



**Décision n° 07-MC-02 du 02 mai 2007
relative à une demande de mesures conservatoires
présentée par la société Emettel**

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre, enregistrée le 18 décembre 2006 sous les numéros 06/0099 F et 06/0100 M, par laquelle la société Emettel a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société TDF qu'elle estime anticoncurrentielles et sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 07-DSA-42 et n° 07-DSA-43 du 19 février 2007, n° 07-DSA-44 et n° 07-DSA-45 du 20 février 2007, n° 07-DSA-59 du 5 mars 2007, n° 07-DSA-65 et n° 07-DSA-66 du 12 mars 2007 ;

Vu les décisions relatives à une demande d'autorisation d'utilisation de pièces classées en annexe confidentielle n° 07-DEC-01 du 12 mars 2007 et n° 07-DEC-02 du 13 mars 2007 ;

Vu l'avis adopté par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (« CSA ») le 13 février 2007, à la demande du Conseil de la concurrence, sur le fondement des dispositions de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ;

Vu l'avis n° 2007-0112 adopté par l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (« ARCEP ») le 8 février 2007, à la demande du Conseil de la concurrence, sur le fondement des dispositions de l'article 35 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les observations présentées par la société Emettel, la société TDF et la commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, la commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Emettel et TDF entendus lors de la séance du 27 mars 2007 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. Par lettre enregistrée le 18 décembre 2006, la société Emettel a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société TDF. Elle a également demandé au Conseil de prononcer des mesures conservatoires tendant à faire cesser ces pratiques.
2. La société Emettel estime que la société TDF est en position dominante sur le marché aval de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique. Elle fait valoir qu'en ayant conclu des contrats exclusifs avec les chaînes publiques France 2, France 3 et France 5/Arte, d'une durée de 7 années, TDF a abusé de cette position dominante. Ces contrats ont été signés en mars et avril 2003, soit trois à quatre mois avant l'entrée en vigueur programmée de la directive européenne d'ouverture à la concurrence. Ils ont pour objet de conférer à TDF le monopole de diffusion des trois chaînes de télévision publiques appartenant au groupe France Télévisions, alors que la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 de la Commission européenne, qui a procédé à l'ouverture à la concurrence de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique, est entrée en vigueur le 25 juillet 2003, et a été transposée en droit français par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004.
3. Par ailleurs, la société Emettel considère dans sa saisine que certaines stipulations contenues dans les contrats conclus par la société TDF avec les sociétés TF 1 et Métropole Télévision, éditrice de la chaîne M6, et le groupe public France Télévisions sont constitutives d'un abus de position dominante en ce qu'elles limitent le nombre et la puissance des stations de diffusion pouvant être sorties annuellement du périmètre des contrats. En effet, outre qu'elles empêchent la société Emettel de pénétrer le réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique, elles entraveraient son accession au marché émergent de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode numérique.
4. Enfin, la société Emettel considère que ces clauses de sorties partielles de stations, contenues dans les différents contrats, limitent le nombre de réaménagements de fréquences analogiques que les chaînes de la télévision TF 1, M6, France 2, France 3, France 5/Arte pourraient lui attribuer.
5. Accessoirement à sa saisine au fond, la société Emettel demande, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, le prononcé de mesures conservatoires.

B. LE SECTEUR ET LES PARTIES

1. LE SECTEUR : LA DIFFUSION HERTZIENNE DE TELEVISION

6. La diffusion hertzienne terrestre de télévision consiste à acheminer un signal audiovisuel depuis la régie d'un éditeur vers des sites de diffusion afin de le diffuser vers les antennes des téléspectateurs. Un site de diffusion est principalement composé de deux éléments : un émetteur destiné à amplifier le signal reçu de l'éditeur (par satellite ou faisceau hertzien) et un pylône au sommet duquel sont installées des antennes émettrices reliées à l'émetteur grâce à un « feeder » (câble coaxial ou guide d'ondes).

a) La diffusion hertzienne des services de télévision en mode analogique

7. La diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique est principalement assurée à partir d'une centaine de sites de forte puissance qui permettent la couverture de la majeure partie du territoire. Ces 115 sites, dits du « *réseau primaire* » ou « *points hauts historiques* », ont été construits il y a plusieurs décennies (le dernier date en effet de 1979) et sont tous détenus par la société TDF.
8. Le réseau primaire est complété d'un réseau secondaire composé de 3551 sites, lesquels sont d'une puissance comprise entre 0,1 et 25 watts maximums et couvrent des bassins de population plus restreints. Alors que le réseau primaire permet d'atteindre 85 % de la population, le réseau secondaire couvre les derniers 15 %. Plus de 90 % des sites du réseau secondaire sont maîtrisés par la société TDF, soit parce qu'ils lui appartiennent, soit en raison de contrats passés avec les propriétaires publics ou privés de ces sites.
9. Hormis TDF, seuls sont présents sur le marché de la diffusion hertzienne analogique deux petits opérateurs gérant quelques sites du réseau de diffusion secondaire, les sociétés Emmettel et Moulis, cette dernière n'étant présente que dans le Sud Ouest.
10. Dans ses observations du 6 décembre 2005 concernant le marché des services de gros de la diffusion audiovisuelle, le CSA indiquait que les grands sites, « *largement amortis, permettent des couvertures exceptionnelles : néanmoins, leur fonctionnement continu crée aussi des contraintes de planification telles que, densité d'utilisation du spectre aidant, il est globalement impossible de déployer, en parallèle, les nombreux sites de plus faible puissance qui pourraient techniquement constituer une alternative à leur usage (à condition que cette solution soit économiquement intéressante) ; de ce fait, ils restent employés et structurent l'organisation du spectre, en particulier dans la bande UHF.* »
11. Par ailleurs, le plan de fréquences de la télévision analogique est conçu pour une réception en vue directe des émetteurs, de sorte qu'il se caractérise par une grande rigidité. C'est pourquoi, comme l'indiquait le CSA dans ses observations mentionnées au paragraphe précédent, « *les nouveaux émetteurs doivent se trouver sur des sites alignés avec l'orientation majoritaire des antennes. Dans une très large mesure, et du fait de ce plan contraint, tout émetteur significatif de télévision analogique doit aujourd'hui se situer à proximité immédiate de sites existants. Le diffuseur historique, qui détient la quasi-totalité des sites existants, peut donc proposer des solutions à coût marginal.* »

12. En raison de la mission qui lui avait été attribuée par l'Etat lors de sa création, à savoir concevoir, installer, exploiter et entretenir les réseaux de distribution de la communication audiovisuelle (article 34 de la loi du 29 juillet 1982), la société TDF a une connaissance parfaite du réseau de diffusion et notamment des contraintes liées à l'interaction entre les sites dont font état les avis cités ci-dessus. Le marché de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique se caractérise donc par une asymétrie d'information entre la société TDF et ses concurrents.

b) L'extinction programmée de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique

13. Selon la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, la diffusion analogique sera progressivement éteinte, par zone géographique, à partir du 31 mars 2008. L'extinction complète devra intervenir au plus tard au 30 novembre 2011. Ainsi, et comme le prévoit le CSA, « *les éditeurs de services nationaux de télévision en clair diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique (TF1, France 2, France 3, France 5, Arte et M6) [devront] «assurer la diffusion de leurs services par voie hertzienne terrestre en mode numérique auprès de 95 % de la population française».*
14. Par ailleurs, l'article 98-1 de la loi du 5 mars 2007 citée ci-dessus dispose que « *les éditeurs de services nationaux en clair diffusés par voie hertzienne terrestre en mode numérique mettent ensemble leur offre de programmes terrestres à disposition d'un même distributeur de services par voie satellitaire ou d'un même opérateur de réseau satellitaire, pour une couverture au moins équivalente à celle de la diffusion analogique terrestre des services de télévision nationaux en clair, dans un délai de trois mois à compter de la promulgation de la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur* ». Les éditeurs de chaînes concernés ont ainsi indiqué lors de leur audition que la diffusion par satellite sera utilisée afin de compléter la couverture du territoire.

c) Le réaménagement des fréquences analogiques

15. La TNT est diffusée dans tous les pays européens dans la bande UHF qui est également utilisée pour la télévision analogique depuis le lancement de la télévision couleur. Cette coexistence crée de fortes contraintes de planification : si les émissions de TNT peuvent s'accommoder, du fait de leur faible puissance, de canaux inutilisables par des chaînes analogiques, elles doivent toutefois éviter les brouillages suscités par la forte densité de réutilisation des fréquences. Aussi est-il nécessaire « (...) *pour le CSA de modifier certains des canaux alloués à ces services. Ces réaménagements, qui consistent à changer la fréquence de l'émetteur concerné, impliquent une intervention technique. Ils sont qualifiés de «réaménagements de fréquences analogiques»* (avis du CSA en date du 13 février 2007). Dans son avis n° 2002-0112 en date du 8 février 2007, l'ARCEP souligne également que « *le développement de la TNT est toutefois conditionné par la réalisation de près de 1500 réaménagements de fréquences analogiques.* ».
16. Les réaménagements de fréquences sont pilotés par le GIE Fréquences et se composent de deux volets : le premier concerne la diffusion et consiste à changer les paramètres techniques - essentiellement la fréquence du signal de diffusion - pour une chaîne donnée sur un site déterminé, en conformité avec les décisions du CSA, qui spécifient les

caractéristiques techniques des réaménagements ; le second concerne l'accompagnement technique des téléspectateurs affectés par un réaménagement, afin qu'ils puissent continuer à recevoir la chaîne réaménagée.

17. Pour près de 70 % des réaménagements de fréquences, l'intervention se limite à un simple réglage sur une installation existante et au remplacement de quelques équipements mineurs - notamment oscillateurs locaux, cellules de multiplexage - qui laissent intact l'essentiel de l'installation - aérien d'émission et de réception, émetteur, alimentation en énergie, hébergement -. Dans ce cas, un changement d'opérateur de diffusion ne présente pas de logique économique pour le GIE Fréquences. En revanche, dans environ 30 % des cas, une intervention plus importante est nécessaire en ce qu'elle nécessite un changement d'émetteur ou d'aérien en vue de les rendre capables de respecter les nouvelles spécifications de la diffusion.
18. Le processus de sélection se déroule comme suit. Tout d'abord, le CSA publie sa décision de réaménagement au Journal officiel. Ensuite, les diffuseurs techniques, en l'espèce les sociétés TDF et Emettel, formulent une proposition commerciale au GIE Fréquences portant exclusivement sur les frais de réaménagement. Ainsi, le diffuseur technique déjà en charge de la diffusion de la fréquence adresse une proposition commerciale au GIE Fréquences qui ne porte que sur les frais de réaménagement, dans le cadre du contrat qui le lie avec la chaîne. A l'inverse, l'opérateur de diffusion concurrent qui souhaite obtenir le site de diffusion adresse aux chaînes de télévision concernées une proposition qui couvre à la fois le réaménagement du site et la diffusion de la chaîne. La partie relative au réaménagement est communiquée au GIE Fréquences qui sélectionne le prestataire dont le dossier est considéré comme étant le plus attractif économiquement et techniquement. Toutefois, il convient de souligner qu'en fait, ce sont les éditeurs de chaînes, et non pas le GIE Fréquences, qui sélectionnent le diffuseur technique qui peut être soit le diffuseur technique déjà en charge du site, soit un diffuseur technique concurrent.
19. Dans son avis en date du 13 février 2007, le CSA indique que « *Le cadre financier dans lequel se déroulent les réaménagements est fixé par le décret n° 2003-620 du 4 juillet 2003. Celui-ci prévoit notamment que les dépenses liées aux réaménagements, qui incombent aux éditeurs de services autorisés en mode numérique, peuvent faire l'objet d'un préfinancement par le Fonds de réaménagement du spectre (FRS), géré par l'Agence nationale des fréquences (ANFr). Cependant, ce préfinancement était conditionné à la création par les éditeurs de services analogiques d'un GIE chargé d'engager les dépenses et de coordonner la réalisation des opérations, le GIE Fréquences. Chaque semestre, les éditeurs TNT remboursent les montants engagés six mois plus tôt, ainsi qu'une partie des fonds avancés sur cinq ans. Le montant des remboursements en janvier 2007 était de 6,6 millions d'euros. Il comprend le remboursement de 3,6 millions d'euros au titre de l'avance sur cinq ans. La quote-part de chaque éditeur en mode numérique est ainsi de 236 000 euros. TF1 et France Télévisions ont saisi le Conseil afin d'éteindre des sites concernés par les réaménagements lorsque ceux-ci desservent une faible population (inférieure à une centaine d'habitants). Dans ce cas, ce sont les chaînes concernées (en général, TF1 ou France 2) qui financent directement la solution alternative qui permet de continuer à les recevoir (généralement par la mise en oeuvre d'une parabole satellitaire). Le GIE contractualise avec l'ensemble des acteurs intervenant pour les réaménagements : diffuseurs techniques, antennistes ou centres d'appels téléphoniques. Fin octobre 2006, 11 conventions avaient été signées avec le GIE, après adoption par le conseil d'administration de l'ANFr. Le montant total des engagements financiers s'élevait à 36,6 millions d'euros - le fonctionnement interne du GIE intervenant pour environ*

