

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 1 - Chambre 8
ARRÊT DU 10 NOVEMBRE 2017

Numéro d'inscription au répertoire général 17/16739

Décision déférée à la Cour : Ordonnance du 17 Août 2017 - Tribunal de Grande Instance de PARIS - RG n° 17/56717

APPELANTE

SA GROUPE CANAL PLUS ISSY LES MOULINEAUX Représentée par Me Jeanne BAECHLIN de la SCP Jeanne BAECHLIN, avocat au barreau de PARIS, toque L0034 Assistée de Me Pascal WILHELM, avocat au barreau de PARIS, toque K24

INTIMÉES

SAS NC NUMERICABLE agissant poursuites et diligences de son Président, y domicilié CHAMPS SUR MARNE

SA SFR - SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE RADIOTÉLÉPHONE agissant poursuites et diligences de son Directeur Général y domicilié PARIS Représentées par Me Philippe GALLAND de la SCP GRV ASSOCIES, avocat au barreau de PARIS, toque L0010 Assistées de Me Yann COLIN, avocat au barreau de PARIS, toque P08

COMPOSITION DE LA COUR

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 28 septembre 2017, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposé, devant Mme Sylvie KERNER-MENAY, Présidente, et M. Thomas VASSEUR, Conseiller, chargés du rapport.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de : Mme Sylvie KERNER-MENAY, Présidente de chambre M. Thomas VASSEUR, Conseiller Mme Mireille De GROMARD, Conseillère Qui en ont délibéré Greffier, lors des débats Mme Patricia PUIPIER

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Mme Sylvie KERNER-MENAY, présidente et par Mme Patricia PUIPIER, greffière présente lors du prononcé. EXPOSÉ DU LITIGE La SA Groupe Canal Plus (ci-après GCP) est une filiale à 100% du groupe VIVENDI. Elle a pour activité l'édition et la distribution de chaînes de télévision gratuites et payantes. Elle édite notamment la chaîne Canal +en version cryptée avec des plages de programmes en clair ainsi que des chaînes

dérivées, Canal +Sport, Canal +Cinéma, Canal +Family, Canal +Série, Canal +Décalé. La SAS Numéricable NC (ci-après NC) et la SA Société Française du radiotéléphone (ci-après SFR) sont deux opérateurs de télécommunications fixes et mobiles appartenant à 100% au groupe ALTICE. Ces deux sociétés se sont rapprochées à la fin de l'année 2014 et la fusion des plateformes SFR et NC a été constatée par une délibération de la Commission permanente de l'Autorité de la concurrence du 23 mars 2015.

Les sociétés SFR et NC en qualité de Fournisseur d'Accès à Internet (FAI) distribuent des chaînes de télévision éditées par des tiers, notamment celles du Groupe Canal +. La société NC distribue les chaînes du GCP depuis la fin des années 80. Le dernier accord en vigueur est un protocole daté du 12 novembre 2013, modifié par avenant du 13 février 2015. Ce protocole et l'avenant s'appliquent jusqu'au 31 décembre 2017.

La distribution des chaînes du GCP a fait l'objet de plusieurs contrats avec SFR depuis 2004. Le dernier contrat en vigueur a été conclu le 21 novembre 2014. Il a été modifié par un avenant du 13 février 2015, le contrat et l'avenant étant en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017. Par deux courriers du 19 juillet 2017, les sociétés SFR et NC ont informé le Groupe Canal Plus plus de la nouvelle numérotation des chaînes Canal + à compter du 22 août 2017.

Par deux lettres du 25 juillet 2017, le GCP a contesté ce nouveau plan de service. Par deux courriers du 28 juillet 2017, SFR et NC ont maintenu leur position.

Par acte en date du 3 août 2017, la société Groupe Canal Plus autorisée par ordonnance présidentielle du même jour, a fait assigner la société NC et SFR au visa des articles 485 et 809 du code de procédure civile, aux fins de :

- enjoindre, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard et par chaîne, à la société NC de respecter la numérotation des chaînes canal +, Canal+ Sport, Canal+ Cinéma, Canal+ Family, Canal+ série, Canal+ Décalé, telle qu'elle résulte du protocole d'accord conclu le 12 novembre 2013 prorogé par l'avenant du 13 février 2015, jusqu'au 31 décembre 2017 sous astreinte de 10.000 euros par jour de violation,
- enjoindre, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard et par chaîne, à la société SFR GROUP de respecter la numérotation des chaînes Canal +, Canal+ Sport, Canal+ Cinéma, Canal+ Family, Canal+ série, Canal+ Décalé, Barker canal et Canal+ à la demande, telle qu'elle résulte du contrat de distribution conclu le 21 novembre 2014, modifié par l'avenant du 13 février 2015, jusqu'au 31 décembre 2017,
- se réserver la liquidation de l'astreinte le cas échéant ;
- condamner la société NC Numericable et la société SFR à payer, chacune, à la société Groupe Canal plus la somme de 30.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

