

image ou une photo d'une personne ne peut en aucun cas être employée ou diffusée par un tiers sans l'autorisation expresse de cette personne. Le défendeur n'a pas tenu compte de cette règle de droit dans la réalisation de cette brochure»⁽⁴⁷⁾.

Dans le prolongement de cette jurisprudence établie, l'arrêt du 8 février 1999 nuance et corrige ce point de vue. La cour formule comme règle de droit que «la publication de l'image d'une personne publique ainsi que de particuliers qui sont concernés par l'actualité ne constitue pas une faute et est admissible à la double condition que cette publication tende à l'information et ne soit pas liée à une violation du droit à la vie privée»⁽⁴⁸⁾. Le droit à l'image n'est donc pas une règle de droit absolue, mais connaît des exceptions dans certains cas notamment dans le cadre de comptes rendus d'actualité. C'est ainsi qu'un jugement du tribunal de Bruges du 27 juin 1994 avait déjà estimé que les personnes publiques ne peuvent s'opposer à la publication de leur photo. Le jugement dispose: «Algemeen wordt aangenomen dat «publieke personen», zoals politici, kunstenaars en sportlui, stilzwijgend toestemming geven om hun afbeelding te publiceren, omdat het praktisch gewoon uitgesloten is dat de pers, wanneer zij het voornemen heeft een afbeelding van een dergelijke persoon te publiceren, telkenmale verplicht zou zijn vooraf aan de betrokkene uitdrukkelijk diens toestemming te vragen» («Il est généralement accepté que "les personnes publiques", telles que les politiciens, les artistes et les sportifs, donnent tacitement l'autorisation de publier leur image, car il est pratiquement exclu que la presse, quand elle a l'intention de publier l'image d'une telle personne, soit chaque fois contrainte de

demander l'autorisation expresse de la personne visée»⁽⁴⁹⁾.

Il est à noter que l'arrêt du 8 février 1999 ne s'écarte pas d'une «présomption réfutable d'autorisation» dans le chef des personnes publiques, mais base cette exception au droit à l'image sur «le droit à l'information du public». Ce droit à l'information naît «quand l'actualité dépasse le domaine privé et devient une question d'intérêt général, ce qui a pour effet que le droit à l'image de la personnalité cesse en un certain sens d'appartenir à son titulaire originaire pour devenir l'objet du droit à l'information de la population». Le fait que les familles Russo et Lejeune aient déjà depuis un certain temps, via un communiqué de presse, annoncé qu'elles n'accordaient plus leur autorisation que soient publiées des représentations de Julie et Mélissa ne constitue donc pas un obstacle à ce que les photos concernant l'affaire soient publiées dans le cadre du «droit à l'information du public», d'autant plus que la présente représentation «est devenue un symbole et un document historique pour la population». En plus des deux conditions explicitées dans l'arrêt, deux conditions supplémentaires sont ajoutées. L'arrêt tient compte en effet d'une part du fait que la représentation dans le livre «n'est aucunement liée à une représentation négative ou déshonorante» et d'autre part qu'il n'est pas question de la moindre «récupération politique»⁽⁵⁰⁾. L'arrêt du 8 février 1999 concilie donc le droit à l'image en tant que droit de la personnalité avec le droit à l'information et le compte rendu journalistique concernant les faits et les personnes dans des questions d'intérêt générale⁽⁵¹⁾.

Dirk Voorhoof

Bruxelles (9^e ch.) (réf.),
28 janvier 1999

Siège: MM. Collin et Rycken,
M^{me} Velu

(I) s.a. CANAL + BELGIQUE
(M^{es} P. Van Ommeslaghe,
G. De Foestraets et
P.M. Louis) c. a.s.b.l. WOLU
TV (M^e J. Englebert)
et s.a. RADIO PUBLIC
(M^e M. Demeur)

(II) s.a. CANAL + BELGIQUE
(M^{es} P. Van Ommeslaghe,
G. De Foestraets et
P.M. Louis) c. s.a. CODITEL
BRABANT (M^{es} A. Braun
et E. Cornu)

Radio-télévision – Télédistri-
bution – Article 3 de la
L.P.C.E. – Abus de position
dominante – Loi du 30 mars
1995 – Arrêté ministériel du
2 février 1998 – *Must carry*

La mesure consistant à imposer à un télédistributeur, moyennant le paiement d'une rémunération provisionnelle raisonnable, de mettre un canal à disposition d'un organisme de radiodiffusion ne constitue que l'aménagement d'une situation provisoire dans l'attente d'une décision au fond: elle n'est en rien susceptible de porter définitivement et irréversiblement atteinte aux droits de ce télédistributeur.

Pour apprécier si un télédistributeur jouit d'une position dominante, il y

(47) Civ. Bruxelles (réf.), 23 octobre 1998, A.J.T., 1998-1999, 352 et J.L.M.B., 1998, p. 1748. Voy. également Civ. Liège (réf.), 12 janvier 1999, A&M, 1999/2, p. 287.

(48) Voy. également Civ. Bruxelles, 16 décembre 1997, Journ. proc., 1998, n° 341, 24 et Bruxelles, 5 février 1999, A&M, 1999/2, p. 274.

(49) Civ. Bruges, 27 juin 1994, R.W., 1994-1995, 473. Voy. également

D. VOORHOOF, «Het recht op afbeelding op de tocht?», note sous Anvers, 19 décembre 1995, A&M, 1996/3, pp. 361-362.

(50) Comp. Civ. Anvers, 24 juin 1985, R.W., 1985-1986, 264 et Civ. Anvers, 12 mai 1989, R.W., 1989-1990, 654. Dans la jurisprudence, l'emploi de photos de personnages publics à des fins commerciales est également déclaré illégal: Bruxelles, 4 octobre 1989, R.W., 1984-1985, 62.

(51) Pour une analyse fouillée, voir également M. ISGOUR et B. VINÇOTTE, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 1998, 160 p. et D. VOORHOOF, «Boekbespreking J.C.S. Pinckaers - From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona», *Informatierecht/A.M.I.*, 1998/1, 10-14.

a lieu de considérer que la distribution par câble constitue un marché distinct de la distribution par satellite ou hertzienne, et que le marché géographique pertinent est celui des communes desservies par ce télédiffuseur.

L'arrêté ministériel qui désigne, en application de la loi, les organismes de radiodiffusion qui bénéficient du must carry déjà mis en place d'une manière générale et permanente par la loi, n'édicte pas lui-même une règle générale et ne constitue dès lors pas, prima facie, un arrêté réglementaire dont le projet doit être soumis à un avis motivé de la section de législation du Conseil d'État.

Selon les articles 1^{er} et 13 de la loi du 30 mars 1995, ce sont tous les programmes de télévision du radiodiffuseur désigné par le ministre compétent que le télédiffuseur doit transmettre au moment de leur diffusion et dans leur intégralité. Sauf à vider l'obligation légale de sa substance par la possibilité pour le télédiffuseur d'imposer des conditions inacceptables, il ne peut être soutenu, prima facie, que l'obligation de must carry serait subordonnée à un accord complet de parties quant aux conditions de distribution des programmes de l'organisme qui en bénéficie.



Radio en televisie – Kabel-distributie – Artikel 3 W.E.M. – Misbruik van machtspositie – Wet van 30 maart 1995 – Ministerieel besluit van 2 februari 1998 – Must carry

De maatregel die erop gericht is om een kabelmaatschappij te verplichten om, mits betaling bij wijze van voorschot van een redelijke vergoeding, een kanaal ter beschikking te stellen aan een omroeporganisatie, betreft enkel een regeling van een voorlopige situatie in afwachting van een beslissing ten gronde. Een dergelijke maatregel is niet van aard om definitief en onomkeerbaar de rechten van de betrokken kabel-

maatschappij aan te tasten.

Om te beoordelen of een kabelmaatschappij een dominante plaats inneemt, moet in overweging worden genomen dat de kabeldistributie een afzonderlijke markt vormt, onderscheiden van de distributie van omroepuitzendingen per satelliet of via de ether en dat de pertinente geografische markt deze is van de gemeenten van het verzorgingsgebied van de kabelmaatschappij.

Het ministerieel besluit dat in toepassing van de wet van de omroeporganisaties aanwijst die ressorteren onder de must carry-regel die op algemene en permanente wijze door de wet is afgekondigd, kondigt zelf geen algemene regel af en is daarom, prima facie, geen réglementaire besluit dat voor advies moet worden voorgelegd aan de afdeling wetgeving van de Raad van State.

Volgens artikel 1 en 13 van de wet van 30 maart 1995 moeten alle omroepprogramma's die door de minister werden aangewezen gelijktijdig en in hun geheel door de kabelmaatschappij worden doorgegeven.

Op gevaar af dat de wettelijke verplichting inhoudsloos zou worden in het geval dat de kabelmaatschappij onaanvaardbare voorwaarden oplegt, kan prima facie niet worden aangevoerd dat de verplichting tot must carry afhankelijk zou worden gemaakt van een volledig akkoord tussen de partijen betreffende de voorwaarden van doorgifte ten voordele van de betrokken omroep.

(I) s.a. CANAL + BELGIQUE (M^{rs} P. Van Ommeslaghe, G. De Foestraets et P.M. Louis) c. a.s.b.l. WOLU TV (M^{re} J. Englebert) et s.a. RADIO PUBLIC (M^{re} M. Demeur)

Le fait pour un télédiffuseur de conditionner la mise à disposition d'un canal au passage par sa propre interface commune (décodeur et gestion d'accès communs, gestion commune des abonnements) est disproportionné par rapport au but invoqué d'une gestion rationnelle du

câble et constitue dès lors, prima facie, un abus de position dominante. Il semble dangereux qu'un télédiffuseur qui est également un offreur de programmes puisse gérer de façon unilatérale le portefeuille clients de son concurrent.

Constitue également, prima facie, un abus de position dominante le fait pour un télédiffuseur de rester en défaut de distribuer les programmes numériques d'un organisme de radiodiffusion sans donner la moindre justification légitime de cette position, et ce nonobstant le fait que la diffusion numérique constitue un progrès technique dont ce télédiffuseur se devrait, en raison de sa position dominante, de faire bénéficier ses abonnés.

Het feit dat een kabelmaatschappij de terbeschikkingstelling van een afzonderlijk kanaal afhankelijk maakt van de doorgifte via diens gemeenschappelijke eigen interface (gemeenschappelijke decoder en gemeenschappelijke organisatie van de toegang, gemeenschappelijk abonnee-beheer) is onevenredig in relatie tot het ingeroepen doel van een rationeel beheer van de kabel.

Bijgevolg houdt dit prima facie een misbruik in van machtspositie. Het lijkt gevaarlijk dat een kabelmaatschappij die ook zelf programma's aanbiedt de mogelijkheid heeft om eenzijdig het klantenbestand van zijn concurrent te beheren. Houdt ook prima facie een misbruik van machtspositie in, het feit dat een kabelmaatschappij nalaat om de digitale programma's van een omroeporganisme door te geven zonder de minste legitieme uitleg en dit niettegenstaande het feit dat de digitale doorgifte een technische vooruitgang inhoudt die de kabelmaatschappij, gelet op diens dominante positie, aan zijn klanten moet aanbieden.

[...]

