaires de droits dépend de données non contrôlées par les titulaires de droits telle que la politique des prix des câblodistributeurs, lesquels n'ont pas appliqué de hausse de prix à leurs abonnés;

- la diminution du nombre de programmes retransmis afin de rester aux 15% de redevance par rapport à la moyenne pondérée des abonnements, n'a pas de corrélation nécessaire et juste avec le manque à gagner qui en résulte pour les titulaires de droits;
- le prix d'un programme parmi les 21 programmes licités par le contrat n'a jamais été fixé et ne peut être obtenu, comme le font les câblodistributeurs, en divisant le montant de la redevance par abonné par le nombre de programmes licités ou distribués;
- les prestations de l'AGICOA et de la SABAM n'ont cessé d'augmenter en raison de l'augmentation de la durée de radiodiffusion de chaque programme et donc du nombre d'oeuvres à rémunérer, de l'adoption d'une formule souple de choix au niveau des communautés, ensuite des réseaux, et du risque croissant de collision de clauses d'exclusivité entre deux ou plusieurs radiodiffuseurs;
- le coût de production des oeuvres à rémunérer a aussi augmenté.

Selon la SABAM et l'AGICOA, il y a lieu de constater que la distribution d'un maximum de programmes qui présidait à la conclusion du contrat-câble n'est plus la priorité de la RTD, sa politique étant manifestement devenue de payer le moins possible, et partant que l'esprit du contrat-câble n'est plus respecté.

Il ressort clairement de ces considérations que la SABAM et l'AGICOA s'estiment lésées par la manière dont les parties au contrat-câble ont fixé en 1993 les modalités de calcul de la redevance globale annuelle et le minimum garanti.

Compte tenu des choix opérés par les câblodistributeurs pour l'année 1995, l'abrogation de la clause de pondération aurait entraîné une augmentation du montant de la redevance globale de l'ordre de 170.863.600 F par rapport au montant que les câblodistributeurs estiment devoir payer, et de l'ordre de 118.096.900 F par rapport au montant que les ayants droit estiment pouvoir réclamer, l'augmentation étant calculée comme suit:

$$2.512.700 \text{ abonnés} \times (539 \text{ F} - 471 \text{ F}) = 170.863.600 \text{ F}$$

ou

$$2.512.700 \text{ abonnés} \times (539 \text{ F} - 492 \text{ F}) = 118.096.900 \text{ F}$$

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.

La demande adressée en février 1994 à la RTD visant à inclure le programme SAT 1 dans la corbeille des programmes parmi lesquels les organismes de télédistribution peuvent faire un choix, a été formulée en application de l'avenant n° 3 du contrat global.

Il y est expressément prévu qu'en cours d'exécution du contrat, les demandes des télédiffuseurs sur la substitution ou l'ajout d'un programme à cette liste seront examinées par la Commission paritaire mixte visée à l'article 11 du contrat, laquelle doit formuler une proposition au plus tard dans les trois mois de la saisine.

La Commission mixte s'est réunie à plusieurs reprises au cours des seize derniers mois pour examiner la demande d'ajout de la chaîne SAT 1, ainsi qu'une autre demande relative à la chaîne M6.

Les plaignantes y étaient représentées par la RTD qui n'a cependant pas les pouvoirs de les engager.

Les différentes catégories de "titulaires de droits" y étaient également représentées, mais il ressort des procès-verbaux des réunions que les télédiffuseurs n'ont pas pris une part active aux discussions, ni défendu un point de vue autonome.

Dans un premier temps, la RTD jugea inacceptable que l'ajout d'un programme à la liste des 21 programmes parmi lesquels ses membres effectuent un choix donne lieu au paiement d'une rémunération supplémentaire par programme ou forfaitaire suivant le nombre d'abonnés désirant capter le programme ajouté (PV de la réunion du 30 mars 1994). Par la suite, la RTD admit le principe d'une rémunération

supplémentaire en cas d'élargissement du choix et fit part de l'accord des organismes de télédistribution dans la Communauté germanophone de payer 32 F par abonné par an pour SAT 1, proposition qui fut rejetée. (PV de la réunion du 6 septembre 1994);

Les "titulaires de droits" énoncèrent quant à eux des conditions qui furent toutes rejetées par la RTD.

La première proposition était la suivante:

l'autorisation serait accordée aux câblodistributeurs de distribuer SAT 1 (et M6) en sus des programmes choisis dans la liste établie au contrat, moyennant une rémunération supplémentaire par abonné de 34 F pour 1994 et 36 F pour 1995, avec un minimum de 200.000 abonnés. (PV de la réunion du 26 mai 1994). Le montant minimum garanti se chiffrerait donc à 6.800.000 F pour 1994 et à 7.200.000 F pour 1995 par programme ajouté.

Compte tenu du fait que le nombre d'abonnés dans la communauté germanophone s'élève à 20.000, et du fait qu'il fut avancé au cours des réunions que seuls les organismes de télédistribution actifs en Communauté germanophone étaient susceptibles de vouloir distribuer SAT 1, cette proposition revient à réclamer pour la seule autorisation de distribuer ce programme, un montant de 340 F en 1994 et 360 F en 1995 par abonné réel.

Il faut noter que la condition relative à la base minimale de 200.000 abonnés ne concernait pas M6, le nombre d'abonnés susceptibles de vouloir capter M6 ayant été évalué à 600.000 abonnés.

Au cours de la réunion de la Commission mixte du 25 novembre 1994, M. FOLON, président de la SABAM, fit part au nom des ayants droit d'une deuxième proposition:

Ceux-ci proposèrent pour l'année 1995 un montant de:

- 539 F pour 16 (17) programmes

- 573 F pour 17 (18) programmes

en incluant M6 et SAT 1 dans la liste des programmes qui s'élèverait à 23 au lieu de 21 programmes.

Le prix minimum serait de 539 F, ce qui implique la suppression dans la clause 7a de la possibilité de ne payer que 15% de la moyenne pondérée.

Cette proposition aurait donc pour effet de supprimer le risque de manque à gagner pour les "titulaires de droits" qu'entraîne la mise en oeuvre de la dite clause par les câblodistributeurs, et qui a été décrit plus haut. Elle fut rejetée.

Lors de la réunion de la Commission mixte du 16 février 1995, Monsieur de Wergifosse (RTD) aurait suggéré la solution suivante:

"paiement par les câblodistributeurs concernés par SAT 1 et M6 de la différence entre le montant de 471 F et 15% de la moyenne pondérée des prix d'abonnement en 94, soit 492 F, si les ayants droit autorisent les câblodistributeurs de transmettre SAT 1 et M6 contre paiement de 34 Frs par programme (...) étant entendu que les câblodistributeurs qui transmettraient SAT 1 et M6 paieraient tous 505 F minimum et qu'il n'y aurait pas de substitution".

Cette proposition ne fut pas maintenue par la RTD qui confirmait par lettre du 3 mars 1995 les propositions qu'elle avait défendues au cours des négociations, à savoir: l'octroi de l'autorisation de distribuer SAT 1 contre paiement d'un montant en 1995 de 34 F par an et par abonné recevant le programme, sans substitution pour 1995 par rapport à un programme choisi dans la liste des 21 programmes.

6. La possibilité de conclure un contrat séparé.

Le contrat global du 26 février 1993 ne fait pas obstacle à la conclusion de contrats séparés entre un organisme de télédistribution, une chaîne de télévision et les sociétés de gestion, à savoir la SABAM et l'AGICOA et cette manière de procéder est d'ailleurs largement pratiquée.

Cette solution fut envisagée concernant la distribution du programme SAT 1 en Communauté germanophone, au cours des réunions de la Commission mixte visée par le contrat-câble (PV des réunions du 6 septembre 1994, et 12 décembre 1994) et fit l'objet de la proposition suivante de la part de la RTD:

"conclusion d'un accord avec SABAM, SAT 1 et AGICOA, dont les termes seraient identiques à ceux du contrat global existant, le montant annuel à payer par abonné étant pour 1995 le résultat de la division de 539 par 16, soit en arrondissant, 34 F par abonné". (lettre de RTD à la SABAM du 12 septembre 1994 et PV de la réunion de la Commission mixte du 16 février 1995).

Cependant, les négociations entre les parties concernées par la conclusion d'un éventuel contrat séparé n'ont pas encore été entamées.

7. La position des radiodiffuseurs.

L'accession de SAT 1 au contrat-câble devant faire l'objet d'un accord interne entre les chaînes quant à la fixation de la partie des droits qui reviendraient alors à SAT 1, les radiodiffuseurs parties au contrat-câble ont tous été interrogés au cours de l'instruction de la présente affaire.

