

Avis n° 2007-0276
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 26 avril 2007
relatif à la demande d'avis du Conseil de la Concurrence
portant sur la demande de mesures conservatoires déposée par la société Towercast
relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF

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

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

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

Vu le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du Livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 35,

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

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

Vu la saisine du Conseil de la concurrence par la société Towercast, assortie d'une demande de mesures conservatoires, reçue le 16 février 2007, référencée 07/0017 F – 07/0018 M,

Vu la demande d'observations du rapporteur général du Conseil de la concurrence portant sur la demande de mesures conservatoires formulée par la société Towercast, reçue le 9 mars 2007,

Vu le courrier du Directeur général de l'Autorité en date du 5 avril 2007 par lequel ce dernier informe TDF du souhait de l'Autorité de procéder à une visite du site de la Tour Eiffel,

Vu la réponse de la société TDF par télécopie en date du 10 avril 2007 par laquelle TDF fixe au 12 avril 2007 la visite du site de la Tour Eiffel,

Vu le courrier des rapporteurs du Conseil de la concurrence enregistré à l'Autorité le 24 avril 2007 par lequel les rapporteurs communiquent à l'Autorité des pièces complémentaires aux

informations qui lui avait été adressées dans le cadre de la demande d'observations du rapporteur général du Conseil de la concurrence ;

Vu la décision n° 07-DECR-20 du 23 avril 2007 du Conseil de la concurrence relative à l'utilisation de pièces classées en annexe confidentielle,

Vu la décision n° 07-DECR-21 du 23 avril 2007 du Conseil de la concurrence relative à l'utilisation de pièces classées en annexe confidentielle,

Vu la décision n° 07-DECR-22 du 23 avril 2007 du Conseil de la concurrence relative à l'utilisation de pièces classées en annexe confidentielle,

Après en avoir délibéré le 26 avril 2007,

I. Objet de la saisine

1.1. Présentation des parties

Société TéléDiffusion de France (TDF)

La société TDF, ancien monopole public, est aujourd'hui privatisée. Cette société est en concurrence avec d'autres diffuseurs sur des segments de marché désormais ouverts à la concurrence, notamment pour :

- la diffusion des programmes des chaînes privées de télévision analogique terrestre depuis l'adoption de la loi du 30 septembre 1986 susvisée ;
- la diffusion des programmes des chaînes publiques de télévision analogique terrestre depuis le 25 juillet 2003 ;
- la diffusion des programmes de l'ensemble des chaînes de la télévision numérique terrestre (TNT) depuis son lancement en mars 2005.

TDF exploite environ 7000 point hauts en Europe, dont 6000 en France, supports de services de diffusion audiovisuelle ou de services de communications électroniques. Environ 3600 sites de taille variable, en termes de puissance des émetteurs et de hauteur de pylône, sont exploités pour la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels.

TDF propose à ses concurrents deux offres régulées d'accès à ses sites pour la diffusion de la TNT : une offre d'accès à ses bâtiments et pylônes, dénommée « Hébergement TNT », et une offre d'accès à son système antennaire, dénommée « DiffHF-TNT ». Une offre commerciale non régulée a été proposée à Canal + pour la diffusion de la télévision analogique terrestre.

Société Towercast

La société Towercast est une filiale du groupe NRJ. Depuis sa création en 1986, elle s'est essentiellement positionnée sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre de services de radio en mode FM. Elle gère près de 500 sites de diffusion de la FM.

La société Towercast a élargi son offre de services de diffusion en se positionnant comme diffuseur de la TNT lors de son lancement en mars 2005. Pour les phases de déploiement 1 à 4 de la TNT, la société Towercast détient en moyenne 18 % du marché de la diffusion de la TNT en volume, dont 12% en ayant accès à des sites détenus par TDF et 6 % à partir de pylônes lui appartenant.

1.2. Contexte

Le site de la Tour Eiffel est le principal site français de diffusion hertzienne terrestre analogique et numérique en termes de population desservie, avec plus de 10 millions de personnes. Il constitue également l'un des sites les plus importants d'Europe, en termes de bassin de population couvert, de nombre de services de télévision et de radio diffusés et de concentration d'émetteurs de forte puissance. Ainsi, Towercast rappelle, dans le cadre de sa saisine, que deux tiers des radios parisiennes sont diffusés à partir de la Tour Eiffel.

Historiquement, TDF occupe certains emplacements sur le site de la Tour Eiffel pour la diffusion hertzienne terrestre de services de télévision et de radio. Cette occupation a pris la forme d'une convention d'occupation domaniale signée avec la Ville de Paris.

Le 29 août 2006, la Mairie de Paris a lancé la procédure de renouvellement de la convention d'occupation domaniale. La Mairie de Paris s'inscrivait ainsi dans le contexte de l'ouverture à la concurrence du secteur en mettant potentiellement en compétition plusieurs opérateurs susceptibles d'assurer la diffusion de services audiovisuels à partir de la Tour Eiffel et pour se faire, de verser une redevance d'occupation de ce domaine public à la ville.

La Mairie de Paris a précisé, logiquement, dans son appel à candidatures que l'opérateur lauréat devrait assurer la continuité de service de la diffusion audiovisuelle. Pour un nouvel entrant, cet impératif supposait de se coordonner, en matière de réutilisation ou de rachat d'équipements non immédiatement remplaçables, avec TDF, titulaire précédent de l'autorisation d'occupation du site de la Tour Eiffel et propriétaire des équipements de diffusion qui y sont installés.

