



**Décision n° 04-MC-01 du 15 avril 2004
relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les
sociétés FREE, ILIAD, LDCOM et 9TELECOM**

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la demande enregistrée le 28 novembre 2003, sous les numéros 03/0085 F et 03/0086 M, par laquelle les sociétés Free et Iliad ont saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques des sociétés TF1, Métropole Télévision (M6) et France Télécom, qu'elles estiment anticoncurrentielles et sollicité des mesures conservatoires ;

Vu la demande enregistrée le 26 décembre 2003 sous les numéros 03/0092 F et 03/0093 M, par laquelle les sociétés Louis Dreyfus Communications (LDCOM devenue Neuf Télécom) et 9Télécom ont saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques de la société France Télécom qu'elles estiment anticoncurrentielles et sollicité des mesures conservatoires ;

Vu la jonction des deux affaires prononcée le 31 décembre 2003 ;

Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment ses articles 81 et 82 ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu l'avis n° 04-72 de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) rendu le 15 janvier 2004 et son avis n° 04-266 adopté le 11 mars 2004 ;

Vu l'avis adopté par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) le 27 janvier 2004 ;

Vu la décision de secret des affaires n° 04-DSA-05 du 10 février 2004 ;

Vu les observations présentées par les sociétés plaignantes, par les sociétés mises en cause et par le commissaire du Gouvernement ;

Les rapporteurs, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Iliad et Free, LDCOM (devenue NEUF TELECOM SA), Métropole Télévision (M6), Groupe TF1, Télévision Par Satellite (TPS) et France Télécom, entendus lors des séances des 3 et 25 mars 2004 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

1. Les services de télévision par la ligne téléphonique utilisant la technologie ADSL ont été étudiés par divers opérateurs de téléphonie et de télévision au cours des années 2001 à 2003. Cette offre s'inscrit dans une architecture ADSL dite « multiservices » ou « triple play », consistant à offrir simultanément à l'utilisateur plusieurs services (téléphonie, Internet et télévision notamment).
2. Les représentants de la société Free ont déclaré lors de leur audition, le 10 décembre 2003, que : "*Dès la fin 2000, il y a eu un rapprochement à l'initiative de la société Free avec le groupe TF1 pour parler d'Internet. A cette occasion, (le président de la société TPS) a manifesté un intérêt pour l'avenir d'une collaboration*".
3. De janvier 2001 à avril 2002, plusieurs réunions de travail ont, en effet, été organisées. Elles ont donné lieu, pour certaines, à des démonstrations techniques comprenant, notamment, la fourniture d'extraits de programmes des chaînes TF1, LCI et Eurosport ; les dirigeants de la société Free ont, de leur côté, également présenté les plans d'affaires qui leur étaient demandés.
4. Le 25 avril 2002, le président du groupe TF1 a signé avec la société requérante une lettre d'intention portant sur la réalisation d'une expérimentation à Paris et l'étude de faisabilité d'un service de télévision par ADSL et d'un service de Vidéo à la demande (VoD) tout en prévoyant ensuite la négociation de bonne foi d'un protocole.
5. Au cours de l'année 2003 et sans nouvelles du groupe TF1, la société Free a demandé, à plusieurs reprises, à pouvoir "*acheter les flux des chaînes éditées*" par le groupe TF1 et sa filiale, la société TPS, en vue d'une diffusion dans son offre de télévision ADSL prévue pour être lancée en décembre 2003 (lettre recommandée du 24 janvier 2003 et lettres des 5 février et 13 mai 2003).
6. Dans sa réponse du 22 mai 2003, le président du groupe TF1 a invoqué la poursuite d'une phase de tests techniques et la nécessité de connaître la structure marketing et commerciale des offres dans lesquelles pourraient s'insérer les chaînes de ce groupe. A la suite d'une nouvelle demande de la société Free, le directeur juridique du groupe TF1 s'est référé à nouveau, par lettre du 30 juin 2003, au caractère expérimental d'une telle distribution, spécialement à une expérimentation intitulée "*Dream TV*", conduite avec la société LDCOM à Paris et à Boulogne.
7. A la fin du mois d'août 2003, la société Free a adressé à la société Métropole Télévision (M6) une demande de prix par abonné et par mois pour la diffusion de ses chaînes thématiques puis, après plusieurs échanges de courriers électroniques succincts et une réunion intervenue le 2 octobre 2003, lui a proposé la signature d'un protocole d'accord.
8. Répondant, le 19 novembre 2003 à la mise en demeure du 30 octobre de la société Free, le président du Directoire de la société M6, a indiqué que les études préalables à la mise en œuvre d'une commercialisation étaient en cours et qu'il ne manquerait pas de la tenir informée de sa position.
9. Le 1^{er} décembre 2003, la société Free a commercialisé, par l'intermédiaire de son modem (la Freebox), le premier service de télévision par ADSL comprenant la diffusion de chaînes gratuites et progressivement de chaînes thématiques payantes venant s'ajouter à un accès à Internet à haut débit et à un service de téléphonie pour le prix de 29,99 € par mois.

10. Pour leur part, et poursuivant sur l'annonce qu'elles avaient faite au début du mois de septembre, les sociétés France Télécom et TPS ont lancé, le 18 décembre 2003, leur propre service de télévision par ADSL sur la ville de Lyon.
11. Ce service se présentait sous la forme de deux abonnements : l'un, à "*MaLigne tv*" par lequel France Télécom fournit à l'abonné "*un accès ADSL vidéo*", un terminal récepteur-décodeur numérique (STB) et une télécommande, ainsi qu'un service de vidéo à la demande (VoD) moyennant le versement d'un montant mensuel de 16 €(auquel s'ajoutent des frais de mise en service pour une somme de 64 €avec un engagement de 12 mois) ; et l'autre, à "*TPS* " par lequel la société TPS fournit à ce même consommateur un bouquet de chaînes (comprenant les chaînes TF1 et M6) pour un coût de 21 € par mois (auquel s'ajoutent 40 €de frais d'accès au service).
12. Ces offres s'inscrivent dans le cadre d'un protocole d'accord intitulé "*Memorandum of Understanding*" (MoU), signé, le 1^{er} août 2003, entre les sociétés France Télécom et TPS, présenté comme "*une collaboration privilégiée* » avec pour objet "*la mise en place et la commercialisation auprès du public par TPS et France Télécom d'offres de services de communication audiovisuelle au moyen d'un « accès ADSL vidéo*" ".
13. Aux termes de ce contrat, la société France Télécom assure plusieurs prestations en effectuant, d'une part, "*l'acheminement des chaînes*" depuis la tête de réseau de TPS jusqu'aux abonnés, "*la gestion du réseau de télécommunication ADSL et de la plate-forme de services*" et le contrôle d'accès et, d'autre part, la fourniture de l'offre d'accès ADSL vidéo et sa gestion commerciale ainsi qu'un service de vidéo à la demande (VoD).
14. Cette entreprise fournit, également, à la société TPS sa logistique commerciale par l'intermédiaire de ses agences (au nombre de 700 environ) et commercialise ainsi les deux offres directement auprès du client final.
15. Dans le protocole du 1^{er} août 2003, il est mentionné que le cryptage des chaînes sera assuré par la société TPS au moyen du système Viaccess (qu'elle utilise déjà sur le satellite et qui appartient à France Télécom) mais il n'existe pas de clause spécifique sur la sécurisation des programmes.
16. Plus généralement, à l'article 3.4, le principe retenu est que "*Chaque partie sera responsable de la partie technique du contrôle d'accès qu'elle opère*". Une exonération de responsabilité au profit de France Télécom est, en outre, prévue en ces termes : "*En tout état de cause, TPS sera responsable de la régularité de son bouquet au regard de ses obligations de toute nature vis-à-vis de ses clients et de ses fournisseurs, à l'exclusion de France Télécom* ".
17. Enfin, le protocole relève le "*caractère incertain du cadre juridique et réglementaire dans lequel s'inscrivent les offres*"; il prévoit une durée de 10 ans pour le contrat et une absence d'exclusivité.
18. Compte tenu "*du modem utilisé par le client final qui doit être compatible avec un accès Internet ADSL et l'accès ADSL vidéo*", un rapprochement était prévu avec les fournisseurs d'accès à Internet (FAI).
19. C'est dans ce cadre que la société France Télécom a adressé, à ces derniers, un courrier les informant de la mise en place "*d'un nouveau modem*" en mentionnant que : "*France Télécom est tout à fait disposé à discuter des modalités de développement conjoint de l'offre de télévision numérique afin de dynamiser le marché dans l'intérêt de tous les acteurs*".