La société SFR et la société NC ont sollicité du juge des référés de :

- dire et juger la société SFR et la société NC recevables en leurs demandes,
- débouter la société Groupe Canal Plus de l'ensemble de ses demandes.
- condamner la société Groupe Canal Plus à payer à la société SFR et à la société NC la somme de 20.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Par une ordonnance du 17 août 2017, le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris a :

- donné acte à la société Groupe Canal Plus à la société NC et à la société SFR de ce que la chaîne Canal Plus conserve sa numérotation 4 dans la nouvelle grille de services des distributeurs NC et SFR ;
- débouté la société GCP de sa demande fondée sur l'article 809 alinéa 1 du code de procédure civile comme mal fondée ; - dit n'y avoir lieu à référé sur le fondement de l'article 809 alinéa 2 ;
- condamné la société GCP à payer à la société NC et à la société SFR la somme de 10.000 euros à chacune sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;
- rappelé que la décision est exécutoire par provision ;
- débouté les parties du surplus de leurs demandes ;
- condamné la société Groupe Canal Plus aux dépens.

Par acte du 30 août 2017, la société Groupe Canal Plus a interjeté appel de cette décision. Suivant une ordonnance du 4 septembre 2017 du premier président l'y autorisant, la société Groupe Canal Plus a fait assigner à jour fixe, par actes du 6 septembre 2017 les sociétés SFR et NC pour l'audience du 28 septembre 2017 à 9h30.

Par dernières conclusions du 27 septembre 2017, la société Groupe Canal Plus demande à la cour de :

- confirmer l'ordonnance rendue le 17 août 2017 en ce qu'elle a donné acte à la société Groupe Canal Plus à la société NC et à la société SFR de ce que la chaîne Canal + conserve sa numérotation 4 dans la nouvelle grille de services des distributeurs NC et SFR ;
- infirmer l'ordonnance rendue le 17 août 2017 pour le surplus ;

A titre principal, sur le fondement de l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile :

- enjoindre sous astreinte de 10.000 euros par jour et par chaîne, à : - la société NC de restituer la numérotation des chaînes Canal+ Sport, Canal+ Cinéma, Canal+ Family, Canal+ Série, Canal+ Décalé telle que prévue par le protocole d'accord conclu le 12 novembre 2013 prorogé par l'avenant du 13 février 2015, jusqu'à l'expiration des contrats ;
- la société SFR Group de restituer la numérotation des chaînes Canal+ Sport, Canal+ Cinéma, Canal+ Family, Canal+ Série, Canal+ Décalé telle que prévue par le contrat de distribution conclu le 21 novembre 2014, modifié par l'avenant du 13 février 2015, jusqu'à l'expiration des contrats ;

A titre subsidiaire, sur le fondement de l'article 809, alinéa 1er, du code de procédure civile : enjoindre, sous astreinte de 10.000 euros par jour et par chaîne, à :

- la société NC d'abandonner la nouvelle numérotation des chaînes Canal+ Sport, Canal+ Cinéma, Canal+ Family, Canal+ Série, Canal+ Décalé, telle qu'elle résulte du plan de service lancé le 22 août 2017 et se conformer à la numérotation prévue au protocole d'accord conclu le 12 novembre 2013 prorogé par l'avenant du 13 février 2015, jusqu'à l'expiration des contrats ;

- la société SFR Group d'abandonner la nouvelle numérotation des chaînes Canal+ Sport, Canal+ Cinéma, Canal+ Family, Canal+ Série, Canal+ Décalé, telle qu'elle résulte du plan de service lancé le 22 août 2017 et se conformer à la numérotation prévue par le contrat de distribution conclu le 21 novembre 2014, modifié par l'avenant du 13 février 2015, jusqu'à l'expiration des contrats ;

En tout état de cause :

- ordonner la communication du jugement à intervenir dans la presse spécialisée et auprès des abonnés de SFR Group et NC aux frais de NC et de SFR Group ;

- condamner les sociétés NC et SFR Group à payer, chacune, à la société Groupe Canal Plus la somme de 30.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

A l'appui de ses demandes, la société Groupe Canal Plus soutient principalement, en premier lieu que l'obligation contractuelle pour NC et SFR de respecter la numérotation de ses chaînes dérivées n'est pas sérieusement contestable au sens de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile.

Elle précise que les contrats conclus avec SFR et NC ne pouvaient faire l'objet d'une modification unilatérale sans négociations préalables, la réglementation nouvelle, par le législateur et le CSA, n'ayant jamais eu pour vocation d'empêcher les éditeurs et les distributeurs d'encadrer la numérotation de leurs chaînes par contrats pourvu qu'ils respectent les principes posés. La société GCP ajoute qu'aucun des textes applicables n'a contraint SFR et NC à modifier, pour les rétrograder, la numérotation de ses chaînes dérivées.