En raison des difficultés rencontrées par Towercast pour obtenir les informations relatives à la nature et au prix de cession des équipements installés par TDF sur le site de la Tour Eiffel, la date de remise des offres initialement fixée par la Mairie de Paris a été reportée, à la demande de Towercast, au 31 octobre 2006. Par la suite, la Mairie de Paris a laissé la possibilité aux candidats, dont Towercast, de formuler, jusqu'au 21 décembre 2006, une offre définitive prenant en compte le montant de la cession par TDF des équipements en place nécessaires à la continuité de service.

Le 12 février 2007, la Mairie de Paris a retenu l'offre qui lui avait été présentée par TDF. En effet, TDF avait proposé une redevance annuelle de 3,7 millions d'euros, tandis que Towercast proposait au plus 2,7 millions d'euros.

Le même jour, la société Towercast a saisi le président du Tribunal administratif de Paris sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, afin qu'il soit ordonné à la ville de Paris de différer la signature du contrat.

Par une ordonnance du 13 février 2007, le Tribunal administratif de Paris a suspendu la signature du contrat jusqu'à ce qu'il soit statué sur la requête formée par Towercast, au plus tard jusqu'au 5 mars 2007. Toutefois, la Mairie de Paris a informé le juge du Tribunal administratif de Paris de la signature du contrat, le même jour, moins d'une heure avant la réception de l'ordonnance en question. Elle lui a indiqué qu'en conséquence, l'ordonnance ne pouvait recevoir d'exécution. Etant donné que les pouvoirs du juge sur le fondement de l'article L. 551-1 précité ne peuvent être exercés après la conclusion du contrat, a constaté le non-lieu à statuer dans une ordonnance du 5 mars 2007.

I.3. Les pratiques dénoncées par la société Towercast

Le 16 février 2007, Towercast a saisi le Conseil de la concurrence à l'encontre de TDF en raison de la mise en œuvre de pratiques qu'elle estime contraires aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 82 du Traité CE dans le cadre de la fourniture de services de diffusion hertzienne terrestre de programme télévisuels.

Towercast considère que les marchés affectés par les pratiques de TDF sont le marché de services de diffusion de la radio en mode FM, le marché de services de diffusion de la télévision analogique terrestre et le marché de services de diffusion de la TNT. Il ajoute que, souhaitant préserver sa position sur ces marchés, TDF aurait mis en place une stratégie visant à l'évincer du « *marché de la concession du site de la Tour Eiffel* » qu'il définit.

En particulier, Towercast reproche à TDF :

- la mise en œuvre de manœuvres dilatoires, ayant consisté à refuser dans un premier temps de lui communiquer les données nécessaires à la construction de son offre ;
- d'avoir ensuite « *unilatéralement et arbitrairement* » fixé un prix qu'elle juge exorbitant, injustifié et inéquitable, pour le rachat du matériel nécessaire à l'obligation de continuité du service prévue à l'article 2.6.2 du cahier de consultation pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale pour la diffusion hertzienne de radio et de télévision depuis le site de la Tour Eiffel.

Selon Towercast, ces pratiques auraient permis à TDF de consolider sa position dominante sur les marchés précités. Towercast demande au Conseil de la concurrence de constater que TDF a abusé de sa position dominante en érigeant une barrière à l'entrée de son concurrent sur le marché de l'appel d'offres lancé par la Mairie de Paris.

I.4. Les demandes formulées par la société Towercast au titre des mesures conservatoires

Towercast a assorti sa saisine au fond d'une demande de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce.

Elle demande ainsi au Conseil de suspendre, dans l'attente de sa décision au fond, les effets de l'appel d'offres, ainsi que toute clause contractuelle permettant à TDF d'exploiter durablement les infrastructures de diffusion de la Tour Eiffel, qu'elle juge essentielles.

II. Analyse de l'Autorité

II.1. Remarque préliminaire

Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de préciser dans ses avis rendus à l'Autorité et dans le cadre des analyses de marché du secteur des communications électroniques, que le livre IV du code de commerce s'applique sans préjudice du cadre réglementaire sectoriel et des décisions prises pour son application.

En l'occurrence, l'Autorité a adopté les décisions n° 06-0160 et n° 06-0161 relatives à l'analyse du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle, dit « marché 18 » selon la nomenclature européenne. Dans le cadre de ces décisions, l'Autorité a notamment défini une régulation portant sur la seule fourniture de services de diffusion de la télévision hertzienne terrestre à l'échelle nationale.

A contrario, les marchés visés par la saisine concernent l'ensemble des services de télévision analogique, de télévision numérique, de radio FM analogique, ainsi que d'autres services en devenir, comme la radio FM numérique, l'accès haut débit Internet nomade ou la diffusion audiovisuelle sur terminaux mobiles diffusés ou pouvant être diffusés à partir du seul site de la Tour Eiffel sur la durée de la concession.

II.2. Description de la chaîne technique de diffusion

II.2.1. Diffusion de la TNT

Sur un site donné, la chaîne technique de diffusion de la TNT comprend les fonctions suivantes :

- L'alimentation en signal et le traitement du signal

Il s'agit de recevoir les signaux sur le site, soit par un système de réception sans fil satellitaire ou terrestre (FH, Ballempfang), soit par des moyens filaires. Selon le moyen de réception choisi, les équipements mis en œuvre sont différents (parabole satellite et démodulateur satellite, récepteur UHF, faisceau hertzien...).

- L'émission

Il s'agit d'effectuer la modulation et l'amplification du signal à l'aide d'un émetteur. Cette fonction peut faire l'objet d'une sécurisation plus ou moins importante et/ou d'une télégestion.

