

MINISTERE DES AFFAIRES ECONOMIQUES

[C - 99/11240]

Conseil de la Concurrence. — Decision n° 99-rpr-6 du Conseil de la Concurrence du 22 avril 1999

Vu la plainte déposée le 23 décembre 1993 par la société anonyme WAY UP contre la société anonyme Belgacom.
Vu le dossier et le rapport du Service de la concurrence soumis au Conseil de la concurrence le 17 juillet 1998.
Vu les mémoires et les pièces complémentaires déposées par les parties.

Entendu en son rapport, Mme Marielle Fassin du Service de la concurrence.

Entendu en leurs moyens, Me. Delcorde pour la S.A. Way Up et Me. Louis pour la S.A. Belgacom lors des audiences du 17 décembre 1998 et du 8 février 1999.

I Les faits à l'origine de la saisine du Conseil.

1. Par la voie de son conseil, Maître J.-P. Schmidt, la société anonyme Way Up, dont le siège est sis rue Montoyer, 1040 Bruxelles (seule cette dénomination est retenue, Way Press International étant une simple dénomination commerciale) a saisi le Service de la concurrence d'une plainte enregistrée sous la référence CONC - PRA - 93/0015 le 23 décembre 1993 dirigée contre la S.A. Belgacom et dont la teneur peut être résumée comme suit :

- La S.A. Way Up est une société dont l'objet est "l'exploitation d'une agence de reportages de presse et de plateau, que ce soit sous forme écrite, photographique, ou sur base de tout autre support, en ce compris tout ce qui a trait aux laboratoires photographiques; l'exploitation d'une agence de presse", les autres activités définies par les statuts étant étrangères aux faits;

- La S.A. Way Up, comme toute agence de presse, est un client de la S.A. Belgacom, ci-après mieux qualifiée, et constate que l'agence de presse Belga, ci-après mieux qualifiée, ainsi que la presse belge bénéficie pour des services identiques auprès de la S.A. Belgacom d'une réduction de 50% sur le tarif de base;

- Par lettre du 13 avril 1993, la S.A. Way Up a demandé à la S.A. Belgacom le bénéfice de ce tarif réduit, ce qui lui a été refusé par lettre du 26 avril 1993, libellée en ces termes :

« En réponse à votre lettre du 13 avril 1993, j'ai l'honneur de vous faire savoir que les avantages du tarif spécial en faveur de la presse sont réservés aux seuls journaux belges quotidiens et hebdomadaires qui remplissent les critères d'octroi fixés dans le contrat de gestion conclu entre l'Etat belge et la R.T.T. (Belgacom), ainsi qu'à l'agence Belga, expressément nommée dans ledit contrat.

(...)

Belgacom a l'intention de s'en tenir strictement à ces dispositions et, pour le moment, de ne pas étendre les conditions d'octroi des réductions de tarif.

Je ne puis dès lors accorder le tarif de presse à votre agence et aux journalistes qu'elle emploie. »

- Par lettre du 6 août 1993, le conseil de la S.A. Way Up faisait observer que "la loi du 5 août 1991 relative à la protection de la concurrence économique interdit à toute entreprise d'exploiter de façon abusive une position dominante".

- Par lettre du 27 septembre 1993 (MC/MSP-6/7765-2/GL/BL), la S.A. Belgacom évoquait un réexamen de la réglementation relative au tarif en question.

- La lettre du conseil de la S.A. Way Up du 28 décembre 1993 affirme : "La discrimination tarifaire ainsi pratiquée n'est pas acceptable au regard de la loi du 5 août 1991, et particulièrement en son article 3. Il n'est guère contestable que Belgacom dispose d'une position dominante puisqu'elle dispose en fait d'un monopole".

2. L'instruction du dossier par le Service de la concurrence et l'audition des parties et de la S.A. Belga par le Conseil, tant à l'audience du 17 décembre 1998 que du 8 février 1999 a permis de constater :

2.1. La S.A. Agence Belga (Agence télégraphique belge de presse S.A.) a été constituée par acte du notaire A. Vanisterbeek le 20 août 1920. Elle a pour objet :

« la création et l'exploitation en Belgique et à l'étranger de services d'informations générales, d'informations économiques, d'informations sportives, de services photographiques et de réduction et de vente d'articles, de panneaux d'affichage de nouvelles et de photos et, en général, de tous services auxiliaires de la presse »;

Son actionnariat est fragmenté mais réparti en très grandes catégories :

- les journaux et organes de presse
- les médias audiovisuels
- les entreprises diverses

l'actionnariat privé représentant une part négligeable.

Elle occupe sous contrat d'emploi près de 80 journalistes.