Elle rappelle que l'article 18 de la loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 oblige les distributeurs à reprendre l'ordonnancement logique des chaînes gratuites de la TNT (de 1 à 27). Pour les chaînes de télévision payantes, les distributeurs les numérotent librement dans le cadre des principes posés par le CSA en date du 15 février 2017, c'est-à-dire au sein de blocs qui garantissent " le caractère homogène, équitable et non discriminatoire " de la numérotation et selon des critères d'ordonnancement " objectifs, vérifiables, transparents et non discriminatoires ".

Elle indique qu'aucun des textes visés ne contraignait les distributeurs SFR et NC à rétrograder ses chaînes dérivées de plus de 100 numéros et qu'il importe peu de savoir si les délibérations du CSA sont impératives ou non puisqu'en toute état de cause la délibération du CSA n'a jamais eu pour conséquence de contraindre NC et SFR à violer leurs contrats.

La société GCP précise qu'elle-même, en sa qualité de distributeur de chaînes, a dû se conformer à l'ordre logique des 27 chaînes de la TNT et n'a pas pour autant modifié toute la numérotation des autres chaînes de télévision de son plan de service ; qu'elle a conservé des blocs de chaînes avec une position identique et pour ceux qu'elle a dû faire évoluer, la position n'a pas été modifiée de plus de 10 à 20 numéros. Elle relève que dans le même temps, les chaînes du groupe ALTICE ont été remontées dans l'ordonnancement de SFR et NC de plus d'une centaine de places. NC et SFR sont ainsi clairement les seuls distributeurs à avoir bouleversé leurs plans d'ordonnancement.

La société GCP soutient encore que dans sa délibération du 15 février 2017, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel n'a pas décidé de revenir sur la pratique des " blocs premium ",

comme soutenu par son adversaire, puisqu'elle permet aux distributeurs de créer un bloc 'ouvert' de chaînes qui doit être justifié soit par leur attractivité particulière, soit par l'exclusivité de la distribution des chaînes, soit par les résultats d'audiences des chaînes, ce qui renvoie explicitement aux chaînes " premium " parmi lesquelles les chaînes dérivées du GCP doivent nécessairement figurer.

La société Groupe Canal affirme que la délibération du CSA précitée a fixé à 25 chaînes maximum le contenu du bloc ouvert. Elle relève que ses adversaires prétendent que le nombre de chaînes " premium " excède celui de 25 sans en donner une liste exhaustive. Pour sa part, elle affirme que les chaînes " premium " qui trouvent leur place dans ce bloc sont précisément au nombre de 25, ses chaînes comprises (les chaînes SFR SPORT 1 à 5, la chaîne Altice Studio, les trois chaînes Bein Sport, les six chaînes Cine+, les cinq chaînes OCS et les cinq chaînes dérivées Canal+).

Il en résulte que NC et SFR pouvaient faire figurer toutes les chaînes premium au sein du bloc ouvert qu'elles ont créé sans les reléguer aux chaînes 150 et suivantes. Elle ajoute que, pour définir le bloc ouvert, le critère de l'exclusivité ne prévaut pas sur le critère de l'attractivité, certaines chaînes figurant dans le bloc premium de ses adversaires étant à la fois premium et exclusives, comme la chaîne Altice Studio, d'autres n'étant ni exclusives ni attractives, comme BFM Paris. Elle souligne encore que NC et SFR ont fait le choix de mettre seulement 13 chaînes dans leur bloc ouvert démontrant qu'elles auraient parfaitement pu y intégrer ses 5 chaînes dérivées dans le double respect des dispositions réglementaires et les contrats souscrits.

La société Groupe Canal soutient en second lieu que si l'existence d'une contestation sérieuse devait être caractérisée, le changement unilatéral de la numérotation des chaînes dérivées Canal+ caractérise un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 alinéa 1 du code de procédure civile. Elle rappelle que le juge des référés peut ordonner à titre conservatoire la poursuite des relations contractuelles entre parties en présence d'un trouble manifestement illicite. Elle indique ainsi que les nouvelles grilles de numérotation constituent un trouble manifestement illicite dès lors qu'aucune des réglementations évoquées n'est de nature à contraindre SFR et NC à violer leurs engagements contractuels en modifiant le positionnement de ses chaînes dérivées. NC devait faire ses meilleurs efforts pour conserver la numérotation des chaînes et le changement décidé ne devait pas lui être préjudiciable. Or ... et NC se sont contentés de l'informer unilatéralement à un mois du changement effectif sans prendre la peine d'entamer des discussions et en fermant la porte à toute négociation. Elle observe que ses adversaires n'ont jamais cru devoir justifier de la prétendue approbation du CSA concernant leurs nouvelles grilles de numérotation.

