



– ANALYSE DES MARCHES PERTINENTS –

**REPONSE DE LA SOCIETE ANTALIS-TV A
LA CONSULTATION PUBLIQUE DEL'ARCEP
SUR L'ANALYSE DES MARCHES DE GROS
DES SERVICES DE DIFFUSION
AUDIOVISUELLE
(MARCHE 18)**

Paris, le 9 septembre 2005

Par souci de clarté et de simplicité, la présente Réponse à la Consultation Publique de l'Autorité sur l'analyse du Marché n° 18 reprend exactement la structure de la Consultation Publique.



CHAPITRE 1 : CONTEXTE D'ANALYSE DU MARCHÉ

A. GENERALITES

A.1. Le processus d'analyse des marchés

A.1.1. Cadre juridique

A.1.2. Durée de la validité de l'analyse

Commentaires sur le choix d'une analyse prospective sur une durée de 3 ans ?

Antalis-TV n'a pas d'objection à ce que la durée (maximale autorisée) de trois ans soit retenue pour la présente analyse de marché mais tient cependant à souligner qu'une durée plus courte pourrait être préférable, du moins en ce qui concerne l'analyse de la télédiffusion numérique terrestre (TNT).

En effet, les deux premières phases de déploiement de la TNT sont déjà achevées et le déploiement des troisième et quatrième phases est annoncé par le CSA pour le printemps et l'automne 2006 respectivement. Comme l'annonce le CSA lui-même, à l'issue de ces nouveaux déploiements, la couverture totale de la TNT atteindra alors les deux tiers de la population métropolitaine française. Une ou deux autres phases supplémentaires doivent avoir lieu, mais les dates n'en ont pas encore été annoncées.

Une fois achevées ces phases, le marché de la diffusion de la TNT sera déjà largement et profondément structuré par les choix de diffuseurs qu'auront fait les éditeurs (par le biais des opérateurs de multiplex). Dans la mesure où les contrats qui sont conclus entre diffuseurs et éditeurs sont d'une durée moyenne de cinq ans, le marché risque alors d'être d'ores et déjà globalement figé dès la fin de l'année 2006 pour les cinq années à venir.

Il sera donc inutile d'attendre plus longtemps pour analyser à nouveau ce marché et il pourrait ainsi être procédé à une nouvelle analyse dès l'issue des dernières phases de déploiement du marché afin de pouvoir, le cas échéant, prendre toute mesure corrective.

Antalis-TV invite par conséquent l'Autorité, si elle retient une période initiale de 3 ans, à réviser plus tôt son analyse, de sa propre initiative comme elle en a le droit, une fois fini le déploiement de la TNT.

A.2. Le périmètre de l'analyse



B. LE 18^e MARCHÉ LISTE PAR LA COMMISSION, DEFINITION ET SPECIFICITE FRANCAISE

B.1. Définition de la Commission européenne

Commentaires sur la proposition de l'Autorité d'exclure les terminaux mobiles de l'analyse ?

Si les terminaux mobiles peuvent être exclus, à ce stade et pour la première période d'analyse du marché 18, il ne doit cependant pas s'agir là d'une exclusion définitive. En effet, le marché des terminaux mobiles est appelé à devenir, à terme, un nouveau marché de détail qui devra, dès lors qu'il entraîne la naissance d'un marché de gros correspondant, être pris en considération lors de la prochaine analyse par l'Autorité de ce marché.

Le rapport remis récemment par Monsieur Daniel Boudet de Montplaisir suggère d'ailleurs un lancement de la télévision mobile entre fin 2006 et 2008, ce qui pourrait donc correspondre à, ou suivre de très près, la dernière phase de déploiement de la TNT.

A cet égard, il apparaît que des expérimentations de télévision sur mobiles ont d'ores et déjà été autorisées par le CSA et sont envisagées à compter du 15 septembre 2005 : parmi les participants à l'expérience se trouvent Nokia, Orange, TPS, TF1, TDF mais aussi Canal Plus, SFR et Towercast. Alcatel s'intéresserait pour sa part à des essais en bande S.