3 millions dans cette somme. Ces conventions ont permis de réaliser 761 réaménagements de fréquences à fin 2006. »

d) Le poids économique de la diffusion analogique

20. Dans son avis du 6 décembre 2005 relatif au marché de gros de la diffusion audiovisuelle, le CSA indiquait « (...) qu'en 2008, autrement dit à une date où la télévision numérique terrestre bénéficiera d'une couverture de l'ordre de 85 % de la population, le segment de la diffusion analogique représentera toujours plus des 2/3 du volume d'affaires total de la diffusion terrestre. Dans ces conditions, malgré la perte d'une partie du marché de la diffusion numérique, la part de l'opérateur historique sur l'ensemble du marché de la diffusion hertzienne terrestre de télévision pourrait être de l'ordre de 90 %, contre 98 % à l'heure actuelle ». Il soulignait que « Dans le cas de France Télévisions, la charge totale pour les trois antennes métropolitaines France 2, France 3 et France 5 s'établit à [secret des affaires] par an, représentant le principal poste de charges des entreprises du groupe public, hors coûts des grilles. »
21. La situation ne semble pas avoir évolué de manière substantielle puisque le CSA, dans son avis en date du 13 février 2007, souligne que « La diffusion en mode analogique représente encore la majorité du volume d'affaires global du marché de la diffusion hertzienne terrestre de télévision ».
22. Par ailleurs, lors de son audition, le groupe France Télévisions indiquait qu'il porte « (...) une attention toute particulière à l'évolution de ses coûts de diffusion analogique notamment pour la période à venir qui couvrira l'extinction, lesquels sont une donnée essentielle de ses coûts techniques ».

C. LES ENTREPRISES CONCERNEES

1. LA SOCIETE TDF

23. TDF était à sa création, en 1975, un établissement public à caractère industriel et commercial disposant du monopole de la radiodiffusion et de la télédiffusion hertziennes. Il est devenu en 1987 une société anonyme dont la majorité du capital devait être détenue directement ou indirectement par l'Etat, avec un monopole limité à la diffusion des programmes des seules chaînes publiques de radio et de télévision. En 1991, TDF est devenue filiale à 100 % de France Télécom. En juillet 2002, France Télécom a cédé la majorité de TDF à un consortium contrôlé à 45 % par les fonds d'investissement privés britanniques Chaterhouse Capital Development et français CDC Ixis Equity Capital et à 19 % par la Caisse des Dépôts et Consignations. France Télécom a conservé 30 % des parts. Le 12 septembre 2006, TDF a annoncé le rachat de son principal concurrent, Antalis. Suite à cette opération, TDF contrôle 80 % du marché de la diffusion numérique terrestre de télévision. Suite à une nouvelle modification de capital en octobre 2006, la société est désormais détenue par TPG (42 %), la Caisse des Dépôts et Consignations (24 %), AXA Private Equity (18 %) et Charterhouse Capital Partners (14 %).

24. Historiquement, le cœur d'activité de la société TDF SA était la diffusion hertzienne terrestre des programmes de télévision et de radio en mode analogique. Au fil des années, elle a diversifié son activité, notamment dans la diffusion de la téléphonie mobile et dans la diffusion hertzienne terrestre en mode numérique. Par ailleurs, elle opère le déploiement de réseaux Wimax pour lequel elle a obtenu 11 licences en 2006. Elle mène également quelques expériences de diffusion de la télévision mobile personnelle, et, au travers de ses filiales, développe des activités de multimédias comme la diffusion de programmes audiovisuels sur Internet, le transport sécurisé de films, etc. Enfin, la société TDF est présente dans 6 pays européens. Ainsi, à titre d'exemple, elle développe une activité de diffusion hertzienne terrestre en mode analogique et numérique en Espagne et en Finlande.
25. En 2005, la société TDF SA a réalisé un chiffre d'affaires de 722 127 millions d'euros pour un résultat net de 195 millions d'euros.

2. LA SOCIETE EMETTEL

26. La société Emettel a été créée en 1990 et assure l'installation, la maintenance et la diffusion de télévisions nationales ou locales sur le réseau secondaire de la télédiffusion hertzienne terrestre en mode analogique. Elle est détenue à 100 % par des personnes physiques. La société Emettel est pratiquement la seule concurrente de la société TDF sur ledit marché. Son activité de maintenance et d'entretien d'émetteurs concerne environ 450 réémetteurs (150 stations).
27. Son chiffre d'affaires pour l'année 2006 a été de 1,950 millions d'euros et son résultat net de 231 905 euros.

D. LE CADRE JURIDIQUE DE LA DIFFUSION HERTZIENNE DE LA TELEVISION

1. LE CADRE LEGISLATIF ET REGLEMENTAIRE

28. La loi du 30 septembre 1986 disposait en son article 51 qu'« *une société dont les statuts sont approuvées par décret, et dont la majorité du capital est détenue par des personnes publiques, assure la diffusion et la transmission, en France et vers l'étranger, par tous procédés de télécommunication, des programmes des sociétés nationales mentionnées à l'article 44.* » Par cet article, la société TDF se voyait conférer le monopole de la diffusion des programmes des entreprises de radiodiffusion publiques, et notamment des chaînes de télévision publiques. Ce monopole a ensuite été restreint à la diffusion analogique des programmes des entreprises de radiodiffusion publiques par la loi du 1^{er} août 2000. Enfin, l'abrogation de l'article 51 par la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 a fait perdre à la société TDF le monopole de diffusion en mode analogique des programmes des entreprises de radiodiffusion publiques.

29. La loi du 31 décembre 2003 citée ci-dessus transposait la directive communautaire 2002/77/CE du 16 septembre 2002 qui dispose en son article 2 que « *les États membres ne peuvent accorder ni maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public.*

Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires afin de garantir à toute entreprise le droit de fournir des services de communications électroniques ou de mettre en place, d'étendre et d'exploiter des réseaux de communications électroniques.

Les États membres font en sorte qu'aucune restriction ne soit imposée ni maintenue à la fourniture de services de communications électroniques sur les réseaux de communications électroniques mis en place par les fournisseurs de services de communications électroniques sur les infrastructures fournies par des tiers, ou au moyen d'un usage partagé de réseaux, d'autres installations ou sites, sans préjudice des dispositions des directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE».

30. Enfin, comme indiqué précédemment, la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur a planifié l'extinction définitive de la diffusion hertzienne des services de télévision en mode analogique, laquelle doit intervenir au plus tard le 30 novembre 2011. A compter de cette date, les programmes audiovisuels diffusés sur ondes hertziennes le seront uniquement en mode numérique. Les éditeurs de services nationaux de télévision en clair diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique (TF1, France 2, France 3, France 5/Arte et M6) devront assurer, selon l'article 96-1, la diffusion de leurs services par voie hertzienne terrestre en mode numérique auprès de 95 % de la population française. La couverture sera complétée, selon l'article 98-1, par la diffusion satellite.

2. LA REGULATION SECTORIELLE

a) Les marchés concernés

31. Dans le cadre de l'analyse des marchés menée en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques (avis [06-A-01](#) du 18 janvier 2006 du Conseil et décision n° 06-0161 du 6 avril 2006 de l'ARCEP), deux marchés de gros ont été distingués dans le secteur de la diffusion hertzienne de programmes télévisuels :
- sur le marché de gros « aval », les chaînes (pour la télévision analogique) ou les multiplexes regroupant les chaînes (pour la télévision numérique) achètent à un diffuseur une prestation de diffusion de leurs signaux sur différentes zones géographiques ;
 - sur le marché de gros « amont », les opérateurs de diffusion achètent, sur les zones sur lesquelles ils ne gèrent aucune infrastructure de diffusion, l'accès aux infrastructures d'un tiers afin d'y installer leurs propres équipements.

b) La régulation du marché amont de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision

32. L'ARCEP, dans sa décision du 6 avril 2006, a considéré que la société TDF avait une influence significative sur le marché de gros amont de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision et qu'une régulation *ex ante* devait être mise en place. Aussi, une obligation de séparation comptable lui a-t-elle été imposée en vue, « *d'une part, d'assurer la transparence des prix des offres de gros et des prix de transferts internes à l'entreprise verticalement intégrée et de ce fait, de garantir le respect de certaines obligations comme celle de non-discrimination lorsqu'elle s'applique et, d'autre part, de prévenir d'éventuelles pratiques de subventions croisées.* ». Les modalités de mise en œuvre de cette obligation doivent être précisées dans une décision qui doit intervenir prochainement.
33. Par ailleurs, l'ARCEP a imposé à la société TDF des obligations au titre de la régulation *ex ante* sur le seul marché amont de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode numérique : TDF doit faire droit aux demandes d'accès à ses bâtiments et pylônes dans des conditions non discriminatoires et à des tarifs non excessifs et publier une offre d'accès.

c) L'absence de régulation du marché aval de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision

34. L'ARCEP a estimé, dans l'avis du 6 avril 2006 cité ci-dessus, que « (...) *la concurrence sur le marché aval sur un support hertzien terrestre est fonction en grande partie de celle qui se développe sur le marché amont* ». Aussi, a-t-elle conclu « (...) *qu'il convenait d'évaluer l'impact de la régulation du marché amont sur la situation concurrentielle du marché aval avant de mener une analyse de ce marché.* »

E. LES CONTRATS

1. LES CONTRATS CONCLUS PAR LES CHAINES PUBLIQUES FRANCE 2, FRANCE 3 ET FRANCE 5/ARTE AVEC LA SOCIETE TDF

35. En vertu de la loi du 30 septembre 1986, et des anciennes dispositions contenues dans les cahiers des charges des chaînes France 2, France 3 et France 5/Arte, les trois chaînes publiques ont signé respectivement le 31 mars 2003, pour les chaînes France 2 et France 3, et le 2 avril 2003, pour la chaîne France 5/Arte, un contrat avec la société TDF. Ces contrats sont entrés en vigueur rétroactivement le 1er janvier 2002. Ils ont été conclus pour une durée de 7 années, c'est-à-dire qu'ils arriveront à échéance le 31 décembre 2008, et sont d'une nature exclusive puisque la société TDF s'était vu attribuer la diffusion de l'ensemble des fréquences accordées par le CSA aux chaînes publiques. Sur la base de ces contrats, aucun transfert de site à un diffuseur technique alternatif n'est possible. De plus, le contrat ne contient aucune disposition permettant de le dénoncer de manière anticipée.
36. Des avenants ont été signés en février et mars 2005. Les chaînes publiques France 2 et France 3 ont obtenu l'intégration de clauses de sorties partielles de stations de diffusion.

Aux termes de ces dispositions, les deux chaînes peuvent extraire du périmètre du contrat 20 sites par an d'une puissance inférieure ou égale à 1 watt moyennant un préavis de 6 mois. La notion de sortie partielle couvre à la fois l'extinction définitive d'un site et le transfert à un diffuseur technique alternatif. Les sommes dues à TDF par les chaînes étant identifiées de façon unitaire pour chaque site de diffusion, le retrait d'un site au titre de ces clauses de sortie partielle entraîne une réduction des sommes dues au titre de l'ensemble du contrat.