20. Au cours de l'instruction, le témoignage des principaux fournisseurs d'accès à Internet a été recueilli, sur ce point.
21. Selon les représentants de la société Tiscali entendus le 22 décembre 2003 : "*Le 5 novembre 2003, il y a eu une réunion chez France Télécom, sans TPS, au cours de laquelle un accord de confidentialité a été soumis à Tiscali. Cette dernière a refusé de signer. Quinze jours plus tard, elle recevait le même accord par recommandé signé de TPS et de France Télécom. Le 17 décembre, Tiscali a renvoyé le tout non signé*". Aux termes de ce document, il était prévu que : "*Les parties engagent des relations visant à négocier un accord de partenariat dans le cadre de la distribution de l'offre de télévision numérique sur la ligne téléphonique*".
22. Les représentants de la société AOL ont indiqué avoir reçu les courriers de la société France Télécom mais qu'"*il n'y a eu aucune proposition de (sa) part pour participer à une offre de TV ADSL*" et que malgré leur demande d'"*une offre de revente de "ma ligne TV ADSL*". A ce stade, France Télécom a pour l'instant refusé de discuter de ce sujet avant un engagement de confidentialité". Les représentants d'AOL ont, en outre, déclaré avoir signé ledit accord (audition du 16 décembre 2003).
23. Enfin, les représentants de l'enseigne Club-Internet ont déclaré avoir signé l'accord de confidentialité de France Télécom évoqué plus haut mais que n'ayant obtenu aucune information, ils ont "*mis France Télécom en demeure de lui (en) fournir*" et que "*Le 12 décembre, France Télécom a répondu par un courrier électronique*". Il est indiqué dans ce message : "*En réponse à votre question relative à la diffusion de chaînes : L'architecture réseau repose sur une connexion en mode ATM (et) France Télécom contractualise avec des distributeurs de services audiovisuels au sens de la loi de 86 sur l'audiovisuel. Pouvez-vous nous confirmer que vous répondez bien à ces deux conditions nécessaires à la poursuite de nos discussions*".
24. S'agissant des relations entretenues avec d'autres acteurs du secteur, il résulte de l'instruction que le groupe France Télévisions a demandé à bénéficier de l'accès vidéo de France Télécom en vue de la diffusion de ses chaînes en clair sur la télévision par ADSL. Il lui a été répondu le 23 décembre 2003, que : "*France Télécom n'est pas distributeur de services de communication audiovisuelle au sens de l'article 2 de la loi de 1986 et n'a donc pas vocation à établir une relation contractuelle directe ou indirecte avec les éditeurs pour assurer la distribution de leurs chaînes. France Télécom fournit aux seuls distributeurs de services au sens de la loi de 1986, tel TPS, une prestation technique de transport et commercialise auprès du grand public un accès appelé "MaLigne tv" (...) dans ces conditions, votre demande nous est apparue s'adresser davantage à TPS qu'à France Télécom*".
25. Le Groupe AB, distributeur et éditeur de chaînes thématiques, s'est également vu refuser la fourniture par France Télécom d'un accès à la télévision par ADSL. Les représentants de cette société ont, ainsi, déclaré, lors de leur audition, le 19 janvier 2004, avoir : "*tenté un rapprochement avec France Télécom au mois de septembre 2003. Ce dernier, avant toutes discussions, a souhaité la signature d'un accord de confidentialité, ce qui a été fait*".
26. Par ailleurs, d'autres offres de télévision par ADSL vont être commercialisées aux termes d'un protocole signé le 23 novembre 2003 avec le Groupe Canal Plus. La société NEUF TELECOM prévoit aussi de lancer, pour le printemps 2004, à Marseille, une offre de service de télévision par ADSL pour laquelle elle ne fournirait directement aucun service au client final mais serait chargée de l'accès au service, du transport des flux audiovisuels et de la fourniture du modem. Des discussions auraient également eu lieu entre la société

Cégétel et le Groupe Canal Plus pour proposer une offre de TV ADSL sur la ville de Rennes en 2004.

27. Enfin, alors que l'offre TPSL proposée par France Télécom et TPS doit être également lancée à Paris à la fin du mois de mars 2004, une offre associant Canal Plus et France Télécom sera disponible en mai 2004 sur Paris et la région parisienne.
28. A la date de la séance, l'offre TPSL à Lyon regroupait 1000 abonnés environ alors que 100 000 personnes étaient abonnées à l'offre de Free.
29. C'est dans ce cadre que le Conseil de la concurrence a été saisi par les sociétés Free et Iliad, le 28 novembre 2003, puis par les sociétés LDCOM et 9 Télécom, (ci-après désignées NEUF TELECOM) le 26 décembre 2003 et qu'il a été procédé à la jonction de ces deux affaires, le 31 décembre 2003.
30. Le principal grief invoqué par les sociétés Free et Iliad consiste dans le refus opposé par le groupe TF1 (dont la société TPS) de communiquer l'ensemble des conditions contractuelles et tarifaires concernant la diffusion des chaînes du groupe TF1 et de sa filiale TPS. A titre complémentaire, les plaignantes font également état du refus que leur a opposé la société Métropole Télévision, éditeur de la chaîne M6, pour la reprise de ses contenus dans l'offre de télévision par ADSL proposée par la société Free.
31. Les sociétés saisissantes considèrent que ces pratiques constituent un abus de position dominante collective du groupe TF1 et de la société France Télécom sur le marché de la télévision par ADSL. Selon elles, ces pratiques constituent, en outre, une entente entre TF1 et France Télécom, voire avec la société Métropole Télévision et un abus de position dominante du groupe TF1 sur le marché de contenus télévisuels privés et/ou un abus de la situation de dépendance dans laquelle les plaignantes se trouvent à l'égard de ce groupe.
32. Pour sa part, la société NEUF TELECOM dénonce les comportements suivants de la société France Télécoms :
 - le fait, pour la société France Télécom de proposer des offres de télévision par ADSL alors qu'elle agit également dans le secteur de la télévision par câble ;
 - le fait, pour France Télécom, de grouper plusieurs prestations dans le cadre de son service de télévision par ADSL ;
 - les niveaux de tarifs proposés ;
 - les entraves au développement d'offres d'accès ADSL vidéo concurrentes ;
 - l'exclusion des offres d'accès ADSL fondées sur le dégroupage ;
 - l'incompatibilité des modems.
33. Les plaignantes sollicitent, en outre, du Conseil de la concurrence qu'il prononce des mesures conservatoires.

II. Sur la recevabilité

A – LA PROCEDURE

34. La société France Télécom soulève, à cet égard, plusieurs moyens. Elle estime, tout d'abord, que le principe du contradictoire et les droits de la défense auraient été méconnus du fait qu'elle n'aurait pas été informée de l'existence et du contenu des auditions des fournisseurs d'accès à Internet, antérieures à l'audition de ses représentants.
35. Cependant, il résulte des termes de la convocation adressée à France Télécom aux fins d'être entendue, que cette société a eu précisément connaissance de l'objet de son audition. Elle était, d'autant plus, en mesure d'apprécier la portée de ses déclarations que la plainte déposée par la société Free ainsi que les pièces qui s'y trouvaient annexées lui avaient été précédemment communiquées.
36. A la suite de la plainte de la société NEUF TELECOM et de la décision de jonction, il a d'ailleurs, été demandé à France Télécom si elle souhaitait être réentendue (lettre du 9 janvier 2004). Bien que cette société n'ait pas jugé utile d'user de la faculté qui lui était ainsi offerte, elle a néanmoins été entendue à nouveau le 28 janvier 2004 et a disposé ainsi de la possibilité de faire valoir à nouveau son point de vue sur l'ensemble des éléments du dossier.
37. Il reste que, lors de leur première audition, à la question "*Y a-t-il eu des relations avec d'autres opérateurs que la société FREE dans le cadre du développement de la TV ADSL ?*", les représentants de la société France Télécom ont répondu par la négative sans autre précision et ce malgré les courriers adressés à l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet ainsi que les échanges qui ont suivi et qui ont été rappelés aux paragraphes 21, 22 et 23 de la présente décision.
38. La société France Télécom conteste également la décision n° 04-DSA-01 du 9 janvier 2004 prise sur sa demande tendant à voir certains documents écartés des débats en raison de la mise en jeu du secret des affaires. Toutefois, les décisions prises en cette matière par le Présidente du Conseil de la concurrence ne pouvant faire l'objet d'un recours qu'avec la décision du Conseil sur le fond, il n'y a pas lieu d'examiner ce moyen à ce stade de la procédure.

B. – LES MARCHES EN CAUSE

1. LE MARCHÉ DE LA TÉLÉVISION À PÉAGE

39. Il ressort de la jurisprudence, tant nationale que communautaire, qu'il existe un marché de la télévision payante distinct du marché de la télévision gratuite (voir notamment la décision n° 98-D-70 du 24 novembre 1998 du Conseil de la concurrence, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15 juin 1999, l'arrêt de la Cour de Cassation du 30 mai 2000 et les décisions de la Commission Européenne du 3 mars 1999, Aff. IV/36.237 TPS et du 15 septembre 1999, Aff. IV/36.539 British Interactive Broadcasting).
40. Au stade actuel de la procédure, il n'existe pas d'élément nouveau suffisamment déterminant, tiré, par exemple des comportements des téléspectateurs ou de la politique

d'achat de droits par les chaînes, pour remettre en cause la jurisprudence précitée ; il ne peut donc être exclu qu'il existe un marché de la télévision à péage distinct du marché de la télévision gratuite.