B.2. Définition des termes employés

B.2.1. La communication audiovisuelle

B.2.2. Les services de radio et de télévision

B.2.3. La distribution

B.2.4. La diffusion

B.3. Délimitation du marché au regard de la législation existant en France dans l'audiovisuel

B.3.1. La relation diffuseurs - diffuseurs

Commentaires sur le fait que l'Autorité considère que la relation entre diffuseurs entre dans son champ de compétence ?

Antalis-TV concorde tout à fait avec l'Autorité sur le fait que la relation entre diffuseurs entre dans son champ de compétence.

Antalis-TV souhaite par ailleurs attirer l'attention de l'Autorité sur le fait qu'à l'instar de ce qui a été fait par les autres autorités nationales, il convient d'analyser la relation entre diffuseurs comme une relation entre un détenteur d'infrastructures historiques et des

nouveaux entrants.

Il convient à cet égard de noter que TDF se trouve dans une position typiquement de nature à créer une situation d'effet de levier vertical telle qu'identifiée par le Groupement des Régulateurs Européens (le « GRE »)¹, à savoir une configuration où un opérateur est présent tant sur le marché de gros (ou amont) que de détail (ou aval), en étant verticalement intégré, et détient une position dominante sur le marché amont (ainsi que sur le marché aval, en l'occurrence).

Selon le GRE, les opérateurs se trouvant dans une telle configuration sont particulièrement susceptibles de mettre en œuvre les pratiques de blocage de l'entrée au marché suivantes :

- le refus d'accorder l'accès ou le fait d'accorder un accès dans des conditions déraisonnables ;
- l'utilisation discriminatoire ou la rétention d'informations ;
- les tactiques de retardement ou « *provisionning squeeze* » ;
- exigences contractuelles injustifiées ;
- les pratiques de subventions croisées, de discrimination tarifaire et/ou qualitative, de prédation tarifaire, de ventes liées/groupées, etc.

Le GRE cite d'ailleurs expressément le marché de la diffusion terrestre comme un des trois marchés potentiellement les plus concernés par ce type de problème de concurrence².

Antalis-TV considère par conséquent que la relation entre diffuseurs doit être analysée à la lumière de ces différents types de pratiques abusives susceptibles d'être mises en œuvre par le diffuseur dominant, présent en amont et en aval du marché, et dont l'accès aux infrastructures qui lui appartiennent est déterminant pour le développement de la concurrence.

B.3.2. La relation éditeurs - diffuseurs

Cas A : relations éditeurs – diffuseurs hertziens terrestre

Question : Commentaires sur la proposition de l'Autorité d'exclure la relation éditeurs – diffuseurs du champ d'analyse du marché 18 ?

Si Antalis-TV ne s'oppose pas à ce que la relation entre éditeurs et diffuseurs ne fasse pas l'objet d'une régulation *ex ante*, elle estime cependant qu'il ne peut être raisonnablement

¹ ERG *Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework*, 1^{er} avril 2004, ERG(03)30rev, pp. 32-35.

² *Ibidem*, p. 77.



envisagé d'analyser – en particulier dans une optique de régulation – un marché de gros sans procéder également à une analyse du marché de détail qui le définit et le structure.

L'Autorité devrait ainsi, à l'instar de ce qu'elle a notamment fait dans le cadre de ses analyses des marchés de la téléphonie mobile ou encore de l'Internet, inclure une analyse du marché de détail dans son analyse du marché de gros.

Pour ne citer qu'un exemple, l'Autorité, dans sa décision n° 04-9396 de décembre 2004³, indiquait notamment qu'il peut exister, sur un marché de gros, deux niveaux de substituabilité d'un service considéré : une substitution par un autre service de gros et une substitution sur le marché de détail du service auquel est associé le produit de gros considéré.