37. En revanche, l'avenant signé par la chaîne France 5/Arte n'autorise aucune sortie partielle de stations. Lors de son audition, le groupe France Télévisions a expliqué que « *La clause d'extinction des petits réémetteurs, introduite dans les contrats avec France Télévisions, suite à l'obtention de cet avantage au bénéfice de TF1 et en application de notre propre clause dite "du client le plus favorisé" s'avère sans objet pour le réseau de France 5. En effet, les émetteurs concernés par cette chaîne ne disposent pas de la même capillarité que ceux des autres chaînes de taille plus importante, France 2 et France 3. Aucun émetteur destiné à France 5 ne couvre de tout petit bassin de population (de quelques centaines ou dizaines d'habitants). Le réseau destiné à France 5 est constitué, pour l'essentiel, des 1 500 émetteurs les plus "gros" parmi les 3 500 de France 2 France 3. Nonobstant la présence d'une clause dans le contrat avec France 5, dite "d'optimisation du cahier des charges technique", qui autorise ces arrêts d'émetteurs.* »

2. LES CONTRATS CONCLUS PAR LA CHAÎNE TF1 AVEC LA SOCIÉTÉ TDF

38. Dès 1991, la société TF1 a obtenu l'intégration dans ses contrats successifs d'une clause permettant des sorties partielles de stations. La société TF1 a expliqué lors de son audition que « *la notion d'arrêt définitif s'entend par rapport au contrat en cause. Au sens du contrat, la notion couvre donc à la fois l'arrêt définitif de la station mais également son transfert au profit d'un autre diffuseur technique* ».
39. Dans le contrat de 1996, le nombre de stations pouvant bénéficier d'une sortie partielle a été réduit. La société TF1 a indiqué au cours de son audition que « (...) *nous nous sommes rendus compte, avec le recul, que le pourcentage fixé dans le contrat de 1991 n'était pas réaliste* ». Le nombre de stations pouvant faire l'objet d'un arrêt définitif a donc été limité à 100 stations d'une puissance de moins de 0,5 watts sur la durée du contrat, laquelle était fixée à 5 ans. Cette disposition a été reconduite telle quelle dans l'avenant du 2 juin 1999.
40. En revanche, le nombre de stations pouvant bénéficier de la clause de sortie partielle a été augmenté dans le contrat signé le 10 mars 2005 avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2005, conclu pour une durée de 6 ans. Dans le cadre de ce contrat, la chaîne de télévision TF1 pouvait extraire du périmètre du contrat, en 2005, 60 stations d'une puissance inférieure ou égale à 0,5 watts, moyennant un préavis de trois mois. Entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2010, elle pourra sortir 170 stations d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts. Aucune disposition relative à la résiliation anticipée du contrat n'a été prévue.
41. Les différents contrats mentionnés ci-dessus englobent l'ensemble des 3 087 fréquences attribuées par le CSA à la chaîne TF1, sauf en ce qui concerne le contrat du 10 mars 2005. En effet, TF1 a sorti de ce dernier contrat 5 sites du réseau secondaire qu'elle a confié à la société Emmetel en 2004.

3. LES CONTRATS CONCLUS PAR LA CHAÎNE M6 AVEC LA SOCIÉTÉ TDF

42. Le cas de la chaîne M6 est différent puisque son contrat ne couvre qu'une part minoritaire des sites du réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique nécessaire à sa diffusion. En effet, selon la société TDF, « (...) il y a 3 types de situation :
- M6 a inclus 136 stations du réseau secondaire dans le contrat de diffusion avec TDF ;
 - M6 est tiers intervenant (tiers payeur) à travers des contrats tripartites avec les collectivités locales et TDF pour 939 stations ; d'autres contrats tripartites entre M6, les collectivités locales et d'autres diffuseurs techniques peuvent exister ;
 - les programmes de M6 peuvent être également diffusés dans le cadre de contrats bipartites entre les diffuseurs techniques et les collectivités locales. C'est le cas pour des contrats collectivités locales - TDF pour 184 stations de diffusion. »
43. Aussi, la grande majorité des stations du réseau secondaire diffusant la chaîne M6 fait-elle l'objet de contrats bi ou tripartites avec la société TDF et les collectivités locales concernées. Lors de son audition, la chaîne M6 a expliqué que « (...) M6 contracte sur une base tri-partite avec la collectivité locale propriétaire de l'émetteur installé sur le site exploité par TDF ou un autre prestataire. Le choix du diffuseur technique s'effectue par la collectivité locale par la voie de l'appel d'offres. M6 est la seule chaîne à disposer de ce type de contrat. (...) TDF possédant 90 à 100 % des sites du réseau secondaire, ses infrastructures sont très souvent choisies par les collectivités territoriales. Par ailleurs, les émetteurs sont achetés par les collectivités territoriales par l'intermédiaire de TDF. » La chaîne intervient donc en tant que tiers payeur, et ne prend en charge que le fonctionnement et la maintenance des stations de diffusion.
44. Les contrats tripartites sont d'une durée différente selon leur date de signature. Ainsi, les contrats conclus entre 1991 et 1994 ont, selon la société TDF, une date d'échéance concomitante à celle de l'autorisation délivrée par le CSA à la société de programmes, soit 5 ans renouvelables une fois hors appel d'offres. Pour les contrats signés entre 1995 et 2003, la durée est de 10 ans dans la limite de la durée de validité de l'autorisation délivrée à M6, pour 5 années, renouvelable une fois hors appel d'offres. Au-delà de ce terme, les parties conviennent d'une reconduction tacite annuelle des contrats sauf dénonciation par l'une des parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception six mois avant l'échéance en cause.
45. Quant aux contrats bipartites, la société TDF a indiqué lors de l'instruction que « leur durée peut varier de 1 an jusqu'à la fin de l'autorisation de la chaîne, en passant par des durées de 3, 5, 6, 7, 8, 10 ou 12 ans. Les contrats présentent généralement des modalités de renouvellement par tacite reconduction d'un an, excepté bien sûr ceux dont la validité court jusqu'à la fin de l'autorisation de la chaîne ». Les contrats tacitement reconductibles peuvent être dénoncés par lettre avec demande d'avis de réception au moins six mois avant leur date d'échéance.

46. Le contrat de 1997 et les avenants successifs signés par les deux parties ne contiennent aucune disposition relative à la sortie partielle de stations de diffusion du réseau secondaire. Ainsi, dans l'avenant en date du 13 mars 2000, qui proroge la durée du contrat jusqu'au 29 février 2008, il est stipulé à l'article 3 que « *Les dispositions de l'article 21 « ACCORDS PARTICULIERS » du contrat de télédiffusion M6/TDF du 27 juin 1997 modifié par son avenant n°1 sont remplacées par les dispositions suivantes : M6 s'engage à ne pas modifier le SERVICE DE TELEDIFFUSION par le biais de sortie de STATIONS de diffusion du présent contrat. ».*
47. Enfin, la durée du contrat signé par la société TDF avec la chaîne M6 est de 12 ans. En effet, le dernier contrat signé par la société TDF et la chaîne M6 entré en vigueur le 1^{er} mars 1997 et devait s'achever le 28 février 2003. Toutefois, par avenant signé le 13 mars 2000, sa durée a été prorogée jusqu'au 29 février 2008, conférant à ce dernier une durée totale de 12 années. Une clause permet à la chaîne M6 de le dénoncer par anticipation soit en 2006 soit en 2007. En janvier 2007, la société Métropole Télévision, éditrice de la chaîne M6, a signé un protocole d'accord avec la société TDF, préambule à la signature d'un nouveau contrat dont la date d'échéance sera celle de l'extinction définitive de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique.

II. Discussion

A. SUR LA RECEVABILITE DE LA SAISINE

1. SUR LA COMPETENCE DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

48. La société TDF estime que l'appréciation « *de la prétendue non-conformité des contrats conclus entre TDF et les sociétés du groupe France Télévisions avec la loi du 9 juillet 2004, relève de la compétence exclusive de l'ARCEP, en qualité de régulateur sectoriel des communications électroniques, dès lors qu'il s'agit de contrats en cours d'exécution à la date de promulgation de la loi.* ». Elle précise que l'article 38-III du CPCE autorise l'ARCEP à réviser les contrats en cours d'exécution à la date de promulgation de la loi du 9 juillet 2004 conclus par les sociétés énumérées aux articles 44 et 45 de la loi du 30 septembre 1986, c'est-à-dire en particulier les chaînes de télévisions publiques France 2, France 3 et France 5/Arte.
49. Le Conseil a rappelé à de nombreuses reprises (cf. notamment avis n° [04-A-17](#) et décision [05-D-59](#)) que l'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation de l'ouverture à la concurrence du secteur ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application des dispositions du livre IV du code de commerce.

50. En l'espèce, le fait que l'ARCEP dispose d'un pouvoir de révision des contrats conclus par les entreprises de radiodiffusion publiques ne prive pas le Conseil de la compétence de qualifier ces mêmes contrats au regard des règles de concurrence résultant des dispositions du livre IV du code de commerce prohibant les ententes et les abus de position dominante ou de dépendance économique.

2. SUR LA QUALITE A AGIR ET L'INTERET A AGIR DE LA SOCIETE EMETTEL

51. La société TDF estime que la société Emettel n'a ni qualité ni intérêt à agir puisqu'elle aurait omis de se déclarer auprès de l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (« ARCEP ») en tant qu'exploitant d'un réseau de communications électroniques en application de l'article L. 33-1 du code des postes et des communications électroniques (« CPCE »). Elle considère également que la régularisation tardive à laquelle a procédé la société Emettel, dès qu'elle a eu connaissance des observations de TDF, est sans effet sur sa qualité à agir qui doit s'apprécier au jour de la saisine.
52. Une distinction doit cependant être faite entre, d'une part, l'obligation qui est faite à une entreprise de disposer d'une autorisation préalable pour exercer une activité, autorisation sans laquelle elle ne peut légalement exercer ladite activité, comme dans le cas de la société Export Presse cité par TDF (décision [04-D-45](#)), et d'autre part, l'obligation de déclaration imposée par l'article L. 33-1 du CPCE qui expose seulement le contrevenant à une sanction pénale.
53. En l'espèce, ce n'est pas le droit pour la société Emettel de fournir le service qui est en cause, mais le respect d'une formalité imposée *a posteriori* par les règles particulières applicables à cette activité. De fait, l'ARCEP a elle-même considéré qu'une régularisation *a posteriori* était possible. Elle a en effet délivré le 20 mars 2007 un récépissé de déclaration n° 07/0801 à la suite de la demande déposée par la société le 19 mars 2007.
54. Dès lors, le droit de la société Emettel de fournir les services concernés n'est pas mis en cause et l'ARCEP indique dans son avis du 8 février 2007 que « *la société Emettel est l'un des diffuseurs positionnés sur le segment de la diffusion de télévision analogique terrestre. Elle exploite, dans ce cadre, une vingtaine de réémetteurs de faible et de moyenne puissance sur les réseaux secondaires de diffusion des chaînes TF1, M6 et France 2, ainsi que des émetteurs pour des télévisions locales permanentes ou temporaires. Elle assure en outre la maintenance d'environ 450 émetteurs pour la quasi-totalité des chaînes analogiques nationales pour le compte de collectivités locales.* ».

3. SUR L'AMBIGUITE DES DEMANDES D'EMETTEL

55. La société TDF estime que la saisine de la société Emettel doit être déclarée irrecevable en ce que ses demandes ne lui permettraient pas « *de connaître avec précision celles qui relèveraient du fond de l'affaire et celles qui seraient sollicitées au titre des mesures conservatoires* ». Elle considère que cette ambiguïté porte atteinte « (...) *aux droits de la défense de TDF en ce qu'il est constant que toute personne dont les pratiques sont mises en cause devant les autorités de concurrence doit avoir été clairement informée des reproches qui lui sont faits afin de pouvoir assurer sa défense.* ».

56. Cependant, dans les conclusions de son mémoire, la société Emettel fait une claire distinction entre celles de ces demandes qui relèvent de la procédure au fond, lesquelles sont détaillées dans le premier paragraphe, et celles qui concernent les mesures conservatoires, énumérées dans les deuxième et troisième paragraphes de la page 8 de sa saisine. Ainsi, le terme « également » utilisé par la société Emettel dans le second paragraphe n'a d'autre signification que de préciser qu'en sus de ses demandes au fond, elle « *demande, également, au titre de l'article L. 461-1 du code de commerce, au Conseil de la concurrence de prendre les mesures conservatoires qui lui paraîtront nécessaires (...)* ». Dès lors, l'ambiguïté évoquée par la société TDF manque en fait.