2.2. Lors de son audition, la S.A. Agence Belga explique qu'elle assume pour l'Etat une mission "quasi-publique" correspondant aux vœux du Roi Albert I et confirmée par des accords précis avec les pouvoirs publics.

Plus spécialement, elle évoque un contrat avec le Gouvernement flamand du 28 septembre 1998 dont il ressort que jusqu'au 31 décembre 2000, elle assure notamment la diffusion des informations en provenance du Gouvernement vers la presse ("Belga verleent de negen ministers van de Vlaamse regering en de informatieambtenaar van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap via en abonnement permanente toegang tot de algemene informatiedienst Belga Nederlands"). Une convention similaire existe avec le Gouvernement fédéral jusqu'au 31 août 2001 ("Belga staat in voor de verspreiding, simultaan en zonder tijdvreemde, van de ontvangen tekstmededelingen waaronder deze van de Federale regering, via het Belganet en het BACS-systeem").

Le Conseil observe que ces deux conventions conclues pour une durée de trois ans ne paraissent pas avoir été précédées d'un appel d'offres conformément aux articles 53 et suivants de l'A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

2.3. Le dossier fait apparaître que le 1^{er} mai 1931, une convention est conclue entre le Ministre ayant les télécommunications dans ses attributions et l'Association Générale de la Presse belge accordant une réduction de 25 % pour les communications interurbaines de presse prises au départ des postes de journaux et de journalistes, convention dont le bénéfice est étendu par décision ministérielle du 13 février 1936 à l'Agence Télégraphique belge (S.A. Agence Belga), la contrepartie pour celle-ci étant, selon Belgacom, la retransmission aux journaux des communiqués d'ordre administratif transmis pour la Régie.

2.4. L'arrêté Royal du 19 août 1992 portant approbation du premier contrat de gestion de la Régie des télégraphes et des téléphones et fixant des mesures en vue du classement de cette Régie parmi les entreprises publiques autonomes prévoit à l'article 18 : "Afin de permettre l'évolution normale de l'accès aux services réservés à toute la population et d'assurer une protection particulière pour les personnes les plus défavorisées, Belgacom applique au moins les réductions de tarif suivantes dans les cas visés ci-dessous, pour lesquels l'étendue et les bénéficiaires sont détaillés à l'annexe 6 :

(...)

4° Le tarif téléphonique spécial en faveur des journaux quotidiens politiques et d'information générale, de certains hebdomadaires d'information et de l'Agence Belga".

L'annexe 6 précise :

« Les réductions de tarif minimales détaillées ci-après sont appliquées par Belgacom :

(...)

IV. Tarif téléphonique spécial en faveur de journaux quotidiens politiques et d'information générale, de certains hebdomadaires d'information et de l'Agence Belga.

Une réduction de 50% est accordée sur la redevance d'abonnement téléphonique (...)"

Le Conseil rappelle que ce contrat de gestion est conclu en application de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

2.5. Par Arrêté Royal du 29 décembre 1994, Belgacom est transformé en société anonyme de droit public.

2.6. L'Arrêté Royal du 28 octobre 1996 portant la liste des services prestés au titre de service universel des télécommunications va confirmer la réduction dont question dans l'Arrêté Royal du 19 août 1992, à l'article 13, qui est libellé comme suit :

« Tarifs spéciaux :

Le prestataire du service universel applique au moins les réductions de tarif dans les cas visés ci-dessous :

(...)

Tarif téléphonique spécial en faveur des journaux quotidiens politiques et d'information générale, de certains hebdomadaires d'information et de l'Agence Belga".

Le pourcentage de la réduction n'y est pas précisé, mais toutefois, l'Arrêté Royal du 19 août 1992 précité n'est pas abrogé.

2.7. La loi du 19 décembre 1997 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques afin d'adapter le cadre réglementaire aux obligations en matière de libre concurrence et d'harmonisation sur le marché des télécommunications découlant des décisions de l'Union européenne va confirmer ce choix, au terme d'une construction quelque peu complexe.

2.7.1. Au terme de l'article 82 nouveau de la loi du 21 mars 1991, "le service public des télécommunications est assuré dans le respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité. Il comprend notamment :

1°) le service universel des télécommunications tel que défini aux articles 84 à 86 de la présente loi».

2.7.2. L'article 84 précise :

« § 1. Les services prestés au titre de service universel sont :

(...)

8° La fourniture du service de téléphonie vocale de base à des conditions tarifaires facilitant l'accès aux personnes désignées aux points 1, 2, 3 et 4 de l'annexe B de l'annexe 1 à la présente loi".

2.7.3. L'article 12 de l'annexe 1 confirme l'article 84 en ces termes : "Les bénéficiaires des tarifs prévus à l'article 84, § 1, 8°, de la loi et ces tarifs sont détaillés à l'annexe B, points 1, 2, 3 et 4".

