

Autorité
de la concurrence



Décision n° 10-D-09 du 9 mars 2010
relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par la
société Itas Tim concernant des pratiques mises en œuvre par la
société TDF dans le secteur des services de diffusion par voie
hertziennne en mode numérique

L'Autorité de la concurrence (section V),

Vu la lettre enregistrée le 22 septembre 2009 sous les numéros 09/0109 F et 09/0110 M par laquelle la société Itas Tim a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur des services de diffusion par voie hertziennne en mode numérique et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce ;

Vu l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

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

Vu l'avis n° 2009-18 adopté par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (« CSA ») le 17 décembre 2009 sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du Code de commerce ;

Vu l'avis n° 2009-1063 adopté par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) le 15 décembre 2009 sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du Code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Itas Tim et TDF ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 09-DSA-254 du 23 octobre 2009, 09-DSA-318 du 18 décembre 2009, 09-DSA-319 du 18 décembre 2009, 09-DSA-322 du 22 décembre 2009, 09-DSA-323 du 22 décembre 2009, 09-DSA-324 du 22 décembre 2009, 09-DSA-325 du 22 décembre 2009, 10-DSA-04 du 11 janvier 2010, 10-DSA-26 du 27 janvier 2010, 10-DSA-29 du 28 janvier 2010, 10-DSA-32 du 4 février 2010 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Itas Tim et TDF entendus lors de la séance du 9 février 2010 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LA SAISINE

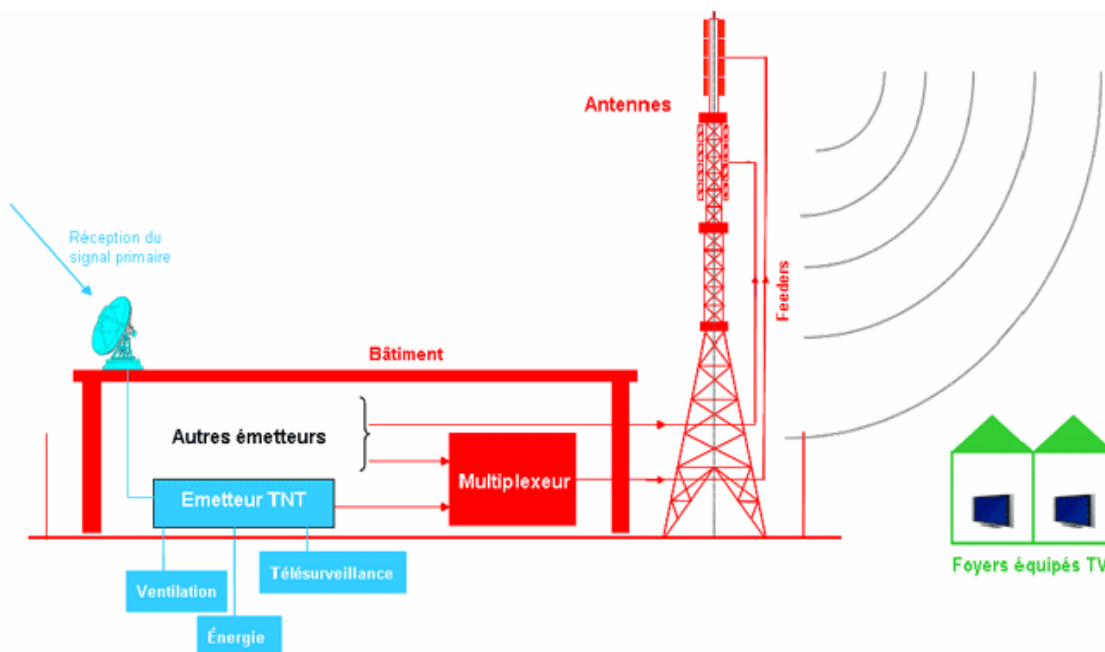
1. Par lettre du 22 septembre 2009, la société Itas Tim a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société TDF qu'elle estime contraires aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
2. Les pratiques dénoncées concernent, selon Itas Tim, deux marchés distincts, à savoir le marché de gros amont des services de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique et le marché de gros aval des services de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique. Itas Tim estime que la société TDF occupe une position dominante sur ces deux marchés en France métropolitaine.
3. Les pratiques mises en œuvre par TDF sont, selon Itas Tim, au nombre de quatre :
 - a. premièrement, Itas Tim reproche la mise en place par TDF d'une politique d'opposition à l'implantation d'infrastructures concurrentes à proximité de ses propres terrains ;
 - b. deuxièmement, Itas Tim dénonce le refus de TDF de lui permettre d'accéder à ses terrains pour y installer ses propres infrastructures ;
 - c. troisièmement, Itas Tim reproche à TDF de pratiquer des conditions d'hébergement inéquitables aux diffuseurs présents sur le marché aval ;
 - d. enfin, Itas Tim dénonce la mise en œuvre de pratiques abusives de subventions croisées et de « remises de plaques » par TDF à l'occasion des appels d'offres lancés par les multiplexes.
4. Sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, la société plaignante a accompagné sa saisine au fond d'une demande de mesures conservatoires visant notamment à enjoindre à TDF de cesser toute intervention auprès des collectivités locales ou communication visant à dissuader les communes d'autoriser l'implantation d'infrastructures de diffusion concurrentes, d'une part, et d'autre part, de permettre à Itas Tim l'accès à tous terrains exploités par TDF afin qu'Itas Tim puisse y édifier sa propre infrastructure de diffusion.
5. La société Itas Tim ne demande pas de mesures conservatoires au titre des deux dernières pratiques dénoncées. Les développements qui suivent seront donc essentiellement axés sur les problématiques soulevées en matière de politique alléguée de TDF d'opposition à l'implantation d'infrastructures concurrentes à proximité de ses propres terrains et de refus d'accès à ses terrains.

B. LE SECTEUR

1. LE MARCHÉ DE L'HEBERGEMENT ET DE LA DIFFUSION DE LA TELEVISION NUMERIQUE TERRESTRE

6. Dans son avis n° [09-A-09](#) du 17 avril 2009 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après ARCEP) portant sur l'analyse des marchés pertinents de gros des services de diffusion audiovisuelle, l'Autorité de la concurrence a rappelé que la chaîne de valeur du secteur audiovisuel comporte quatre activités : la production, l'édition, la commercialisation ou distribution des contenus et, enfin, l'acheminement du signal du lieu de production aux terminaux des auditeurs ou des téléspectateurs.
7. Le secteur objet de la présente décision concerne le dernier maillon de cette chaîne et se définit comme étant le lieu où se rencontrent l'offre et la demande d'acheminement du signal à partir du site de diffusion vers les récepteurs des consommateurs finals. Deux marchés peuvent être distingués. En aval, se situent les prestations que les diffuseurs offrent aux éditeurs ou, dans le cadre de la télévision numérique terrestre (ci-après TNT), aux opérateurs de multiplex (également appelés les « multiplexes » ou MUX). En amont, il existe également un marché dit « *de l'accès* », comprenant les prestations offertes par un hébergeur à un diffuseur.
8. Les sites de diffusion sont des points hauts associés généralement à des bâtiments techniques. Sur ces sites, la chaîne technique de diffusion fonctionne de la manière suivante :
 - a. l'ensemble des équipements et installations nécessite une alimentation électrique qui doit être sécurisée ainsi qu'un système de ventilation et de climatisation (fonctions d'hébergement « pur ») ;
 - b. les signaux doivent être reçus sur le site, soit par un système de réception sans fil satellitaire ou terrestre, soit par des moyens filaires (fonctions d'alimentation en signal et de traitement du signal) ;
 - c. les signaux une fois reçus, un émetteur opère leur modulation et leur amplification (fonction d'émission) ;
 - d. puis, les signaux sont pris en charge en sortie d'émetteur pour diffusion par voie hertzienne à partir d'antennes situées sur un pylône, une tour ou un bâtiment au moyen de multiplexeurs (les équipements de multiplexage permettent de constituer le spectre de fréquences qui sera diffusé sur un système d'antenne), de guides d'onde et de feeders (ceux-ci permettent de relier les multiplexeurs aux équipements antennaires sur le pylône) et enfin des équipements antennaires. L'ensemble de ces traitements appartient à la catégorie de la diffusion Haute Fréquence (HF).

9. Le schéma ci-dessous illustre ces différentes fonctions pour la TNT. Ce schéma n'est pas pleinement représentatif de la taille réelle des sites de radiodiffusion, celle-ci variant en fonction de la taille des pylônes implantés, qui conditionne également la taille des bâtiments adjacents. Ainsi, un terrain sur lequel est déployé un site de radiodiffusion a une superficie qui peut varier de quelques ares à plus d'un hectare.



Source : tableau de bord de l'ARCEP.

10. Les activités et équipements décrits ci-dessus n'appartiennent pas aux mêmes catégories et ne sont pas obligatoirement sous la responsabilité des mêmes acteurs. Sont ainsi clairement distinguées les parties « réception du signal », « émission » et « diffusion HF ». L'opérateur de diffusion est au moins propriétaire de ses émetteurs. Ces émetteurs sont accueillis par un hébergeur lorsqu'il n'est pas lui-même propriétaire, occupant ou locataire du point haut. Sur la partie multiplexage-câbles-antennes, deux options sont envisageables : soit ces équipements appartiennent en propre à l'opérateur de diffusion, soit l'émetteur du diffuseur est interconnecté avec le système antenne de l'hébergeur. Le partage entre les équipements de l'hébergeur et ceux du diffuseur peut donc varier.

2. LE CADRE LEGISLATIF ET REGLEMENTAIRE

a) La planification du passage de la diffusion hertzienne télévisuelle analogique à la diffusion exclusivement numérique

11. Conformément à la loi du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de la communication, le déploiement de la télévision numérique terrestre (ci-après « TNT ») est planifié par le CSA.
12. Le déploiement de la TNT a commencé le 31 mars 2005 et s'effectue par « phases » successives, une « phase » correspondant à un ensemble de zones géographiques dans lesquelles la TNT doit être déployée à la même date. Les six premières phases

planifiées par le CSA correspondent au déploiement du « réseau principal » ou « primaire » qui permet de couvrir 85 % de la population à partir de 112 zones géographiques de diffusion. Les phases 7 à 10 correspondent au déploiement du « réseau complémentaire » ou « secondaire », commencé en mars 2008.

13. La loi du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur, prévoit que la diffusion des services de télévision analogique terrestre devra prendre fin au plus tard le 30 novembre 2011, au bénéfice de la diffusion des services de télévision numérique terrestre. Le CSA est chargé de définir les modalités du passage d'un mode de diffusion à l'autre et de l'extinction de l'analogique.
14. Le CSA a ainsi fixé en juillet 2007 les calendriers et les modalités d'extension de la TNT. Il a notamment arrêté le 10 juillet 2007 un schéma d'extension de la couverture de la TNT entre 2008 et 2011 pour les chaînes gratuites « historiques » et les modalités de couverture pour les autres chaînes de la TNT. Ce schéma précise les objectifs annuels de couverture au niveau national, mais aussi au niveau départemental à savoir une couverture minimum de 95 % de la population métropolitaine à la fin 2011 pour l'ensemble des éditeurs de la TNT, tout en garantissant à cette date pour chaque département un minimum de 91 % de la population pour les chaînes historiques nationales gratuites et de 85 % pour les autres chaînes nationales.
15. En outre, en application de l'article 115 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, le CSA a publié le 16 décembre 2008 une liste de 1 626 zones géographiques de diffusion analogique qui devront être couvertes en diffusion numérique à la date du 30 novembre 2011 par les chaînes gratuites « historiques ». Les nouvelles chaînes gratuites de la TNT et les chaînes payantes devront être diffusées en numérique sur au moins 1 423 de ces zones. Les 1 626 zones identifiées correspondent plus ou moins au « réseau complémentaire » de déploiement de la TNT, destiné à atteindre les objectifs de couverture fixés par le législateur.
16. A ce stade, un peu moins de 600 zones (dont l'ensemble des zones prévues dans les phases 1 à 7b2) affichent une date de mise en service de services de diffusion de la TNT antérieure au 1^{er} janvier 2010, et par conséquent correspondent à des zones effectivement couvertes par la TNT ou en phase de l'être pour les dernières.
17. Le déploiement de la TNT sur les zones restantes est étroitement lié au schéma national d'arrêt de la télévision analogique terrestre qui a été adopté par le Premier ministre le 23 juillet 2009.

b) La régulation sectorielle et concurrentielle du marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de la TNT

18. Le 11 juin 2009, l'ARCEP a finalisé la révision de son analyse de marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre des programmes télévisuels en mode numérique pour la période 2009-2012, en adoptant la décision n° 2009-0484 susvisée. Au terme de son analyse, elle a désigné TDF comme opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et lui a, à ce titre, imposé un certain nombre d'obligations.
19. Le dispositif de régulation ainsi imposé à TDF est notamment constitué :

- a. d'une obligation de faire droit à toute demande raisonnable d'accès, et en particulier à ses bâtiments et pylônes d'une part et à sa chaîne de diffusion d'autre part ;
 - b. des obligations de non discrimination et de transparence quant à la fourniture des offres de gros de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique ;
 - c. d'une obligation, au titre de l'obligation de transparence, de publier une offre de référence technique et tarifaire des offres de gros de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique ;
 - d. d'obligations tarifaires, renforcées par rapport au premier cycle de régulation de ce marché (2006- 2009).
20. En particulier, considérant que le potentiel de développement de la concurrence en infrastructures était faible et que le déploiement d'infrastructures alternatives à celles de TDF dépendait fortement de la typologie des sites nécessaires à la diffusion de la TNT, l'ARCEP a distingué deux types d'obligations de contrôle tarifaire pour les offres de gros de diffusion de la TNT de TDF, selon que les sites détenus ou exploités par TDF sont réputés répliquables ou non répliquables à l'horizon de l'analyse de marché.
21. La distinction établie par l'ARCEP entre les sites non répliquables, qui constituent essentiellement le réseau principal, et les sites répliquables, qui constituent essentiellement le réseau complémentaire, s'appuie sur au moins l'un des deux critères suivants :
- a. pour la diffusion de l'un au moins des multiplexes TNT, la hauteur maximale de fixation de l'antenne utilisée sur le pylône correspondant au site considéré est supérieure ou égale à 50 mètres. L'ARCEP a toutefois, au regard d'éléments complémentaires, exclu du périmètre de non répliquabilité certains sites respectant ce premier critère, comme par exemple l'existence de sites alternatifs d'ores et déjà proposés aux multiplexes lors des premières phases de déploiement de la TNT ou qui pourraient l'être lors du renouvellement des contrats de diffusion.
 - b. le site considéré présente manifestement des conditions d'accès difficiles ou une localisation exceptionnelle. L'ARCEP considère que répondent à ce critère les sites positionnés sur des emplacements géographiques exceptionnels, notamment des pics montagneux pour lesquels la duplication d'un pylône de diffusion n'est économiquement, techniquement ou esthétiquement pas envisageable.
22. La liste des sites non répliquables figure en annexe de la décision d'analyse de marché n° 2009-0484 susvisée. Elle comprend à ce stade 66 sites du réseau principal numérique et 12 sites du réseau complémentaire numérique. Cette liste est révisable via l'adoption par l'ARCEP de décisions complémentaires un an et deux ans après l'entrée en vigueur de la décision d'analyse de marché précitée.
23. Sur les offres de gros de diffusion de la TNT à partir d'un site réputé non répliquable, TDF se voit imposer une obligation d'orientation des tarifs vers les coûts. Sur les offres de gros de diffusion de la TNT à partir d'un site réputé répliquable, TDF se voit interdire de pratiquer des tarifs excessifs et des tarifs d'éviction. Cette dernière obligation tarifaire vise à maintenir une incitation à implanter des infrastructures alternatives, dans un objectif de développement de la concurrence par les infrastructures.

c) Les déclarations préalables à la construction d'infrastructures radioélectriques alternatives

24. Le code de l'urbanisme dispose que les constructions, même ne comportant pas de fondations, doivent être précédées de la délivrance d'un permis de construire (article L. 421-1) ou, dans le cadre de certains travaux, installations et aménagements affectant l'utilisation des sols, d'un permis d'aménager (L. 421-2). Un décret en Conseil d'État arrête la liste des constructions, aménagements, installations et travaux qui, en raison de leurs dimensions, de leur nature ou de leur localisation, ne justifient pas l'exigence d'un permis et font l'objet d'une déclaration préalable (article L. 421-4). Le permis de construire ou d'aménager ne peut être accordé que si les travaux projetés sont conformes aux dispositions législatives et réglementaires relatives à l'utilisation des sols, à l'implantation, la destination, la nature, l'architecture, les dimensions, l'assainissement des constructions et à l'aménagement de leurs abords et s'ils ne sont pas incompatibles avec une déclaration d'utilité publique (L. 461-6). Lorsque les constructions, aménagements, installations et travaux font l'objet d'une déclaration préalable, l'autorité compétente doit s'opposer à leur exécution ou imposer des prescriptions lorsque les conditions de conformité aux dispositions législatives et réglementaires citées ci-dessus ne sont pas réunies (L. 421-7).
25. En ce qui concerne les constructions nouvelles, seront notamment concernées par une déclaration préalable (R. 421-9) : 1) les constructions ayant pour effet de créer une surface hors œuvre brute supérieure à deux mètres carrés et inférieure ou égale à vingt mètres carrés, 2) les constructions autres qu'éoliennes, dont la hauteur au-dessus du sol est supérieure à douze mètres et qui n'ont pas pour effet de créer une surface hors œuvre brute ou qui ont pour effet de créer une surface hors œuvre brute inférieure ou égale à deux mètres carrés (conditions cumulatives).
26. Dans la grande majorité des cas, la construction d'un site radioélectrique entre dans le périmètre de la déclaration préalable.
27. Les déclarations préalables sont adressées à la mairie de la commune dans laquelle les travaux sont envisagés, par le ou les propriétaires du ou des terrains, leur mandataire ou par une ou plusieurs personnes attestant être autorisées par eux à exécuter les travaux (R.423-1).
28. L'autorité compétente pour se prononcer sur un projet faisant l'objet d'une déclaration préalable est le maire, au nom de la commune, dans les communes qui se sont dotées d'un plan local d'urbanisme ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu, ainsi que, lorsque le conseil municipal l'a décidé, dans les communes qui se sont dotées d'une carte communale ; le préfet ou le maire au nom de l'État dans les autres communes (L. 422-1).
29. Le délai d'instruction de droit commun est d'un mois pour les déclarations préalables (R. 423-23) à compter de la réception en mairie d'un dossier complet.
30. L'autorité compétente se prononce par arrêté sur la déclaration préalable (L. 424-1). Lorsque la décision rejette la demande ou s'oppose à la déclaration préalable, elle doit être motivée (L. 424-3). A défaut de notification d'une décision expresse dans le délai d'instruction déterminé, le silence gardé par l'autorité compétente vaut décision de non-opposition à la déclaration préalable (R. 424-1).

