

ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL
14 décembre 1993 *

Dans l'affaire T-543/93 R,

Gestevisión Telecinco SA, société de droit espagnol, établie à Madrid, représentée par M^e Santiago Muñoz Machado, assisté de M^e Maria López-Contreras, avocats au barreau de Madrid, ayant élu domicile à Luxembourg en l'étude de M^e Carlos Amo Quiñones, 2, rue Gabriel Lippmann,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. Francisco Enrique González-Díaz et Berend Jan Drijber, membres du service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Nicola Annecchino, membre du service juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande de sursis à l'exécution de la décision 93/403/CEE de la Commission, du 11 juin 1993, concernant une procédure en application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.150 — UER/Système de l'Eurovision, JO L 179, p. 23), ainsi qu'une demande d'adoption de mesures provisoires visant à la suspension du système de l'Eurovision jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur le recours au principal,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

rend la présente

* Langue de procédure: l'espagnol.

Ordonnance

Faits et procédure

- 1 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 18 octobre 1993, Gestevisión Telecinco SA (ci-après « Telecinco ») a introduit, en vertu de l'article 173, deuxième alinéa, du traité CEE, un recours visant à l'annulation de la décision 93/403/CEE de la Commission, du 11 juin 1993, concernant une procédure en application de l'article 85 du traité CEE (IV/32.150 — UER/Système de l'Eurovision, JO L 179, p. 23).
- 2 Par acte séparé enregistré au greffe du Tribunal le même jour, Telecinco a également introduit une demande, en vertu des articles 185 du traité CEE et 104 du règlement de procédure du Tribunal, visant à obtenir le sursis à l'exécution de la décision litigieuse, ainsi que l'adoption de mesures de sauvegarde permettant de suspendre le système de l'Eurovision, jusqu'à ce que le Tribunal ait statué sur le recours principal.
- 3 La Commission a présenté ses observations écrites sur la demande en référé introduite par Telecinco le 12 novembre 1993.
- 4 Les parties ont été entendues en leurs explications orales le 16 novembre 1993. Le 24 novembre 1993, la requérante a déposé des observations sur l'audience en référé. Par décision du président du Tribunal du même jour, ce document a été versé au dossier. Par lettre du 30 novembre 1993, la Commission a présenté des observations sur ce document.
- 5 Avant d'examiner le bien-fondé de la demande introduite devant le Tribunal, il convient de rappeler, de manière succincte, le contexte et les antécédents de la présente affaire, tels qu'ils résultent des mémoires déposés par les parties et des explications orales données au cours de l'audience du 16 novembre 1993.

- 6 La présente demande en référé est dirigée par Telecinco contre une décision prise par la Commission en vertu de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE, déclarant les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, inapplicables, pour la période du 26 février 1993 au 25 février 1998, aux dispositions statutaires et autres règles de l'Union européenne de radiodiffusion (ci-après « UER ») régissant l'acquisition de droits de télévision pour des manifestations sportives, à l'échange d'émissions sportives dans le cadre de l'Eurovision et à l'accès contractuel de tiers à ces émissions. Cette déclaration d'exemption est assortie de deux obligations: d'une part, l'obligation pour l'UER et ses membres de n'acquérir collectivement des droits de télévision pour des manifestations sportives que dans le cadre d'accords qui, soit lui permettent ainsi qu'à des membres d'accorder l'accès, soit permettent aux titulaires des droits d'accorder l'accès à des tiers conformément au règlement régissant l'accès ou, sous réserve de l'approbation de l'UER, à des conditions plus favorables pour le non-membre; d'autre part, l'obligation d'informer la Commission de toute modification et addition aux règles notifiées, de toute procédure d'arbitrage concernant les différends survenus dans le cadre du système d'accès et de toute décision concernant des demandes d'adhésion de tiers.
- 7 Telecinco a été constituée en mars 1989 et autorisée par les autorités espagnoles compétentes à exploiter en Espagne pour une période de dix années, susceptible d'être prorogée, un service de télévision privé.
- 8 L'UER est une association professionnelle sans but commercial d'organismes de radiodiffusion, créée en 1950, ayant son siège social à Genève. Conformément à l'article 2 de ses statuts, l'UER a pour objet de promouvoir la coopération entre ses membres et avec les organismes de radiodiffusion du monde entier et de représenter les intérêts de ses membres en ce qui concerne les programmes, ainsi que dans les domaines juridique, technique et autres. Depuis sa fusion avec son homologue d'Europe orientale, l'UER comporte 77 membres actifs dans 47 pays situés dans la zone européenne de radiodiffusion, dont la plupart sont des organismes relevant du secteur public ou chargés d'un service public. Pendant la seconde moitié des années 80 — qui ont été marquées par le développement des entreprises de radiodiffusion et de télévision à dominante commerciale — l'UER a, toutefois, admis ou maintenu en son sein, en tant que membres actifs, des organismes de télévision privés, comme les sociétés françaises Canal Plus et TF1, cette dernière ayant été privatisée en 1986.