4. Attendu que, reprochant à la s.a. Radio Public et à l'a.s.b.l. WOLU TV de ne pas respecter l'obligation ainsi mise à leur charge envers elle, la s.a. Canal + Belgique les a fait citer en référé, le 23 avril 1998, en vue de les

entendre condamner à distribuer sur leur réseau de télédistribution, au moment de leur diffusion et dans leur intégralité, l'ensemble de ses programmes, sous peine d'une astreinte de 500 000 F par jour de retard;

Que, par voie incidente, l'a.s.b.l. Wolu TV a introduit une demande contre la s.a. Radio Public tendant à entendre condamner celle-ci à la garantir de toutes les condamnations qui seraient prononcées à son encontre dans le cadre de la demande principale, tant que la s.a. Radio Public ne lui a pas transmis les signaux des émissions numériques de Canal + Belgique;

Que, par ordonnance du 24 juin 1998, le premier juge a déclaré la demande principale non fondée à défaut d'urgence et à défaut pour Canal + Belgique de réunir les conditions exigées pour obtenir en référé une mesure d'anticipation, qu'il a corrélativement déclaré la demande en garantie de l'a.s.b.l. Wolu TV sans objet;

Que cette décision a été frappée d'appel le 7 août 1998;

5. Attendu qu'entre-temps, soit le 8 juin 1998, Canal + Belgique a déposé une plainte à l'encontre de Coditel, de Radio Public et de Wolu TV auprès du Conseil de la concurrence, du chef de la violation de l'article 3 de la loi sur la protection de la concurrence économique (L.P.C.E.), qui interdit l'abus d'une position dominante;

Qu'en tant qu'elle est dirigée contre Radio Public, cette plainte retient comme abus la pratique de prix excessifs et discriminatoires et le recours à l'offre conjointe; que, par ailleurs, l'abus reproché à Wolu TV consiste dans le refus d'accès et le refus d'adaptation au progrès technique (*quiet life abuse*);

Que cette procédure est actuellement pendante;

6. Attendu que, le 23 août 1998, Canal + Belgique a fait citer Radio Public et Wolu TV, en même temps que Coditel, au fond devant le tribunal de première instance de Bruxelles; que la cause a été renvoyée au rôle;

7. Attendu qu'ainsi que précédemment exposé, début octobre 1998, Radio Public a annoncé par la voie d'une importante campagne publicitaire, être en mesure d'offrir à ses abonnés de nouveaux bouquets payants, considérés par Canal + Belgique comme des produits concurrents à ses programmes numériques;

Que Radio Public, qui est le seul télédiffuseur a avoir mis en place une «interface commune», pour la distribution d'une offre segmentée, distincte de l'offre de base, allait, dès le début des négociations entre les parties, subordonner l'accès de Canal + Belgique à son réseau pour la distribution de ses programmes numériques, notamment à la condition que les abonnés de Canal + Belgique utilisent désormais un décodeur fourni par la s.a. Radio Public, cette dernière se chargeant en outre d'assurer elle-même la gestion des abonnés de Canal + Belgique ainsi que l'accès conditionnel;

Que Canal + Belgique a fait une offre à Radio Public et à Wolu TV, le 19 octobre 1998, à titre provisionnel, de transport de ses signaux numériques et analogiques;

Que, dans sa réponse du 29 octobre 1998, Radio Public a confirmé qu'elle «entend conserver la maîtrise totale de la capacité de son réseau ainsi que de l'accès à son réseau, tant en amont (accès des fournisseurs de programmes) qu'en aval (accès clients)», en précisant qu'elle n'a «plus pour politique de céder la maîtrise d'un ou plusieurs canaux à des chaînes»; qu'elle ajoutait qu'elle était d'accord pour «distribuer les programmes existants de Canal + Belgique à ses clients moyennant l'interface commune» qu'elle avait mise en place, moyennant accord notamment sur la rémunération à payer par Canal + Belgique, la durée de la distribution et les programmes à distribuer; qu'elle faisait enfin part à Canal + Belgique de son souhait d'obtenir sa collaboration pour le remplacement de ses décodeurs analogiques et le transfert administratif de ses clients, et ce, avant le 31 janvier 1999;

Attendu que ces éléments nouveaux ont déterminé Canal + Belgique à introduire, le 6 novembre 1998, une demande de mesure provisoire auprès du président du Conseil de la concurrence sur la base de l'article 35 de la L.P.C.E.;

Que le rapport motivé prévu par cette disposition a été établi le 27 novembre 1998 par le service de la concurrence;

Qu'il constate, *prima facie*, que la s.a. Radio Public a enfreint l'article 3 de la L.P.C.E. en imposant à la s.a. Canal + Belgique des conditions supplémentaires et non indispensables à la mise à la disposition d'un ou des

canaux demandés par cette dernière; qu'il considère en revanche qu'une telle infraction ne peut être retenue, *prima facie*, dans le chef de l'a.s.b.l. Wolu TV aux motifs, d'une part, que celle-ci n'a pu bénéficier d'un délai normal pour négocier et, d'autre part, qu'elle se trouve, vis-à-vis de Radio Public, dans une situation de dépendance technique, qui implique que tant que cette dernière ne capte pas le signal numérique de Canal + Belgique, Wolu TV est dans l'impossibilité de transmettre le triple programme numérique sur son réseau;

Que le Service conclut néanmoins au non-fondement de la demande à défaut pour Canal + Belgique de justifier d'un préjudice grave, imminent et irréparable, au sens de l'article 35 de la L.P.C.E.;

8. Attendu que l'appel interjeté par la s.a. Canal + Belgique contre l'ordonnance du 24 juin 1998 tend, aux termes de ses conclusions, à entendre condamner Radio Public et Wolu TV à titre provisoire à distribuer sur leur réseau de télédistribution, au moment de leur diffusion et dans leur intégralité, l'ensemble de ses programmes, et donc aussi les programmes numériques blanc, jaune et bleu actuels, jusqu'à l'issue de l'action au fond, moyennant une rémunération provisionnelle de 50 F par an et par abonné au réseau de Coditel (il faut lire sans doute: aux réseaux de Radio Public et de Wolu TV), sans reconnaissance préjudiciable de l'une ou l'autre partie quant au montant et au principe de ce paiement, ainsi qu'à entendre réserver à cet effet un canal de télédistribution supplémentaire pour la diffusion desdits programmes numériques, sous peine d'une astreinte de 500 000 F par jour de retard;

Attendu que la s.a. Radio Public et l'a.s.b.l. Wolu TV concluent, pour leur part, à titre principal, à l'irrecevabilité ou, à tout le moins, au non-fondement de l'appel;

Que, subsidiairement, Radio Public sollicite que, dans l'hypothèse où la cour lui imposerait la distribution des signaux numériques de Canal + Belgique, il soit précisé que cette distribution se réalisera via son interface commune et moyennant le droit pour elle de remplacer à ses frais les décodeurs analogiques de Canal + Belgique par ladite interface, ces décodeurs étant restitués à cette dernière; qu'elle demande en outre divers aménagements de la mesure sollicitée;

Qu'elle sollicite au surplus qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle ne s'oppose pas à fournir à Wolu TV les signaux de Canal + Belgique, soit si Wolu TV en fait la demande, soit en cas de condamnation par la cour;

Que, subsidiairement, l'a.s.b.l. Wolu TV demande l'institution d'une expertise ayant pour objet de décrire le nombre de canaux utilisés sur son réseau pour la diffusion des programmes analogiques du groupe Canal + (Canal + Belgique et Canal + France + Vlaanderen);

Qu'à titre tout à fait subsidiaire, elle sollicite que la mesure qui serait ordonnée soit précisée dans le sens qu'elle indique;

II. Discussion

[...]

B. Fondement de l'appel

a) Quant à l'urgence

[...]

1. Situation de Canal + Belgique

1.1. Attendu que, pour justifier l'urgence de sa demande, Canal + Belgique fait valoir qu'elle est confrontée à un problème inattendu, étant le fait qu'elle sera en rupture de stock de décodeurs analogiques à partir du 15 décembre 1998, alors qu'elle dispose d'un important stock de décodeurs numériques qu'elle est dans l'impossibilité d'écouler conformément à ses prévisions, notamment en l'absence de distribution sur les réseaux de Coditel, Radio Public et Wolu TV;

Qu'elle explique cette rupture de stock par le fait que le fabricant Philips a décidé d'arrêter définitivement la production de décodeurs analogiques, en raison de l'obsolescence de certains composants;

Attendu qu'il ressort cependant des éléments versés aux débats que cet élément ne présente aucun caractère inattendu pour Canal + Belgique, qui en a été avertie dès décembre 1994;

Qu'il lui eût été loisible de trouver un autre fournisseur et d'adapter sa technique dès ce moment;

Qu'elle a préféré, comme elle l'indique, «tablir sur une migration d'une partie de ses abonnés analogiques vers le numérique», escomptant de ce fait un retour des décodeurs analogiques

remplacés par les nouveaux décodeurs numériques;

Qu'elle a fait ainsi un choix commercial dont il lui appartient de supporter les conséquences;

Qu'il est en outre permis de s'interroger sinon sur la réalité, à tout le moins sur la gravité des difficultés invoquées par Canal + Belgique dès lors que celle-ci s'est livrée en septembre 1998 à une vaste campagne en faveur précisément de sa diffusion analogique;

Que le défaut de distribution des programmes numériques de Canal + Belgique par Coditel, Radio Public et Wolu TV ne paraît au surplus avoir qu'une incidence minime dans la situation de rupture de stock à laquelle elle serait exposée;

1.2. Attendu, cela étant, que Canal + Belgique expose par ailleurs, sans être contredite, avoir consenti des investissements considérables dans la technologie numérique (plus de 700 000 000 F, dont 245 000 000 F dans la construction d'un nouveau centre numérique à Charleroi et 455 000 000 F pour un premier lot de décodeurs);

Qu'elle fait valoir que, selon les données chiffres qu'elle a transmises au Service de la concurrence sous le bénéfice de la confidentialité, s'agissant de secrets d'affaires, les abonnements numériques conclus au cours de la période de sept mois de diffusion des nouveaux programmes numériques qui vient de s'écouler ne correspondent qu'à 25% de ses prévisions;

Qu'elle attribue ces mauvais résultats au fait que 80% de la Région bruxelloise n'a pas accès à ces programmes, à la circonstance qu'elle s'est abstenue de toute publicité à grande échelle jusqu'en octobre 1998 en raison du défaut de distribution desdits programmes par Coditel, Radio Public et Wolu TV, ainsi qu'à l'impact négatif que représentent les plaintes des mécontents qui dépendent des réseaux de ces télédiffuseurs;

Que, pour prouver l'insatisfaction de ces abonnés, elle produit de nombreuses lettres de plainte émanant de détaillants en télévisions et de clients, dont certains menacent de se désabonner et même d'abandonner le câble au profit de la parabole satellite; qu'elle fait en outre état, pour le seul mois d'octobre, de 133 plaintes ou demandes de renseignements sur le numérique qui lui ont été adressées par téléphone;

Qu'elle fait valoir que cette insatisfaction lui fait perdre non seulement des abonnés, mais l'empêche en outre d'en convaincre de nouveaux; elle considère que la distribution numérique est appelée à jouer un rôle essentiel de «produit d'appel», qui lui permet d'escompter environ 220 000 abonnés à un horizon de cinq ans, contre 17 000 actuellement, et d'espérer ainsi un amortissement rapide de son investissement; qu'elle se réfère à cet égard à ce qui s'est passé en France, où l'apparition de Canal Satellite a permis l'apparition de 780 000 nouveaux abonnés et où l'offre de TPS a déjà convaincu 350 000 nouveaux clients;

Attendu que Radio Public et Wolu TV contestent, pour leur part, la responsabilité que Canal + Belgique leur impute dans l'échec relatif de son projet numérique;

Qu'il est vrai que la diffusion numérique de Canal + Belgique est assurée actuellement par de nombreux autres télédiffuseurs en Wallonie et par Brutele en région bruxelloise;

Que les chiffres réalisés en Wallonie depuis mars 1998 sont faibles, ainsi que le rapport du Service de la concurrence le constate (p. 18);

Attendu qu'il est possible que cette mauvaise rentabilité s'explique en partie par le prix demandé pour l'abonnement à la diffusion numérique, qui est de 60% plus élevé que celui de l'abonnement à la diffusion analogique (1 645 F par mois pour le premier, auxquels s'ajoutent une garantie et un droit d'entrée de 3 000 F, contre 1 095 F pour le second, avec une garantie récupérable de 3 000 F, ou 1 245 F sans garantie); que Canal + Belgique a signalé toutefois en plaidoiries son intention de diminuer ce prix;

Que Radio Public et Wolu TV réduisent par contre abusivement les avantages de la division numérique de Canal + Belgique; que, s'il est vrai que le contenu de ses programmes numériques est le même que celui de son programme analogique, il reste qu'outre le fait qu'il est diffusé selon des horaires différents, il est indéniable que les conditions techniques dans lesquelles les programmes numériques peuvent être captés sont d'une qualité sensiblement supérieure;

Que le rapport du Service de la concurrence confirme que la diffusion numérique constitue une «évolution technologique importante» et que «comme s'accordent à le dire les obser-

vateurs, l'avenir de la télévision passe par le numérique» (p. 4);

Que, dans cette perspective, le fait que l'obtention des avantages du numérique suppose l'acquisition d'un téléviseur permettant de les obtenir, pour un prix le cas échéant plus élevé que celui d'un appareil n'offrant pas cette possibilité, n'apparaît pas de nature à entraver cette évolution;

Qu'il y a dès lors tout lieu d'admettre que, si le prix de l'abonnement à la diffusion numérique était baissé, l'effet de «produit d'appel» escompté par Canal + Belgique se réaliserait;

Que si, ainsi que le Service de la concurrence le relève, il était possible à Canal + Belgique d'effectuer une campagne publicitaire ciblée sur les régions où le numérique était déjà disponible (rapport, p. 18), il reste qu'une publicité nationale de grande envergure apparaît comme le meilleur moyen de sensibiliser le public aux avantages du numérique; que la non-distribution des programmes numériques dans 80% de la Région de Bruxelles-Capitale constitue à l'évidence un grave inconvénient dans le cadre de la réalisation d'une telle campagne;

Que le nombre relativement limité de demandes de renseignements sur le numérique dont la s.a. Canal + Belgique fait état pour le mois d'octobre ne permet pas, près, *prima facie*, de quantifier le préjudice subi par cette dernière du fait de ce défaut de distribution; que, tenant compte du nombre des abonnés de Canal + Belgique auprès de Coditel, Radio Public et Wolu TV, le Service de la concurrence a certes estimé que, si les 133 demandes de renseignements en question se transformaient en demandes d'abonnements (ce qui n'est pas automatiquement le cas), le préjudice de Canal + Belgique serait de 0,5 à 1%; qu'outre que lesdites demandes ne concernent qu'un seul mois, ce raisonnement méconnaît toutefois le fait que nombre d'abonnés insatisfaits ne sollicitent pas de renseignements, ni ne manifestent leur mécontentement par téléphone;

Attendu qu'il est vrai que Canal + Belgique reste en défaut d'établir que, depuis mars 1998, des abonnés auraient résilié leur contrat avec Radio Public et Wolu TV pour acquérir une antenne parabolique et capter les émissions de télévision par la voie d'un satellite;

Qu'il résulte au contraire des termes mêmes de la plainte que la s.a.