B. SUR LE MARCHÉ PERTINENT, LA POSITION DOMINANTE DE TDF ET LA DEPENDANCE DES ÉDITEURS DE PROGRAMMES DE TÉLÉVISION.

1. LE MARCHÉ PERTINENT

57. La délimitation des marchés de la diffusion hertzienne des programmes télévisuels a récemment fait l'objet d'une analyse, d'abord par l'ARCEP et le Conseil de la concurrence dans le cadre de la définition des marchés potentiellement régulables au sens de l'article L. 37-1 du CPCE (décision [06-A-01](#) du 18 janvier 2006 du Conseil, décision 06-0160 du 6 avril 2006 de l'ARCEP), ensuite par l'ARCEP, le CSA, le Conseil et le ministre de l'économie dans le cadre du contrôle de la fusion TPS/Vivendi Universal (avis [06-A-13](#) du 13 juillet 2006 du Conseil, lettre d'autorisation du ministre du 30 août 2006). L'ensemble de ces analyses a conclu à l'existence, en aval, d'un marché de gros distinct des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels sur lequel les chaînes (pour la télévision analogique) ou les multiplexes regroupant plusieurs chaînes (pour la télévision numérique) achètent aux opérateurs une prestation de diffusion de leurs signaux sur différentes zones géographiques.
58. En effet, du point de vue de la demande, et comme l'indiquait l'ARCEP dans sa décision n° 06-0160, les éditeurs de chaînes cherchent souvent à être diffusés sur plusieurs supports, ce qui met en évidence un certain degré de complémentarité plutôt qu'une substituabilité entre les différents supports de diffusion. Du côté de l'offre, les investissements importants que nécessiterait l'entrée sur le marché de diffuseurs de programmes télévisuels par câble, ADSL ou satellite, en réponse à une augmentation faible mais durable des prix des offres similaires en mode hertzien, limitent de fait la substituabilité des différents supports de diffusion.
59. L'analyse des marchés de détail sous-jacents ne modifie pas ce constat, l'ARCEP considérant dans la décision citée au paragraphe précédent que « *Les offres proposées sur le câble, le satellite ou l'ADSL présentent une variété plus importante en termes de contenus que celles diffusées par voie hertzienne (...) le degré de substituabilité entre les offres de gros de services de diffusion hertzienne terrestre et les offres de gros de diffusion sur les autres réseaux est à ce stade (...) relativement faible.* ».
60. Dans son avis n° [06-A-01](#) cité ci-dessus, le Conseil évoque la possibilité que les services de diffusion par voie hertzienne en mode numérique constituent un marché distinct de celui des services de diffusion par voie hertzienne en mode analogique, en notant que « (...) de

nombreux éléments relevés tant par l'ARCEP que par le CSA dans leurs avis respectifs concernant le marché de gros des services audiovisuels allaient dans le sens d'une telle segmentation : des différences techniques dans les modes de diffusion (coûts plus élevés pour le numérique, puissance des émetteurs, technologie employée, énergie consommée, etc.) ; l'extinction programmée de la télévision analogique qui est prévue à la fin de l'année 2011 ; le niveau d'investissement requis en analogique nécessitant un amortissement sur une durée supérieure à 10 ans pour les équipements ; le nombre de chaînes, le nombre de diffuseurs présents sur le marché, le mode de sélection des diffuseurs (par appels d'offres par couple site-fréquence dans le numérique), l'existence d'intermédiaires entre diffuseurs et éditeurs dans le numérique (les multiplexes), la différence de tarification des prestations de diffusion numérique et analogique. ». Les éléments au dossier montrent que ces clivages subsistent début 2007 mais, à ce stade de l'instruction, la question est sans incidence sur l'analyse et peut demeurer ouverte.

61. De plus, dans son avis n° [06-A-01](#) cité ci-dessus, le Conseil a considéré que le marché de gros de la diffusion audiovisuelle se composait de deux segments : le marché de gros amont de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision, sur lequel sont en relation les diffuseurs techniques, et qui correspond typiquement au marché de l'accès d'un diffuseur nouvel entrant à l'infrastructure d'un diffuseur historique ; le marché de gros aval de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision, qui met en relation les diffuseurs techniques et les éditeurs de chaînes ou les opérateurs de multiplexes. A ce stade de l'instruction et compte tenu des éléments au dossier, il n'y a pas lieu de remettre en cause cette analyse.
62. Enfin, le marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision comporte un réseau dit primaire et un réseau dit secondaire. Selon l'avis du 19 février 2007 rendu par le CSA, le réseau primaire est composé de 115 sites dits principaux qui « (...) se caractérisent par une hauteur de pylône élevée, une forte puissance des émetteurs et une zone de couverture souvent très étendue. Ainsi 90 % de la population est couverte par ces sites "principaux" ». Le déploiement de la diffusion en mode numérique sur le réseau primaire n'est pas achevé. Ce réseau est complété par un réseau secondaire dont les sites, selon l'avis rendu le 8 février 2007 par l'ARCEP, « (...) sont essentiellement situés en zones rurales. Les infrastructures sont plus légères que celles des 160 sites des réseaux principaux. En effet, il est communément admis que la puissance analogique maximale des émetteurs est de 25 W et que la hauteur des pylônes est comprise entre 20 et 40 mètres. En outre, il n'y a généralement pas de système de sécurisation ». Ce réseau secondaire est pour le moment uniquement utilisé pour la diffusion des programmes télévisuels en mode analogique, puisque le déploiement de la diffusion numérique n'y est pas encore commencé. Aucun élément au dossier ne suggère qu'il serait pertinent de distinguer le réseau primaire d'une part et le marché secondaire d'autre part.
63. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'à ce stade de l'instruction, il peut être raisonnablement présumé que le marché concerné par la saisine est le marché de gros aval de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels.
64. Dans son avis n° [06-A-01](#), le Conseil avait considéré que ce marché était de dimension nationale, « la majorité des infrastructures [appartenant] à TDF, opérateur de dimension nationale. ». Aucun élément versé à ce dossier lors de l'instruction ne permet de contredire l'analyse faite par le Conseil dans cet avis.

2. LA POSITION DOMINANTE DE TDF

65. En premier lieu, la société TDF a indiqué lors de son audition qu'elle « (...) diffuse au total 11 777 fréquences en mode analogique et en métropole. » Il ressort de l'avis du CSA du 13 février 2007 que le marché de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique est composé de 13 097 fréquences nationales. La société TDF est donc en charge de la diffusion de 90 % des fréquences nationales attribuées par le CSA aux chaînes de télévision hertziennes terrestres analogiques.
66. En deuxième lieu, le chiffre d'affaires annuel réalisé par la société TDF en 2005 sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévisions en mode analogique est de 293 millions d'euros, montant qu'il convient de comparer aux 37 500 euros réalisés en 2005 par la société Emmettel et les 27 000 euros de la société Moulis. Ainsi, la société TDF détenait en 2005 une part de marché de 99,9 % en termes de chiffre d'affaires.
67. En troisième lieu, le CSA souligne dans son avis du 17 février 2007 que « *TDF contrôle la totalité des sites de diffusion du réseau principal analogique et environ 3 500 sites sur le réseau secondaire. (...). Ainsi, la part de TDF sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre analogique est supérieure à 99 % en nombre de sites. TDF étant présent sur l'ensemble des sites principaux, sa part de marché en termes de valeur et de population couverte sur le marché sus-mentionné est vraisemblablement supérieure à 99 %. Dans ce contexte, le CSA estime qu'il n'est pas exclu que TDF dispose d'une position dominante sur le marché aval de la diffusion hertzienne terrestre de télévision analogique* ».
68. S'agissant du segment de la diffusion hertzienne en mode numérique, le tableau de bord publié par l'ARCEP le 23 mars dernier indique que sur l'ensemble des quatre premières phases de déploiement de la télévision numérique terrestre, 6,1 % des sites retenus par les multiplexes sont détenus par des opérateurs alternatifs et que ceux-ci ont obtenu la diffusion de 18 % de l'ensemble des fréquences. La part de marché du groupe TDF, composé de la société TDF et de la société Antalis, est donc de 93,9 % en termes de nombre de sites et de 82 % en termes de nombre de fréquences.
69. Il y a également lieu de noter que le marché de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique se caractérise par d'importantes barrières à l'entrée de nature réglementaire et technique. Dans sa décision n° 06-160 citée ci-dessus, l'ARCEP relevait le caractère difficilement répliquable des infrastructures de TDF. Si cette analyse portait essentiellement sur le réseau primaire, c'est-à-dire sur les 115 sites dits principaux, l'analyse peut être partiellement appliquée au réseau secondaire. En effet, si les coûts de construction des sites du réseau primaire et secondaire ne sauraient être comparés, il apparaît que les diffuseurs techniques alternatifs rencontrent diverses difficultés de nature réglementaire pour bâtir leurs sites, relatives à l'occupation du domaine public, à l'urbanisme, à la protection de l'environnement et à la santé publique. En outre, et comme déjà indiqué *supra*, le plan de fréquences de la télévision analogique est conçu pour une réception en vue directe des émetteurs, de sorte qu'il se caractérise par une grande rigidité. Les nouveaux émetteurs doivent donc se trouver sur des sites alignés avec l'orientation majoritaire des antennes. Il apparaît donc que les diffuseurs techniques alternatifs sont soumis à des contraintes techniques fortes, les obligeant à construire leurs sites de diffusion à proximité des sites déjà existants, dont une grande partie appartient à la société TDF. Dès lors, les collectivités locales se montrent rétives à accepter la construction de nouveaux sites de diffusion pour des raisons environnementales, urbanistiques, mais également de santé publique. Les diffuseurs techniques alternatifs sont donc contraints de

trouver à faire héberger leurs réémetteurs sur des sites existants. C'est pourquoi, le Conseil dans son avis n° [06-A-01](#) concluait qu'« (...) étant donné qu'il est peu probable qu'un concurrent de TDF entre sur le marché de la diffusion TV analogique en utilisant ses propres infrastructures, les seules barrières à l'entrée sur ce marché seraient celles qui résulteraient du comportement éventuel de TDF, en mesure de refuser l'accès aux sites ou de le soumettre à des conditions économiques et techniques injustifiées (...) et donc d'entraver l'évolution vers une situation de concurrence effective ».

70. Enfin, la société TDF est la seule qui soit présente sur l'ensemble des marchés de la diffusion hertzienne, pour la télévision, la radio et la téléphonie mobile, en mode analogique ou en mode numérique, ce qui lui permet d'optimiser l'occupation de ses sites. De plus, comme le soulignait l'ARCEP dans sa décision n° 06-0160, « *TDF semble (...) bénéficier d'un effet de réputation et d'image sur la fourniture de services de diffusion hertzienne terrestre en mode analogique qui, indirectement, contribue à lui donner la possibilité de s'abstraire de la concurrence des autres diffuseurs de programmes en mode numérique* ».
71. Dès lors, et au regard de l'ensemble des éléments réunis par l'instruction, il y a lieu de retenir, à ce stade, que la société TDF est susceptible de détenir une position dominante sur les marchés de gros aval et amont de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision.