- 9 Les statuts de l'UER ont été modifiés en 1988, afin d'insister, selon l'UER elle-même, « sur l'obligation pour les membres d'accomplir une mission particulière d'intérêt public, à laquelle ils sont soumis par leur législation et/ou par la pratique nationale et qui les caractérise comme étant un groupe particulier de radiodiffuseurs ayant des obligations et des intérêts communs ». Pour tenir compte des droits acquis par les anciens membres, les statuts de l'UER, tels que modifiés, précisent, dans leur article 21, que l'article 3, paragraphe 2, dans sa nouvelle rédaction, ne portera pas atteinte au statut des organismes qui, au moment de son entrée en vigueur — le 1^{er} mars 1988 —, ont déjà la qualité de membres actifs, mais qui ne remplissent plus désormais toutes les conditions stipulées audit paragraphe. Selon la nouvelle version de l'article 3, paragraphe 2, les membres de l'UER sont répartis en deux catégories: membres actifs et membres associés. Peuvent être membres actifs de l'UER les organismes de radiodiffusion ou des groupements de tels organismes d'un pays situé dans la zone européenne de radiodiffusion, qui assurent dans ce pays, avec l'autorisation des autorités compétentes, un service de radiodiffusion d'importance et de caractère nationaux et qui, en outre, donnent la preuve qu'ils remplissent cumulativement trois conditions: desserte de la totalité des habitants de leur pays ou desserte effective d'une partie substantielle de ceux-ci; programmation diversifiée et équilibrée, destinée à toutes les couches de la population; production, sous leur propre contrôle du contenu, d'une partie substantielle des émissions diffusées.
- 10 L'Eurovision constitue le cadre principal des échanges de programmes entre les membres actifs de l'UER. Elle existe depuis 1954 et correspond à une partie essentielle des objectifs de l'UER. Selon l'article 3, paragraphe 5, des statuts: « L'Eurovision est fondée sur l'engagement des membres de s'offrir mutuellement, à charge de réciprocité, leur couverture des nouvelles importantes, ainsi que leurs reportages d'actualités et leur couverture des événements sportifs et culturels se déroulant sur leur territoire national, dans la mesure où ils peuvent intéresser les autres membres de l'Eurovision. » Par ailleurs, tous les membres actifs de l'UER peuvent participer à un système d'acquisition en commun et de partage des droits de télévision (et frais y afférents) pour les manifestations sportives internationales, appelés « droits de l'Eurovision ». L'article 3, paragraphe 6, des statuts, ajouté lors de la révision de 1988, a prévu un accès contractuel à l'Eurovision dont pourraient bénéficier les membres associés (54 à l'heure actuelle) et les non-membres de l'UER.
- 11 Le 3 avril 1989, l'UER a notifié à la Commission les règles qui régissent l'acquisition des droits de télévision des manifestations sportives, l'échange d'émissions

sportives dans le cadre de l'Eurovision et l'accès contractuel des tiers à ces émissions et a sollicité, en même temps, une attestation négative ou, à défaut, une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité. Selon ces règles, l'accès contractuel des tiers aux droits de télévision acquis par les membres de l'UER, en vertu d'accords concernant des émissions sportives conclus dans le cadre de l'Eurovision, ainsi qu'à la couverture de ces manifestations sportives aurait lieu à travers un système d'octroi, par l'UER ou par ses membres, de sous-licences permettant aux non-membres de compléter leurs propres programmes sportifs dans la mesure où ils n'auraient pas acquis eux-mêmes les droits de retransmission sur le marché. Selon le principe dit « de l'embargo », les non-membres n'obtiendraient, en principe, que le droit à la retransmission en différé.