Concernant ce dernier point, l'Autorité précise ainsi que « *le comportement du client final sur le marché de détail peut avoir des implications indirectes sur le marché de gros analysé, que ce soit sur sa définition ou son fonctionnement* »⁴ et procède, à un stade ultérieur de sa décision, à une analyse détaillée de la demande au niveau du détail.

Plus généralement, il ressort clairement de la Recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents⁵ que les marchés de gros sont directement définis par référence aux marchés de détails auxquels ils sont associés et dont ils constituent parfois même un simple miroir (voir dans ce sens également les analyses de l'Autorité concernant le Marché n°15). Une analyse du marché de détail s'avère donc indispensable.

En l'espèce, la relation entre éditeurs et diffuseurs, dans la mesure où elle structure en grande partie le marché de gros et donc les relations entre diffuseurs, doit donc être prise en compte.

En outre, dans un contexte où coexistent deux segments de marchés de la diffusion télévisée – analogique et numérique – sur lesquels TDF dispose d'un quasi-monopole de fait pour le premier et d'une position ultra dominante pour le second, il est essentiel d'analyser la nature des relations qu'entretient notamment TDF avec les éditeurs afin notamment de vérifier si, le cas échéant, elle met en œuvre des pratiques de nature à bloquer le marché de gros (par exemple, des pratiques de remises liées, ou encore la conclusion de contrat d'exclusivité de

³ Décision n° 04-9396 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 9 décembre 2004 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole.

⁴ Ibidem cit. p. 7.

⁵ Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.



durée excessive⁶).

Enfin, une telle démarche s'impose également la lumière du fait qu'il existe d'ores et déjà un opérateur qui est à la fois éditeur (et donc potentiellement acheteur sur le marché de détail) et diffuseur (et donc en concurrence sur le marché de gros). Cette situation pourrait être amenée à se développer.

Plus généralement, Antalis-TV tient à souligner que le fait que les contrats soient signés entre les diffuseurs et les opérateurs de multiplex ne signifie en aucun cas que les éditeurs ne participent pas à la sélection des diffuseurs, bien au contraire.

Il convient en effet de garder à l'esprit que les éditeurs sont actionnaires des opérateurs de multiplex et participent activement à la sélection des diffuseurs, témoignant selon les cas des préférences envers certains nouveaux diffuseurs, ou refusant au contraire de recourir à quiconque autre que l'opérateur historique.

Antalis-TV illustre à cet égard, à l'**Annexe 1 (confidentielle)**, le déroulement de certains des appels d'offres qui illustre le rôle que peuvent jouer les éditeurs dans le choix de diffuseurs.

Cas A' : Spécificités des contrats conclus dans le cadre de droits exclusifs Article L.38-III du Code

Question : Commentaires sur la proposition de l'Autorité d'exclure de l'analyse les contrats passés entre TDF et les chaînes publiques, à la date où le monopole est devenu caduc ? (Marché de l'analogique)

Antalis-TV estime anormal le fait de purement et simplement écarter de toute analyse un marché (et ses contrats) théoriquement ouvert à la concurrence mais qui continue à faire l'objet d'un monopole de fait, exclusion qui encourage le maintien de ce monopole jusqu'à la disparition du marché analogique alors que ce marché pourrait encore s'ouvrir à la concurrence.

De fait, procéder ainsi empêche notamment l'Autorité de vérifier l'existence de pratiques de TDF qui viseraient ou auraient pour effet de lier les marchés analogiques et numériques.

Or Antalis-TV souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur le fait que TDF a déjà été condamnée par le Conseil de la concurrence⁷ pour diverses pratiques de couplage tarifaire,

⁶ Voir dans ce sens la décision n° 03-MC-03 du 1^{er} décembre 2003 du Conseil de la concurrence 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) (confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris (1^{re} chambre, section H) en date du 8 janvier 2004) où le Conseil a jugé *a priori* anticoncurrentiel le fait pour TDF d'avoir tenté de prolonger sa situation de monopole par le biais de contrats d'exclusivité avec les éditeurs de radio.