C. LES ENTREPRISES

1. ITAS TIM

31. La société saisissante, Itas Tim, est une société par actions simplifiée contrôlée d'une part par le groupe Itas, créé en 1989 et dont le premier métier est de fabriquer des infrastructures de diffusion (antennes, pylônes, équipements du type multiplexeurs, etc.) et d'autre part par des actionnaires privés. En 2008, le groupe Itas a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 30 millions d'euros.
32. Depuis novembre 2008, l'activité principale d'Itas Tim est d'offrir des services de diffusion par voie hertzienne, et la société est à ce titre déclarée comme opérateur de réseaux de communications électroniques auprès de l'ARCEP selon les dispositions de l'article L. 33-1 du code des postes et des communications électroniques.
33. À ce jour, Itas Tim emploie 25 personnes et génère de l'activité directe dans le groupe Itas pour un équivalent d'environ 100 autres personnes (fabrication de pylônes et de systèmes antennaires, montage et maintenance de stations d'émission) sur les 200 du groupe. En 2009, le chiffre d'affaires d'Itas Tim est de l'ordre de 1 à 2 millions d'euros dont 100 000 à 400 000 euros pour ses activités d'opérateur de TNT. Itas Tim intervient en tant que diffuseur de la télévision numérique terrestre et de la radio analogique. Parallèlement, Itas Tim intervient en tant que gestionnaire de sites en fournissant des prestations d'hébergement pour les autres opérateurs sur ses propres pylônes. Itas Tim propose ses prestations à l'ensemble des multiplexes de télévision numérique en France, aux télévisions locales et aux éditeurs de radios.

2. TDF

34. 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 hertzienne. TDF est devenue une société anonyme en application de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, modifiée le 1^{er} août 2000, relative à la liberté de communication. L'article 51 de la loi du 30 septembre 1986, qui conférait à TDF le monopole de la diffusion et de la transmission, en France et vers l'étranger, par tous procédés analogiques de télécommunication, des programmes de Radio France, RFI et RFO et du groupe France Télévision, a été abrogé par la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003. Après une période transitoire, TDF a perdu son monopole légal en 2005.
35. Privatisée en 2004, l'actionnariat du groupe TDF est international et est actuellement composé à 42 % par le fonds d'investissement Texas Pacific Group, à 24 % par la Caisse des dépôts et consignations, à 18 % par Axa Private Equity et à 14 % par Charterhouse Capital Partners.
36. TDF a principalement pour activité la diffusion des services audiovisuels et radiophoniques. TDF développe également ses activités dans les domaines des services d'information multimédia et de la diffusion sur Internet. Au titre d'une partie de ces activités, TDF est un opérateur déclaré, au titre de l'article L. 33-1 du code des postes et des communications électroniques, depuis le 12 janvier 2005.
37. TDF emploie près de 3 100 personnes en France. Son chiffre d'affaires pour l'exercice 2008-2009 a été d'environ 907 millions d'euros pour la France (soit

55,7 % de son chiffre d'affaires global, dont 23 % et 21 % sont réalisés respectivement sur les segments « télévision analogique » et « télévision numérique »).

38. TDF dispose d'environ 7 900 sites en France, qui sont les supports de services de diffusion audiovisuelle ou de services de communications électroniques. Environ 3 600 sites aux caractéristiques variables, notamment en termes de puissance des émetteurs et de hauteur de pylône, sont exploités pour la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels.

D. LES PRATIQUES DENONCEES

39. Les pratiques mises en œuvre par TDF consistent, selon Itas Tim, d'une part à s'opposer à l'implantation d'infrastructures concurrentes à proximité de ses propres terrains, d'autre part en refusant l'accès à Itas Tim pour que celle-ci y installe ses propres structures.

1. OPPOSITION DE TDF A L'IMPLANTATION D'INFRASTRUCTURES CONCURRENTES A PROXIMITE DE SES PROPRES TERRAINS.

40. Sous ce point, Itas Tim soutient que, dans le cadre de sa politique visant à limiter l'implantation d'infrastructures à proximité des terrains qu'elle exploite :
 - a. TDF intervient de manière déloyale auprès des collectivités locales pour les dissuader d'autoriser l'implantation d'infrastructures concurrentes et privilégier une concurrence restreinte par le biais de son offre d'hébergement ;
 - b. qu'en outre, lorsqu'Itas Tim obtient une autorisation d'implantation de sa propre infrastructure concurrente, TDF utilise des moyens dilatoires pour ralentir sa mise en service.
41. TDF, pour sa part, considère d'une manière générale que les difficultés exposées par Itas Tim dans sa saisine sont relativement marginales, tous les opérateurs de diffusion, y compris elle-même, se heurtant à ce type d'obstacles quotidiennement. TDF note également qu'Itas Tim n'exploite pas au mieux les règles d'urbanisme. TDF relève enfin que les difficultés mises en avant par Itas Tim n'ont pas eu pour elle de répercussions commerciales.

a) La question des interventions de TDF auprès des maires

42. Itas Tim soutient que les interventions de TDF auprès des collectivités locales prennent la forme de communication de « messages trompeurs » concernant ses obligations en tant qu'hébergeur et que, par ailleurs, l'opérateur historique invoque auprès des collectivités locales des questions techniques et réglementaires qualifiées par Itas Tim de « faussement problématiques ».

La question des « messages trompeurs » concernant les obligations d'hébergement de TDF

43. Sur ce premier point, Itas Tim, dans sa saisine, dénonce une communication active de TDF auprès des collectivités locales et cite plusieurs exemples. Itas Tim considère

par ailleurs que de telles pratiques auraient été mises en œuvre dans d'autres communes et dénonce enfin le fait que TDF organiserait des réunions « d'information » avec les maires au niveau régional.

Commune de Boersch

44. S'agissant de la commune de Boersch, Itas Tim a joint à sa saisine copie d'un courriel transmis par TDF au Maire de Boersch le 2 juillet 2009. Dans ce document, TDF précise notamment qu'elle est un « *mutualiseur de sites qui met ses infrastructures à disposition des opérateurs de diffusion quel que soit le service diffusé (TV, téléphonie mobile etc.)* ». Selon Itas Tim, ce courriel prouve la mise en place du « *discours trompeur* » de la société TDF, cette dernière indiquant qu'elle est tenue d'héberger ses concurrents « *quel que soit le service diffusé* », alors que les obligations d'hébergement pesant sur TDF sont limitées à la diffusion des services de télévision. Itas Tim relève que la communication de TDF s'est effectuée avant l'appel d'offres et considère que le courriel à la commune de Boersch n'est pas isolé mais fait partie d'un « mailing » plus global auprès des collectivités locales. Au cours de l'instruction, Itas Tim a ajouté à ce sujet avoir constaté une grande similitude dans les arguments et propos relayés par les maires et tenus par TDF concernant notamment son « obligation d'hébergement ».
45. Lors de l'instruction, le maire de Boersch a confirmé avoir eu des contacts avec Itas Tim et TDF dans le cadre du déploiement de la TNT. Il a également indiqué qu'un nouveau pylône sera mis en place à proximité de celui de TDF, ajoutant que sa commune était cependant très attentive à l'environnement esthétique.
46. De son côté, TDF note que le courrier électronique adressé à la commune de Boersch, s'il exprime maladroitement que TDF « *met ses infrastructures à disposition, des opérateurs de diffusion quel que soit le mode de diffusion* », intervient toutefois dans le cadre précis d'une demande d'information de la commune relative à la TNT à laquelle elle se devait logiquement de donner suite.

Commune de Bagnoles de l'Orne

47. Itas Tim indique dans sa saisine que, dans le cadre de ses discussions avec la commune de Bagnoles de l'Orne en vue d'obtenir un accord pour l'implantation d'une station TNT, son maire, au cours d'une conversation téléphonique tenue en date du 4 septembre 2009, l'aurait informée qu'il avait « *rencontré son concurrent ces derniers jours* » et « *ne plus vouloir prendre parti* ». Itas Tim ajoute qu'après avoir envoyé un courrier dans lequel elle reproduisait la teneur de la conversation téléphonique et informait le maire qu'elle avait obtenu les commandes des opérateurs de télévision (démarrage prévu le 31 décembre 2009), la commune de Bagnoles de l'Orne, par lettre du 9 septembre 2009, lui a indiqué notamment : « *[j]e tiens à vous préciser que ma décision de n'intervenir en aucune façon dans le dossier de la TNT, avec l'assentiment unanime de mes adjoints, est bien antérieure au rendez-vous du 4 septembre avec TDF, que j'ai d'ailleurs hésité à recevoir* ».
48. Selon Itas Tim, ces échanges montrent que TDF intervenait activement auprès des mairies. Itas Tim ajoute que TDF n'hésitait pas à contacter le maire de la commune et à le rencontrer. La société Itas Tim souligne par ailleurs que les commandes concernant le site ont été passées auprès d'elle fin juillet 2009 par plusieurs multiplexes et que TDF savait, lorsqu'elle a été reçue par le maire de Bagnoles de l'Orne, qu'elle n'avait remporté aucun appel d'offres sur cette zone. Selon Itas Tim,

TDF entendait faire pression sur la commune, espérant qu'elle prenne position en s'opposant à la déclaration préalable déposée par Itas Tim. Enfin, la société Itas Tim considère que le refus du propriétaire du terrain convoité par elle est une conséquence directe de la décision de la commune. Lors de l'instruction, Itas Tim a précisé être en attente de la non opposition à la déclaration préalable et qu'afin de limiter les conséquences d'un éventuel retard, Itas Tim a décidé de déployer provisoirement un pylône mobile.

49. Le maire de Bagnoles de l'Orne a confirmé au cours de l'instruction avoir eu des contacts avec TDF. Il a ajouté que la commune avait également autorisé Itas Tim à installer un nouveau pylône.
50. De son côté, TDF note qu'Itas Tim a pu effectivement construire un pylône dans la commune et que le maire avait clairement indiqué dans son courrier du 9 septembre 2009 que sa décision de ne pas intervenir est antérieure au rendez-vous du 4 septembre avec TDF. Ainsi, selon TDF, la position initiale du maire ne peut être imputée à une quelconque intervention de sa part.

Commune de Mitzach

51. S'agissant de la commune de Mitzach, Itas Tim relève qu'en juillet 2009, elle avait présenté une déclaration préalable mais que, par courrier du 21 juillet 2009, la commune lui a indiqué que, depuis ses premiers contacts avec Itas Tim, elle avait obtenu l'information qu'un deuxième pylône pour réceptionner la TNT *«n'était pas indispensable, sachant que [la commune a] déjà un pylône en place dans [son] village pour la TNT»*. Le courrier de la commune informe ensuite Itas Tim qu'elle *«ne sollicite plus [ses] services pour la mise en place d'une station de radiodiffusion»*. Dans sa saisine, Itas Tim indique avoir contacté le maire qui l'a informé oralement que TDF lui avait écrit que la mise en place de la TNT n'imposait pas l'édification d'un pylône supplémentaire. Itas Tim indique par ailleurs qu'en réponse à un de ses courriers, la commune a réitéré sa décision de ne pas accepter un deuxième pylône dans la zone où se trouvait déjà le pylône TDF, ni dans une autre zone, pour des questions d'environnement. Itas Tim souligne que ce n'est qu'à l'occasion de ce second courrier que la commune de Mitzach met en avant cette justification. Enfin, Itas Tim relève que, dans son courrier, la commune indique que TDF *«est obligée d'héberger [l'équipement d'Itas Tim] et le coût d'hébergement est parfaitement contrôlé par les autorités de concurrence (ARCEP)»* et l'invite à contacter l'opérateur historique en vue de l'installation de ses équipements.
52. Lors de l'instruction, Itas Tim a précisé que la non-opposition à la déclaration préalable n'avait pas encore été obtenue, le maire de Mitzach souhaitant qu'elle négocie avec TDF dans le cadre d'un hébergement sur le pylône existant et ce alors même que TDF n'a pas été retenue par les multiplexes pour diffuser à partir de ce site.
53. Le maire de Mitzach a indiqué au cours de l'instruction avoir effectivement eu des contacts avec TDF et avec Itas Tim. Il a ajouté que sa commune était très concernée par l'impact paysager que représenterait un deuxième pylône dans son environnement.
54. Á l'instar du contexte relatif au courrier électronique adressé à la commune de Boersch, TDF relève qu'elle n'est intervenue auprès de la mairie de Mitzach que dans le cadre précis d'une demande d'information relative à la TNT.

Communauté de communes de la Haute-Bruche

55. Au cours de l'instruction, la société Itas Tim a indiqué que TDF entretient par ses discours une confusion dans l'esprit des élus locaux. A l'appui de cette observation, elle note que le maire de Bourg Bruche l'a informé « *qu'il était harcelé d'appels de TDF, l'avertissant qu'il prenait des risques à autoriser l'implantation d'Itas Tim, alors que le pylône de TDF était déjà en place sur ce site* ».
56. Itas Tim indique qu'elle a alors contacté la sous-préfecture de Molsheim dont dépendent les communes concernées afin de tenter de régler la situation. Elle ajoute que lors de la réunion à laquelle la sous-préfecture l'a conviée ainsi que TDF et le président de la Communauté de communes, également maire de Plaine, TDF a indiqué notamment qu'elle ne pouvait s'opposer à ce que cette dernière implante ses infrastructures de diffusion. Itas Tim relève que ce discours était nouveau, lui semblait bien rôdé et que le représentant de TDF n'était pas celui connu par le maire de Plaine. Si le maire de Plaine est revenu sur son opposition concernant Itas Tim et a indiqué en réunion qu'il ne s'opposerait plus à la déclaration préalable, Itas Tim souligne qu'il n'en demeure pas moins que cet événement démontre un lien de causalité entre les interventions de TDF et le choix des élus locaux. Itas Tim souligne que des retards, imputables à TDF, ont été pris pour le démarrage des sites situés sur la communauté de communes de Haute-Bruche.
57. Interrogé lors de l'instruction, le président de la communauté de communes de la Haute-Bruche a transmis le compte rendu de la réunion tenue au sein de la sous-préfecture et indiqué également ses préoccupations quant à la nécessité de préserver le paysage. Il a néanmoins précisé qu'il accepterait l'installation d'un deuxième pylône, compte tenu de « *l'impossibilité d'aboutir à un accord de coopération entre les deux sociétés concernées* ».
58. TDF relève de son côté que la décision du maire de ne pas s'opposer à sa déclaration préalable après la réunion organisée par la sous-préfecture de Molsheim ne démontre en aucune manière, comme l'affirme Itas Tim, un lien de causalité entre les prétendues interventions de TDF et le choix des élus locaux. TDF note que le maire de Plaine, interrogé au cours de l'instruction, ne corrobore pas cette version, expliquant plutôt l'importance que les habitants de sa commune attachent à l'environnement.

Commune de Châteauneuf du Faou

59. Lors de l'instruction, Itas Tim a également indiqué que le maire de Châteauneuf du Faou a, par courrier, souhaité qu'Itas Tim utilise pour la diffusion de la TNT le pylône de TDF. Ce courrier, qui fait suite à un courrier d'Itas Tim, souligne que TDF a indiqué au maire qu'elle pouvait héberger Itas Tim. Pour Itas Tim, cette « information », intervenue après son obtention de la non opposition à la déclaration préalable, constitue un indice démontrant l'effet néfaste de l'intervention de TDF auprès des maires.
60. TDF note de son côté que le maire de cette commune ne s'est pas opposé à la construction du pylône d'Itas Tim et que rien n'indique dans les courriers produits que TDF aurait pris l'initiative d'informer la commune de son obligation d'accueil, ni à quelle date.

