



Décision n° 03-MC-03 du 1^{er} décembre 2003
relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Towercast
à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société TéléDiffusion de France (TDF)

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 25 juillet 2003, sous les numéros 03/0048 F et 03/0049 M, par laquelle la société Towercast a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société TéléDiffusion de France (TDF) et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, fixant ses conditions d'application ;

Vu la décision en date du 23 septembre 2003, par laquelle la présidente du Conseil a fait application de l'article L. 463-4 du code de commerce ;

Vu l'avis rendu le 30 septembre 2003 par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, en application de l'article 35 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par les sociétés Towercast et TDF et le commissaire du Gouvernement ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Towercast et TDF entendus, la société Radio France entendue sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 alinéa 2 du code de commerce, lors de la séance du 28 octobre 2003 ;

I - Constatations

La saisine

1. Le Conseil de la concurrence a été saisi par la société Towercast, qui estime que la société TDF abuse de sa position dominante sur le marché de la diffusion des programmes publics en modulation de fréquence, en ayant conclu, le 7 juillet 2000, avec Radio France, un contrat d'une durée excessive, ayant pour objet de conférer à TDF le monopole de la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France en FM jusqu'en 2007, alors que la directive 2002/77/CE de la Commission, qui procède à l'ouverture à la concurrence de ce marché, est entrée en vigueur le 25 juillet 2003.
2. Par ailleurs, Towercast précise dans sa saisine que TDF s'est livré à une pratique semblable sur le marché de la diffusion des programmes publics en AM en concluant avec Radio France un contrat conférant à TDF le monopole de la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France en modulation d'amplitude en ondes moyennes jusqu'au 31 décembre 2007 et en ondes longues jusqu'au 31 décembre 2018.
3. Accessoirement à sa saisine au fond, Towercast demande, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, l'octroi de mesures conservatoires.

Le secteur

4. Le secteur sur lequel sont alléguées les pratiques de TDF est le secteur de la diffusion technique des services de radio. Selon le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), "*Cette activité peut*

être définie en deux temps. D'une part, elle consiste en une prestation de transport du son depuis les studios de l'éditeur jusqu'à l'émetteur ou au réseau d'émetteurs. D'autre part, elle consiste à diffuser le signal sonore modulé et amplifié par les émetteurs, via un système d'antennes fixé au sommet d'un pylône, à destination du public. Cette activité peut comprendre des prestations connexes telles que le traitement du son, la diffusion de décrochages locaux et la diffusion de données RDS qui permet l'affichage du nom et de la fréquence d'émission de la radio sur le poste de réception".

5. Pour la diffusion des services de radio par voie hertzienne terrestre, les ondes radioélectriques passent par des bandes de fréquences qui sont utilisées selon deux modulations, la modulation d'amplitude (AM) et la modulation de fréquence (FM), chacune présentant des caractéristiques propres.

Les entreprises

6. La société Towercast est une "Tower Company", filiale à 100 % du groupe radiophonique NRJ Group, qui se présente comme le premier diffuseur privé français de radios en FM. Elle n'exerce à ce jour aucune activité de diffusion radio en AM ni aucune activité de télédiffusion, mais espère développer à l'avenir une telle activité grâce à la Télévision Numérique Terrestre (TNT).
7. La société TDF est une société anonyme créée en application de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée le 1^{er} août 2000 relative à la liberté de communication [ci-après "loi du 30 septembre 1986"]. L'article 51 de cette loi confère 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. Parallèlement à l'exécution de ces missions de service public, TDF est en situation de pleine concurrence avec plusieurs autres opérateurs pour offrir aux chaînes privées de radio et de télévision des services de diffusion hertzienne terrestre en mode analogique.
8. La société Radio France est une société nationale de programmes créée par la loi du 30 septembre 1986. Elle est concernée par la saisine de Towercast dans la mesure où, si Towercast reproche à TDF un abus de position dominante sur le marché de la diffusion des programmes de Radio France, elle demande au Conseil de la concurrence de prendre certaines mesures conservatoires consistant notamment en une injonction de faire, donnée à Radio France.

Les conventions

9. En vertu de la loi du 30 septembre 1986 et de ses décrets d'application, TDF et Radio France ont conclu deux conventions conférant à TDF le monopole de la diffusion des programmes de Radio France en FM et en AM :
 - La convention FM, signée le 22 octobre 1992, est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992, pour une durée initiale de 3 ans courant jusqu'au 31 décembre 1994. Elle permet la diffusion, sur tout le territoire métropolitain, de France Inter, France Musique, France Culture, France Info et sur une partie du territoire de FIP et de stations locales de Radio France dénommées "France bleue". L'avenant n° 1 des 13 et 28 février 1995 précise ou remplace certaines dispositions de la convention FM. L'avenant n° 2 des 7 et 25 septembre 1995, conclu avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1994, modifie le prix des prestations et la durée de la convention FM qui est prorogée de 5 ans, reportant son échéance au 31 décembre 1999. L'avenant n° 3 du 18 décembre 1997 prolonge de nouveau la durée de la convention FM de 3 ans, portant son échéance au 31 décembre 2002. L'avenant n° 4 du 7 juillet 2000 modifie les dispositions de la convention FM relatives au transport des programmes. Le protocole d'accord sur les extensions FM et les nouveaux services du 7 juillet 2000, conclu avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2000, prolonge la durée de la convention FM jusqu'au 31 décembre 2007.
 - La convention AM du 4 mai 1994, entrée en vigueur avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1994, pour une durée initiale de 14 ans, venant à expiration au 31 décembre 2007, est modifiée par 2 avenants et un protocole du 13 juillet 2001, qui proroge la convention AM, pour la

diffusion en ondes longues du programme France Inter uniquement, jusqu'au 31 décembre 2018.

Le cadre juridique

Le cadre législatif et réglementaire national

10. La loi du 30 septembre 1986, et notamment son article 51, confère à TDF l'exclusivité de *"la diffusion et la transmission, en France et vers l'étranger, par tous procédés analogiques de télécommunication, des programmes des sociétés mentionnées aux articles 44 et 45"*, dont Radio France (article 44 III). En outre, en vertu de l'article 54 de cette loi, TDF est seule tenue de diffuser les déclarations et communications du gouvernement en temps de crise, dans le cadre de la sauvegarde de l'ordre public et des besoins de la défense nationale. Les relations entre TDF et Radio France sont organisées par les articles 47 à 60 du cahier des missions et des charges de Radio France approuvé par le décret du 13 novembre 1987, modifié le 10 octobre 2000.
11. En vertu de ce cadre législatif et réglementaire, TDF est, notamment, en situation de monopole légal pour la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France en modulation de fréquence et en AM. Plus particulièrement, en vertu des statuts de TDF et du cahier des missions et des charges de Radio France, TDF et Radio France sont tenues de conclure des conventions relatives à la diffusion et la transmission des programmes de Radio France par TDF.

La directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002

12. La directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 est relative à la concurrence sur les marchés de réseaux et des services de communications électroniques.