2. L'EXISTENCE D'UN MARCHÉ ÉMERGENT ET LA PRISE EN COMPTE DES MARCHÉS CONNEXES

41. Sur la notion de marché émergent, dans une décision du 16 juillet 2003, la Commission a précisé dans une décision du 16 juillet 2003 concernant la société Wanadoo qu' : *"A cet égard, il y a lieu de rappeler que rien dans l'article 82 du Traité ou de la jurisprudence communautaire en la matière ne prévoit d'exception d'application des règles de concurrence aux secteurs n'ayant pas encore atteint une phase de complète maturité ou qui seraient considérés comme des marchés « émergents ». Faire dépendre l'application des règles de concurrence d'une stabilisation complète du marché reviendrait à priver les autorités de concurrence de la faculté d'intervenir en temps utile avant que les abus constatés n'aient exercé la plénitude de leurs effets et que les positions acquises indûment ne soient ainsi définitivement consolidées"* (considérant 301).
42. S'agissant plus précisément de la télévision, le tribunal de première instance (CE) dans un arrêt du 30 septembre 2003, a considéré que : *"Si la Commission constate que le marché des services de télévision interactive numérique constitue un marché distinct de celui de la télévision à péage, elle remarque cependant que ce dernier est susceptible d'être le marché « levier » des services de télévision interactive numérique (...) Les deux marchés seraient séparés mais complémentaires."* (arrêt du TPI CE du 30 septembre 2003 (T-158/00) au considérant 28).
43. Au stade actuel de l'instruction, il ne peut donc être exclu qu'il existe un marché émergent des offres multiservices de communication par ADSL intégrant l'Internet haut débit, la télévision et le téléphone. Il ne peut non plus être exclu que la télévision par ADSL ne constitue qu'un nouveau support de diffusion audiovisuelle, en l'occurrence le réseau d'accès cuivre du réseau téléphonique, à côté du réseau hertzien terrestre, du câble ou du satellite, mais ne constitue pas un marché autonome.
44. Enfin, en matière de technologie ADSL, la jurisprudence identifie notamment le marché de la fourniture d'accès ADSL et celui de la fourniture d'accès à Internet.

C. - LA POSITION DES OPÉRATEURS SUR CES MARCHÉS

LA POSITION DE LA SOCIÉTÉ FRANCE TÉLÉCOM

45. Sur le marché de la fourniture d'accès ADSL, la société France Télécom bénéficie d'un quasi-monopole sur la boucle locale de téléphonie fixe. En raison du développement du dégroupage, sa part en nombre d'accès ADSL s'établit désormais à environ 91 % (soit 275 000 lignes dégroupées au 31 décembre 2003 sur 3 100 000 d'accès ADSL).
46. Sur le marché de la fourniture d'accès à Internet, à la fin de l'année 2001, la filiale de France Télécom, Wanadoo, disposait d'une part de marché d'environ 90 % en nombre d'abonnés ADSL. Cette proportion est passée à 80 % fin 2002 pour atteindre 55 % fin 2003.

47. La société France Télécom bénéficie en outre d'un savoir-faire, d'une notoriété et d'une avance technologique remarquable sur ces marchés. Cette position se trouve, d'ailleurs, renforcée en raison des possibilités limitées de substitution de l'infrastructure ADSL, notamment en ce qui concerne la duplication du système permettant d'avoir accès à la télévision ADSL, du fait que le déploiement géographique du dégroupage ne s'effectue que progressivement.
48. A ce stade de l'instruction, il ne peut donc être exclu que la société France Télécom détienne toujours une position dominante sur les marchés précédemment évoqués, position qu'elle ne conteste d'ailleurs pas.

LA POSITION DES SOCIÉTÉS TF1, TPS ET M6

49. Sur le marché de la télévision payante et sur la base du nombre de foyers, critère permettant d'apprécier les parts de marché sur la télévision payante du câble et du satellite, le Conseil de la concurrence a indiqué, dans sa décision du 9 décembre 2003, que : "*Le groupe TF1 (disposait) de 24 % de part de marché contre près de 50 % pour le groupe Canal Plus*".
50. S'agissant, toutefois, des parts d'audience des chaînes thématiques dans le palmarès des dix premières chaînes considérées comme les plus regardées, quatre chaînes appartiennent au groupe TF1 et deux au groupe Canal Plus. Plus précisément, concernant les parts d'audience des chaînes généralistes hertziennes diffusées sur la télévision payante, la chaîne TF1 détient 26 % de parts d'audience et la chaîne M6 : 8,2 % , ce qui représente 34,2 % ; France Télévisions avec France 2 (14,8 %) et France 3 (11,2 %) en compte 26 %.
51. Sur le marché de la publicité télévisuelle, qui est citée dans les observations du groupe TF1, le Conseil a retenu, dans sa décision n° 00-D-67 du 13 février 2001, la position dominante de TF1 et de sa filiale TF1 Publicité, d'ailleurs non contestée par le groupe TF1.
52. Dans son avis rendu le 6 octobre 2003, le CSA a confirmé le maintien de cette position du groupe TF1 en précisant que : "*Parmi les chaînes nationales, ce sont les deux grandes chaînes commerciales, TF1 et M6, qui bénéficient le plus des investissements publicitaires*".
53. La jurisprudence, tant interne que communautaire, définit la position dominante comme étant "*la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents*" (rapport public 2002 du Conseil de la concurrence, p. 211).
54. Dans sa décision n° 03-D-59 du 9 décembre 2003, le Conseil a considéré que pour apprécier ce pouvoir de marché, "*il convient de prendre en compte l'intégration verticale des sociétés mises en cause, qui appartiennent au groupe TF1, dominant sur le marché connexe de la publicité télévisuelle, de la présence forte de ce groupe sur l'ensemble des programmes d'information sur la télévision (...) que l'ensemble de (l'activité d'édition de programmes du groupe TF1) représente un chiffre d'affaires supérieur à celui des sociétés du groupe Canal Plus (...) que (le groupe TF1) détient une position forte dans le secteur de la télévision payante, même s'il est absent des marchés de la télédistribution par câble et de la télédistribution payante par voie hertzienne*".
55. Ainsi, en l'état de l'instruction, il ne peut être exclu qu'au moins dans la phase de lancement de la télévision par ADSL, telle qu'elle se présente aujourd'hui, la société France Télécom

et le groupe TF1 détiennent, par l'intermédiaire des marchés qui y sont liés, un avantage concurrentiel important par rapport à leurs concurrents ou apparaissent comme des partenaires obligés pour les nouveaux opérateurs entrants sur le marché.

D. - LES PRATIQUES

SUR LA PRATIQUE AYANT CONSISTÉ POUR LE GROUPE TF1, SA FILIALE TPS ET LA SOCIÉTÉ M6, À REFUSER DE COMMUNIQUER L'ENSEMBLE DES CONDITIONS CONTRACTUELLES ET TARIFAIRES CONCERNANT LE CONTENU DES CHÂÎNES QU'ILS ÉDITENT

56. La société Free dénonce le refus opposé par le groupe TF1 de communiquer l'ensemble des conditions contractuelles et tarifaires concernant la diffusion des chaînes de ce groupe. Elle considère, par ailleurs, comme suspect le refus auquel elle s'est également heurtée de la part de la société Métropole Télévisions, éditeur de M6, pour la reprise des chaînes de cette société dans l'offre de télévision ADSL qu'elle propose par la requérante. Elle critique particulièrement ces refus en ce qu'ils concernent la reprise des chaînes TF1 et M6.
57. A titre liminaire, il convient de souligner que lors de leur audition du 23 décembre 2003, les représentants du groupe TF1 ont remis une lettre, adressée au président de la société Free, à laquelle étaient joints deux documents présentés comme "*les barèmes et les conditions générales de vente*". L'examen de ces pièces démontre, cependant, qu'il s'agit d'une brochure publicitaire sur l'offre "*TPS L*" permettant d'identifier les chaînes composant le bouquet proposé mais sans indication de prix et des "*Conditions Générales d'Abonnement TPS L*" ainsi que d'un contrat type d'abonnement, c'est-à-dire de documents qui concernent la relation avec le client final et non les rapports susceptibles de s'instaurer entre les éditeurs et les diffuseurs. Dans ces conditions, il ne peut être soutenu que la demande de mesure conservatoire serait devenue sans objet.
58. L'examen des relations entretenues avec la société Free paraît attester de la volonté du groupe TF1 de ne pas fournir les éléments tarifaires et commerciaux qui lui étaient demandés.
59. Pourtant, de janvier 2001 à avril 2002, la société Free et le groupe TF1 ont eu des relations suffisamment avancées pour que le président du groupe TF1 signe avec la société Free une lettre d'intention, datée du 25 avril 2002. De plus, si, dans les observations du groupe TF1, il est affirmé que cet accord n'aurait pas été respecté par la société saisissante, aucun élément n'a été remis à ce sujet.
60. Il convient aussi de noter la demande de tarif formulée par la société Free par lettre recommandée datée du 24 janvier 2003, demande réitérée par actes d'huissier en date des 5 février et 13 mai 2003, ainsi que les réponses apportées par le groupe TF1, notamment celle du 30 juin 2003 qui faisait état d'un stade expérimental rendant "*totale­ment prématurée la transmission de tarifs de reprise (des) chaînes (de ce groupe)*", alors que, dans le même temps, la société TPS filiale du groupe TF1, négociait avec la société France Télécom et signait, le 1^{er} août 2003, un accord portant sur des offres de télévision ADSL.
61. Il doit, enfin, être souligné que si le groupe TF1, dans le cadre de la présente procédure, invoque, pour justifier son attitude dilatoire, la préoccupation de maintenir la qualité et la sécurité du signal, de tels sujets n'avaient pas été antérieurement mis en avant par ce groupe.