Les communes de Guer, Les Rousses, Mandeuve, Bourmont et Thiéfosse

61. S'agissant de Guer, la société Itas Tim relève que, par arrêté du 24 août 2009, la commune a décidé de s'opposer à la déclaration préalable qu'elle avait présentée, considérant notamment qu'il existait « *sur un site contigu au projet, et en covisibilité avec lui, une antenne existante de hauteur équivalente* » et mettant en avant la protection de l'environnement et des « *traits, des caractères, des formes pérennes d'un territoire* ». Itas Tim indique que le texte de l'arrêté souligne par ailleurs qu'une « *utilisation conjointe des supports doit être recherchée* » et que « *le dossier ne fait pas apparaître qu'il y ait eu concertation avec l'opérateur en place (...) pour un regroupement sur un même support (...)* ».
62. S'agissant des Rousses, Itas Tim souligne que, par compte rendu du 30 janvier 2009, la commune a décidé de ne pas s'opposer à une demande d'Itas Tim et accepter le principe d'établir un bail avec elle sous condition notamment que le pylône en question ne soit construit que « *lorsque toutes les solutions techniques permettant l'installation de parabole émettrice par ITAS sur un des deux pylônes existants auront été trouvées et qu'une réelle impossibilité aura été prouvée* ».
63. S'agissant de Mandeuve, Itas Tim indique que, dans le cadre d'une demande de déclaration préalable en vue de mettre en place une station de diffusion TNT (démarrage prévu le 15 janvier 2010) sur un terrain communal, le maire, par courrier du 15 août 2009 a retourné le dossier à Itas Tim, en l'absence d'une étude sur les champs électriques demandée à Itas Tim, tout en s'interrogeant « *sur la pertinence de mettre en place un autre pylône alors qu'il existe celui de TDF* ». Itas Tim relève qu'elle n'a pas reçu de réponse à la suite de son courrier du 25 août 2009 par lequel elle transmettait l'étude demandée et décrivait les pratiques subies de la part de TDF.
64. S'agissant de Bourmont, Itas Tim indique qu'à la suite d'une demande d'implantation présentée en janvier 2009, la commune a décidé, le 28 janvier 2009, de s'y opposer, considérant notamment que le projet porte atteinte au caractère des lieux avoisinants, l'arrêté d'opposition précisant par ailleurs qu'« *un nouveau projet devra être étudié sur le pylône existant* ».
65. De même, s'agissant de Thiéfosse, Itas Tim note que la commune lui a fait part du rejet de sa requête de février 2009 visant à obtenir l'autorisation d'implantation d'un émetteur TNT sur un terrain communal, lui demandant en outre « *de [se] rapprocher de TDF afin de [s'] implanter sur leur poteau déjà existant sur le territoire* ».
66. Lors de l'instruction, Itas Tim a précisé qu'elle n'a finalement pas obtenu de non opposition à la déclaration préalable sur les sites de Guer, que les clients n'ont finalement pas passé de commande auprès d'elle dans le cas des Rousses et de Bourmont, qu'elle n'a pas trouvé de terrains susceptibles d'accueillir ses infrastructures dans le cas de Thiéfosse et que ce n'est que pour la commune de Mandeuve qu'elle a finalement obtenu la non opposition à la déclaration préalable.
67. Les maires des communes identifiées ci-dessus n'ont pas indiqué, lors de l'instruction, qu'ils avaient eu des contacts directs avec TDF, à l'exception de celui de Thiéfosse (contact téléphonique). Les maires des communes de Guer, Les Rousses, Mandeuve et Bourmont ont fait part de leurs préoccupations d'ordre environnemental concernant l'implantation d'un second pylône. Le maire de Thiéfosse a simplement mentionné qu'un pylône étant déjà installé sur le territoire de sa commune et que le conseil municipal n'a pas souhaité en implanter un second.

68. De son côté, TDF relève que, 1) s'agissant de Guer, l'arrêté municipal d'opposition s'est avant tout fondé sur l'atteinte esthétique que la présence de plusieurs antennes causerait au paysage, 2) que, dans le cas des Rousses, TDF n'a eu aucun contact avec la mairie en 2009 au sujet de la TNT, 3) qu'à Mandeuve, c'est le maire qui a pris l'initiative de demander à TDF si elle pourrait accueillir sur son pylône un autre opérateur, 4) qu'à Bourmont, la construction projetée était tout simplement irréalisable car se trouvant dans un site classé en « zone de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager » et qu'enfin, 5), pour Thiéfosse, il ne ressort d'aucune des pièces communiquées par Itas Tim ou par la mairie elle-même que le maire avait pris finalement un arrêté d'opposition et qu'il semble d'ailleurs qu'Itas Tim n'ait pas déposé de déclaration préalable.

Les autres communes mentionnées par Itas Tim

69. Dans sa saisine, la société Itas Tim relève que l'influence de TDF est également effective lorsqu'une commune lui indique clairement et fermement, dès les premiers échanges, qu'elle s'opposera à toute déclaration préalable en vue d'implanter un pylône supplémentaire à celui de TDF. Itas Tim indique qu'elle ne dispose cependant pas d'indices pour établir le rôle de TDF dans ces décisions de refus. Une trentaine de communes est mentionnée par Itas Tim dans sa saisine dont Ax-les-Thermes, Bar-sur-Aube, Granges-sur-Vologne, Saint-Chamond ou Saint-Etienne (pour trois sites). Pour ces deux dernières communes, Itas Tim souligne par ailleurs que, alors que le maire de la commune de Saint-Chamond n'était *a priori* pas opposé à l'implantation d'un pylône par Itas Tim, il a brusquement changé d'avis à la suite d'une visite de TDF fin juillet 2009.
70. TDF relève de son côté que, s'agissant des sites mentionnés par Itas Tim dans sa saisine, cette dernière n'apportait pas le moindre élément de preuve d'une quelconque communication trompeuse de TDF, ni d'un quelconque effet sur la décision des communes. TDF ajoute qu'il s'agissait simplement de la liste des communes qui avaient refusé l'implantation d'un pylône d'Itas Tim en mentionnant les possibilités d'accueil de TDF.
71. Il convient de souligner que TDF indique également que, dans le cadre de ses activités, elle est amenée à avoir des contacts fréquents avec les collectivités territoriales pour demander des autorisations administratives, mener ses activités de prestataire de services ou répondre aux problèmes techniques constatés par les téléspectateurs. TDF souligne aussi qu'elle est un employeur local et entretient donc des contacts avec les collectivités à ce titre. Elle ajoute qu'en dehors de ces contacts réguliers, elle est très fréquemment sollicitée par les collectivités lorsqu'elles sont à la recherche d'informations sur le déploiement de la TNT : selon elle, si l'arrêt de la diffusion analogique a été annoncé et expliqué aux téléspectateurs, notamment par le GIP France Télé-Numérique, ses conséquences en termes de déploiement d'infrastructures n'ont, en effet, pas été suffisamment explicitées aux maires des communes concernées.
72. TDF indique à ce dernier titre qu'en raison du volume croissant de demandes d'informations reçues par TDF, elle a décidé de mettre au point des « éléments de langage » à destination de ses représentants locaux qui sont en contact direct avec les collectivités. TDF indique par ailleurs qu'elle a pris une initiative de communication générale à destination des collectivités locales début 2008, soit avant l'entrée d'Itas Tim sur le marché. TDF a ainsi pris contact avec les communes sur le territoire desquelles se trouvait un de ses sites de diffusion en adressant aux maires une lettre

expliquant ce qu'était la TNT, le rôle du CSA et des opérateurs de multiplexe, le jeu de la concurrence. Cette lettre, annexée aux observations de TDF, précise que « *si c'est un opérateur concurrent de TDF qui est retenu, il peut se faire héberger sur le site de TDF. TDF propose en effet sur tous ses sites une offre d'hébergement accessible à tous les opérateurs techniques de diffusion* ».

L'organisation par TDF de « réunions d'information » avec les maires au niveau régional

73. Dans sa saisine, Itas Tim indique qu'outre des contacts ciblés, TDF organise des réunions avec les maires au niveau régional, au cours desquelles l'opérateur historique peut librement leur tenir un discours visant à dissuader les collectivités locales d'autoriser l'implantation de pylônes concurrents. A titre d'illustration, Itas Tim relève que TDF a réuni les maires de plusieurs communes à Clermont-Ferrand le 22 septembre 2009 et que, selon elle, c'est TDF qui les aurait conviés par un courrier leur annonçant par ailleurs que leurs communes devraient payer le déploiement de la TNT. Itas Tim a également joint une présentation utilisée par TDF au cours d'une réunion tenue à Pau, relevant que celle-ci mentionnait que « *[l]a TNT n'impose pas de construire un nouveau pylône : le pylône existant convient parfaitement* » et que les pylônes de TDF « *sont accessibles dans le cadre d'une offre tarifaire régulée* ».
74. TDF relève qu'après la promulgation de la loi du 5 mars 2009 permettant aux collectivités territoriales, sous certaines conditions, d'être titulaires d'une autorisation de fréquence, elle a convié les représentants d'une vingtaine de collectivités potentiellement intéressées à des réunions afin de leur proposer ses services de diffusion. TDF indique à ce titre qu'elle a invité à ces réunions les maires des collectivités non retenues dans la liste des 1 626 zones devant être desservies par les multiplexes historiques, ainsi que les maires des communes figurant dans la liste des 1 626 zones mais pas dans celle des 1 423 devant être desservies par les multiplexes TNT « nouveaux entrants ou cryptés ». TDF souligne qu'il s'agissait donc des communes non concernées par les appels d'offres des opérateurs de multiplex et que ces réunions avaient pour objet de faire prendre conscience aux maires de la nécessité de s'équiper en réception numérique. TDF précise que ces réunions ont également permis à TDF de répondre collectivement aux questions des collectivités reçues par courrier et qu'elle a utilisé à cette occasion comme support de présentation des documents similaires à celui destiné à la mairie de Pau produit par Itas Tim dans sa saisine. TDF ajoute enfin qu'elle a informé le CSA et le GIP France Télé-Numérique de cette démarche et les a invités à ces réunions, dont le calendrier et les supports de présentation leur ont été communiqués.

Communication de messages trompeurs par TDF via son site Internet

75. Dans sa saisine, Itas Tim relève que TDF relaie activement auprès des collectivités un message selon lequel la « mutualisation » assurée par TDF contribue à limiter le nombre de pylônes et que, notamment, ce message apparaît à plusieurs reprises sur le site Internet de TDF, ce dernier mentionnant, dans la partie réservée aux collectivités locales : « *Privilégiant la mutualisation des services sur ses sites, il contribue à limiter le nombre de pylônes sur le territoire* ». Itas Tim souligne que TDF reconnaît le développement de sa politique visant à limiter le nombre de pylônes, mais que cette politique touche de manière concrète exclusivement les pylônes à édifier par ses concurrents.

76. Itas Tim relève en outre que la « Charte des Engagements de TDF », également disponible sur Internet indique que TDF s'engage notamment à « [l]imiter le nombre d'implantations », « favoriser la mutualisation des infrastructures » et « favoriser l'utilisation de structures existantes ». Itas Tim fait valoir qu'au regard de la proportion de sites exploités par TDF sur le nombre total de sites en activité, la mutualisation des infrastructures se fait forcément au bénéfice des infrastructures existantes, c'est-à-dire celles de TDF.
77. Enfin, Itas Tim souligne que ce message apparaît également dans une plaquette de présentation destinée aux collectivités locales, laquelle précise notamment : « *TDF opère dans une logique de mutualisation (plusieurs services sur un même site) : programmes des stations de radio et des chaînes de télévision (analogique et numérique), téléphonie mobile, WiMAX, haut débit mobile, etc. Ainsi, ses sites permettent d'accueillir plusieurs opérateurs qui se partagent l'infrastructure ou le pylône, chacun y installant ses propres antennes et équipements afin de desservir ses propres clients* ». Itas Tim relève sur ce point que l'ARCEP avait au contraire souligné que « *l'installation par les diffuseurs alternatifs de leur propre système antenne n'a jamais été utilisée à ce stade sur la TNT en raison notamment de contraintes techniques. Outre les délais intrinsèques à la réalisation d'un nouveau système antenne, l'installation d'un système antenne alternatif peut parfois s'avérer soit impossible faute de place, soit opérée à une hauteur moins favorable que le système antenne existant de TDF, soit conditionnée à des travaux de renforcement du pylône qui sont à la fois coûteux (tarification sur devis) et incompatibles en termes de délais avec le calendrier de déploiement.* »
78. Selon Itas Tim, par ces informations, TDF confond sciemment la notion de mutualisation de services indispensables à tout opérateur souhaitant la concurrencer et celle de « partage de structure », seule la dernière lui étant imposée par la réglementation et concernant uniquement la TNT. Itas Tim note qu'alors que TDF lui répond qu'elle n'a aucune obligation d'héberger la FM, elle explique dans le document mentionné que, par sa « *logique de mutualisation* », ses sites accueillent les opérateurs proposant divers services, dont la FM. Itas Tim note qu'en d'autres termes, la communication de TDF prend le soin de ne pas préciser que lorsqu'un concurrent lui demande de procéder à une réelle mutualisation FM, elle refuse purement et simplement de l'héberger.
79. TDF relève de son côté que l'information délivrée par le biais de son site Internet, notamment du « kit collectivités locales » est exempte d'ambiguïté puisqu'elle y affirme simplement qu'elle mutualise des services, dans le cadre de produits et de services qu'elle commercialise en qualité soit d'opérateur, soit d'opérateur d'opérateurs. TDF souligne que ces informations sont véridiques puisqu'elle est à la fois diffuseur et hébergeur et que le document ne suggère pas que TDF est tenue systématiquement d'accueillir tout type de diffuseur dans toutes circonstances, qu'il soit concurrent de TDF ou non.

La question des messages sur des questions techniques et réglementaires

80. Itas Tim considère sous ce point que TDF invoque auprès des collectivités locales des questions techniques et réglementaires faussement problématiques en cas de projet d'implantation d'infrastructures concurrentes. Itas Tim fait valoir que TDF instrumentalise en particulier l'existence de servitudes radioélectriques et profite également des lacunes des communes en matière technique et réglementaire pour rendre des avis dont l'existence même constitue un abus. Enfin, Itas Tim considère

que dans ce cadre, TDF entretient la confusion sur son statut actuel d'entreprise privée et son passé d'établissement public.

L'instrumentalisation de l'existence de servitudes par TDF au travers des exemples de Boersch, Château-Gontier, Sisteron et Mantes

81. Itas Tim fait valoir que, dans le courriel transmis par TDF au maire de Boersch déjà cité, TDF indique : « les sites TDF diffusant généralement plusieurs services, sont parfois protégés par des servitudes radioélectriques et reliés par des faisceaux hertziens, il est donc nécessaire de nous aviser de la chose afin d'anticiper toute perturbation ».
82. Itas Tim indique également qu'en mars 2009, la commune de Château-Gontier l'a informée de la prolongation du délai d'instruction car le projet nécessitait, selon la commune, la consultation de TDF « dans le cadre de la protection radio-électrique » et que, par télécopie du 14 avril 2009, la commune lui a transmis un projet d'arrêté indiquant « l'avis défavorable de TDF en date du 24 mars 2009 », motivé comme suit : « les installations envisagées se situent dans la zone d'interdiction de la servitude PT1 jointe au présent courrier et pourraient être susceptibles de perturber la diffusion existante de la station ». Le courrier de TDF en question indique notamment que le site fait l'objet de deux servitudes radioélectriques dénommées « Type PT1 » et « Type PT2 » et que « les installations envisagées se situent dans la zone d'interdiction de la servitude PT1 jointe au présent courrier et pourraient être susceptibles de perturber la diffusion existante de la station ».
83. S'agissant de la commune de Sisteron, Itas Tim indique que TDF, par courrier du 2 mars 2009, « s'étonne » notamment que la commune n'ait pas entrepris les « consultations nécessaires » avant de délivrer l'arrêté de non opposition à Itas Tim « alors que le projet se situe à l'intérieur du périmètre d'une servitude de protection radioélectrique, comme l'atteste le POS de Sisteron ». Itas Tim note que la commune de Sisteron a retiré le bail conclu avec Itas Tim.
84. S'agissant de la commune de Mantes, Itas Tim note que cette dernière lui a indiqué oralement qu'elle consultait TDF en raison de « problèmes de servitudes ».
85. Itas Tim indique que tous ces exemples montrent que TDF utilise habilement l'existence de servitudes afin d'en tirer un bénéfice anticoncurrentiel, notamment en tentant d'impressionner ses interlocuteurs par des termes techniques non maîtrisés par les élus, tout en n'hésitant pas à agiter un risque majeur pour les collectivités, à savoir une éventuelle « perturbation » de la diffusion des programmes télévisuels, alors même que ces risques de perturbation ou de brouillage n'existent pas en fait.
86. Lors de l'instruction, le maire de Sisteron a confirmé avoir été contacté par TDF, dès le moment du dépôt de demande de permis de construire par Itas Tim. Dans sa réponse, il n'a cependant pas abordé la question des servitudes électriques. Le maire a indiqué que TDF entendait se prévaloir de son droit exclusif sur la parcelle concernée et qu'afin de ne pas perdre de temps dans l'installation du pylône d'Itas Tim, il a conseillé à cette dernière de se rapprocher du propriétaire foncier voisin.
87. TDF, de son côté, souligne qu'elle n'a pas connaissance d'une quelconque consultation par la mairie de Mantes. S'agissant de la commune de Sisteron, TDF relève qu'en juillet 2009, c'est la mairie qui s'est plainte auprès de France Télévisions de difficultés de réception et qu'alertée par cette dernière, TDF a procédé à une analyse de brouillage qui a fait apparaître une perturbation provenant de

l'émission des programmes du multiplexe R2 depuis le site Itas Tim. TDF ajoute qu'elle ne s'est pourtant pas prévalu de cette servitude à l'encontre d'Itas Tim mais a pris à sa charge les mesures nécessaires au rétablissement du canal et en a alors informé la commune par courrier. D'un point de vue plus général, TDF relève que c'est Itas Tim qui diffuse auprès des collectivités des messages totalement erronés au sujet de la pertinence des servitudes radioélectriques, question bien réelle qui est de la compétence de la seule Agence Nationale des Fréquences (ANFR), en application du code des postes et des communications électroniques. TDF note néanmoins qu'un certain nombre de servitudes n'ont plus lieu d'être et qu'à ce sujet, elle a elle-même pris l'initiative, dès mars 2004, d'entamer les démarches administratives nécessaires à l'abrogation de servitudes devenues inutiles. Enfin, TDF souligne qu'elle n'a jamais cherché à être systématiquement consultée par les collectivités locales au sujet de ses servitudes radioélectriques.

La question des « avis » aux collectivités locales sur l'implantation d'infrastructures concurrentes

88. Itas Tim indique que TDF rend des « avis » aux communes en cas de projet d'implantation d'infrastructures concurrentes par Itas Tim.
89. S'agissant du cas évoqué ci-dessus de Château-Gontier, Itas Tim relève ainsi que les services de la commune « *se sont sentis obligés* » de consulter TDF, ainsi informée de la stratégie commerciale d'Itas Tim et dont la réponse peut être interprétée comme un avis défavorable par des non techniciens. De même, s'agissant de Sisteron, Itas Tim rappelle qu'informée de la délivrance d'un certificat de non opposition à une déclaration préalable, TDF a protesté auprès de la commune en s'étonnant notamment que la commune n'ait pas entrepris les « *consultations nécessaires* ».
90. Itas Tim note enfin qu'ayant présenté à la commune de Condé-sur-Noireau une déclaration préalable sur un terrain ne comportant aucune installation appartenant à TDF, le maire l'a informé oralement qu'il attendait « *l'avis de TDF* ».
91. Selon Itas Tim, les cas mentionnés ci-dessus illustrent le fait que, dans un environnement aussi technique et réglementé que celui de la radiodiffusion, les communes ne souhaitent naturellement pas prendre de décision « à la légère » et qu'il peut leur paraître naturel de se tourner vers TDF, ancien détenteur du monopole public. Itas Tim souligne cependant que les collectivités locales n'ont aucune obligation de demander l'avis ou d'obtenir les consultations de TDF et qu'en demandant à être « consultée », voire en sous-entendant que le défaut de consultation fait peser un risque sur les collectivités locales, en acceptant de répondre à une demande d'avis, en s'abstenant de clarifier la situation et en maintenant volontairement une certaine confusion sur ses attributions, TDF se rend coupable d'un nouvel agissement dilatoire et anticoncurrentiel.
92. TDF souligne de son côté que, les rares fois où elle est interrogée, TDF ne donne pas un « avis » mais se contente de rappeler au maire l'existence et l'objet des éventuelles servitudes et les risques de perturbation, comme dans les cas de Château-Gontier ou Condé-sur-Noireau. TDF note également que les maires, auxquels appartient le pouvoir de décision, ne se sentent absolument pas obligés de tenir compte de l'information délivrée par TDF.