Canal + Belgique a déposée le 8 juin 1998 auprès du Conseil de la concurrence qu'elle considère elle-même ce risque comme théorique;

Qu'elle s'y exprime en effet comme suit: «Canal + n'est pas libre dans le choix de la manière d'atteindre son public. Canal + dépend en effet du choix que ce public a déjà fait pour recevoir ses programmes de télévision. L'inertie du public pour changer de moyen de réception des signaux de télévision s'explique notamment par le coût de l'investissement, les frais de placement, le caractère inesthétique et les contraintes urbanistiques et fiscales liées aux antennes paraboliques et conventionnelles. Cette inertie et la part massive des abonnés au câble dans les foyers belges démontrent que le câble est un passage obligé pour Canal +»;

Attendu qu'il apparaît en revanche que les abonnés de la s.a. Canal + Belgique pourraient se désintéresser d'elle au profit des 17 chaînes payantes, et en particulier des grandes chaînes concurrentes, telles que TPS et AB SAT, qui sont actuellement distribuées par Radio Public et Wolu TV;

Que l'urgence qui naît de cette situation s'est accrue en raison de l'extension de ces bouquets optionnels à laquelle Radio Public s'est livrée en octobre 1998;

Que Radio Public ne conteste au demeurant pas l'existence de ce risque concurrentiel (...);

Qu'elle fait seulement valoir que si la nécessité de devancer cette concurrence constituait une urgence réelle pour la s.a. Canal + Belgique, elle aurait accepté que la distribution de ses programmes numériques se réalise via l'interface commune de la s.a. Radio Public, ainsi que celle-ci le lui a proposé à de nombreuses reprises depuis le début de 1997; qu'elle en déduit que Canal + Belgique tente en réalité d'obtenir la reconnaissance par la voie judiciaire de l'ordre de priorité qu'elle s'est elle-même fixé quant à ses objectifs stratégiques;

Attendu que l'absence d'urgence de la mesure sollicitée ne peut cependant être déduite du refus de Canal + Belgique d'accepter une condition de Radio Public qu'elle dénonce comme s'inscrivant dans une pratique prohibée d'offre conjointe et dont elle estime, d'une manière n'apparaissant pas comme déraisonnable, que la mise en œuvre serait de nature à lui causer un grave préjudice;

Que Radio Public expose à cet égard que le recours à l'interface commune présente des avantages non seulement pour le client (en ce qu'il lui facilite l'accès au plus grand nombre possible de programmes optionnels, notamment par l'utilisation d'un seul décodeur) et pour le télédiffuseur (dans la mesure où il accroît, pour des raisons techniques, la capacité de son réseau et, ainsi, la diversification de son offre et constitue pour lui la solution la plus économique), mais également pour les chaînes elles-mêmes;

Que, sur ce dernier point, Radio Public fait valoir qu'un décodeur et une gestion administrative de la clientèle communes contribuent à rendre le marché plus accessible à de nouveaux fournisseurs de programmes, dès lors qu'un client qui s'est abonné à un programme en offre optionnelle et qui a déjà loué le décodeur spécifique que la chaîne qui diffuse ce programme aura mis à disposition (moyennant rémunération) est plus réticent à s'abonner à d'autres programmes, émanant de chaînes concurrentes s'il doit se procurer un deuxième ou un troisième décodeur, alors qu'un décodeur commun encourage le client à choisir d'autres programmes et stimule donc la concurrence entre les chaînes;

Que cette argumentation de Radio Public s'applique cependant aux chaînes qui souhaitent pénétrer sur un marché et se bornent à produire des programmes; qu'elle méconnaît le fait que Canal + Belgique exerce quant à elle son activité dans la Région de Bruxelles-Capitale depuis 1989 et qu'elle a toujours géré elle-même ses abonnés ainsi que le système d'accès conditionnel dont elle expose qu'ils sont le cœur de son activité, les télédiffuseurs se bornant jusqu'à ce jour à mettre à sa disposition un canal lui permettant d'atteindre ses abonnés;

Que la proposition de Radio Public était en outre subordonnée à d'autres conditions – de prix et de durée de la convention – considérées comme excessives et discriminatoires par la s.a. Canal + Belgique;

Que, sur le plan de l'appréciation de l'urgence, le refus opposé par cette dernière à la proposition de Radio Public ne peut dès lors être considéré comme significatif;

Qu'en revanche, le risque de voir des abonnés de Radio Public et Wolu TV choisir l'un des bouquets payants offerts par celles-ci et directement concurrentiels aux programmes numé-

riques de la s.a. Canal + Belgique est susceptible, à l'évidence, de causer à cette dernière un préjudice considérable – et ce d'autant plus que les abonnés qui auraient accepté de payer un supplément pour accéder à ces bouquets hésiteront très généralement à exposer encore les frais d'un abonnement auprès de Canal + Belgique;

Que ce risque réel de préjudice pour la s.a. Canal + Belgique existe nonobstant le fait que celle-ci ne compte que, respectivement, 7 000 et 1 293 abonnés sur les réseaux de Radio Public et de Wolu TV qui en comportent, pour la première 180 000 et, pour la seconde, 19 077;

Que les effets de l'attitude de Radio Public et de Wolu TV se cumulent au demeurant avec ceux de la position de Coditel;

Qu'il ne peut être dénié que le défaut de distribution des programmes numériques de Canal + Belgique dans 80% des foyers bruxellois occasionne, *prima facie*, à cette dernière à tout le moins de sérieux inconvénients sur le plan de la rentabilité de ses investissements et du maintien de son image auprès du public;

2. Situation de Radio Public et de Wolu TV

Attendu que Radio Public et Wolu TV exposent que le programme analogique de Canal + Belgique tel qu'elles le distribuent actuellement occupe déjà trois canaux, ainsi rendus indisponibles pour tout autre programme ou service, en raison du phénomène de «pollution» résultant de ce que le décodeur de Canal + Belgique génère une fréquence qui parasite le canal voisin, que le même phénomène se produit en ce qui concerne la distribution du programme analogique de Canal + Vlaanderen, avec la conséquence que «le groupe Canal +» occupe une capacité de six canaux sur les réseaux de Radio Public et de Wolu TV, pour un nombre fort limité d'abonnés;

Que Canal + Belgique conteste cette assertion, en précisant qu'en toute hypothèse, la «pollution» en question ne se produit qu'en aval du dispositif (décodeur ou autre), ce qui implique qu'elle ne gêne que l'abonné qui a branché un tel dispositif sur sa télévision et l'a laissé allumé et ne dérange donc ni les autres abonnés, ni celui qui a éteint le dispositif; qu'elle souligne en outre que ses décodeurs

numériques ne produisent aucun effet de ce genre;

Attendu qu'il ne se justifie pas de recourir à l'expertise sollicitée subsidiairement par Wolu TV en vue d'établir le nombre de canaux effectivement utilisés sur son réseau pour la diffusion des programmes analogiques du groupe «Canal +»;

Que la seule question qui se pose est en effet de savoir si Radio Public et Wolu TV disposent encore de la capacité nécessaire sur leur réseau pour assurer la distribution des programmes numériques de Canal + Belgique;

Que cette question doit être résolue par l'affirmative en ce qui concerne Radio Public, qui admet avoir encore un canal disponible;

Que le Service de la concurrence s'est borné sur ce point à constater que la disponibilité des canaux des câlo-distributeurs incriminés devait faire l'objet d'une étude dans le cadre de l'examen de la plainte au fond (rapport, p. 16);

Qu'en l'état actuel des choses, Radio Public se borne à affirmer – sans l'établir – qu'elle ne dispose plus que d'un canal disponible et qu'il importe que ce canal reste libre pour des raisons de sécurité, dans l'hypothèse où un autre de ses canaux deviendrait indisponible;

Qu'elle ne prouve cependant pas davantage cette dernière assertion; que Wolu TV ne paraît pas avoir, quant à elle, jugé nécessaire de conserver un canal de sécurité;

Qu'il faut en outre constater que Radio Public a trouvé au moins 17 canaux pour offrir à ses abonnés ses nouveaux bouquets de chaînes, depuis le prononcé de l'ordonnance attaquée du 21 juin 1998; que c'est ainsi en connaissance de cause qu'elle a utilisé, selon ses dires, la quasi-totalité de la capacité de son réseau, alors qu'elle savait qu'elle pourrait s'entendre ordonner de mettre un canal supplémentaire à la disposition de Canal + Belgique;

Attendu que Wolu TV déclare, quant à elle, sans davantage en apporter la preuve, qu'elle ne disposerait plus d'aucun canal depuis le 2 novembre 1998, avec la conséquence que, s'il était fait droit à la demande, une des chaînes qu'elle distribue devrait être supprimée, soit de l'offre de base (au préjudice de ses 19 077 abonnés), soit de son offre complémentaire (au préjudice d'une chaîne

thématique et de ses abonnés aux bouquets complémentaires);

Que Wolu TV n'indique pas, par ailleurs, le préjudice susceptible de lui être causé par ladite suppression de l'une de ses chaînes;

Qu'en toute hypothèse, elle serait malvenue de se prévaloir de ce préjudice, dès lors qu'elle a pris délibérément le risque de l'encourir en réduisant la capacité disponible de son réseau à un moment où la présente procédure d'appel était pendante;

3. Balance des intérêts en présence

Attendu qu'il s'impose de considérer que le préjudice susceptible d'être encouru par la s.a. Radio Public, dans l'hypothèse où elle serait contrainte de distribuer les programmes numériques de la s.a. Canal + Belgique jusqu'à l'issue de la procédure au fond (cette notion de «préjudice» n'étant utilisée que sous réserve de ce qui sera dit ci-après concernant les obligations pouvant peser sur Radio Public en raison du régime dit du *must carry*), serait moindre que le préjudice de nature à être subi par cette dernière dans le cas où cette distribution provisoire n'interviendrait pas, étant entendu que Canal + Belgique devrait payer une rémunération provisionnelle à Radio Public en contrepartie de cette distribution au cours de cette période d'attente;

Qu'il en est d'autant plus ainsi que la s.a. Radio Public admet elle-même en conclusions qu'elle «a toujours manifesté un grand intérêt pour les programmes de (Canal + Belgique)» et que la distribution des programmes numériques de cette dernière doit lui profiter à terme, dès lors que la distribution des signaux numériques n'occupe qu'un canal et permet d'envoyer jusqu'à huit programmes (concl. de synthèse, pp. 6 et 30);

Que le principal obstacle à l'aboutissement des négociations entre les parties consiste dans le refus de Canal + Belgique de recourir à l'interface commune de Radio Public;

Que cette dernière a cependant distribué jusqu'à ce jour le programme analogique de Canal + Belgique conformément aux termes de la convention conclue avec elle, en lui permettant d'utiliser ses propres décodeurs et de gérer elle-même ses abonnés; que la poursuite de cette pratique conventionnelle pendant la durée de la procédure au fond en ce qui concerne

les programmes numériques n'apparaît pas de nature à préjudicier sérieusement les intérêts de Radio Public;

