

CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Décision n° 00-D-45 en date du 18 janvier 2001 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la radiodiffusion et à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Sud Bretagne Diffusion et Parf'un

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 18 septembre 2000 sous les n° F 1263 et M 275 par laquelle les sociétés Sud Bretagne Diffusion et Parf'un ont saisi le Conseil de la concurrence de faits susceptibles d'entrer dans le champ des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, concernant des pratiques mises en œuvre par la société Vortex dans le secteur de la radiodiffusion, et ont demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu l'avis adopté le 17 octobre 2000 par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, à la demande du Conseil, en application de l'article 16 du décret n°86-1309 susvisé ;

Vu les observations présentées par la société Vortex et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Sud Bretagne Diffusion, de la société Parf'un et de la société Vortex entendus au cours de la séance du 8 novembre 2000 ;

Considérant qu'en vertu de l'article 22 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, l'utilisation par les titulaires d'autorisations de fréquences radio-électriques disponibles sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat, qui fait l'objet d'une procédure d'autorisation par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; qu'en vertu de l'article 29 de la même loi, le Conseil supérieur de l'audiovisuel procède à un appel à candidatures pour les zones géographiques et pour les catégories de services qu'il détermine ; que les autorisations d'émettre sur les fréquences radiophoniques sont accordées en appréciant l'intérêt de chaque projet au regard des différents intérêts publics mentionnés à l'article 29, parmi lesquels la sauvegarde du pluralisme des courants d'expression socioculturels, la diversification des opérateurs, la nécessité d'éviter les abus de position dominante et les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence, et en tenant compte de critères tirés de l'expérience acquise par le candidat, du financement et des perspectives d'exploitation du service, et des participations détenues par le candidat dans le capital d'entreprises de régie publicitaire ou de presse ; que l'autorisation d'émettre est attribuée pour une durée initiale de cinq ans, renouvelable deux fois sans nouvel appel à candidatures ; qu'une convention conclue entre l'opérateur attributaire de la fréquence et le Conseil supérieur de l'audiovisuel fixe les règles particulières applicables au service, notamment les caractéristiques générales du programme diffusé, qui ne peuvent être modifiées qu'avec l'agrément du Conseil supérieur de l'audiovisuel ;

Considérant que, par le communiqué n° 34 du 29 août 1989, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a réparti les

services radiophoniques, en fonction de leur aire de diffusion, de leur mode de financement et de la nature du programme diffusé, en cinq catégories, A (services associatifs), B (services locaux ou régionaux indépendants), C (services locaux ou régionaux diffusant le programme d'un réseau thématique à vocation nationale), D (services thématiques à vocation nationale) et E (services généralistes à vocation nationale) ; qu'il a autorisé, en vertu d'une décision n° 319 du 15 décembre 1995, et ce jusqu'à l'intervention de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi du 30 septembre 1986, les sociétés éditant un programme national en catégorie D à prendre le contrôle des opérateurs locaux affiliés de catégorie C et à substituer à la diffusion du programme local la diffusion du programme national sans procéder à la restitution de la fréquence, à condition que cette opération soit sans conséquence sur l'équilibre ou la diversité des programmes dans les zones concernées ;

Considérant que la société Vortex édite et émet en catégorie D un programme radiophonique thématique national, sous la dénomination Skyrock ; que la société Sud Bretagne Diffusion a conclu avec la société Vortex le 10 février 1991 un contrat d'affiliation pour la diffusion, sous la dénomination Skyrock Bretagne, du programme Skyrock ; qu'à la suite d'un appel à candidature lancé le 21 décembre 1990, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a accordé à la société Sud Bretagne Diffusion, par une décision n° 92-444 du 12 mai 1992, une autorisation d'émettre en catégorie C, pour cinq fréquences, sur les zones de couverture de Brest, Ploermel, Quimper, Quimperlé et Vannes, le programme national Skyrock, ainsi qu'un programme local édité par la société Sud Bretagne Diffusion d'une durée quotidienne minimale de trois heures ; que la société Parf'un, qui a pour objet la commercialisation d'espaces publicitaires, assure la régie publicitaire de la société Sud Bretagne Diffusion, ainsi que la réalisation, pour le compte de la Société Sud Bretagne Diffusion, du programme radiophonique local diffusé par cette société ; que la société Vortex détient 50 % des parts de la société Sud Bretagne Diffusion ;