Le CSA s'est prononcé en toute hypothèse dans le cadre de sa délibération de février 2017 et non au vu des contrats liant les parties. Elle indique qu'elle n'a pas saisi le CSA du présent différent contractuel dès lors que, compte-tenu des délais de procédure devant la dite autorité, soit 4 mois pour un règlement de différend, elle n'aurait pas pu obtenir la décision avant l'expiration des contrats litigieux. Elle ajoute que le CSA a une compétence en tant qu'autorité administrative indépendante, pour approuver ou rejeter le plan de service des distributeurs de chaînes ce qui ne ressort pas de la matière contentieuse et n'a donc pas de compétence exclusive pour trancher la question du non respect des contrats litigieux. La société Groupe Canal Plus soutient encore que la méconnaissance par SFR et NC des contrats les liant porte

une atteinte grave et délibérée à ses intérêts car la numérotation des chaînes détermine la visibilité et l'attractivité des chaînes de télévision. Cette rétrogradation de plus de 100 positions de ses chaînes dérivées qui sont des chaînes premium porte incontestablement atteinte à leur exposition et à leur attractivité auprès de ses abonnés via SFR et NC et emporte un risque réel de diminution d'audience et de perte d'abonnés. Elle soutient que SFR et NC ont en réalité pris prétexte de la nouvelle réglementation pour faire remonter les chaînes du Groupe Altice en évinçant son principal concurrent.

Par conclusions du 26 septembre 2017, les sociétés NC et SFR demandent à la cour de :

- débouter la société Groupe Canal Plus de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions, tant à titre principal qu'à titre subsidiaire ;
- confirmer en toutes ses dispositions l'ordonnance rendue par Mme le président du tribunal de grande instance de Paris le 17 août 2017 ;
- condamner la société Groupe Canal Plus à payer à leur payer la somme de 50.000 euros à chacune au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamner GCP aux entiers dépens. Principalement, et en premier lieu, les sociétés NC et SFR font valoir que les demandes de la société Groupe Canal Plus se heurtent à l'existence d'une contestation sérieuse sur le caractère impératif de la délibération du 15 février 2017 et sur ses conséquences sur le contrat.

Elles affirment que leurs obligations contractuelles en matière de numérotation de chaînes ne sont que des obligations de moyens, sauf en ce qui concerne la chaîne Canal+ dont elles ne contestent pas qu'elle devait rester en position quatre. En revanche s'agissant des chaînes dérivées, le contrat avec SFR indique que l'attribution des chaînes n'intervient que " dans la limite des contraintes légales ou réglementaires, en ce compris les décisions et recommandations administratives et/ou judiciaires applicables ", et en ce qui concerne NC, l'article 9.1 du protocole du 12 novembre 2013 stipule que NC s'engage à " faire ses meilleurs efforts pour que les chaînes Canal+ Cinéma, Canal+ Sport, Canal+ Séries, Canal+ Family et Canal+ Décalé demeurent référencées aux numéros 41, 42, 43 et 44 et 45 ". Or, précisent-elles, selon la jurisprudence, il y a contestation sérieuse notamment lorsque l'obligation dont il est sollicité l'exécution est une obligation de moyen. Elles ajoutent qu'elles ont été obligées de modifier la numérotation des chaînes afin de se mettre en conformité avec la loi à la suite de la loi du 16 novembre 2016 et de la délibération du CSA du 15 février 2017. Elles considèrent qu'il existe un doute sérieux sur la légalité des clauses des contrats conclus entre les sociétés Groupe Canal Plus et elles au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat du 31 mars 2014 qui a affirmé que les distributeurs et éditeurs de télévision ne peuvent fixer contractuellement la numérotation des chaînes sauf à violer l'exigence de transparence prévue par la loi du 30 septembre 1986.

Elles soutiennent en troisième lieu que le juge des référés n'a pas le pouvoir de faire droit aux demandes du Groupe Canal plus compte tenu de la législation et de la réglementation en vigueur et de la délibération du CSA.