- La diffusion Haute Fréquence (HF)

Il s'agit de prendre en charge les signaux HF de puissance allant de 0,05W à 25 kW en sortie d'émetteur pour les diffuser par voie hertzienne à partir d'antennes situées sur un pylône, une tour ou un bâtiment.

Cette fonction est commune à plusieurs chaînes de diffusion, plusieurs signaux HF étant souvent multiplexés à travers un multiplexeur HF. Elle peut même être commune à plusieurs chaînes de diffusion de télévision numérique et analogique. Néanmoins, les contraintes techniques ou les choix de planification du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) imposent parfois la création de systèmes antennaires spécifiques à la télévision numérique. La fonction de diffusion HF est assurée à partir de multiplexeurs HF, de commutateurs d'antenne (pour les fortes puissances), de baies de pressurisation, de feeders et d'antennes. Elle peut faire l'objet d'une sécurisation et/ou d'une télégestion (au niveau de l'antenne).

Ces fonctions s'appuient localement sur des éléments d'infrastructure communs à ces fonctions d'une part, pour certains d'entre eux au moins, et à d'autres services présents sur le site d'autre part.

En matière de diffusion en mode numérique, ces différentes fonctions se traduisent par deux prestations principales :

Une prestation d'hébergement sur site comprenant :

- une composante d'hébergement qui comprend l'hébergement des baies et équipements de l'opérateur, ainsi que l'hébergement du multiplexeur RF opérateur ;
- une composante d'hébergement des paraboles satellite et des aérothermes de l'opérateur à l'extérieur du bâtiment ;
- une composante d'hébergement du système antenne de l'opérateur client sur le pylône de TDF.

Les clients de TDF souscrivent en pratique rarement à cette dernière composante, dans la mesure où ils souscrivent généralement à la prestation de diffusion HF de TDF décrite ci-après, qui implique l'utilisation du système antenne de TDF.

Une prestation de diffusion HF comprenant :

- la prise en charge du signal HF de l'opérateur en sortie de l'émetteur hébergé, c'est-à-dire la prise en charge du signal HF de l'opérateur et l'acheminement vers le multiplexeur RF de TDF d'une part, et le contrôle du signal HF au point de prise en charge d'autre part. ;
- la prestation de diffusion HF à partir du système antenne de TDF.

II.2.2. Diffusion de la télévision analogique terrestre

La chaîne technique de diffusion de la télévision analogique terrestre comprend les trois mêmes fonctionnalités que celle de la TNT.

La seule différence entre les deux modes de diffusion réside dans le fait que la fonction de traitement du signal se limite à la gestion des sources (commutation normal/secours en cas de

sécurisation de la fonction alimentation en signal). Les têtes de réseau régionales ou locales sont ainsi spécifiques à la diffusion de la TNT

Au-delà, la diffusion télévisuelle en mode analogique présente plusieurs spécificités :

- les émetteurs comportent une voie image et une voie son et sont de puissance 5 à 10 fois supérieure à celle des émetteurs TNT ;
- l'émission comporte souvent une fonction de modulation NICAM permettant la diffusion d'un son stéréo ;
- un pilotage de la fréquence d'émission est parfois nécessaire (en fonction des choix de planification du CSA).

II.2.3 Diffusion de la radio FM

Les principales fonctions de la chaîne technique de diffusion sonore en mode FM sont l'alimentation en signal, l'émission et la diffusion HF. Néanmoins, ce mode de diffusion est caractérisé par diverses spécificités fonctionnelles :

- une fonction traitement de son avant codage stéréo est importante pour les radios qui choisissent en fonction des auditeurs ciblés la « couleur sonore » de leurs programmes (radios musicales par exemple) ;
- une fonction d'insertion de données (RDS par exemple).

Les équipements de diffusion présentent les caractéristiques suivantes :

- la diffusion en mode FM implique de nombreux émetteurs de moyenne puissance ;
- l'encombrement des émetteurs FM, à puissance équivalente, est nettement moindre que celui des émetteurs de télévision analogique ;
- la diffusion en mode FM implique l'utilisation de multiplexeurs HF simples et standardisés ;
- les feeders utilisés pour la FM sont en général de diamètre inférieur à ceux utilisés pour la télévision ;
- la hauteur de fixation des antennes d'émission est en général moins importante qu'en télévision : 80 % des antennes FM sont situées à moins de 60 mètres de hauteur et la hauteur moyenne de fixation des antennes est d'environ 40 mètres ;
- la diffusion en mode FM peut en général être réalisée à partir d'antennes d'émission peu complexes ;
- la consommation en énergie des équipements FM est inférieure à celle des équipements de télévision (les émetteurs consomment deux à trois fois moins d'énergie que les émetteurs de télévision analogique) ;
- les infrastructures de diffusion peuvent être plus légères qu'en télévision (toits terrasses en haut de bâtiments, châteaux d'eau, pylônes etc.).

II.3. Sur l'exigence de continuité de service et ses conséquences

II.3.1. Sur la procédure d'appel d'offres lancée par la Mairie de Paris

L'article 2.6.2 du cahier de consultation pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale pour la diffusion hertzienne de radio et de télévision depuis le site de la Tour Eiffel stipule :

« Le futur occupant précisera les délais d'installation prévus et le dispositif envisagé pour prévenir toute interruption de service ou baisse de qualité pour la population actuellement couverte par les installations situées au sein de la Tour Eiffel. Il précisera à cet effet un planning d'installation coordonné avec celui de l'éventuel retrait des installations existantes.

L'occupant devra prendre les lieux libres de toutes installations appartenant à l'occupant précédent sauf accord passé avec ce dernier. Compte tenu du contexte nouveau d'ouverture à la concurrence, il est attendu du précédent occupant qu'il négocie de bonne foi la cession des actifs dont il entendrait se défaire dans des conditions permettant la continuité du service public sans aucune interruption ».