Considérant que les sociétés Sud Bretagne Diffusion et Parf'un reprochent à la société Vortex des pratiques anticoncurrentielles constitutives d'une entente, d'un abus de position dominante et d'un abus de dépendance économique sur les marchés de la fourniture de programmes, de la radiodiffusion et de la commercialisation d'espaces publicitaires ;

En ce qui concerne la définition des marchés

Considérant que, si, comme en l'espèce, la conclusion d'un contrat d'affiliation entre les sociétés éditrices d'un programme thématique national et les sociétés de radiodiffusion locales ne fait pas l'objet d'une rémunération de l'un ou l'autre des cocontractants, un tel contrat donne lieu à des prestations réciproques donnant aux sociétés de radiodiffusion locales l'autorisation de diffuser le programme national thématique et aux sociétés nationales l'accès à des ressources publicitaires tirées de la diffusion, sur les fréquences détenues par les sociétés locales, de leur programme ; qu'ainsi il n'est pas exclu qu'il existe un marché de la fourniture de programmes radiophoniques ;

Considérant que les autorisations d'émettre sont incessibles et font l'objet d'une procédure administrative d'attribution par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; qu'en revanche, les autorisations d'émettre constituent le support indispensable de l'activité économique des entreprises de diffusion radiophonique, consistant notamment dans la vente d'espaces publicitaires radiophoniques, pour laquelle les entreprises de radiodiffusion sont placées en situation de concurrence dans le cadre des marchés de publicité, nationale ou locale, auxquels elles ont accès en fonction de la catégorie de service considéré ; qu'ainsi, il n'est pas exclu qu'il existe un marché des espaces publicitaires radiophoniques ;

Sur l'allégation d'abus de position dominante

Considérant que la société Vortex ne détient pas de position dominante, dont elle aurait pu abuser, sur le marché de la

fourniture de programmes radiophoniques ou de la commercialisation des espaces publicitaires, ni sur le plan national, eu égard au nombre de fréquences détenues sur le territoire national, des populations couvertes par le réseau Skyrock et des résultats d'audience du réseau, ni sur le plan local, en Bretagne, par l'intermédiaire de ses affiliés, et pour les mêmes raisons ; qu'en effet, il résulte du rapport du CSA pour l'exercice 1999 qu'au 1^{er} février 2000, le programme Skyrock est placé en septième position en ce qui concerne la couverture du territoire métropolitain, derrière les sociétés NRJ, Europe 2, Fun Radio, Nostalgie, RFM et RTL 2, et qu'il dispose de moins de fréquences que ses concurrents (90 fréquences contre 230 à NRJ) ; qu'en Bretagne, plus précisément, le programme Skyrock n'est présent que sur trois des quatre départements bretons, à travers sept fréquences seulement et toutes en catégorie C, par l'intermédiaire de sociétés affiliées ; que ses principaux concurrents disposent d'un nombre de fréquences supérieur (quatorze sur NRJ, neuf pour Europe 2) et diffusent généralement en catégorie D ; que, par ailleurs, en vertu de la réglementation, la société Vortex ne commercialise pas d'espaces publicitaires radiophoniques à destination de l'auditorat local ; que, dès lors, contrairement à ce qui est allégué, il n'apparaît pas que les pratiques reprochées à la société Vortex sont susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante ;

Sur les griefs d'entente et d'abus de dépendance économique

En ce qui concerne le contrat d'affiliation du 10 février 1991 et le pacte d'associé signé en 1995