Que la même analyse suppose en ce qui concerne l'a.s.b.l. Wolu TV;

4. Attitude de Canal + Belgique

Attendu que Radio Public et Wolu TV déniaient encore l'urgence de la mesure sollicitée au motif que la s.a. Canal + Belgique aurait provoqué elle-même la situation d'urgence dont elle se prévaut;

Que Radio Public fait valoir à cet égard:

- que des pourparlers avaient été initiés par les parties dès la fin de l'année 1996, en vue de la signature d'un accord concernant les conditions et modalités de la distribution des programmes numériques de la s.a. Canal + Belgique, mais que cette dernière s'est abstenue de donner suite aux premiers contacts qui avaient été noués, et que Radio Public souhaitait approfondir, parce qu'elle «anticipait» sur le régime du *must carry* dont elle espérait bénéficier tant en Communauté française qu'à Bruxelles, pour se trouver en position de force face aux télédistributeurs;

- que Canal + Belgique a annoncé ensuite unilatéralement qu'elle commencerait sa diffusion numérique début mars 1998, sans prendre le moindre contact avec Radio Public en vue de s'accorder avec elle sur les modalités de la distribution de ces programmes;

- que c'est Canal + Belgique qui a interrompu les négociations en cours après la signification de la citation en référé le 23 avril 1998 et n'entend actuellement plus les poursuivre, ayant déposé le 8 juin 1998 une plainte auprès du Conseil de la concurrence;

- que Canal + Belgique n'a introduit son action au fond que le 13 août 1998, a interjeté appel contre l'ordonnance du 24 juin 1998 seulement le 7 août, soit plus de six semaines après le prononcé de la décision, et attendu le 6 novembre 1998 pour solliciter des mesures provisoires du président du Conseil de la concurrence;

Que Wolu TV allègue, quant à elle:

- que ce n'est qu'en août 1997 que Canal + Belgique lui a fait part, pour la première fois, de sa volonté de redéfinir les conditions de la distribution de ses programmes, tant en analogique qu'en numérique;

- que, toutefois, après son courrier du 27 août 1997, Canal + Belgique n'a plus pris aucun contact avec Wolu TV à ce sujet avant le 2 avril 1998, pour la mettre alors devant le fait accompli;

- qu'alors qu'aucune contrainte technique, économique ou juridique ne l'y obligeait, Canal + Belgique a, d'une manière unilatérale, décidé de commencer la diffusion de ses programmes numériques à partir du 1^{er} mars 1998, après avoir réalisé une campagne publicitaire en faveur de ceux-ci;

- que, sans laisser à Wolu TV le temps de prendre connaissance du projet de nouvelle convention qu'elle lui avait communiqué le 2 avril 1998, Canal + Belgique l'a fait citer en référé vingt jours plus tard, après lui avoir adressé un rappel le 7 avril et une mise en demeure le 15 avril; qu'elle a ainsi tenté, selon Wolu TV, un «coup de force judiciaire»;

- que Canal + Belgique a enfin fait preuve d'un manque de diligence sur le plan procédural;

Attendu qu'il est exact que le juge des référés peut dénier l'urgence lorsque le dommage ou les inconvénients résultent des actes, licites ou non, du demandeur (Cass. 17 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 156, p. 330);

Qu'il n'apparaît cependant pas que tel soit le cas en l'espèce;

Que les éléments versés aux débats révèlent en effet:

- que Canal + Belgique a informé, dès le 18 décembre 1996, le collège bruxellois de l'Union professionnelle de radio et télédistribution (RTD, dont Radio Public et Wolu TV sont membres) de son intention de diffuser son programme en mode numérique et a sollicité à cette fin la disposition d'un canal supplémentaire» dès que possible»;

- qu'elle a envoyé un rappel à ce collège bruxellois le 4 mars 1997, en lui faisant part de ce qu'elle avait déjà obtenu l'accord du collège wallon de la R.T.D.;

- qu'elle s'est adressée directement à Radio Public, le 13 mars 1997, pour lui demander son accord pour le mois d'avril suivant, en soulignant que, «compte tenu des nécessités techniques et commerciales, il dev(enait) ... indispensable de démarrer (la transmission numérique de son programme) au plus vite»;

- que, se référant à de précédents courriers et entretiens, elle a écrit à

Radio Public, le 27 août 1997, qu'elle souhaitait «continuer (leurs) discussions entourant les futures conditions de distribution de (ses) programmes, tant en analogique qu'en numérique»; qu'elle a adressé le même courrier à la même date à Wolu TV;

- que, le 9 décembre 1997, Radio Public a adressé à Canal + Belgique un téléfax notamment comme suit: «Lors de notre dernière réunion fin septembre, nous vous avons présenté nos efforts en termes de promotion de ventes et de projets d'avenir pour une collaboration future entre nos deux sociétés qui passerait par l'intermédiaire de la vente des programmes payants de Canal + et des bouquets supplémentaires de TVD par notre décodeur. Lors d'un entretien téléphonique qui a suivi, vous m'avez expliqué que Canal + voyait cette collaboration comme possible...»;

- que par un courrier du 23 février 1998, faisant notamment référence à de secrètes discussions, Canal + Belgique a informé Radio Public du démarrage de la transmission numérique de son signal à partir du 2 mars 1998 et l'a priée de mettre un canal supplémentaire à sa disposition en invoquant l'obligation de *must carry* pesant sur Radio Public;

- que, le 20 mars 1998, Radio Public lui a répondu qu'en dehors de toute considération sur la légalité de l'arrêté ministériel du 2 mars 1998, le statut du *must carry* n'implique aucun automatisme quant aux conditions et modalités selon lesquelles le câblodistributeur doit mettre à la disposition de ses diffuseurs un programme *must carry*, celles-ci devant être déterminées de commun accord entre le câblodistributeur et le diffuseur; que Radio Public constatait que des discussions avaient été entamées, mais n'avaient jusqu'à présent pas abouti en l'absence d'initiative de la part de Canal + Belgique; qu'elle indiquait qu'elle était disposée à poursuivre ces discussions et attendait dès lors toute proposition que Canal + Belgique lui adresserait:

- que, le 24 mars, cette dernière a communiqué à Radio Public un projet de convention, en sollicitant à nouveau la mise à disposition d'un deuxième canal et en marquant son accord sur le principe du partage d'un canal avec Canal + Vlaanderen, dès que le programme de cette société serait diffusé en numérique;

- que, ce courrier n'ayant reçu aucune réponse, Canal + Belgique a

adressé un rappel à Radio Public, le 1^{er} avril 1998;

– que, le 2 avril 1998, Canal + Belgique a par ailleurs rappelé officiellement à Wolu TV son souhait d'obtenir le plus rapidement possible un canal supplémentaire, en se prévalant du régime du *must carry*, et lui a communiqué un projet de convention; qu'elle lui a adressé un rappel le 7 avril et, par la voie de son conseil, une mise en demeure le 15 avril; que Wolu TV lui a répondu qu'elle étudierait sa proposition lors d'une prochaine réunion de son conseil d'administration;

– que des négociations se sont poursuivies entre Radio Public et Canal + Belgique jusqu'à la citation en référé, mais sans aboutir à un accord;

– que, le 23 juillet 1998, en réponse à un courrier de Canal + Belgique du 14 juillet 1998, Wolu TV a fait savoir pour sa part à cette dernière qu'elle reportait l'examen de son projet de nouvelle convention jusqu'à l'issue de la procédure judiciaire engagée;

Attendu qu'à la lumière de ces éléments, il ne peut être admis qu'ainsi que Radio Public l'affirme, Canal + Belgique se serait abstenue de donner suite aux premiers contacts qui avaient été noués et qu'elle-même souhaitait approfondir;

Que Wolu TV ne peut soutenir, quant à elle, avoir été surprise par la demande de mise à disposition d'un canal supplémentaire réitérée par Canal + Belgique dans son courrier du 2 avril 1998, alors que des discussions avaient été entreprises au sein de la RTD, dont elle était membre, et se poursuivaient avec Radio Public, société avec laquelle elle entretient des relations étroites;

Attendu qu'il apparaît au contraire de ce qui précède que Canal + Belgique n'a entrepris la diffusion de ses programmes numériques qu'après plus d'un an de négociations et à un moment où elle disposait de l'accord de tous les télédiffuseurs, à l'exception de Coditel, de Radio Public et de Wolu TV; que s'agissant de ces derniers, elle pouvait légitimement escompter qu'ils respecteraient l'obligation de *must carry* mise à leur charge par la loi du 30 mars 1995 et l'arrêté ministériel du 2 février 1998, qu'il est dénué de pertinence que l'autorisation de diffusion qui lui avait été accordée par la Communauté française soit venue à échéance le 3 février 1998, dès lors que cette autorisation renouvelée – d'une manière

prévisible – par arrêté du 20 avril 1998, avec effet au 1^{er} janvier 1998;

Que Radio Public et Wolu TV sont malvenues dans ces conditions de reprocher à Canal + Belgique d'avoir tout mis en œuvre, à partir de mars 1998, pour rentabiliser effectivement ses investissements en matière de technologie numérique;

Que c'est dans cette perspective que Canal + Belgique a procédé, tout aussi légitimement, à des campagnes publicitaires en faveur de ce type de diffusion, cette publicité ayant du reste été réalisée essentiellement à l'intention de ses seuls abonnés, par la voie du magazine qui leur est adressé tous les mois;

Que le fait qu'elle n'ait pas mentionné expressément dans cette publicité que ladite diffusion n'était pas distribuée par Coditel, Radio Public et Wolu TV n'apparaît pas comme de nature à aggraver sensiblement l'insatisfaction créée dans le chef de ces abonnés par ce défaut de distribution;

Attendu enfin qu'il convient de rappeler que la demande en référé peut être introduite indépendamment de toute autre demande; qu'il n'est pas requis qu'elle soit accompagnée ou suivie d'une demande au principal (P. MARCHAL, *op. cit.*, p. 70, n° 37);

Que, certes, le recours au référé ne se justifie que «lorsque la procédure ordinaire serait impuissante à résoudre le différend en temps voulu» (Ch. VAN REEPINGHEN, «Rapport sur la réforme judiciaire», 1964, p. 218);

Que, compte tenu de la longueur des délais de fixation devant le juge du fond, il n'apparaît pas que, même dans l'hypothèse où Canal + Belgique aurait agi au fond plus tôt – ce que Radio Public et Wolu TV lui reprochent de ne pas avoir fait – le litige aurait pu être tranché par le juge du fond suffisamment rapidement pour que les droits dont Canal + Belgique pourrait se prévaloir soient sauvegardés;

Que n'est pas davantage significatif le fait que la s.a. Canal + Belgique ait attendu plus de six semaines pour interjeter appel de l'ordonnance du 24 juin 1998, dès lors que cette décision avait été prononcée à la veille des vacances judiciaires et qu'en égard au degré de l'urgence invoquée, il eût été illusoire d'espérer obtenir une fixation de la cause durant les vacances, s'agissant de surcroît d'une affaire appelant deux audiences de plaidoiries;

Qu'il n'y a pas lieu non plus d'avoir égard au fait que Canal + Bel-

gique n'a introduit que le 6 novembre 1998 une demande de mesures provisoires auprès du président du Conseil de la concurrence; qu'elle avait en effet déjà introduit la présente procédure en référé dont l'objet est le même que celui de ladite demande; qu'elle expose en outre qu'elle a saisi le président du Conseil de la concurrence en considération d'éléments nouveaux, consistant notamment dans l'élargissement de ses bouquets optionnels par Radio Public en octobre 1998;

Attendu qu'il s'ensuit que l'urgence de la mesure sollicitée par Canal + Belgique ne peut être considérée comme découlant de l'attitude cette dernière;

Attendu que, pour l'ensemble des motifs qui précèdent, il y a lieu d'admettre l'existence de l'urgence requise par l'article 584, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire;

b. Quant à l'apparence de droit

Attendu que Canal + Belgique reproche à Radio Public et Wolu TV d'adopter un comportement illégal à un double titre: qu'elle leur fait grief de violer, d'une part, l'article 3 de la L.P.C.E., qui prohibe l'abus de position dominante, et d'autre part, l'article 13 de la loi du 30 mars 1995 et son arrêté ministériel d'exécution du 2 février 1998, qui imposent aux télédiffuseurs une obligation de *must carry*;