⁷ Décision n° 99-D-14 du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par TDF ; décision rendue sur saisine de la société Emettel.



ainsi que pour avoir inséré une clause de préférence dans son contrat conclu avec TF 1, excluant par là l'accès au marché de ses concurrents potentiels sur le marché de la maintenance.

Il semble par conséquent nécessaire que l'Autorité vérifie l'absence de toute pratique abusive, notamment de couplage, qui pourrait lier les éditeurs sur les marchés numériques et analogiques.

En outre, Antalis-TV considère que rien ne s'oppose à ce qu'une concurrence puisse se développer avec ces éditeurs si des mesures *ex ante* étaient imposées à TDF, à l'instar de ce que l'Autorité entend imposer pour le reste du marché.

Au contraire, une ouverture à la concurrence de la diffusion en analogique pourrait contribuer au développement et à la structuration de la concurrence. Il convient à cet égard de relever – pour mémoire – que les chaînes France 2 et France 3 sont diffusées depuis pas moins de 3.400 sites⁸.

Si la Commission européenne préconise un arrêt de la télévision analogique en 2012, les chaînes n'estiment en revanche pas cet arrêt avant 10 ans. Une telle perspective mérite par conséquent que soient inclus dans l'analyse de l'Autorité les contrats conclus entre TDF et les chaînes publiques.

Antalis-TV souhaite à cet égard à rappeler la position qui a été adoptée par le Conseil de la concurrence (et confirmée par la Cour d'appel) dans l'affaire opposant TDF à Towercast⁹.

La société Towercast avait saisi le Conseil de la concurrence en estimant que le contrat conclu le 22 octobre 1992, dans la mesure où il avait pour objet de conférer à TDF le monopole de la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France en FM jusqu'en 2007¹⁰, alors que la directive 2002/77/CE de la Commission procédant à l'ouverture à la concurrence de ce marché était entrée en vigueur le 25 juillet 2003, était constitutif d'un abus de position dominante commis par TDF sur le marché de la diffusion des programmes publics en modulation de fréquence.

Le Conseil et la Cour, après avoir considéré, d'une part, que ce contrat avait bien pour effet d'empêcher Towercast ou d'autres opérateurs de diffuser une ou plusieurs fréquences de Radio France en FM jusqu'au 1^{er} janvier 2008 si, après mise en concurrence, Radio France leur en confie la diffusion et, d'autre part, que TDF n'apportait aucun élément démontrant que les investissements réalisés justifiaient l'allongement de la durée du contrat, ont tous deux estimé que l'exclusivité ainsi accordée à TDF était susceptible d'avoir pour effet de restreindre, entre le 25 juillet 2003 et le 31 décembre 2007, le jeu de la concurrence en

⁸ Pour sa part, Radio France exploite environ 2.200 émetteurs, tous étant à ce jour situés sur des sites de TDF, et notamment sur ses grands sites historiques.

⁹ Décision n° 03-MC-03 du Conseil de la concurrence, note n° 6 précitée.

¹⁰ Par le biais de renouvellements successifs par périodes de trois à cinq ans.



privant les opérateurs concurrents de TDF de diffuser les fréquences utilisées pour les programmes de Radio France en FM.

Or en l'espèce, et à l'instar de la situation condamnée par les autorités de concurrence, ne pas aborder la question des contrats conclus à l'époque où TDF bénéficiait d'un monopole légal et ayant pour effet de maintenir une exclusivité au-delà de la date à laquelle ce monopole a expiré revient *de facto* à prolonger une situation de nature à fausser et restreindre la concurrence.

De fait, la situation actuelle entre France Télévisions et TDF s'apparente en tous points à celle entre TDF et Radio France qui fait l'objet de la condamnation ci-dessus mentionnée. En effet, le contrat de diffusion entre TDF et France Télévisions a été négocié et renouvelé en 2002 (au moment d'ailleurs de la vente de TDF par France Télécom¹¹), alors même que TDF savait déjà que son monopole allait pendre fin, comme dans le cas de son contrat avec Radio France¹².