- 12 Par communication du 5 octobre 1990, faite conformément à l'article 19, paragraphe 3, du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE (JO 1962, 13, p. 204, ci-après « règlement n° 17 »), la Commission a publié l'essentiel du contenu de cette notification au JO C 251, p. 2, et a annoncé son intention de prendre une décision favorable à son égard. Suite aux observations critiques qui lui ont été adressées par des tiers, la Commission a organisé les 18 et 19 décembre 1990 une audition réunissant toutes les parties intéressées. Il ressort du dossier que la requérante a présenté des observations écrites à la Commission et a participé à cette audition.
- 13 Le 24 juin 1991, la Commission a envoyé à l'UER une communication des griefs, dans laquelle elle indiquait que le système d'octroi de sous-licences « n'était pas acceptable ».
- 14 La décision litigieuse a été adoptée par la Commission à la suite de la présentation par l'UER d'une nouvelle version révisée, en accord avec la Commission, des règles relatives au système d'octroi de sous-licences.

En droit

- 15 En vertu des dispositions combinées des articles 185 et 186 du traité CEE et de l'article 4 de la décision du Conseil, du 24 octobre 1988, instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, le Tribunal peut, s'il estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution de l'acte attaqué ou prescrire les mesures provisoires nécessaires.
- 16 L'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal prévoit que les demandes relatives à des mesures provisoires visées aux articles 185 et 186 du traité doivent spécifier les circonstances établissant l'urgence, ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l'octroi de la mesure à laquelle elles concluent. Les mesures demandées doivent présenter un caractère provisoire en ce sens qu'elles ne doivent pas préjuger la décision sur le fond (voir l'ordonnance du président du Tribunal du 13 mai 1993, CMBT/Commission, T-24/93 R, Rec. p. II-543).

Arguments des parties

- 17 A l'appui de sa demande en référé, la partie requérante fait valoir que, dans le cas d'espèce, pour éviter que ne survienne dans son chef un préjudice grave et irréparable avant le prononcé de l'arrêt sur le recours au principal, il ne suffit pas de surseoir à l'exécution de la décision litigieuse de la Commission. Il serait nécessaire, en outre, de suspendre, à titre de mesure conservatoire, le système Eurovision exempté par cette décision et, notamment, l'accord concernant l'acquisition en commun de droits de télévision pour les manifestations sportives internationales.
- 18 A cet égard, la requérante allègue que le préjudice économique que le système Eurovision ainsi que la décision litigieuse lui causent est évident, grave et irréparable. D'une part, ledit système empêcherait la requérante d'acquiescer et, par conséquent, d'inclure dans sa programmation des diffusions de manifestations sportives, ce qui provoquerait une mauvaise image de marque, pratiquement impossible à rectifier auprès des téléspectateurs. Ceci serait d'autant plus grave que la requérante, en tant qu'opérateur privé exclusivement dépendant des recettes de publicité, aurait besoin, pour survivre, d'un taux d'audience déterminé. D'autre part, l'impos-

sibilité pour la requérante de faire concurrence à l'UER et à ses membres serait encore aggravée par le statut privilégié dont les entreprises publiques de télévision jouiraient en Espagne en raison, notamment, de leur double financement par la publicité et par de nombreuses aides d'État. La Commission, au lieu de remédier à cette situation, aurait adopté une décision fournissant aux autorités et aux juridictions nationales une base pour maintenir ce statut privilégié contraire au traité. Selon la requérante, au cas où ces conditions se prolongeraient, elle se verrait contrainte à disparaître du marché, faute de ressources financières suffisantes pour s'y maintenir.