Elles estiment que cette question de la modification de la numérotation des chaînes relève de la compétence exclusive du CSA aux termes de l'article 3-1 de la loi de 1986. Si elle entendait contester le nouveau plan de service, la société GCP devait saisir la juridiction compétente

soit la juridiction administrative soit le juge judiciaire mais uniquement au fond. Elles relèvent que GCP ne conteste pas la compétence du CSA mais indique que ses délais de traitement des différends est trop long ce qui constitue l'aveu même d'un détournement de procédure. Elles évoquent encore les dispositions de l'article 42-10 de la loi de 1986 qui organise un recours devant le président de la section contentieux du Conseil d'Etat qui aurait pu être actionné si son adversaire avait saisi en ce sens le président du CSA. Enfin, elles précisent que répertorier les chaînes du Groupe Canal Plus dans le bloc ouvert reviendrait à violer les exigences de transparence et de non-discrimination prévues par la loi et expressément rappelées par la délibération du CSA du 15 février 2017. Les sociétés SFR et NC soutiennent en second lieu qu'il n'existe aucun trouble manifestement illicite. Elles rappellent que le juge des référés est le juge de l'évidence et qu'il existe des contestations sérieuses sur la nature même de ces obligations puisque les contrats prévoient une possibilité de modification des chaînes en cas de modification de la loi et de la réglementation comme c'est le cas en l'espèce. Si l'obligation contractuelle se heurte à l'existence d'une contestation sérieuse, il ne peut exister, selon elles, aucun trouble manifestement illicite. Elles ajoutent que le risque de perte d'abonnés résultant du changement de numérotation que la société Groupe Canal Plus invoque ne constitue pas un préjudice réparable en droit français, qui ne reconnaît pas le préjudice éventuel. Le présent contentieux ne porte pas sur une coupure de signal. Les abonnés des sociétés NC et SFR ont été informés du changement de numérotation des chaînes par SMS le 22 août 2017 et savent donc où se trouvent les chaînes dont il s'agit.

A supposer l'existence d'un préjudice, il sera de très courte durée puisque les contrats doivent prendre fin le 31 décembre 2017. En application des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, la cour renvoie aux écritures des parties pour un plus ample exposé des faits et moyens développés au soutien de leurs prétentions respectives.

SUR CE, LA COUR

Sur la confirmation partielle de l'ordonnance déferée

La société Groupe Canal plus sollicite la confirmation partielle de l'ordonnance en ce qu'elle a donné acte à l'ensemble des parties au litige de ce que la chaîne Canal + conserve sa numérotation 4 dans la nouvelle grille de services des distributeurs NC et SFR. Les sociétés intimées formulent la même demande. La cour confirmera l'ordonnance du 17 août 2017 sur ce point.

La demande d'infirmerie sur le fondement de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile Au terme de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le président du tribunal de grande instance peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire. La société Groupe Canal Plus demande en référé à la cour d'ordonner le rétablissement de la numérotation des chaînes dérivées de Canal plus, en conformité avec les contrats conclus sur le fondement de cet article, l'obligation n'étant, selon elle, pas sérieusement contestable. Elle considère que le changement de législation et de réglementation intervenue n'imposait pas la modification du plan de service dans les conditions réalisées par ses adversaires. Elle ajoute que la nouvelle numérotation décidée unilatéralement par SFR et NC ne respecte pas les critères et les principes posés par ces textes nouveaux.

Les sociétés NC et SRF s'opposent en soutenant que leurs obligations contractuelles relatives à la numérotation des chaînes sont des obligations de moyens et non de résultat constitutives d'une contestation sérieuse.

Elles ajoutent que les textes nouveaux les ont contraintes à opérer cette modification et que le juge des référés n'a pas le pouvoir de faire droit aux demandes de la société GCP la modification de la numérotation relevant de l'appréciation soit du CSA, soit de la juridiction administrative, soit du juge judiciaire au fond dans le cadre d'une demande d'indemnisation.

Il convient ainsi d'examiner les contrats conclus entre les parties et la législation nouvelle à la lumière du rappel que le juge des référés est le juge de l'évidence. Les contrats en cause Les parties s'accordent sur la description du cadre de leurs relations contractuelles. Les relations contractuelles actuelles entre la société Groupe Canal Plus et la société NC Numéricable résultent d'un protocole d'accord intitulé " PROTOCOLE D'ACCORD RELATIF À LA DISTRIBUTION DES PRODUITS CANAL + SUR LES RESEAUX CABLES DE NUMERICABLE " conclu le 12 novembre 2013 et modifié par un avenant n°1 du 13 février 2015. Le terme du contrat est fixé au 31 décembre 2017.

Le protocole prévoit dans un article 9.1 intitulé " Optimisation de la visibilité des produits Canal + " que NC distribue et référence la chaîne Canal + sur le canal 4 et les chaînes Canal + Cinéma, Canal+ Sport, Canal+ Family et Canal+ Décalé respectivement sur les canaux 41, 42, 43 et 44. Il est précisé qu'à compter de son lancement, la chaîne Canal + Série serait référencée sur le canal 43 et les chaînes Canal+ Family et Canal+ Décalé aux numéros 44 et 45. L'alinéa 3 de cet article 9.1 dispose que " NUMERICABLE s'engage à maintenir la numérotation 4 à la chaîne Canal + et à faire ses meilleurs efforts pour que les chaînes Canal + Cinéma, Canal+ Sport, Canal + Série ,Canal+ Family et Canal+ Décalé demeurent référencées aux numéros 41, 42, 43, 44 et 45 précités, étant précisé qu'en tout état de cause en cas de changement de numérotation mise en place par NUMERICABLE : d'une part, les chaînes Canal + Cinéma, Canal+ Sport, Canal + Série , Canal+ Family et Canal+ Décalé devront restées groupées (sauf accord préalable de Groupe Canal +°) et d'autre part, ce changement ne devra pas porter préjudice à ces chaînes ".