Il convient par conséquent que l'Autorité analyse l'effet de ces contrats sur le marché, notamment à la lumière de l'analyse faite par les autorités de concurrence dans l'affaire concernant les contrats conclus entre TDF et Radio France.

Cas ' – C – D : Relations éditeurs [câblo-opérateurs : opérateurs de satellite ; opérateurs de réseaux DSL]

Question : Commentaires sur la proposition de l'Autorité d'exclure les relations entre éditeurs et diffuseurs par câble, ADSL ou satellite ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires particuliers à formuler sur ce point.

B.3.3. Périmètre du marché 18 en matière audiovisuelle en France :

Exclusion de la relation éditeurs -diffuseurs du champ de l'analyse

Question : L'Autorité propose de conclure que le marché de gros des services de diffusion audiovisuelle correspond aux prestations d'accès aux infrastructures nécessaires à la diffusion

→ Complément d'éléments quantitatifs ou qualitatifs concernant le fonctionnement d'un segment de marché connexe, existant ou nouveau

→ Concernant le marché intermédiaire aval (relation éditeurs/diffuseurs), l'Autorité souhaite des compléments d'informations sur la nature des relations entre les acteurs ;

¹¹ France Télécom a cédé 64 % de TDF pour 1,6 milliards d'euros, comme l'indiquait alors son communiqué de presse (http://www.francetelecom.com/fr/espaces/investisseurs/actualites/CP_archives/cp020725.html).

¹² Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris avaient en effet relevé que TDF n'ignorait pas l'adoption imminente des directives du « paquet télécoms ».



*souhaiterait notamment disposer des contrats de diffusion et de l'évolution des tarifs des prestations de diffusion*¹³

Antalis-TV n'a pas d'objections quant à cette définition, sous réserve toutefois de ses commentaires ci-dessus concernant la nécessité d'analyser le marché de détail et de vérifier notamment les pratiques mises en œuvre par TDF dans ses rapports avec les éditeurs en ce qui concerne la diffusion tant numérique qu'analogique (absence de remise couplée, de clause de préférence, etc.)

Antalis-TV souhaite en outre insister sur le fait que contrairement à ce qui semble ressortir de la Consultation Publique, les opérateurs de multiplex ne sont pas seuls impliqués dans le choix des diffuseurs. En effet, les éditeurs sont sensibles au coût que représente la diffusion dans leur budget et, partant, aux choix que peuvent opérer les opérateurs de multiplex en termes de diffuseurs et participent donc activement à ce choix des opérateurs de multiplex.

Il convient à cet égard de noter que certaines nouvelles chaînes thématiques qui se sont portées candidates pour les chaînes de TNT affichent des budgets de l'ordre de 20 à 25 millions d'euros par an. Au sein de ces budgets, les coûts de diffusion représentent entre 5 à 6 millions d'euros, ce qui pourrait ainsi (du moins en phase de démarrage) représenter plus de la moitié des recettes attendues de la publicité et – à horizon de deux ou trois ans – encore de 20 à 25 % de leurs coûts.

De fait, le problème de l'importance du coût de la diffusion dans le budget des éditeurs (et le fait qu'une concurrence effective serait seule à même d'entraîner une réduction de ces coûts) a été largement abordé par les éditeurs ayant répondu à la consultation sur le marché hertzien lancée par le CSA en 2000¹⁴.