62. Dans ses observations devant le Conseil, le groupe TF1 soutient principalement que son refus de fournir les conditions générales de vente de ses chaînes à la société Free tiendrait à des exigences de qualité et de sécurité techniques attendues de la part de cette société et sur lesquelles cette dernière n'aurait pas répondu. Ces exigences étaient formulées comme suit : *"le cryptage Tv de type Viaccess, le débit garanti de bout en bout, une capacité dédié au transport exclusif du bouquet (jusqu'à au-moins 80 chaînes, voir plus dans le futur), la mise à disposition d'un terminal et sa plate-forme technique compatible avec l'offre TPS, ses services interactifs..."*.
63. En premier lieu, il résulte du dossier que la société Free a répondu sur chacun des points suivants : - sur le cryptage : *"Free met en œuvre un système de sécurisation développé par nos équipes. Ce système assure un contrôle de l'accès aux contenus audiovisuels géré au niveau des DSLAMs situés dans les locaux de France Télécom selon un mode « multicast » : seul le flux demandé par l'abonné et auquel il a droit, lui est envoyé, après authentification et vérification de ses droits ; ce système présente plus de garantie qu'un système classique basé sur un décodeur avec une carte à puce installé chez l'abonné"* ; - sur le débit garanti de bout en bout : *"Free garantit un débit de 4 Mbps"* ; - sur la capacité dédiée au transport exclusif du bouquet : *"Free propose aux fournisseurs de contenu une capacité de transport exclusif du bouquet sur son réseau dans la limite de 300 chaînes par opérateur à ce jour"* ; - sur la mise à disposition d'un terminal : *"Free met à disposition un terminal (Freebox)"*.
64. Dans son avis, le CSA a, d'ailleurs, souligné que : *"Sous réserve des technologies et matériels utilisés, la télévision diffusée sur ligne téléphonique ADSL peut présenter des garanties de protection des droits d'accès égales ou supérieures au câble et au satellite dans la mesure où :- les droits d'accès sont gérés par le DSLAM et non par le décodeur ; - les chaînes sont transmises en mode crypté aux DSLAM par le réseau national de transport filaire non accessible aux particuliers (FREE possède son propre réseau) : l'ensemble des flux audiovisuels ne va pas jusqu'au terminal de l'abonné mais est stocké dans le DSLAM, lui-même transmettant au terminal les chaînes une à une selon la demande ; - le décodeur (Freebox) ne peut fournir les chaînes demandées que s'il est connecté à la ligne téléphonique prévue ; - le signal vidéo entre le répartiteur téléphonique et le point terminal ne peut être dédoublé (par dérivation en piratage) sauf à supprimer l'alimentation de l'abonné"*.
65. Dans le cadre de l'instruction, il a, en outre, été souligné que deux systèmes de contrôle d'accès numérique existaient sur le satellite : Médiaguard utilisé par la société Canalsatellite et Viaccess de la société France Télécom utilisé par la société TPS. Sur la télévision par ADSL, des représentants du groupe Canal Plus ont précisé, lors de leur audition, que : *"Dans (le protocole signé avec France Télécom le 6 janvier 2004), France Télécom a exigé la maîtrise de la commercialisation du décodeur, privant ainsi Canalsatellite d'une partie importante des revenus sur un service qu'elle maîtrise en tant que distributeur"*.
66. Dans ces conditions, il semble, sous réserve de l'instruction au fond, que le système mis en place par la société Free (différent en ce que le contenu est géré directement au niveau du DSLAM et non au niveau du décodeur) permette également d'assurer une prestation de sécurisation.
67. En deuxième lieu, s'agissant de l'autre aspect de la sécurisation des contenus qui concerne les droits qu'y sont attachés, le directeur général adjoint du groupe France Télévisions a déclaré : *"Dans le cadre de l'offre TPS L, les chaînes gratuites sont actuellement diffusées après un accord de principe donné à TPS. Cet accord n'a pas été concrétisé par un"*

protocole signé dans l'attente d'une garantie de TPS sur la protection des droits de propriété littéraire et artistique (dont TPS doit faire son affaire) ; et sur l'identification de l'opérateur participant à l'offre de TV ADSL".

68. Cependant, dans le contrat conclu entre les sociétés TPS et France Télécom, aucune disposition n'a été prévue à cet égard hormis à l'article 3.4, suivant lequel : "*En tout état de cause, TPS sera responsable de la régularité de son bouquet au regard de ses obligations de toute nature vis-à-vis de ses clients et de ses fournisseurs, à l'exclusion de France Télécom*".
69. A ce stade de l'instruction, il apparaît donc que la question de la protection des droits attachés aux émetteurs se pose à l'ensemble des acteurs de ce nouveau secteur dont les négociations avec les différents organismes concernés se poursuivent.
70. En troisième lieu, s'agissant de la qualité de diffusion du service de télévision par ADSL de la société Free, il résulte des éléments du dossier que tous les éditeurs qui fournissent à cette entreprise des programmes se déclarent satisfaits et que la démonstration effectuée par les représentants de la société Free dans ses locaux, au cours de l'instruction s'est déroulée normalement.
71. En tout état de cause, les chaînes généralistes TF1 et M6, font l'objet d'une diffusion gratuite mais figurent aussi à titre exclusif dans le bouquet payant de TPS et sont donc, en ce qui concerne les abonnés de TPS, proposées seulement à ceux qui ont souscrit, tout à la fois, aux offres "*TPS*" et "*MaLigne tv*".
72. Or, dans son avis, le CSA a estimé que : "*L'attribution, à titre gratuit, d'une ressource rare – le réseau national de fréquences hertziennes terrestres – justifie pleinement que les titulaires d'une autorisation hertzienne terrestre ne mettent aucun obstacle à la diffusion la plus large possible de leur chaîne en France*".
73. De même, dans son avis, l'ART a souligné que : "*Concernant l'accès aux contenus audiovisuels, l'Autorité estime qu'il n'est pas exclu qu'une impossibilité d'accès des opérateurs dégroupés aux offres de contenu du bouquet TPS, et notamment les chaînes gratuites, puisse induire un effet de levier important en leur défaveur*".
74. Dans ses observations, le groupe TF1 fait valoir que l'exemption accordée à la société TPS par la décision du 3 mars 1999 de la Commission, est un indice du caractère non restrictif de concurrence d'une exclusivité de TF1 et M6 sur le bouquet TPS L. Cependant, dans cette décision, la Commission a relevé que : "*L'exclusivité portant sur ces chaînes pour la durée de l'accord (...) même limitée (...) à la qualité numérique par satellite, constitue une restriction de la concurrence, car elle prive les concurrents de TPS de l'accès à des programmes attrayants*" (article 3 de la décision n°1999/242/CE relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE point 107).
75. Dès lors que la Commission considère qu'une exclusivité de diffusion des chaînes TF1 et M6 pour le satellite relève d'une exemption prévue à l'article 81, paragraphe 3, du Traité, elle reconnaît par là même que cette exclusivité entre bien dans le champ de l'article 81, paragraphe 1, du Traité. Or, la définition des pratiques ainsi exemptées est d'interprétation stricte et ne saurait être étendue par analogie à un marché nouveau ou connexe.
76. En outre, dans une décision du 16 juillet 2003, la Commission a retenu que : "*Quand bien même l'accès à Internet à haut débit serait assimilé à un marché émergent, sa connexité avec un marché en phase de libéralisation et les risques d'effet de levier qui en découlent interdisent de lui appliquer des règles dérogatoires au droit commun de la concurrence communautaire*" (considérant 302).