3. LA DEPENDANCE ECONOMIQUE DES EDITEURS

72. Dans sa décision n° 06-160 du 6 avril 2006, l'ARCEP indique que la société TDF bénéficie d'une certaine notoriété du fait de son ancien statut de monopoleur public. Par ailleurs, sa part de marché en chiffre d'affaires en 2005 était de 99,9 % comme indiqué précédemment.
73. De plus, dans la décision n° [99-D-14](#) relative à des pratiques mises en œuvre par TDF, le Conseil relevait que la société TDF avait indiqué, dans ses observations écrites, qu'« *une chaîne nationale détenant une autorisation d'émettre en hertzien se situe en position de dépendance vis-à-vis de son fournisseur exclusif de moyens techniques de diffusion. Le changement de fournisseur implique de disposer d'une offre immédiate disponible et opérationnelle puisque toute interruption de la diffusion se traduit par une perte importante pour la chaîne. La chaîne est donc extrêmement dépendante de son fournisseur* ».
74. Cette situation ne semble pas avoir évolué. En effet, la société TF1 a indiqué lors de son audition qu'« *Il ne faut pas perdre de vue que les chaînes nationales hertziennes, telles que TF1, sont obligées d'assurer leur diffusion sur l'ensemble de la population française. Il est donc impératif pour elles de sécuriser leur diffusion. Leur marge de manœuvre dans la négociation du contrat de diffusion (contrat essentiel et structurant pour la chaîne) avec un opérateur comme TDF (qui les tient en état de dépendance) est donc très limitée* ».
75. Ainsi, il apparaît qu'aucun autre diffuseur technique n'est susceptible d'offrir une solution alternative à celle de la société TDF sur le réseau primaire, cette dernière détenant l'ensemble des sites de ce réseau. La seule possibilité de prendre position sur le marché est d'entrer sur le réseau secondaire, détenu cependant à plus de 90 % par la société TDF.

76. Dès lors, et au regard de l'ensemble des ces éléments, il est possible de conclure, à ce stade de l'instruction, que les éditeurs de chaînes hertziennes terrestres diffusées en mode analogique sont susceptibles de se trouver en situation de dépendance économique à l'égard de la société TDF.

C. SUR LA QUALIFICATION DES CONTRATS SIGNES PAR TDF AVEC FRANCE TELEVISION, TF1 ET M6

77. La société Emettel, après avoir indiqué que la société TDF a conclu des contrats avec les sociétés TF1 et M6 et le groupe France Télévisions entre 2003 et aujourd'hui, considère qu'elle a abusé de sa position dominante en faisant signer aux chaînes publiques un contrat d'exclusivité d'une durée de 7 années, quelques semaines avant la transposition de la directive communautaire 2002/77/CE. La société TDF aurait déjà mis en œuvre pareille pratique en juillet 2000 en concluant avec l'entreprise publique de radiodiffusion Radio France un contrat exclusif d'une durée de 7 ans dont l'objet était de lui conférer le monopole de la diffusion de l'ensemble de ses programmes, lequel contrevenait aux dispositions de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004.
78. Par ailleurs, les contrats signés avec les chaînes TF1, France 2, France 3, France 5/Arte et M6 contiennent des dispositions qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher la société Emettel de se positionner sur le réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique, et donc de concurrencer la société TDF. En effet, les chaînes de télévision ne pourraient extraire de leurs contrats respectifs plus de 20 sites par an d'une puissance strictement inférieure à 1 watt. Outre le fait que ces stations seraient les moins rentables, la concurrence ne pourrait s'exercer que sur moins de 0,4 % du marché.
79. En conséquence, la société Emettel considère que les clauses dites de sortie partielle de stations empêchent l'existence d'une réelle concurrence et permettent à la société TDF de conserver sa position dominante. Cette stipulation contractuelle a pour effet d'assurer à la société TDF son exclusivité. Ainsi, la société Emettel ne pourrait proposer ses offres aux chaînes de télévision, ce qui aurait pour conséquence, dans un second temps, de l'empêcher d'accéder au réseau secondaire du marché émergent de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode numérique.
80. Par ailleurs, en raison du déploiement de la télévision hertzienne terrestre en mode numérique, un certain nombre de fréquences utilisées par les chaînes de télévision hertziennes terrestres diffusées en mode analogique doivent faire l'objet d'un réaménagement. Le GIE Fréquences a en charge le traitement des dossiers relatifs à ce réaménagement, le contrat de diffusion restant de la seule compétence des chaînes de télévisions concernées. La société Emettel propose aux éditeurs d'assurer la diffusion de leurs chaînes à partir de la date de réaménagement dans le cadre d'un contrat de diffusion d'une durée comprise entre 7 à 10 ans. Elle indique avoir fait plus de 780 offres de réaménagements et n'avoir été retenue, à ce jour, que 24 fois. Cette situation s'expliquerait, d'une part, par les clauses de sorties partielles et, d'autre part, par le lien qu'aurait imposé le GIE Fréquences entre les opérations de réaménagement et l'exploitation des réémetteurs réaménagés. Les conséquences financières, selon Emettel, sont importantes car elle n'aurait pas eu accès à un chiffre d'affaires immédiat qu'elle

estime à 6 millions d'euros depuis 3 ans et à un potentiel récurrent de diffusion de 3,8 millions d'euros par an, soit, sur une durée de 7 ans, plus de 26 millions d'euros.

81. Le fait pour la société TDF d'avoir conclu avec France Télévisions, TF1 et M6 des contrats lui conférant l'exclusivité ou la quasi-exclusivité de la diffusion de leurs programmes télévisuels n'est pas en soi contraire aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ou 82 du traité de l'Union. Toutefois, de tels contrats peuvent être visés par ces dispositions, si les conditions dans lesquelles ils ont été négociés ou les clauses qu'ils contiennent ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre, directement ou indirectement, le jeu de la concurrence sur les marchés concernés.
82. Or, l'analyse des effets de certains accords verticaux sur la concurrence, qui a conduit à l'adoption du règlement 2790/1999 du 22 décembre 1999 de la Commission, met en garde contre les effets potentiellement anticoncurrentiels des clauses d'exclusivité ou de quasi-exclusivité contenus dans les accords dont la durée dépasse cinq ans et l'article 5 a) du règlement écarte du bénéfice de l'exemption catégorielle de telles clauses de non-concurrence, définies à l'article 1^{er} du même règlement comme « (...) *toute obligation imposant à l'acheteur d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par celui-ci plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou services contractuels et en biens et services substituables sur le marché pertinent (...)* ». Cette exclusion est notamment justifiée parce que de telles clauses risquent de fermer l'accès des fournisseurs concurrents ou potentiels au marché (point 138 des lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000 (2000/C 291 01)).
83. La circonstance que cette analyse s'applique aux effets d'accords susceptibles d'être qualifiés au regard de l'article 81 du traité ne lui ôte pas sa pertinence pour l'analyse des effets sur la concurrence des mêmes accords conclus entre une entreprise en position dominante sur le marché pertinent et ses acheteurs et comme tels, susceptibles d'être qualifiés au regard de l'article 82 du traité. Au contraire, comme la Commission le souligne dans les lignes directrices en analysant les effets sur la concurrence de tels accords, « *lorsque le fournisseur occupe une position dominante, toute obligation d'acheter exclusivement ou principalement à ce fournisseur peut facilement provoquer de graves effets de verrouillage sur le marché. Ce risque est d'autant plus grand que la position dominante de ce fournisseur est forte.* » (point 146). En outre, elle précise au point 154 que la question se pose d'une éventuelle exemption sur la base de l'article 82-3, justifiée par d'éventuels gains d'efficacité, tels notamment ceux liés à l'incitation à l'investissement, « *pour autant que le fournisseur n'occupe pas de position dominante* ».
84. S'agissant de l'application de l'article 82, la Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt Hoffman-Laroche du 13 février 1979, a jugé que : « *Attendu que, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier - fût-ce à leur demande - des acheteurs par une obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du traité, soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais ; [...]* ». ».

1. SUR LA DUREE DES CONTRATS DE FRANCE 2, FRANCE 3 ET FRANCE 5/ARTE SIGNES EN 2003

85. La société TDF estime que la durée réelle des contrats conclus avec les chaînes publiques France 2, France 3 et France 5/Arte n'est pas de 7 ans mais de 5 ans et 9 mois. Elle considère en effet que la date à prendre en compte pour évaluer les éventuels effets sur la concurrence est non pas la date de la prise d'effet du contrat, soit 1^{er} janvier 2002, mais celle de la signature qui est intervenue en mars 2003 pour France 2 et France 3 et en avril 2003 pour France 5/Arte, d'une part parce que la période antérieure à cette date était déjà écoulée et, d'autre part, parce qu'avant cette date, les dispositions de la loi du 30 septembre 1986 conférant le monopole de la diffusion de ces chaînes à TDF n'étaient pas abrogées.
86. Elle fait de plus valoir que le Conseil a déjà considéré que des durées comprises entre 5 et 7 ans n'étaient pas excessives et qu'en l'espèce, la durée des contrats conclus avec les chaînes concernées sont en cohérence avec les usages du secteur. Elle rappelle qu'Emettel elle-même indique dans sa saisine proposer aux chaînes d'assurer leur diffusion pour une durée de 7 à 10 ans. Elle souligne qu'en vertu de l'article 28-1 de la loi du 30 septembre 1986, les autorisations d'usage des fréquences sont attribuées pour une durée qui ne peut excéder 10 ans. Elle fournit aussi dans ses observations un tableau indiquant que, dans d'autres pays européens, la durée des contrats conclus entre les diffuseurs et les éditeurs serait souvent de 10 ans (Autriche, Espagne, Finlande, Irlande) voire supérieure (12 à 15 ans en Hongrie, 15 ans en Italie, 12 ans aux Pays-Bas 25 ans en Pologne, 16 ans au Royaume-Uni).
87. Enfin, elle soutient que la durée de ces contrats est justifiée par les investissements engagés par TDF, la durée de vie et d'amortissement des équipements en cause, dont le coût se chiffre en millions d'euros, étant bien supérieure à la durée des contrats et cite la décision 06-0160 de l'ARCEP selon laquelle « *les investissements en équipements pour la diffusion en mode analogique s'amortissent sur au moins dix ans, parfois quinze ans, voire vingt ans* ».
88. Toutefois, les chaînes France 2, France 3 ont signé le 31 mars avec TDF un contrat d'une durée de 7 ans prenant effet rétroactivement au 1^{er} janvier 2002. Le contrat de France 5/Arte a été signé le 2 avril 2003, avec les mêmes conditions. Par ailleurs, les articles dédiés à la facturation des services de diffusion mentionnent que le premier versement à effectuer par les chaînes publiques couvre la période allant du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2002, confirmant que la date de prise d'effet du contrat est celle du 1^{er} janvier 2002 et que la durée des contrats conclus par les trois chaînes publiques est de 7 ans.
89. La circonstance que le monopole dont bénéficiait TDF sur la diffusion des chaînes publiques, conformément aux dispositions de l'article 51 de la loi du 30 septembre 1986, a, en droit, empêché les chaînes publiques de confier des sites à un diffuseur concurrent et ce jusqu'au 25 juillet 2002, date prévue pour la transposition en droit national de la directive européenne 2002/77/CE relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications, ne peut avoir pour effet de réduire d'autant la durée effective des contrats comme le soutient TDF. Il convient ainsi de prendre en compte le fait que France Télévisions est liée jusqu'au 31 décembre 2008, au regard de la date de prise d'effet du contrat, soit le 1^{er} janvier 2002, et de la durée spécifiée, soit 7 ans.

90. S'agissant de la cohérence de la durée de 7 ans avec les usages du secteur de la diffusion de programmes télévisuels, il convient de relever que les observations de TDF selon lesquelles des contrats de diffusion auraient été conclus dans d'autres pays européens pour des durées allant de 10 à 16 ans ne sont pas appuyées sur des éléments suffisamment probants. En particulier, aucun contrat ou attestation n'est fourni à l'appui de ces affirmations, alors que le caractère public des informations relatives à de tels contrats n'est pas démontré et que, s'agissant par exemple de la durée des contrats conclus par TDF avec les éditeurs nationaux de programmes télévisuels, TDF a elle-même demandé, dans le cadre de l'instruction de la présente affaire, qu'elle soit couverte par le secret d'affaires. De plus, aucun élément n'est fourni par TDF sur l'identité des diffuseurs ni sur la situation concurrentielle des marchés concernés. Enfin, la seule information relative à la durée des contrats ne serait en tout état de cause pas révélatrice de l'équilibre concurrentiel des contrats en cause dans la mesure où c'est la combinaison d'une durée excessive et de clauses d'exclusivité ou de quasi-exclusivité qui est susceptible de verrouiller l'accès au marché de concurrents actuels ou potentiels, et non la seule durée des contrats.
91. La durée d'amortissement des investissements ne peut non plus être considérée, à ce stade de l'instruction, comme justifiant la durée des contrats conclus par la société TDF. En effet, comme l'indique le CSA dans son avis en date du 13 février 2007, cet argument « (...) *apparaît difficilement recevable dans la perspective de l'extinction de la diffusion en mode analogique, dès lors que la plupart des matériels sont déjà amortis depuis longtemps.* ». Il en résulte que la durée des contrats conclus par TDF ne peut être justifiée, à ce stade de l'instruction, par des arguments d'efficacité tenant à la nécessité d'amortir les infrastructures.