- 19 S'agissant du *fumus boni juris*, la requérante fait valoir que le recours au principal est à première vue fondé. En premier lieu, la décision litigieuse serait entachée d'un vice résultant de la violation de formes substantielles en ce que la Commission, contrairement à ce que lui imposerait l'article 19 du règlement n° 17, n'aurait pas notifié à la requérante les véritables raisons de l'octroi de l'exemption et ne l'avait pas entendue après la modification par l'UER de son système d'octroi de sous-licences. En deuxième lieu, la décision contestée violerait, au détriment des opérateurs privés, le principe de l'égalité entre les entreprises, en permettant la non-application des règles de concurrence à des entreprises membres de l'UER qui, par erreur de la Commission, auraient été indûment considérées comme chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général et, par suite, comme relevant de l'article 90, paragraphe 2, du traité CEE, alors qu'elles ne sont que des entreprises relevant des articles 85 et 86 et que deux d'entre elles — TF 1 et Canal Plus — sont même des entreprises privées. En troisième lieu, la décision litigieuse constituerait en même temps une mesure par laquelle la Commission, en violation de l'article 90, paragraphe 1, du traité favoriserait des entreprises publiques. En quatrième lieu, le système d'octroi de sous-licences modifié à la demande de la Commission, n'ayant, selon la requérante, aucune efficacité dans la pratique, ne permettrait pas de conclure que le système Eurovision satisfait aux conditions établies à l'article 85, paragraphe 3, du traité. En cinquième lieu, le système Eurovision renforcerait de façon claire la position dominante sur le marché des droits de retransmissions sportives que détiendraient l'UER et certains de ses membres et, de ce fait, constituerait un abus au sens de l'article 86 du traité. Enfin, la décision litigieuse aurait pour objet et pour effet non pas d'appliquer des règles de concurrence mais plutôt de réglementer les relations entre les opérateurs publics et privés sur le marché des droits de télévision et d'autoriser les pouvoirs publics et les entreprises publiques à maintenir toutes les mesures qui accordent des privilèges auxdites entreprises, ce qui excéderait la compétence de la Commission dans le cadre d'une procédure en matière de concurrence.

- 20 La Commission, pour sa part, estime tout d'abord que la demande présentée par la requérante ne permet pas de conclure à l'existence d'un risque de préjudice grave et irréparable. Selon la Commission, la requérante n'a apporté aucune preuve tangible, comme par exemple des données chiffrées révélant une perte d'audience ou une diminution des recettes publicitaires. Tout au contraire, les données en possession de la Commission indiqueraient que la requérante serait parvenue non seulement à s'implanter sur le marché, mais aussi à y améliorer sa position. Qui plus est, elle diffuserait des émissions sportives comme n'importe quelle autre chaîne de télévision et détiendrait même un certain nombre de droits exclusifs pour la retransmission en Espagne de manifestations sportives de dimension internationale. La Commission souligne à ce propos que, selon les informations fournies par la RTVE (une chaîne de télévision publique espagnole), la requérante n'a jamais fait aucune offre d'acquisition de droits dans certains domaines sportifs et n'a jamais pris contact avec la RTVE en vue d'obtenir une sous-licence pour retransmettre des manifestations sportives dont celle-ci avait acquis les droits dans le cadre ou non du système Eurovision. En tout état de cause, la requérante n'aurait pas démontré que, en l'absence du système Eurovision, elle aurait pu obtenir plus de droits de retransmission. Enfin, la décision litigieuse ne légitimerait en aucune manière les éventuelles distorsions de concurrence engendrées par les aides d'État en faveur d'entreprises publiques de télévision dénoncées par la requérante.
- 21 En ce qui concerne la demande de suspension de l'application de l'accord conclu au sein de l'UER, concernant l'acquisition en commun de droits de télévision pour des manifestations sportives et, en général, du système Eurovision, la Commission la considère comme irrecevable, au motif que le Tribunal ne peut pas, en vertu des articles 185 et 186 du traité, ordonner la suspension d'un accord conclu entre des tiers, ni se substituer à la Commission dans l'exercice des prérogatives que lui confère l'article 3 du règlement n° 17. En tout état de cause, la Commission considère que cette demande doit être rejetée également pour les mêmes motifs, qui justifient, selon elle, le rejet de l'autre demande en référé.
- 22 Par ailleurs, selon la Commission, aucun des moyens de fait et de droit invoqués par la requérante à l'encontre de l'illégalité de la décision litigieuse ne justifient à première vue l'octroi des mesures provisoires. S'agissant, d'une part, du moyen tiré de la violation des formes substantielles, la Commission estime que l'article 19 du règlement n° 17 ne lui impose ni l'obligation de publier au préalable les motifs qui l'ont amenée à arrêter une décision d'exemption ni d'entendre une seconde fois la requérante puisque celle-ci ne se trouverait pas dans la même situation procédurale