Tout en reconnaissant que la continuité du service doit être compatible avec l'objectif de concurrence, cette rédaction laisse une marge de manœuvre substantielle à TDF quant à l'opportunité de céder les actifs nécessaires à la continuité du service et aux modalités d'une cession éventuelle.

Il convient de préciser que l'Autorité n'a pas été saisie sur le contenu du cahier de consultation, contrairement à ce que pourrait laisser croire l'exposé des motifs du projet de délibération de la Mairie de Paris. La Mairie de Paris précise en effet que la rédaction du cahier de consultation « a nécessité la saisine préalable d'organismes extérieurs à la Ville de Paris », parmi lesquels on trouve l'Autorité.

II.3.2. Sur la nécessité pour Towercast de racheter les équipements de TDF

Dans le courrier qu'elle adresse à Towercast le 18 septembre 2006, TDF indique, s'agissant de la continuité des activités, « que celle-ci peut être assurée de plusieurs façons, notamment par l'hébergement des équipements sur le site, leur cession éventuelle n'étant qu'une modalité parmi d'autres ».

Sur un plan théorique, et sans égard aux dispositions du cahier de consultation, plusieurs solutions alternatives à la cession par TDF de ses équipements sont, en effet, envisageables pour un éventuel nouvel occupant. Ces solutions sont [...] :

- l'installation de ses propres équipements, avec comme solution temporaire la location des équipements de TDF ;

- la location ou encore l'hébergement des équipements installés par TDF sur les emplacements objets de la convention d'occupation domaniale, de sorte que les prestations de gros fournies par TDF aux diffuseurs alternatifs s'apparentent à des prestations de « sous-hébergement ».

Il convient toutefois de s'interroger sur le caractère opératoire de chacune de ces solutions dans les faits, notamment à la lumière du cahier de consultation.

- L'installation d'équipements propres par Towercast

Cette hypothèse suppose d'observer les spécificités qui font de la Tour Eiffel un site de diffusion hors du commun. Le caractère exigü du site, couplé aux contraintes d'extension particulièrement fortes, ainsi que son implantation dans un milieu urbain dense démultiplient les enjeux liés à la sécurité et à la continuité de diffusion et accentue les contraintes opérationnelles d'exploitation du site.

Dans le cadre de la demande d'avis du Conseil de la concurrence, l'Autorité a demandé à TDF de lui permettre de visiter les installations techniques de la Tour Eiffel, afin d'évaluer la possibilité pour un nouvel entrant d'installer ses propres équipements tout en assurant la continuité du service. Cette visite a également eu pour objet de clarifier la nature des équipements présents sur le site, leurs fonctionnalités, leur durée d'amortissement et leur caractère remplaçable.

Le compte rendu de cette visite est annexé au présent avis (annexe n° 1).

À cette occasion, TDF a indiqué que le remplacement des équipements était techniquement envisageable et précisé que la quasi-intégralité des installations de la Tour Eiffel avait fait l'objet d'un renouvellement au cours des dernières années (installations UHF en 2000, installation FM en 1999), avec la mise en place de solutions temporaires permettant d'assurer la continuité du service.

L'Autorité relève en outre que l'intégralité des équipements relevant de l'activité d'hébergement (équipements de production de froid, d'énergie etc.) fait l'objet d'une complète redondance. Par ailleurs, concernant le système antenne, il existe une certaine redondance sur les feeders. En revanche, les diplexeurs ne sont pas redondés. Enfin, la structure des antennes UHF, assurant la diffusion de l'ensemble des chaînes analogiques et numériques, à l'exception de Canal+, permet une certaine flexibilité qui rend possible leur changement tout en maintenant la continuité du service. [...]

Ainsi, à l'exception de certains éléments du système antenne, l'activité de diffusion depuis le site de la Tour Eiffel consiste pour TDF à exploiter en parallèle deux chaînes de production : l'une principale, l'autre pour la sécurisation.

Techniquement, il est donc possible de procéder au remplacement de l'intégralité des équipements.

Toutefois, ce remplacement peut être rendu difficile sur le plan opérationnel, du fait des contraintes de délai nécessaires à la réalisation des travaux de démontage des anciens équipements et d'installation des nouveaux équipements d'une part, et du niveau d'expertise et de savoir-faire requis pour procéder à un tel remplacement d'autre part.

À cet égard, l'Autorité constate que :

- certains équipements peuvent être potentiellement ou raisonnablement remplacés : il s'agit des installations de climatisation, d'énergie, de télésurveillance et de détection incendie (valorisés par TDF à 15 millions d'euros) ;
- pour les autres, du fait de l'exiguïté des locaux, il serait difficile d'envisager leur remplacement ou leur reproduction par un nouvel entrant compte tenu de la contrainte d'assurer la continuité du service d'émission : il s'agit des systèmes antennaires (valorisés par TDF à 12 millions d'euros).

Ainsi, sans préjuger de la possibilité pour Towercast d'accéder dans des conditions non discriminatoires à des équipements qui pourraient être qualifiés d'infrastructures essentielles, il semble que le degré de duplication des équipements du site de la Tour Eiffel décroît à mesure que l'on avance dans la chaîne technique de diffusion (décrite au point II.2.), et qu'une partie des équipements installés par TDF ne pourrait être remplacée par Towercast.

- La location ou l'hébergement des équipements de TDF

La location est techniquement et opérationnellement possible. Elle conduirait toutefois Towercast à exercer son activité sur une part plus limitée de la chaîne de valeur.