Considérant que la société Sud Bretagne Diffusion a été constituée le 10 février 1991 par la société Vortex, d'une part, qui en détient 50 % des parts, et par MM. Tressard et Le Deventec, d'autre part, qui en détiennent chacun 25 % des parts ; qu'elle a pour objet social, selon les termes de ses statuts, " *d'exploiter, gérer et développer l'affiliation au programme Skyrock sur la zone de diffusion localement autorisée* " ; qu'elle a, en effet, été constituée pour répondre à l'appel à candidature lancé le 21 décembre 1990 par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour l'exploitation de services de radiodiffusion par voie hertzienne terrestre en modulation de fréquence dans les régions Bretagne/Pays de Loire ; que cet appel visait notamment les services de radio C, c'est-à-dire " *les services commerciaux à vocation locale ou régionale affiliés ou franchisés à un réseau ou destinés à un fournisseur de programme identifié* " ; qu'effectivement, une décision du CSA, en date du 12 mai 1992, a autorisé la SARL Sud Bretagne Diffusion à exploiter un service de radiodiffusion intitulé " *Skyrock Bretagne* " ; que cette autorisation portait sur les fréquences afférentes aux zones de Vannes, Quimper, Ploermel, Brest et Quimperlé ; qu'elle a été renouvelée pour ces mêmes zones par une décision du Conseil Supérieur de l'audiovisuel en date du 15 octobre 1996 ; que ces autorisations donnaient le droit à la société Sud Bretagne Diffusion d'émettre en catégorie C, c'est-à-dire de diffuser sur les zones considérées, d'une part, un programme d'intérêt local d'une durée minimale de trois heures et, d'autre part, un programme fourni par un tiers autre qu'une radio déjà autorisée en catégorie Entreprise (services commerciaux à vocation nationale généraliste) et non financé par des ressources commerciales locales, en l'espèce le programme national Skyrock ;

Considérant, d'une part, que, dès le 10 février 1991, la société Sud Bretagne Diffusion a conclu avec la société Vortex, qui édite et émet en catégorie D, un programme radiophonique thématique national sous la dénomination Skyrock, un contrat d'affiliation pour la diffusion, sous la dénomination " *Skyrock Bretagne* ", du programme Skyrock ; qu'en vertu de ce contrat, la société Vortex octroie à la Société Sud Bretagne Diffusion l'exclusivité de la diffusion du programme Skyrock sur une zone de couverture géographiquement déterminée et correspondant aux zones pour lesquelles la société obtiendrait du CSA des autorisations d'émettre ; que l'article 4. I du même contrat prévoit que " *l'affilié est tenu à l'égard de la société Vortex par une obligation d'exclusivité. En aucun cas, l'affilié n'est autorisé à relayer ou émettre le programme Skyrock sur une autre fréquence que celle localement autorisée indiquée en tête des présentes, de la même zone par lui couverte (annexe 1) ou même sur une autre zone quelle qu'en soit la fréquence. Il s'engage à ne bénéficier de l'exploitation du programme et du réseau Skyrock que pour ses seuls besoins propres* " ;

Considérant, d'autre part, qu'en 1995, un protocole a été signé entre les actionnaires de la société Sud Bretagne Diffusion c'est-à-dire la société Vortex, d'une part, et MM. Le Deventec et Tressard, d'autre part ; que ce protocole a été, d'un commun accord, séquestré entre les mains des conseils des parties ; qu'il résulte toutefois des affirmations concordantes sur ce point de la société Vortex et de la société Sud Bretagne Diffusion que ce pacte prévoit que la société Sud Bretagne Diffusion ne peut remplacer la diffusion du programme Skyrock par la diffusion d'un autre programme et qu'un manquement à cette obligation serait sanctionné par une pénalité de cinq millions de francs ;

Considérant que la société Sud Bretagne Diffusion soutient que les stipulations du contrat d'affiliation et du pacte d'actionnaire, qui lui imposent une obligation d'exclusivité à l'égard du programme Skyrock et l'empêchent d'émettre ce programme sur une autre fréquence que celles nommément désignée dans ce contrat, sont constitutives d'une entente et d'un abus de position dominante de la société Vortex, qui met en œuvre des pratiques de cloisonnement de marché et veut faire obstacle à la concurrence que pourrait lui faire, sur d'autres zones, la société Sud Bretagne Diffusion ;