13. Cette directive définit en son article 1 :

- Les *"réseaux de communications électroniques"* dont font partie *"les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle"*,
- Le *"réseau public de communications"* c'est-à-dire *"un réseau de communication utilisé, en tout ou partie, pour la fourniture de services publics de communications électroniques"*,
- Les *"services de communications électroniques"* comprenant notamment *"les services de transmission sur des réseaux utilisés pour la radiodiffusion"*,
- Les *"droits exclusifs"* comme étant *"les droits accordés par un Etat membre à une seule entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire ou administratif qui lui réserve le droit de fournir un service de communications électroniques ou d'exploiter une activité de communications électroniques sur un territoire donné"*.

14. Elle dispose en son article 2 :

"Droits exclusifs et spéciaux pour les réseaux et les services de communications électroniques"

1. *Les Etats membres ne peuvent accorder ni maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public.*
2. *Les Etats membres prennent toutes les mesures nécessaires afin de garantir à toute entreprise le droit de fournir des services de communications électroniques ou de mettre en place, d'étendre et d'exploiter des réseaux de communications électroniques.*
3. *Les Etats membres font en sorte qu'aucune restriction ne soit imposée ni maintenue à la fourniture de services de communications électroniques sur les réseaux de communications électroniques mis en place par les fournisseurs de services de communications électroniques sur les infrastructures fournies par des tiers, ou au moyen d'un usage partagé de réseaux, d'autres installations ou sites, sans préjudice des dispositions des directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE.*
4. *Les Etats membres garantissent que l'autorisation générale accordée à une entreprise pour la fourniture de services de communications électroniques ou l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques, ainsi que les conditions dont elle*

est assortie, se fondent sur des critères objectifs, non discriminatoires, proportionnés et transparents.

5. *Toute décision fondée sur l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2002/20/CE qui empêche une entreprise de fournir des services de communications électroniques ou d'exploiter des réseaux de communications électroniques doit être motivée. Toute partie lésée doit disposer d'une possibilité de recours contre une telle décision devant un organe indépendant des parties en cause et, en dernier ressort, devant une juridiction."*

15. En vertu de l'article 9 de la directive, les Etats membres devaient fournir à la Commission, au plus tard le 24 juillet 2003, les informations lui permettant de confirmer que les dispositions de la présente directive ont été respectées.

Les projets de loi de transposition de la directive 2002/77/CE

16. Le Gouvernement français a déposé, le 30 juillet 2003, deux projets de loi destinés à transposer, notamment, la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002.

17. Le projet de loi sur les communications électroniques déposé à l'Assemblée nationale abroge l'article 51 de la loi du 30 septembre 1986, c'est-à-dire le monopole de diffusion de TDF pour les programmes de Radio France, notamment (article 79), supprime l'alinéa 1 de l'article 54 de la même loi, qui confie à TDF le monopole de la diffusion des déclarations et communications gouvernementales et, enfin, complète l'article 54 par les dispositions suivantes : *"un décret en Conseil d'Etat précise les obligations s'appliquant aux sociétés assurant la diffusion par voie hertzienne terrestre des sociétés nationales de programmes, pour des motifs tenant à la défense nationale, à la sécurité publique et aux communications du Gouvernement en temps de crise"* (article 80).

18. De plus, l'article 18 III de ce projet de loi dispose, s'agissant des contrats en cours, que *"L'autorité [de régulation des télécommunications] peut imposer aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché mentionné au I ou au II, exploitant des installations utilisant des fréquences dont l'assignation est confiée au Conseil supérieur de l'audiovisuel, de réviser les contrats et conventions en cours"*.

19. Le projet de loi relatif aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, adopté par le Sénat en première lecture le 22 octobre 2003, prévoit lui aussi à l'article 2 bis (nouveau) que l'article 51 de la loi du 30 septembre 1986 est abrogé, ainsi que toutes les dispositions de cette loi y faisant référence, et modifie l'article 54 dans des termes identiques à ceux retenus dans le projet de loi sur les communications électroniques.

II. - Discussion

20. L'article 42 du décret du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce énonce que *"La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil 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 est recevable et 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 RECEVABILITÉ DE LA SAISINE AU FOND

Sur la qualité à agir du requérant

21. La société TDF estime que la saisine de Towercast est irrecevable, pour défaut de qualité à agir de l'auteur de la saisine, M. Léonidas X.... Elle expose qu'il convient d'interpréter l'article L. 463-7 du code de commerce et l'article 30 du décret du 30 avril 2002, au regard de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971, au terme duquel : *"nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes"*

juridictionnels ou disciplinaires de quelle que nature que ce soit", à moins qu'une disposition législative ou réglementaire spéciale en dispose autrement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

22. Dans une décision n° 93-D-62 du 21 décembre 1993, le Conseil de la concurrence a précisé qu'*"une entreprise peut se faire représenter devant le Conseil de la concurrence par la personne de son choix"*. En l'espèce, M.X..., gérant de la société à responsabilité limitée *"Médiation et Arguments"*, a reçu mandat du Président directeur général de la société Towercast de représenter cette dernière devant le Conseil de la concurrence le 21 janvier 2003, comme en atteste la télécopie enregistrée au bureau de la procédure le 14 octobre 2003. Il convient donc de considérer que M. X... a qualité à agir pour le compte de la société Towercast dans la présente procédure.

Sur la procédure

Sur la nullité de la procédure

23. TDF estime que la procédure en cours est nulle, les principes du contradictoire et des droits de la défense prévus à l'article L. 463-1 du code de commerce n'ayant pas été respectés. Elle allègue, en premier lieu, que l'accès au dossier lui a été refusé par le bureau de la procédure avant son audition par la rapporteure, de sorte qu'elle a dû répondre aux questions de cette dernière *"sans avoir pris connaissance de la saisine, ni des pratiques qui lui était reprochées ni même de l'identité de l'auteur de la saisine (NRJ Group ou Towercast)"*. Elle soutient, en second lieu, qu'elle n'a pu présenter ses observations ou répondre aux questions écrites de la rapporteure dans un délai raisonnable.
24. Sur le premier point, la rapporteure, désignée par une décision du rapporteur général du 4 septembre 2003, a pris contact par téléphone avec TDF, pour procéder à son audition dans les plus brefs délais, en précisant oralement au directeur juridique de TDF les griefs allégués par la société Towercast. TDF lui a proposé, en fonction de ses disponibilités, la date du 16 septembre 2003 pour procéder à une audition. A cette date, le dossier de la procédure ne contenait aucun élément d'enquête, à part la saisine de la société Towercast, dont il n'est pas contesté que TDF connaissait la teneur avant son audition du 16 septembre 2003 et que TDF a pu lire intégralement lors de son audition. De plus, l'identité du saisissant et l'objet de la saisine étaient mentionnés dans la convocation à l'audition, en date du 10 septembre 2003, adressée par la rapporteure à TDF et dans laquelle il était précisé : *"M X... a saisi, au nom de la société Towercast, le Conseil de la concurrence par lettre enregistrée le 25 juillet 2003 sous les numéros 0048F et 0049M, de pratiques mises en œuvre par Télédiffusion de France (TDF) sur les marchés des réseaux et des services de communications électroniques (...)"*. En outre, TDF ne pouvait ignorer qu'elle allait être entendue à propos des conventions qu'elle avait conclues avec Radio France en FM et en AM, dans la mesure où ce même courrier précise : *"je vous prie de bien vouloir me faire parvenir avant l'audition (par fax, courrier ou porteur) les contrats en cours conclus par TDF et Radio France conférant à TDF l'exclusivité de la diffusion des programmes de Radio France en modulation de fréquences, en ondes longues, moyennes ondes et ondes courtes. Je reste à votre disposition pour tout renseignement complémentaire (...)"*. De la même manière, le procès-verbal d'audition précise que *"La présente audition a pour objet de recueillir des informations utiles à l'instruction de la saisine de la société Towercast"*. Au surplus, lors de la séance, la société TDF a précisé que les questions posées par la rapporteure ne l'avait pas amenée à s'auto-incriminer.
25. S'agissant du second point, l'urgence, caractéristique de toute demande de mesures conservatoires, s'est imposée également à toutes les parties et TDF ne démontre pas en quoi les délais très brefs qui lui ont été impartis pour présenter ses observations ou répondre aux questions posées par la rapporteure, dans un courrier électronique du 6 octobre 2003, auraient porté atteinte aux droits de la défense. Au surplus, TDF n'a pas demandé à bénéficier d'un délai supplémentaire pour produire d'autres écritures.
26. Il convient donc de rejeter ce moyen.