La question de la confusion entretenue par TDF sur son statut actuel d'entreprise privée et son passé d'établissement public

93. Itas Tim fait valoir que parmi les éléments du dossier fondant l'avis rendu par TDF à la commune de Château-Gontier, se trouve une page de couverture présentant les plans, dont l'en-tête porte la mention suivante : « *Télédiffusion de France - Établissement Public de l'État* ». Si Itas Tim relève qu'il est possible que cette mention figure sur le document parce qu'il s'agit d'un document datant de l'époque à laquelle TDF était en monopole, il n'en demeure pas moins que TDF n'a pas indiqué cette incohérence à la commune et, au contraire, a pris soin de ne pas supprimer cette mention sur le document. Itas Tim souligne que, ce faisant, TDF induit sciemment les collectivités locales en erreur.
94. TDF indique de son côté que sa communication est sans équivoque quant à son statut de société commerciale et que, s'agissant du cas de Château-Gontier mis en avant par Itas Tim, il n'appartenait pas à TDF de « maquiller » le document public remis et qu'elle l'a adressé à la mairie en pièce jointe à une lettre rédigée sur son papier à en-tête actuel qui indiquait clairement son statut d'entreprise privée.

b) La question de l'utilisation par TDF de moyens dilatoires pour ralentir la mise en service sur un terrain indépendant d'infrastructures concurrentes

95. Itas Tim indique que sur le site de la Bastide du Sérou, elle a fait parvenir à TDF une demande d'autorisation d'accès au poteau ERDF, situé sur la parcelle de TDF, mais que cette dernière lui a refusé cette autorisation en faisant valoir qu'Itas Tim peut se raccorder au réseau EDF sans travaux sur sa parcelle. Itas Tim souligne que le point de raccordement évoqué par TDF est situé à une soixantaine de mètres de sa station et que son raccordement aurait nécessité des travaux de génie civil de tirage très coûteux. Itas Tim relève que si TDF l'a finalement autorisée à se raccorder au poteau ERDF, elle n'a pas hésité à mettre en œuvre des pratiques dilatoires pour retarder la concurrence par les infrastructures d'Itas Tim en essayant de l'empêcher de se raccorder au réseau d'ERDF, alors même qu'Itas Tim y est valablement autorisée par cette dernière.
96. TDF relève qu'à la Bastide du Sérou, elle ignore pour quelle raison le poteau de raccordement au réseau d'électricité se trouvait sur son terrain et non pas en limite de terrain comme il est d'usage et qu'elle a finalement conclu en juin 2009 avec Itas Tim une convention de passage.

2. REFUS PAR TDF DE L'ACCES A SES TERRAINS POUR PERMETTRE A ITAS TIM D'Y INSTALLER SES PROPRES STRUCTURES.

97. Itas Tim fait valoir qu'au-delà de sa politique visant à entraver l'installation d'infrastructures concurrentes sur des terrains à proximité de ses propres infrastructures, TDF refuse à Itas Tim l'accès à ses terrains pour y installer ses propres infrastructures en contestant, d'une part, les décisions des collectivités locales autorisant pourtant Itas Tim à cette fin et en refusant, d'autre part, toute demande d'Itas Tim d'accéder à ses terrains.

a) La contestation des décisions des collectivités locales autorisant Itas Tim à y installer ses infrastructures

98. A l'appui de ses observations, Itas Tim fait valoir, s'agissant de la commune de Sisteron, qu'informée de la délivrance d'un certificat de non opposition à la déclaration préalable qu'elle a présentée, TDF a protesté auprès de la commune en « s'étonnant » que celle-ci ait délivré un droit d'usage du terrain alors que ce dernier lui avait été donné à bail par la même commune en 1997 et courant jusqu'en 2011. Itas Tim ajoute que la commune a retiré le bail conclu avec Itas Tim, qui a dû se tourner vers un autre terrain.
99. Itas Tim relève également que le conseil général des Alpes-de-Haute-Provence a répondu favorablement à la demande d'Itas de mise à disposition du site de Simiane la Rotonde, mais sous réserves des contraintes techniques liées aux systèmes déjà présents exploités par TDF. Itas Tim indique que, alors qu'elle avait commencé à mettre en place ses équipements, TDF l'a informée qu'elle disposait seule de l'ensemble des droits à occuper le site et mettait en demeure Itas Tim d'arrêter tous les travaux, l'invitant à formuler auprès d'elle une demande d'hébergement sur ses infrastructures.
100. Itas Tim souligne que, dans les deux cas ci-dessus, les oppositions de TDF reposent sur l'existence d'une convention conclue avec les communes que TDF interprète comme prévoyant une exclusivité. Itas Tim note que ces conventions ont été conclues pour des durées extrêmement longues (douze ans renouvelables pour Simiane la Rotonde et quatorze ans pour Sisteron).
101. Itas Tim fait valoir que dans les cas où l'implantation d'une infrastructure sur un terrain autre que celui de TDF n'est pas possible, toute concurrence par les infrastructures est écartée à tout le moins pour des durées extrêmement longues, sauf à ce que TDF accepte un partage du terrain.

b) Le refus opposé aux demandes d'Itas Tim d'accéder aux terrains de TDF

102. Itas Tim indique que, depuis le début de l'année 2009, les communes de Bourmont et Thiéfosse s'opposent à des déclarations préalables présentées par Itas Tim et qu'elle n'a eu d'autre choix que de demander à TDF de lui apporter des précisions sur les modalités d'hébergement de ses équipements « télévision TNT » et « radio FM » sur les sites existants de TDF.
103. Devant le refus de TDF d'héberger les offres de diffusion FM d'Itas Tim sur ses pylônes, empêchant ainsi la « mutualisation » des technologies, Itas Tim indique avoir demandé à TDF de pouvoir accéder aux terrains sur lesquels elle exploite des sites de façon générale, afin d'y installer ses propres infrastructures, ce que TDF a refusé de faire, indiquant notamment considérer que les opérateurs bénéficient d'ores et déjà « d'une forme « d'accès au foncier » via l'accès aux pylônes de TDF » et que ses offres actuelles « facilitent un accès raisonnable à [ses] terrains ».
104. Itas Tim relève également que TDF évoque des « *nécessités de coordination technique liées aux problèmes de masque (...) pouvant même rendre inutilisable tout un côté du premier pylône* », d'« *importantes questions d'exposition aux champs électromagnétiques pour les personnels opérant sur l'un des deux pylônes* » ainsi que « *d'importantes questions (...) d'assurance et de responsabilité réciproques, en cas de tempêtes ou autres risques pouvant amener la chute d'un pylône sur tout ou*

partie des infrastructures existantes ». Itas Tim indique aussi que TDF prétend que la demande d'Itas Tim se heurte à des « *questions juridiques inédites non moins complexes* » tenant à la situation de TDF sur les sites qu'elle occupe, situation propre à chaque site : « *TDF est ainsi, selon les cas, propriétaire ou titulaire d'un bail dont les clauses, notamment celles permettant ou non la sous-location, sont totalement variables d'un contrat à un autre, ou encore occupant du domaine public* ». Enfin, Itas Tim relève que TDF avance qu'accorder un bail à construire sur des terrains qu'elle exploite « *porterait directement et irrémédiablement atteinte à [ses] droits sur les biens, lesquels perdraient ainsi l'essentiel de leur valeur patrimoniale* ».

105. TDF fait valoir par ailleurs que le fait de s'implanter sur le terrain occupé par elle ne facilite en rien l'obtention des autorisations de construire un pylône, l'attribution des autorisations de construire dépendant pour l'essentiel des règles de constructibilité applicables à la zone visée par le projet et qu'ainsi, l'accès au foncier de TDF ne facilitera en rien la constructibilité d'un pylône concurrent. TDF note à ce sujet que si le terrain d'assiette du site de TDF relève d'une zone constructible, les parcelles adjacentes ou proches seront également constructibles et que, dans le cas où le terrain relève d'une zone devenue inconstructible, l'autorisation de construire ne pourra pas plus être délivrée, même sur la parcelle occupée par TDF.
106. TDF souligne également qu'Itas Tim déploie son réseau sans accéder aux terrains de TDF, ce qui montre l'absence de caractère indispensable d'un tel accès et que le développement d'Itas Tim n'a donc aucunement été freiné par le légitime refus de TDF de lui accorder un accès général à ses terrains.
107. Enfin, TDF relève que, juridiquement, le refus d'accès opposé par TDF à Itas Tim n'est en rien abusif, l'offre d'accès de TDF étant une offre d'accès sur ses pylônes, et aucunement une invitation à construire un pylône sur le terrain d'assiette de son site. TDF note par ailleurs qu'elle est titulaire d'un droit de propriété ou d'un droit de jouissance paisible sur les terrains qu'elle occupe.

E. LE DEROULEMENT DE LA PROCEDURE

108. Une séance de l'Autorité de la concurrence a eu lieu le 9 février 2010 pour examiner, d'une part, la recevabilité de la saisine au fond de la société Itas Tim, et d'autre part, le bien fondé de sa demande de mesures conservatoires.
109. A l'occasion de la présentation de son rapport oral en séance, en application de l'alinéa 1 de l'article R. 464-2 du Code de commerce, les rapporteurs, tout en donnant leur point de vue sur les deux questions mentionnées au paragraphe précédent, ont fait connaître aux entreprises concernées leur évaluation préliminaire des pratiques en cause.
110. A l'issue des débats, la société TDF a indiqué qu'elle était prête à prendre des engagements pour répondre aux préoccupations de concurrence exprimées au cours de la séance.
111. Le détail de ces engagements a été analysé par l'Autorité de la concurrence qui a considéré qu'ils n'étaient pas de nature à répondre aux préoccupations exprimées et qu'il n'était donc pas opportun de les soumettre à un test de marché.

II. Discussion

A. SUR L'APPLICABILITE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

112. Selon la communication de la Commission européenne sur les lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JOCE n° C 101 du 27 avril 2004, ci-après, les « lignes directrices sur l'affectation du commerce entre États membres »), « *les articles 81 et 82 du Traité s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives d'entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres* ». Pour être prise en compte, cette affectation doit être sensible.
113. Le Conseil de la concurrence a de même rappelé, dans ses décisions n° [06-D-09](#), n° [06-D-37](#), n° [07-D-27](#) et n° [09-MC-02](#), que trois éléments établissent que des pratiques sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce intracommunautaire : l'existence d'échanges entre États membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette possible affectation.
114. Les abus de position dominante commis sur le territoire d'un seul État membre sont susceptibles, dans certains cas, d'affecter le commerce intracommunautaire comme l'énonce le paragraphe 93 des lignes directrices sur l'affectation du commerce entre États membres, qui expose : « *lorsqu'une entreprise, qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre États membres peut normalement être affecté. En général, ce comportement abusif rendra plus difficile aux concurrents d'autres États membres la pénétration sur le marché, auquel cas les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés* ». De même, il est indiqué, au paragraphe 96, que « *lors de l'appréciation du caractère sensible, il faut également tenir compte du fait que la présence de l'entreprise dominante couvrant l'ensemble d'un État membre est susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile. Toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce. La conjonction de la position de marché et de la nature anticoncurrentielle de son comportement implique que, normalement, ces abus affectent sensiblement le commerce par leur nature même* ».
115. En l'espèce, les pratiques dénoncées, qui portent à titre principal sur des pratiques d'éviction mises en œuvre par TDF, sont susceptibles d'élever des barrières à l'entrée sur les marchés de gros des services de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique, et dès lors d'affecter le commerce intracommunautaire.
116. En l'état de l'instruction, les pratiques en cause paraissent donc susceptibles d'affecter sensiblement le commerce intracommunautaire. Elles doivent, en conséquence, faire l'objet d'une appréciation au regard non seulement du droit national, mais aussi du droit communautaire de la concurrence.

B. SUR LA DELIMITATION DES MARCHES

117. Les marchés objets de la présente décision sont le marché de gros amont des services de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique (marché dit « *de l'accès* », comprenant les prestations offertes par un hébergeur à un diffuseur) et le marché de gros aval des services de diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique (correspondant aux prestations que les diffuseurs offrent aux opérateurs de multiplex).
118. Dans son avis à l'ARCEP n° [09-A-09](#) portant sur l'analyse de marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle, l'Autorité a considéré que le marché pertinent aux fins de la régulation sectorielle, en l'espèce le marché de gros amont, proposé et retenu par l'ARCEP sur la période de son analyse (3 ans), inclut les offres de TNT et les offres potentielles de RNT, qui n'en sont qu'à un stade préliminaire de développement, et exclut les offres de diffusion en mode analogique, de diffusion de radio FM et de TMP (Télévision Mobile Personnelle). Les offres de diffusion reposant sur d'autres plateformes technologiques, à savoir le câble, l'ADSL, la fibre optique ou encore le satellite ont également été considérées comme non substituables à la technologie hertzienne. L'Autorité a également estimé que le marché était de dimension nationale, en raison de la couverture du territoire français par les infrastructures de diffusion hertzienne.
119. Au surplus, la saisine portant notamment sur la question de l'accès aux terrains sur lesquels sont implantés les pylônes de diffusion de TDF, il n'est pas exclu qu'un marché potentiel situé plus en amont, en l'occurrence un marché de l'accès aux terrains de l'opérateur historique puisse être identifié.
120. Dans l'affaire IMS Health (affaire C-418/01, IMS Health/NDC Health, Recueil 2004, p. I-5039, points 42 et 44), la Cour a jugé que pour apprécier le caractère abusif d'un refus d'accès, il convenait d'identifier un marché potentiel, voire hypothétique, constitué des produits ou services indispensables pour exercer une activité donnée : « [L]a Cour a ainsi considéré comme pertinent, aux fins de l'appréciation du caractère abusif d'un refus d'accorder l'accès à un produit ou à un service indispensable pour l'exercice d'une activité donnée, de distinguer un marché en amont, constitué par ledit produit ou ledit service, en l'occurrence le marché du service de portage à domicile des quotidiens, et un marché (dérivé) en aval, sur lequel le produit ou le service en cause est utilisé pour la production d'un autre produit ou la fourniture d'un autre service, en l'occurrence le marché des quotidiens eux-mêmes. [...]. Il apparaît ainsi, comme l'a exposé M. l'avocat général aux points 56 à 59 de ses conclusions, que, aux fins de l'application de la jurisprudence antérieure, il suffit qu'un marché potentiel, voire hypothétique, puisse être identifié. Tel est le cas dès lors que des produits ou services indispensables pour exercer une activité donnée et qu'il existe, pour ceux-ci, une demande effective de la part d'entreprises qui entendent exercer l'activité pour laquelle ils sont indispensables ».
121. Au cas d'espèce, l'Autorité constate qu'il ressort de la saisine qu'il existe une demande effective d'accès aux terrains sur lesquels sont implantés les pylônes de TDF, de la part d'Itas Tim, qui entend exercer une activité sur le marché de gros amont des services de diffusion et qui estime que l'accès à ces terrains, ou à tout le moins à certains de ces terrains, est indispensable pour exercer cette activité.

122. Il n'est donc pas exclu qu'il existe, en amont des marchés de la diffusion par voie hertzienne terrestre en mode numérique, un marché de l'accès aux terrains susceptibles d'accueillir des infrastructures permettant une telle diffusion. Dans une telle hypothèse, chaque terrain constituerait un marché pertinent.

C. SUR LA POSITION DE TDF SUR LES MARCHES CONCERNES

1. SUR LES PARTS DE MARCHÉ

123. L'ARCEP établit et publie trimestriellement un tableau de bord de la diffusion TNT qui offre une évaluation du degré de concurrence en infrastructures et en services sur le marché de la diffusion audiovisuelle numérique terrestre. Dans ce tableau de bord sont notamment calculées les parts de marché de TDF et la part de marché agrégée de ses concurrents.

124. Il ressort de la dernière publication de l'ARCEP en date du 18 décembre 2009 les chiffres suivants, par ailleurs rappelés dans l'avis de cette dernière à l'Autorité :

- a. Sur le réseau principal qui couvre a minima 80 % de la population, moins de 5,2 % des fréquences utilisées par les multiplexes historiques sont diffusées à partir de sites alternatifs à ceux de TDF, ce qui démontre la quasi-inexistence d'une concurrence par les infrastructures ;

Phase	Nombre de zones	Nombre cumulé de zones	Proportion de sites alternatifs retenus
Phase 1	17	17	5,9%
Phase 2	15	32	6,7%
Phase 3	19	51	5,3%
Phase 4	24	75	6,7%
Phase 5a	8	83	15,0%
Phase 5b	11	94	0,0%
Phase 6a	7	101	0,0%
Phase 6b	11	112	0,0%
Phases 1 à 6b			5,2%

- b. Sur le réseau complémentaire qui contribue à l'extension de la couverture à 95 % de la population, la proportion de sites alternatifs est de 15,9 % et révèle la progression de la concurrence en infrastructure. Néanmoins, TDF détient toujours une part d'environ 84 % des infrastructures de diffusion de la TNT sur l'ensemble du réseau complémentaire de la TNT.