2. SUR L'EXCLUSIVITE PREVUE PAR LES CONTRATS SIGNES AVEC FRANCE TELEVISIONS EN MARS ET AVRIL 2003.

92. La durée de sept ans des contrats conclus en mars et avril 2003 avec France Télévisions doit être mise en regard de l'absence, dans ces contrats, de clause de sortie partielle de stations de diffusion et de clause de résiliation anticipée. De ce fait, les chaînes France 2, France 3 et France 5/Arte se sont engagées, aux termes desdits contrats, à confier à TDF la diffusion de la totalité des fréquences qui leur ont été allouées par le CSA pendant une durée de sept ans. En outre, l'article 6 des contrats de France 2 et de France 3, et l'article 8 du contrat de France 5/Arte stipulent que les « (...) *prestations de diffusion pouvant faire l'objet d'un arrêt seront celles dont la poursuite, par quelque opérateur que ce soit, sera jugée par France 2 non nécessaire à l'accomplissement de sa mission.* ». Par cette disposition, la société TDF interdit aux chaînes publiques d'attribuer les stations dont elles ont demandé l'extinction définitive à tout autre diffuseur technique. En effet, si l'objectif de cette clause, comme l'indique la société TDF, se limite à la seule extinction définitive de stations, la phrase « *par quelque opérateur que ce soit* » apparaît inutile. Or, en spécifiant que la demande d'extinction définitive de stations ne concerne pas uniquement la société TDF mais s'applique également aux diffuseurs techniques alternatifs, il apparaît que cette dernière tient à s'assurer à ce que ces stations ne puissent être attribuées ultérieurement à des concurrents existants ou potentiels.

93. Comme le Conseil l'a fait dans la décision [03-MC-03](#), s'agissant du contrat conclu pour la diffusion radiophonique entre TDF et Radio France, il convient d'apprécier la nature exclusive des contrats à la lumière du fait que TDF n'ignorait pas, à la date de leur signature, que le monopole qui lui avait été conféré par l'article 51 de la loi du 30 septembre allait prendre fin au plus tard le 25 juillet 2003, date prévue pour la transposition en droit national de la directive européenne du 16 juillet 2002 citée ci-dessus. En effet, dès le 14 février 2000, la société TDF avait présenté des observations concernant la communication de la Commission européenne COM (1999) 539 du 10 novembre 1999 intitulée « *Vers un nouveau cadre réglementaire des communications* », lequel avait vocation à promouvoir « *un marché européen des services de communications ouvert et concurrentiel* » à l'horizon 2003. La société avait à cette occasion sollicité l'exclusion des installations de radiodiffusion analogiques du cadre réglementaire prévu. Ce document préparatoire précédait l'adoption d'un nouveau cadre réglementaire concernant les communications électroniques composé de 6 directives adoptées au cours de l'année 2002. De plus, la directive européenne 2002/77/CE du 16 juillet 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications stipule en ses articles 2.1 et 2.2 que les États membres « (...) *ne peuvent accorder ni maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public* » et devait être transposée avant le 25 juillet 2003. La transposition a été faite par la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003, laquelle, en son article 3 V, abroge l'article 51 de la loi du 30 septembre 1986.
94. D'ailleurs, les contrats conclus par les trois chaînes publiques et la société TDF prévoient que, dans l'hypothèse où des modifications interviendraient s'agissant du statut, de la nature ou de la forme, de la dénomination des chaînes publiques ou de TDF, le contrat restera pleinement applicable dans le respect des conditions et modalités qui y sont définies. Par cette disposition, la société TDF, qui savait devoir perdre son monopole de diffusion à l'égard des entreprises publiques de radiodiffusion, a cherché à garantir une continuité contractuelle. Toutefois, s'il est légitime que la société TDF s'assure de la pérennité de sa relation contractuelle, il apparaît qu'elle a aussi cherché, au travers de cette disposition, à se prémunir contre les évolutions futures de la réglementation communautaire et de la législation nationale, et ainsi interdire aux chaînes de télévision publiques toute modification des contrats.
95. Enfin, alors que les chaînes publiques et la société TDF ont signé des contrats d'une longue durée, aucune disposition relative à la résiliation anticipée, sauf en cas de manquements graves, n'est présente dans lesdits contrats.

3. SUR LES CLAUSES DE SORTIE PARTIELLE

96. Il ressort des éléments du dossier que la quasi-totalité des sites de diffusion hertzienne de programmes télévisuels en mode analogique et des fréquences sont sous contrat de longue durée avec TDF sans possibilité de sortie. Selon la société TDF, cette situation n'aurait pas d'effet sur la concurrence, en premier lieu, parce que les possibilités de sorties partielles ne sont pas utilisées en totalité, en second lieu, du fait de l'absence de concurrents crédibles, et en troisième lieu, en raison de l'extinction programmée de la diffusion hertzienne analogique.

En ce qui concerne le caractère quasi-exclusif du contrat

97. Les avenants négociés avec France Télévisions en février et mars 2005 permettent à France 2 et à France 3 de sortir des contrats 20 sites par an, d'une puissance inférieure ou égale à 1 watt, moyennant un préavis de 6 mois, soit 0,5 % des sites du réseau secondaire de France 2, de France 3 et de France 5/Arte. Le réseau secondaire de la chaîne France 5/Arte étant essentiellement composé de réémetteurs d'une puissance moyenne ou forte et ne couvrant pas de petits bassins de population, cette dernière a jugé qu'il n'était pas nécessaire pour elle de bénéficier d'une telle clause de sortie partielle. La clause de sortie partielle évoquée plus haut couvre à la fois l'extinction définitive de sites de diffusion et leur transfert à un diffuseur concurrent. Dans les faits, France 2 a transféré 7 sites à la société Emettel entre mars 2005 et fin janvier 2007, et a éteint 55 sites entre 2004 et fin janvier 2007, dont 45 depuis mars 2005.
98. S'agissant de TF1, le contrat signé le 10 mars 2005 pour une durée de 6 ans avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2005, confie à TDF la gestion de l'ensemble des sites de diffusion de la chaîne du réseau primaire et de 3 082 sites du réseau secondaire sur un total de 3 087, soit au total 99,8 % des fréquences allouées à TF1 par le CSA. L'article 8 limite à 230 le nombre de sites qui peuvent bénéficier, au cours de la durée du contrat, de la clause dite de sortie partielle du service de diffusion. Ainsi, pour la seule année 2005, la société TF1 a été autorisée à sortir 60 sites dont la puissance devait être inférieure ou égale à 0,5 watts. Au cours des années 2006 à 2010, la société TF1 pourra sortir du périmètre du contrat 170 sites d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts. Au total, les possibilités de sortie concernent donc un peu moins de 7 % des sites du réseau secondaire. De plus, cette stipulation couvre à la fois l'extinction définitive des sites de diffusion et leur transfert éventuel à un diffuseur alternatif. Enfin, le contrat ne contient aucune clause de résiliation anticipée. TF1 a déclaré avoir éteint 45 sites entre 2004 et 2006 et en avoir confié 14 à Emettel.
99. Le contrat conclu le 24 juin 1997, pour une durée de 12 ans, par la chaîne de télévision M6 et la société TDF concerne 136 stations de diffusion sur les 1 278 sites du réseau de diffusion de la chaîne. Il prohibe toute sortie partielle de sites du réseau secondaire. Des demandes d'extinction définitive peuvent néanmoins être faites par la chaîne mais ne sauraient dépasser 5 stations par an d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts. Le contrat contient une clause de résiliation anticipée qui ne peut s'appliquer qu'aux deux dernières années. Par ailleurs, la chaîne M6 et la société TDF ont signé en janvier 2007 un protocole d'accord, prélude à la signature d'un prochain contrat qui courra jusqu'à l'extinction définitive de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique.
100. Par le moyen de contrats bipartites ou tripartites conclus entre TDF, M6 et les collectivités locales, TDF gère 1 123 autres sites de diffusion. Les contrats tripartites signés entre 1991 et 1994 ont, selon la société TDF, une date d'échéance concomitante à celle de l'autorisation délivrée par le CSA à la société de programmes qui, pour la société M6, est de 5 ans, renouvelable une fois hors appel d'offres ; pour les contrats signés entre 1995 et 2003, la durée est de 10 ans dans la limite de la durée de validité de l'autorisation délivrée à M6, qui est de 5 années, renouvelable une fois hors appel d'offres. Au-delà du terme des contrats, les parties conviennent d'une tacite reconduction annuelle sauf dénonciation par l'une des parties par lettre recommandée avec avis de réception 6 mois avant l'échéance en cause. Quant aux contrats bipartites, la société TDF indique que « leur durée peut varier de 1 an jusqu'à la fin de l'autorisation de la chaîne, en passant par des durées de 3, 5, 6, 7, 8, 10 ou 12 ans. Les contrats présentent généralement des modalités de renouvellement

par tacite reconduction d'un an, excepté bien sûr ceux dont la validité court jusqu'à la fin de l'autorisation de la chaîne ». Les contrats tacitement reconductibles peuvent être dénoncés par lettre avec demande d'avis de réception au moins 6 mois avant leur date d'échéance. En tout état de cause, comme l'a expliqué la société M6 lors de son audition, « *TDF possédant 90 à 100 % des sites du réseau secondaire, ses infrastructures sont très souvent choisies par les collectivités territoriales. Par ailleurs, les émetteurs sont achetés par les collectivités territoriales par l'intermédiaire de TDF.* ».

101. A ce jour, 18 sites du réseau secondaire ont été attribués à la société Moulis et un seul à la société Emettel dans le cadre de contrats conclus avec des collectivités locales, ce qui représente 1,4 % des sites du réseau secondaire nécessaires à la diffusion de la chaîne M6.
102. De fait, TDF détient plus de 99 % du segment de marché concerné. Les possibilités de sortie sont limitées à moins de 0,5 % des sites de France 2 et France 3 et à moins de 7 % des sites de TF1 et doivent être partagées entre les fermetures de sites et les transferts éventuels à la concurrence. Elles sont très limitées pour M6 du fait du contrôle par TDF des infrastructures (terrains et pylônes) dont il est propriétaire ou qu'il loue. Les contrats comportent donc des conditions qui en font des contrats de quasi-exclusivité.
103. L'appréciation d'un éventuel effet anticoncurrentiel de clauses d'exclusivité doit tenir compte soit de la possibilité laissée au client d'une résiliation avant terme du contrat et des conditions posées à celle-ci, soit comme dans le cas présent, des possibilités d'une sortie partielle de l'exclusivité. La remise en jeu la plus fréquente possible des positions commerciales acquises est en effet un facteur propice au développement de la concurrence, surtout s'il s'agit d'une activité ouverte récemment à la concurrence et dominée par une entreprise ayant un très important pouvoir de marché.
104. Enfin, l'amortissement des investissements réalisés par la société TDF ne peut justifier la quasi-exclusivité qui lui est conférée par les contrats concernés. En effet, la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique doit cesser, selon la loi du 5 mars 2007, au plus tard le 30 novembre 2011. Dès lors, et comme l'indique le CSA dans son avis du 13 février 2007, « *cet argument semble toutefois plus difficilement recevable dans la perspective de l'extinction de la diffusion en mode analogique, dès lors que la plupart des matériels sont déjà amortis depuis longtemps* ». En outre, un nombre important de sites du réseau secondaire de la société TDF fait l'objet d'une politique de mutualisation avec d'autres activités comme la téléphonie mobile, la radio ou la TNT pour les sites du réseau primaire.