Sur l'irrecevabilité du mémoire en réponse présenté par la société Towercast

27. TDF estime que le mémoire en réponse, déposé au Conseil de la concurrence par la société Towercast le 21 octobre 2003, doit être écarté de la procédure. Elle expose que ce mémoire, produit après l'expiration des délais de procédure fixés par le rapporteur général, lui cause un préjudice évident, dans la mesure où elle n'a pas disposé d'un temps suffisant pour préparer sa défense par rapport aux éléments nouveaux qu'il contenait, notamment ceux relatifs à un éventuel abus de position dominante de TDF sur le marché de la diffusion des programmes de Radio France en DAB (Digital Audio Broadcasting).
28. Le Conseil de la concurrence a considéré, dans ses décisions n° 01-MC-06 du 19 décembre 2001, n° 01-MC-07 du 21 décembre 2001 et n° 03-D-41 du 4 août 2003, qu'*aucune disposition du code de commerce et du décret (n° 2002-689 du 30 avril 2002) n'impose de délais pour la mise en état de procédures de mesures conservatoires qui se caractérisent par l'urgence mais dont l'instruction doit permettre, dans un temps nécessairement restreint, de réunir le plus d'éléments possibles sur le bien-fondé de la demande ; (...) lorsque (le rapporteur général), usant de la faculté qu'il tient de l'article (34) du décret précité, décide, pour une meilleure organisation du débat, de fixer des délais aux parties ; le dépôt de pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait justifier, sur ce seul fondement, leur rejet de la procédure dès lors que la partie adverse a bénéficié d'un temps suffisant pour assurer sa défense au regard des pièces ainsi produites*".
29. En l'espèce, TDF a pu répondre, dans ses observations complémentaires déposées au Conseil le 27 octobre 2003, aux éléments complétant la saisine initiale de Towercast. Il convient, en revanche, d'écarter des débats les éléments présentés par Towercast dans son mémoire du 21 octobre concernant un éventuel abus de position dominante de TDF sur le futur marché de la diffusion des programmes de Radio France en DAB (Digital Audio Broadcasting). Il s'agit en effet d'éléments totalement nouveaux par rapport à ceux ayant fait l'objet de la saisine et de la demande de mesures conservatoires, et pour lesquels TDF n'a pu bénéficier d'un délai de réponse suffisant.

Sur les pratiques dénoncées

Sur la compatibilité de la législation nationale avec la directive 2002/77/CE et ses conséquences

30. La société Towercast invite le Conseil de la concurrence à considérer que l'article 51 de la loi du 30 septembre 1986, conférant à TDF le monopole de la diffusion des programmes de Radio France notamment, n'est pas conforme aux objectifs de la directive 2002/77/CE, qui a pour objet d'ouvrir à la concurrence le secteur de la radiodiffusion publique à compter du 25 juillet 2003, date à laquelle cette directive aurait dû être transposée en droit français, et à considérer, en conséquence, que le monopole légal de TDF est caduc à compter de cette date.
31. La société TDF soutient à l'inverse que, selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) et du Conseil d'Etat, une directive ne peut par elle-même et en l'absence de transposition adéquate en droit national créer des obligations à la charge d'un particulier et ne peut donc être invoquée par un particulier ou par un Etat à l'encontre d'un autre particulier à défaut d'effet direct horizontal des directives communautaires (*CJCE, 26/02/1986, Marshall ; CJCE, 14/7/1994, Faccini Dori et Conseil d'Etat, 22/12/1978, Ministre de l'Intérieur contre Cohn Bendit*). En tout état de cause, TDF fait valoir que, dans le silence de la directive et en l'absence de disposition de droit interne sur la définition du service public de radiodiffusion et sur les obligations de service public qui s'imposent aux sociétés diffusant les programmes des sociétés publiques, il n'est pas possible de reconnaître un effet direct à la directive qui ne contient pas de dispositions claires, précises et inconditionnelles sur ce point. Il en résulte que, selon TDF, la directive du 16 septembre 2002 n'a pas d'effet direct à son encontre.
32. Il convient de rappeler en premier lieu, que si, en vertu d'une jurisprudence constante, il n'existe pas d'effet direct horizontal des directives permettant à un opérateur de se prévaloir des

dispositions d'une directive non encore transposée à l'encontre d'un autre opérateur, une jurisprudence non moins constante de la CJCE (*CJCE, 13/11/1990, Marleasing et CJCE, 19/09/2000, Etat du Grand Duché du Luxembourg/ Consorts Linster*) et du Conseil d'Etat (*CE Ass., 28 février 1992, SA Rothmann International France et SA Philip Morris, Rec. p.81 et CE Ass., 30 octobre 1996, SA Cabinet Revers & Badelon, Rec. p.397*) fait obligation aux autorités des Etats membres d'écarter l'application de la loi nationale, si celle-ci n'est pas compatible avec les objectifs d'une directive non transposée dans les délais ou mal transposée, que cette loi soit antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de la directive.

33. La CJCE affirme ainsi, dans l'arrêt *Marleasing*, après avoir constaté que la législation nationale en cause prévoyait plusieurs cas de nullité des contrats de société, notamment l'absence de cause, alors que l'article 11 de la directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968, non transposée dans les délais, fixait une liste limitative des cas de nullité de société, dans laquelle ne figurait pas l'absence de cause, que *"L'obligation des Etats membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 5 du traité [nouvel article 10 CE], de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles. Il s'ensuit qu'en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive, pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l'article 189, troisième alinéa, du traité [nouvel article 230 CE].*

Il s'ensuit que l'exigence d'une interprétation du droit national conforme à l'article 11 de la directive 68/151, précitée, interdit d'interpréter les dispositions du droit national d'une manière telle que la nullité d'une société anonyme puisse être prononcée pour des motifs autres que ceux qui sont limitativement énoncés à l'article 11 de la directive en cause".