77. L'exemption, accordée en 1999 pour la télévision par satellite, ne paraît donc pas devoir être étendue à la télévision par ADSL et ce, d'autant plus, qu'à ce stade de l'instruction, le cadre juridique actuel laisse entière l'application des règles du droit de la concurrence à ce secteur.
78. S'agissant de la société M6, actionnaire minoritaire de la société TPS, il convient de relever que le président de M6 a déclaré, lors de son audition *"il a été répondu par le courrier du 23 décembre (de TPS) et les documents fournis par TPS.... Le groupe M6 s'associe pleinement au fait que pour TPS la demande de mesures conservatoires est devenue sans objet du fait de la proposition de conditions générales de vente et tarifaires de TPS résultant de la lettre adressée le 23 décembre 2003 à la société FREE et remise dans le cadre de la présente procédure"*. Il faut noter par ailleurs, que les chaînes du groupe M6 sont diffusées à titre exclusif par satellite par TPS. Le comportement de la société M6 suscite donc les mêmes interrogations que celui du groupe TF1.
79. A ce stade de l'instruction, il ne peut donc être exclu que les pratiques des sociétés TF1, TPS et M6, dénoncées dans les saisines, soient de nature à dissuader certains opérateurs de proposer un service de télévision par ADSL, eu égard aux difficultés d'obtenir la fourniture de contenus attrayants.
80. Il résulte de ce qui précède qu'en l'état actuel de la procédure et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut être exclu que les pratiques, telles que précédemment décrites, aient pour objet et/ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence à l'égard des opérateurs alternatifs et de faire obstacle à l'ouverture à la concurrence du marché émergent des offres multiservices de communication par ADSL intégrant l'Internet haut débit, la télévision et le téléphone.

**SUR LA PRATIQUE AYANT CONSISTÉ POUR FRANCE TÉLÉCOM À PROPOSER UNE OFFRE DE
TÉLÉVISION PAR ADSL ALORS QU'ELLE EST ÉGALEMENT PRÉSENTE SUR LE SECTEUR DE
LA TÉLÉVISION PAR CÂBLE**

81. Dans sa saisine, la société NEUF TELECOM fait valoir que France Télécom, qui perçoit des redevances au titre des réseaux du plan câble dont elle est propriétaire tout en fournissant un service vidéo sur ADSL concurrent, tiendrait en « *tenaille* » les câblo-opérateurs qui exploitent ces réseaux.
82. Dans son avis n° 04-72, l'ART considère que : *"La position centrale de France Télécom dans le câble français peut probablement expliquer pourquoi la boucle locale câble n'est pas devenue une infrastructure concurrentielle alternative au réseau filaire de l'opérateur historique (...). Dans la durée, l'absence de pression concurrentielle que pourrait induire les réseaux câblés est certainement préjudiciable à l'ensemble du marché des services à haut débit"*.
83. Néanmoins, par l'état de l'instruction, aucun élément du dossier ne tend à démontrer que France Télécom mettrait en œuvre des pratiques ayant directement pour objet ou pour effet d'entraver l'activité du câblo-opérateur potentiellement concerné par le niveau de redevance, la société NC Numéricâble. En tout état de cause et comme le fait remarquer France Télécom, la société NEUF TELECOM n'indique pas en quoi elle aurait un intérêt à agir pour la défense des intérêts de NC Numéricâble, filiale à 100 % du groupe Canal Plus.
84. Sur ce point, la requête de la société NEUF TELECOM doit être rejetée pour défaut d'éléments probants.

SUR LA PRATIQUE AYANT CONSISTÉ POUR FRANCE TÉLÉCOM À GROUPER PLUSIEURS PRESTATIONS DANS LE CADRE DE SON SERVICE DE TÉLÉVISION ADSL

85. La société NEUF TELECOM dénonce "*l'existence d'une vente liée entre offre de transport et offre d'accès et les équipements de télévision numérique avancés*" au travers des prestations vidéo de France Télécom au stade de la vente en gros et au détail.
86. Contrairement au service concurrent offert par la société NEUF TELECOM, il apparaît, en effet, que France Télécom lie à sa prestation technique la mise à disposition d'un terminal et d'une télécommande ainsi que des services de cryptage (Viaccess) et de vidéo à la demande (VoD).
87. Au surplus, la prestation vidéo de France Télécom recouvre à la fois les segments de l'accès (au niveau des DSLAM), de la desserte locale (entre les DSLAM et un point de présence urbain) et du transport (entre les points de présences urbains et la tête de réseau). Le protocole d'accord entre les sociétés France Télécom et TPS prévoit en particulier une tarification commune pour ces deux derniers segments incluant une partie fixe par ville pour toute la durée du contrat.
88. Au cours de la séance du 3 mars 2004, France Télécom a néanmoins attiré l'attention du Conseil sur le fait qu'à l'heure actuelle, l'ensemble des opérateurs groupent les prestations vidéo sur ces trois segments. La dissociation de ces prestations pourrait donc soulever des difficultés techniques liées à la qualité du signal vidéo.
89. Mais la société NEUF TELECOM fait valoir que ce couplage interdit aux fournisseurs de programmes de télévision, clients de France Télécom, de faire appel aux différents opérateurs d'accès qui pourraient, selon elle, se situer en aval d'un même opérateur de transport.
90. Il ne peut donc être exclu, en définitive, que la pratique dénoncée, mise en œuvre par un opérateur fournissant 91 % des accès ADSL, constitue un comportement abusif.

SUR LA PRATIQUE AYANT CONSISTÉ POUR FRANCE TÉLÉCOM À METTRE EN PLACE UN SYSTÈME DE SUBVENTIONS CROISÉES ENTRE LES DIFFÉRENTS SEGMENTS DE L'OFFRE « MALIGNE TV »

91. La société NEUF TELECOM dénonce le « risque de subventions croisées entre les différents segments de l'offre de bout en bout ».
92. Dans un avis n° 03-1298 du 9 décembre 2003, l'ART estimait que, pour un dégroupé, le coût de fourniture d'un accès ADSL était supérieur à 12 € par mois, frais d'accès au service amortis sur trois ans inclus.
93. Or, sous cette même hypothèse, le revenu dégagé par France Télécom pour le service « MaLigne tv » s'établit à 14,8 € HT par mois. La marge dégagée par un dégroupé pour fournir un service équivalent serait donc inférieure à 2,8 € par mois, ce qui paraît insuffisant pour couvrir le coût des équipements mis à disposition et les frais de commercialisation du service.
94. Il ne peut donc être exclu que France Télécom en pratiquant un prix sur lequel ses concurrents ne peuvent s'aligner sans consentir de pertes, ait mis en œuvre une pratique tarifaire d'éviction en abusant de sa position de détenteur de la boucle locale de téléphonie fixe.

SUR LA PRATIQUE AYANT CONSISTÉ POUR FRANCE TÉLÉCOM À ENTRAVER LE DÉVELOPPEMENT D'OFFRES D'ACCÈS ADSL VIDÉO CONCURRENTES

95. En premier lieu, la société NEUF TELECOM reproche à France Télécom de lui refuser, depuis juillet 2003, l'installation, dans le cadre du dégroupage, d'équipements qu'elle juge pourtant *"indispensables pour fournir à un coût raisonnable la diffusion de chaînes par ADSL"*. Il s'agit des commutateurs Ethernet et des serveurs vidéo.
96. Toutefois, la requérante n'indique pas en quoi il lui serait nécessaire d'installer un serveur vidéo à ce niveau du réseau. France Télécom a, par ailleurs, fait valoir qu'elle n'envisageait de déployer, pour son service de vidéo à la demande (VoD), qu'un serveur vidéo par ville.
97. En revanche, et selon l'avis n° 04-72 rendu par l'ART : *"L'installation de commutateurs Ethernet en salle de dégroupage permet à un opérateur d'adopter une configuration de réseau en boucle. Cette architecture permet à la fois de sécuriser les flux transportés et de minimiser les coûts de transport"*. Tandis que le réseau de desserte de France Télécom est configuré en étoile, solution jugée *"économiquement peu efficace"*, la société Free a pu déployer une architecture en boucle en incorporant à ses DSLAM les fonctionnalités nécessaires.
98. Selon l'ART, la demande de la société NEUF TELECOM paraît donc *"raisonnable"* au sens du règlement européen sur le dégroupage, qui fait obligation à France Télécom de donner suite aux demandes d'accès de ce type. Le refus de France Télécom lui semble également discriminatoire par rapport à la position adoptée à l'égard de la société Free.
99. En second lieu, la société NEUF TELECOM indique qu'elle a sollicité en vain France Télécom, depuis septembre 2003, en vue de migrer en masse ses clients depuis des DSLAM Internet vers des DSLAM vidéo avec un délai maximal d'interruption du service garanti. Une telle procédure serait pourtant prévue dans l'offre de référence d'accès à la boucle locale.
100. Dans son avis, l'ART indique qu'il est plus précisément prévu qu'un opérateur bénéficiant d'un accès dégroupé peut commander sur la même ligne un nouvel accès se substituant au premier. *"Cependant, le système d'information et de gestion des commandes mis en place par France Télécom ne permet pas"* cette opération. La mise à niveau correspondante ne sera par ailleurs *"effective qu'à l'automne 2004."* L'ART signale néanmoins qu'une *« solution transitoire »* pourrait consister à créer dans ce système d'information un deuxième NEUF TELECOM, *"virtuel"*, qui recevrait les accès cédés par le premier dans le cadre de la *"fonctionnalité existante"* de substitution entre opérateurs différents.
101. L'ART ajoute toutefois qu'en matière de migration, *"la solution normale pour un opérateur est de procéder, en salle ou espace de dégroupage, à un débranchement et un re-branchement de câbles ou de jarretières, sur la partie du câblage qui est de sa responsabilité"*.
102. Mais, selon France Télécom, la société NEUF TELECOM ne serait pas en mesure d'agir de la sorte *"au moins dans un certain nombre de cas"* en raison des *"choix d'ingénierie"* qu'elle aurait adoptés en matière de câblage. Ainsi, la requérante tenterait-elle de *"trompeusement imputer ses carences et son propre refus d'y faire face par ses propres moyens à la "responsabilité" de France Télécom"*.
103. Il reste que la procédure sollicitée par la société NEUF TELECOM est explicitement prévue par les conventions de dégroupage et que, dans certaines configurations dues à