Ceux qui ont répondu à la demande d'information estiment que l'accession de SAT 1 au contrat-câble ne serait pas de nature à leur porter préjudice dans l'hypothèse où ce programme devrait être choisi hors liste, c'est-à-dire sans substitution possible avec un programme déjà repris dans le contrat, et à condition qu'un prix de retransmission adapté en fonction du nouvel avantage consenti soit fixé. Ce prix juste n'a pas été évalué par les radiodiffuseurs

L'un d'entre eux déclare ne voir aucun obstacle à l'ajout de SAT 1 dans la liste, même si un risque de substitution, et donc de baisse de revenus pour lui devait exister.

Enfin, un radiodiffuseur a précisé qu'au cours des négociations, les radiodiffuseurs n'avaient nullement posé comme condition à la retransmission de SAT 1 un seuil minimum de 200.000 abonnés.

Par ailleurs, tous estiment ne pas être concernés par des négociations en vue de la conclusion éventuelle d'un contrat distinct du contrat-câble portant sur les conditions de retransmission de SAT 1 par Interest et Intermosane dans leur zone d'activité.

8. La position de SAT 1.

SAT 1 de son côté n'a pas adressé elle-même de demande visant à son adhésion au contrat-câble, ou à la conclusion d'un contrat séparé pour la retransmission de son programme dans les communes desservies par les plaignantes.

En outre, à aucun moment au cours des négociations, il ne fut question de la position éventuelle de SAT 1, - ni d'ailleurs de M6 - sauf au cours de la réunion du 16 février 1995, c'est-à-dire bien après notre saisine.

Il ressort pourtant des contacts que les représentants de SAT 1 ont eu avec les membres de l'Exécutif de la Communauté germanophone et de la réponse qu'ils ont fournie au Service de la concurrence par lettre du 10 février 1995 que SAT 1 est au courant des négociations, qu'elle déclare accueillir favorablement cette initiative et désire collaborer à la recherche d'une solution visant de préférence son adhésion au contrat-câble.

III Les nouvelles propositions de transaction.

1. LES PROPOSITIONS RELATIVES AU CONTRAT GLOBAL DU 26 FÉVRIER 1993.

Première proposition formulée par la SABAM

La SABAM accepte d'inclure SAT 1 dans la liste des programmes licités dont le nombre serait dès lors porté à 22 moyennant paiement de:

463 F pour 13 (14) programmes parmi 22
497 F pour 14 (15) programmes parmi 22
531 F pour 15 (16) programmes parmi 22
565 F pour 16 (17) programmes parmi 22
34 F pour tout programme supplémentaire

Sur base du montant contractuellement convenu entre les parties à la convention, soit 539 F pour la distribution de 16 (17) programmes parmi 21 pour l'année 1995, la SABAM estime que le coût d'un programme distribué peut être évalué à 34 F (soit 539 F divisé par 16) et la valeur du choix évaluée à 26 F (soit 539 F divisé par 21).

Suivant cette approche, le montant dû par les câblodistributeurs devrait donc être majoré de 26 F quel que soit le nombre de programmes qu'ils choisissent de distribuer.

Seconde proposition formulée par la SABAM

Selon la seconde proposition, la SABAM accepte d'ajouter SAT 1 à la liste des programmes licités dont le nombre serait porté à 22 moyennant paiement de:

492 F pour 14 (15) programmes parmi 22
522 F pour 15 (16) programmes parmi 22
557 F pour 16 (17) programmes parmi 22
35 F pour tout programme supplémentaire

Pour justifier le prix de 557 F pour la distribution de 16 (17) programmes et dès lors une augmentation de 18 francs par rapport au prix convenu pour la distribution de ce même nombre de programmes parmi 21, la SABAM suit le raisonnement suivant:

- En 1993, les parties ont accepté, pour un prix qui est resté inchangé (soit 15% de la moyenne pondérée), d'augmenter le nombre de programmes parmi lesquels les câblodistributeurs pouvaient choisir de 18 à 21 et de diminuer le nombre de programmes effectivement distribués de 18 à 16.
- Le nombre de programmes licités a dès lors augmenté de 16,6%, tandis que le nombre de programmes distribués a baissé de 11,1%.
- En portant le nombre de programmes licités de 21 à 22, le choix augmente de 4,8%.
- Pour un prix inchangé, à nombre de programmes éligibles augmentés, il y a lieu de diminuer le nombre de programmes qui peuvent être distribués de: $11,1\% \times 4,8: 16,6 = 3,2\%$.
- 539 F ne correspondrait donc plus qu'à $16 - (16 \times 3,2\%) = 15,49$ programmes.
- L'émission de 16 programmes requiert dès lors une adaptation de prix à la hausse pour un montant de (16: 15,49) du prix actuel.
- Le prix de 16 programmes deviendrait: $(539 \text{ F} \times 16): 15,49 = 557 \text{ F}$

Suivant le même raisonnement, le prix de l'émission de 15 programmes s'élève alors à 522 F et celui de l'émission de 14 programmes à 487 F.

Ce dernier montant n'est toutefois pas retenu par la SABAM, qui défend la thèse suivant laquelle les câblodistributeurs ne peuvent abaisser leur redevance en deçà de la limite de 15% de la moyenne pondérée, soit 492 F, prix qu'elle retient pour la distribution de 14 (15) programmes, suivant le texte qui nous a été communiqué par lettre du 14 avril 1995.

Proposition unique formulée par l'AGICOA

L'AGICOA pose les conditions suivantes pour l'octroi de l'autorisation de retransmission des programmes SAT 1:

- les câblodistributeurs versent aux représentants actuels des ayants droit 36 F par an et par abonné;
- les câblodistributeurs paient à l'AGICOA le coût réel du traitement des données nécessaire au paiement de ses ayants droit, coût estimé à 1.800.000 F.
- les câblodistributeurs garantissent de manière irrévocable l'AGICOA, les producteurs et les distributeurs d'oeuvres audiovisuelles et cinématographiques contre les conséquences financières de la réalisation du risque de conflit de clauses d'exclusivité spatio-temporelle.

Elle ne motive pas sa proposition.

2. PROPOSITIONS FORMULÉES DANS LE CADRE D'UN CONTRAT DISTINCT DU CONTRAT GLOBAL

Proposition faite par la SABAM

La proposition faite par la SABAM est formulée comme suit:

- Contrat à échéance au 31.12.1995
- 193.720 F, à titre de frais de gestion forfaitarisés
- 412.194 F, à titre de droits d'auteur (c'est-à-dire 6,66 F x 61.891, étant le nombre d'abonnés des sociétés concernées, montant sur base annuelle) au prorata temporis.

La SABAM expose, en ce qui concerne la durée proposée, que l'entrée de SAT 1 au contrat-câble fera sans doute l'objet de la renégociation du contrat-câble dont la date d'échéance est fixée au 31 décembre 1995.

Elle justifie, sur base de la durée limitée du contrat distinct, la nécessité d'établir un forfait en ce qui concerne les frais de gestion qui doivent être amortis au cours du premier contrat indépendamment de sa durée.

En ce qui concerne les droits d'auteur, fixés à 6,66F par abonné, la SABAM suit le raisonnement suivant:

- Dans le cadre du contrat global, la redevance perçue par la SABAM par programme et par abonné s'élève à: $34 \text{ F} \times 22\% = 7,4 \text{ F}$.
- Il est admis globalement et internationalement que les sociétés de gestion peuvent retenir pour couvrir les frais de gestion, 10% des sommes perçues;
- Le montant net des droits d'auteur s'élève donc à: $7,4\text{F} - 10\% = 6,66\text{F}$.

En ce qui concerne les frais de gestion, fixés à 193.720 F, la SABAM expose que ce montant correspond à 10% du coût moyen d'une chaîne reprise au contrat-câble, lequel doit être évalué en ce qui la concerne à 1.933.720 F selon le calcul suivant:

$(1.845.854.148 \text{ F} \times 22\% \times 10\%): 21 = 1.933.720 \text{ F}$.

Elle précise que le coût de gestion moyen d'une chaîne est supérieur au coût marginal relatif à l'introduction d'une nouvelle chaîne.