Par ailleurs, s'agissant de l'hébergement, l'Autorité relève que TDF affirme, dans un courrier du 18 septembre 2006, que la continuité de service « *peut être assurée de plusieurs façons, notamment par l'hébergement des équipements sur le site, leur cession éventuelle n'étant qu'une modalité parmi d'autres* », et, dans un autre courrier, du 30 novembre 2006, que « *la continuité peut être assurée selon différentes modalités, notamment au travers d'offres d'hébergement* ».

En pratique, cette solution aurait conduit Towercast à exercer son activité sur une part restreinte de la valeur. Dans la mesure où, outre le fait que TDF semble avoir conclu la quasi-totalité des contrats de diffusion à partir de la Tour Eiffel et détienne ainsi *de facto* une part importante de la valeur, Towercast n'aurait pu tirer aucun revenu au titre de l'accès à ses infrastructures de diffusion, TDF continuant d'exploiter ses propres équipements de diffusion.

L'Autorité estime en outre que la solution de l'hébergement par Towercast des équipements de TDF n'aurait pas permis de s'assurer du respect de l'article 2.5.2 du cahier de consultation qui dispose que « [...] *la Tour Eiffel constituant un point haut difficilement répliquable, le futur occupant exposera les mesures prises pour permettre l'accès à ses concurrents, notamment dans le marché de gros des services de diffusion audiovisuelle (marché 18) et de diffusion radiophonique. [...]* ».

En effet, Towercast n'aurait pas été en mesure au préalable d'assurer la Mairie de Paris que les diffuseurs alternatifs auraient bien accès aux installations de la Tour Eiffel pendant toute la durée de la convention, dans des conditions raisonnables et non discriminatoires, en

particulier pour la radio et la télévision analogique terrestre (la fourniture d'offres d'accès pour la diffusion de la TNT étant soumise à régulation *ex ante*).

L'hébergement par Towercast des équipements de TDF ne saurait donc constituer une solution adaptée.

Au vu de ce qui précède, il semble que, pour répondre à la consultation de la Mairie de Paris, un diffuseur alternatif tel que Towercast n'avait d'autre choix que de racheter les équipements installés par TDF sur les emplacements de la Tour Eiffel objets de la convention d'occupation domaniale, ou à tout le moins une partie significative de ces équipements.

À cet égard, l'Autorité relève que TDF a proposé un prix de cession des équipements en fin de contrat pour respecter l'article 2.9.3 du cahier de consultation qui prévoit que « *l'occupant devra remettre les lieux en leur état primitif tels qu'ils se trouvent au moment de la conclusion de la convention* ». Cela montre *de facto* que TDF n'avait pas d'opposition de principe à céder ses équipements.

II.3.3. Sur le manque de diligence de TDF

L'Autorité constate que TDF n'a pas fait preuve de diligence pour répondre à la demande initiale de Towercast tendant à obtenir la liste et le prix de cession des équipements nécessaires à l'exigence de continuité de service prévue à l'article 2.6.2 du cahier de consultation.

En effet, dans un courrier du 18 septembre 2006, TDF, qui répond au courrier que Towercast lui a adressé le 13 septembre 2006 notamment afin de se voir préciser la liste et le prix des actifs qu'elle envisagerait de céder, ne transmet pas les informations demandées à Towercast :

« Les données nécessaires aux candidats figurent dans le cahier de consultation établi par la Ville. Sur la base de ces informations, il incombe à chaque candidat, sous sa responsabilité, d'envisager les différentes hypothèses soutenant le contenu de sa proposition. Il n'appartient pas à TDF de fournir à l'un des candidats des éléments complémentaires relatifs à la consultation. La responsabilité de l'information des candidats relève de la seule responsabilité de la Ville, dans le respect du principe d'égalité. »

Dans un courrier adressé le 28 septembre 2006 à TDF, la Mairie de Paris soutient la demande de Towercast en précisant que « *pour respecter le principe d'égalité entre les candidats* », il lui appartenait de communiquer à Towercast « *les informations utiles à la procédure de renouvellement de la convention d'occupation* ».

En l'absence de réponse de TDF, Towercast explique à la Mairie de Paris dans un courrier du 5 octobre 2006 qu'il a « *besoin des éléments d'information [demandés], étant donné l'obstacle infranchissable que représente l'impossibilité d'intégrer ces données dans la construction de [son] offre* ».

Par un courrier du 10 octobre 2006, TDF, qui indique que la Mairie de Paris, dans son courrier du 28 septembre 2006, l'avait autorisée à communiquer à Towercast les informations utiles à la procédure, apporte des premiers éléments de réponse, à savoir la liste des équipements, mais aucun élément de prix.

Dans un courrier adressé à TDF le 12 octobre 2006, la Mairie de Paris, constatant l'absence de réponse de TDF, rappelle, « *comme l'indique le cahier de consultation, [qu'il était] attendu de l'actuel occupant [qu'il] négocie de bonne foi la cession des actifs* », avant de réitérer sa demande visant à obtenir les informations demandées.

Par un courrier du 16 octobre 2006, TDF communique à la Mairie de Paris le prix des équipements d'environnement qu'elle était prête à céder à Towercast. Il s'élève à 15 millions d'euros. La Mairie de Paris en informe Towercast par un courrier du 23 octobre 2006 et lui indique qu'elle a formulé une demande d'informations complémentaires pour les équipements de systèmes antennaires.

Par un courrier du 23 octobre 2006, TDF apporte à la Mairie de Paris les éléments d'information complémentaires demandés. Le prix des équipements de systèmes antennaires est fixé à 12 millions d'euros. Towercast en est informé par courrier de la Mairie de Paris le 26 octobre 2006.