Ainsi, le Groupe Canal + affirmait qu'il :

*« nous paraît essentiel de créer au plus vite les conditions d'une concurrence sur le marché de la diffusion numérique terrestre. La diffusion numérique terrestre occasionne un surcoût important du budget des chaînes thématiques ou locales [...] C'est pourquoi la baisse du coût de diffusion, par la mise en place d'un marché concurrentiel, est un des paramètres essentiels du développement économique des opérateurs de services du numérique terrestre ; il convient donc de garantir aux nouveaux entrants sur ce marché la possibilité d'accéder aux sites actuels de TDF à des conditions raisonnables, leur permettant d'offrir aux éditeurs des prestations de diffusion équivalentes et dans les mêmes délais »*¹⁵.

¹³ Ces contrats et tarifs sont communiqués en **Annexes 2a, 2b, 2c et 2d (confidentielles)**.

¹⁴ Contributions écrites des acteurs publics et privés, publiées en annexe aux Conclusions du CSA et synthèse des positions des acteurs consultés dans le cadre de la consultation relative à l'aménagement du spectre hertzien en vue d'un développement optimal de la diffusion numérique terrestre, octobre 2000.

¹⁵ Ibidem, page 33.



France Télévisions relevait dans le même sens que :

« ce choix strictement technique [de retenir les sites de TDF] ne doit pas conduire à des distorsions de concurrence au niveau des opérateurs de diffusion ; les conséquences en seraient négatives sur la baisse des coûts d'exploitation qu'il faut en attendre »,

et ajoutait :

« Cela implique en particulier que l'accès aux sites de diffusion existants soit ouvert à tous les opérateurs et que les coûts d'utilisation des infrastructures soient calculés dans des conditions de transparence commerciale ; ces conditions doivent en particulier tenir compte du fait que leur amortissement, et leurs coûts de fonctionnement actuels sont couverts par les diffuseurs analogiques 'historiques' »¹⁶.

L'Association des Chaînes du Câble et du Satellite (ACCeS) attirait de même l'attention du CSA sur le fait que :

« les éditeurs qui se verront attribuer des fréquences numériques ne doivent pas voir leur budgets grever par les coûts techniques de diffusion que l'installation de nouveaux sites de diffusion pourrait entraîner. Le développement des chaînes sur le hertzien numérique, qu'il s'agisse d'offres nouvelles ou d'offres existant déjà sur le câble et le satellite, ne doit pas être handicapé par le coût des réseaux »¹⁷.

De fait, plus de la moitié des coûts des éditeurs proviennent des montants que TDF facture soit directement aux chaînes lorsqu'elle intervient en tant que prestataire de diffusion verticalement intégré, soit indirectement aux mêmes chaînes lorsqu'elle facture l'accès à ses sites et ses pylônes à ses concurrents¹⁸.

M. Jérôme GALLOT, Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, dans le cadre de son Rapport sur les enjeux de la TNT de février 2002¹⁹, identifiait clairement ce problème en considérant que :

« Le coût de la diffusion, les coûts des programmes, les ressources publicitaires et la rémunération des chaînes payantes sont les composantes principales de l'équilibre

¹⁶ Ibidem, page 42.

¹⁷ Ibidem, page 63.

¹⁸ On rappellera pour mémoire que le coût de ces infrastructures a pourtant été intégralement supporté par le consommateur via le monopole légal dont TDF disposait pour la diffusion des chaînes publiques jusqu'en 2004, lesquelles sont, on le sait, pour partie financées par la redevance audiovisuelle.

¹⁹ « *La Télévision Numérique Terrestre : Enjeux et modalités de mise en œuvre au regard des règles de concurrence, notamment au travers de la question de la distribution* », Rapport sur la mission confiée par le Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie à M. Jérôme GALLOT, Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, février 2002, p. 9.



de l'éditeur. Elles ont une importance différente pour les chaînes dites historiques et pour les nouveaux entrants.

Par ailleurs, l'équilibre économique ne sera pas atteint dans les mêmes conditions pour les chaînes gratuites et pour les chaînes payantes du fait de leur différence de situation au regard notamment de leur financement. La consultation a permis de mieux cerner l'importance de [la question du coût de la diffusion], beaucoup d'opérateurs ayant mis l'accent sur le niveau élevé du coût de la diffusion qui serait de l'ordre de 4,5 à 6 millions d'euros [...].