Les relations contractuelles actuelles entre la société Groupe Canal Plus et la société SFR sont régies par un contrat conclu le 21 novembre 2014 intitulé " CONTRAT DE DISTRIBUTION DES SERVICES GROUPE CANAL + AUPRES DES CLIENTS SFR " modifié par un avenant n°1 du 13 février 2015. Le terme du contrat est fixé au 31 décembre 2017.

L'avenant prévoit en son article 4.4. intitulé " ACCES AUX SERVICES GROUPE CANAL+ " sous un paragraphe A que " SFR attribuera la position 4 à la chaîne Canal +. Dans la limite des contraintes légales ou réglementaires, en ce compris les décisions et recommandations administratives et/ou judiciaires applicables, SFR s'engage à référencer les chaînes suivantes sur des positions consécutives à partir de la chaîne 40 : Canal +, Canal + Cinéma, Canal+ Sport, Canal + Séries, Canal+ Family, Canal+ Décalé. SFR s'engage à référencer à la suite (numéro 46), le barker Canal + à la demande. Les Parties reconnaissent qu'à la date des présentes le barker Canalsat est référencé au numéro 47 ".

Il est expressément indiqué qu'en cas d'impossibilité liée à des contraintes légales ou réglementaires, les parties se rencontreront pour étudier d'autres modalités de référencement de ces chaînes sur des positions consécutives au plus près de la position 40.

Sur la législation nouvelle

La numérotation de chaînes de télévision a été régie par une loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et par une délibération du Conseil supérieur de l'audiovisuel du 24 juillet 2007. La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 a été modifiée par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias. L'article 3-1 de la loi de 86 modifiée prévoit que le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, autorité publique indépendante, veille au respect de la numérotation logique s'agissant de la reprise des services nationaux de télévision en clair diffusés par voie hertzienne terrestre (*) et au caractère équitable, transparent, homogène et non discriminatoire de la numérotation des autres services de télévision dans les offres de programme des distributeurs de services.

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel a pris, en application de la loi nouvelle une délibération n° 2017-3 du 15 février 2017 qui s'est substituée à celle du 24 juillet 2007. Les dispositions relatives à la mise en place d'un ordre logique, commun à tous les distributeurs, des 27 chaînes hertziennes gratuites sont entrées en vigueur au jour de la publication de la nouvelle délibération du CSA au journal officiel soit le 17 février 2017. En revanche, les dispositions relatives à l'organisation des plans de services figurant au point III de la délibération, organisation par blocs et au sein de chaque bloc, sont entrées en vigueur dans un délai de 6 mois à compter de la publication au journal officiel soit le 17 août 2017.

Les distributeurs ont eu l'obligation de communiquer leur plan de service au CSA et d'informer les éditeurs de leur changement de plan de service avec un préavis d'un mois. L'évolution réglementaire imposait donc à NC et SFR d'élaborer un nouveau plan de service, dans le respect des contrats les liant à GCP tels que rappelés plus avant. Le litige II est constant que par deux lettres recommandées identiques du 19 juillet 2017 et par e-mail du 20 juillet 2017, NC et SFR ont annoncé au Groupe Canal Plus une modification de leur plan de service et de la numérotation de leurs chaînes à compter du 22 août 2017 à la suite de la délibération du CSA du 15 février 2017, en prévoyant de positionner la chaîne Canal+ Sport sur le Canal 118 dans un " bloc Sport " et les chaînes Canal +, Canal + Cinéma, Canal + Family, Canal + Série et Canal + Décalé, respectivement sur les canaux 152, 153, 154, 155 et 156 dans un " bloc Cinéma ".