2.7.4. L'annexe B est intitulée "Tarifs accordés par le prestataire du service universel en raison du caractère social ou humanitaire" et indique :

« La prestation du service universel applique, au moins, les réductions de tarifs détaillées ci-après :

(...)

4. Tarif téléphonique spécial en faveur des journaux quotidiens politiques et d'information générale, de certains hebdomadaires d'information et de l'Agence Belga.

Une réduction de 50 % est accordée sur la redevance d'abonnement au service de téléphonie vocale de base et sur les redevances des communications téléphoniques en service intérieur pour les raccordements installés au siège de la rédaction et au domicile des journalistes professionnels qui sont attachés à leur service et qui n'exercent aucune autre profession (...)"

2.7.5. Il ressort des travaux préparatoires que ce choix du législateur a été sommairement justifié, sans doute en raison de la reproduction d'une solution acquise depuis 1931 (Voir Doc. Parl., Ch. des représentants, 1997-1998, 1265/5, p. 71).

2.8. La S.A. Way Up n'est pas la seule agence de presse non citée nommément par les textes repris ci-dessus. L'instruction a fait apparaître que certaines agences de presse ignoraient le statut accordé à l'agence Belga. Elles font valoir, en ce qui concerne les conséquences liées à cet avantage, que l'accroissement des transmissions téléphoniques d'images par le réseau RNSI/ISDN ne va qu'amplifier le handicap des agences de presse autres que Belga.

3. Enfin, le Conseil constate que le débat a été porté devant les Cours et Tribunaux.

3.1. Le 7 novembre 1997, Madame le Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles, dans le cadre d'une action en cessation introduite à la requête de la S.A. Way Up et dirigée contre la S.A. Belgacom déclarait l'action recevable et fondée et constatait qu'en refusant à Way Up un tarif qu'elle accorde à l'Agence Belga, Belgacom se rend coupable d'une violation des dispositions légales en matière de concurrence, violation constitutive d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale et condamnait Belgacom à cesser cette pratique.

L'ordonnance est fondée sur l'analyse de l'Arrêté Royal du 19 août 1992 et de l'Arrêté Royal du 18 octobre 1996 et semble exclusivement attachée à la violation par Belgacom S.A. de l'article 86 du Traité :

« Qu'en maintenant une différence de traitement entre l'Agence Belga et Way Up, sans raison économique objective pour ce faire, et sans que cette discrimination ne soit indispensable à l'exercice du service public d'intérêt général lui assigné, comme dit plus haut, Belgacom abuse de son monopole et ce faisant crée une distorsion de concurrence incompatible avec le Traité C.E.E. »

3.2. Le 5 janvier 1998, la S.A. Belgacom interjette appel de la décision. Il est opportun de relever que suite à l'ordonnance du 7 novembre 1997, quatre autres sociétés dans le secteur concerné ont tour à tour sollicité de Belgacom S.A. de se voir octroyer le bénéfice du tarif préférentiel à la presse, ce que Belgacom a refusé. Belgacom est à ce jour assigné par ces entreprises devant le Tribunal de première instance de Bruxelles.

II. Position et conclusions du Service de la concurrence et des parties.

1. Le Service estime que l'analyse des textes évoqués ci-dessus conduit à retenir que les catégories visées sont celles à qui "au moins" la déduction peut être accordée.

Ainsi, le Service conclut que Belgacom abuse de sa position dominante en appliquant à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, ce qui engendre une discrimination entraînant une distorsion de concurrence.

Il propose au Conseil de constater cet abus conformément à l'article 3, c, de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique d'ordonner à Belgacom d'accorder le tarif préférentiel à l'agence Way Up sous peine d'une astreinte de 50.000 francs belges par jour de retard et d'ordonner à Belgacom de cesser toute discrimination en accordant le tarif téléphonique spécial à toute personne répondant aux conditions légales, durant l'application de ce tarif.

2. Belgacom, dans son dernier mémoire, invite en ordre principal à surseoir à statuer en attendant le prononcé de l'arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles dans l'affaire évoquée (Voir exposé des faits, point 3.2), en ordre subsidiaire de constater que la discrimination éventuelle reprochée à Belgacom trouve sa cause dans la loi, en ordre plus subsidiaire de saisir la Cour d'Arbitrage d'une question préjudicielle qu'elle suggère et en ordre encore plus subsidiaire de constater que donner suite à la proposition du Service conduirait à violer l'article 17, § 2, de la directive 98/10/CE, les articles 3, 5 et 85 du Traité et 3 de la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique, et de constater que le tarif préférentiel est constitutif d'une aide d'Etat illégale au sens de l'article 93, § 3 du Traité.