que les entreprises directement concernées par la procédure engagée par la Commission. S'agissant, d'autre part, du moyen tiré de la violation des règles de concurrence établies par le traité, la Commission, tout en admettant que ces règles doivent s'appliquer de manière égale aux entreprises publiques et privées, considère néanmoins qu'elle peut tenir compte, dans le contexte d'une procédure d'exemption, des particularités du secteur économique dans lequel les entreprises, publiques ou privées, opèrent ou des charges ou obligations auxquelles elles sont soumises, et cela sans préjudice des dispositions spécifiques de l'article 90 du traité, notamment de son paragraphe 2. La Commission est d'avis que le fait que les conditions d'application de cette disposition ne sont pas réunies dans un contexte déterminé ne signifie pas que la situation particulière d'un groupe d'entreprises ne puisse pas être prise en considération au moment d'appliquer l'article 85, paragraphe 3, à un accord conclu au sein de ce groupe. En tout état de cause, la Commission ne se serait pas basée, à titre principal, sur la « mission spéciale de service public » pour octroyer l'exemption litigieuse. La Commission n'aurait fait qu'évaluer les effets positifs des accords en cause et que prendre en considération, à titre subsidiaire, dans le cadre de l'analyse du caractère indispensable desdits accords, les obligations auxquelles est subordonnée l'appartenance à l'UER. En ce qui concerne le prétendu abus de position dominante que constitueraient les accords litigieux, la Commission renvoie à la décision litigieuse, où elle conclut que l'UER n'occupe même pas une position dominante. En ce qui concerne, enfin, le moyen tiré de l'incompétence de la Commission, celle-ci fait valoir que sa décision d'exemption se rapporte à un accord notifié et que son analyse juridique concernant l'exemption se fonde sur les particularités du cas concret.

Appréciation du juge des référés

- 23 Il convient de relever, en premier lieu, que dans sa requête en référé la requérante demande au juge l'adoption de deux mesures provisoires: d'une part, la suspension du système Eurovision d'acquisition en commun de droits de télévision pour les manifestations sportives internationales, exempté par la décision litigieuse en vertu de l'article 85, paragraphe 3, du traité, et, d'autre part, le sursis à l'exécution de cette même décision.
- 24 En ce qui concerne la première demande, il convient de constater que, selon le système de répartition de compétences établi par le traité, c'est à la Commission qu'il appartient, si elle l'estime nécessaire, dans le cadre des pouvoirs de contrôle en matière de concurrence que lui attribuent, notamment, les dispositions combi-

nées de l'article 85 du traité et de l'article 3, paragraphe 1, du règlement n° 17, d'adopter une mesure provisoire comme celle sollicitée en l'espèce. Le rôle du Tribunal consiste à exercer le contrôle juridictionnel de l'action de la Commission en la matière et non pas à se substituer à la Commission dans l'exercice des pouvoirs qui lui incombent en vertu des dispositions susmentionnées (voir l'ordonnance de la Cour du 17 janvier 1980, Camera Care/Commission, 792/79 R, Rec. p. 119, points 18 et 20, et l'ordonnance du président du Tribunal du 6 décembre 1989, Cosimex/Commission, T-131/89 R, Rec. 1990, p. II-1, point 12).