Il a été encore précisé que le portail Canal + à la demande serait distribué sur le réseau 157 et Barker Canal sur le canal 158. Ces courriers ont souligné que le nouveau plan de service respecterait la numérotation logique définie par le CSA pour les services nationaux de télévision en clair diffusés par voie hertzienne terrestre. Y était ajoutée une liste et la définition des blocs thématiques composant le nouveau plan de service ainsi que les critères d'ordonnancement au sein de chaque thématique, tels que déclarés au CSA (pièces n° 8 et 9 de GCP). Par courrier du 25 juillet 2017, le directeur général du Groupe Canal + s'est opposé à ce changement en se référant aux dispositions contractuelles et aux critères à retenir pour figurer dans le " bloc ouvert " créé par les sociétés SFR et NC selon leurs propres énonciations. Les sociétés SFR et NC suivant deux courriers identiques du 28 juillet 2017 ont répliqué ne pas pouvoir répondre favorablement à la demande de maintien de la numérotation formulée en mettant en avant les exigences de la loi et de la délibération du CSA du 15 février 2017, les évolutions du marché de la distribution des services audiovisuels et tout particulièrement de leurs offres, la présentation cohérente des services au sein du plan et enfin, les termes du contrat. La société SFR et la société NC ont affirmé que le contexte ne

permettait pas de maintenir le positionnement en numéro 40 et suivants et ont affirmé qu'elles avaient produit leurs meilleurs efforts afin de concilier le nouveau plan de service avec cette numérotation. Se référant au contrat, elles indiquaient s'être trouvées dans la situation prévue aux contrats, de nouvelles contraintes règlementaires où la modification de la numérotation des chaînes de Canal + s'imposait à elles.

Elles relevaient que si la numérotation 40 avait été abandonnée, la numérotation des chaînes restait continue par thématique, conformément à l'accord contractuel. Les courriers ont encore précisé que le nouveau plan de service avait été transmis au CSA sans opposition manifestée de la part de celui-ci. La cour constate, ce qui est aujourd'hui admis par les parties, que la délibération du 15 février 2017 a, comme la loi de 1986 modifiée, un effet impératif sur le contrat.

Les parties avaient contractuellement anticipé l'hypothèse d'une telle situation et avaient envisagé la possibilité d'un changement de numérotation en fixant des lignes directrices dans la poursuite de leurs relations tenant, pour le contrat avec SFR, à une rencontre des parties et un référencement au plus près de la position 40, et pour le contrat NC, à la réalisation par le distributeur de ses meilleurs efforts, au maintien du groupement des chaînes et à l'absence de préjudice lié à la nouvelle numérotation.

L'article III de la délibération du CSA prévoit que les distributeurs doivent mettre en place un plan de service organisant la numérotation de chaînes, autres que les 27 premières chaînes, regroupées par " blocs ". Le même article ajoute qu'à côté de blocs thématiques, le CSA autorise la composition de 3 types de " blocs " : un " bloc " de chaînes locales, un " bloc " consacré à la promotion temporaire des services et un " bloc de services " dont il considère qu'ils justifient d'être distingués de l'ensemble des autres services de l'offre, sans que ce bloc soit défini selon la programmation qui le compose. La définition de ce bloc devant toutefois être justifiée par au moins un des critères suivants : le caractère particulièrement attractif de la programmation des services qui la composent, l'exclusivité de la distribution ou des résultats d'audience significatifs. En outre, la composition de ce bloc doit être conforme aux critères légaux de transparence, d'équité, d'homogénéité et de non-discrimination. Enfin, ce bloc ne peut être composé de plus de 25 services.

Il appartient à l'autorité administrative indépendante qui peut être saisie d'un différend ou à la juridiction administrative compétente d'analyser et de vérifier la conformité des nouveaux plans de service mais le juge judiciaire demeure compétent pour apprécier le processus de mise en place des plans au regard des contrats, notamment la prévision de prescriptions légales ou réglementaires pouvant entraîner la modification de la numérotation actuelle des services et la nécessité, dans cette circonstance, de faire les " meilleurs efforts ", s'agissant de NC, ou de " se rencontrer pour étudier d'autres modalités de référencement " s'agissant de SFR, les contrats fixant encore pour objectif de s'efforcer de grouper les chaînes et de les maintenir dans une numérotation proche de 40, sans porter préjudice aux chaînes.

Il résulte du plan de service communiqué par SFR et NC au CSA, implicitement approuvé par celui-ci (pièce n°4 de l'intimé), que ces distributeurs ont, comme ils l'indiquent, opté pour un " bloc ouvert " composé uniquement de 13 de leurs chaînes (chaînes 31 à 43), se fondant sur le seul critère de la distribution exclusive.

Or, les sociétés SFR et NC ont, dans le courrier transmis au GCP, fait référence non seulement au critère de l'exclusivité pour définir l'ordonnancement des chaînes de ce bloc mais également à celui de " services particulièrement attractifs du fait de leur programmation ". La composition du " bloc ouvert " ne répond pas à l'ensemble des critères que les sociétés NC et SFR se sont fixés à elles-mêmes. L'attribution des chaînes de ce bloc n'est en l'état pas complète et le recours effectif au critère d'attractivité, aurait en outre permis d'envisager le décalage de chaînes pour attribuer au GPC les places laissées disponibles. Ce faisant, les chaînes de ce groupe se seraient trouvées positionnées, comme prévu au contrat, dans un ordre proche de la numérotation 40, quand bien même il ne s'agissait que d'une obligation de moyen.

