

Avis n° 2007-0112
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 8 février 2007
relatif à la demande d'avis du Conseil de la Concurrence
portant sur la demande de mesures conservatoires déposée par la société Emmetel
relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion
de télévision hertzienne terrestre

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes,

Vu le code des postes et des communications électroniques, notamment l'article L. 36-10,

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication,

Vu le 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, et notamment son article 35,

Vu la décision n° 99-D-14 du Conseil de la concurrence du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF,

Vu la décision n° 03-MC-03 du Conseil de la concurrence du 1^{er} décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Towercast à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société TDF,

Vu la décision n° 06-0160 de l'Autorité en date du 6 avril 2006 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché,

Vu la décision n° 06-0161 de l'Autorité de en date du 6 avril 2006 portant sur les obligations imposées à TDF en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels,

Vu l'avis n° 06-A-01 du Conseil de la concurrence en date du 18 janvier 2006 relatif à une demande d'avis de l'Autorité en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle,

Vu la saisine du Conseil de la concurrence par la société Emmetel, assortie d'une demande de mesures conservatoires, reçue le 18 décembre 2006, référencée 06/0099 F – 06/0100 F,

Vu la demande d'observations du rapporteur général du Conseil de la concurrence portant sur la demande de mesures conservatoires formulée par la société Emettel, reçue le 15 janvier 2007,

Après en avoir délibéré le 8 février 2007,

I. Objet de la saisine

1.1. Présentation de la société Emettel

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.

Par ailleurs, la société Emettel souhaite se positionner à terme sur le segment de marché de la diffusion de télévision numérique terrestre (TNT) au-delà des 115 premiers sites de diffusion.

1.2. Les pratiques dénoncées par la société Emettel

La société Emettel a saisi le 18 décembre 2006 le Conseil de la concurrence à l'encontre de la société TéléDiffusion de France (TDF) en raison de la mise en œuvre de pratiques qu'elle estime contraires aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce dans le cadre de la fourniture de services de diffusion hertzienne terrestre de programme télévisuels.

En premier lieu, Emettel dénonce les pratiques mises en œuvre par la société TDF qui auraient pour objet ou pour effet de l'empêcher de se positionner sur le segment de marché correspondant aux services de diffusion de télévision analogique terrestre à partir des réseaux secondaires.

La société Emettel reproche à TDF :

- d'avoir conclu avec les chaînes du groupe France Télévisions un contrat d'exclusivité de sept ans pour la diffusion de leurs programmes en mode analogique et ce, quelques semaines avant l'ouverture à la concurrence du marché des services de diffusion hertzienne terrestre en mode analogique des programmes des chaînes publiques ;
- d'avoir inséré, dans les contrats de diffusion analogique passés avec les chaînes TF1, M6, France 2, France 3, France 5 et ARTE, des clauses restreignant le nombre et la puissance des réémetteurs pouvant être sortis chaque année du champ des prestations fournies par TDF (disposition relative à la réduction du nombre des stations B). De telles clauses auraient pour effet d'exclure Emettel du segment de marché correspondant aux prestations connexes de réaménagement des fréquences analogiques.

En second lieu, Emettel considère que les pratiques précitées ont pour conséquence de l'empêcher de se positionner à terme sur le segment des offres de diffusion de la TNT à partir des sites de complément de couverture de la TNT.

1.3. Les demandes formulées par la société Emettel au titre de mesures conservatoires

La société Emettel demande au Conseil de la concurrence de réputer contraires à la loi les contrats conclus entre TDF et les chaînes du groupe France Télévisions pour la diffusion hertzienne terrestre analogique de leurs programmes. Elle demande également au Conseil d'inviter France Télévisions à lancer un nouvel appel d'offres et de condamner TDF pour s'être livrée à des pratiques contraires aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Par ailleurs, considérant que les pratiques qu'elle dénonce lui portent atteinte de manière grave et immédiate, Emettel demande au Conseil de prononcer les mesures conservatoires qui lui paraîtront nécessaires. Elle précise que ces mesures conservatoires pourraient constituer en la possibilité pour les chaînes de télévision ayant retenu TDF pour la diffusion de leurs programmes en mode analogique sur les réseaux principaux de ne pas appliquer les dispositions de leur contrat limitant le nombre et la fréquence des sites qui peuvent être sortis chaque année du champ des prestations fournies.