Mais considérant, en premier lieu, qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la société Vortex n'est en position dominante sur aucun des marchés déjà définis ;

Considérant, en second lieu, qu'une clause d'exclusivité de vente, d'exclusivité d'achat ou de non-concurrence entre deux entreprises n'est prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce que dans la mesure où, d'une part, elle a pour objet ou peut avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché et où, d'autre part, elle ne peut bénéficier des dispositions de l'article L. 420-4 du code de commerce ; que le fait, pour une entreprise de radio diffusion à vocation nationale qui se trouve à la tête d'un réseau d'affiliés locaux avec lesquels elle présente dans des zones géographiques déterminées des candidatures en catégorie C qui associent des services locaux ou régionaux et la diffusion de programmes thématiques à vocation nationale, de réserver à chacun de ses affiliés une exclusivité géographique et de leur imposer en contrepartie une obligation d'exclusivité à son égard, tout en leur demandant de ne pas émettre le programme fourni sur des fréquences autres que celles qu'ils ont déterminées en commun et pour lesquelles ils ont obtenu une autorisation, ne constitue pas, en l'espèce, une pratique d'entente susceptible de limiter abusivement le libre exercice de la concurrence ; que les accords en cause ne font, en effet, que tirer les conséquences des autorisations accordées par le CSA à la société Sud Bretagne Diffusion pour la diffusion d'une programmation déterminée et dans des zones définies ;

En ce qui concerne l'appel à candidature sur la zone de Saint-Brieuc

Considérant que le Conseil Supérieur de l'audiovisuel a lancé, le 5 octobre 1998, un appel à candidatures concernant la Bretagne et les Pays de Loire ; que la société Sud Bretagne Diffusion a répondu à cet appel en faisant acte de candidature en catégorie C pour l'obtention d'une nouvelle fréquence dans la zone de Saint-Brieuc, afin de diffuser le programme Skyrock ; que la société Vortex a également fait acte de candidature sur la même zone mais en catégorie D ; qu'à la date de cet appel, le paysage radiophonique à Saint-Brieuc se caractérisait par la présence de huit opérateurs privés : trois en catégorie A, un en catégorie C, trois en catégorie D et un en catégorie E ; que, dans le souci d'enrichir l'offre radiophonique locale, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a décidé, le 26 juillet 2000, de présélectionner la société Sud Bretagne Diffusion en catégorie C à Saint-Brieuc ; que la société Vortex a, alors, fait valoir auprès de l'instance de régulation qu'elle n'avait pas conclu de contrat d'affiliation spécifique avec cette société et que la diffusion du programme Skyrock sur de nouvelles zones, et notamment la zone de Saint-Brieuc, ne figurait pas dans le contrat d'affiliation en date du 10 février 1991 qu'elle avait passé avec cette société pour la diffusion du programme Skyrock ; qu'à la suite de ce recours, le Conseil supérieur de l'audiovisuel n'a pas donné suite à la présélection qu'il avait opérée de la société Sud Bretagne Diffusion ; qu'il a, en revanche, présélectionné la société Vortex pour la diffusion du programme national Skyrock à Saint-Brieuc en relevant qu'il n'existait pas dans cette zone de format spécifique aux jeunes et aux adolescents ;

Considérant que les sociétés saisissantes soutiennent que " *le refus d'étendre le bénéfice du contrat d'affiliation et les pressions exercées par la société Vortex auprès du Conseil Supérieur de l'audiovisuel tombent sous le coup de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et éventuellement sous le coup de l'article 7 de cette même ordonnance* " ; qu'en effet, selon elles, le refus de la société Vortex n'a d'autre justification que de faire obstacle à la candidature de la société Sud Bretagne Diffusion auprès du CSA sur la zone de Saint-Brieuc ; qu'une telle pratique relève d'un abus de la situation de dépendance économique dans laquelle elle se trouve du fait que son objet social est limité à la diffusion du programme Skyrock ; que toute substitution de programme est soumise à l'autorisation préalable du CSA, qui peut prononcer un retrait de fréquence ; qu'enfin, le nombre de fournisseurs de programmes est limité sur la zone de Saint-Brieuc ;