- 25 Il convient de rappeler, par ailleurs, que la présente procédure en référé se situe dans le cadre d'un recours introduit en vertu de l'article 173 du traité et visant à l'annulation de la décision litigieuse de la Commission. Dans ces conditions, les mesures provisoires que le juge des référés estime nécessaire d'adopter doivent, en principe, entrer dans le cadre de la décision finale susceptible d'être prise par le Tribunal en vertu des dispositions combinées des articles 173 et 176 du traité, et se situer dans le cadre des rapports entre les parties, en l'espèce la requérante et la Commission. Or, la décision du Tribunal dans le cadre du recours au principal ne saurait en aucun cas avoir pour objet l'annulation de l'accord concernant l'acquisition en commun de droits de télévision conclu au sein de l'UER par des entreprises, qui, au surplus, sont étrangères au litige.
- 26 Il résulte de ce qui précède que la première demande vise à obtenir du juge des référés une mesure provisoire qui ne rentre pas dans sa compétence et que, par conséquent, elle doit être rejetée comme irrecevable.
- 27 En ce qui concerne la seconde demande, il convient de rappeler que, en vertu de l'article 104, paragraphe 2, du règlement de procédure, l'urgence des mesures provisoires demandées doit être appréciée en fonction de la nécessité qu'il y a d'éviter par ces mesures que ne survienne, avant une décision sur le recours au principal, un préjudice grave et irréparable pour la partie qui les a sollicitées. C'est à celle-ci qu'il appartient d'apporter la preuve qu'elle ne saurait attendre l'issue de la procédure au principal sans avoir à subir un préjudice qui entraînerait des conséquences graves et irréparables (voir notamment l'ordonnance CMTB/Commission, précitée, point 31).

- 28 A ce propos, il y lieu de constater que la requérante n'allègue en substance qu'un « préjudice économique » qui lui serait causé par la décision litigieuse et par le système Eurovision, sans avoir présenté des preuves tangibles à cet égard, telles que des données chiffrées relatives à une éventuelle perte d'audience ou à une diminution des recettes publicitaires. En revanche, la Commission a présenté des données chiffrées tendant à démontrer que la requérante serait même parvenue à améliorer sa position sur le marché (d'une part de marché de 13,8 % en termes d'audience en 1991 à une part de marché de 20,7 % en mai 1993). Par ailleurs, ainsi que l'a soutenu la Commission sans que cela ait été contesté par la requérante, cette dernière n'a pas, jusqu'à présent, eu recours au système d'accès contractuel susmentionné afin d'inclure dans sa programmation des manifestations sportives dont les droits auraient été acquis dans le cadre du système Eurovision.
- 29 En ce qui concerne l'élément nouveau présenté par la requérante dans ses observations sur l'audience en référé, faisant état d'un taux d'audience inhabituel de RTVE dû à la transmission d'un match de football international particulièrement important, il y a lieu d'observer qu'il ne s'agit que d'un cas isolé, qui, par suite, ne saurait être considéré comme déterminant en tant que moyen de preuve justifiant l'urgence des mesures provisoires sollicitées. En tout état de cause, la requérante elle-même reconnaît que les droits de télévision pour cette manifestation sportive n'ont pas été acquis dans le cadre du système Eurovision.
- 30 Il résulte de ce qui précède que la requérante n'a pas démontré, à ce stade, que, dans les circonstances spécifiques du cas d'espèce, en l'absence des mesures provisoires demandées, la décision litigieuse pourrait lui causer un préjudice auquel il ne pourrait plus être remédié en exécution d'un arrêt du Tribunal qui, le cas échéant, l'annulerait dans le cadre du recours au principal.
- 31 Dès lors, et sans qu'il soit nécessaire d'analyser le bien-fondé *prima facie* du recours au principal introduit par la requérante, il y a lieu de constater que les conditions permettant, en droit, l'octroi des mesures provisoires sollicitées ne sont pas satisfaites et que, par conséquent, la demande doit être rejetée.

Par ces motifs,

LE PRÉSIDENT DU TRIBUNAL

ordonne:

- 1) **La demande en référé est rejetée.**
- 2) **Les dépens sont réservés.**

Fait à Luxembourg, le 14 décembre 1993.

Le greffier

H. Jung

Le président

J. L. Cruz Vilaça