II. Analyse de l'Autorité

2.1. Sur les marchés de la diffusion audiovisuelle

Le marché de détail de la diffusion audiovisuelle correspond à la relation entre les diffuseurs et les utilisateurs finals (téléspectateurs/auditeurs). Cette relation est indirecte lorsqu'elle fait intervenir un distributeur commercial.

En ce qui concerne les services de télévision, l'Autorité a considéré dans sa décision n° 06-0160 susvisée, qu'il existait deux marchés de services de diffusion susceptibles d'être qualifiés de « marchés de gros » :

- le marché comprenant les offres proposées par un diffuseur à un autre diffuseur, qui correspond typiquement au marché de l'accès d'un « diffuseur nouvel entrant » à l'infrastructure d'un « diffuseur historique », dit « marché amont » ;
- le marché comprenant les offres proposées par les diffuseurs aux éditeurs ou aux opérateurs de multiplexe, dit « marché aval ».

Les services de télévision peuvent être diffusés en mode analogique et/ou en mode numérique.

La TNT, lancée en mars 2005, connaît un succès grandissant avec 6,8 millions de récepteurs vendus ou loués à fin décembre 2006 dont 13,2 % de téléviseurs intégrés (source Groupement TNT, NPA Conseil), pour une couverture de la population de l'ordre de 65 %.

Le développement de la TNT est toutefois conditionné par la réalisation de près de 1500 réaménagements de fréquences analogiques. Ces réaménagements consistent à modifier la fréquence de diffusion utilisée par un réémetteur analogique afin d'éviter que celui-ci ne soit brouillé par la diffusion d'un nouveau service sur la même fréquence. Ils sont opérés sur les sites secondaires de diffusion de la télévision analogique.

Ces sites sont initialement utilisés pour diffuser la télévision analogique terrestre « *en confort des sites principaux [ou] pour des services qui ne [peuvent] être pas être émis sur les sites principaux, faute de la disponibilité de la fréquence sur ces sites pour une diffusion analogique (M6 et France 5/ARTE à Strasbourg Port-du-Rhin et Haguenau par exemple)* » (Rapport DDM-CSA de novembre 2005 sur l'accélération du déploiement de la TNT et l'extension de la disponibilité des chaînes de la TNT sur l'ensemble du territoire).

Les sites des réseaux secondaires de diffusion de télévision analogique terrestre 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.

Par ailleurs, la télévision analogique terrestre est vouée à s'éteindre dans les prochaines années. En effet, en l'état actuel du projet de loi relatif à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, l'article 99 de la loi du 30 septembre 1986 susvisée doit être remplacé par les dispositions suivantes :

« Sous réserve des engagements internationaux souscrits par la France, la diffusion des services de télévision par voie hertzienne terrestre en mode analogique prend fin au plus tard le 30 novembre 2011. »

[...] A compter du 31 mars 2008, le Conseil supérieur de l'audiovisuel procède à l'extinction progressive, par zone géographique, de la diffusion des services de télévision par voie hertzienne terrestre en mode analogique. [...] »

2.2. Sur le périmètre de la régulation ex ante

En l'espèce, la saisine concerne certaines clauses non tarifaires des contrats conclus entre TDF et les chaînes de télévision analogique terrestre. La requête d'Emettel a donc pour objet de dénoncer des pratiques qui viseraient à restreindre la concurrence sur le marché aval.

Dans la décision n° 06-0160, l'Autorité a eu l'occasion de préciser le périmètre du marché sur lequel TDF se voit imposer les obligations de régulation *ex ante*. Il s'agit du marché de gros amont des services de diffusion de télévision hertzienne terrestre, analogique et numérique. Il correspond aux prestations d'accès aux infrastructures nécessaires à la diffusion de programmes destinés aux utilisateurs finals, proposées par un diffuseur à ses concurrents.

Dans sa saisine, Emmettel estime que l'Autorité a défini « *un marché unique pour les offres de gros de diffusion de télévision hertzienne en mode analogique et numérique* ». Il convient de préciser qu'il s'agit du seul marché de gros amont.