34. En l'espèce, l'article 51 de la loi du 30 septembre 1986 et les articles 47 à 60 du cahier des missions et des charges de Radio France approuvés par le décret du 13 novembre 1987 modifié le 10 octobre 2000, conférant à TDF le monopole de la diffusion et de la transmission de l'ensemble des programmes radiophoniques de Radio France, ne sont pas compatibles avec les objectifs de la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 qui prévoit l'ouverture à la concurrence du secteur des communications électroniques, y compris la fourniture de services de diffusion de programmes radiophoniques du service public (dont font partie les programmes de Radio France) et dont l'article 2.1 prévoit, de manière claire et précise, que *"Les Etats membres ne peuvent accorder ou maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et pour l'exploitation de réseaux de communication électronique ou pour la fourniture de service de communications électroniques accessibles au public".*
35. En second lieu, s'il est vrai que la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002 ne définit pas expressément les notions de service public de radiodiffusion ainsi que les obligations de service public des sociétés diffusant les programmes des sociétés publiques, ceci ne place pas le Conseil de la concurrence dans l'impossibilité d'interpréter la loi du 30 septembre 1986 au regard des objectifs de la directive 2002/77/CE. En effet, les obligations du service universel ne nécessitent pas, par nature, que l'opérateur qui en est chargé se trouve en situation de monopole public mais peuvent être dévolues à plusieurs opérateurs publics ou privés. En l'espèce, il ressort, au contraire de l'audition de Radio France en séance, que les obligations de service universel tenant à la défense nationale, à la sécurité publique ainsi qu'aux communications du gouvernement en temps de crise, telles qu'elles s'imposent à TDF en vertu de l'article 54 de la loi du 30 septembre 1986, pourraient être également imposées par voie conventionnelle à tout opérateur susceptible de prendre en charge les émissions de Radio France.
36. Il convient enfin de souligner que si la CJCE et le Conseil d'Etat précisent qu'une directive non transposée dans les délais ne peut avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un Etat membre prise pour son application, de déterminer ou d'aggraver la

responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions (*CJCE, Pretore Di Salo, 11/6/1987 et Conseil d'Etat, Lilly France, 23/6/1995*), cette jurisprudence doit être interprétée à la lumière de l'arrêt de la CJCE du 9 septembre 2003 (*Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) contre Autorita garante della concorrenza e del mercato, aff C-198/01*), selon lequel : *"en présence de comportements d'entreprises contraires à l'article 81, paragraphe 1, CE, qui sont imposés ou favorisés par une législation nationale qui en légitime ou en renforce les effets, plus particulièrement en ce qui concerne la fixation des prix et la répartition du marché, une autorité nationale de la concurrence qui a reçu pour mission, notamment, de veiller au respect de l'article 81 CE :*

- *a l'obligation de laisser inappliquée cette législation nationale ;*
- *ne peut infliger de sanctions aux entreprises concernées pour des comportements passés lorsque ceux-ci leur ont été imposés par cette législation nationale ;*
- *peut infliger des sanctions aux entreprises concernées pour leurs comportements ultérieurs à la décision de laisser inappliquée cette législation nationale, une fois que cette décision est devenue définitive à leur égard".*

37. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le Conseil de la concurrence est tenu de laisser inappliqués les articles 51 et 54 de la loi du 30 septembre 1986 et les articles 47 à 60 du cahier des missions et des charges de Radio France approuvés par le décret du 13 novembre 1987 modifié le 10 octobre 2000, en ce qu'ils ne sont pas conformes aux objectifs de la directive 2002/77/CE, et de considérer que le monopole légal dont disposait TDF, pour la diffusion des programmes de Radio France, notamment, est devenu caduc, à compter du 25 juillet 2003. Si le Conseil, statuant au fond, estimait que TDF a mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles imposées par la législation nationale, cette société n'encourrait aucune sanction pour des pratiques antérieures à la date à laquelle cette décision deviendrait définitive, mais pourrait, en revanche, être sanctionnée, si cette pratique perdurait après cette date.

Sur les marchés pertinents et la position dominante de TDF

38. La société TDF considère qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires nouvelles définissant précisément *"le mandat de radiodiffusion de service public"*, il n'est pas possible de déterminer le marché pertinent en l'espèce.
39. La société Towercast estime, au contraire, en s'appuyant sur les décisions du Conseil de la concurrence n° 99-D-14 du 23 février 1999 et n° 02-MC-04 du 11 avril 2002, que le marché pertinent en l'espèce est *"le marché de la diffusion des programmes de Radio France en modulation de fréquences"* sur lequel TDF est en situation de monopole.
40. L'absence de dispositions législatives et réglementaires nouvelles définissant précisément le mandat de radiodiffusion de service public ainsi que les obligations de service public pesant sur les sociétés chargées de diffuser les programmes des sociétés publiques ne fait pas obstacle à la recherche, à ce stade de l'instruction, de la définition de marchés pertinents.
41. En effet, selon l'analyse du CSA, *"la nature radiophonique des services de diffusion en l'espèce peut être retenue comme un élément distinctif du marché en cause [dans la mesure où] les bandes de fréquences utilisées sont exclusivement dédiées aux services de radio en application du plan national de répartition des fréquences et que les services de radio utilisent des prestations techniques propres à la transmission du son seul et qui diffèrent notablement par rapport aux prestations de diffusion simultanée de l'image et du son pour les services de télévision"*. Il convient d'ajouter que l'offre et la demande de services de radiodiffusion diffèrent également de l'offre et la demande de services de télédiffusion. Il n'est donc pas exclu, à ce stade de l'instruction, qu'il existe, au sein du marché de la diffusion technique hertzienne terrestre, un sous-marché de la diffusion de services radio, distinct d'un sous-marché de la diffusion de services télévisuels.
42. Il faut également relever, avec le CSA, que la diffusion de services de radio en FM et la diffusion de services de radios en AM obéissent à des contraintes techniques et économiques différentes.

A cet égard, il n'est pas contesté que les infrastructures nécessaires à la diffusion de services de radio en AM ainsi que les investissements correspondants sont beaucoup plus importantes que celles utilisées pour la diffusion en FM. Le CSA rappelle ainsi que la diffusion en FM *"offre à peu de frais la possibilité de diffuser des services radios locaux"* dans la mesure où *"il suffit de disposer d'une antenne adaptée sur un toit d'immeuble bien situé et d'utiliser un émetteur de faible puissance, généralement à un prix abordable"*. Enfin, du point de vue des auditeurs, il n'est pas contesté que ces derniers ont largement perdu l'habitude d'écouter la radio en AM, en particulier en ondes moyennes, dans la mesure où la quasi-totalité des programmes radio sont aujourd'hui diffusés sur la FM. Il en résulte donc qu'il n'est pas exclu, sous réserve d'une instruction au fond, qu'il existe, au sein du marché de la diffusion technique hertzienne terrestre des services de radio, un marché pertinent de la diffusion des services de radio en FM, distinct d'un marché de la diffusion des services de radio en AM.