En ce qui concerne le caractère non contraignant des clauses de sorties partielles

105. La société TDF fait valoir dans ses observations que ces clauses de sortie n'ont pas été épuisées par les chaînes. Selon ses observations, TF1 aurait sorti du contrat un total de 46 sites de 2004 à 2006 (8 en 2004, 21 en 2005 et 17 en 2006). S'agissant de France 2, les sites sortis sont au nombre de 50 sur la même période (8 en 2004, 19 en 2005, 33 en 2006). La société TDF cite de plus TF1 qui déclare que « *nous ne parvenons pas à utiliser les possibilités de sortie partielle du contrat avec TDF, Emettel n'étant pas toujours en mesure de répondre dans des conditions satisfaisantes aux attentes légitimes qui sont les nôtres en termes de pérennité et de fiabilité* ». Elle estime aussi qu'elle a fait preuve d'une grande souplesse à l'égard de la chaîne France 2 en lui permettant de sortir plus de stations que celles indiquées dans le contrat.
106. La société TF1 a toutefois déclaré au cours de l'instruction avoir sorti du contrat 59 sites entre 2004 et 2006, dont 45 ont fait l'objet d'une extinction définitive et 14 ont été confiés

à Emettel. Quant à France 2, si elle a effectivement sorti du contrat 23 et 30 stations en 2005 et 2006 (chiffres communiqués par le groupe France Télévisions), les stations qui ont bénéficié de cette disposition ont été dans leur grande majorité éteintes. En effet, 18 stations ont été arrêtées définitivement en 2005, et 26 en 2006. Les éditeurs de chaînes privilégient actuellement l’extinction des sites de diffusion, et ce, afin de réduire le budget de diffusion hertzienne terrestre en mode analogique, mais également dans la perspective de la TNT dont le réseau secondaire sera moins dense, de sorte que le nombre de sites que peuvent effectivement récupérer les diffuseurs techniques alternatifs est inférieur à celui indiqué dans les clauses de sorties partielles contenues dans les différents contrats, comme le montre le tableau suivant.

Nombre de sites sortis des contrats pour TF1 et France 2

		2004	2005	2006	Total
France 2	Nombre total de sites sortis	15	23	30	68
	Dont éteints	10	18	26	54
	Dont confiés à Emettel	5	5	4	14
TF1	Nombre total de sites sortis	15	21	19	55
	Dont éteints	10	16	15	41
	Dont confiés à Emettel	5	5	4	14

Sources : France Télévisions et TF1.

107. Par ailleurs la « souplesse » dont se prévaut TDF doit être replacée dans le contexte de la gestion d’une enveloppe globale, pour France Télévisions, de 40 sites, France 3 n’ayant pas fait jouer la clause de sortie sur la même période. En tout état de cause, la compréhension dont un fournisseur pourrait faire preuve à l’égard du souhait des acheteurs de faire appel à des fournisseurs concurrents ne peut pallier l’effet de clauses écrites qui interdisent de fait toute ouverture à la concurrence.

En ce qui concerne l’absence de concurrents crédibles

108. La circonstance que les possibilités de sortie du contrat n’auraient pas été entièrement exploitées et que la société Emettel serait un concurrent de petite taille ne peut justifier la limitation à quelques centièmes du total de leurs besoins le nombre de sites que les chaînes sont en mesure, contractuellement, de confier à des diffuseurs concurrents.
109. Il convient, en effet, de relever le caractère circulaire du raisonnement de TDF visant à justifier le caractère quasi-exclusif des contrats par l’absence de concurrents crédibles sur le marché. Alors que le monopole dont le diffuseur historique bénéficiait a été abrogé, depuis la loi du 30 septembre 1986 pour les chaînes privées et depuis la loi du 31 décembre 2003 pour les chaînes publiques, un diffuseur qui tenterait d’entrer sur ce segment de marché ne pourrait, compte tenu des contrats existants entre les éditeurs et TDF, récupérer au mieux que quelques dizaines de stations sur les 3 551 que compte le réseau secondaire, et aucune sur le réseau primaire. Cette barrière à l’entrée, stratégiquement créée par la nature quasi-exclusive des contrats, est à elle seule de nature à dissuader tout investissement sur ce segment de marché, quelle que soit la taille de l’investisseur, ses moyens financiers ou son expérience. Elle rend aussi impossible une stratégie de montée en puissance progressive d’un diffuseur de taille modeste comme Emettel qui ne peut atteindre la taille critique qui ferait de lui un concurrent crédible. Les

clauses litigieuses ne peuvent être justifiées par l'absence de concurrent crédible alors même qu'elles constituent une barrière à l'entrée d'un tel concurrent.

110. Cette situation est d'autant plus préjudiciable que le budget de diffusion hertzienne terrestre en mode analogique des éditeurs de chaînes hertziennes terrestres diffusées en mode analogique représente une part substantielle de leur budget de diffusion. Le montant du marché de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique était en 2005 de presque 300 millions d'euros.

En ce qui concerne la prise en compte de l'extinction programmée de la diffusion hertzienne analogique

111. La société TDF soutient que la décision [03-MC-03](#) relative au contrat de diffusion qu'elle avait signé en 2000 avec Radio France ne peut être utilisée à titre de « précédent », dans la mesure où le CSA relève dans son avis du 13 février 2007 que, contrairement au marché de la diffusion hertzienne radiophonique concerné par cette décision, le segment de marché de la diffusion hertzienne de programmes télévisuels en mode analogique concerné dans la présente espèce a vocation à disparaître compte tenu de la fixation par le législateur de la date d'extinction de la diffusion analogique en 2011. De ce fait, le CSA conclut que les enjeux concurrentiels sur ce marché sont limités.
112. Les enjeux concurrentiels liés à la présence de diffuseurs alternatifs sur le réseau secondaire de diffusion hertzienne en mode analogique doivent en effet être analysés dans le contexte de l'extinction programmée de la diffusion analogique mais aussi dans celui du déploiement de la diffusion numérique qui doit s'y substituer sur le réseau primaire et sur le réseau secondaire ainsi que dans le contexte de l'opération de réaménagement des fréquences induit par le passage à la TNT qui est décrit aux paragraphes 15 et suivants ci-dessus.
113. Le CSA souligne ainsi dans son avis en date du 13 février 2007 l'opportunité représentée par cette opération : « *Dans ce contexte, les opérations de réaménagement peuvent donc apparaître comme un facteur d'ouverture du marché de la diffusion hertzienne terrestre de télévision en mode analogique à des diffuseurs tiers.* ». Toutefois, la société Emettel a déclaré dans sa saisine avoir déposé 750 offres de réaménagements auprès du GIE Fréquences, et n'avoir été sélectionnée que 23 fois. De fait, comme exposé ci-dessus, les clauses de sorties partielles limitent à quelques dizaines le nombre de sites du réseau secondaire que les chaînes TF1 et France 2 peuvent attribuer dans le cadre des réaménagements et ce d'autant plus qu'elles couvrent à la fois les demandes d'extinction définitive et de transfert de sites à tout autre diffuseur technique.
114. De plus, le groupe France Télévisions ne peut transférer que des sites d'une puissance inférieure ou égale à 1 watt. Ces sites, qui permettent de couvrir les derniers 5 % de la population, seront majoritairement et prioritairement éteints par les éditeurs de chaînes hertziennes terrestres diffusées en mode analogique. En effet, les éditeurs nationaux de télévision en clair diffusés par voie hertzienne en mode analogique seront soumis à l'obligation légale d'utiliser l'offre satellitaire comme complément de couverture en vertu des dispositions de l'article 98-1 de la loi du 5 mars 2007. Le réseau secondaire de la diffusion hertzienne terrestre en mode numérique sera *a priori* composé de 2000 sites selon les premières évaluations, chiffre qu'il convient de mettre en perspective avec les 3 551 sites actuels du réseau secondaire de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique.

115. La société Emettel a indiqué vouloir utiliser sa position sur le réseau secondaire du segment de marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique en vue de se positionner pour l'accès au réseau secondaire de la diffusion en mode numérique. Le CSA et l'ARCEP, dans leurs avis respectifs, considèrent que cette stratégie est crédible.
116. Ainsi, le CSA souligne que « *Lorsque s'engagera l'extinction de la diffusion analogique, le déploiement de la TNT passera vraisemblablement par la réutilisation d'une partie de l'actuel réseau secondaire analogique, pour atteindre les 95 % de couverture fixés par la loi précitée. En dehors de l'installation de nouveaux émetteurs spécifiques à la technologie numérique, certaines antennes, « feeders » ou multiplexeurs radiofréquences pourraient en effet être réutilisables pour le numérique avec un coût de conversion réduit, lorsque les nouvelles fréquences autorisées pour le numérique le permettront* ».
117. L'ARCEP indique pour sa part que « *Cette extension [du réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne de la diffusion terrestre des services de télévision en mode numérique] devrait conduire à utiliser un nombre significatif de sites de diffusion au-delà des 115 premiers sites de diffusion de la TNT. Au vu des informations dont elle dispose à ce stade, l'Autorité considère qu'il n'est pas exclu que des sites secondaires de diffusion de télévision analogique terrestre puissent être réutilisés pour compléter la couverture de la population en TNT. Une telle mutualisation des sites de diffusion analogique et numérique est déjà observée pour les points hauts des réseaux principaux de diffusion de télévision analogique et de TNT, dans la mesure où la télévision numérique terrestre est essentiellement diffusée à partir de sites utilisés pour la diffusion en mode analogique. Ceci s'explique par la planification des fréquences établie par le CSA, mais aussi par l'existence d'économies d'échelle entre diffusion numérique et diffusion analogique sur un site donné. Dans son avis n° [06-A-01](#) susvisé, le Conseil de la concurrence confirme l'existence de telles économies. (...) Par conséquent, l'Autorité considère à ce stade que le positionnement d'Emettel sur la diffusion de télévision analogique à partir des sites des réseaux secondaires pourrait alors avoir, au vu des informations dont elle dispose, une incidence sur son positionnement sur la diffusion de la TNT.* ».
118. Le groupe France Télévisions précise que « *cette pratique pourrait être vraisemblablement efficace mais uniquement lors du démarrage de sites alternatifs du réseau de diffusion en mode numérique. En effet, elle le sera, mais uniquement pendant une période courte, circonscrite entre 12 et 18 mois pour un ré-émetteur, pendant laquelle une double diffusion (en mode analogique et en mode numérique simultanément) sera jugée incontournable.* ».
119. Enfin, il convient de souligner que 60 % du matériel nécessaire à la diffusion des programmes de télévision en mode analogique est commun avec celui utilisé pour diffuser la TNT.
120. Dès lors, il apparaît que les sites du réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique peuvent constituer une porte d'entrée pour le réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne terrestre en mode numérique, et les effets de verrouillage présents dans les contrats conclus par TDF avec les chaînes de France Télévisions, TF1 et M6 sont susceptibles d'affecter non seulement le segment de marché de la diffusion hertzienne de programmes de télévision en mode analogique, voué à l'extinction, mais aussi le segment de la diffusion hertzienne de programmes de télévision en mode numérique, en phase de déploiement. Il convient de rappeler que la société TDF a fait l'acquisition en septembre 2006 de la société Antalis, laquelle était l'un des deux diffuseurs techniques alternatifs, avec la société Towercast, présents sur le réseau principal

du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode numérique. Par cette opération, qui n'était pas contrôlable aux termes de l'article L. 430-1 du code de commerce, la société TDF a renforcé sensiblement sa position sur le réseau primaire. La société Towercast a indiqué lors de son audition que par cette acquisition, la société TDF a acquis 11 nouveaux sites. Aussi, détient-elle actuellement 75 sites sur un total de 94, la société Towercast en possédant 19.

121. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le fait, pour TDF, d'avoir conclu avec les chaînes France 2, France 3, France 5/Arte, TF1 et M6 des contrats susceptibles du fait de la combinaison de leur durée et de leur nature quasi-exclusive, de restreindre le libre jeu de la concurrence sur le marché de la diffusion terrestre hertzienne de programmes télévisuels, est susceptible de constituer un abus de position dominante. Un tel abus serait prohibé par l'article L. 420-2 du code de commerce. Il pourrait l'être également par l'article 82 du traité de Rome dans la mesure où il pourrait affecter sensiblement les échanges intracommunautaires : en l'espèce, le verrouillage du marché induit par la durée des contrats en cause ainsi que par leur nature quasi-exclusive est en effet de nature à dissuader l'entrée ou le développement des concurrents actuels ou potentiels, au nombre desquels figurent les autres diffuseurs européens.

D. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

122. Au terme de l'article L. 464-1 du code de commerce, « *le Conseil de la concurrence peut [] prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.* ».