Attendu que Radio Public et Wolu TV soutiennent que, la mesure sollicitée par Canal + Belgique s'analysant en une mesure d'anticipation d'une éventuelle décision au fond, il incombe à Canal + Belgique de prouver que les droits dont elle se prévaut sont évidents et incontestables;

Attendu que cette argumentation ne peut cependant être avalisée;

Que la mesure sollicitée en l'espèce tend, en effet, seulement, ainsi qu'il a été dit, à l'aménagement d'une situation provisoire dans l'attente d'une décision au fond; qu'elle n'est en rien susceptible de porter définitivement et irréversiblement atteinte aux droits de Radio Public et de Wolu TV; que, bien au contraire, elle implique seulement la mise à la disposition de Canal + Belgique d'un canal de télédiffusion de Radio Public, d'une part, et de Wolu TV, d'autre part, ce qui n'a rien d'irréversible, moyennant le paiement d'une rémunération provisionnelle raisonnable;

Que, si le juge des référés ne peut établir des droits, ni régler définitivement la situation des parties, il peut, par contre, ordonner des mesures telles que celle sollicitée par Canal + Belgique pour autant que des droits apparents justifient la décision (Cass. 2 novembre 1996, *Pas.*, 1996, I, n° 454, p. 1158 - cf. aussi Cass., 31 janvier 1997, *Larcier cass.*, 1997, n° 1174, p. 205);

Qu'avant de se prononcer, le juge des référés doit comparer le préjudice que subirait la partie demanderesse dans l'hypothèse ou la mesure sollicitée ne serait pas accordée au préjudice susceptible d'être causé à la partie défenderesse par cette mesure;

Que cette comparaison peut reposer non seulement sur l'importance économique des préjudices respectifs, mais également sur une première appréciation du fond du litige, car «à une apparence relativement faible peut correspondre une protection affaiblie», voire nulle (Bruxelles, 3 janvier 1985, *J.T.*, 1985, p. 73; J. VAN COMPERNOLLE, «Actualité du référé», *Ann. dr. Louvain*, 1989, p. 150);

Attendu que le préjudice qu'entraînerait pour Radio Public l'accueil de la demande est d'autant plus limité qu'elle dispose en tout cas encore d'un canal disponible; que, par ailleurs, ainsi que précédemment relevé, c'est en connaissance de cause que Wolu TV a, selon ses dires, épuisé la capacité de son réseau à la veille des audiences de plaidoiries en la présente cause; que le préjudice qui pourrait résulter de l'obligation dans laquelle elle se trouverait de devoir supprimer une des chaînes qu'elle distribue se serait fait droit à la demande de Canal + Belgique n'aurait, à le supposer établi, aucun caractère irréparable;

Qu'il a été constaté précédemment que le préjudice de la s.a. Canal + Belgique serait par contre non négligeable si la mesure qu'elle demande ne lui était pas accordée;

Attendu que, cela étant, il s'impose de vérifier si les illégalités dénoncées par Canal + Belgique présentent une apparence suffisante pour justifier ladite mesure;

1. Article 3 de la L.P.C.E.

1.1. Radio Public

Attendu que Canal + Belgique impute un abus de position dominante à Radio Public en raison des prix exces-

sifs et discriminatoires qu'elle entend lui imposer (multiplication par quatre du prix demandé par canal de télédistribution et limitation du contrat à une durée de trois mois) et eu égard au caractère prohibé de l'offre conjointe de Radio Public, consistant dans la subordination de l'accord à l'obligation pour les abonnés de Canal + Belgique d'utiliser désormais un décodeur fourni par Radio Public, cette dernière se chargeant en outre d'assurer elle-même la gestion des abonnés de Canal + Belgique ainsi que l'accès conditionnel;

Que ces griefs sont formulés également par Canal + Belgique dans la plainte qu'elle a déposée auprès du Conseil de la concurrence; que l'intentement parallèle des deux procédures est toutefois permis par la loi;

Que force est de constater que lesdits griefs apparaissent, *prima facie*, comme sérieux;

Que le marché relevant quant aux produits paraît être celui de la distribution par câble; que la Commission européenne considère en effet que la distribution par câble constitue un marché distinct de la distribution par satellite ou hertzienne (cf. décision MSG/Media Service du 9 novembre 1994, IV/M 469, *J.O.*, L 364, p. 1; cf. aussi Bruxelles, 19 novembre 1997, *Ing.-cons.*, 1998, p. 76);

Que le marché géographique pertinent paraît, quant à lui, constitué par les communes desservies par Radio Public;

Que, sur ce territoire, la s.a. Radio Public détient un monopole de fait sur le câble dès lors qu'elle constitue un «passage obligé» pour un télédiffuseur qui, comme Canal + Belgique, veut atteindre les téléspectateurs belges;

Qu'il y a dès lors tout lieu d'admettre, *prima facie*, que Radio Public détient une position dominante sur le territoire couvert par son réseau;

Que ce territoire peut être considéré comme une partie substantielle du territoire belge;

Que tel semble en tout cas être le cas de l'ensemble des communes desservies par Coditel, Radio Public et Wolu TV; que ces trois télédiffuseurs couvrent ensemble 79,2% des foyers reliés à la télédistribution de la Région de Bruxelles-Capitale;

Que, compte tenu de la communauté d'intérêts existant apparemment entre eux, il paraît raisonnable d'admettre à tout le moins qu'ils adoptent ensemble une position dominante collective sur le territoire constitué par

lesdites communes (cf. Bruxelles, 19 novembre 1997, *op. cit.*, p. 77);

Que cette analyse rejoint celle faite par le Service de la concurrence (cf. pp. 7 et 14);

Attendu que, cela étant, la question se pose de savoir s'il existe une apparence d'abus, de la part de Radio Public, de la position dominante qu'elle détient;

Qu'il appartiendra au Conseil de la concurrence et au juge du fond d'apprécier si, comme Radio Public le soutient, une interface commune au télédiffuseur est le seul moyen de permettre à toutes les chaînes à péage d'accéder au câble sans discrimination et dans des conditions normales de concurrence;

Qu'il faut toutefois constater que, dans le régime de l'interface commune, le télédiffuseur gère l'accès aux programmes des chaînes repris en offre segmentée (gestions administrative et technique de l'accès: gestion des abonnements, mise à disposition d'un décodeur, entretien, etc.); que le client a donc un seul interlocuteur, tant sur le plan administratif que sur le plan technique, pour les abonnements auxdits programmes;

Que Radio Public relève certes que, si elles le souhaitent, les chaînes concernées et le télédiffuseur peuvent convenir que, sur la base des listes d'abonnés qui leur sont communiquées par le télédiffuseur, les chaînes assurent directement les contacts commerciaux avec les abonnés (publicité, annonces de lancement de nouveaux programmes, grilles horaires, etc.);

Que la cour estime cependant devoir se rallier à l'avis du Service de la concurrence, selon lequel, *prima facie*, Radio Public ne respecte pas le principe de proportionnalité entre le but poursuivi – étant la gestion rationnelle du câble – et les conditions proposées à Canal + Belgique, celles-ci apparaissant comme des conditions supplémentaires et non indispensables à la mise à la disposition du canal demandé;

Que le Service de la concurrence précise à cet égard qu'il semblerait dangereux qu'une société concurrente (en tant qu'offreur de programmes) puisse gérer d'une manière unilatérale le portefeuille clients de son concurrent, en telle sorte que, dans des conditions saines de concurrence, la politique de Canal + Belgique de garder la gestion de ses clients et la confidentialité de son portefeuille clients semble justifiée (rapport, p. 14);

Que le Service émet également l'avis que, «dans l'hypothèse où la télévision numérique devrait être considérée comme un nouveau marché, le comportement des trois télédistributeurs (et donc notamment de Coditel) ne pourrait avoir pour conséquence d'empêcher un nouvel opérateur désireux de pénétrer un nouveau marché de le faire, ni de limiter le développement technique au préjudice des consommateurs (cf. article 3, b, de la loi)»;

Que telle est également la conclusion de la cour au terme de l'examen limité des données de la cause auquel elle est tenue dans le cadre de la présente procédure, mue en référé;

Qu'il va de soi que cette conclusion ne préjuge en rien de la décision qui devra intervenir au fond à la lumière d'une analyse approfondie des implications des importantes transformations actuelles du secteur de l'audio-visuel;

1.2 Wolu TV

Attendu que les motifs exposés précédemment conduisent à admettre que Wolu TV détient également une position dominante;

Que Wolu TV paraît abuser de cette position dominante par le fait qu'elle reste en défaut de distribuer les programmes numériques de Canal + Belgique sans donner la moindre justification légitime de cette position, – et ce nonobstant le fait que la diffusion numérique constitue un progrès technique, dont Wolu TV se devrait, précisément en raison de sa position dominante, de faire bénéficier ses abonnés;

Que la justification de son attitude ne pourrait être trouvée dans sa dépendance technique à l'égard de Radio Public dès lors que cette dernière déclare expressément ne pas s'opposer à fournir à Wolu TV les signaux de Canal + Belgique si elle lui en fait la demande;

Attendu qu'une apparente violation de l'article 3 de la L.P.C.E. paraît, pour ces motifs, devoir être retenue dans le chef de Wolu TV aussi bien que dans celui de Radio Public;

2. Article 13 de la loi du 30 mars 1995 et arrêté ministériel du 2 février 1998

2.1. Quarts aux abus reprochés à Canal + Belgique

Attendu que Radio Public reproche à Canal + Belgique d'abuser

de sa position dominante sur le marché des programmes cryptés à péage, telle que renforcée par l'arrêté ministériel du 2 février 1998, pour s'assurer un avantage sur des concurrents potentiels en contraignant les télédistributeurs à la distribution immédiate de ses programmes numériques, sans égard au préalable légitime d'une négociation sur les modalités de cette distribution;

Attendu que ce moyen ne paraît pas pouvoir être accueilli, Canal + Belgique ne se prévalant pas en l'espèce de sa qualité d'organisme de télévision à péage, mais agissant seulement en tant que bénéficiaire du *must carry*, que peuvent aussi invoquer toutes les chaînes publiques et les quatre organismes – concurrents – désignés par l'arrêté du 2 février 1998;

Qu'il n'est au demeurant pas acquis que le marché relevant pour apprécier si Canal + Belgique jouit d'une position dominante soit celui de la télévision à péage (cf. en sens contraire, la décision du Conseil de la concurrence du 18 février 1998, n° 98, RPR-02);

Qu'en toute hypothèse, la s.a. Radio Public paraît malvenue d'invoquer ce moyen, alors que c'est elle qui abuse apparemment de sa position dominante en subordonnant la distribution des programmes numériques de Canal + Belgique à des conditions inacceptables au regard du droit de la concurrence;

2.2. Quant à l'apparence de droit de Canal + Belgique

2.2.1. Attendu que Radio Public et Wolu TV soutiennent, en premier lieu, que l'article 13, § 2 de la loi du 30 mars 1995 viole les articles 6, 56, 59 et 66 du Traité de Rome, en tant qu'il autorise le ministre à désigner comme bénéficiaires du *must carry* les seuls organismes relevant des Communautés française et flamande;

Attendu qu'il s'agit à l'évidence d'un moyen relevant de l'examen du fond du litige;

Que la violation alléguée ne peut être, *prima facie*, considérée comme présentant des apparences de fondement suffisantes sur la base des éléments actuellement versés aux débats;

2.2.2. Attendu que Radio Public et Wolu TV invoquent ensuite l'illégalité de l'arrêté ministériel du 2 février 1998, pour soutenir qu'il ne peut être appliqué en vertu de l'article 159 de la Constitution;

Qu'elles indiquent qu'elles ont introduit le 20 avril 1998, c'est-à-dire avant l'intentement de la présente procédure, un recours en annulation de cet arrêté devant le Conseil d'État;

Qu'elles font valoir qu'il viole l'article 3, § 1^{er} des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État, lequel impose aux ministres de soumettre à l'avis motivé de la section de législation du Conseil d'État le texte de tous «projets d'arrêtés réglementaires», «hors les cas d'urgence spécialement motivés»;

Que Radio Public et Wolu TV soutiennent que ledit arrêté a la nature d'un arrêté réglementaire dès lors qu'il édicte une règle générale applicable à quiconque exerce une activité de câblodistribution dans la Région de Bruxelles-Capitale, règle permanente destinée à s'appliquer jusqu'à son abrogation éventuelle; qu'il importe peu que le nombre de destinataires de la règle soit réduit, voire même déterminable;