43. S'agissant du marché de la diffusion technique hertzienne terrestre de services de radio en FM, il ressort du rapport annuel du CSA et de ses observations écrites que sur les 6 909 fréquences exploitées en France métropolitaine, 4 134 sont diffusées par TDF (dont 2 363 pour la diffusion des programmes de Radio France), soit environ 60 % du nombre de fréquences exploitées. Towercast diffuse 720 fréquences, soit 10,4 % environ du nombre de fréquences exploitées et 2 055 fréquences sont diffusées par les éditeurs eux-mêmes, soit 29,7 % environ du nombre de fréquences exploitées. Par conséquent, il n'est pas exclu que TDF soit en position dominante sur le marché de la diffusion technique hertzienne terrestre des services de radio en FM, sans qu'il soit besoin d'examiner, à ce stade de l'instruction, l'existence éventuelle d'un sous-marché de la diffusion des services de radio des chaînes publiques, sur lequel TDF serait en situation de monopole, distinct d'un sous-marché de la diffusion des services de radio des chaînes privées.
44. S'agissant du marché de la diffusion technique hertzienne terrestre des services de radio en AM, sur les 4 fréquences exploitées en France métropolitaine, TDF diffuse 2 fréquences, soit la moitié du nombre total des fréquences ondes longues, les éditeurs assurant eux-mêmes la diffusion des deux fréquences restantes. De plus, sur les 26 fréquences ondes moyennes exploitées en France, 25 sont diffusées par TDF, soit 96 % du total des fréquences exploitées, une seule fréquence étant diffusée par les éditeurs eux-mêmes, soit 4 % des fréquences. Il convient d'ajouter que 6 nouvelles fréquences ont été attribuées par le CSA à 6 nouveaux opérateurs qui pourront faire appel aussi bien à TDF qu'à un autre diffuseur pour assurer la diffusion de leurs programmes. Toutefois, dans l'hypothèse où ces 6 opérateurs ne feraient pas appel à TDF pour diffuser leur programme, celle-ci continuerait de diffuser 25 sur 32 fréquences ondes moyennes, soit environ 78 % du total. Enfin, il n'est pas contesté qu'il n'existe aucun opérateur réel ou potentiel susceptible de diffuser les programmes de Radio France en ondes moyennes et longues. Il n'est donc pas exclu que TDF soit en position dominante sur le marché de la diffusion technique hertzienne terrestre des services de radio en AM.

Sur la qualification des conventions FM et AM au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce

45. Le fait pour la société TDF, d'avoir conclu des contrats lui conférant l'exclusivité de la diffusion de programmes de Radio France, n'est pas en soi contraire aux dispositions du livre IV du code de commerce.
46. Toutefois, de tels contrats peuvent être visés par ces dispositions, si les conditions dans lesquelles ils ont été négociés ou les clauses qu'ils contiennent ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre, directement ou indirectement, le jeu de la concurrence sur les marchés concernés.

Sur la convention AM du 4 mai 1994, telle que modifiée par le protocole du 13 juillet 2001

47. La convention AM du 4 mai 1994 confère à TDF l'exclusivité de la diffusion des programmes de Radio France en ondes moyennes et ondes longues jusqu'au 31 décembre 2007. Le protocole d'accord du 13 juillet 2001 proroge cette exclusivité jusqu'au 31 décembre 2018 pour la diffusion, en ondes longues uniquement, du programme France Inter.

48. Il ressort néanmoins des observations de TDF que cette exclusivité est justifiée jusqu'au 31 décembre 2007 pour la diffusion en ondes moyennes, au regard des investissements réalisés pour renouveler les émetteurs de forte puissance utilisés exclusivement pour la diffusion des programmes de Radio France en ondes moyennes. TDF ajoute que la prorogation de la convention AM jusqu'au 31 décembre 2018 pour la diffusion en ondes longues est justifiée par la mise en service du nouvel émetteur du site d'Allouis dédié exclusivement à la diffusion du programme France Inter en ondes longues qui a nécessité un investissement financier de l'ordre de trois millions d'euros et deux ans d'installation.
49. Towercast n'apporte aucun élément de nature à remettre en cause ces justifications qui sont, par ailleurs, confirmées par Radio France, entendue comme témoin. Enfin, il n'est pas contesté qu'aucun concurrent réel ou potentiel n'est capable de concurrencer TDF pour la diffusion des programmes de Radio France en ondes moyennes ou en ondes longues.
50. Il en résulte que l'ouverture à la concurrence du marché de la diffusion de services de radio en AM, telle qu'elle est amorcée par le CSA qui vient d'attribuer à six nouveaux éditeurs six fréquences ondes moyennes, n'aura pas d'influence sur la diffusion des programmes de Radio France en AM, mais seulement sur la possibilité de voir de nouveaux programmes diffusés en ondes moyennes par TDF ou un autre diffuseur.
51. Il n'est donc pas démontré que la signature de la convention AM du 4 mai 1994, prorogée par le protocole du 13 juillet 2001, ait pour objet ou pour effet de limiter l'arrivée sur le marché de la diffusion technique hertzienne terrestre des services de radios en AM et soit constitutive d'un abus de position dominante de la part de TDF, au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce. Par conséquent, en l'absence d'éléments suffisamment probants, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 alinéa 2 du code de commerce, aux termes duquel "*(Le Conseil) peut (...) rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants*".
- Sur la convention FM du 22 octobre 1992, telle que modifiée par le protocole du 7 juillet 2000
52. En premier lieu, il convient de constater que le protocole d'accord sur les extensions FM et les nouveaux services du 7 juillet 2000, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2000, a prolongé de 5 ans la durée de la convention FM par rapport à ce que prévoyait l'avenant n° 3 du 18 décembre 1997 ; la convention s'appliquant désormais du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2007 et conférant à TDF l'exclusivité de la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France (France Inter, France Culture, France Musique, FIP, Modulation France et France Info). De plus, la convention FM et ses avenants ne prévoient aucune clause de résiliation anticipée, si bien que Radio France n'a pas la possibilité de la dénoncer avant l'échéance. Il en résulte que d'autres diffuseurs, tels que Towercast, ne pourraient diffuser une ou plusieurs fréquences de Radio France en FM qu'à partir du 1^{er} janvier 2008 si, après mise en concurrence, Radio France leur en confiait la diffusion.
53. En deuxième lieu, la convention FM du 22 octobre 1992 et ses avenants ou protocole précisent que la convention est reconductible tacitement par période annuelle, sauf dénonciation notifiée par lettre recommandée avec accusé réception, 6 mois au moins avant l'échéance. Il en résulte que TDF conservera, en principe, l'exclusivité de la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France en FM, sauf dénonciation expresse intervenant dans le délai susvisé.
54. En troisième lieu, la thèse de TDF, selon laquelle les investissements réalisés justifieraient l'allongement de l'exclusivité, n'est pas étayée d'éléments suffisamment probants. En effet, TDF soutient tout d'abord que la prorogation de la convention FM du 22 octobre 1992 jusqu'au 31 décembre 2007 se justifie par la mise en place de nouveaux services financés par un mécanisme de rétrocession de gains de productivité prévu par l'article 2 du protocole du 7 juillet 2000. Ce mécanisme devrait servir à financer la mise en œuvre d'un plan d'extension des fréquences de Radio France, s'échelonnant de 2000 à 2002, en contrepartie de la prorogation de la convention FM jusqu'au 31 décembre 2007, pour amortir les investissements mis en œuvre. TDF ajoute que la durée de la convention se justifie également par la durée d'amortissement des

infrastructures de diffusion FM. Enfin, elle fait valoir que la convention FM, liant TDF et Radio France, doit être comparée à celles des autres diffuseurs européens qui sont d'une durée de 5 à 10 ans en Allemagne, en Suisse et en Finlande.