l'aménagement des salles de dégroupage, elle peut d'avérer nécessaire à la migration des accès, indépendamment des choix propres de la société saisissante.

104. Au vu de ce qui précède, il ne peut donc être exclu que France Télécom ait abusé de sa position de détenteur de la boucle locale de téléphonie fixe en agissant de façon discriminatoire ou en adoptant une attitude dilatoire à l'encontre de la société NEUF TELECOM.

SUR LA PRATIQUE CONSISTANT À COMMERCIALISER UNE OFFRE AYANT POUR EFFET D'EXCLURE LES OFFRES ADSL FONDÉES SUR LE DÉGROUPEMENT

105. Selon la société NEUF TELECOM, *"toute souscription par un abonné d'une offre MaLigne TV entraînera ipso facto la résiliation de l'offre d'accès haut débit correspondante lorsque celle-ci est fournie par un opérateur dans le cadre du dégroupage. L'utilisateur haut débit sera alors un candidat facile pour la souscription d'une offre d'accès haut débit de Wanadoo"*.
106. Dans ses observations, France Télécom reconnaît que *"MaLigne TV est incompatible avec l'exploitation de la ligne large bande du client par un autre opérateur large bande"* mais ajoute que *"cette incompatibilité est totalement et exclusivement inhérente au fait que, en l'état de la technologie et de la réglementation, il ne peut exister qu'un seul opérateur d'accès large bande sur la ligne téléphonique."*
107. L'ART confirme cette contrainte technique et souligne les risques qui en résultent pour la concurrence au travers d'un *"effet de levier"* qui offrirait à France Télécom la possibilité, par le biais de ses offres vidéo, de *"renforcer sa position sur le marché de l'accès ADSL et des services d'accès à Internet haut débit"* de Wanadoo.
108. Selon France Télécom, ce phénomène serait toutefois à l'œuvre *"évidemment" dans tous les sens*. Le prendre en compte uniquement en ce qui la concerne *"aboutirait à la fois à condamner per se MaLigne TV, comme un abus automatique, et à imposer à France Télécom une asymétrie dans cette concurrence"*, ce qui serait d'autant moins justifié qu'elle s'estime *« en retard par rapport à Free »*.
109. Mais, de jurisprudence constante, une entreprise en position dominante a la responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à l'exercice d'une concurrence effective sur le marché.
110. Or, à ce jour, France Télécom est le seul opérateur d'accès à bénéficier d'approvisionnements exclusifs en accès ADSL, à la fois de la part de la société TPS et de sa filiale Wanadoo, ce qui, dans un contexte d'incompatibilités, constitue un atout d'autant plus important que le parc de clients haut débit de Wanadoo est prépondérant, puisqu'il représente, fin 2003, la moitié du parc national (1,75 million sur 3,5 millions) et que *"MaLigne tv"* est commercialisée en agences France Télécom.
111. De plus, il semble que France Télécom ait adopté une attitude dilatoire à l'égard des FAI malgré la proposition qui leur avait été faite de *"discuter (...) des modalités de développement conjoint de l'offre de télévision numérique"*. Elle n'a pas non plus répondu à la demande de la société LDCOM d'aborder la question de la compatibilité des offres de gros fournies aux fournisseurs d'accès à Internet ou aux fournisseurs de programmes de télévision avec l'accès ADSL sous-jacent suivant qu'il est fourni par France Télécom ou par un dégroupéur.

112. Il ne peut donc être exclu que France Télécom ait, en agissant ainsi, adopté un comportement abusif.

SUR LA PRATIQUE CONSISTANT À CRÉER DES INCOMPATIBILITÉS AU NIVEAU DES MODEMS

113. Selon la société NEUF TELECOM, France Télécom aurait, en matière de modems, fait "*le choix d'une technologie radicalement incompatible avec ce qui existe (ATM vs IP)*".
114. Mais, comme l'indique France Télécom dans ses observations, le développement de son service vidéo n'a pas entraîné de modification sur ce plan puisque ses services ADSL pour l'Internet fonctionnent déjà sous ATM.
115. En revanche, l'ART souligne dans son avis que la plupart des modems commercialisés jusqu'à présent, "*conçus spécifiquement pour la fourniture de services d'accès à Internet, ne comprennent pas de port de sortie pour les flux télévisuels.*" Aussi, l'avènement d'offres multiservices sur l'ADSL suppose une évolution du parc de modems.
116. Néanmoins, France Télécom a indiqué, au cours de son audition du 28 janvier 2004, avoir pratiqué les tests nécessaires pour garantir que les services Internet actuellement proposés par des fournisseurs d'accès à Internet à partir d'accès ADSL fournis par elle soient compatibles avec les modems multiservices (« multi-VC ») qu'elle commercialise en complément de "*MaLigne tv*".
117. Sur ce point, la requête de la société NEUF TELECOM doit donc être rejetée pour défaut d'éléments probants.

SUR L'ENTENTE ENTRE FRANCE TELECOM ET TPS REPROCHÉE PAR LA SOCIÉTÉ NEUF TELECOM

118. La requérante dénonce le caractère, selon elle illicite de l'accord passé entre les sociétés France Télécom et TPS et qui constituerait une entente anticoncurrentielle.
119. L'accord entre ces entreprises entraînerait "*une coordination forte des comportements concurrentiels des deux*" signataires, portant notamment sur les tarifs pratiqués au détail. LDCOM rappelle les dispositions de l'article 3.6 du contrat, selon lesquelles : "*Afin d'assurer la compétitivité des offres objets du présent MoU, les Parties conviennent que le prix payé par le client final sera, à périmètre d'offre équivalent (comprenant la STB, l'Accès ADSL vidéo et le Bouquet TPS par ADSL), équivalent à celui payé pour accéder aux offres de TPS sur le marché de la télévision payante*".
120. Dans les faits, il apparaît que la somme des abonnements mensuels (TTC) de "*MaLigne tv*" et "*TPS L*" s'établit à 37 € contre 35,5 € pour l'offre "*TPS Prestige*" de TPS (soit le montant de l'abonnement 27,50 € ajouté au coût du décodeur de 8 € par mois), équivalente à l'offre "*TPS L*". Ces éléments ont d'ailleurs été confirmés par les représentants du groupe TF1 lors de leur audition.
121. Dans la mesure où, d'une part, la société France Télécom fournit aux abonnés de "*MaLigne tv*" une prestation de mise à disposition des programmes de TPS qui est équivalente à celle que la société TPS intègre dans ses offres satellite et où, d'autre part, les offres "*MaLigne tv*" et "*TPS L*" sont distribuées en agence par France Télécom, il ne peut être exclu que les sociétés France Télécom et TPS aient mis en œuvre une entente anticoncurrentielle, horizontale et/ou verticale.

122. Ces pratiques, émanant d'un opérateur en situation de monopole sur l'accès à la paire de cuivre et largement dominant sur l'accès ADSL, sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE.
123. Ainsi, il ne peut être exclu, en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, que l'ensemble des pratiques dénoncées dans les saisines et précédemment relevées, entrent dans le champ d'application des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, et des articles 81 et 82 du Traité de Rome, dès lors qu'elles affecteraient une partie substantielle du marché national.