Phase	Nombre de zones	Nombre cumulé de zones	Proportion de sites alternatifs retenus
Phase 7a1	14	14	10,0%
Phase 7a2	49	63	16,3%
Phase 7a3	8	71	0,0%
Phase 7b1	52	123	10,2%
Phase 7b2	46	169	0,0%
Phase 7c	85	254	8,0%
Phase 7d	66	320	3,0%
Phase 8a	71	391	28,0%
Phase 8b	52	443	20,0%
Phase 8c	43	486	21,0%
Phase 8d	59	545	23,0%
Phase 9a	25	570	34,0%
Phase 9b	11	581	57,0%
Phases 7a1 à 9b			15,9%

125. Ainsi, TDF détient une part de marché de l'ordre de 85 % sur le marché de gros amont de la diffusion numérique hertzienne, réseaux primaire et réseau secondaire confondus.
126. Trois types de concurrents se trouvent face à TDF. Tout d'abord TowerCast, seul véritable acteur disposant de quelques infrastructures alternatives à celles de TDF depuis le rachat par cette dernière d'Antalis et d'Emettel. De leur côté, TF1, qui a créé Onecast après le rachat d'Emettel et d'Antalis par TDF, et Canal Plus, qui s'auto-diffuse partiellement, n'ont, semble-t-il, pas la « masse critique » pour concurrencer efficacement TDF. Enfin, la société saisissante, Itas Tim semble *a priori* disposer d'un modèle économique prometteur car elle est une filiale d'un groupe actif dans la vente d'infrastructures de diffusion. L'entrée d'Itas Tim sur le marché en tant qu'opérateur d'infrastructures en novembre 2008 a été saluée par les représentants des multiplexes interrogés lors de l'instruction comme correspondant à une nette amélioration de la situation concurrentielle en termes d'infrastructures.
127. En termes de concurrence par les services, le tableau de bord établit que TDF diffuse 74 % environ des fréquences utilisées par les opérateurs de multiplexes historiques sur le réseau principal et 72 % sur le réseau complémentaire.
128. Dans son avis précité à l'Autorité, le CSA apporte des éléments de chiffrage similaires : « *Sur l'ensemble des phases de déploiement (phases 1 à 9b) et tous multiplexes confondus, la société TDF dispose d'une part de marché supérieure à 70 % des fréquences diffusées. La proportion de fréquences diffusées à partir de sites alternatifs à la société TDF est de 13,9 % sur l'ensemble des phases achevées ou en cours de réalisation.* »
129. Sur un marché amont hypothétique de l'accès aux terrains de l'opérateur historique, ce dernier est par construction en situation de monopole.

2. SUR LES BARRIERES A L'ENTREE

130. Au-delà du constat de part de marché élevée détenue par TDF, il convient de relever que les barrières à l'entrée sur le marché sont particulièrement élevées, ainsi que l'Autorité l'avait constaté dans son récent avis n° [09-A-09](#) du 17 avril 2009 précité. Les barrières tiennent moins à l'importance des investissements à envisager pour, par exemple, la construction d'un site de diffusion, qu'à la présence des fortes

contraintes liées à l'obtention des autorisations administratives qui favorisent le maintien des situations acquises.

131. La plupart des opérateurs interrogés ont d'ailleurs indiqué que les autorisations étaient de plus en plus difficiles à obtenir du fait de la prise en compte croissante de préoccupations d'ordre environnemental, urbanistique, mais également sanitaire. Ainsi, le représentant du multiplex R6 a indiqué que les contraintes administratives étaient parmi les principales barrières à l'entrée : *« En effet, les élus locaux ne sont pas toujours favorables à l'émergence de nouvelles infrastructures alors même qu'un pylône est déjà construit. [...] Récemment, l'opérateur Itas Tim a fait face à de grandes difficultés en Alsace sur l'obtention des autorisations administratives, lesquelles ont entraîné des retards d'allumage de plus d'un mois. Les élus locaux sont en effet particulièrement sensibles à l'argument visant à minimiser le nombre de points hauts. C'est également dans ce sens que nous estimons que l'accès au foncier de l'opérateur historique permettrait, en regroupant les points hauts sur un même terrain, de répondre à cette attente des élus. »*
132. De même, l'opérateur de diffusion TowerCast a indiqué : *« Les règles d'urbanisme ne permettent pas dans de nombreux cas de dupliquer les infrastructures de diffusion. Il en est ainsi des zones soumises à la réglementation spéciales (zones naturelles protégées, site classé ou inscrit, proximité d'un Monument Historique). Dans certains cas, la zone d'implantation du site historique a changé de statut, rendant toute nouvelle construction interdite : zone classée patrimoine Mondial ou UNESCO, Défense, Patrimoine National. De même, un grand nombre de collectivités refusent l'implantation de tout nouveau site de diffusion où suppriment certains sites urbains sous la pression des associations ou du principe de précaution. Nous constatons également un durcissement des règles locales retranscrites à l'occasion de la modification du PLU, résultant d'une volonté de mieux contrôler les déploiements des opérateurs mobiles. Compte tenu de l'extinction proche de la télévision analogique, le statut d'utilité publique devrait être accordé aux diffuseurs TNT afin de simplifier et réduire le temps des procédures administratives et donc de favoriser l'émergence d'infrastructures alternatives. Les problèmes techniques sont souvent liés à la nature du support dont la connaissance ne s'établit qu'en phase d'étude poussée. Cela concerne la nature du terrain pour les sites au sol, ou la structure béton (immeuble, château d'eau) lors d'implantation sur un édifice. Les problèmes administratifs sont constitués par des refus par les autorités instructrices de voir plusieurs sites sur une même zone. La pression du voisinage se fait de plus en plus fréquente dans le cadre du réseau secondaire car plus proche des zones d'habitation. Le principal risque est constitué par un recours sur les autorisations administratives, avec des motifs variables : dépréciation de leur logement, risques liés aux ondes, impact visuel ou environnemental. Les recours fructueux relayés par la presse sont un catalyseur pour ces démarches. »*
133. Sur le plan technique, a également été relevée l'existence de barrières majeures liées notamment à la « pré-orientation » des antennes des consommateurs finals : en d'autres termes, si un site alternatif est trop éloigné du site « historique », il faudrait que l'ensemble des antennes des téléspectateurs soit réorienté vers le site alternatif si celui-ci diffuse l'intégralité des chaînes, voire que les téléspectateurs disposent de deux antennes, orientées différemment, si le site historique et le site alternatif se partagent la diffusion des chaînes. Ces deux options sont difficilement envisageables dans les faits. Ainsi, d'une manière générale, un site alternatif doit être situé très près du « cône de diffusion » du site historique, si ce n'est être « colocalisé ».

134. Du fait des contraintes d'ordre administratif et technique, Itas Tim a souligné que la principale barrière à l'entrée sur le marché pour des concurrents potentiels en infrastructures était en réalité constituée par l'impossibilité actuelle d'accéder aux terrains sur lesquels sont positionnés les pylônes du réseau de TDF, et déjà desservis par les réseaux d'électricité.
135. Des opérateurs ont également ajouté que pesaient le plus souvent sur ces terrains, ou sur les terrains avoisinants susceptibles d'être utilisés par les opérateurs alternatifs, de lourdes servitudes radioélectriques « historiques », dont beaucoup ne semblaient plus opérationnellement justifiées du fait de l'évolution des technologies.
136. Ainsi, Onecast a relevé que, « *quand nous construisons une infrastructure, nous sommes soumis aux contraintes de proximité immédiate avec le pylône historique (orientation des antennes), de vérification de l'absence de servitudes autour du pylône historique. Selon notre expérience l'opérateur historique a fait parfois valoir des servitudes très anciennes n'ayant plus cours, qu'il refusait de faire lever.* » De même, TowerCast a souligné que : « *Pour certains sites, subsistent des zones de servitudes radioélectriques avec des zones d'exclusion établies par TDF lorsque ce dernier opérait en tant qu'entité de service public. Dans ces cas, toute nouvelle implantation est impossible car bien que ces activités techniques n'existent plus, les contraintes perdurent. TowerCast a déjà demandé à ce que, lorsque ces activités techniques ne sont plus exploitées par TDF, ces servitudes disparaissent. Une telle mesure de bon sens permettrait de lever simplement un des freins à la concurrence.* »
137. Au vu de l'ensemble des éléments développés ci-dessus, il y a donc lieu de considérer que TDF est susceptible de détenir une position dominante sur les marchés de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique. Sur un marché amont hypothétique de l'accès aux terrains de l'opérateur historique, TDF dispose par construction d'une position dominante.
138. Il convient à ce titre de relever, ainsi que l'Autorité de la concurrence l'a signifié dans son avis n° [09-A-09](#) précité, qu'au cours des dernières années, l'entrée d'Itas Tim n'a pas compensé l'affaiblissement de la concurrence sur les marchés de la diffusion consécutive au rachat par l'opérateur historique des sociétés Antalis, en 2006, et Emettel, en 2008.

D. SUR LES PRATIQUES DÉNONCÉES

139. L'article R. 464-1 du Code de commerce énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ». Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 du Code de commerce.

1. SUR LA QUESTION DES CONTACTS DE TDF AVEC LES COLLECTIVITÉS LOCALES.

140. Ainsi qu'il a été exposé, Itas Tim soutient sous ce point que TDF, dans le cadre d'une politique visant à limiter l'implantation d'infrastructures à proximité des

terrains qu'elle exploite, intervient de manière déloyale auprès des collectivités locales pour les dissuader d'autoriser l'implantation d'infrastructures concurrentes. Itas Tim soutient également que TDF « instrumentalise » les questions de servitudes techniques. Itas Tim soutient que les contacts que TDF a eus avec les mairies identifiées ont effectivement été de nature à peser de manière néfaste dans les décisions prises par ces dernières et avaient pour but de l'évincer.

141. S'agissant de la question générale des « messages trompeurs », les exemples donnés par Itas Tim mettent en avant le fait que TDF a effectivement eu des contacts avec un certain nombre de collectivités locales. En eux-mêmes, de tels contacts entre une entreprise et des représentants communaux n'ont rien d'anticoncurrentiels. Il en irait différemment si ces démarches, provenant d'un acteur en position dominante, étaient de nature à induire ses interlocuteurs en erreur de manière à tenter d'évincer un de ses concurrents ou pouvaient s'analyser comme des pratiques de dénigrement.
142. Dans le cas d'espèce, les éléments mis en avant par la saisissante appellent les observations suivantes.
143. Premièrement, il convient de relever qu'un certain nombre de propos de TDF, sans être mensongers, sont susceptibles d'être de nature à renforcer la réticence des maires vis-à-vis de l'implantation de nouvelles infrastructures de diffusion. Ainsi, le fait que, dans le courriel au maire de Boersch en date du 2 juillet 2009, TDF se présente comme « *un mutualiseur de sites qui met ses infrastructures à disposition des opérateurs de diffusion quel que soit le service diffusé (TV, téléphonie mobile etc.)* » est de nature à faire accroire que l'opérateur historique doit nécessairement accueillir l'ensemble des opérateurs qui en font la demande. Or, ainsi que l'ARCEP le souligne dans son avis, il apparaît que TDF ne fait pas systématiquement droit aux demandes d'accès pour des services dont la fourniture n'est pas soumise à une obligation d'accès dans le cadre d'une régulation *ex ante*, comme celle de la radio FM.
144. Deuxièmement, il apparaît qu'au-delà des contacts mis en avant par Itas Tim dans sa saisine, TDF a mis en place une politique générale de communication auprès des collectivités locales, qui, dans au moins l'un de ses volets, est susceptible d'entretenir une certaine confusion. Ainsi, dans ses observations, comme mentionné aux points 71, 72 et 74, TDF indique elle-même que, dans le cadre de ses activités, elle est amenée à avoir des contacts fréquents avec les collectivités territoriales et qu'en dehors de ces contacts réguliers, elle est très fréquemment sollicitée par les collectivités lorsqu'elles sont à la recherche d'informations sur le déploiement de la TNT. TDF indique à ce dernier titre qu'en raison du volume des demandes d'informations reçues, elle a pris l'initiative d'organiser des réunions d'information et également pris contact avec les communes sur le territoire desquelles se trouvait un de ses sites de diffusion en adressant aux maires une lettre expliquant ce qu'était la TNT, le rôle du CSA et des opérateurs de multiplex, le jeu de la concurrence. Comme déjà mentionné, la lettre annexée aux observations de TDF, précise que « *si c'est un opérateur concurrent de TDF qui est retenu, il peut se faire héberger sur le site de TDF. TDF propose en effet sur tous ses sites une offre d'hébergement accessible à tous les opérateurs techniques de diffusion* ». Or, il convient de relever que même si la lettre en question s'inscrit dans le cadre d'une information sur le déploiement de la TNT, TDF s'abstient de mentionner que ses obligations découlant de la régulation mise en place par l'ARCEP ne vise pas les autres technologies, comme la FM. Cette lettre pourrait ainsi laisser accroire aux collectivités locales, par omission, que la régulation s'étend à l'ensemble des systèmes de diffusion.

145. Troisièmement, comme déjà évoqué, il convient également de souligner que les actions de communication de TDF interviennent dans un contexte de faible degré de transparence du marché, découlant notamment de l'existence de nombreuses contraintes administratives et techniques. Il ressort de l'instruction que les maires et les conseils municipaux n'ont qu'une connaissance très parcellaire du déploiement de la TNT mais surtout des détails de la régulation mise en place par l'ARCEP. Ainsi, la plupart des maires interrogés ont indiqué qu'ils ne recevaient que des informations très générales sur la TNT, provenant en partie des opérateurs eux-mêmes. Ainsi, la communication auprès des élus revêt-elle une importance majeure dans un environnement technique complexe comme celui du déploiement de la TNT et de l'extinction programmée de la diffusion analogique. Dans un tel contexte, les interventions de TDF revêtent ainsi un caractère particulièrement sensible. A ce titre, un opérateur, Onecast, a indiqué lors de l'instruction que « *TDF utilise régulièrement sa position dominante et son ancien statut de service public pour discréditer les diffuseurs alternatifs auprès des autorités locales empêchant ainsi l'obtention des autorisations de construire. [...] Dans une période où le développement durable et la préservation de l'environnement font l'actualité permanente, les élus locaux rechignent à donner des autorisations, d'autant que TDF vient rappeler systématiquement qu'ils sont en mesure d'héberger les autres diffuseurs.* »
146. Quatrièmement, au-delà des questions de régulation, il découle de l'instruction que la mauvaise information des communes est également patente en matière technique, s'agissant notamment de la question des servitudes radioélectriques. Il convient de rappeler que TDF bénéficie d'environ 2 300 servitudes prises par décret sur près de 1 100 sites de diffusion. Ces servitudes sont de deux types : les servitudes de protection des centres radioélectriques d'émission et de réception contre les obstacles, dites « PT2 », d'une part, et les servitudes de protection des centres de réception radioélectriques contre les perturbations électromagnétiques, dites « PT1 », d'autre part. Ainsi que l'ARCEP l'a noté dans son avis précité, il apparaît qu'en pratique, certains maires se tournent vers TDF lorsqu'ils reçoivent une demande d'autorisation d'implantation d'infrastructures alternatives, afin de recueillir son avis sur la compatibilité du projet avec la ou les servitudes dont elle bénéficie. Les représentants de l'ANFR ont de même indiqué lors de l'instruction qu'il était « *logique qu'un maire se tourne vers, par exemple, TDF, car cette dernière société est gestionnaire de la servitude.* » Or, cette « consultation » de TDF ne répond à aucune obligation légale et toute communication ambiguë de sa part sur ce sujet est de nature à faire accroire aux représentants des collectivités locales que l'opérateur historique doit être systématiquement consulté en cas de projets d'implantation d'infrastructures alternatives à proximité de ses sites. Dans son avis, l'ARCEP souligne enfin que ce type de communication « *désincite les maires à autoriser l'implantation d'infrastructures alternatives* ».
147. Dans sa récente décision n° [09-D-14](#) du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité, l'Autorité relève que « *GEG jouissait à l'époque des faits, en raison de son ancienneté comme entreprise gazière et électrique de Grenoble, d'une forte notoriété. L'appel à la vigilance qu'elle adressait à « ses clients » ne pouvait que persuader ceux-ci de la réalité du « danger prétendu » qui les menaçaient, en raison de la confiance qu'ils accordaient au fournisseur historique.* » Dans cette même décision, l'Autorité poursuit en soulignant que « *[l]’ouverture du marché était très récente et l’organisation nouvelle de ce marché était très mal connue des intéressés. Le discours véhiculé par GEG était de*

nature à avoir un fort impact sur des clients professionnels ignorants du nouveau cadre réglementaire. GEG s'est présenté comme le juge des aptitudes du nouveau concurrent à l'exercice de l'activité de fournisseur, alors qu'il résulte du décret n° 2004-388 du 30 avril 2004 que l'activité d'achat d'électricité pour revendre aux clients éligibles est soumise à déclaration auprès du ministre chargé de l'énergie et que seul celui-ci peut s'opposer à l'exercice de cette activité par le déclarant. »

148. Au cas présent, il convient de relever que les exemples de difficultés mis en avant par Itas Tim dans sa saisine ont finalement été résolus, comme dans les cas des communes de Boersch, Bagnole de l'Orne, Châteauneuf du Faou ou de Plaine. Il ne peut non plus être fait grief à TDF de la décision de certains maires de refuser l'implantation de pylônes alternatifs pour des raisons de préservation du paysage, comme dans le cas de la commune de Mitzach. S'agissant du cas de la commune de Bastide du Sérou évoqué par la saisissante, il ne semble pas au cas d'espèce que le courrier de TDF du 22 avril 2009 par lequel elle refuse à Itas Tim l'accès au branchement demandé par cette dernière puis le retard, mis en avant par Itas Tim, dans l'envoi de son accord formel confirment à suffisance de droit l'existence d'une pratique dilatoire. De même, s'agissant du cas de la commune de Château-Gontier, il ne semble pas que le fait que TDF ait présenté un document ancien faisant apparaître son précédent statut d'établissement public de l'Etat puisse caractériser une quelconque pratique.
149. Cependant, il ne peut être exclu que, d'une manière générale, les interventions de TDF auprès des collectivités locales, notamment celles effectuées dans le cadre d'une communication générale, comme dans le cas de la « lettre-type », aient pu faire accroire aux maires que les projets d'implantation d'infrastructures concurrentes, comme celles d'Itas Tim, étaient inutiles du fait de la régulation mise en place par l'ARCEP. En effet, par des informations incomplètes, TDF s'abstient notamment de mentionner que ses obligations ne visaient que la technologie TNT, et non, par exemple, la FM.
150. Par ailleurs, s'agissant des questions de servitudes radioélectriques, il n'est pas exclu que les interventions de TDF, acteur historique, aient pu contribuer aux réticences de certaines communes à donner des autorisations d'implantation d'infrastructures alternatives.
151. Il convient enfin de relever que ces interventions se sont produites dans un contexte de méconnaissance, de la part des maires, des conditions précises du déploiement de la TNT. Si les informations communiquées par TDF aux collectivités locales ont pu, le cas échéant, être ambiguës, ou à tout le moins parcellaires, la mauvaise information en amont des collectivités locales n'a pu que contribuer à entretenir les incompréhensions ou malentendus qui ont entravé Itas Tim dans sa stratégie de développement de la concurrence par les infrastructures.
152. En conclusion, l'instruction devra rechercher si la diffusion par TDF auprès des collectivités locales d'un certain nombre d'informations partielles, tronquées ou biaisées, dans la mesure où cette diffusion aurait conduit à l'éviction de son concurrent Itas Tim sur le marché amont, soit susceptible de constituer un abus de position dominante.