Proposition faite par l'AGICOA

L'AGICOA énonce les conditions de transaction suivantes:

- les câblodistributeurs versent à l'AGICOA 13 F par an et par abonné;
- ils paient à l'AGICOA le coût réel du traitement des données nécessaire au paiement de ses ayants droit, coût estimé à 1.800.000 F;
- les câblodistributeurs garantissent de manière irrévocable l'AGICOA, les producteurs et les distributeurs d'oeuvres audiovisuelles et cinématographiques qu'elle représente contre les conséquences financières de la réalisation du risque de conflit de clauses d'exclusivité spatio-temporelle.

Elle ne motive pas sa proposition.

IV Position du Service de la concurrence

1. Le Service de la concurrence n'a pas porté d'appréciation sur le caractère équitable des propositions formulées par la SABAM et l'AGICOA en ce qu'elles concernent les conditions d'ajout de SAT 1 au nombre de programmes licités par le contrat global.

Il se borne en effet à constater que ces propositions sont incompatibles entre elles dès lors que la SABAM admet le principe de la substitution éventuelle de SAT 1 à l'un des programmes diffusés tandis que l'AGICOA fonde sa proposition sur le principe de l'ajout de SAT 1 aux programmes actuellement diffusés.

D'après le Service, le contrat global a pour vocation de régler la distribution de programmes sur l'ensemble du territoire belge. En conséquence, il estime que les plaignantes créent elles-mêmes un blocage des négociations en revendiquant, pour 20.000 abonnés, l'application de paramètres établis pour un public d'abonnés de plus de 3.000.000. Il ajoute toutefois que les plaignantes font preuve d'arbitraire lorsqu'elles estiment que seuls les abonnés établis en Communauté germanophone, soit 20.000, sont demandeurs.

2. Le Service de la concurrence est d'avis que les propositions formulées en dehors du contrat-câble tant par la SABAM que par l'AGICOA ne paraissent pas, de prime abord, démesurées.

Celui-ci relève toutefois, en ce qui concerne les frais de gestion, qu'il n'est pas à même en l'absence de toute donnée vérifiable quant aux bases de calcul des coûts de gestion, de donner son appréciation sur le caractère pertinent ou non des montants avancés par les parties.

Il ajoute que les frais de gestion ne sauraient être liés au nombre d'abonnés des sociétés de télédistribution et que c'est partant à tort que la SABAM prend comme base de calcul le nombre d'abonnés total (3.594.304).

Quant à la différence entre le montant avancé par la SABAM (193.372 F dans le cadre d'un contrat qui viendrait à échéance le 31.12.1995) et par l'AGICOA (1.800.000 F par an), le Service de la concurrence estime qu'elle semble devoir trouver sa justification dans les missions et les structures différentes de ces deux sociétés.

En ce qui concerne la rémunération des ayants droit, le Service signale que la quote-part revenant aux ayants droit dans le chiffre d'affaires global s'élève:

- pour la SABAM à \pm 81,5%
- pour l'AGICOA à \pm 90 %.

Il fait observer que si l'on tient pour raisonnable que $\pm 10\%$ des redevances payées sont destinées à couvrir les frais autres que la rémunération des ayants droit, la quote-part de la redevance destinée aux ayants droit s'élève, sur base des données issues du contrat-câble, par programme à:

- pour la SABAM: $34 \text{ F} \times 22\% \times 90\% = 6,66 \text{ F}$ par abonné
 - pour l'AGICOA: $34 \text{ F} \times 35\% \times 90\% = \underline{10,71 \text{ F}}$ par abonné
 17,37 F par abonné

Il en déduit que si l'on devait retenir le nombre d'abonnés avancé par la SABAM dans sa proposition (61.891), le montant de la redevance destiné aux ayants droit tant de la SABAM que de l'AGICOA s'élèverait à 1.075.047 F par an pour les programmes de SAT 1, et non pas à 1.216.777 F.

Des considérations qui précèdent, le Service de la concurrence déduit qu'il n'y a pas de motif d'autoriser les plaignantes à diffuser le programme SAT 1 moyennant le paiement d'une redevance pour l'année 1995 de 34 F par abonné réel.

V Objet de la demande

Les plaignantes considèrent que les nouvelles propositions faites tant par la SABAM que par l'AGICOA contiennent des conditions de transaction inéquitables.

Elles réitèrent la demande formulée dans leur mémoire complémentaire déposé le 8 mars 1995 et nous demandent donc de les autoriser à retransmettre immédiatement sur le câble en Communauté germanophone le programme SAT 1 moyennant le paiement d'une redevance de 34 F par abonné réel et par an, ce montant pouvant être indexé pour les années ultérieures dans l'attente d'une décision au fond.

Dans leur note déposée le 11 août 1995, les plaignantes déclarent accepter de payer une redevance de 36 F par abonné et par an.

VI Analyse des propositions nouvelles

1. Les conditions relatives à la clause de pondération.

a). Le tableau ci-dessous présente les propositions nouvelles formulées par la SABAM dans le cadre du contrat global en regard des prix qui devraient être respectés par les câblodistributeurs sur base de la clause de pondération interprétée comme l'entendent les titulaires de droits, c'est à dire en considérant que les câblodistributeurs ne peuvent descendre en deçà d'un chiffre absolu de 15% de la moyenne pondérée des prix d'abonnements au 30 septembre 1994, à savoir 492 F.

Nombre de programmes distribués	Redevance pour 21 programmes éligibles	Redevance pour 22 programmes éligibles	Différence
<i>Première proposition</i>			
13 (14) ou moins	492 F	463 F	- 29 F
14 (15)	492 F	497 F	+ 5 F
15 (16)	505 F	531 F	+ 26 F
16 (17)	539 F	565 F	+ 26 F
(+ 1)	(+ 34 F)	(+ 34 F)	(+ 26 F)
<i>Seconde proposition</i>			
14 (15) ou moins	492 F	492 F	/ F
15 (16)	505 F	522 F	+ 17 F
16 (17)	539 F	557 F	+ 18 F
(+ 1)	(+ 34 F)	(+ 35 F)	(+ 19 F)

Dans le tableau ci-dessous, ces propositions sont mises en regard des prix qui s'appliquent selon la thèse que soutient la RTD concernant la clause de pondération.

Nombre de programmes distribués	Redevance pour 21 programmes éligibles	Redevance pour 22 programmes éligibles	Différence
<i>Première proposition</i>			
13 (14) ou moins	471 F	463 F	- 8 F
14 (15)	471 F	497 F	+ 26 F
15 (16)	505 F	531 F	+ 26 F
16 (17)	539 F	565 F	+ 26 F
(+ 1)	(+ 34 F)	(+ 34 F)	(+ 26 F)
<i>Seconde proposition</i>			
14 (15) ou moins	471 F	492 F	+ 21 F
15 (16)	505 F	522 F	+ 17 F
16 (17)	539 F	557 F	+ 18 F
(+ 1)	(+ 34 F)	(+ 35 F)	(+ 19 F)

b). Selon les titulaires de droits, le montant de la redevance globale s'élève pour l'année 1995, et sur base des choix réellement opérés par les câblodistributeurs à 1.845.854.148 F.

La première proposition formulée par la SABAM entraînerait une augmentation de ce montant de l'ordre de 73.868.018 F, dans l'hypothèse d'une substitution de la chaîne ajoutée à la corbeille avec l'une des chaînes déjà licitées. Il faudrait en effet ajouter à ce montant 34 francs par abonné, si des câblodistributeurs choisissent de distribuer la chaîne ajoutée en plus des programmes qu'ils distribuent déjà.

La seconde proposition formulée par la SABAM entraînerait une augmentation de ce même montant de l'ordre de 54.281.200 F, dans la même hypothèse d'une substitution.

Selon les câblodistributeurs, le montant de la redevance globale s'élève pour l'année 1995, et sur base des choix réellement opérés par eux, à 1.836.090.912 F, soit une différence de 9.763.236 F.

Si tel est le cas, la première proposition formulée par la SABAM entraînerait une augmentation de ce montant de l'ordre de 83.631.254 F et l'adoption de la seconde proposition entraînerait une augmentation de l'ordre de 64.044.436 F.

Quoi qu'il en soit, il y a lieu de constater que la première proposition est nettement plus défavorable aux câblodistributeurs pris dans leur ensemble que la seconde.

c) La première proposition présente par contre par rapport à la seconde proposition un avantage pour les seuls câblodistributeurs ayant réduit le nombre de programmes distribués à 13 (14), soit pour des câblodistributeurs représentant 6,5% de l'ensemble des abonnés, puisqu'elle admet, sans formuler la moindre réserve sur l'interprétation de la clause de pondération, que la redevance soit fixée à un montant inférieur à 15% de la moyenne pondérée et soit même inférieure au montant que ces câblodistributeurs paient actuellement par abonné.