Si les grandes chaînes généralistes sont en mesure d'absorber le coût de la diffusion qui, quoique sensiblement inférieur à celui de la télévision hertzienne analogique, s'ajouterait pour elles à celui-ci, les autres, et notamment les nouvelles chaînes, gratuites ou payantes, et notamment les chaînes thématiques, auront sans doute plus de difficultés. Ce problème est particulièrement crucial pour des chaînes d'importance moyenne en phase de démarrage dont les recettes (publicité ou abonnement) sont difficiles à évaluer ».

A la lumière de ces éléments, Antalis-TV invite par conséquent l'Autorité à inclure dans son analyse la relation entre éditeurs et diffuseurs dans la mesure où elle structure foncièrement la relation entre diffuseurs et détermine les attentes auxquelles doivent répondre ces derniers.

A cet égard, elle estime que l'Autorité devrait, en particulier, analyser les contrats de diffusion de TDF non seulement pour les chaînes numériques mais également analogiques.

B.4. Exclusion des services techniques auxiliaires du champ de l'analyse des marchés

B.4.1. Définition

B.4.2. Disposition réglementaire

Les systèmes d'accès conditionnels

Les interfaces de programmation et les guides électroniques de programme

Question : *Commentaires sur la proposition de l'Autorité d'exclure de l'analyse le marché des systèmes d'accès conditionnels ?*

Antalis-TV n'a pas de commentaires à formuler sur ce point.

Question : *En quoi la situation française vous semble-t-elle comparable ou au contraire différente des marchés nationaux concernés ?*

Antalis-TV estime que la situation française est comparable à celle des autres marchés

nationaux concernés et présente, globalement, les mêmes caractéristiques qui ont conduit les autres autorités nationales à considérer les infrastructures nationales de diffusion comme non répliquables et à réguler différents marchés de gros de la diffusion, dont la diffusion télévisée hertzienne.

Ainsi, l'autorité de communications britannique²⁰ – qui a distingué, au sein du marché de la diffusion terrestre (analogique et/ou numérique²¹) trois sous marchés dont deux définis par référence expresse aux deux opérateurs détenant et/ou gérant ces sites²² – considère que chacun des opérateurs est en situation de monopole sur les pylônes et sites qu'il détient et que ces pylônes et sites constituent des infrastructures essentielles incontournables.

Pour sa part, le Ministre finlandais des transports et des communications²³ a notamment identifié deux marchés pertinents nationaux des services de diffusion télévisée terrestre, que sont la diffusion de télévision analogique d'une part et numérique (sur un réseau de TNT défini par trois multiplex) d'autre part, et a estimé que le réseau de l'opérateur historique Digita Oy (filiale détenue à 90 % par TDF et à 10 % par YLE) étant incontournable sur ce marché et constituait donc une infrastructure essentielle.

De même, l'autorité nationale irlandaise des communications²⁴ a identifié l'existence d'un marché des services de diffusion sur le réseau terrestre analogique national, marché dominé par la société RTE Transmission Network Limited (« RTNL »), seul fournisseur présent sur ces deux marchés et opérateur historique dont les infrastructures ne peuvent être dupliquées.

Enfin, en Autriche²⁵, la KommAustria a défini un marché pertinent de la diffusion de la télévision terrestre²⁶ et a considéré que ce marché est caractérisé par des barrières à l'entrée

²⁰ OFTEL (devenue OFCOM) « *Review of Competition: broadcasting transmission services* » du 9 septembre 2003, confirmé dans sa déclaration finale « *Broadcasting Transmission Services : a review of the market* » du 28 avril 2005 et validé par décision de la Commission européenne du 28 janvier 2005.

²¹ Il est en effet intéressant de noter que l'OFCOM considère que le marché de la diffusion télévisée recouvre aussi bien l'analogique que le numérique.