S'agissant des remèdes définis dans la décision n° 06-0161 susvisée, l'Autorité a conclu à la nécessité d'imposer à TDF des obligations comptables sur l'ensemble du marché de gros pertinent.

Elle a par ailleurs considéré, au vu des spécificités du segment du marché pertinent correspondant à la diffusion de la télévision hertzienne terrestre en mode analogique, qu'il était proportionné d'imposer à TDF d'autres obligations sur le seul segment de marché correspondant aux offres de gros de diffusion de la TNT. Ces obligations sont les suivantes :

- obligation de faire droit aux demandes raisonnables d'accès ;
- obligation de fournir l'accès dans des conditions non discriminatoires ;
- obligation de transparence (publication d'une offre) ;
- obligation de contrôle tarifaire (proscription des tarifs excessifs et d'éviction) ;
- obligation de formaliser, sous forme de protocoles, les conditions et tarifs des prestations internes à TDF, sans préjudice de la décision que l'Autorité adoptera ultérieurement pour préciser les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable.

L'Autorité relève que les pratiques dénoncées par la société requérante n'ont pas de lien avec le fonctionnement du marché de gros amont. En effet, en affirmant qu'elle est certaine « *de l'extrême compétitivité de ses offres aussi bien en ce qui concerne les coûts de réaménagement et auprès du GIE Fréquences, que ses coûts annuels de diffusion auprès des chaînes de télévision* », Emmettel ne soulève pas la question des conditions techniques et tarifaires des offres de gros proposées par TDF sur le segment de la diffusion de la télévision analogique terrestre.

S'agissant du marché de gros aval de la diffusion de la télévision hertzienne terrestre sur lequel Emmettel dénonce les pratiques objets du présent avis, l'Autorité a estimé dans sa décision n° 06-0160, notamment sur la base de l'avis n° 06-A-01 du Conseil de la concurrence susvisé, que le développement de la concurrence sur ce marché dépendait en grande partie de l'amélioration des conditions de concurrence sur le marché de gros amont. En effet, la mise en place d'un dispositif de régulation *ex ante* sur le marché amont a notamment pour objectif, en permettant à la concurrence entre diffuseurs de se développer, de rendre le marché de gros aval plus concurrentiel.

Elle en a alors 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.

2.3. *Sur l'effet potentiel des pratiques dénoncées sur le développement de la concurrence dans la diffusion de la TNT*

Les 115 premières zones de diffusion de la TNT définies par le Conseil supérieur de l'audiovisuel permettront de couvrir 85 % de la population métropolitaine. Conformément à l'article 5 du projet de loi relatif à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, doit être inséré dans la loi du 30 septembre 1986 susvisée un article 96-1 prévoyant que « *les éditeurs de services nationaux de télévision en clair diffusés par voie hertzienne terrestre en mode analogique [devront assurer] la diffusion de leurs services par voie hertzienne terrestre en mode numérique auprès de 95 % de la population française (...)* ».

Cette extension 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-03 susvisé, le Conseil de la concurrence confirme l'existence de telles économies. Il précise en effet : *« dans sa réponse au questionnaire qui lui a été envoyé par le rapporteur, TDF affirme que « sous la pression des chaînes analogiques, (elle) a été amenée à leur proposer des baisses tarifaires supplémentaires sur leur réseau principal, afin de les faire profiter de la plus grande mutualisation des infrastructures au cours de la période de simulcast [période de coexistence de la diffusion en mode analogique et numérique]. Le dispositif proposé ne tient compte que de la planification du déploiement de la TNT et est indépendant des parts de marché de TDF tant en matière de diffusion TNT qu'en matière d'utilisation des infrastructures ». Ainsi, cette remise n'a pas la forme d'une remise de couplage liant la facture de diffusion analogique d'un client donné à sa facture de diffusion numérique. Par contre, la mise en place de cette remise révèle l'existence d'économies d'échelle entre la diffusion numérique et la diffusion analogique sur un site donné. »*

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.

Ainsi, si les pratiques dénoncées par Emmettel sur le segment du marché de gros aval correspondant à la diffusion de la télévision analogique terrestre étaient avérées, il pourrait être porté atteinte au développement de la concurrence sur le segment de marché correspondant à la diffusion de la TNT.

Fait à Paris, le 8 février 2007

Le Président

Paul Champsaur