Cet avantage ne saurait toutefois déterminer raisonnablement l'ensemble des câblodistributeurs représentés par la RTD à préférer la première proposition.

d) Selon le mode de calcul adopté par la SABAM dans sa seconde proposition, le prix pour la distribution de 14 (15) programmes ou moins s'élève à 487 F.

La SABAM propose toutefois pour la distribution de 14 (15) programmes ou moins un prix égal à 15% de la moyenne pondérée (492 F) et rappelle à cet égard que les ayants droit estiment qu'ils ne peuvent suivre l'interprétation des câblodistributeurs et que ceux-ci ne peuvent abaisser leur redevance en deçà de la limite de 15% de la moyenne pondérée.

e) De la comparaison des deux propositions faites par la SABAM dans le cadre du contrat global, on peut déduire que la SABAM adopte des attitudes différentes quant au conflit qui oppose les ayants droit et les organismes de distribution sur la portée de la clause de pondération, que l'on peut décrire comme suit.

première hypothèse:

La SABAM lie, dans le cadre de sa seconde proposition, l'octroi de l'autorisation de retransmission d'une chaîne supplémentaire à l'adhésion des organismes de distribution à la thèse des ayants droit, tandis qu'elle accepte sans réserve, dans le cadre de sa première proposition, la thèse des câblodistributeurs.

deuxième hypothèse

La SABAM formule, dans le cadre de sa seconde proposition, des réserves sur l'interprétation exacte de la clause de pondération, mais ne lie pas l'accès d'une nouvelle chaîne au contrat global à l'acceptation par les organismes de distribution de la thèse des ayants droit, tandis qu'elle accepte sans réserve dans le cadre de sa première proposition, la thèse des organismes de distribution.

Interrogée par nous sur ce point précis, la SABAM a précisé qu'elle n'entendait nullement lier l'autorisation de retransmission d'une chaîne supplémentaire à l'adhésion pure et simple des organismes de télédistribution à la thèse des ayants droit (lettre du 1^{er} septembre 1995). C'est donc la deuxième hypothèse qu'il faut retenir.

2. La motivation relative à la valeur économique du choix

a) Il convient de noter que les deux propositions formulées par la SABAM dans le cadre du contrat global ont le mérite de concerner les conditions d'ajout de toute chaîne à la liste des chaînes éligibles, et de respecter ainsi une égalité de traitement entre les chaînes de télévision désireuses d'adhérer au contrat global ou dont l'adhésion est désirée par les câblodistributeurs. Ceci ressort en effet clairement de la motivation des propositions.

b) Il ressort des arguments invoqués à l'appui de ses propositions que la SABAM réclame une hausse de la redevance en raison de l'augmentation du nombre de programmes éligibles qui serait porté à 22 par l'ajout de SAT 1, ou de toute autre chaîne, à la liste des programmes licités.

La majoration ne porte donc pas sur le montant de la redevance par abonné qui recevrait la chaîne supplémentaire, mais constituerait la contrepartie de l'autorisation de choisir de distribuer un nombre de programmes inchangé parmi un nombre de programmes éligibles plus grand.

Ainsi, la SABAM réclame un montant de 565 F (première proposition) ou de 557 F (seconde proposition) pour la distribution de 16 (17) programmes parmi 22, soit une majoration de 26 F ou de 18 F par rapport à la redevance convenue pour la distribution d'un même nombre de programmes parmi 21.

La SABAM justifie ses propositions en exposant qu'il convient d'accorder une valeur économique au choix, valeur qu'elle tente de chiffrer.

c) Suivant la première proposition, la valeur économique du choix offert aux câblodistributeurs est égale à 26 F, montant obtenu en divisant le prix convenu pour la distribution de 16 (17) programmes (539 F) par le nombre de programmes éligibles (21).

La SABAM en déduit qu'en cas d'ajout d'un programme à la liste, le prix convenu (539 F) doit être majoré de 26 F, ce qui le porte à 565 F.

Elle fixe par ailleurs à 34 F le prix "d'un programme distribué", en divisant 539 F par 16, montant qui peut être déduit de 565 F en cas de réduction du nombre de programmes effectivement distribués.

Force est bien de constater que les chiffres avancés par la SABAM dans sa première proposition reposent sur une erreur puisque la redevance convenue (539 F) ne peut être égale à $(16 \times 34 \text{ F}) + 26 \text{ F}$.

Si la valeur économique du choix actuel était de 26 F, le prix de la distribution de 16 programmes serait de 513 F, soit 32,06 F par programme et la valeur du choix, après majoration de 4,76%, équivaldrait à 27,23 F, ce qui représente une augmentation de 1,23 F par abonné.

d) Dans sa seconde proposition dans le cadre du contrat global, la SABAM procède à une valorisation de l'augmentation du choix sur base de l'historique du contrat global.

Selon le premier contrat global de 1983, la redevance était fixée à 15% de la moyenne pondérée des prix d'abonnements pour la distribution des 18 programmes repris dans la liste. Le contrat global de 1993 a porté le nombre de programmes éligibles à 21 et le nombre de programmes à 16, tout en maintenant suivant la SABAM le niveau de la redevance à 15% de la moyenne pondérée.

L'augmentation de choix (+ 16,66%) aurait donc entraîné une diminution du nombre de programmes distribués (- 11,11%).

Dès lors, selon la SABAM une nouvelle augmentation du choix (+ 4,8%) doit entraîner soit une diminution du nombre de programmes distribués de 3,2% ce qui porterait le nombre de programmes à 15,49, soit une adaptation du prix à la hausse qu'elle calcule de la façon suivante:

pour 16 (17) programmes: $539 \text{ F} \times (16:15,49) = 557 \text{ F}$
pour 15 (16) programmes: $557 \text{ F} \times (15:16) = 522 \text{ F}$
pour 14 (15) programmes: $522 \text{ F} \times (14:15) = 487 \text{ F}$

Il convient tout d'abord d'observer qu'en suivant le raisonnement de la SABAM on obtient en réalité sur base des fractions centésimales et donc sans arrondir à la décimale comme le fait la SABAM pour calculer la nouvelle augmentation du choix qui est de 4,76% et la diminution corrélative du nombre de programmes qui est de 3,17% soit $(11,11:16,66 \times 4,76\%)$, des prix inférieurs à ceux proposés, soit:

pour 16 (17) programmes: $539 \text{ F} \times (16:15,58) = 553 \text{ F}$
pour 15 (16) programmes: $553 \text{ F} \times (15:16) = 518 \text{ F}$
pour 14 (15) programmes: $518 \text{ F} \times (14:15) = 484 \text{ F}$

Sur base des choix opérés par les câblodistributeurs pour l'année 1985, on peut chiffrer globalement comme suit l'impact de cette différence dans les calculs:

pour 16 (17) programmes:
 $1.081.604 \text{ abonnés} \times (557 - 553,5) = 3.785.614 \text{ F}$

pour 15 (16) programmes:
 $2.047.784 \text{ abonnés} \times (522 - 518,9) = 6.348.130 \text{ F}$

pour 14 (15) programmes ou moins:
 $464.916 \text{ abonnés} \times (487 - 484,3) = \underline{1.255.273 \text{ F}}$
total: 11.389.017 F

La justification de la seconde proposition repose par ailleurs sur des données inexactes.

Selon la SABAM, les câblodistributeurs auraient accepté en 1993, pour un prix inchangé, une diminution du nombre de programmes distribués en échange d'une augmentation du nombre de programmes éligibles, ce qui permettrait d'évaluer la valeur du choix. Cette affirmation est inexacte puisque la manière dont la redevance fut fixée en 1993 diffère totalement de celle qui fut adoptée en 1983, et que le prix n'est pas resté inchangé.

Dans le premier contrat global de 1983, la redevance était fixée d'année en année à 15% de la moyenne du prix d'abonnement annuel. En application de cette clause, la redevance par abonné a varié entre 1985 et 1991 de 420 F à 437 F.

En 1993, toute référence à la moyenne pondérée des abonnements fut abandonnée à la demande des ayants droits, et le montant de la redevance fut fixée à 473 F pour l'année 1993, à 509 F pour l'année 1994 et à 539 F pour l'année 1995.

La clause de pondération qui fait référence à 15% de la moyenne pondérée des abonnements est étrangère à la détermination du prix convenu, mais précise dans quelle hypothèse une réduction du nombre de programmes distribués peut intervenir, soit lorsque 15% de la moyenne pondérée reste en dessous du prix convenu.