Attendu que la s.a. Canal + Belgique dénie, quant à elle, le caractère réglementaire de l'arrêté en question en faisant valoir que celui-ci se contente de désigner, en application de la loi, les organismes de radiodiffusion qui bénéficient du *must carry* déjà mis en place d'une manière générale et permanente par l'article 13 de la loi du 30 mars 1995 et que c'est cette dernière disposition – et non l'arrêté – qui crée une «règle générale applicable à quiconque exerce une activité de télé-distribution dans la Région de Bruxelles-Capitale», en imposant à celui-ci de transmettre dans son réseau tous les programmes des chaînes publiques des Communautés française et flamande ainsi que ceux des chaînes privées désignées par le ministre compétent;

Attendu que cette argumentation de Canal + Belgique paraît, *prima facie*, revêtir une certaine pertinence;

Attendu que les autres illégalités soulevées dans la requête d'annulation ne peuvent être considérées comme présentant des apparences de fondement suffisantes sur la base des éléments actuellement versés aux débats;

Qu'il appartiendra au Conseil d'État de se prononcer, à l'issue d'un débat de fond, notamment sur les questions de savoir:

– si le seul fait que la Région de Bruxelles-Capitale ait un statut bilingue implique qu'en désignant quatre programmes francophones et

uniquement un programme néerlandophone comme programmes *must carry*, l'arrête en question instaure un traitement discriminatoire des deux groupes linguistiques (violation alléguée de l'article 13 de la loi du 30 mars 1995, des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe de légalité);

– si, par le régime du *must carry*, les télédiffuseurs se trouvent limités dans leurs possibilités de transmettre des programmes originaux d'autres États membres et, dans l'affirmative, si les restrictions que ce régime impliquerait ne sont pas justifiées par l'intérêt général (violation alléguée de l'art. 59 du Traité C.E.E. et de l'art. 2bis, § 1^{er} de la directive 89/552/C.E.E. du Conseil relative à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, telle que modifiée par la directive 97/86 C.E. du Parlement européen et du Conseil);

– si Canal + Belgique dispose d'une position dominante au sens de l'article 86 du Traité de Rome et si l'arrêté litigieux lui accorde un avantage lui permettant d'abuser de cette position;

Attendu qu'il convient de relever au demeurant qu'aucune demande de suspension de l'exécution dudit arrêté par application des règles du référé administratif n'a été introduite (art. 17 et s., L. coord. sur le Conseil d'État);

Attendu qu'il n'y a pas lieu pour ces motifs de considérer que Canal + Belgique serait privée du droit de se prévaloir, dans le cadre de la présente procédure, du bénéfice des droits attachés au *must carry*, droits dont elle établit à suffisance l'apparence de fondement;

2.2.3. Attendu que Radio Public et Wolu TV soutiennent tout aussi vainement à titre subsidiaire qu'elles ne se livreraient pas, d'une manière évidente, à une violation de l'arrêté ministériel du 2 février 1998;

Qu'il n'incombe pas à Canal + Belgique d'établir actuellement l'évidence de cette inaction, mais seulement de prouver à suffisance l'apparence de celle-ci;

Que cette preuve doit être considérée comme rapportée;

Qu'aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 30 mars 1995, les «programmes de télévision» au sens de celle-ci se définissent en effet comme «l'ensemble des émissions télévisuelles

d'un organisme de radiodiffusion et les autres transmissions d'images ou de textes télévisés, sous forme codée ou non et accompagnées ou non de sons, qui sont diffusées par le biais d'un même canal»;

Que, selon l'article 13 de ladite loi, ce sont tous les programmes de télévision du radiodiffuseur désigné que le télédiffuseur doit transmettre «au moment de leur diffusion et dans leur intégralité»;

Que, compte tenu de la généralité de ces termes, Radio Public et Wolu TV sont à première vue malvenues de soutenir qu'elles ne seraient pas tenues de distribuer les programmes numériques de Canal + Belgique au motif qu'ils ont le même contenu que son programme analogique, les émissions étant seulement diffusées à des heures différentes ou à des heures interverties;

Que rien ne permet de d'unir un programme par son seul contenu;

Que Wolu TV admet elle-même que la diffusion numérique peut apporter certains avantages techniques du point de vue de la qualité de l'image et du son stéréo;

Que ces éléments, ajoutés à la variation des horaires de diffusion, imposent de considérer, *prima facie*, que les programmes numériques de Canal + Belgique sont différents de son programme analogique; qu'elle les présente du reste comme tels dans son dépliant publicitaire;

Qu'il paraît dès lors s'en déduire que Radio Public et Wolu TV ont l'obligation de distribuer ces programmes numériques;

2.2.4. Attendu qu'enfin, Radio Public et Wolu TV ne sont pas fondées, *prima facie*, à soutenir que l'obligation de *must carry* serait subordonnée à un accord complet des parties quant aux conditions de la distribution des programmes de l'organisme qui en bénéficie;

Que cette thèse impliquerait en effet qu'en rendant un tel accord impossible par l'imposition de conditions inacceptables, les télédiffuseurs pourraient échapper aux contraintes d'une obligation légale qui serait alors totalement vidée de sa substance;

c) Conclusion

Attendu qu'il résulte de ce qui précède que Canal + Belgique justifie de l'urgence de sa demande et d'une apparence de droits suffisante, tant sur

le plan du droit de la concurrence économique que sur celui du régime dit du *must carry*;

Qu'il y a lieu en conséquence d'ordonner à Radio Public et Wolu TV de distribuer les programmes numériques de Canal + Belgique moyennant une rémunération provisionnelle raisonnable, en attendant le prononcé d'une décision au fond;

Qu'un tel aménagement de cette situation d'attente est de nature à rétablir l'équilibre entre les parties dans le cadre des négociations qu'elles devront poursuivre quant aux conditions de la mise à la disposition de Canal + Belgique et éventuellement de Canal + Vlaanderen d'un canal supplémentaire de distribution;

Que cet aménagement provisoire des relations entre les parties paraît s'imposer pour préserver les droits apparents de Canal + Belgique sans pour autant préjudicier sensiblement Radio Public et Wolu TV;

d) Modalités de la mesure

1. Radio Public

Attendu qu'il n'y a pas lieu d'ordonner, ainsi que la s.a. Radio Public le sollicite, que la distribution par celle-ci des programmes de Canal + Belgique se réalisera par la voie de son interface commune;

Qu'outre, en effet, que cette exigence paraît, pour les motifs précédemment exposés, procéder d'un abus de position dominante de la part de Radio Public, il faut constater que l'accueil de cette prétention, même pendant la seule durée limitée de la procédure au fond, pourrait avoir des conséquences préjudiciables pour Canal + Belgique en ce qu'elle impliquerait, dans le chef de tous les abonnés de cette dernière, l'échange des décodeurs de Canal + Belgique contre ceux de Radio Public et la prise en charge temporaire de ces abonnés par Radio Public, qu'il paraît évident que la distribution provisoire par celle-ci des programmes numériques de Canal + Belgique dans des conditions identiques à celles qui ont été appliquées jusqu'à ce jour pour la distribution de son programme analogique n'est pas, quant à elle, de nature à présenter des inconvénients sérieux pour Radio Public;

Attendu que Radio Public n'étaye par ailleurs en rien son allégation selon laquelle elle aurait besoin d'un délai de

45 jours à dater de la signification de l'arrêt pour «informer ses clients et prendre les mesures nécessaires à la mise en place des dispositifs techniques et commerciaux appropriés»; que Coditel et Wolu TV ne forment du reste pas une telle demande; qu'un délai de 20 jours apparaît comme suffisant;

Attendu qu'en ce qui concerne la rémunération, Radio Public sollicite quel soit seulement dit que l'obligation qui lui est imposée l'est sous réserve expresse de son droit d'obtenir de Canal + Belgique la rémunération de ses prestations effectives;

Que la cour ne peut cependant modaliser de cette façon la mesure ordonnée dès lors que le risque évident de ne voir aucun accord se dégager entre les parties sur ce point priverait cette mesure de toute efficacité;

Attendu que Radio Public soutient que la proposition de Canal + Belgique de lui verser 50 F par abonné et par an au réseau de Radio Public pour la distribution de ses programmes analogiques et numériques est inacceptable, au motif que chaque programme distribué par la voie du décodeur de Canal + Belgique en «pollue» deux autres, ce qui implique une immobilisation effective de six canaux pour la distribution des seuls programmes analogiques du groupe Canal + (Canal + Belgique et Canal + Vlaanderen) (cf. *supra*);

Que c'est en considération de cet élément qu'elle demande à Canal + Belgique, par abonné de Canal + Belgique et par an, 2 700 F pour la distribution des programmes analogiques et 1 020 F pour celle du triple programme numérique (cf. rapport du Service de la concurrence, p. 4), ce qui, selon l'observation non contredite de Canal + Belgique, représente une multiplication par quatre du prix demandé jusqu'à ce jour par canal de distribution;

Attendu que la cour ne dispose pas des éléments lui permettant de fixer le montant de la rémunération provisionnelle à allouer de façon à ce que celle-ci soit raisonnable et non discriminatoire;

Qu'elle n'est en particulier pas informée du montant du prix exigé par Radio Public pour la distribution d'autres chaînes;

Que la cour ne peut que constater qu'outre que la «pollution» alléguée est contestée et non établie, la s.a. Radio Public reste en défaut de prouver que la rémunération fixée jusqu'à

ce jour par Canal + Belgique pour la distribution de son programme analogique aurait été convenue sans que cet élément ait été pris en compte;

Qu'il paraît dès lors raisonnable de maintenir provisoirement cette rémunération pour la distribution de ce programme et de fixer à un tiers de celle-ci la rémunération due pour la distribution des programmes numériques, le prix de 1 020 F réclamé pour l'avenir par Radio Public pour la distribution de ces derniers programmes étant de l'ordre du tiers du prix de 2 700 F demandé pour celle du programme analogique;

Que la rémunération actuelle due pour la distribution du programme analogique est apparemment de 4 212 979 F : 98 710 = 42,70 F par an et par abonné au réseau de Radio Public (cf. plainte de Canal + Belgique auprès du Conseil de la concurrence, p. 4);

Que la rémunération provisionnelle totale due par Canal + Belgique à Radio Public s'élève en conséquence à 57 F par an et par abonné audit réseau (soit 42,70 F + 14,20 F);

Attendu qu'il est justifié pour le surplus de limiter les programmes concernés par la mesure ordonnée ainsi que sollicité par Radio Public;

Qu'il convient d'assortir ladite mesure de l'astreinte précisée ci-après, afin d'assurer son efficacité, eu égard au caractère particulièrement conflictuel des relations existant entre les parties.

Attendu qu'il y a lieu enfin de donner acte à la s.a. Radio Public de ce qu'elle ne s'oppose pas à fournir à l'a.s.b.l. Wolu TV les signaux de Canal + Belgique;

2. Wolu TV

Attendu que la question principale à régler en ce qui concerne Wolu TV est celle de la rémunération provisionnelle qui lui sera due par Canal + Belgique;

Que Wolu TV n'a pas encore communiqué ses conditions tarifaires; que la rémunération qu'elle a exigée jusqu'à ce jour de Canal + Belgique n'est pas connue;

Que, dans ces conditions, il se justifie de fixer la rémunération provisionnelle en question au même montant que celui fixé pour Radio Public;

Attendu que, par ailleurs, il n'appartient pas à la cour d'indiquer sur quel canal de distribution de son

réseau et à la place de quel autre programme Wolu TV doit diffuser les programmes numériques de Canal + Belgique;

Par ces motifs,

La cour,

[...]

Dit la demande de la s.a. Canal + Belgique fondée dans la mesure ci-après précisée;

Ordonne à la s.a. Radio Public et à l'a.s.b.l. Wolu TV de distribuer sur leur réseau de télédistribution, au moment de leur diffusion et dans leur intégralité, outre le programme analogique actuel de la s.a. Canal + Belgique, les programmes numériques Canal + Blanc, Canal + Jaune et Canal + Bleu de cette dernière

— moyennant une rémunération provisionnelle de 57 F par an et par abonné au réseau de Radio Public ou de Wolu TV, payable selon les modalités prévues respectivement par les conventions des 19 septembre et 30 octobre 1989,

— dans un délai de 20 jours à dater de la signification du présent arrêt et, en ce qui concerne la s.a. Radio Public: de la mise à disposition des signaux numériques de la s.a. Canal + Belgique à la tête de réseau de la s.a. Radio Public; en ce qui concerne l'a.s.b.l. Wolu TV: de la mise à la disposition de cette dernière par la s.a. Radio Public des signaux numériques de la s.a. Canal + Belgique;

— jusqu'au prononcé d'une décision définitive par le tribunal de première instance de Bruxelles, dans la cause opposant les parties sur le fond, introduite par citation du 13 août 1998;

Condamne la s.a. Radio Public et l'a.s.b.l. Wolu TV, en cas d'inexécution du présent arrêt, au paiement d'une astreinte de 100 000 F par jour de retard;

Donne acte à la s.a. Radio Public de ce qu'elle ne s'oppose pas à fournir à l'a.s.b.l. Wolu TV les signaux de la s.a. Canal + Belgique;

(II) s.a. CANAL + BELGIQUE (M^{es} P. Van Ommeslaghe, G. De Foestraets et P.M. Louis) c. s.a. CODITEL BRABANT (M^{es} A. Braun et E. Cornu)

Constitue, prima facie, un abus de position dominante le fait pour un

télédistributeur de subordonner la mise à disposition d'un canal à des conditions totalement différentes de celles réservées à d'autres organismes de radiodiffusion.