Enfin, l'évidence commande d'observer que le décalage aux numéros 118, puis 152 à 156 ou à 158 est de nature à porter préjudice à ces chaînes, ce que les parties étaient contractuellement convenues d'éviter.

Le constat ainsi fait d'une exécution inadaptée des obligations contractuelles est aussi la conséquence de l'absence de respect des procédures de discussion pourtant convenues entre les parties en pareille circonstance. Il résulte en effet du rappel des échanges épistolaires entre les parties qu'aucune discussion, ni rencontre n'est intervenue entre elles avant l'envoi par NC et SFR des courriers des 19 juillet 2017 pris à l'extrême limite du délai de préavis avant l'application au 22 août 2017 des dispositions définies par le CSA. Il peut encore être observé que ces dispositions énoncées depuis le 15 février 2017 faisaient courir un délai de 6 mois avant leur application dans l'objectif incontestable de laisser le temps aux éditeurs et distributeurs de négocier sur la base de leurs contrats respectifs. En outre, la cour constate que l'envoi de ces courriers est postérieur à la transmission du nouveau plan de services au CSA réalisé par courriers du 7 juillet 2017.

Il est ainsi manifeste que les courriers du 19 juillet 2017 n'avaient pas pour objet d'initier une quelconque discussion mais seulement d'informer le GCP d'une décision unilatérale d'affectation des chaînes. La cour ne peut donc que constater, avec l'évidence requise en référé, que ces circonstances sont constitutives de violations des dispositions contractuelles, non dans l'existence d'une obligation de maintien de la numérotation, mais en ce que NC ne peut soutenir avoir fait ses " meilleurs efforts ", ni SFR avoir répondu à ses engagements d'étudier d'autres modalités de référencement des chaînes sur des positions consécutives au plus près de la position 40.

Ainsi s'il n'existe aucune contestation sérieuse quant à violation de l'obligation contractuelle d'exécution de bonne foi des contrats, la cour constate avec la même évidence qu'elle ne peut se substituer à l'Autorité administrative indépendante ou la juridiction compétente au fond, par ailleurs non saisis du litige, pour rétablir ou maintenir une numérotation qui relève de son seul pouvoir d'appréciation. Il existe donc une contestation sérieuse quant à la mesure de réparation sollicitée devant le juge des référés.

La demande formulée par le GCP sur le fondement de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile ne peut donc qu'être rejetée et la décision du premier juge confirmée. La demande d'infirmer sur le fondement de l'article 809 alinéa 1 du code de procédure civile Au terme de l'article 809 alinéa 1er du code de procédure civile, la juridiction des référés peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires

ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

L'existence de la violation de l'obligation contractuelle dans les circonstances rappelées plus avant constitue une atteinte à la relation de droit entre les parties. En revanche, cette atteinte ne présente pas le caractère de trouble manifestement illicite à défaut d'appréciation par l'autorité ou le juge compétent au fond, ni même de leur saisine, et en présence de surcroît d'une validation implicite par le CSA des nouveaux plans de services.

Il conviendra donc également de confirmer l'ordonnance entreprise ayant rejeté les demandes du GCP sur le fondement de l'article 809 alinéa 1 du code de procédure civile. Sur les demandes accessoires L'équité commande en revanche d'infirmier l'ordonnance du premier juge ayant mis à la charge du GCP une somme de 10.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile ayant été constaté que les sociétés NC et SFR avaient violé leurs obligations contractuelles et qu'ainsi elles s'exposaient ainsi au principe de la présente procédure. Il conviendra donc de dire qu'il n'y aura pas lieu à application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et de laisser à chacune des parties la charge de ses dépens.

PAR CES MOTIFS

Confirme l'ordonnance du juge des référés du tribunal de grande instance de Paris en date du 17 août 2017 en ce qu'elle a donné acte à la société Groupe Canal Plus à la société NC NUMERICABLE et à la société SFR de ce que la chaîne Canal Plus conserve sa numérotation 4 dans la nouvelle grille de services des distributeurs NC et SFR ;

Confirme l'ordonnance du juge des référés du tribunal de grande instance de Paris en date du 17 août 2017 en ce qu'elle a débouté la société GCP de sa demande fondée sur l'article 809 alinéa 1 du code de procédure civile et dit n'y avoir lieu à référé sur le fondement de l'article 809 alinéa 2 du même article ;

L'infirmier pour le surplus,

Dit n'y avoir lieu à application au profit de quiconque des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

Laisse à chacune des parties la charge de ses dépens.

LE GREFFIER

LE PRESIDENT