2. SUR LA QUESTION DE L'ACCES AUX TERRAINS OCCUPES PAR TDF EN VUE D'Y INSTALLER DES INFRASTRUCTURES ALTERNATIVES

153. Selon la saisissante, le terrain est le seul élément non répliquable d'un site de diffusion, tous les autres éléments (pylône, équipement, *shelter* etc.) pouvant être reproduits sauf quelques cas exceptionnels, comme le cas de la Tour Eiffel. Itas Tim considère ainsi que les terrains sur lesquels sont implantés les sites de diffusion de TDF constituent des facilités essentielles chaque fois qu'aucun terrain équivalent n'est accessible, notamment en cas de refus d'autorisation des collectivités locales. A ce titre, Itas Tim relève que l'ARCEP considère que le refus de permis de construire un nouveau pylône sur une zone donnée confère à un site un caractère non-répliquable et donc incontournable. Itas Tim fait ainsi valoir qu'en refusant l'accès à ses terrains sur toutes les zones sur lesquelles aucune autorisation d'implantation d'infrastructure concurrente ne peut être obtenue, TDF est en mesure d'éliminer toute concurrence sur le marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre numérique, seule TDF pouvant proposer une prestation d'hébergement à ses concurrents.
154. Itas Tim indique qu'aucune raison objective ne peut justifier le refus de TDF. S'agissant tout d'abord de la position de TDF selon laquelle les opérateurs bénéficient d'ores et déjà d'une forme d'accès au foncier via l'accès aux pylônes de TDF, Itas Tim souligne qu'il est impossible de comparer l'accès à un pylône existant et l'édification d'un nouveau pylône. Selon Itas Tim, tant du point de vue technique (charge admissible par le pylône, situation des antennes etc.) qu'économique (refus de mutualisation, poids financier de l'hébergement qui peut représenter 65 % voire 75 % du chiffre d'affaires généré), l'hébergement sur le pylône de TDF ne s'avère pas viable et seule la mise en place d'un pylône permet de concurrencer efficacement l'opérateur historique. Pour Itas Tim, de plus, les nécessités de coordination technique liées aux problèmes de masque évoqués par TDF peuvent être résolues sans difficulté, par le biais par exemple d'une simple étude d'implantation et de positionnement. Itas Tim souligne à ce sujet que dans les cas où un opérateur installe un pylône à proximité de celui de TDF, mais sur une parcelle contiguë, cette dernière n'a jamais soulevé de problème de masque. Itas Tim relève enfin que les risques de chute de pylônes et de perturbation des signaux, invoqués par TDF, sont contredits par ses propres pratiques, TDF ayant implanté sur certains sites un, voire deux, pylônes à proximité de son premier pylône.
155. Ainsi, Itas Tim estime que la pratique de TDF de refuser systématiquement un accès à son terrain pour l'implantation d'infrastructures concurrentes est constitutive d'un abus de position dominante.
156. A titre préliminaire, les remarques formulées par la saisissante appellent les observations suivantes.
157. Premièrement, il convient de relever que le calendrier du CSA pour le déploiement de la TNT est particulièrement serré et constitue une barrière importante à l'entrée de nouveaux acteurs. Ce facteur a été mis en avant par plusieurs opérateurs interrogés durant l'instruction. Ainsi, le représentant du multiplex R1 a indiqué : « *D'une façon générale le calendrier de déploiement et la quantité de sites à installer oblige les petits opérateurs à faire des choix tant au niveau des études qu'ils peuvent réaliser, qu'au niveau des réalisations qu'ils sont capables de mener.* ». De même, le représentant du multiplex R6 a souligné que « *depuis fin 2009 et l'extension de la TNT corrélée avec l'extinction de l'analogique, il devient nécessaire d'attacher la*

plus grande vigilance au respect des échéances sur lesquelles sont construits tous les calendriers (CSA, GIP) ». TowerCast a précisé de son côté que « le calendrier actuel impose des cycles de production inférieurs à 6 mois et donc expose fortement les opérateurs alternatifs. [...] Le calendrier réglementaire de la construction et les délais associés (pour obtenir un terrain, réaliser les études et obtenir un permis de construire purgé de tout recours) sont en général de longue durée. De telles infrastructures requièrent un délai d'au moins 12 mois pour être réalisées sur le réseau secondaire. Un tel délai de construction est très difficilement compatible avec le calendrier de déploiement de la TNT mis en œuvre par le CSA, calendrier qui a fortement tendance à s'accélérer avec le calendrier d'arrêt de l'analogique. Pour qu'une concurrence par les infrastructures soit réalisable à grande échelle en respectant les délais réglementaires de construction, ce dont les concurrents ne peuvent s'abstraire, il faut soit modifier les délais réglementaires de construction, soit ralentir le calendrier de déploiement pour le rendre compatible avec les contraintes réglementaires en matière d'urbanisme. » En effet, les derniers sites du réseau principal doivent être mis en service au cours de l'année 2010. De nombreux sites du réseau complémentaire, accueillant trois ou cinq multiplexes selon les obligations ou engagements de couverture pris par les éditeurs, le seront pendant toute l'année 2010 et les huit premiers mois de l'année 2011. Ainsi, la grande majorité des sites du réseau complémentaire doit être mise en activité au moins trois mois avant la date de passage complet à la TNT. Il en découle que presque tous les contrats entre opérateurs de multiplex et diffuseurs techniques seront conclus d'ici au premier semestre de l'année 2011 en raison des contraintes d'appels d'offres et de mise en service des émetteurs.

158. Deuxièmement, il convient de souligner la relative « fragilité » des acteurs alternatifs, et d'Itas Tim en particulier, face à TDF. L'instruction a en effet montré que si Itas Tim constituait un acteur crédible et jouait un rôle bénéfique dans la dynamique concurrentielle, sa taille ne lui permettait pas encore de faire contrepoids face à l'opérateur historique. Ainsi, le représentant du multiplex R2 (NTM) a indiqué au cours de l'instruction que : *« Itas Tim est la seule société à ce jour à proposer quasi-exclusivement des sites non construits au moment du choix des diffuseurs. Lors des premiers appels d'offres, l'absence de sites existants, ainsi que le manque de pérennité offerte par cette société sur son activité de diffusion, ont incité le multiplex R2 à la prudence quant à ses attributions de sites à Itas Tim : NTN a donc confié à Itas Tim des sites de petite catégorie, pour lesquels un retard éventuel n'aurait prêté qu'à peu de conséquences. »* De même, un autre opérateur, le multiplex R1, a souligné que *« seules des entreprises de petite taille ont proposé des offres alternatives et représentent le principal levier, au côté des décisions de régulation, pour maîtriser en partie le coût de fonctionnement des réseaux. Itas Tim est le seul concurrent de TDF à réellement rechercher et proposer des sites alternatifs aux sites TDF. [...] Des limites toutefois : la taille de ces entreprises ne leur permet pas de répondre à tous les appels d'offres, compte tenu de la lourdeur des études à réaliser et du calendrier de déploiement, leur capacité de réaction en cas de problème grave n'est pas démontrée. »* Le représentant du multiplex R6 a souligné quant à lui : *« Suite au rachat par TDF de la société Emmettel en 2008, l'intensité concurrentielle du marché de la diffusion s'est trouvée fortement affaiblie. L'arrivée sur le marché de la société Itas Tim a permis de renforcer la concurrence sans pour autant que celle-ci soit aujourd'hui pleinement satisfaisante. [...] Néanmoins, compte tenu du volume de sites restant à déployer (1 000 sites d'ici le 30 novembre 2011); il s'avère très difficile pour un opérateur de cette taille d'apporter aux opérateurs de multiplex*

des solutions alternatives à l'opérateur historique sur tous les sites. [...] Les propositions formulées par ITAS TIM permettent enfin de mettre en exergue le caractère excessif des tarifs de TDF. Nous constatons en effet que les tarifs proposés par Itas sont jusqu'à plus de 50 % inférieurs à ceux de TDF, alors même qu'il s'agit d'infrastructures nouvelles, non amorties et souvent moins mutualisées. »

159. Troisièmement, il ressort clairement de l'instruction que, pour qu'un site alternatif soit viable, il convient qu'il soit installé à proximité immédiate du site historique, c'est-à-dire « colocalisé », afin d'éviter la réorientation des antennes des téléspectateurs. Ainsi, le représentant du multiplex R2 a indiqué au cours de l'instruction que : « *En TNT, les opérateurs alternatifs sont souvent contraints dans l'implantation de nouvelles structures par le critère important de colocalisation avec le site historique de diffusion analogique. Un site trop éloigné du site de TDF risque de pénaliser fortement l'opérateur tiers dans les études techniques (problème d'initialisation).* » Lors de l'instruction, l'opérateur en infrastructures towerCast a également relevé qu'« *il est important de noter que les critères d'éligibilité imposés par le CSA pour la recevabilité des dossiers de diffusion rendent de plus en plus difficile le recours à des sites alternatifs, même sur-performants, lorsque ces derniers ne sont pas colocalisés. Dans le cas contraire, cela imposerait de nombreuses réorientations d'antennes, processus long qui n'est pas compatible avec le calendrier d'extinction de l'analogique. Dans le cas des infrastructures alternatives, la proximité de l'infrastructure alternative vis-à-vis du site TDF reste bien souvent un critère prépondérant dans l'attribution des marchés, compte tenu de l'initialisation des antennes vers le site historique et avant le prix proposé. Certains opérateurs de multiplexe tendent également à considérer systématiquement que les notes en technique et en maintenance seront inférieures pour une réponse sur un site alternatif par rapport à une proposition faite sur la base du site TDF historique.* » De même, les représentants de l'ANFR confirment que « *L'importance de la proximité d'un site alternatif par rapport au site historique tient techniquement à la problématique des antennes de réception* ». Enfin, dans son avis susvisé, l'ARCEP souligne les « *barrières à l'entrée liées à la pré-orientation des antennes des foyers de la zone vers le site de diffusion analogique historique de TDF* ».
160. Quatrièmement, l'instruction a montré que, contrairement à ce que soutient TDF dans ses observations, l'installation d'un pylône à proximité de son site n'entraînait pas de difficultés insurmontables, hors la problématique de l'accès au foncier. Interrogés sur les conséquences pratiques de l'implantation d'un site nouveau dans une zone soumise à des servitudes, les représentants de l'ANFR ont indiqué : « *Pour les opérateurs et MUX, sous réserve d'une étude de compatibilité (accord ou avis COMSIS), il n'y a aucune répercussion si ce n'est une solution alternative pour les opérateurs à la recherche d'un site d'émission. Pour les consommateurs, il n'y a pas de conséquences non plus. La conséquence pratique ne concerne finalement que le bénéficiaire de la servitude qui risque de perdre une partie du « potentiel » de son site en termes de couverture, sous réserve de l'étude de compatibilité.* » Les représentants de l'ANFR ont ajouté : « *En terme radioélectrique, le risque de perturbation est toujours plus important en situation de découplage horizontal (stations à proximité l'une de l'autre sur infrastructure différente) qu'en découplage vertical (stations les unes au dessus des autres sur la même infrastructure). Ces risques sont calculables et le plus souvent maîtrisables mais cela a un coût. En fait, ce n'est pas tant le projet de duplication du pylône qui pose problème que les caractéristiques techniques de l'implantation (fréquences, puissance, hauteur). Il y a*

*toujours des solutions techniques en matière de duplication (mais le coût peut être élevé). » Ces mêmes représentants de l'ANFR, à l'appui de leurs observations, ont fourni un exemple montrant que TDF elle-même dispose d'infrastructures très proches, ce qui démontre qu'il n'y a pas d'obstacle technique majeur à installer deux pylônes à proximité l'un de l'autre. Enfin, il convient de signaler que la question de la légalité ou des modalités d'abrogation des servitudes de protection radioélectriques est abordée par un groupe de travail *ad hoc* sous l'égide de l'ANFR. Selon l'avis de l'ARCEP, si TDF devait continuer à bénéficier de servitudes sur un site donné, celles-ci pourraient être considérées comme constituant des barrières à l'entrée supplémentaires, susceptibles de constituer un paramètre d'analyse additionnel lors de la révision annuelle par l'ARCEP de la liste des sites non répliquables définie en annexe de la décision n° 2009-0484 précitée.*

161. Cinquièmement, il ressort également de l'instruction que la possibilité, pour un opérateur en infrastructure, de mutualiser des services de diffusion, est un facteur déterminant pour faire contrepoids en termes économiques à l'acteur historique. Le représentant du multiplex R1 a ainsi relevé : *« Le nombre de multiplexes intervient directement sur le prix et la rentabilité d'un nouveau site, une partie des équipements étant mutualisable entièrement (antennes, pylônes...) ou en partie (MUX RF, refroidissement...). Les prix proposés par ceux-ci constituent un pari commercial, puisqu'ils intègrent une certaine mutualisation des coûts répartie sur plusieurs clients. »* Le représentant du multiplex R6 a indiqué : *« la société TDF se retrouve sans concurrence sur 60 % des sites et dispose donc sur ce périmètre d'une garantie de mutualisation totale (5 multiplex). Cela lui permet de considérer à moindre risque un taux de mutualisation plus élevé. Au contraire, une société alternative peut difficilement espérer une telle garantie. Malgré cela, nous observons que les tarifs proposés par la concurrence sur la part hébergement sont très compétitifs par rapport à l'opérateur historique. »* De son côté, Onecast a indiqué, s'agissant des MUX : *« Sur le réseau secondaire, le manque de potentiel de mutualisation [a fait que] les offres Onecast ne sont pas attractives et Onecast a dû se retirer de ce segment de marché. [...] plus un opérateur héberge de multiplexes et de clients dans d'autres systèmes de diffusion (radio, GSM, etc.,...), plus il amortit ses coûts et plus il peut proposer des prix attractifs. L'absence pour Onecast de cette possibilité de mutualisation sur le réseau secondaire nous exclut de fait de ce marché »*. TowerCast a enfin souligné que : *« il n'y a aujourd'hui aucune rentabilité économique à exploiter un site TNT du réseau secondaire avec moins de 3 fréquences diffusées par un même opérateur pour un même site. [...] Concernant les infrastructures alternatives du réseau secondaire et compte tenu du niveau de prix du marché, le fait de pouvoir héberger et diffuser TNT et FM sur un même site est un pré requis incontournable pour towerCast pour qu'un site alternatif soit proposé sur le marché TNT à un tarif d'accès site compétitif à celui de TDF. Le fait de mutualiser les marchés FM et TNT sur une infrastructure alternative permet d'assurer une rentabilité économique suffisante au regard des investissements réalisés. »*
162. En préambule, il convient de rappeler que les terrains sur lesquels TDF déploie des infrastructures de radiodiffusion n'entrent pas dans le champ d'application des dispositions des articles L. 32 (8°) du code des postes et des communications électroniques et 2 de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, lesquelles définissent ce que recouvre la notion « d'accès ». Ainsi, les compétences de l'ARCEP, notamment en

termes d'obligations pouvant être imposées dans le cadre d'une analyse de marché, sont circonscrites aux questions d'accès ou d'interconnexion. C'est pourquoi la question d'obliger ou non TDF à faire droit aux demandes raisonnables d'accès à ses terrains formulées par des diffuseurs tiers n'a pas été abordée lors de la révision du cadre réglementaire applicable à TDF, finalisée par la décision n° 2009-0494 susvisée. En ce sens, l'article 3 de la décision précitée prévoit que l'obligation d'accès imposée à TDF « *vise en particulier l'accès aux bâtiments et pylônes de TDF d'une part, et l'accès à sa chaîne de diffusion d'autre part* ».