Mais considérant, d'une part, que, ainsi qu'il a été affirmé plus haut, la convention qui lie la société Vortex et la Société Sud Bretagne Diffusion ainsi que le pacte signé entre les différents actionnaires de cette société ne sont pas, en eux-mêmes, constitutifs d'une entente anticoncurrentielle ;

Considérant, d'autre part, que l'opposition manifestée par la société Vortex à la candidature de la société Sud Bretagne Diffusion à Saint-Brieuc s'inscrit dans le cadre de la liberté dont jouit cette société pour autoriser des tiers à utiliser un programme et une marque sur lesquels elle détient des droits de propriété intellectuelle et ne fait pas obstacle à la poursuite de l'activité de la société Sud Bretagne Diffusion sur les zones de diffusion pour lesquelles elle a obtenu une autorisation et dans les conditions qui ont été prévues par ses statuts ;

Considérant que, compte tenu de l'absence de position dominante de la société Vortex, tant au plan national qu'au plan local, et de l'existence d'autres opérateurs sur le marché, son comportement vis-à-vis de la société Sud Bretagne Diffusion, qui s'inscrit dans le cadre de la liberté d'usage de son droit de propriété intellectuelle et de la réglementation applicable au secteur concerné, ne peut être regardé comme ayant un objet ni un effet anticoncurrentiel sur les marchés de la fourniture de programmes et de la commercialisation des espaces publicitaires radiophoniques ; que d'ailleurs, le Conseil supérieur de l'audiovisuel doit attribuer les fréquences en tenant compte de la situation de la concurrence dans le secteur ;

Considérant que les sociétés saisissantes ne font état d'aucun autre élément qui serait de nature à démontrer une affectation d'un marché publicitaire par les pratiques décrites ci-dessus ;

Considérant, enfin, que la société Sud Bretagne Diffusion se plaint de ce que la société Vortex l'a mise en demeure, le 3 août 2000, de cesser l'exploitation d'un site Internet sous le nom de domaine " *Skyrock Bretagne.com* " ; que, toutefois, l'article IV i) du contrat d'affiliation passé entre la société Vortex et la société Sud Bretagne Diffusion prévoit que l'affilié adopte " *pendant la durée du contrat, la seule dénomination " Skyrock Bretagne " accompagnée de la référence de la fréquence autorisée de la bande FM locale ... la concession de la jouissance de cette marque à durée strictement déterminée, ne comporte toutefois aucun transfert de droit de propriété au profit de l'affilié ... l'affilié s'interdit dès lors, de réaliser un quelconque document, imprimé, ou objet promotionnel portant mention de la marque Skyrock, sans disposer de l'accord préalable et écrit de la société Vortex* " ; qu'en s'opposant à l'exploitation d'un site Internet dénommé " *Skyrock Bretagne.com* " qu'elle n'avait pas autorisé, la société Vortex s'est bornée à appliquer les clauses contractuelles qui la liaient à la société Sud Bretagne Diffusion, sans que puisse lui être reproché une quelconque violation des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 alors en vigueur ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 462-8 du code de commerce : " *Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* " ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu, par application de ces dispositions, de déclarer

la saisine irrecevable ;

Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant que, la saisine au fond enregistrée sous le numéro F 1263 étant déclarée irrecevable, la demande de mesures conservatoires, qui lui est accessoire, doit être rejetée,

Décide :

Article 1^{er} - La saisine enregistrée sous le numéro F 1263 est déclarée irrecevable.

Article 2 – La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 275 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport de Mme Vérot, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président, M. Nasse, membre.

La secrétaire de séance,

La présidente,

Patricia Perrin

Marie-Dominique Hagelsteen