1. EN CE QUI CONCERNE L'ATTEINTE GRAVE ET IMMEDIATE

a) Sur l'atteinte à l'entreprise plaignante

123. En l'espèce, si le chiffre d'affaires de la société Emettel a connu une augmentation de plus de 297 % entre 2005 et 2006, cette dernière s'explique par le développement de son activité avec les télévisions locales et d'études. En revanche, la société Emettel a réalisé un chiffre d'affaires pour l'année 2006 de 36 000 euros avec la société TF1, de 18 000 euros avec la société France 2 et de 10 000 euros avec la chaîne M6, ce qui représente 3,3 % de son chiffre d'affaires total.
124. Dès lors, même s'il n'apparaît pas que la société Emettel soit mise en danger par les pratiques en cause, il convient de s'interroger sur la pérennité de son activité sur le marché de gros aval de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision.

b) Sur l'atteinte au secteur

125. Dans sa décision n° [04-MC-02](#), le Conseil a souligné que « *le retrait de Bouygues Télécom Caraïbe du marché aurait vraisemblablement pour conséquence de placer Orange Caraïbe en situation de monopole. Dans cette hypothèse, toute pression concurrentielle sur l'opérateur en monopole disparaîtrait, avec des conséquences négatives sur ses investissements, sa qualité de services et ses prix* ». De la même manière, si la société Emettel venait à se retirer du réseau secondaire du segment du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique, la société TDF resterait le seul acteur présent sur le réseau secondaire.
126. Comme cela a déjà été relevé ci-dessus, aux paragraphes 115 à 119, à propos de l'importance d'être présent sur le marché analogique pour pouvoir pénétrer le marché numérique, cette situation est de nature à renforcer la situation déjà favorable dont dispose la société TDF s'agissant du déploiement à venir de la TNT sur le réseau secondaire. Ainsi, le CSA souligne que « *Lorsque s'engagera l'extinction de la diffusion analogique, le déploiement de la TNT passera vraisemblablement par la réutilisation d'une partie de l'actuel réseau secondaire analogique, pour atteindre les 95 % de couverture fixés par la loi précitée. En dehors de l'installation de nouveaux émetteurs spécifiques à la technologie numérique, certaines antennes, « feeders » ou multiplexeurs radiofréquences pourraient en effet être réutilisables pour le numérique avec un coût de conversion réduit, lorsque les nouvelles fréquences autorisées pour le numérique le permettront* ».
127. L'ARCEP indique pour sa part que « *Cette extension [du réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne de la diffusion terrestre des services de télévision en mode numérique] devrait conduire à utiliser un nombre significatif de sites de diffusion au-delà des 115 premiers sites de diffusion de la TNT. Au vu des informations dont elle dispose à ce stade, l'Autorité considère qu'il n'est pas exclu que des sites secondaires de diffusion de télévision analogique terrestre puissent être réutilisés pour compléter la couverture de la population en TNT. Une telle mutualisation des sites de diffusion analogique et numérique est déjà observée pour les points hauts des réseaux principaux de diffusion de télévision analogique et de TNT, dans la mesure où la télévision numérique terrestre est essentiellement diffusée à partir de sites utilisés pour la diffusion en mode analogique. Ceci s'explique par la planification des fréquences établie par le CSA, mais aussi par l'existence d'économies d'échelle entre diffusion numérique et diffusion analogique sur un site donné. Dans son avis n° [06-A-01](#) susvisé, le Conseil de la concurrence confirme l'existence de telles économies. (...) Par conséquent, l'Autorité considère à ce stade que le positionnement d'Emettel sur la diffusion de télévision analogique à partir des sites des réseaux secondaires pourrait alors avoir, au vu des informations dont elle dispose, une incidence sur son positionnement sur la diffusion de la TNT.* ».
128. Enfin, il convient de rappeler que 60 % du matériel nécessaire à la diffusion des programmes de télévision en mode analogique est commun avec celui utilisé pour diffuser la TNT.
129. Dès lors, il apparaît que les sites du réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique peuvent constituer une porte d'entrée pour le réseau secondaire du marché de la diffusion hertzienne terrestre en mode numérique et les effets de verrouillage des contrats conclus par TDF avec les chaînes de France Télévisions, TF1 et M6 sont susceptibles d'affecter non seulement le segment de marché de la diffusion hertzienne de programmes de télévision en mode analogique, voué à l'extinction, mais aussi le segment de la diffusion hertzienne de programmes de télévision en mode

numérique, en phase de déploiement. Le tableau de bord de la diffusion TNT publié le 23 mars dernier par l'ARCEP indique qu'au cours des phases 1 à 4 du déploiement, qui a concerné uniquement des sites du réseau primaire, les diffuseurs alternatifs ont été retenus pour 6,1 % des sites et 18 % des fréquences, tandis que le groupe TDF, composé de TDF SA et de la société Antalis qu'il a acquise en septembre dernier, obtenait le reste.

130. Il convient de noter que des ruptures technologiques comme celle constituée par le passage de la diffusion en mode analogique à la diffusion en mode numérique peuvent permettre une remise en cause des situations acquises par les opérateurs historiques sur les marchés des communications électroniques en dépit de l'importance des barrières à l'entrée sur ces marchés. Encore faut-il que ne s'y ajoutent pas des barrières élevées stratégiquement par ces opérateurs historiques.

c) Sur le caractère immédiat de l'atteinte

131. La société TDF estime que l'urgence n'est pas caractérisée, en premier lieu parce que le monopole de diffusion a été abrogé il y a plus de trois ans par la loi du 31 décembre 2003 ; ensuite, parce que la société Emettel n'a pas saisi l'ARCEP sur le fondement de l'article L. 38-III du CPCE qui l'autorise à réviser les contrats conclus par la société TDF avec les chaînes publiques sous certaines conditions ; de plus, parce que la société Emettel avait déjà dans le cadre des consultations publiques du marché 18 dénoncé les contrats conclus par les chaînes publiques avec la société TDF ; enfin, parce que la société TDF aurait répondu favorablement à toutes les demandes d'accès de sa concurrente.
132. Toutefois, la société Emettel indique dans sa saisine avoir eu connaissance récemment des conditions très restrictives mises à la sortie de sites des contrats conclus par la société TDF avec les différents éditeurs. Jusqu'alors, elle ne s'expliquait pas les raisons pour lesquelles ses offres n'étaient pas retenues par les chaînes de télévision. Il convient en effet de relever que les contrats en cause ne sont pas publiés et que les éléments relatifs à leur durée et aux conditions de sorties partielles sont considérés comme des secrets d'affaires par la société TDF.
133. Par ailleurs, le segment de marché aval de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique n'a fait l'objet d'aucune régulation *ex ante* de la part de l'ARCEP. En outre, la régulation du marché amont de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique est limitée à l'obligation de séparation comptable imposée à TDF.
134. De plus, comme cela a déjà été relevé ci-dessus, il ressort des déclarations du groupe France Télévisions que l'opportunité offerte par une entrée sur les sites en mode analogique sera d'une durée relativement courte. Il précise en effet, s'agissant des possibilités de co-localisations des réémetteurs de diffusion en mode analogique et en mode numérique, que « *cette pratique pourrait être vraisemblablement efficiente mais uniquement lors du démarrage de sites alternatifs du réseau de diffusion en mode numérique. En effet, elle le sera, mais uniquement pendant une période courte, circonscrite entre 12 et 18 mois pour un ré-émetteur, pendant laquelle une double diffusion (en mode analogique et en mode numérique simultanément) sera jugée incontournable.* ».
135. Il convient également de rappeler que les réaménagements de fréquences vont s'achever à la fin de l'année 2008. Actuellement, 761 réaménagements ont été effectués sur un total de

1 500, et la société Emettel ne s'est vu attribuer à la fin du mois de janvier 2007 que 23 sites.

136. Au vu des éléments qui précèdent, il y a donc lieu de considérer que le caractère exclusif des contrats analysé ci-dessus porte une atteinte grave et immédiate au secteur de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels.

2. EN CE QUI CONCERNE LES MESURES APPROPRIÉES

137. Lors de l'audience, la société TDF a indiqué que les contrats conclus avec les chaînes de télévision hertzienne terrestre diffusées en mode analogique reposaient sur un équilibre et que toute modification desdits contrats était susceptible de le remettre en cause. Le Conseil tient à rappeler qu'il n'est pas dans ses compétences d'imposer aux parties de renégocier de nouveaux contrats. Toutefois, il est en droit, comme l'a indiqué la cour d'appel de Paris en son arrêt du 21 mars 2006, *« de vérifier, (...) si France Télécom dont la position de domination n'est pas contestée, n'a pas utilisé ces stipulations pour favoriser un concurrent de M.A D..., a fortiori s'il lui était lié, et dans le but d'évincer cette dernière du marché »*. Ainsi, le Conseil peut, au travers des mesures conservatoires, et comme l'a souligné la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 21 mai 2001 *« décider de replacer les opérateurs dans une position de négociation d'offres conformes à une saine concurrence, avant que cette dernière ne soit définitivement compromise ; qu'il ne saurait être davantage soutenu que cette mesure engage TDF dans des relations contractuelles définitives alors qu'elle se borne à lui demander de corriger l'offre présentée aux nouveaux opérateurs pour la rendre compatible avec les principes du droit de la concurrence ; qu'ainsi l'autorité de concurrence ne s'est pas substituée ni à TDF pour l'élaboration des tarifs, ni aux opérateurs qui sont libres de les accepter ou de les refuser ; que ce moyen sera, en conséquence, écarté »*. Ainsi, le Conseil est en droit de prendre en considération les effets anti-concurrentiels des stipulations contenues dans les contrats visés. Il peut dès lors en demander la suspension s'il considère qu'elles sont la cause d'une restriction de concurrence sur le marché concerné susceptible de constituer un abus.
138. En conséquence, il y a lieu d'enjoindre, dans l'attente de la décision au fond, à la société TDF de ne s'opposer à aucune demande de transfert de site du réseau secondaire du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts qui lui serait faite par les chaînes de télévision hertziennes terrestres diffusées en mode analogique TF1, France 2, France 3, France 5/Arte et M6 au profit de tout autre diffuseur technique à compter de la notification de la décision.
139. Il y a également lieu d'enjoindre à la société TDF de ne pas intégrer, dans les prochains contrats qui seront conclus avec les chaînes de télévision hertziennes terrestres diffusées en mode analogique TF1, France 2, France 3, France 5/Arte et M6, de clauses limitant le nombre de sites du réseau secondaire du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts pouvant être transférés au profit de tout autre diffuseur technique.
140. Enfin, il y a lieu également d'enjoindre à la société TDF d'informer les chaînes de télévision TF 1, France 2, France 3, France 5/Arte et M6 de la décision du Conseil par courrier avec demande d'avis de réception dont copie sera adressée au Conseil sous huitaine après la notification de ladite décision.

DECISION

Article 1^{er} : Il est enjoint à la société TDF, dans l'attente de la décision au fond, de ne s'opposer à aucune demande de transfert de site du réseau secondaire du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts qui lui sera faite par les chaînes de télévision hertziennes terrestres diffusées en mode analogique TF1, France 2, France 3, France 5/Arte et M6 au profit de tout autre diffuseur technique à compter de la notification de la décision.

Article 2 : Il est enjoint à la société TDF de ne pas intégrer dans les prochains contrats qui seront conclus avec les chaînes de télévision hertziennes terrestres diffusées en mode analogique TF1, France 2, France 3, France 5/Arte et M6 de clauses limitant le nombre de sites du réseau secondaire du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode analogique d'une puissance inférieure ou égale à 25 watts pouvant être transférés au profit de tout autre diffuseur technique.

Article 3 : Il est enjoint à la société TDF d'informer les chaînes de télévision hertziennes terrestre diffusées en mode analogique TF1, France 2, France 3, France 5/Arte et M6 de la décision du Conseil par courrier avec demande d'avis de réception dont copie sera adressée au Conseil sous huitaine après la notification de ladite décision.

Délibéré sur le rapport oral de M. Amiel, par Mme Perrot, Vice-Présidente présidant la séance, MM. Flichy et Honorat, Mmes Xueref et Renard-Payen, Membres.

La Secrétaire de séance,
Catherine Duparcq

La Vice-Présidente,
Anne Perrot