163. Pour autant, le foncier est un élément objectivement nécessaire d'un site pylône et la détention ou l'occupation d'un terrain *ad hoc* est un élément nécessaire, quoique non suffisant, à un opérateur qui souhaite être actif sur le marché amont de la diffusion. Dans son avis n° [02-A-04](#) du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par TDF d'un ensemble de pylônes de la société Bouygues Télécom, le Conseil de la concurrence a défini les caractéristiques techniques des sites pylônes, en relevant qu'un site pylône est constitué de plusieurs éléments qui sont : (i) « *le terrain sur lequel est situé le pylône et pour lequel l'occupant bénéficie d'un droit d'occupation du sol. Ce terrain peut faire partie du domaine public ou privé d'une collectivité ou appartenir à un propriétaire privé. Dans tous les cas, ce droit d'occupation du sol se concrétise par une autorisation du propriétaire (contrat de bail, convention d'occupation du domaine public etc.) ; (ii) les infrastructures destinées à accueillir les antennes qui sont composées du pylône, de la dalle, de la clôture et du local technique ; (iii) les équipements liés aux infrastructures [...] ; (iv) le [...] local [...] destiné à accueillir les baies radio des opérateurs* ».
164. Récemment, dans sa décision n° [09-D-29](#) du 31 juillet 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Euris, l'Autorité a rappelé que dans certaines circonstances, « *le fait pour les propriétaires ou gestionnaires d'un équipement qui leur donne une position particulière en tant qu'offreur sur le marché, de refuser l'accès ou de donner un accès discriminatoire à cet équipement, constitue un abus de position dominante sans qu'il soit utile d'invoquer la théorie des facilités essentielles* ». Dans cette même décision, l'Autorité a relevé que « *pour qu'un refus de fournir à un concurrent des marchandises ou des services nécessaires à l'exercice de ses activités soit reconnu comme abusif, il faut notamment que ce refus soit de nature à éliminer toute concurrence et qu'il ne puisse être objectivement justifié* ».
165. La Commission européenne considère dans ses orientations pour l'application de l'article 102 TFUE (Communication de la Commission 2009/C 45/02, JOUE C 45/7 du 24.2.2009, ci-après « Orientations de la Commission ») que les refus d'accès sont susceptibles d'être abusifs si les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :
- « [...] - *le refus porte sur un produit ou un service qui est objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur un marché en aval,*
- *le refus est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché en aval, et*
- *le refus est susceptible de léser le consommateur* » (point 81).
166. Pour apprécier le caractère nécessaire de l'accès, le point 83 des Orientations de la Commission précise qu'il convient de déterminer « *si des concurrents pourraient reproduire efficacement l'intrant fabriqué par l'entreprise dominante dans un avenir prévisible. Par "reproduction", on entend la création d'une autre source*

d'approvisionnement efficace capable de permettre aux concurrents d'exercer une pression concurrentielle sur l'entreprise dominante sur le marché en aval ».

167. Sur l'élimination d'une concurrence sur le marché en aval, le point 85 des Orientations de la Commission précise *« le refus d'une entreprise dominante de fournir un intrant indispensable est, en règle générale, susceptible d'éliminer, immédiatement ou à terme, toute concurrence effective sur le marché en aval. Cette probabilité est souvent d'autant plus grande que la part de marché que détient l'entreprise dominante sur le marché en aval est élevée, que les contraintes de capacité auxquelles elle est soumise par rapport à ses concurrents sur le marché en aval sont faibles, que la substituabilité entre ses produits et ceux de ses concurrents sur le marché en aval est étroite, que la proportion de concurrents affectés en aval est importante et que la probabilité que la demande qui pourrait être satisfaite par les concurrents évincés soit détournée au profit de l'entreprise dominante est élevée ».*
168. Sur la notion d'élimination de toute concurrence effective, le TPICE a précisé la notion d'élimination de la concurrence effective en ces termes : *« il n'est pas nécessaire de démontrer l'élimination de toute présence concurrentielle sur le marché. Ce qui importe, en effet, aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 82 CE, c'est que le refus en cause risque de, ou soit de nature à, éliminer toute concurrence effective sur le marché. Il y a lieu de préciser, à cet égard, que le fait que les concurrents de l'entreprise en position dominante restent présents de manière marginale sur certaines « niches » du marché ne saurait suffire pour conclure à l'existence d'une telle concurrence »* (Affaire T-201/04, 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, Recueil 2007, p. II-3601, point 563).

a) Un accès objectivement nécessaire

169. Au cas d'espèce, il ne peut être exclu que les conditions précitées soient réunies, à tout le moins s'agissant de certains des sites exploités par TDF.
170. Pour concurrencer TDF par les infrastructures, et pour exercer une concurrence efficace sur le marché amont de la diffusion audiovisuelle, il est en premier lieu nécessaire de disposer d'un terrain en « co-localisation » de celui de TDF, c'est-à-dire suffisamment proche de celui-ci pour que la diffusion à partir de ce site alternatif ne nécessite pas de réorientations d'antennes ou l'installation d'une seconde antenne par les téléspectateurs. De tels terrains existent dans de nombreuses communes : ainsi que le relève TDF *« la quasi-totalité des 41 sites [qu'ITAS Tim] a installés à ce jour sont placés à côté de ceux de TDF sans être implantés sur la parcelle occupée par TDF »*. De même, le CSA souligne dans son avis précité qu'une éventuelle obligation imposée à TDF de donner à ses concurrents accès à ses propres terrains doit être appréciée en tenant compte de *« l'existence de terrains adjacents permettant aux diffuseurs alternatifs d'implanter leurs infrastructures »*.
171. Il ne peut être toutefois exclu que, sur certains sites, de tels terrains adjacents ne soient pas disponibles et qu'il n'existe, en pratique, aucune alternative au terrain occupé par TDF.
172. Une autre condition nécessaire est de disposer d'une autorisation du maire de la commune pour construire un pylône alternatif à celui de TDF. Cette barrière réglementaire ne serait pas éliminée par une obligation d'accès qui serait imposée à TDF. Mais le fait d'être installé sur le site de TDF peut contribuer à surmonter les

réticences des maires à ne pas s'opposer à une construction de pylône alternatif. Ainsi que le relève le multiplexe R6 : « *Les élus locaux sont en effet particulièrement sensibles à l'argument visant à minimiser le nombre de points hauts. C'est également dans ce sens que nous estimons que l'accès au foncier de l'opérateur historique permettrait, en regroupant les points hauts sur un même terrain, de répondre à cette attente des élus.* »

173. Il ne peut dès lors être exclu que, dans certaines communes, le regroupement des pylônes sur un même site soit de nature à permettre de surmonter une opposition du maire à l'érection d'un second pylône.
174. Il apparaît ainsi que, dans certaines circonstances, l'accès au foncier détenu ou occupé par TDF peut être objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur le marché de gros amont de la diffusion.
175. Le caractère nécessaire de l'accès doit cependant s'apprécier au cas par cas, site par site, et ne saurait en tout état de cause concerner l'ensemble des sites de TDF.

b) Un refus d'accès susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective

176. Sur le fait que le refus d'accès est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché de gros amont de la diffusion, TDF fait valoir que « *dans les hypothèses tout à fait exceptionnelles [...] où Itas Tim n'aurait pas la possibilité de construire un pylône sur un terrain adjacent à celui de TDF mais aurait pu obtenir une autorisation de construire sur le terrain de TDF, elle n'est pas pour autant empêchée d'exercer son activité puisqu'elle peut utiliser les pylônes de TDF à des tarifs régulés dans le cadre de l'obligation réglementaire d'accueil imposée à cette dernière* ».
177. Il convient de rappeler que, si l'ARCEP a imposé une obligation d'accès aux infrastructures de TDF et imposé que les offres d'hébergement sur les sites dits répliquables aient des tarifs non excessifs et de non éviction, c'est dans l'objectif d'inciter les opérateurs alternatifs à dupliquer les infrastructures de TDF, sans néanmoins résoudre, comme l'ARCEP le mentionne dans son avis, la question de l'accès aux terrains de TDF qui se trouve hors de son champ de compétence. En revanche, l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts a été imposée pour les offres d'hébergement sur les sites dits non répliquables, de façon à encourager la concurrence en service sur le marché aval lorsque celle par les infrastructures n'est a priori pas envisageable sur le marché amont.
178. Dans sa décision n° [00-MC-01](#), le Conseil de la concurrence avait considéré qu'une offre de revente en gros d'un service maîtrisé de bout en bout par France Télécom, dite IP/ADSL, n'était pas équivalente à une offre d'accès à la boucle locale ou au « circuit virtuel permanent », permettant aux concurrents de l'opérateur historique d'exploiter leur propre infrastructure et de développer une concurrence par les services : « *l'offre de revente IP/ ADSL présentée par France Télécom ne permet aux opérateurs tiers d'accéder au marché qu'en tant que distributeurs du service de France Télécom, et non comme fournisseurs de leurs propres services, et ne leur permet de maîtriser ni leurs coûts ni leurs marges [...]* Considérant ainsi que *l'attitude dilatoire de France Télécom est susceptible d'avoir pour objet et pour effet de limiter la concurrence à la seule commercialisation des services que cette société*

produit et d'empêcher le développement de la concurrence sur les services, dans un contexte où celui-ci repose largement sur l'accès à la boucle locale ».

179. Ainsi, de façon générale, l'hébergement sur un pylône de TDF permet à un opérateur tiers de concurrencer l'opérateur historique sur le marché de gros aval de la diffusion, mais ne constitue aucunement une réponse suffisante à la question du développement d'une concurrence efficace sur le marché amont de la diffusion, en d'autres termes d'une concurrence par les infrastructures.
180. Au surplus, abondant dans le sens du caractère « nécessaire » de l'accès au foncier, si une offre d'hébergement permet à un opérateur d'intervenir en tant qu'offreur sur le marché de gros aval de la diffusion, elle ne constitue pas une source d'approvisionnement efficace capable de permettre aux concurrents d'exercer une pression concurrentielle sur le marché de gros amont de la diffusion audiovisuelle.
181. Au cas d'espèce, TDF détient une part de marché de l'ordre de 85 % sur le marché de gros amont de la diffusion numérique hertzienne, réseau primaire et réseau secondaire confondus. Elle ne subit pas de contrainte de capacité dans la mesure où elle dispose d'un réseau de pylônes maillant l'ensemble du territoire. Ses offres sur le marché de gros amont de la diffusion constituent des substituts très proches de ceux de ses concurrents actuels ou potentiels. Par conséquent, la probabilité que TDF capte sur ses pylônes la quasi-totalité de la demande s'adressant à ses concurrents dans l'impossibilité de construire des infrastructures alternatives est très forte.
182. Ainsi, le refus d'accès aux terrains de TDF conduirait à éliminer toute concurrence par les infrastructures dans la zone concernée et à affaiblir la concurrence sur le marché national, dans la mesure où aucun opérateur ne pourrait être en mesure, quels que soient ses efforts et ses mérites, de proposer un réseau de pylônes comparable à celui de TDF.
183. Au cas d'espèce, il n'est pas exclu que le refus d'accès empêche les concurrents d'exercer une concurrence effective sur le marché de gros amont en se trouvant sur un pied d'égalité avec l'opérateur historique et qu'ils demeurent de ce fait cantonnés, comme c'est le cas aujourd'hui, à une présence marginale à la frange concurrentielle du marché.
184. Le refus d'accès peut par conséquent être regardé comme susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché de gros amont de la diffusion hertzienne numérique.

c) Un refus susceptible de porter atteinte aux consommateurs intermédiaires

185. On rappellera au préalable que « *dans le cadre du droit de la concurrence, la notion de "consommateurs" englobe les consommateurs intermédiaires et les consommateurs finals* »¹.
186. L'ARCEP relève dans son avis précité que « *l'accès aux terrains occupés par les infrastructures de TDF apparaît de nature à faciliter le développement de la concurrence en infrastructures sur le réseau complémentaire de la TNT* ». Le refus

¹ Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations non-horizontales (JOUE n° C 265 du 18/10/2008 p. 0006 – 0025). Voir également l'article 2, paragraphe 1, point b), du règlement (CE) n° 139/2004 sur les concentrations et point 84 de la communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97)

d'accès est donc susceptible de léser les consommateurs intermédiaires que sont les opérateurs de multiplexes.

187. De même, le CSA note dans son avis précité que *« la construction d'un site propre permet au diffuseur alternatif de maîtriser les coûts de l'ensemble de la chaîne. De ce fait, il est en mesure de faire bénéficier ses clients de tarifs plus bas »*.
188. À ce titre, Itas Tim relève dans sa saisine que *« pour un opérateur alternatif, il n'existe pas d'intérêt économique réel à s'héberger chez TDF, car la rémunération de cet hébergement implique le reversement moyen de 65 à 75 % du chiffre d'affaires de l'opérateur alternatif au profit de TDF. L'opérateur alternatif devient alors un simple « collecteur de redevance » au profit de TDF et la création de valeur est limitée à la diffusion électronique qui génère peu de revenus et surtout qui ne permet pas de réduire substantiellement le prix final payé par le multiplexe »*.
189. Selon le CSA, les bénéficiaires associés à la duplication d'infrastructures pour les clients intermédiaires sont susceptibles de se diffuser vers le consommateur final : *« Cette baisse aurait notamment pour conséquence, d'une part, de faciliter l'extension de la couverture de la TNT jusqu'à 95 % de la population, conformément à la loi et, d'autre part, de dégager des ressources financières pour accroître l'investissement dans les programmes »*.
190. Selon les orientations de la Commission, *« pour déterminer l'incidence probable d'un refus de fourniture sur le bien-être des consommateurs, la Commission examinera si, de leur point de vue, les conséquences vraisemblablement négatives de ce refus sur le marché en cause l'emportent à terme sur les conséquences négatives de l'imposition d'une obligation de fourniture »* (point 86).
191. Les conséquences négatives du refus d'accès sur le consommateur sont dès lors présumées dans l'hypothèse où aucune conséquence négative ne résulterait d'une obligation d'accès. Or, ainsi qu'exposé infra, il n'est pas exclu que tel soit le cas en l'espèce.
192. En conclusion, il n'est pas exclu que l'accès à certains des terrains occupés par les infrastructures de TDF soit objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur le marché de gros amont de la diffusion hertzienne numérique. Un refus d'accès à ces terrains serait alors susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur ce marché, au détriment des consommateurs intermédiaires.

d) La probabilité d'une éviction anticoncurrentielle

193. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, l'octroi d'une obligation d'accès est subordonnée à des critères stricts, dont il n'est pas exclu qu'ils soient remplis au cas d'espèce.
194. Ces critères exigeants sont justifiés par le fait *« qu'une intervention fondée sur le droit de la concurrence doit être soigneusement pesée lorsque l'application de l'article 82 risque de déboucher sur l'imposition d'une obligation de fourniture à l'entreprise dominante. L'existence d'une telle obligation — même contre une rémunération équitable — peut dissuader les entreprises d'investir et d'innover et, partant, léser les consommateurs. Le fait de savoir qu'une obligation de fourniture peut leur être imposée contre leur gré pourrait conduire des entreprises dominantes — ou des entreprises escomptant le devenir — à ne pas investir ou à moins investir dans l'activité en question. De même, des concurrents pourraient être tentés de*

profiter gratuitement des investissements réalisés par l'entreprise dominante au lieu d'investir eux-mêmes. Aucune de ces conséquences ne serait, à long terme, dans l'intérêt des consommateurs » (Orientations de la Commission, point 75).

195. *Cependant, « Dans certains cas, il peut apparaître que l'imposition d'une obligation de fourniture n'aura manifestement aucun effet négatif sur la propension du propriétaire des intrants et/ou d'autres opérateurs à investir et à innover en amont, que ce soit ex ante ou ex post. Selon la Commission, tel pourrait être le cas, notamment, (...) lorsque l'entreprise dominante a acquis sa position sur le marché en amont grâce à des droits spéciaux ou exclusifs ou à un financement au moyen de ressources d'État. Dans de telles circonstances, la Commission n'a aucune raison de s'écarter de son approche générale fondée sur la démonstration de la probabilité d'une éviction anticoncurrentielle sans devoir examiner si les trois circonstances visées au point 81 [rappelées ci-dessus] sont réunies » (idem, point 82).*
196. *Au cas d'espèce, il n'est pas exclu que TDF ait acquis sa position sur le marché amont de la diffusion hertzienne numérique, et les terrains y afférents, dans de telles circonstances. En particulier, il n'est pas exclu que la majeure partie des terrains que TDF occupe ait été acquise à l'époque où celle-ci était un établissement public à caractère industriel et commercial, disposant du monopole légal de la radiodiffusion et de la télédiffusion hertzienne, et où de ce fait, il n'y avait aucun concurrent susceptible de les lui disputer. Le premier entrant sur le marché bénéficie d'un double avantage : il peut occuper les terrains qui topographiquement se prêtent le mieux à la télédiffusion et il ne se heurte pas à la réticence des communes qui peuvent répugner à la duplication des sites sur leur territoire. Ce double avantage concurrentiel (« *first mover advantage* »), qui a permis à TDF d'acquérir sa position dominante sur le marché amont, découle directement du monopole légal dont jouissait à l'époque TDF. Dans cette hypothèse, un refus d'accès serait susceptible de constituer un abus de position dominante même si les trois conditions cumulatives rappelées ci-dessus n'étaient pas réunies.*
197. *En conclusion, compte tenu de ces éléments, l'instruction devra être poursuivie afin de rechercher si TDF, qui est en position dominante sur le marché de gros amont de la diffusion hertzienne numérique terrestre, et qui est susceptible, dans certaines zones, d'être en situation de monopole sur le foncier nécessaire à l'implantation d'un pylône, abuse de sa position dominante en empêchant son concurrent d'accéder à ses terrains et d'y installer ses propres infrastructures, cette appréciation devant toutefois être menée site par site.*

E. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

198. *L'article L. 464-1 du Code de commerce donne à l'Autorité le pouvoir de « 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 » et elles « doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ».*

Accessoirement à sa saisine au fond, la société Itas Tim a sollicité, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, le prononcé des mesures conservatoires suivantes :

« (i) enjoindre à TDF de communiquer à l'ensemble des communes sur les terrains desquelles se trouve une de ses infrastructures de diffusion un courrier indiquant en particulier que TDF n'est pas en droit de s'opposer et ne s'oppose pas à l'implantation d'infrastructures de diffusion alternatives par des opérateurs de diffusion concurrents ;

(ii) enjoindre à TDF de cesser toute intervention auprès des collectivités locales ou communication visant à dissuader les communes d'autoriser l'implantation d'infrastructures de diffusion concurrentes, notamment en mettant en avant la préexistence d'un pylône de TDF et/ou les obligations d'hébergement de TDF ;

(iii) enjoindre à TDF de permettre à Itas Tim l'accès à tous terrains exploités par TDF afin qu'Itas Tim puisse y édifier sa propre infrastructure de diffusion (y inclus pylône, shelter...) en vue d'honorer les obligations découlant de tout appel d'offres déjà remporté par Itas Tim ;

(iv) enjoindre à TDF de permettre à Itas Tim l'accès à tous terrains exploités par TDF dans le cadre de tout appel d'offres en cours ou à venir, afin qu'Itas Tim puisse y édifier sa propre infrastructure de diffusion (y inclus pylône, shelter...) ;

(v) enjoindre à TDF de signer une déclaration d'autorisation de démarche administrative au profit d'Itas Tim concernant chaque terrain auquel Itas Tim demande l'accès, afin de faciliter les démarches administratives de cette dernière en vue d'édifier ses infrastructures sur les terrains exploités par TDF ;