55. S'agissant des investissements réalisés pour la mise en œuvre du protocole du 7 juillet 2000, dont le financement résulte du mécanisme de rétrocession précité, TDF affirme que ces nouveaux investissements, qui représentent une charge de 14 millions d'euros, sont destinés à renouveler des émetteurs de 1,5 kW à 50 kW entre 1996 et 2003 et à renouveler progressivement les émetteurs de 2 et 3 kW. Cependant, il n'existe au dossier aucun élément permettant de vérifier que ces investissements ont effectivement été réalisés et financés par rétrocession de gains de productivité, ni que le montant de ces investissements justifiait la mise en place d'un système de financement s'échelonnant sur 8 ans entre 2000 et 2007.
56. S'agissant, par ailleurs, de la durée de vie des équipements mis à la disposition de Radio France par TDF pour la diffusion de ses programmes en FM, TDF précise que ces équipements ont une durée de vie supérieure à la durée des contrats eux-mêmes et qu'ils sont amortis comptablement, sur une période de 10 (émetteurs FM) à 20 ans (pylônes, bâtiments, antennes). Cependant, aucun élément comptable n'est fourni par TDF à l'appui de cette affirmation. En outre, même à tenir cet argument pour vraisemblable, il ressort des données fournies par TDF que 11 % seulement des sites utilisés pour la radio sont dédiés à la FM et 30 % seulement des sites sont dédiés à la radio à l'exclusion de la télévision, de sorte que la très grande majorité des infrastructures de TDF, amorties sur une durée comptable de 10 à 20 ans, est utilisée en commun pour la diffusion radio et la diffusion télévisuelle. Ces infrastructures ne peuvent donc justifier, à elles seules, la prorogation de la convention FM jusqu'en 2007. Au surplus, il ressort des débats que ces investissements représenteraient environ 15 % de l'ensemble des investissements de TDF et ne seraient pas irrécupérables, comme n'étant pas en totalité spécifiquement dédiés à la diffusion des programmes de Radio France.
57. S'agissant, en outre, des usages de la profession, il convient de relever que TDF n'apporte pas davantage d'éléments de nature à démontrer qu'il existerait en Allemagne, en Suisse et en Finlande, des contrats de diffusion en FM entre un éditeur de programmes radiophoniques publics et un diffuseur, portant sur la totalité des programmes de l'éditeur, et comportant une clause d'exclusivité d'une durée de cinq à dix ans.
58. Enfin et en tout état de cause, il convient d'apprécier ces différents éléments à la lumière du fait qu'il n'est pas exclu que TDF, contrairement à ses affirmations, savait en 2000 que le secteur de la radiodiffusion allait être ouvert à la concurrence.
59. Il ressort en effet, des travaux préparatoires à la directive 2002/77/CE et, notamment, de la communication de la Commission européenne COM(1999) 539 du 10 novembre 1999 *"Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés : Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications"*, que la Commission avait prévu que le cadre réglementaire futur couvrirait toutes les infrastructures de communications, y compris les réseaux de radiodiffusion (terrestre, par satellite et par câble) et les services associés, à l'exclusion des services fournis par l'intermédiaire de ces réseaux comme *"les services de radiodiffusion"* (*"services en rapport avec les médias, la société de l'information ou la banque électronique"*, c'est-à-dire le contenu). Ce nouveau cadre réglementaire devait permettre de promouvoir *"un marché européen des services de communication ouvert et concurrentiel"* à l'horizon 2003.
60. Diverses entreprises, dont TDF, ont présenté des observations sur cette communication. Dans une lettre du 14 février 2000 adressée à la Commission européenne, cette société constate ainsi que *"la communication mentionne explicitement les 'réseaux de radiodiffusion terrestres' au nombre des infrastructures de communications qui, demain, pourront être régies par un cadre réglementaire unique"* et sollicite l'exclusion des installations de radiodiffusion analogiques du cadre réglementaire prévu. Suite à ces observations, la Commission a proposé un paquet de 6 directives publiées au Journal officiel des communautés européennes le 12 juillet 2000, soit

cinq jours seulement après le 7 juillet 2000, date à laquelle TDF a prolongé la durée de son monopole de diffusion des programmes de Radio France jusqu'au 31 décembre 2007. La première de ces directives a pour objet de créer *"un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques"*. Elle entend par *"réseau de communications électroniques : les systèmes de transmission (...) qui permettent d'acheminer par câble, par voie hertzienne, par fibre optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes et mobiles, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux de télévision par câble, quel que soit le type d'information transmise"* et par *"service de communications électroniques : (...) les services de transmission utilisés pour la radiodiffusion, à l'exclusion des services consistant à fournir un contenu transmis à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ce contenu"*.

61. Or, ces définitions sont très similaires à celles reprises dans la directive 2002/77/CE et la proposition de directive précitée s'inscrit dans le cadre de la création d'*"un marché européen des services de communication ouvert et concurrentiel"* en vertu du *"principe de neutralité technologique"* des services de communications électroniques, selon lequel *"il s'agit de ne pas imposer ni favoriser de manière discriminatoire l'utilisation d'un type de technologie particulier, mais assurer que le même service soit réglementé de manière équivalente, indépendamment des moyens mis en œuvre pour le fournir"*. En l'occurrence, la communication de la Commission envisageait d'aligner le régime réglementaire des télécommunications sur les autres réseaux et services de communications électroniques, notamment la radiodiffusion. Or, il convient de rappeler qu'à cette époque, TDF était une filiale à 100 % de France Télécom qui ne pouvait que connaître la nature et l'étendue du cadre réglementaire applicable aux télécommunications.
62. Il n'est donc pas exclu que TDF savait, au moment de la renégociation de la convention FM, que les réseaux et services de transmission utilisés pour la radiodiffusion, y compris la radiodiffusion publique, devaient faire l'objet d'une nouvelle réglementation à l'horizon 2003 qui serait alignée sur celle des télécommunications en vertu du principe de neutralité technologique et qui s'inscrirait dans un marché européen des services de communication ouvert et concurrentiel.
63. Il faut encore souligner que l'exclusivité accordée à TDF, en vertu de la convention FM, telle que modifiée par le protocole du 7 juillet 2000, a pour effet d'empêcher tout opérateur concurrent de TDF sur le marché de la diffusion des services de radio en FM, de diffuser les 2 363 fréquences utilisées pour la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France en FM, soit 34 % de l'ensemble des fréquences FM. Il n'est, dès lors, pas exclu que cette convention ait pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur une partie substantielle du marché en cause entre le 25 juillet 2003 et le 31 décembre 2007, tant par la durée de l'exclusivité conférée à TDF que par son étendue, puisqu'elle porte sur l'ensemble des programmes de Radio France en FM.
64. Radio France estime, d'ailleurs, avoir à subir les conséquences de la convention FM jusqu'au 31 décembre 2007 alors qu'elle devrait pouvoir mettre en concurrence TDF et Towercast pour diffuser ses programmes depuis le 25 juillet 2003, comme en atteste son courrier, adressé au directeur de cabinet du ministre de la culture le 6 mars 2003, dans lequel elle demande la mise en place d'une disposition législative mettant fin aux contrats en cours à l'instar de ce que prévoyait la loi du 10 février 2000 concernant les contrats passés par EDF. Ainsi, la société Radio France pourrait voir baisser ses coûts de diffusion et optimiser le nombre de sites de diffusion de ses programmes en réduisant les brouillages. Elle a précisé, lors de la séance, que la convention FM avait été conclue à l'origine entre Radio France et TDF qui, à l'époque, était une filiale à 100 % de France Télécom mais qu'il devenait nécessaire de permettre à Radio France de se placer sur un marché désormais ouvert à la concurrence dans un environnement différent puisque TDF est aujourd'hui détenue en partie par des fonds privés. Radio France a donc confirmé qu'elle estimait logique d'avoir demandé que soit prévue une disposition législative mettant fin aux contrats en cours et qu'elle regrettait que cette proposition n'ait pas été retenue dans les différents projets de loi.