Houdt prima facie een misbruik van machtspositie in het feit dat een kabelmaatschappij de doorgifte van een kanaal aan totaal andere voorwaarden onderwerpt dan deze die gelden voor de doorgifte van de programma's van andere omroeporganisaties.

[...]

II. Discussion

[...]

B. Fondement de l'appel

a) Quant à l'urgence

[...]

1. Situation de Canal + Belgique

[...]

Attendu qu'il est vrai que Canal + Belgique reste en défaut d'établir que, depuis mars 1998, des abonnés auraient résilié leur contrat avec Coditel pour acquérir une antenne parabolique et capter les émissions de télévision par la voie d'un satellite;

Qu'il résulte au contraire des termes mêmes de la plainte que la s.a. Canal + Belgique a déposée le 8 juin 1998 auprès du Conseil de la concurrence qu'elle considère elle-même ce risque comme théorique;

Qu'elle s'y exprime en effet comme suit: «Canal + n'est pas libre dans le choix de la manière d'atteindre son public. Canal + dépend en effet du choix que ce public a déjà fait pour recevoir ses programmes de télévision. L'inertie du public pour changer de moyen de réception des signaux de télévision s'explique notamment par le coût de l'investissement, les frais de placement, le caractère inesthétique et les contraintes urbanistiques et fiscales liées aux antennes paraboliques et conventionnelles. Cette inertie et la part massive des abonnés au câble dans les foyers belges démontrent que le câble est un passage obligé pour Canal + »;

Qu'il n'est pas davantage établi que les abonnés de la s.a. Canal + Bel-

gique pourraient se désintéresser d'elle au profit d'autres chaînes diffusant des programmes numériques; que la société TPS, qu'elle présente comme son principal concurrent, n'est en effet pas présente sur le réseau de la s.a. Coditel; que cette dernière assure en outre qu'elle n'a aucune intention de distribuer les programmes de TPS et que, d'une manière plus générale, elle n'a aucun projet dans le domaine de la segmentation ou du numérique, à la différence d'autres télédistributeurs;

Attendu que, si l'existence d'un risque de désabonnement massif d'abonnés de Canal + Belgique n'est ainsi pas démontrée, il faut par contre admettre que le défaut de distribution de ses programmes numériques par Coditel est, *prima facie*, de nature à faire perdre à Canal + Belgique le bénéfice de nouveaux abonnements et à porter atteinte à son image auprès du public;

Que Coditel se prévaut certes de ce que Canal + Belgique ne compte que 13 459 abonnés sur son réseau qui en comporte 165 000;

Qu'il est certain que l'incidence de l'attitude de Coditel sur le préjudice subi par Canal + Belgique est limitée;

Qu'il n'en demeure pas moins que les effets de cette attitude se cumulent avec ceux de la position de Radio Public et de Wolu TV et qu'il ne peut être dénié que le défaut de distribution des programmes numériques de Canal + Belgique dans 80% des foyers bruxellois occasionne, *prima facie*, à cette dernière à tout le moins de sérieux inconvénients sur le plan de la rentabilisation de ses investissements;

2. Situation de Coditel

Attendu que Coditel se prévaut, quant à elle, de la capacité limitée de son réseau, qui l'oblige à disposer avec une grande circonspection de ses rares canaux disponibles;

Qu'elle fait valoir que ses intérêts commerciaux lui commandent de réserver ceux-ci, d'une part, à des programmes diffusés «en clair» s'adressant à l'ensemble de ses abonnés et, d'autre part, à des programmes destinés à sa clientèle d'origine étrangère, raison pour laquelle elle a ainsi préféré à la diffusion numérique de Canal + Belgique un programme de télévision grec; qu'elle rappelle que Canal + Belgique ne compte que 13 549 abonnés sur les 165 000 de son réseau et relève

que, sur ce nombre déjà réduit, seule une part choisira de passer au numérique;

Attendu que Canal + Belgique oppose à ces arguments qu'elle émet des plages «en clair», qui connaissent des taux d'écoute très honorables (qui seraient supérieurs par exemple, à ceux de la RTBF2) et que le nombre des ressortissants grecs dans toute la Région de Bruxelles-Capitale est inférieur au nombre d'abonnés à Canal + analogique dans les seules communes des services par Coditel;

Qu'elle fait valoir que tous les abonnés à Canal + analogique ont vocation, à terme, à s'abonner aux programmes numériques, en sus des nouveaux abonnés attirés par les qualités spécifiques du numérique;

Attendu que ces arguments de Canal + Belgique n'apparaissent pas dénués de pertinence;

3. Balance des intérêts en présence

Attendu qu'il s'impose de considérer que le préjudice susceptible d'être encouru par la s.a. Radio Public, dans l'hypothèse où elle serait contrainte de distribuer les programmes numériques de la s.a. Canal + Belgique jusqu'à l'issue de la procédure au fond (cette notion de «préjudice» n'étant utilisée que sous réserve de ce qui sera dit ci-après concernant les obligations pouvant peser sur Coditel en raison du régime dit du *must carry*), serait moindre que le préjudice de nature à être subi par cette dernière dans le cas où cette distribution provisoire n'interviendrait pas, étant entendu que Canal + Belgique devrait payer une rémunération provisionnelle à Coditel en contrepartie de cette distribution au cours de cette période d'attente;

Attendu que cette analyse s'impose d'autant plus que Canal + Belgique demande expressément qu'il lui soit donné acte de ce qu'elle ne s'oppose pas à ce que cette distribution ait lieu sur le même canal que celui de Canal + Vlaanderen;

Qu'il faut souligner que c'est précisément la solution qui avait été préconisée par Coditel dès le début de ses négociations avec Canal + Belgique;

Que la mise en œuvre de cette formule s'est heurtée dans un premier temps à la difficulté que le programme de Canal + Vlaanderen était distribué en mode analogique, ce qui, selon Canal + Belgique, ne permettait aucun

partage de canal avec des signaux numériques; que, depuis le 21 avril 1998 cependant, Canal + Vlaanderen diffuse également en mode numérique; qu'une solution qui ménage tant les intérêts de Canal + Belgique que ceux de Coditel est dès lors envisageable, la seule question paraissant en définitive opposer les parties étant celle de la rémunération devant revenir à Coditel;

Qu'en attendant que les parties arrivent à un accord sur ce point, il apparaît urgent, à la lumière des éléments précédemment exposés, d'aménager une situation d'attente jusqu'à ce qu'une décision au fond intervienne, de façon à permettre à Canal + Belgique de disposer provisoirement d'un canal de distribution pour ses programmes numériques, si tant est que cette partie justifie d'une apparence de droit suffisante, ce qui sera examiné ci-après;

[...]

b) Quant à l'apparence de droit

Attendu que Canal + Belgique reproche à Coditel d'adopter un comportement illégal à un double titre: qu'elle leur fait grief de violer, d'une part, l'article 3 de la L.P.C.E., qui prohibe l'abus de position dominante, et d'autre part, l'article 13 de la loi du 30 mars 1995 et son arrêté ministériel d'exécution du 2 février 1998, qui imposent aux télédiffuseurs une obligation de *must carry*;

Attendu qu'il s'impose de vérifier si les illégalités ainsi dénoncées présentent une apparence suffisante pour justifier la mesure sollicitée;

Que si, en effet, le juge des référés ne peut établir des droits, ni régler définitivement la situation des parties, il peut, par contre, ordonner des mesures conservatoires pour autant que des droits apparents justifient la décision (Cass., 25 novembre 1996, *Pas.*, 1996, 1, n° 454, p. 1158; cf. aussi Cass., 31 janvier 1997, *Larcier cass.*, 1997, n° 1174; p. 205);

Que la mesure sollicitée en l'espèce tend seulement, ainsi qu'il a été dit, à l'aménagement d'une situation provisoire dans l'attente d'une décision au fond; qu'elle n'est en rien susceptible de porter définitivement et irréversiblement atteinte aux droits de Coditel; que, bien au contraire, elle implique seulement la mise à la disposition de Canal + Belgique d'un des canaux disponibles de Coditel – soit d'un canal qui ne lui est actuellement

d'aucune utilité – moyennant le paiement d'une rémunération provisionnelle raisonnable;

Qu'il a été constaté précédemment que le préjudice de la s.a. Canal + Belgique serait par contre non négligeable si la mesure qu'elle demande ne lui était pas accordée;

Qu'avant de se prononcer, le juge des référés doit comparer le préjudice que subirait la partie demanderesse dans l'hypothèse où la mesure sollicitée ne serait pas accordée au préjudice susceptible d'être causé à la partie défenderesse par cette mesure;

Que cette comparaison peut reposer non seulement sur l'importance économique des préjudices respectifs, mais également sur une première appréciation du fond du litige, car «à une apparence relativement faible peut correspondre une protection affaiblie», voire nulle (Bruxelles, 3 janvier 1985, *J.T.*, 1985, p. 73, J. VAN COMPERNOLLE, «Actualité du référé», *Ann. dr. Louvain*, 1989, p. 150);

1. Article 3 de la L.P.C.E.

Attendu que Canal + Belgique impute un abus de position dominante à Canal + en raison des prix excessifs et discriminatoires qu'elle entend lui imposer et eu égard à deux éléments nouveaux révélés par les lettres des 10 septembre et 28 octobre 1998 de cette dernière, étant un refus de vente résultant du refus d'accès à son réseau et la soumission des négociations contractuelles à un régime de confidentialité de nature à priver Canal + Belgique de la possibilité de prouver l'abus en question;

Attendu que, pour contester ce moyen, Coditel tire argument de ce que la s.a. Canal + Belgique a admis en termes de conclusion (p. 8) que la plainte qu'elle a déposée auprès du Conseil de la concurrence «soulève de très importantes questions de fond qu'il ne convient pas de trancher dans la présente procédure en référé»;

Attendu que, si effectivement il n'appartient pas au juge des référés de statuer sur les questions de fond délicates et complexes que pose le moyen – ce qu'il ne pourrait du reste faire qu'en excédant les limites du provisoire – il reste que les griefs formulés par Canal + Belgique dans ladite plainte apparaissent, *prima facie*, comme sérieux;

Attendu en effet, que le marché relevant quant aux produits paraît être

celui de la distribution par câble; que la Commission européenne considère en effet que la distribution par câble constitue un marché distinct de la distribution par satellite ou hertzienne (cf. décision MSG/Media Service du 9 novembre 1994, IV/M 469, *J.O.*, L 364, p. 1; cf. aussi Bruxelles, 19 novembre 1997, *Ing.-cons.*, 1998, p. 76);

Que le marché géographique pertinent paraît, quant à lui, constitué par les communes desservies par Coditel;

Que, sur ce territoire, la s.a. Coditel détient un monopole de fait sur le câble, dès lors qu'elle constitue un «passage obligé» pour un télédiffuseur qui, comme Canal + Belgique, veut atteindre les téléspectateurs belges;

Qu'il y a dès lors tout lieu d'admettre, *prima facie*, que Coditel détient une position dominante sur le territoire couvert par son réseau;

Que ce territoire peut être considéré comme une partie substantielle du territoire belge;

Que tel semble en tout cas être le cas de l'ensemble des communes desservies par Coditel, Radio Public et Wolu TV; que ces trois télédiffuseurs couvrent ensemble 79,2% des foyers reliés à la télédistribution de la Région de Bruxelles-Capitale;

Que, compte tenu de la communauté d'intérêts existant apparemment entre eux, il paraît raisonnable d'admettre à tout le moins qu'ils adoptent ensemble une position dominante collective sur le territoire constitué par lesdites communes (cf. Bruxelles, 19 novembre 1997, *op. cit.*, p. 77);