Dans un courrier du 3 novembre 2006, la Mairie de Paris demande à TDF d'explicitier le montant total des équipements qu'elle pourrait céder à Towercast pour un montant de 27 millions d'euros en « *les situant par rapport à [leur] valeur nette comptable* ».

TDF y répond le 24 novembre 2006.

Ces attermolements semblent contraires à la disposition de l'article 2.6.2 du cahier de consultation qui prévoit que TDF doit négocier « *de bonne foi* » la cession de ces équipements.

II.4. Sur le niveau du prix de cession des actifs nécessaires à la continuité du service et le risque d'éviction de Towercast

II.4.1. Sur l'évaluation de la valeur nette économique des équipements de TDF

Dans son courrier à la Mairie de Paris du 27 octobre 2006, Towercast précise qu'il considère que le montant de 27 millions d'euros, correspondant au prix de cession des équipements par TDF, apparaît « *fortement, voire très exagérément* » surévalué et ajoute qu'une installation neuve paraîtrait moins onéreuse.

[...] [TDF indique] dans le courrier qu'elle adresse à la Mairie de Paris le 24 novembre 2006, que le montant de 27 millions d'euros résulte d'une estimation de la valeur nette économique des biens concernés, « *établie à partir de la valeur de remplacement évaluée à fin 2005 de ces biens en prenant en compte un amortissement économique sur la durée de vie économique de ces biens* ». Elle ajoute que cette valeur de remplacement « *a été établie en prenant en compte les coûts nécessaires pour concevoir et mettre en œuvre [...] les systèmes antennaires [et] les équipements d'environnement du site, [...] estimés aux conditions économiques de 2005* ». TDF précise en outre que les valeurs nettes économiques sont supérieures aux valeurs nettes comptables.

Elle indique que la méthode des coûts de remplacement est la méthode « *communément utilisée [...] pour calculer les annuités de rémunération des investissements* » et fait référence à la décision n° 00-1171 de l'Autorité en date du 31 octobre 2001 retenant la méthode des

coûts de remplacement comme méthode de calcul des coûts moyens incrémentaux de long terme pour l'accès à la boucle locale.

Cette position est contestée par Towercast qui répond dans sa saisine que « *l'analyse économique sur laquelle se fonde TDF [...] est abandonnée par une autre décision [n° 05-0834] du 15 décembre 2005, par laquelle l'ARCEP a reconnu explicitement qu'en matière d'infrastructures essentielles, les coûts de remplacement ne pouvaient constituer une méthode pertinente de valorisation* ».

Les références de Towercast aux décisions de l'Autorité semblent hors de contexte, en particulier, le lien établi entre infrastructures essentielles et méthodes de valorisation. L'Autorité rappelle que les coûts courants économiques ne diffèrent des coûts de remplacement en filière que sur un point : ils sont fondés sur une chronique d'investissement réelle, et non sur une chronique théorique normative. Les coûts courants économiques assurent que l'investissement réel de l'opérateur est recouvré, tandis que les coûts de remplacement en filière s'écartent des investissements réels pour établir un coût de long terme efficace qui est par ailleurs compatible avec l'entrée de concurrents et le déploiement d'infrastructures alternatives.

Ceci ne s'applique pas au cas d'espèce, dans la mesure où il n'est pas question dans le calcul proposé par TDF d'évaluer un coût annuel qui serait fondé sur des chroniques d'investissement normatives.

L'objet du calcul est bien l'évaluation de la valeur de revente d'un actif particulier, de sa valeur d'occasion. Or, en l'absence de prix de marché, il n'apparaît pas incohérent d'estimer cette valeur de revente comme égale à la valeur nette économique de l'actif. Cette valeur nette économique représente une étape intermédiaire du calcul de la méthode des coûts de remplacement.

Par conséquent, au vu des informations dont elle dispose, l'Autorité considère que la méthode de calcul employée par TDF n'est pas incohérente dans son principe.

L'Autorité estime toutefois que la formule appliquée par TDF soulève une question de mise en œuvre. En effet, parmi les paramètres nécessaires pour calculer la valeur nette économique des biens en question, TDF utilise « *la moitié de la durée de vie économique du domaine technique considéré* ». Ceci apparaît incohérent avec l'objectif d'évaluer le prix d'un actif particulier : contrairement à ce que fait TDF, ce n'est pas la valeur de revente du parc complet qu'il convient d'estimer, mais la valeur de revente des actifs en place sur le site de la Tour Eiffel, qui dépend bien directement de leur durée de vie résiduelle propre.

Ainsi, il est important de connaître la date de mise en service de l'actif qui doit être revendu, ainsi que sa valeur d'achat à cette date : en effet, alors qu'un calcul d'annuité en coût de remplacement est indépendant de ces paramètres (on pourrait ainsi fonder le calcul sur la valeur de remplacement actuelle sans changer le résultat), ce n'est pas le cas pour le calcul de la valeur nette.

Les éléments fournis par TDF ne permettent donc pas de déterminer la valeur nette économique.

Le Conseil de la concurrence pourrait ainsi utilement demander à TDF, pour chacun des équipements concernés, leur coût d'achat, leur âge, leur durée de vie et comment leur prix évolue (« taux de progrès technique » employé), afin de vérifier la cohérence de la méthode de calcul appliquée par TDF.

II.4.2. Sur l'étude de valorisation des systèmes antennaires et des équipements d'environnement de la Tour Eiffel

Il ressort des pièces communiquées à l'Autorité que TDF prévoit un investissement total de 45 millions d'euros au cours de la période 2006-2016.