(vi) enjoindre à TDF de ne pas s'opposer aux branchements et raccordements au réseau électrique nécessaires à la mise en service des infrastructures d'Itas Tim ;

(vii) enjoindre à TDF de ne pas acquérir de droits sur des terrains qui ne sont pas raisonnablement destinés à l'exercice effectif et direct de ses activités de diffusion ;

(viii) enjoindre à TDF de communiquer la décision de l'Autorité, accompagnée d'un résumé ou d'un extrait préparé par l'Autorité, à chaque commune sur le terrain desquelles se trouve une de ses infrastructures de diffusion ; et

(ix) ordonner la publication d'un extrait de la décision préalablement soumis à l'agrément de l'Autorité, dans un quotidien national d'information générale et dans la gazette des communes, aux frais de TDF. »

1. SUR L'ATTEINTE A L'ENTREPRISE PLAIGNANTE ET L'ATTEINTE AU SECTEUR

199. S'agissant de l'atteinte à l'entreprise plaignante, les pratiques de TDF visent, selon la saisissante, à empêcher le développement d'un réseau d'infrastructures concurrent, et en conséquence lui portent directement atteinte en ce que son modèle économique repose justement sur le développement d'infrastructures, et sur celui d'une politique de prix agressive visant à concurrencer efficacement TDF. Itas Tim mentionne avoir remporté un certain nombre d'appels d'offres auprès des opérateurs de multiplex en raison de l'attractivité de ses offres construites indépendamment des offres d'hébergement de TDF, que les agissements de cette dernière l'empêchent d'honorer et dont les conséquences en termes d'image lui sont extrêmement préjudiciables à court comme à moyen terme. S'agissant de l'atteinte au secteur, la saisissante fait

valoir que « *chaque fois qu'Itas Tim est empêchée de développer une infrastructure nouvelle, toute concurrence sur le marché de gros amont est de fait verrouillée non seulement pour l'ensemble de la durée de l'appel d'offres en cause mais également, en pratique, au-delà. En effet, un opérateur de diffusion souhaitant répondre à un appel d'offres en étant hébergé ne peut prendre le risque de s'adresser, pour cet hébergement, à un opérateur qui ne dispose pas encore de site sur la zone en question. Ce candidat diffuseur favorisera naturellement un hébergement chez TDF, qui dispose d'un site déjà construit et qui n'a pas à obtenir la moindre autorisation - et qui ne subit pas des pratiques anticoncurrentielles l'empêchant de les obtenir [...]* »
 « *A défaut d'infrastructures préexistantes, un diffuseur souhaitant être hébergé prend donc un risque en s'adressant à Itas Tim pour être hébergé sur un pylône qui ne sera peut-être jamais construit. Ce risque disparaît si le diffuseur en question s'adresse à l'opérateur historique : même si TDF n'est retenue par aucun multiplexe, elle pourra héberger le diffuseur concurrent sur son pylône existant - et récupérer une part très importante de son chiffre d'affaires. Il est donc primordial pour le secteur qu'Itas Tim soit en mesure de développer son réseau d'infrastructures. A défaut, la concurrence sur le marché de gros amont ne pourra en aucun cas se développer et la position quasi-monopolistique de TDF sur ce marché sera figée, même à l'occasion du renouvellement des appels d'offres* ».

200. De son côté, TDF fait valoir qu'Itas Tim « *est une entreprise florissante au développement spectaculaire* » comme le démontrerait l'évolution des parts de marché de cette dernière depuis son entrée sur le marché en 2008 et sur les dernières phases de déploiement de la TNT, ainsi qu'au regard de nombreux appels d'offres qui lui sont attribués. Ainsi, les difficultés rencontrées par Itas Tim « *apparaissent marginales* », et les « *obstacles peu fréquents* » n'entraînent « *que des retards de déploiement* ». TDF conteste également une quelconque atteinte au secteur, en soulignant notamment que « *tous les contrats ont une durée de cinq ans et, pour chaque zone, leur conclusion, donc leur renouvellement, sont simultanés. Si bien qu'au terme des cinq premières années, tous les opérateurs de multiplex sélectionneront leurs nouveaux diffuseurs pour une même zone au même moment, ce qui facilite le déploiement d'infrastructures concurrentes. En revanche, le déploiement de la TNT s'étalant sur trois ans et demi, les appels d'offres de renouvellement s'étaleront eux aussi sur trois ans et demi. De sorte que le premier appel d'offres sera lancé en 2013, 24 mois plus tard seulement ! Les positions des diffuseurs et leurs parts de marché sont donc sans cesse remis en cause.* »
201. S'agissant de la première pratique dénoncée, il ressort de l'instruction qu'il ne peut être exclu que les communications de TDF auprès des collectivités locales aient, de façon générale, pu faire accroire aux maires que les projets d'implantation d'infrastructures concurrentes, et en particulier d'Itas Tim, étaient inutiles, du fait notamment de la régulation sectorielle, ou inenvisageables, du fait notamment de l'existence de servitudes radioélectriques. S'agissant de la deuxième pratique dénoncée, il ressort qu'il n'est pas exclu que, dans certaines circonstances, le refus d'accès à ses terrains par TDF soit susceptible de constituer un abus de position dominante.
202. Il convient de relever qu'à l'appui de sa demande de mesures conservatoires, Itas Tim invoque le fait que les agissements de TDF l'empêchent d'honorer ses engagements auprès des opérateurs de multiplexe sans pour autant faire état de cas concrets et précis dans lesquels Itas Tim aurait dû renoncer à offrir une prestation de

diffusion de chaînes à un opérateur de multiplexe après avoir remporté l'appel d'offres correspondant.

203. En ce qui concerne l'atteinte à l'entreprise plaignante, si l'entrée de la société Itas Tim sur le marché ne date que de novembre 2008, à partir de la phase 8a du déploiement prévu par le CSA, l'évolution de ses parts de marché montre que cette entrée est significative, comme l'établissent les chiffres du tableau de bord publié par l'ARCEP. Il n'en demeure pas moins que sa part de marché reste encore très réduite. De même, ainsi que développé au point 158, l'instruction a montré que si Itas Tim constituait pour le moment un acteur crédible et avait un rôle bénéfique dans le jeu concurrentiel, sa taille faisait d'elle un acteur fragile, ne lui permettant pas encore de faire contrepoids face à l'opérateur historique. En l'espèce, Itas Tim ne se positionne que sur une partie restreinte du marché. Les opérateurs de multiplexes le mentionnent explicitement, en l'occurrence, SMR6 précise : *« 60 % des sites en consultation ne font l'objet d'aucune proposition alternative et, de fait, sont alors attribués à TDF »*. En effet, les incertitudes pesant sur l'accès au foncier conduisent Itas Tim à ne pas se positionner sur un nombre conséquent d'appels d'offres, ce qui vient restreindre la concurrence sur le marché de gros aval : *« il convient de préciser que les difficultés constatées par les multiplexes ne peuvent, par définition, être que des difficultés qui apparaissent après qu'Itas Tim a été choisie par le multiplexe en question. Cela signifie qu'Itas Tim a généralement déjà éliminé, au stade de la réponse aux appels d'offres, les sites sur lesquels il lui semble raisonnable de considérer qu'elle n'obtiendra pas les autorisations »*.
204. Dès lors, même s'il n'apparaît pas que la société Itas Tim soit mise en danger immédiatement 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 en mode numérique, et par voie de conséquence sur le marché de gros amont de la diffusion hertzienne terrestre des services de télévision en mode numérique, et ce alors que Itas Tim est en pratique le seul concurrent de TDF sur ce marché.
205. Pour mémoire, le Conseil avait prononcé, dans sa décision n° 07-MC-02, des mesures conservatoires sollicitées par la société Emmetel à l'encontre de TDF, alors que la plaignante n'était pas « mise en danger » mais que se posait la question de sa pérennité sur le marché aval de la diffusion hertzienne terrestre en mode analogique. En 2008, Emmetel était achetée par TDF.
206. S'agissant de l'atteinte au secteur, il convient à titre préliminaire de rappeler que le cadre réglementaire et législatif applicable aux communications électroniques, communautaire et transposé au niveau national, promeut le développement de la concurrence par les infrastructures, car elle favorise l'efficacité économique au bénéfice de l'utilisateur final.
207. Dans sa décision n° [07-MC-02](#), le Conseil a souligné que *« si la société Emmetel 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 »*. En l'espèce, Itas Tim estime être, et est de fait, l'unique concurrent crédible de TDF dans la perspective du développement d'une concurrence par les infrastructures. De plus, l'entrée d'Itas Tim sur le marché est bénéfique, alors que TDF a pris le contrôle récemment de deux de ses concurrents.

208. L'ARCEP pour sa part, en fixant des tarifs de non éviction sur les prestations d'hébergement de TDF, a instauré une régulation visant à promouvoir la concurrence par les infrastructures, et en particulier à inciter les concurrents de TDF à construire des sites alternatifs lorsque cela est a priori possible, 1 500 sites étant potentiellement concernés. Le tableau de bord de la diffusion de la TNT qu'elle publie fait état d'un marché qui répond à ces incitations, notamment depuis les phases de déploiement 8a et suivantes, qui correspondent à l'entrée sur le marché d'Itas Tim.
209. Les opérateurs de multiplexes interrogés lors de l'instruction abondent également en ce sens. Ainsi, le représentant du multiplex R2 a indiqué que : *« Itas Tim est la seule société à ce jour à proposer quasi-exclusivement des sites non construits au moment du choix des diffuseurs »*. Le représentant du multiplex R6 a souligné quant à lui : *« Suite au rachat par TDF de la société Emettel en 2008, l'intensité concurrentielle du marché de la diffusion s'est trouvée fortement affaiblie. L'arrivée sur le marché de la société Itas Tim a permis de renforcer la concurrence sans pour autant que celle-ci soit aujourd'hui pleinement satisfaisante. »*
210. Le CSA, dans l'avis n° 2009-18 rendu à l'Autorité, rappelle *« qu'une de ses préoccupations était de permettre aux diffuseurs concurrents de la société TDF de construire leurs infrastructures »*, ce qui contribue à remplir son objectif de *« favoriser une baisse des coûts de diffusion supportés par les éditeurs »*, et plus largement de *« faciliter l'extension de la couverture de la TNT »* et de *« dégager des ressources financières pour accroître l'investissement dans les programmes »*. Or, la *« construction d'un site propre permet au diffuseur alternatif de maîtriser ses coûts de l'ensemble de la chaîne »*. Il convient de relever que certains opérateurs ont souligné que les offres d'Itas Tim étaient particulièrement concurrentielles. Ainsi, le représentant du multiplex R6 a indiqué : *« Les propositions formulées par Itas Tim permettent enfin de mettre en exergue le caractère excessif des tarifs de TDF. Nous constatons en effet que les tarifs proposés par Itas sont jusqu'à plus de 50 % inférieurs à ceux de TDF, alors même qu'il s'agit d'infrastructures nouvelles, non amorties et souvent moins mutualisées. »*
211. Il semble par conséquent que les pratiques de TDF, si elles étaient avérées, présenteraient des conséquences dommageables pour l'économie du secteur, résultant de l'absence de duplication des infrastructures, limitant le développement d'une concurrence sur le marché amont de la diffusion de services audiovisuels en mode numérique, d'une part, et sur le marché aval, d'autre part, en privant les opérateurs de multiplexes d'une offre en qualité et en prix concurrente de celle de l'opérateur historique en position dominante.
212. Ainsi que développé au point 157 de la présente décision, ces conséquences seraient aggravées en raison du calendrier imposé du déploiement de la télévision hertzienne numérique, qui prévoit le passage au « tout numérique » au 30 novembre 2011. Cette situation est de nature à renforcer la situation déjà favorable dont dispose la société TDF s'agissant du déploiement de la TNT sur le réseau secondaire, sachant qu'elle est déjà en quasi-monopole en infrastructure sur le réseau primaire (sur les 112 sites du réseau primaire, 94,8 % des sites retenus par les opérateurs de multiplexes appartiennent à TDF).
213. En particulier, les pratiques dénoncées sont susceptibles, en empêchant l'implantation et le déploiement d'un réseau alternatif, de figer la position quasi-monopolistique de TDF sur le marché amont de la diffusion hertzienne de la télévision numérique, et revêtent en cela un caractère grave.

214. Au surplus, les pratiques dénoncées revêtent un caractère grave, en ce qu'elles émanent d'un opérateur historique qui détient une position dominante héritée de son monopole légal et qu'elles interviennent à une étape clé du développement du marché de la diffusion hertzienne numérique. À ce titre, l'Autorité a déjà eu l'occasion de souligner le caractère d'autant plus grave d'une atteinte à l'exercice de la concurrence que le comportement de l'opérateur historique revêt un certain caractère d'exemplarité (décision n° 09-MC-01).

2. SUR LE CARACTERE IMMEDIAT DE L'ATTEINTE

215. Sur le caractère immédiat de l'atteinte, Itas Tim rappelle le calendrier serré et imposé du déploiement de la TNT, et en particulier le démarrage d'une centaine de fréquences obtenues lors des appels d'offres dans les trois mois suivant la saisine, dont un tiers ne peut l'être en raison des agissements de TDF. L'impossibilité d'honorer les appels d'offres remportés, ou les retards dans le déploiement imputables, selon Itas Tim, aux agissements de TDF, conduiront les opérateurs de multiplexes à ne pas lui accorder leur confiance lors de ceux qui restent à venir, ce qui risquerait de conduire à l'éviction effective d'Itas Tim du marché à une période charnière de son développement.
216. Selon TDF, à l'absence de gravité de l'atteinte s'ajoute l'absence d'immédiateté, en raison notamment de la « grande souplesse » du CSA et des opérateurs de multiplexes quant au respect du déploiement du réseau complémentaire. TDF souligne d'ailleurs qu'Itas Tim ne mentionne aucun exemple d'appel d'offres remporté auquel elle aurait dû renoncer au motif d'un retard ou d'une impossibilité de déploiement. Enfin TDF fait référence à la pratique décisionnelle de l'Autorité, qui interprète strictement la notion d'urgence.
217. Concernant la pratique qui consisterait en la mise en place par TDF d'une politique d'opposition à l'implantation d'infrastructures concurrentes par une stratégie de lobbying auprès des collectivités locales, la démarche commune entreprise par les régulateurs du secteur, le CSA et l'ARCEP, dans le but de publier un guide de bonnes pratiques du déploiement de la télévision numérique terrestre à l'usage des collectivités territoriales est de nature à répondre de manière appropriée au caractère urgent d'une situation de méconnaissance et de mauvaise information de ces dernières. En effet, la publication de ce guide, qui devrait avoir lieu, ainsi que mentionné dans leurs avis, au cours du premier semestre 2010, s'inscrit dans le calendrier de l'extinction de la diffusion analogique au profit de la diffusion numérique.
218. L'Autorité de la concurrence considère que, dans le cadre de ce guide des bonnes pratiques, il devrait être rappelé aux collectivités locales que l'opérateur historique TDF a perdu son statut d'établissement public à caractère industriel et commercial et que la loi qui lui conférait le monopole de la diffusion et de la transmission analogiques de programmes de radio et de télévision publics a été abrogée.
219. L'Autorité considère également que ce guide devrait présenter, de manière détaillée et accessible à un non spécialiste, le rôle de la régulation sectorielle et ses conséquences en termes d'obligations incombant à l'opérateur historique, et dans quelle mesure la duplication des infrastructures de diffusion par un opérateur alternatif s'articule avec des objectifs de développement de la concurrence au bénéfice des consommateurs finaux sur les marchés de la diffusion.

220. Concernant la pratique qui consisterait à refuser l'accès à ses terrains par TDF alors que cet accès s'avère objectivement nécessaire au développement d'une concurrence en infrastructure sur un site donné, étant donné la carence d'alternative foncière, mais tenant compte des contraintes administratives et techniques déjà mentionnées, il ressort de l'instruction qu'Itas Tim n'a à ce jour pas fait état de cas concrets dans lesquels lui aurait été refusé l'accès à un terrain non répliquable, alors que cet accès serait objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence par les infrastructures sur le marché de gros amont de la diffusion hertzienne terrestre numérique.
221. Dès lors qu'il n'aurait pas été envisageable, au regard des conditions de nécessité et de proportionnalité requises pour l'adoption de mesures conservatoires, d'imposer à TDF de donner un accès général et absolu à l'ensemble de ses terrains et en l'absence, à ce stade du déploiement de la TNT, de terrain de TDF clairement identifié auquel l'accès serait objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence effective par les infrastructures, les conditions ne sont pas remplies pour prononcer des mesures conservatoires.
222. En conclusion, il n'a pas été démontré, à ce stade, que les pratiques dénoncées portent une atteinte suffisamment immédiate aux intérêts de la plaignante ou à l'économie du secteur pour justifier l'octroi de mesures conservatoires.
223. L'ensemble des pratiques dénoncées par Itas Tim dans sa saisine du 22 septembre 2009, reprochant à TDF la mise en place d'une politique d'opposition à l'implantation d'infrastructures concurrentes à proximité de ses propres terrains, le refus d'accéder à ses terrains pour y installer ses propres infrastructures, l'imposition de conditions d'hébergement inéquitables aux diffuseurs présents sur le marché aval et la mise en œuvre de subventions croisées abusives ainsi que de « remises de plaques » à l'occasion des appels d'offres lancés par les multiplexes, devront faire l'objet d'un examen dans le cadre de l'instruction au fond du dossier.

DÉCISION

Article 1er : La demande de mesures conservatoires présentée par la société Itas Tim, enregistrée sous le numéro 09/0110 M, est rejetée.

Article 2 : Il y a lieu de poursuivre l'instruction au fond de la saisine enregistrée sous le numéro 09/0109 F.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Hélène Boisson et de M. Alain Mouzon et sur l'intervention de M. Stanislas Martin, rapporteur général adjoint, par M. Patrick Spilliaert, vice-président, président de séance, Mmes Laurence Idot, Reine-Claude Mader-Saussaye, MM. Emmanuel Combe et Thierry Tuot, membres.

La secrétaire de séance,

Marie-Anselme Lienafa

Le président de séance,

Patrick Spilliaert

© Autorité de la concurrence