65. Il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'il n'est pas exclu, à ce stade de l'instruction, que le fait pour TDF d'avoir, par le protocole du 7 juillet 2000, conclu avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2000, prorogé pour une durée de 8 ans expirant le 31 décembre 2007 la convention FM du 22 octobre 1992 lui conférant l'exclusivité de la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France et dont le terme était initialement fixé au 31 décembre 2002, malgré l'entrée en vigueur, le 25 juillet 2003 de la directive 2002/77/CE relative à l'ouverture à la concurrence des réseaux et services de communication, ait eu pour objet et pour effet de prolonger artificiellement son monopole de diffusion des programmes de Radio France en FM et soit constitutif d'un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne.

2. LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

66. Aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, *"Le Conseil de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, 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 des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence"*.

67. Towercast demande, en application de ce texte, au Conseil de la concurrence, de *"prendre les mesures conservatoires qui lui apparaîtront nécessaires, permettant dès à présent aux sociétés concurrentes de TDF, et à Towercast en particulier, d'être retenues par Radio France pour assurer une part de la diffusion de ses programmes en modulation de fréquences"*. Towercast a, d'abord, précisé que ces mesures conservatoires *"pourraient consister en la possibilité pour Radio France, au vu des offres commerciales qui lui seraient adressées, d'extraire du contrat global qui lie l'opérateur public à TDF, la responsabilité de la diffusion de certains programmes sur certaines fréquences, pour en confier la charge à d'autres prestataires, et de soustraire la valeur des contrats ainsi souscrits au montant des factures payées par Radio France à TDF"*. Dans ses dernières observations, cependant, la saisissante reconnaît la difficulté de mettre en œuvre cette mesure et demande donc au Conseil de suspendre la convention FM entre TDF et Radio France. En outre, lors de son audition, Towercast a proposé deux autres mesures conservatoires : l'une consistant à enjoindre à Radio France de mettre en service certaines fréquences qui lui sont attribuées par le CSA et pour lesquelles Towercast pourrait proposer une offre commerciale à Radio France ; l'autre consistant à enjoindre à TDF de conclure un contrat par fréquence attribuée à Radio France et non un contrat global pour l'ensemble de ses fréquences.

Sur l'atteinte grave et immédiate

A l'entreprise plaignante et aux intérêts des consommateurs

68. En l'espèce, l'exclusivité conférée à TDF pour la diffusion des programmes de Radio France en FM ne cause pas d'atteinte grave et immédiate à la société Towercast, qui a vu son chiffre d'affaires augmenter de 20,2 % (sur l'ensemble de ses activités : radios privées, accueil sur sites...) pour la période octobre 2002-juin 2003 par rapport à la même période de l'année précédente, alors même que cette exclusivité était toujours en vigueur. De plus, contrairement à ses allégations, Towercast n'apporte aucun élément de nature à démontrer que son impossibilité momentanée de diffuser les programmes de Radio France constitue un obstacle qui l'empêcherait d'accéder au marché émergent de la Télévision Numérique Terrestre (TNT). Il est, par ailleurs, constant qu'un manque à gagner ou un simple risque hypothétique sur la pérennité de l'entreprise ne peut en aucun cas caractériser une atteinte grave et immédiate à l'intérêt de l'entreprise. Enfin, comme le relève le CSA, l'atteinte grave et immédiate aux consommateurs *"apparaît difficile à*

matérialiser en l'espèce, les services radiophoniques étant tous gratuits et accessibles au public selon les zones couvertes par les éditeurs autorisés par le CSA à utiliser les fréquences afférentes".

Au secteur

69. La convention FM du 22 octobre 1992, telle que modifiée par le protocole du 7 juillet 2000, prive tout opérateur concurrent de TDF de diffuser tout ou partie des programmes de Radio France, soit 2 363 fréquences FM sur les 6 909 fréquences disponibles. Or, selon le CSA, compte tenu du fait que la radio numérique ne dépasse pas pour le moment le cadre expérimental, la seule véritable perspective de développement offerte aux acteurs actuels et potentiels du secteur tient à l'ouverture à la concurrence, depuis le 25 juillet 2003, des services de diffusion des radios publiques comme Radio France.
70. De plus, lors des débats, il est apparu que la fermeture partielle du marché de la diffusion radio en FM compromet l'optimisation du plan de fréquences réclamée par de nombreux éditeurs de programmes, comme Radio France, ainsi que les conditions de couverture du territoire par l'ensemble des radios, en favorisant la saturation du spectre radiophonique et le développement de zones de brouillage, par juxtaposition des émetteurs de TDF et de ceux des autres opérateurs.
71. Enfin, s'il est vrai que l'article 18 du projet de loi sur les communications électroniques prévoit de donner le pouvoir à l'ART d'*"imposer aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché mentionné au I ou au II, exploitant des installations utilisant des fréquences dont l'assignation est confiée au Conseil supérieur de l'audiovisuel, de réviser les contrats et conventions en cours"*, cette disposition ne pourra être mise en œuvre que si elle est définitivement adoptée par le Parlement, puis concrétisée par la publication d'un ou plusieurs décrets d'application.
72. Dès lors, le fait pour TDF d'avoir, par le protocole du 7 juillet 2000, prorogé la convention FM jusqu'au 31 décembre 2007, avec pour conséquence de conserver jusqu'à cette date le monopole de la diffusion des programmes de Radio France, alors qu'il était prévu que ce secteur soit ouvert le 25 juillet 2003, cause une atteinte grave et immédiate au secteur de la radio ; par conséquent, la demande de mesures conservatoires est recevable.