III. – Sur la demande de mesures conservatoires

124. Accessoirement à leur saisine, les sociétés Iliad et Free demandent, à titre conservatoire, au Conseil :
- *"qu'il enjoigne à l'entreprise TF1, voire Métropole Télévision, de leur fournir dans un délai de 15 jours les conditions contractuelles et tarifs pour les contenus de chacune des chaînes éditées par leur groupe et notamment TF1, M6, LCI, Eurosport, Odyssée en format numérique, à des conditions non discriminatoires et transparentes ;*
 - *qu'il enjoigne à l'entreprise TF1, voire Métropole Télévision, d'apporter au Conseil, dans un même délai de 15 jours, la justification de la fourniture de ces offres afin qu'il puisse en vérifier le caractère raisonnable et proportionné à la valeur du service ;*
 - *qu'il suspende la commercialisation de l'offre TF1 – France Télécom et toute communication y afférente jusqu'à ce qu'il ait pu vérifier l'effectivité et le caractère raisonnable desdites offres qui devront être faites aux sociétés Iliad et Free".*
125. Pour sa part, la société NEUF TELECOM demande au Conseil :
- *"d'ordonner à France Télécom de lever immédiatement les contraintes techniques et opérationnelles, en termes de compatibilité et de colocalisation, restreignant la collecte de flux vidéos en accordant aux opérateurs la possibilité d'héberger dans les salles de colocalisation les serveurs vidéo et commutateurs Ethernet indispensables ;*
 - *d'accorder et garantir à LDCOM des délais de traitement des demandes de migration de ses clients entre un DSLAM Internet et un DSLAM vidéo égaux à celui qu'elle applique à l'activation d'accès IP/ADSL / Netissimo ;*
 - *d'enjoindre à France Télécom de suspendre l'extension de son service Ma LigneTV ou de tout service équivalent en ce qu'il associe de manière indissociable le transport de services de télévision interactive à une offre d'accès à la boucle locale et un équipement de télévision numérique avancé, selon une technologie supposant la modification des équipements utilisés actuellement pour l'accès Internet haut-débit, et en ayant recours à ses agences, au delà de l'expérimentation en cours dans le quartier de la Part-Dieu à Lyon :*
- et s'agissant de cette suspension, aussi longtemps*
- *que la détermination des marchés de référence exigeant des obligations ex ante ainsi que la remèdes appropriés ne seront pas intervenus conformément Directives 2002/21/CE et 2002/77/CE ;*

- *les FAI n'auront pas pu assurer la compatibilité de leurs équipements et de leurs architectures, si nécessaire, afin de rendre l'architecture existante compatible avec l'architecture imposée par France Télécom ;*

sauf pour elle à s'être retirée du câble :

- *en cédant ses participations directes ou indirectes, majoritaires ou minoritaires détenues dans le capital de tout câblo-opérateur et en cédant les infrastructures qu'elles détient encore".*

126. Aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, les mesures conservatoires "*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 des consommateurs ou à l'entreprise plaignante*". Les mesures susceptibles d'être prises à ce titre "*doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* Conseil."
127. La société France Télécom soutient que le Conseil ne saurait prononcer de mesures conservatoires différentes de celles demandées par le saisissant, par le commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, par une ou plusieurs autorités saisies par le Conseil pour avis ou par son rapporteur, en séance.
128. Sur ce point, il est prévu à l'article L. 464-1, alinéa 1^{er}, du code de commerce, que le Conseil de la concurrence a le pouvoir de "*prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires*". Dans une décision 03-MC-03 du 1^{er} décembre 2003, le Conseil a, d'ailleurs, précisé : "*Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, l'article L. 464-1 du code de commerce donne compétence au Conseil de la concurrence pour prendre « les mesures (conservatoires) qui lui apparaissent nécessaires», sans qu'il soit nécessaire qu'elles soient définies par les parties*". Dans un arrêt du 21 mai 2002, la cour d'appel de Paris a confirmé le pouvoir du Conseil de prendre, en matière de mesures conservatoires, toute décision "*de nature à prévenir ou à redresser les situations économiques déviantes, même si ces mesures ne sont pas demandées par les parties. Le Conseil de la concurrence n'est donc pas lié par la demande de mesures conservatoires, telle que formulée par les parties*". Le moyen mis en œuvre par la société France Télécom doit, en conséquence, être écarté.

SUR LA PROCÉDURE SUIVIE PAR LE CONSEIL POUR L'EXAMEN DES MESURES CONSERVATOIRES

129. Au cours de la séance du 3 mars 2004, les rapporteurs et le rapporteur général ont, oralement évoqué six mesures relatives au secteur des télécommunications, du dégroupage et de la fourniture d'accès à Internet que le Conseil pourrait prendre à titre conservatoire pour remédier aux effets néfastes des pratiques dénoncées par la société NEUF TELECOM. Il s'agissait de mesures sensiblement différentes de celles proposées par NEUF TELECOM dans sa saisine.
130. Compte tenu du caractère technique et éventuellement complexe de ces propositions, la présidente du Conseil présidant la séance a demandé qu'elles soient formulées par écrit et transmises aux parties, un délai de 8 jours étant accordé à ces dernières et au commissaire du Gouvernement pour faire valoir leurs observations.

131. Les propositions ont également été transmises, pour avis, à l'ART, qui les a examinées dans sa séance du 15 mars 2004 et a rendu un avis au Conseil. Cet avis ainsi que les observations des parties ont été communiqués à chacune d'entre elles.
132. Les débats ont repris lors d'une nouvelle séance, tenue par le Conseil le 25 mars 2004, au cours de laquelle le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les parties ont été entendus sur les six mesures conservatoires proposées par les rapporteurs.

S'AGISSANT DE L'ATTEINTE GRAVE ET IMMÉDIATE À L'INTÉRÊT DES CONSOMMATEURS

133. Dans son avis du 15 janvier 2004, l'ART indique que *"les consommateurs ne sont (...) pas nécessairement conscients du fait qu'ils ne peuvent souscrire à l'offre "Ma Ligne TV" de France Télécom sans résilier de fait leur éventuel accès Internet dégroupé [ni] du fait que s'ils sont abonnés à "Ma Ligne TV", ils ne peuvent par la suite souscrire un abonnement à un accès Internet haut débit sur lien dégroupé sans venir annuler leur offre "Ma Ligne TV".*
134. Il ressort, en effet, du dossier que les documents publicitaires et promotionnels relatifs à *"MaLigne tv" et "TPS L"* ne font pas, directement ou indirectement, référence aux incompatibilités existant entre services.
135. S'agissant d'un service encore mal connu du grand public et commercialisé dans les agences France Télécom, auprès desquelles le client peut demander la résiliation du dégroupage de sa ligne téléphonique, le lancement d'une telle offre auprès d'un public non nécessairement averti, peut conduire à priver un certain nombre de consommateurs de l'accès à des services innovants ou économiquement favorables sans qu'ils en aient fait le choix éclairé. Ce point est d'autant plus notable que l'offre *"Ma Ligne tv"* bénéficie, à ce stade de l'instruction, d'une exclusivité de fait pour la diffusion du bouquet TPSL.

S'AGISSANT DE L'ATTEINTE GRAVE ET IMMÉDIATE À L'ÉCONOMIE DU SECTEUR INTÉRESSÉ

136. Dans l'avis qu'il a rendu le 27 janvier 2004, le CSA souligne que : *"La reproduction sur le marché émergent de la télévision par ADSL du système d'exclusivités portant sur les chaînes hertziennes gratuites privées, tel qu'il existe en matière de distribution satellitaire, interdit l'entrée de nouveaux acteurs dans la distribution susceptibles de proposer aux consommateurs des offres nouvelles et économiquement intéressantes."*
137. Toutefois, il n'apparaît pas, à ce stade de l'instruction, que la diffusion des chaînes TF1 ou M6, dont les programmes sont accessibles gratuitement par voie hertzienne terrestre pour la plupart des téléspectateurs, constitue, pour un offreur de télévision payante telle la société Free, un enjeu crucial et soit indispensable à l'élaboration d'une offre économiquement viable.
138. S'agissant des différentes chaînes payantes éditées par les groupes TF1 et M6 incluses dans le bouquet TPS, le CSA indique, dans son avis, que *"Les chaînes conventionnées ou déclarées pour une distribution par câble ou une diffusion par satellite relèvent d'une économie marchande classique. Aucune ressource rare ne leur est affectée. Aucune*

obligation de reprise n'est imposée aux distributeurs par la loi ou les règlements". Il convient de relever qu'à la suite de l'envoi de la lettre du 23 décembre 2003 du président de TPS, les dirigeants de TF1 et M6 ont déclaré, lors de la séance du Conseil, qu'ils étaient prêts à discuter de bonne foi avec la société Free des conditions, notamment techniques, dans lesquelles Free pourrait diffuser certaines de leurs chaînes. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes de mesures conservatoires formulées par les sociétés Iliad et Free.