L'affirmation selon laquelle les organismes de distribution par câble eurent jusqu'à la conclusion du nouveau contrat-câble du 23 février 1993 l'autorisation de distribuer 18 programmes, repris dans une liste qui n'en comptait que 18, est également inexacte.

Arrivé à échéance fin 1988, le contrat global du 29 septembre 1983 fut prorogé successivement le 20 janvier 1989, le 9 février 1990, le 15 février 1991 et le 18 novembre 1991.

Si la redevance est restée durant cette période égale à 15% de la moyenne pondérée, des modifications successives sont par contre intervenues tant au niveau de la corbeille des programmes licités qu'au niveau des modalités du choix³.

En 1989 le nombre de programmes licités est passé de 18 à 19 programmes, et les organismes de télédistribution devaient distribuer 18 programmes dont 17 étaient désignés.

En 1990, les modalités du choix ont été modifiées puisqu'un choix différent fut octroyé aux organismes de télédistribution suivant leur appartenance à l'une des trois Communautés.

Pour 1992, le nombre de programmes licités est passé de 19 à 21 et le nombre de programmes distribués fut réduit à 17 pour les stations desservant des abonnés dans les deux communautés et à Bruxelles, et à 16 pour les autres stations. Les modalités du choix furent à nouveau modifiées puisque chaque distributeur pouvait choisir librement 16 (17) programmes.

Par ailleurs, depuis le contrat du 23 février 1993, des modifications sont également intervenues dans le choix des programmes puisque pendant la période du 21 mars 1993 au 28 mars 1994, les chaînes ARTE et RTBF télé 21 furent distribuées sur un même canal ce qui réduisait de facto la nombre de programmes éligibles à 20.

Il n'est dès lors pas possible de chiffrer le prix qu'il conviendrait d'attribuer à l'accroissement du nombre de programmes éligibles d'une unité, en procédant par analogie avec les modifications intervenues en 1993 dans la corbeille comme le fait la SABAM.

e) Il est par contre possible sur base des données fournies par la SABAM pour justifier sa proposition hors contrat global, de calculer le montant qu'exige la SABAM au profit des ayants droit non pour l'autorisation de retransmission des programmes d'une chaîne, mais pour le fait que cette autorisation serait accordée dans le cadre du contrat global plutôt que par contrat séparé.

³ Conseil supérieur de l'audiovisuel, Avis 1994, p 31. Lettre de la RTD du 1^{er} septembre 1995 et lettre de la SABAM du 1^{er} septembre 1995.

Le coût de gestion moyen d'une chaîne dans le cadre du contrat global est évalué par la SABAM sur base de la redevance globale pour 1995 à:

$$(1.845.854.148 \text{ F} \times 10\%): 21 = 8.789.781 \text{ F}$$

Selon la SABAM, 90% de la redevance convenue (539 F) est destinée à couvrir le montant net des droits d'auteur, soit par programme:

$$(539 \text{ F} \times 90\%): 16 = 30,31 \text{ F}$$

Si l'on analyse sur base de ces données la seconde proposition de la SABAM dans le cadre du contrat global, on arrive à la conclusion qu'à concurrence de 45.491.419 F, au moins, la majoration réclamée pour l'ajout d'une chaîne ne concerne ni le coût de gestion de 22 chaînes, ni la rémunération due aux auteurs:

	16 programmes parmi 21	16 programmes parmi 22
Redevance globale	1.845.854.148 F	1.900.135.348 F (a)
Coût de gestion	- 184.585.415 F (b)	- 193.375.196 F (b)
Droits d'auteur (montant net)	-1.661.268.733 F (c)	- 1.661.268.733 F (c)
	OF	45.491.419 F

(a) 1.845.854.148 F + majoration qu'entraînerait la seconde proposition (54.281.200 F);

(b) nombre de programmes éligibles x coût de gestion moyen d'une chaîne dans le cadre du contrat-câble, en supposant que le coût de gestion d'une chaîne supplémentaire est égal au coût de gestion moyen d'une chaîne;

(c) (539 F x 90%): 16 par abonné. Notons que l'ajout d'une chaîne à la liste des chaînes éligibles ne modifie pas la rémunération due à titre de droit d'auteur, sauf si le programme ajouté est distribué en sus des programmes distribués avant l'ajout. Dans cette dernière hypothèse, le montant net des droits d'auteur augmenterait d'un montant égal à celui qu'il faudrait ajouter au montant de la redevance globale, et le résultat serait identique.

Puisque dans le cadre d'un contrat séparé, le montant réclamé par la SABAM serait égal au coût de gestion d'une chaîne hors contrat global, majoré du montant net des droits d'auteur, il paraît clair qu'une somme annuelle de 45.491.419 F est exigée par la SABAM en contrepartie de l'accord des titulaires de droits de donner l'autorisation de retransmission de SAT 1 ou de toute autre chaîne au sein du contrat global plutôt que par contrat séparé.

f) L'AGICOA ne formule aucune considération relative à la valeur économique du choix dont bénéficient les câblodistributeurs dans le cadre du contrat global, puisqu'elle s'oppose, en cas d'ajout de la chaîne SAT 1 à la liste des programmes licités, à toute possibilité de substitution d'un des programmes de la liste actuelle par SAT 1. Elle exige en effet que les organismes de distribution désireux de retransmettre les programmes de SAT 1 paient à l'ensemble des ayants droit une redevance supplémentaire de 36 F par an et par abonné. Dans cette hypothèse, l'adhésion de SAT 1 au contrat-câble n'aurait aucune incidence sur la demande de retransmission des autres chaînes de télévision reprises dans la liste.

g) Il convient de rappeler que les ayants droit admettaient la possibilité de substitution dans le cadre de la proposition faite au cours de la réunion de la Commission paritaire mixte du 25 novembre 1994 mais liaient l'octroi de l'autorisation à l'abrogation de la clause de pondération.

Ils n'admettaient par contre pas cette possibilité de substitution dans le cadre de la proposition faite le 26 mai 1994 mais exigeaient, en cas d'ajout de SAT 1, une base minimale de 200.000 abonnés.

h) Dans sa proposition hors contrat global, la SABAM procède à un calcul du prix au départ des données issues du contrat global, notamment du montant de la redevance convenue pour la distribution de 16 (17) programmes parmi 21.

Il y a lieu de constater que la SABAM indique que la redevance convenue pour la distribution de 16 (17) programmes couvre à concurrence de 10% le coût de gestion de 21 programmes, et à concurrence de 90% le montant net de droits d'auteur.

Cette explication est en contradiction avec l'affirmation selon laquelle une quotité de la redevance prévue au contrat global porterait sur la valeur du choix. Si tel était le cas, il eut été logique dans le cadre d'une proposition de contrat distinct, de déduire cette quotité du montant qui sert de base de calcul du prix de la retransmission d'un programme hors contrat global.

3. La motivation relative aux frais de gestion.

a) Le coût de gestion moyen d'une chaîne dans le cadre du contrat global est évalué par la SABAM à 8.789.781 F, soit à 10% de la redevance globale pour 1995 qui s'élève selon la SABAM à 1.845.854.148 F, divisé par le nombre de programmes éligibles (21).

Pour justifier ce montant, la SABAM affirme que globalement et internationalement, il est admis que les sociétés de gestion peuvent retenir pour couvrir leurs frais de gestion liés à la perception et à la répartition de la rémunération due aux auteurs et titulaires de droits voisins, une somme égale à 10% des montants qu'elles perçoivent.

Nous n'avons pu vérifier l'existence d'une telle règle. Nous n'avons pas non plus découvert sa justification économique compte tenu du fait que dans le domaine de la radiodiffusion par câble, la juste rémunération correspondant aux droits d'auteur et aux droits voisins est avant tout fonction de paramètres relatifs à l'audience effective et potentielle et donc au nombre de téléspectateurs ou d'abonnés tandis que le coût de gestion de ces droits n'est pas lié à l'audience mais est fonction des méthodes de gestion, de la structure des sociétés de gestion collective, du nombre d'œuvres protégées, du nombre de chaînes autorisées par la société de gestion collective, de la durée de radiodiffusion et des risques de collision de clauses d'exclusivité spatio-temporelles.

Interrogée sur la question de savoir si le coût de gestion moyen de 21 chaînes dans le cadre du contrat global est resté stable entre 1992 et 1995 ou a au contraire augmenté, la SABAM a répondu qu'il avait augmenté dans la même proportion que l'augmentation du nombre d'heures d'émission. L'augmentation du nombre d'heures d'émission n'a quant à elle pas été évaluée par la SABAM.