3. La S.A. Way Up demande à ce qu'il soit statué dans le sens proposé par le rapport du Service de la concurrence.

III. Quant à l'existence d'une pratique.

1. Conformément à l'article 31 de la loi du 5 août 1991, le Conseil constate soit l'existence d'une pratique contraire à la loi, soit l'inexistence d'une pratique.

2. A l'instar de l'analyse qui est réservée par la Cour de Justice aux articles 85 et 86 du Traité, le Conseil considère que les articles 2 et 3 de la loi du 5 août 1991 ne visent que les comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative. Si la loi au sens large du terme impose un comportement anticoncurrentiel ou si les contraintes juridiques ainsi créées éliminent toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, les articles 2 et 3 ne sont pas d'application (en ce sens, voir C.J.C.E., 11 novembre 1997, Ladbroke Racing Ltd c/ Commission, C-359/95, C-379/95).

3. La loi du 19 décembre 1997 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques afin d'adapter le cadre réglementaire aux obligations en matière de libre concurrence et d'harmonisation sur le marché des télécommunications découlant des décisions de l'Union est le seul cadre juridique national fixant les comportements que peut suivre la S.A. Belgacom.

Ainsi qu'indiqué dans l'exposé des faits (point 2.6.1 et 2.6.2), cette loi précise en son article 84 quels sont les services prestés au titre de service universel et plus spécialement que la fourniture du service de téléphonie vocale de base à des conditions tarifaires facilitant l'accès à ce service pour les personnes désignées aux points 1, 2, 3 et 4 de l'annexe B de l'annexe 1 de la loi.

C'est donc de manière délibérée que le législateur a choisi les personnes désignées. Toute extension de cette liste, comme le suggère le Service, serait faite en violation de cet article 84 de la loi, dont l'interprétation ne souffre aucun doute, la référence faite dans l'annexe B au terme "au moins" ne pouvant concerner que le tarif et non la liste des personnes.

Comme le souligne la S.A. Belgacom, la créance sur le Fonds pour le service universel serait augmentée de manière incontrôlable ce qui déséquilibrerait le système mis en place à l'article 86 de la loi.

Il ressort dès lors de l'analyse de ces dispositions que, d'une part, seule la loi impose la pratique, et que d'autre part, elle ne laisse subsister, dans le cas d'espèce aucune possibilité de comportement concurrentiel.

4. Que les choix faits par le législateur soient contestables ne modifie en rien cette conclusion dans le cadre de la demande formée par la S.A. Way Up.

En effet, lorsque la loi génère une discrimination de traitement entre deux entreprises, alors que leur situation semble commander un même traitement, il appartient aux personnes physiques et morales concernées de saisir soit la Cour d'Arbitrage, soit d'invoquer les articles 10 et 11 de la Constitution comme moyen de défense.

Dans le cas d'espèce, seule la S.A. Belgacom demande à ce que la Cour d'Arbitrage soit saisie par voie de question préjudicielle. Elle semble ainsi poursuivre un objectif différent de celui qui est à l'origine de la plainte. En effet, la question telle que formulée tend à voir censurée la réduction tarifaire de 50 % au profit de l'agence Belga. La S.A. Belgacom profiterait ainsi de la plainte de la S.A. Way Up pour mettre un terme à un avantage exceptionnel qu'elle doit accorder en vertu de la loi à l'agence Belga.

La réponse à cette question n'est toutefois aucunement indispensable pour rendre la décision quant à l'existence ou non d'une pratique anticoncurrentielle.

5. Enfin, la circonstance que le choix opéré par le législateur belge soit manifestement contraire au droit communautaire conduit dès à présent le législateur, ou à tout le moins, devra conduire le législateur à adapter son texte, ce qui modifiera le cadre dans lequel les opérateurs seront amenés à évaluer les avantages aujourd'hui contestés. Il ressort en effet du dossier qu'une procédure risque d'être introduite par la Commission sur la base de l'article 169 du Traité, les ristournes prévues pour le secteur de la presse ne correspondant à aucune des catégories de services prévus à l'annexe I, première partie, de la directive 97/33/CE. Là également, la S.A. Way Up, en dehors de cette instance, peut faire valoir ses droits si la faute éventuelle de l'Etat avait généré un préjudice propre.

Par ces motifs,

Le Conseil de la concurrence,

Constata que le refus de Belgacom d'accorder aux agences de presse autres que la S.A. Belga une réduction de 50 % n'est pas une pratique restrictive de concurrence au sens de la loi du 5 août 1991 en ce qu'elle trouve exclusivement sa cause dans la loi du 19 décembre 1997.

Ainsi statué le 22 avril 1999 par la chambre du Conseil de la Concurrence composée par Madame Christine Schurmans, Présidente, Messieurs Jacques Schaar, Eric Balate, et Jean-François Cats, membre.