Par ailleurs, il apparaît que le total des dotations prévisionnelles aux amortissements de TDF s'élève à [...] euros, auquel vient s'ajouter une valeur de reprise escomptée des équipements à la fin de la convention estimé à 10 millions d'euros.

L'Autorité ne dispose pas d'information suffisante pour s'assurer que ces 45 millions d'investissements sont effectivement recouverts par le montant total des dotations prévisionnelles aux amortissements et la valeur de reprise des équipements à la fin de la convention, soit [...] euros environ au total, sans actualisation. Cependant, l'Autorité note que ces deux valeurs sont relativement proches et cohérentes.

Il paraît en revanche extrêmement peu probable que le montant total des dotations prévisionnelles aux amortissements et la valeur de reprise des équipements à la fin de la convention incluent également l'amortissement restant des investissements de TDF antérieurs à la période 2006-2016. Autrement dit, la prise en compte par TDF des dotations aux amortissements sur la période considérée des systèmes antennaires et équipements d'environnement nécessaires au maintien de la continuité de service sur le site, dont le prix de cession à Towercast a été évalué par ailleurs à 27 millions d'euros par TDF.

Il semble donc que TDF n'ait pas intégré dans son plan d'affaires les dotations aux amortissements correspondants aux équipements dont elle a par ailleurs estimé à 27 millions d'euros le prix de cession à Towercast.

II.4.3. Sur le risque d'éviction induit par le prix de cession des équipements

L'Autorité estime qu'il y a lieu de considérer le risque d'éviction mis en œuvre par TDF du fait du prix de cession proposé à Towercast et du niveau de redevance proposé par TDF à la Mairie de Paris.

Dans le contexte particulier du renouvellement de la convention domaniale pour la diffusion hertzienne terrestre depuis le site de la Tour Eiffel, ce test ne s'apparente pas à un test de ciseau tarifaire traditionnel consistant à mesurer la différence entre les tarifs des produits aval et amont de l'opérateur intégré et à comparer cette différence au coût incrémental de production aval. Néanmoins, le test proposé par l'Autorité dans le présent avis conduit bien à évaluer l'espace économique laissé à Towercast dans le cadre spécifique de la convention d'occupation domaniale, dans la mesure où il revient à vérifier que le prix de cession des équipements proposé par TDF à Towercast n'interdit pas à ce dernier de proposer à la Mairie de Paris un niveau de redevance similaire à celui proposé par TDF tout en maintenant une rémunération normale du capital investi.

Le test effectué par l'Autorité est décrit ci-après.

Ce test consiste à rechercher si le prix de cession déterminé par TDF, de 27 millions d'euros, permettait à Towercast de proposer à la Mairie de Paris une redevance annuelle compétitive face à celle proposée par TDF, de 3,7 millions d'euros. Pour mettre en œuvre ce test, l'Autorité a considéré le plan d'affaires de Towercast et, plus particulièrement, ses charges d'exploitation prévisionnelles et les investissements nouveaux que la société prévoit de réaliser sur la période de la convention.

Dans un contexte où les modalités d'exploitation du site de la Tour Eiffel seront conditionnées par des projets et éléments clés comme l'extinction de la télévision analogique terrestre, la migration vers la TNT et le nouveau plan FM, l'estimation des revenus attendus sur la période est un exercice délicat.

De ce point de vue, l'Autorité a constaté des différences significatives entre les estimations de revenus fournies par TDF et celles fournies par Towercast, soulevant ainsi la question du périmètre des activités considérées (activité de diffusion/hébergement, télévision analogique/numérique, radio FM/numérique), celle de la prise en compte de l'extinction de la télévision analogique terrestre, ainsi que celle des prévisions de développement de nouveaux services.

S'agissant du chiffre d'affaires à prendre en compte, l'Autorité a donc considéré qu'il était prudent de considérer deux scénarii :

- dans un premier scénario (hypothèse haute) l'Autorité a retenu comme base de calcul les revenus attendus par TDF dans son compte de résultat prévisionnel ;
- dans un second scénario (hypothèse basse), l'Autorité a repris le chiffre d'affaires prévisionnel issu du plan d'affaires de Towercast.

Compte tenu des hypothèses de modélisation, les investissements, achat et cession d'actifs sont entièrement pris en compte au moment où ils sont réalisés, les dotations aux amortissements sont donc exclues des calculs. De même, les résultats financiers ne sont également pas pris en compte. En matière de cession d'actif, l'Autorité a considéré qu'il était opportun de retenir, pour les deux scénarii, une reprise de 10 millions d'euros à l'issue de la période de concession (cette dernière valeur étant l'indemnité de reprise des investissements réalisés proposée par TDF).

Enfin, les résultats d'exploitation ainsi établis¹ sont actualisés pour déterminer si, compte tenu d'une redevance annuelle de 3,7 millions d'euros, l'exercice est équilibré. À ce stade, le taux d'actualisation retenu est le taux couramment retenu par l'Autorité pour évaluer les conditions de financement d'un opérateur alternatif efficace assurant des services de téléphonie fixe au public (coût des fonds propre et coûts de la dette), soit 12,83%.

Il ressort de cette modélisation que le choix des perspectives de revenus effectué dans le cadre du test d'éviction conditionne largement la caractérisation ou non d'un effet d'éviction. Compte tenu du prix de cession des actifs, du niveau de redevance proposé par TDF et des conditions de reprise à l'horizon 2016, le résultat actualisé cumulé sur la période 2007-2016 pour Towercast serait positif (de l'ordre de [...] euros) dans le cas de l'hypothèse haute et

¹ Chiffre d'affaires + cession d'actifs – achat d'actifs – investissements nouveaux – charges d'exploitation

nettement négatif (de l'ordre de [...] euros), dans le cas de l'hypothèse basse (voir annexe n° 2 au présent avis).