139. En revanche, dans son avis, l'ART fait valoir que *"Les opérateurs qui se sont engagés dans le dégroupage de la boucle locale ont, quant à eux, installé des DSLAM dans les salles de cohabitation pour le dégroupage d'environ 300 répartiteurs. Ils sont ainsi potentiellement en mesure de couvrir environ un tiers de la population française en accès ADSL. Fin 2004, ils pourraient être présents dans 600 répartiteurs et atteindre une couverture potentielle en accès ADSL d'environ 50%. Le décollage du dégroupage durant l'année 2003 a permis le développement d'une concurrence par les infrastructures pour les services ADSL. Environ 8% du parc ADSL en France est fondé désormais sur le dégroupage. L'année 2004 devra venir confirmer les taux de croissance prometteurs vus en 2003 pour que le dégroupage s'impose comme le moteur principal du développement du marché de l'ADSL."* Cette évolution est, elle-même, à l'origine d'un développement de la concurrence sur le marché de l'accès à Internet à haut débit. Selon l'ART *"cette dynamique pourrait être ralentie par l'apparition de l'offre "MaLigne tv" (...) avec un nombre élevé de souscripteurs à son offre d'accès audiovisuel par ADSL, France Télécom pourrait bénéficier d'un effet de levier pour renforcer sa position sur le marché de l'accès ADSL et des services d'accès Internet haut débit"*
140. Compte tenu de l'importance du dégroupage comme élément moteur de la croissance et de la concurrence dans le secteur du haut débit, de son démarrage récent en 2003 et du caractère crucial de l'année 2004 pour son implantation, il convient d'être particulièrement vigilant à l'égard de pratiques qui pourraient de manière délibérée entraver son développement en limitant pour les opérateurs les possibilités techniques et économiques de répliquer les offres audiovisuelles de France Télécom par l'intermédiaire du dégroupage.
141. Or, il ressort du dossier que la société NEUF TELECOM n'est pas, à ce jour, en mesure de proposer aux fournisseurs de programmes de télévision un service ADSL vidéo à grande échelle du fait du comportement adopté par France Télécom, en tant que détenteur de la boucle locale de téléphonie fixe, pour la gestion des conventions de dégroupage.
142. En outre, les fournisseurs de programmes TV lorsqu'ils sont, comme la société TPS, clients de France Télécom, n'ont aucun intérêt à faire appel, pour une ville de province donnée, à une multitude d'opérateurs d'accès du fait du couplage, notamment tarifaire, opéré par France Télécom entre les prestations de desserte locale et de transport national des flux vidéo. Or, ces deux prestations sont étroitement liées dans le contrat passé pour une durée de 10 ans entre TPS et France Télécom et le mode de facturation retenu ne permet pas d'envisager la mise en concurrence séparée de ces deux prestations.
143. Les pratiques en cause, qui menacent l'ouverture à la concurrence du secteur de l'ADSL, portent gravement atteinte à l'économie de ce secteur. Elles revêtent en outre un caractère d'immédiateté, eu égard au fait que l'année 2004 est considérée, par l'ensemble des acteurs, comme l'année du haut débit et alors que, selon l'ART, *"la concurrence en matière de réseaux haut débit (...) est récente et encore fragile"*.
144. S'agissant d'un service tout à fait nouveau qui vient d'être lancé et dont il est difficile de prévoir précisément le développement qui a été demandée par les parties saisissantes, il

apparaît qu'une mesure tendant à suspendre l'offre de France Télécom ou à cantonner son développement n'apparaît pas proportionnée à la nature des atteintes constatées.

145. En revanche, dans l'attente d'une décision au fond, il y a lieu de prononcer, les mesures conservatoires suivantes :

- Il est enjoint à la société TPS d'insérer, en caractères nettement lisibles, dans tous ses documents promotionnels ou publicitaires relatifs à la commercialisation du service "TPS L" diffusés à compter de la date de notification de la présente décision, la mention : "*Offre soumise aux conditions techniques particulières figurant à l'article 2.2 (point 2) des Conditions Générales d'Abonnement*"; étant précisé qu'aux termes de cet article :

"L'accès aux services proposés par TPS est conditionné par le fait que la ligne téléphonique fixe de l'abonné soit :

- *analogique ;*
- *raccordable techniquement aux conditions d'accès de France Télécom ;*
- *éligible géographiquement et techniquement et capable techniquement de supporter les débits nécessaires à la technologie ADSL.*

Ladite ligne téléphonique fixe ne doit pas par ailleurs, être dégroupée : en particulier, si l'abonné est également abonné à un fournisseur d'accès à Internet qui a recours à un opérateur de télécommunications pratiquant le dégroupage pour échanger des données sur le réseau téléphonique grâce à une liaison haut débit ADSL ou bas débit, l'accès aux services proposés par TPS ne sera pas possible. Le dégroupage de la ligne téléphonique fixe de l'abonné est considéré par TPS comme un motif légitime de résiliation du présent contrat".

- Il est enjoint à la société France Télécom d'insérer, en caractères nettement lisibles, dans tous ses documents promotionnels ou publicitaires relatifs à la commercialisation du service "MaLigne tv" diffusés à compter de la date de notification de la présente décision, la mention : "*Offre soumise aux conditions techniques particulières figurant à l'article 4 (point 3 du premier paragraphe) des Conditions Spécifiques*"; étant précisé qu'aux termes de cet article :

"Pour pouvoir être raccordé au Service, le client doit disposer d'une ligne téléphonique non dégroupée, isolée, analogique, en service et répondant aux caractéristiques de la technologie ADSL utilisée par France Télécom pour la fourniture de ce Service. Si le client est internaute, ce dernier s'informe, et se tient régulièrement informé, auprès de son fournisseur d'accès à Internet, du fait que les conditions d'accès à Internet satisfont aux conditions d'accès au Service."

- Il est enjoint à France Télécom, dans un délai de deux semaines à compter de la notification de la présente décision, d'autoriser la société NEUF TELECOM à installer les équipements nécessaires au raccordement de ses DSLAM vidéo à son réseau de desserte en boucle, notamment les commutateurs Ethernet et de répondre aux commandes d'accès de la société Neuf Télécom, y compris lorsque cet opérateur est à la fois « émetteur » et « preneur ». Ces prestations seront fournies à la société NEUF TELECOM dans le cadre des relations contractuelles existantes, dans des conditions non discriminatoires et dans la limite des fonctionnalités que permettent les DSLAM commercialisés sur le marché ;

- Il est enjoint à la société France Télécom, à compter de la date de notification de la présente décision, de présenter séparément, dans tout contrat relatif à des prestations ADSL vidéo, y compris les contrats existants, le prix du transport et le prix de desserte locale des flux vidéo. Cette présentation tarifaire précisera également que les deux prestations sont commercialement indépendantes et peuvent être assurées par deux opérateurs différents.

DECISION

Article 1^{er} : La saisine de la société NEUF TELECOM est rejetée pour défaut d'éléments probants en ce qu'elle vise la société France Télécom pour sa position dans le secteur du câble et le choix des modems utilisés pour le service "*Ma Ligne tv*".

Article 2 : Il est enjoint à la société TPS, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond :

- d'insérer, en caractères nettement lisibles, dans tous ses documents promotionnels ou publicitaires relatifs à la commercialisation du service "*TPS L*" diffusés à compter de la date de notification de la présente décision, la mention : "*Offre soumise aux conditions techniques particulières figurant à l'article 2.2 (point 2) des Conditions Générales d'Abonnement*".

Article 3 : Il est enjoint à la société France Télécom à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond :

- d'insérer, en caractères nettement lisibles, dans tous ses documents promotionnels ou publicitaires relatifs à la commercialisation du service "*MaLigne tv*" diffusés à compter de la date de notification de la présente décision, la mention : "*Offre soumise aux conditions techniques particulières figurant à l'article 4 (point 3 du premier paragraphe) des Conditions Spécifiques*";
- dans un délai de deux semaines à compter de la notification de la présente décision, d'autoriser la société NEUF TELECOM à installer les équipements nécessaires au raccordement de ses DSLAM vidéo à son réseau de desserte en boucle, notamment les commutateurs Ethernet et de répondre aux commandes d'accès de la société Neuf Télécom, y compris lorsque cet opérateur est à la fois "émetteur" et "preneur". Ces prestations sont fournies à la société NEUF TELECOM dans le cadre des relations contractuelles existantes, dans des conditions non discriminatoires et dans la limite des fonctionnalités que permettent les DSLAM commercialisés sur le marché ;
- à compter de la date de notification de la présente décision, de présenter séparément, dans tout contrat relatif à des prestations ADSL vidéo, y compris dans les contrats existants, le prix du transport et le prix de desserte locale des flux vidéo. Cette présentation tarifaire précise également que les deux prestations sont commercialement indépendantes et peuvent être assurées par deux opérateurs différents.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Cramésnil de Laleu et M. Soriano par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président, et MM. Charrière-Bournazel, Lasserre, Piot et Robin, membres.

La secrétaire de séance,

La présidente,

Christine Charron.

Marie-Dominique Hagelsteen

© Conseil de la concurrence