La SABAM a ajouté qu'aucune investigation particulière n'avait été effectuée au sein de ses services pour identifier les frais concrets attachés à une chaîne particulière ou à un ensemble de chaînes particulières et qu'un tel calcul nécessiterait une étude complexe et approfondie.

Sur base des données qui nous ont été fournies, il n'est donc pas possible de vérifier concrètement si les frais de gestion liés à la gestion de 21 chaînes autorisées par le contrat global, correspondent réellement à 10% de la redevance globale.

Il nous est par contre possible, en supposant qu'il en est ainsi, d'évaluer l'augmentation du coût de gestion des 21 chaînes autorisées par le contrat global entre 1992 et 1995 compte tenu de l'évolution du montant de la redevance par abonné d'une part, et de l'évolution du nombre d'abonnés d'autre part durant cette période:

1992:

$3.509.573 \text{ abonnés} \times (439 \times 10\%) = 154.080.254 \text{ F}$

1995:

$3.594.304 \text{ abonnés} \times (539 \times 10\%) = 193.732.985 \text{ F}$

Suivant ces calculs, le coût de gestion de 21 chaînes au sein du contrat global aurait augmenté en trois ans de 25%, ce qui ne correspond nullement à l'augmentation de la durée de diffusion des chaînes concernées.

b) La SABAM explique d'autre part que le coût de gestion engendré par l'adjonction d'une nouvelle chaîne ne correspond pas au coût de gestion moyen des chaînes déjà traitées, mais qu'il lui est inférieur. Une augmentation substantielle du nombre de chaînes autorisées entraînerait selon la SABAM, une augmentation exponentielle des frais de gestion comme une diminution drastique du nombre de chaînes n'entraînerait qu'une diminution inversement proportionnelle de ces frais (courbe en U).

L'ajout de SAT 1 à la liste des chaînes autorisées entraînerait donc une baisse, même faible, du coût de gestion moyen des chaînes.

Il faut dès lors constater que la SABAM n'a pas dans l'élaboration de ses propositions dans le cadre du contrat global, pris cet élément en considération pour la fixation du prix.

4. Les conditions relatives au nombre d'abonnés.

Dans sa proposition hors contrat-câble, la SABAM fixe à un montant de 412.194 F, la quotité de la redevance annuelle destinée à couvrir le montant net des droits d'auteur. Ce montant est obtenu en multipliant le nombre total d'abonnés des sociétés Interest et Interrosane en "Région wallonne bi-communautaire" (61.891) par le montant net des droits d'auteur par abonné (6,66 F).

La SABAM n'explique pas les raisons pour lesquelles elle refuse de fixer la redevance pour le montant net des droits d'auteur à un prix par abonné, et exige un montant forfaitaire sur base annuelle calculé sur 61.891 abonnés, alors que la rémunération correspondant aux droits d'auteur est fonction de l'audience effective et de l'audience potentielle qui ne dépasserait pas, en ce qui concerne les neuf communes de la communauté germanophone desservies par Interest et Interrosane pour lesquelles l'autorisation est demandée, 20.000 abonnés.

Le refus de fixer par abonné le montant exigé à titre de droits d'auteur est d'autant moins compréhensible que la SABAM explique que le montant exigé pour couvrir ses frais de gestion liés à l'introduction des programmes de SAT 1 dans les réseaux câblés correspondrait "à un espoir de distribution sur environ 260.000 abonnés, ce qui n'est nullement illusoire, tenant compte de l'intérêt que peuvent porter également d'autres câbleurs à une distribution de SAT 1".

5. Incompatibilité des propositions faites par la SABAM et par l'AGICOA dans le cadre du contrat global.

Comme le souligne le Service de la Concurrence, les négociations sur l'ajout de SAT 1 à la liste des programmes licités ne peuvent aboutir tant que la SABAM et l'AGICOA ne s'entendent pas sur la possibilité d'accorder aux câblodistributeurs la faculté de choisir le programme ajouté en lieu et place d'un des programmes déjà licités par le contrat global.

La SABAM admet la possibilité de substitution, contrairement à l'AGICOA qui exige que les organismes de distribution qui souhaitent obtenir des organismes de gestion l'autorisation de distribuer SAT 1 paient une redevance supplémentaire de 36 F par abonné.

6. Conditions relatives à la responsabilité pécuniaire des organismes de distribution

L'AGICOA exige en cas de retransmission des programmes de SAT 1 que les câblodistributeurs la garantissent de manière irrévocable, ainsi que les producteurs et les distributeurs d'œuvres audiovisuelles et cinématographiques contre les conséquences financières de la réalisation du risque de conflit de clauses d'exclusivité spatio-temporelle.

Ce faisant, l'AGICOA pose une condition nouvelle par rapport à celles qui se rapportent dans le contrat-câble à la responsabilité pécuniaire des organismes de télédistribution, sans en expliquer d'ailleurs les raisons.

VII Sur le caractère équitable des nouvelles conditions de l'autorisation de retransmission de programme SAT 1

a) Ni la SABAM, ni l'AGICOA ne fournissent des données économiques ou comptables qui permettraient d'évaluer le prix de la retransmission par câble des programmes de SAT 1, ou de manière générale des programmes de toute chaîne non encore autorisée, que ce soit dans le cadre du contrat global ou dans le cadre d'un contrat séparé.

Il semble clair qu'elles ne sont pas en mesure ou qu'elles se refusent de chiffrer à leur valeur réelle, sur base d'éléments objectifs, les prestations qu'entraînerait pour elles l'octroi de l'autorisation demandée, et d'évaluer la juste rémunération due aux auteurs et titulaires de droits voisins du fait de la retransmission par câble des programmes de SAT 1 en Belgique, si ce n'est par référence aux données issues du contrat global du 26 février 1993 ou de la négociation de ce contrat.

Or, les données relatives au contrat global et en particulier la redevance convenue par abonné pour la retransmission de 16 (17) programmes parmi 21 programmes autorisés, ne sauraient servir de base objective pour la détermination du prix de la retransmission des programmes d'une chaîne non encore autorisée, puisque d'une part comme le souligne la SABAM, aucune donnée préalable n'aurait été utilisée pour la détermination du montant de la redevance globale, et d'autre part il résulte des propositions successives relatives aux conditions d'octroi de l'autorisation de retransmission des programmes de SAT 1 et des éléments invoqués pour les motiver, que toute tentative de justifier le montant de la redevance globale est vaine.

Bien qu'il soit constant que de la volonté des parties au contrat global, la redevance par abonné correspondait jusqu'en 1992 à 15% de la moyenne pondérée des abonnements après déduction de la TVA et des droits d'auteur et était censée y correspondre ultérieurement, ni la RTD, ni la SABAM ou l'AGICOA ne nous ont expliqué pour quels motifs il fut considéré que cette quotité de la moyenne pondérée des abonnements était susceptible de couvrir la juste rémunération due aux auteurs et les coûts de gestion des émissions diffusées.

La démarche qui consiste à nous inviter à apprécier le caractère équitable des nouvelles propositions de transaction en considérant comme préétabli le caractère raisonnable de la redevance globale qui sert de base de calcul du prix proposé ne saurait donc être approuvée.

C'est donc sans présumer le caractère raisonnable des conditions de retransmission des 21 chaînes licitées par le contrat global, ni de leur conformité avec l'article 2 de la loi du 5 août 1991 que nous poursuivons l'examen du caractère équitable des nouvelles propositions.

b) Il résulte de l'analyse des propositions faites par la SABAM dans le cadre du contrat global que celle-ci exige des montants qui ne peuvent être justifiés ni par les opérations mathématiques auxquelles elle procède au départ de la redevance par abonné prévue au contrat global, ni par l'historique du contrat-câble.

Les propositions de la SABAM ne sauraient donc être considérées comme équitables dans la mesure où elles sont le fruit, soit d'un raisonnement manifestement erroné, soit d'une appréciation manifestement fautive des modifications apportées au contrat global depuis 1989, soit de la combinaison de l'un et de l'autre, et dans la mesure où ces erreurs entraînent toutes la fixation d'un prix supérieur à celui auquel aboutissent des calculs corrects.

c) L'examen des propositions faites par la SABAM et l'AGICOA révèle aussi que l'une et l'autre subordonnent l'octroi de l'autorisation de retransmettre les programmes de SAT 1 par contrat global à des conditions qui apparaissent *prima facie* discriminatoires par rapport à celles qui régissent la retransmission des chaînes déjà autorisées.