Que cette analyse rejoint celle faite par le Service de la concurrence (cf. pp. 7 et 14);

Attendu que, cela étant, la question se pose de savoir s'il existe une apparence d'abus, de la part de Coditel, de la position dominante qu'elle détient;

Attendu qu'à cet égard, il y a lieu d'observer ce qui suit à propos du prix réclamé par Coditel pour la mise à disposition de deux de ses canaux;

Qu'aux termes de la convention conclue le 21 septembre 1989 par les parties, Canal + Belgique avait la disposition d'un canal du réseau de Coditel pour la diffusion de son programme analogique moyennant une rémunération de 5% du chiffre d'affaires abonnement hors taxe réalisé par Canal + Belgique sur ledit réseau, avec un minimum de 7,5% de pénétration sur la population atteinte; que cette

rémunération s'élevait à environ 7 500 000 F pour la disposition d'un canal;

Que, selon Coditel, cette convention n'a toutefois pas été conclue dans des conditions normales de négociations étant donné l'intervention du gouvernement de la Communauté française, qui voulait à tout prix favoriser le lancement de Canal + Belgique; que Coditel soutient que la rémunération convenue ne couvre pas les coûts objectifs de la mise à disposition d'un canal; que, tenant compte notamment des frais d'investissements et d'entretien du réseau, ces coûts s'élèveraient en réalité à 16 465 20 F; que ce prix devrait, selon Coditel, être multiplié par deux pour la distribution du programme analogique et du triple programme numérique;

Que Canal + Belgique oppose à cette argumentation que, de l'aveu même des télédistributeurs (cf. la déclaration faite par leurs représentants au Conseil supérieur de l'audiovisuel, *Rapport G.S.A.*, 1997, p. 53), leurs coûts d'infrastructure et de services sont actuellement couverts par les redevances payées par les abonnés;

Que Canal + Belgique en déduit apparemment logiquement que ces coûts ne peuvent lui être facturés une seconde fois par Coditel, un opérateur en position dominante ne pouvant facturer qu'en fonction de ses coûts, majorés d'une marge bénéficiaire raisonnable;

Que Coditel relève certes que «le secteur s'oriente vers une situation où le service actuel continuerait à circuler gratuitement tandis que les nouveaux services (numériques) devraient rémunérer la mise à disposition de l'infrastructure» (ce que le Conseil supérieur de l'audiovisuel a également acté dans son rapport susdit);

Que les télédistributeurs admettent néanmoins que, «dans cette perspective, la tarification des capacités de transport devra effectivement être transparente, proportionnelle et non-discriminatoire»;

Que le Conseil supérieur de l'audiovisuel a observé, pour sa part, qu'«un problème soulevé par cette approche des télédistributeurs consiste à savoir si, dans la période transitoire, les principes de transparence, proportionnalité et non-discrimination ne devraient pas prendre en considération l'ensemble des services, qu'ils soient classiques ou nouveaux...» (rapport précité, p. 53);

Que le Service de la concurrence a rappelé également que, «même si Coditel exige un paiement pour les nouveaux services (pour autant qu'une chaîne à péage numérique soit considérée comme un nouveau service), celui-ci ne doit pas être discriminatoire»; or ce Service a constaté que Coditel venait de mettre une nouvelle chaîne sur son câble à des conditions totalement différentes; que, considérant «à première vue que la simple différence entre une chaîne à péage et une chaîne de type traditionnel ne peut expliquer seule une telle disparité de traitement» il a conclu qu'une infraction à l'article 3 de la L.P.C.E. peut, *prima facie*, être retenue dans le chef de Coditel;

Que le Service émet également l'avis que, «dans l'hypothèse où la télévision numérique devrait être considérée comme un nouveau marché, le comportement des trois télédistributeurs (et donc notamment de Coditel) ne pourrait avoir pour conséquence d'empêcher un nouvel opérateur désireux de pénétrer un nouveau marché de le faire, ni de limiter le développement technique au préjudice des consommateurs (cf. article 3, b, de la loi)»;

Que telle est également, *prima facie*, la conclusion de la cour au terme de l'examen limité des données de la cause auquel elle est tenue dans le cadre de la présente procédure, mue en référé;

Qu'il va de soi que cette conclusion ne préjuge en rien de la décision qui devra intervenir au fond à la lumière d'une analyse approfondie des implications des importantes transformations actuelles du secteur de l'audiovisuel;

[...]

d) Modalités de la mesure

Attendu que la question principale restant à régler est celle de la fixation de la rémunération provisionnelle due par Canal + Belgique à Coditel;

Qu'il n'est pas contesté que la proposition de Canal + Belgique de verser 50 F par abonné et par an pour la distribution de ses programmes analogiques et numériques, soit pour la mise à disposition de deux canaux, représente une rémunération de 8 250 000 F par an;

Que Coditel soutient que cette proposition ne peut être retenue dès lors que Canal + Belgique avait jus-

qu'à présent la disposition d'un canal pour 7 500 000 F et que cette rémunération avait été fixée dans des conditions anormales de négociation pour les motifs précédemment exposés (cf. *sub. II, b, 1*), le coût de cette mise à disposition s'élevant en réalité à près de 16 500 000 F;

Attendu que la cour ne dispose pas des éléments lui permettant de fixer le montant de la rémunération provisionnelle en question de façon à ce que celle-ci soit raisonnable et non discriminatoire;

Qu'elle n'est en particulier pas informée du montant du prix exigé par Coditel pour la distribution d'autres chaînes, ces données n'ayant été communiquées par cette dernière au Service de la concurrence qu'à titre confidentiel, s'agissant de secrets d'affaires (cf. rapport de ce Service, p. 15);

Que la cour ne peut que constater que la s.a. Coditel reste en défaut d'établir que la rémunération payée jusqu'à ce jour par Canal + Belgique pour la distribution de son programme analogique n'aurait pas été librement convenue par les parties;

Qu'il paraît dès lors raisonnable de maintenir provisoirement cette rémunération pour la distribution de ce programme et de fixer à un tiers de celle-ci la rémunération due pour la distribution des programmes numériques, la rémunération provisionnelle totale d'une par Canal + Belgique à Coditel s'élevant ainsi à 10 000 000 F par an;

Attendu qu'il convient pour le surplus de fixer les modalités de la mesure ordonnée comme indiqué au dispositif du présent arrêt;

[...]

Dispositif conforme aux motifs

Note

Le lecteur pourra retrouver l'exposé des faits antérieurs à l'introduction de l'action dans le texte des décisions de première instance (A&M, 1998/4, pp. 367-375).

Pour le reste, trois brèves observations s'imposent à propos de ces deux arrêts devenus définitifs.

1. En termes de droit de la concurrence, les deux arrêts viennent d'abord confirmer l'arrêt prononcé le 19 novembre 1997 par la même juri-

diction dans l'affaire TF1 (A&M, 1997/4, p. 364) qui, le premier, avait reconnu la position dominante des télédiffuseurs belges – sans toutefois conclure alors à l'abus de cette position. La détermination du marché pertinent est confirmée tant *ratione materiae* – la distribution par câble – que *ratione loci* – la partie substantielle du territoire belge couverte par le distributeur en question – et ce alors même que cette détermination avait pu être contestée jusque-là par la plupart des télédiffuseurs qui invoquaient notamment le marché des loisirs en général comme étant le marché pertinent.

Mais les arrêts vont évidemment plus loin en indiquant – même si, il faut le souligner, il ne s'agit que d'une appréciation *prima facie* qui ne préjuge pas du fond – trois comportements qui paraissent constituer un abus de position dominante. Dans deux cas, il s'agit de conditions inacceptables pour la mise à disposition d'un canal: l'obligation de passer par une interface commune (décodeur et gestion des abonnés) dans le cas de Radio Public, lui-même «offreur» de programmes en bouquets, l'exigence de prix démesurés dans le cas de Coditel. Dans le troisième cas (Wolu TV), c'est le refus de distribution sans justification légitime qui est stigmatisé: et même si les attendus se réfèrent ici à l'avancée technologique que représente le caractère numérique des programmes litigieux, il ne paraîtrait pas déraisonnable d'appliquer le raisonnement de la cour à d'autres refus portant sur des programmes analogiques.

2. La portée des *must carry* est également évoquée. Alors que l'une des ordonnances mises à néant avait explicitement affirmé que le statut de *must carry* avait été créé pour le bénéfice des téléspectateurs et n'avait en aucun cas pour but de permettre à l'organisme bénéficiaire de s'en servir pour renforcer sa position concurrentielle, les arrêts publiés ci-dessus sont moins radicaux. Il en ressort en effet que le statut de *must carry* n'empêche certes pas le paiement d'une rétribution au télédiffuseur (Canal + en avait, il est vrai, pris l'habitude depuis son lancement, et le proposait encore ici), mais que ce statut est bien conçu au bénéfice – le terme est employé par la cour – de l'organisme de radiodiffusion.

3. Enfin, on se souviendra que les ordonnances *a quo* avaient conclu, mais

de façon péremptoire et non motivée, à l'illégalité de l'arrêté ministériel du 2 février 1998 fixant la liste des *must carry* en région bilingue de Bruxelles-Capitale. En sens contraire, mais cette fois à l'appui d'un examen *prima facie*, la cour conclut à la légalité apparente, ou en tout cas à l'absence d'illégalité manifeste.

Il reviendra ici au Conseil d'État, saisi de recours en annulation, de se prononcer sur le fond.

François Jongen

Bruxelles (9^e ch.),
5 février 1999

Siège: M. Parisis, M. Colin,
Mme Régout;
M.P.: M. Debruyne

P. BREWAEYS (M^{re} Robberechts
et Wtterwulghé)
c. M. DOUTRÈWE (M^{re} Uytendaele)

Liberté de la presse –
Articles 10 de la Convention
européenne des droits de
l'homme, 19 et 25 de la
Constitution – Droit au respect
de la vie privée –
Articles 8 de la Convention
européenne des droits de
l'homme et 22 de la Constitution –
Droit à l'image –
Responsabilité du journaliste –
Secret des sources –
Article 18 de la loi du
3 juillet 1978 sur le contrat
de travail – Preuve de la
faute lourde – Préjudice
moral

*En présence d'un conflit entre la
liberté de la presse d'une part, le
droit à l'image et au respect de la
vie privée d'autre part, il y a lieu
de pondérer les droits ou intérêts en
concours et de vérifier si l'atteinte
portée à la liberté du journaliste
n'excède pas ce que commande la
sauvegarde du droit individuel.
Le journaliste engagé dans les liens
d'un contrat de travail ne répond*

*que de son dol et de sa faute lourde
(article 18 de la loi du 3 juillet
1978 sur le contrat de travail).
Le journaliste est responsable de la
publication d'une photo qui fait
partie intégrante de l'article qu'elle
illustre. Constitue une violation du
droit à l'image, une atteinte à la
vie privée et partant, une faute
lourde, la publication d'une photo
représentant un magistrat en
maillot de bain, sans son accord et
sans que cette publication soit justifiée
par les exigences de l'information.*

*Il ne peut être question d'obliger le
journaliste à dévoiler ses sources.
Le journaliste qui ne vérifie pas
l'exactitude des affirmations qu'il
publie agit avec une légèreté coupable
mais ne commet pas nécessairement
une faute lourde.
La victime d'une atteinte à la vie
privée ne peut prétendre à des dommages
et intérêts (supérieurs au
franc symbolique) que si elle
démontre qu'elle en a subi des conséquences
financières.*

Persvrijheid – Artikel 10
E.V.R.M. – Artikel 19 en 25
G.W. – Recht op privacy –
Artikel 8 van het E.V.R.M. –
Artikel 22 G.W. – Recht op
afbeelding – Aansprakelijkheid
van de journalist –
Bronnengeheim – Artikel 18
van de Arbeidsovereenkomstenwet
van 3 juli 1978 –
Bewijs van zware schuld –
Morele schade

*Bij conflict tussen de vrijheid van
drukkers enerzijds en het recht op
afbeelding en het recht op privacy
anderzijds moeten de in het geding
zijnde rechtsbelangen tegen elkaar
worden afgewogen en moet worden
nagegaan of de aantasting van de
vrijheid van de journalist niet verder
gaat dan nodig is ter bescherming
van het individueel recht.
Een journalist is in het kader van
een arbeidsovereenkomst slechts aansprakelijk
in geval van bedrog of
zware schuld (artikel 18 A.O.W.
3 juli 1978).*