Au vu des informations dont elle dispose, et compte tenu des prévisions de revenus, l'Autorité n'exclut donc pas l'existence d'un effet d'éviction. Toutefois, sans disposer à ce jour d'éléments concluants lui permettant de savoir quel scénario de revenus sur la période 2007-2016 est, a priori, le plus crédible, l'Autorité suggère au Conseil de se voir préciser par TDF et Towercast les éléments suivants :

- l'ensemble des hypothèses ayant présidé à la modélisation des revenus dans le plan d'affaires et le compte de résultats prévisionnel versés au dossier (notamment modalités de prise en compte de l'extension de la télévision analogique, de la migration vers la TNT et de la montée en puissance des nouveaux services) ;
- la chronique annuelle des revenus estimés sur la période 2007-2016 pour les activités de diffusion et d'hébergement ;
- la chronique annuelle des revenus estimés sur la période 2007-2016 pour les activités télévision analogique/numérique, radio FM/numérique en distinguant la télévision numérique mobile et les services innovants ;
- la chronique annuelle des investissements sur la période 2007-2016 nécessaires au maintien des conditions opérationnelles, à la sécurité et à la continuité du service sur le site de la Tour Eiffel ;
- la chronique annuelle des investissements sur la période 2007-2016 nécessaires au développement de nouveaux services ;
- la chronique annuelle des charges d'exploitation sur la période 2007-2016 nécessaires au maintien des conditions opérationnelles, à la sécurité et à la continuité du service sur le site de la Tour Eiffel et des investissements, ainsi que ensemble des hypothèses ayant présidé à la modélisation de ces charges d'exploitation ;
- la chronique annuelle des charges d'exploitation sur la période 2007-2016 nécessaires au développement de nouveaux services ainsi que ensemble des hypothèses ayant présidé à la modélisation de ces charges d'exploitation.

III. Conclusion

Compte tenu des caractéristiques du site de la Tour Eiffel, du cahier de consultation et au vu des différentes pièces qui lui ont été transmises, l'Autorité estime que :

- pour répondre à la consultation de la Mairie de Paris, Towercast n'avait d'autre choix que de racheter à TDF une part significative des équipements installés par TDF sur le site de la Tour Eiffel ;
- la méthode de calcul employée par TDF pour évaluer la valeur des équipements pouvant être cédés n'est pas incohérente dans son principe mais sa mise en œuvre est problématique. Le résultat étant relativement sensible aux durées d'amortissement retenues pour les différents équipements et celles-ci n'ayant pas été précisées par TDF à ce stade, le Conseil de la concurrence pourrait utilement demander à TDF, pour chacun des équipements concernés, leur coût d'achat, leur âge, leur durée de vie et comment leur prix évolue (« taux de progrès technique » employé), afin de vérifier la cohérence de la méthode de calcul appliquée par TDF. L'obtention de la série des investissements réalisés par TDF sur le site de la Tour Eiffel au cours des

deux dernières décennies permettrait d'apprécier le total des investissements réalisés, le rythme moyen de renouvellement des actifs, et donc leur valorisation à la fin 2006.

- il n'est pas exclu que le prix de cession des équipements proposé par TDF à Towercast ait interdit à ce dernier de proposer à la Mairie de Paris un niveau de redevance similaire à celui proposé par TDF tout en maintenant une rémunération normale du capital investi. Ce ciseau éventuel serait net avec l'hypothèse de chiffre d'affaires retenue par Towercast dans sa proposition, soit [...] euros en moyenne par an, mais disparaîtrait si le revenu prévisionnel s'établissait au niveau moyen projeté par TDF, soit [...] euros par an. La connaissance du chiffre d'affaires réalisé par TDF sur le site de la Tour Eiffel au cours des dernières années ainsi qu'une connaissance des revenus, investissements et charges d'exploitation estimées par TDF et Towercast sur la période 2007-2016 permettrait de trancher entre ces deux scénarii.

Sur le fondement des éléments cités ci-avant, à savoir l'historique des investissements et des chiffres d'affaires réalisés par TDF d'une part et, les chroniques annuelles de revenus, investissements et charges d'exploitation estimées par TDF et Towercast sur la période 2007-2016 d'autre part, l'Autorité pourra, si le Conseil de la concurrence le souhaite, formuler un avis complémentaire dans le cadre de la présente procédure ou de son éventuel examen au fond.

Fait à Paris, le 26 avril 2007

Le Président

Paul Champsaur

ANNEXE 1 – Compte rendu de la visite des installations de la Tour Eiffel

[...]

**ANNEXE 2 – Evaluation de l’espace économique
laissé à Towercast sur la période 2007 – 2016**

Cas 1 – Revenus estimés de TDF

	Total Cumulés (en millions d’euros)	Total Cumulé actualisé (en millions d’euros)
Chiffres d’affaires	[...]	[...]
Investissements nouveaux, rachat et cession d’actifs	[...]	[...]
Charges d’exploitation	[...]	[...]
Redevances	[...]	[...]
Impôts et taxes	[...]	[...]
Résultat	[...]	[...]

Cas 1 – Revenus estimés de Towercast

	Total Cumulés (en millions d’euros)	Total Cumulé actualisé (en millions d’euros)
Chiffres d’affaires	[...]	[...]
Investissements nouveaux, rachat et cession d’actifs	[...]	[...]
Charges d’exploitation	[...]	[...]
Redevances	[...]	[...]
Impôts et taxes	[...]	[...]
Résultat	[...]	[...]