L'AGICOA refuse d'accorder aux organismes de télédistribution, en cas d'adhésion de la chaîne SAT 1 au contrat global, la possibilité de choisir de distribuer SAT 1 en lieu et place d'une des 21 chaînes déjà

licitées. Sa proposition implique que SAT 1 soit choisi hors liste par les câblodistributeurs désirant distribuer les émissions de SAT 1 de telle manière à ce que la chaîne SAT 1 ne puisse concurrencer les autres chaînes autorisées par le contrat global.

La SABAM accepte la possibilité de substitution en cas d'adhésion de la chaîne SAT 1 au contrat global, mais réclame en contrepartie de l'autorisation qui serait donnée par un avenant au contrat-câble plutôt que par contrat distinct du contrat global, une majoration de la redevance globale de l'ordre de 73.868.018 F (première proposition) ou de 54.281.200 F (seconde proposition) alors qu'à concurrence de 65.078.237 F (première proposition) ou de 45.491.419 F (seconde proposition), la majoration réclamée ne porte ni sur le coût de gestion lié à l'introduction d'une nouvelle chaîne, ni sur les droits d'auteur.

Ces montants correspondraient selon la SABAM au prix de la valorisation du choix, le nombre de programmes éligibles passant de 21 à 22.

On ne voit cependant pas pour quel motif il conviendrait d'attribuer une plus-value à l'autorisation de retransmission par câble des programmes d'une chaîne de télévision par ce qu'elle serait accordée dans le cadre d'un contrat global qui règle les conditions de retransmission de plusieurs chaînes et établit un mode de fixation des droits de type forfaitaire et un mode de perception de ces droits collectifs, plutôt que dans le cadre d'un contrat séparé.

En réalité, il apparaît *prima facie* évident que sous prétexte de valoriser un accroissement de l'offre de programmes éligibles, la SABAM entend compenser les conséquences qu'aurait pour l'ensemble des titulaires de droit parties à la convention, la baisse de la demande des programmes déjà licités qu'est susceptible d'entraîner l'ajout d'une nouvelle chaîne à la liste de programmes éligibles en raison de la possibilité de substitution.

Les propositions faites par la SABAM et l'AGICOA, bien que fort différentes, poursuivent donc un même objectif, soit faire du contrat global un contrat fermé en s'opposant à la liberté qu'ont les organismes de télédistribution et les téléspectateurs abonnés à la distribution par câble, de modifier leur demande.

Le caractère ouvert du contrat global du 26 février 1993 est pourtant consacré dans son avenant n° 3. Il 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 repris dans la liste ou ajoutés ultérieurement à cette liste.

Il résulte *prima facie* de ce qui précède que les nouvelles propositions de transaction faites par la SABAM et l'AGICOA dans le cadre du contrat global sont, comme celles qui furent examinées dans notre décision du 27 mars 1995, inéquitables.

d) Les données issues du contrat global ne sauraient servir de base de calcul d'une proposition de contrat distinct du contrat global, puisque le montant de la redevance prévue dans le contrat du 26 février 1993 n'a apparemment pas été déterminé sur base d'une évaluation préalable des coûts de gestion liés au traitement des chaînes éligibles et de la rémunération due au titre des droits d'auteur, mais est le résultat, comme l'indique la SABAM, d'une globalisation et d'une forfaitarisation qui ont été acceptées par la RTD, par un ensemble de diffuseurs ainsi que par les ayants droit.

Comme indiqué plus haut nous ne disposons donc d'aucune donnée relative au coût de gestion d'une chaîne qui ferait l'objet d'une autorisation par contrat séparé, et les parties n'ont pas produit de contrats existants qui auraient pu servir éventuellement de points de comparaison.

Il nous est donc impossible actuellement de porter la moindre appréciation sur les montants réclamés par la SABAM (193.720 F dans le cadre d'un contrat qui viendrait à échéance le 31.12.1995), et par l'AGICOA (1.800.000 F par an) au titre de frais de gestion.

Quant à la condition relative à la durée du contrat qui ne couvrirait que la période allant jusqu'au 31 décembre 1995, date d'échéance du contrat-câble actuellement en cours, elle semble *prima facie* inadmissible, dans la mesure où l'on ne peut à la fois faire état de la renégociation du contrat-câble et de

l'adhésion éventuelle de SAT 1 à ce contrat eu égard à son caractère ouvert, et assortir de conditions inévitables l'ajout de toute nouvelle chaîne à ce contrat.

On ne voit en outre pas l'intérêt que pourrait représenter pour Interest et Interмосanne la conclusion d'un contrat dont la durée serait aussi limitée.

S'agissant du prix demandé à titre de droits d'auteur, Interest et Interмосanne estiment à juste titre que le montant proposé par la SABAM n'est pas acceptable, dans la mesure où il est le résultat d'un calcul appliqué à 61.891 abonnés. La SABAM n'invoque aucune raison pouvant justifier une dérogation à la règle selon laquelle le montant dû au titre de droits d'auteur est fonction du nombre réel d'abonnés pouvant recevoir les émissions protégées.

Quant à la proposition de contrat séparé faite par l'AGICOA, les plaignantes considèrent à juste titre également que la troisième condition vide en réalité cette proposition de tout contenu dès lors que l'AGICOA ne garantirait pas les organismes de distribution par câble des recours éventuels de tiers en cas de réalisation du risque de collision de clauses d'exclusivité dont les organismes de télédistribution ne sont même pas informés.

VIII Sur l'existence d'un préjudice grave, imminent et irréparable.

Nous avons constaté dans notre décision du 27 mars 1995 l'existence d'un préjudice grave, imminent et irréparable en liaison avec les pratiques dénoncées.

Depuis lors aucun événement nouveau n'est intervenu qui pourrait être de nature à modifier notre appréciation sur ce point, qui reste donc fondée sur les considérations développées dans la décision du 27 mars 1995.

IX Sur la violation de l'article 3 de la loi du 5 août 1991.

a) La SABAM fait valoir qu'elle agit dans les limites de l'objet spécifique des droits d'auteur qu'elle a mission de gérer, ce qui ne saurait en aucun cas constituer un abus au sens de l'article 3 de la loi du 5 août 1991.

Elle rappelle que selon la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, le droit d'auteur comporte le droit de s'opposer à la reproduction de l'œuvre, et que partant, le refus d'autorisation de retransmission par câble d'œuvres protégées, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne peut pas constituer une exploitation abusive au sens de l'article 86 du traité et de l'article 3 de la loi du 5 août 1991.

Elle fait valoir que dans le cas présent, il n'y a pas de motifs de considérer que le comportement incriminé va au delà de l'objet spécifique du droit d'auteur. Sous cet aspect la SABAM relève qu'elle ne fait que veiller au respect d'une des prérogatives essentielles de l'auteur, à savoir la rémunération de son activité créatrice et que son refus de licitation, en cas de désaccord sur le prix, ne constitue que l'exercice strict d'une des prérogatives de l'auteur.

Enfin, elle observe qu'aucune des circonstances qui ont été relevées par les instances communautaires dans l'affaire "MAGILL" ⁴, qualifiées d'exceptionnelles par la Cour de Justice, et qui ont conduit la Commission à imposer l'octroi de licences, ne se retrouve dans la présente affaire. A cet égard, elle souligne qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un marché dérivé du marché des services de radiodiffusion. Elle soutient en outre qu'il existe bien un substitut réel à la distribution de SAT 1 par câble puisque le consommateur peut recevoir les émissions de SAT 1 en acquérant une antenne parabolique. Enfin, elle rappelle que son refus d'autoriser les plaignantes à retransmettre SAT 1 est dicté par le seul souci d'assurer aux auteurs une juste rémunération et non par la volonté de restreindre voire d'exclure la concurrence potentielle pour promouvoir ses propres produits.

⁴ Arrêt de la Cour du 6 avril 1995 RTE - IPO / Commission.

c) La loi du 5 août 1991 n'a pas expressément régi les rapports entre le droit national de la propriété intellectuelle et le droit national de la concurrence économique.

Il est clair cependant qu'il faille considérer par analogie aux règles de droit communautaire que seules les restrictions à la libre concurrence, inhérentes à la protection de la substance même du droit d'auteur et justifiées par la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de la protection, sont admises. La SABAM accepte d'ailleurs cette prémisse qui constitue la base de ses moyens.