Sur les mesures conservatoires sollicitées

73. TDF estime que la demande de mesures conservatoires présentée par Towercast est irrecevable, tant il est constant qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de *"prononcer une mesure conservatoire dont ni la nature ni l'objet n'ont été définis par la partie saisissante"*. Par ailleurs, le Conseil ne pourrait, par voie de mesures conservatoires, se substituer à la volonté des parties ni leur enjoindre de s'engager dans des relations contractuelles, voire de signer des contrats. Enfin, l'article L. 464-1, alinéa 3, du code de commerce ne permettrait au Conseil que de prendre des mesures comportant *"la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction de revenir à l'état antérieur"*. La demande de Towercast, visant à modifier le contrat entre TDF et Radio France, excéderait donc les pouvoirs du Conseil de la concurrence.
74. Il convient de rappeler, en premier lieu, que le Conseil de la concurrence ne peut adopter une mesure conservatoire consistant à enjoindre à une société qui n'est pas partie en la cause, une obligation de faire ou de ne pas faire. Dans un arrêt du 2 avril 1999, la cour d'appel de Paris a jugé, en effet, que *"les mesures décidées par le Conseil, en ce qu'elles sont subordonnées à la décision d'une autorité tierce, n'entrent pas dans le champ des prévisions de l'article 12 précité. (codifié à l'article L. 464-1 al.3 du code de commerce)"*. Il en résulte que le Conseil de la concurrence n'a pas le pouvoir de prononcer des mesures conservatoires à l'encontre de Radio France.
75. En deuxième lieu, 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 (relatif

au recours formé par la SA Télédiffusion de France contre la décision n° 02-MC-04 du Conseil de la concurrence, concernant des pratiques mises en œuvre par TDF sur le marché français de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre), 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.

76. Enfin, l'arrêt du 21 mai 2002, précité, retient encore que *"l'énumération des mesures conservatoires figurant à l'article L. 464-1 du code de commerce n'est pas limitative"*. Dans la décision déferée à la cour d'appel de Paris, le Conseil de la concurrence avait enjoint à TDF de communiquer à toute entreprise qui en faisait la demande, une offre de prestations d'accueil sur certains sites de diffusion hertzienne, détaillée poste par poste et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé. La cour d'appel de Paris a considéré que *"c'est à juste titre que le Conseil, tenant compte des impératifs de la constitution des nouveaux marchés, a décidé de replacer les opérateurs dans une position de négociation d'offres conformes à une saine concurrence, avant que cette dernière ne soit définitivement compromise ; qu'il ne saurait davantage être soutenu que cette mesure engage TDF dans des relations contractuelles définitives alors qu'elle se borne à lui demander de corriger l'offre présentée aux nouveaux opérateurs pour la rendre compatible avec les principes du droit de la concurrence ; qu'ainsi l'autorité de marché ne s'est substituée ni à TDF pour l'élaboration de ses tarifs, ni aux opérateurs qui sont libres de les accepter ou de les refuser ; que ce moyen sera, en conséquence, écarté"*.
77. En l'espèce, la société Radio France a précisé, lors de son audition, qu'elle était prête à faire diffuser les fréquences qui lui sont attribuées par tout diffuseur, *"si les contrats et la loi ne nous en empêche pas (...) en fonction des propositions commerciales des différents opérateurs"*. De même, lors de la séance du 28 octobre 2003, elle a confirmé qu'elle ferait tout pour tirer partie du paysage concurrentiel afin d'améliorer la qualité de ses programmes. Elle a précisé que, dans un cadre idéal, elle devrait pouvoir choisir parmi les diffuseurs de radio celui qui lui proposerait le meilleur site au meilleur coût afin d'optimiser le nombre de sites de diffusion et réduire les brouillages. Radio France a ajouté que si la possibilité lui était donnée de faire jouer la concurrence entre les diffuseurs, il lui faudrait environ quatre mois pour faire un appel à la concurrence et bâtir une demande. Elle a, enfin, précisé que TDF et elle-même disposaient déjà d'éléments suffisants pour individualiser les coûts de la diffusion des programmes de Radio France, par fréquence et par site.
78. TDF a, d'ailleurs, confirmé, au cours de la séance, qu'elle disposait aussi de ces informations. Elle a indiqué qu'elle devait se préparer à entrer progressivement en concurrence avec d'autres opérateurs pour diffuser les programmes des sociétés publiques comme Radio France et qu'elle envisageait de renégocier la convention FM, telle que modifiée par le protocole du 7 juillet 2000, afin de proposer à Radio France non pas une offre globale comprenant la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France mais une offre découpée, par site de diffusion.
79. Towercast ayant précisé qu'elle ne serait en mesure de présenter une offre en concurrence avec TDF que pour 10 % environ de l'ensemble des fréquences diffusées par Radio France, il convient de constater que l'ouverture à la concurrence du secteur de la diffusion de services de radio en FM des chaînes publiques n'aura qu'un impact limité sur l'équilibre économique des rapports de TDF avec Radio France et ce d'autant plus que les investissements réalisés par TDF pour créer les infrastructures, permettant la mise en place de 293 nouvelles fréquences en vertu du protocole du 7 juillet 2000, ne sont pas irrécupérables, s'agissant d'infrastructures non totalement et spécifiquement dédiées à la diffusion des programmes de Radio France en FM.
80. Dans ces conditions et pour remédier à l'atteinte grave et immédiate portée au secteur par les pratiques en cause, il convient de permettre à Radio France, si elle le souhaite, de renégocier la

convention FM en cours ou de procéder à un nouvel appel d'offres et de donner aux opérateurs alternatifs, tels que Towercast, la possibilité de concourir pour obtenir la diffusion de certaines fréquences de Radio France. A cette fin, il y a lieu d'enjoindre à TDF :

- de ne pas se prévaloir des articles 51 et 54 de la loi du 30 septembre 1986 et des articles 47 à 60 du cahier des missions et des charges de Radio France approuvé par le décret du 13 novembre 1987 modifié le 10 octobre 2000, à compter de la notification de la présente décision, et jusqu'à la décision au fond du Conseil de la concurrence.
- de proposer, en concurrence avec tout autre opérateur, à toute société nationale de programmes qui en ferait la demande, de nouvelles offres de diffusion de programmes radiophoniques en FM, détaillées site par site et fréquence par fréquence ou groupe de fréquences par groupe de fréquences, en conformité avec la législation communautaire abrogeant ses droits exclusifs de radiodiffusion, et ce à compter de la notification de la présente décision et jusqu'à la décision au fond du Conseil de la concurrence.

DECISION

Article 1^{er} : La saisine, en tant qu'elle concerne la prolongation de la convention AM du 4 mai 1994 par le protocole du 13 juillet 2001, est rejetée.

Article 2 : Il est enjoint à TDF de ne pas se prévaloir des articles 51 et 54 de la loi du 30 septembre 1986 et des articles 47 à 60 du cahier des missions et des charges de Radio France approuvé par le décret du 13 novembre 1987 modifié le 10 octobre 2000, à compter de la notification de la présente décision et jusqu'à la décision au fond du Conseil de la concurrence.

Article 3 : Il est enjoint à TDF de proposer, en concurrence avec tout autre opérateur, à toute société nationale de programmes qui en ferait la demande, de nouvelles offres de diffusion de programmes radiophoniques en FM, détaillées site par site et fréquence par fréquence ou groupe de fréquences par groupe de fréquences, en conformité avec la législation communautaire abrogeant ses droits exclusifs de radiodiffusion et ce, à compter de la notification de la présente décision et jusqu'à la décision au fond du Conseil de la concurrence.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Zoude le Berre, par M. Nasse, vice-président, Mmes Aubert et Perrot ainsi que M. Bidaud, membres.

La secrétaire de séance,
Christine Charron

Le vice-président, présidant la séance,
Philippe Nasse