Selon la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, l'auteur et les titulaires de droits voisins disposent du droit exclusif d'autoriser la retransmission par câble de leurs œuvres ou de leurs prestations. Toutefois, ce droit ne peut être exercé que par une société de gestion des droits. Lorsque l'auteur ou les titulaires de droits voisins n'ont pas confié la gestion de leurs droits à une société de gestion, la société qui gère des droits de la même catégorie est réputée être chargée de gérer leurs droits. C'est à ce titre que la SABAM et l'AGICOA doivent veiller au respect des prérogatives des auteurs des émissions de l'organisme de radiodiffusion SAT 1 qui n'exerce les droits que sur ses propres émissions, et qu'elles négocient les conditions de retransmission de ces émissions.

Comme nous l'avons indiqué dans notre décision du 27 mars 1995, la SABAM et l'AGICOA se trouvent dans une situation de position dominante, en raison du monopole de fait, renforcé par un monopole légal, qu'elles exercent sur les droits liés aux programmes des organismes de télédiffusion dont l'acquisition est nécessaire pour leur retransmission par câble.

Il ressort clairement des circonstances propres à la cause que la SABAM et l'AGICOA ont, de manière répétée, assorti l'autorisation de retransmission de la chaîne SAT 1 par le câble, de conditions étrangères à la nécessité de déterminer la juste rémunération des œuvres comprises dans les programmes de SAT 1, puisque chacune de leurs propositions consiste en réalité soit à revaloriser la redevance convenue pour la retransmission par câble des programmes déjà licités, soit à faire obstacle à la venue sur le câble d'une chaîne susceptible de concurrencer les autres chaînes retransmises par câble et licitées par le contrat global, soit à compenser les conséquences qu'entraînerait pour les autres chaînes, une baisse de la demande en cas de substitution.

Il paraît dès lors *prima facie* évident que ces agissements ne peuvent être couverts par la protection qui s'attache aux émissions concernées par la demande d'autorisation, à savoir celles de SAT 1, et que la SABAM et l'AGICOA vont manifestement au delà de ce qui est indispensable à la réalisation de la fonction essentielle des droits d'auteur liés aux émissions diffusées par les autres organismes de radiodiffusion, en poursuivant des objectifs qui ne sont pas ceux du droit de la propriété intellectuelle et qui sont antinomiques avec ceux de l'article 3 de la loi du 5 août 1991.

En revendiquant la protection résultant du droit d'auteur sur les œuvres diffusées par SAT 1 pour maintenir artificiellement le niveau de la demande de retransmission des programmes diffusés par d'autres chaînes, elles opèrent une confusion entre des droits d'auteur distincts.

La SABAM et l'AGICOA abusent ainsi de leur position dominante, en exerçant leur droit exclusif d'autoriser ou de refuser la retransmission par câble des programmes de SAT 1 comme l'instrument d'une politique contraire aux objectifs de la loi du 5 août 1991 qui consiste à faire obstacle à une modification de la demande des organismes de télédistribution et de leurs abonnés.

c) Quant au moyen relatif à l'existence d'un substitut réel ou potentiel à la distribution de SAT 1, il faut rappeler tout d'abord qu'il existe manifestement tant de la part des organismes de télédistribution actifs en Communauté germanophone que des téléspectateurs appartenant à cette Communauté une demande spécifique de retransmission des émissions de SAT 1 par câble.

C'est à tort que la SABAM semble considérer que du point de vue du consommateur, la communication au public par satellite et la communication au public par câble constitueraient des services interchangeables ou substituables, faisant partie du même marché de produits. La différence entre ces services est au contraire significative pour le consommateur en raison de leurs prix, de l'infrastructure différente qu'ils doivent acquérir, de leur usage et de la réglementation qui les concerne.

Or, la SABAM et l'AGICOA en refusant d'octroyer l'autorisation de retransmission par câble des programmes de SAT 1, ne laissent aux téléspectateurs voulant recevoir ces émissions et bénéficier d'une "télévision sans frontières" d'autre possibilité que d'acquiescer une antenne parabolique.

En ce qui concerne les organismes de télédistribution, il n'existe bien entendu aucun substitut réel ou potentiel à la retransmission par câble, s'ils veulent satisfaire la demande de leurs abonnés. Ceux-ci subissent donc, consécutivement à la politique de licences que suivent la SABAM et l'AGICOA un préjudice certain, puisqu'elles ne sont pas en mesure à défaut d'obtenir des nouvelles licences, de développer leur activité de distribution,

X Quant à la mesure demandée.

La SABAM fait valoir que la mesure demandée excède les pouvoirs qui sont conférés au Conseil de la concurrence, et partant qu'elle excède également ceux qui sont conférés au Président du Conseil par l'article 35 de la loi.

Elle prétend qu'en attribuant aux auteurs le droit de s'opposer préalablement et sans devoir en exposer les motifs à toute exploitation de leurs œuvres, sauf disposition expresse contraire, le législateur belge n'aurait envisagé qu'une éventuelle sanction d'un refus abusif a posteriori par la voie d'une action en dommages et intérêts devant les tribunaux de l'ordre judiciaire.

Ce raisonnement ne saurait être suivi. Il résulte d'abord de la directive 93/83/CEE du Conseil du 27 septembre 1993 que pèse sur les parties concernées par la retransmission par câble une obligation de ne pas refuser d'engager des négociations sur l'acquisition des droits nécessaires à la retransmission par câble ni de faire échouer ces négociations sans raison valable. C'est donc à tort que la SABAM prétend que le refus de licence dans le domaine de la radiodiffusion par câble ne devrait pas être motivé.

S'il est vrai que le législateur a, en conformité avec la directive, encouragé les arrangements contractuels relatifs à l'autorisation de la retransmission par câble en prévoyant, lorsque la conclusion d'un accord est impossible, la possibilité de faire appel à des médiateurs, il n'a nullement privé les parties concernées d'un accès normal aux juridictions ni entendu limiter le pouvoir du Conseil d'adresser aux entreprises des injonctions, de faire ou de ne pas faire, en vue de mettre fin à un abus de position dominante qui résulterait de l'exercice abusif d'un droit d'auteur.

Nous avons privilégié l'acquisition de l'autorisation par voie contractuelle puisqu'en un premier temps, nous avons obligé la SABAM et l'AGICOA à faire des nouvelles propositions contractuelles.

Il apparaît cependant, compte tenu du caractère inéquitable des nouvelles propositions, qu'obliger la SABAM et l'AGICOA d'octroyer aux plaignantes une licence, malgré le désaccord sur le montant de la redevance, constitue le seul moyen de suspendre les pratiques restrictives de concurrence jusqu'à la décision au fond.

La SABAM et l'AGICOA ne proposent d'ailleurs pas d'autres mesures susceptibles de mettre fin à l'abus.

Cette mesure s'impose du fait que le préjudice subi par les plaignantes n'est pas susceptible d'être entièrement réparé en cas de succès de la demande dans l'affaire au principal.

Par contre, le préjudice que pourraient subir la SABAM et l'AGICOA du fait du désaccord sur le prix est susceptible d'être entièrement réparé. Elles n'allèguent d'ailleurs pas subir un préjudice qui serait consécuteurif à l'octroi de l'autorisation qu'elles ne refusent qu'en raison d'un désaccord sur le montant de la redevance.

L'adoption d'une telle mesure ne fait d'autre part pas perdre toute raison d'être à l'action au principal. Elle ne produit ses effets que jusqu'au prononcé de la décision définitive du Conseil sur la plainte et ne préjuge pas du montant raisonnable de la redevance qui est due par Interest et Interrosane à la SABAM et à l'AGICOA.

PAR CES MOTIFS,

Le Président du Conseil,

Ordonnons à la SABAM et à l'AGICOA d'octroyer aux plaignantes l'autorisation de retransmettre par câble les émissions de télévision diffusées par la chaîne SAT 1 en sus des programmes qu'elles distribuent dans le cadre du contrat-câble, et suivant des conditions identiques à celles prévues dans le contrat global du 26 février 1993 en ce qui concerne les garanties et la responsabilité des organismes de télédistribution.

Assortissons cette injonction d'une astreinte de 250.000 F par jour de retard en cas de non-respect de l'injonction au 8 septembre 1995, pour chacune de ces entreprises.

Limitons le montant de l'astreinte à 5.000.000 F pour chacune des entreprises.

Disons que la présente injonction met fin à celles adressées à la SABAM et à l'AGICOA dans notre décision du 27 mars 1995.

Donnons acte aux plaignantes de leur accord de payer une redevance de 36 F par an et par abonné en contrepartie de ces autorisations, jusqu'au prononcé de la décision définitive sur la plainte;

Ainsi statué le 4 septembre 1995 par Madame Christine Schurmans, présidente du Conseil de la concurrence.