²² Elle a ainsi identifié les marchés suivants : (i) l'accès aux pylônes et aux sites gérés par Ntl Group Limited (« *Ntl* ») et acquis, construits ou installés à des fins de fourniture de prestations de diffusion nationale, régionale et métropolitaine ; (ii) l'accès aux pylônes et aux sites gérés par Crowncastle UK Limited (« *Crowncastle* ») et acquis, construits ou installés à des fins de fourniture de prestations de diffusion nationale, régionale et métropolitaine et enfin (iii) l'accès aux autres pylônes et sites utilisés à des fins de fourniture de prestations de diffusion (seul marché de dimension nationale).

²³ Voir le résumé contenu dans la décision de la Commission européenne du 14 juillet 2004 validant cette analyse de marché. L'autorité finlandaise a identifié, au total, huit marchés distincts, dont quatre (deux marchés nationaux – l'un numérique et l'autre analogique – concernant la diffusion télévisée et deux marchés nationaux – l'un numérique et l'autre analogique – concernant la diffusion radio) ont été considérés comme devant faire l'objet d'une régulation *ex ante*.

²⁴ « *Market Analysis – Wholesale Broadcasting Transmission Services* », Commission for Communications Regulation, 27 avril 2004, validée par la Commission européenne par décision du 2 mars 2004.

²⁵ « *Delineation of the Austrian Broadcasting Market* », KommAustria / RTR, 2003, validée par la Commission européenne par décision du 11 décembre 2003.

²⁶ La KommAustria ne distingue pas entre le numérique et l'analogique.



très élevées dues à différents facteurs qui rendent, ensemble, impossible la duplication des sites et infrastructures existants.

De fait, la conclusion des autorités nationales est la même, qu'il s'agisse de diffusion numérique ou analogique : les sites et infrastructures détenus par les opérateurs historiques ne peuvent être raisonnablement dupliqués.

Par ailleurs, bien que – comme le relève l'Autorité – il n'existe pas nécessairement de rapport direct entre les éditeurs et les diffuseurs (ces derniers étant sélectionnés par les opérateurs de Multiplex), il n'en demeure pas moins – comme Antalis-TV l'a souligné dans le point B.3.3. ci-dessus – que les éditeurs sont tout à fait concernés par le choix des diffuseurs et par la capacité qu'aura une ouverture à la concurrence à faire baisser les prix.

B.5. Chaîne de la valeur du secteur audiovisuel

C. PLAN DE L'ANALYSE

Sans commentaires.



CHAPITRE 2 : PANORAMA DES OFFRES ET DES EDITEURS DE SERVICES DE TELEVISION ET DE RADIO A DESTINATION DU PUBLIC

A. LES SERVICES DE RADIO

A.1. Radio hertzienne terrestre

A.1.1. Les radios publiques

A.1.2. Les radios privées

A.1.3. Disponibilité géographique

A.2. Radio par câble, ADSL et satellite

B. LES SERVICES DE TELEVISION

B.1. Introduction

B.2. Télévision hertzienne terrestre

B.2.1. Télévision analogique terrestre

B.2.2. Télévision numérique terrestre

Question : L'Autorité note que dans les appels d'offres, les opérateurs de multiplex sélectionnent les prestataires site par site ou zone par zone :

→ Cette façon de procéder sera-t-elle poursuivie pour les prochaines tranches d'ouverture de la TNT ?

→ Quels sont les avantages et les inconvénients du point de vue du fonctionnement du marché et de la concurrence ?

Les prochaines et dernières phases de déploiement de la TNT se dérouleront probablement de la même façon que les deux premières et les opérateurs de multiplex continueront donc à procéder à des appels d'offres site par site ou zone par zone.

Cette façon de procéder est pro-concurrentielle dans la mesure où les opérateurs de multiplex peuvent ainsi avoir plusieurs diffuseurs sur un même réseau. Si les appels d'offres



avaient porté sur un réseau complet, les nouveaux entrants auraient sérieusement risqué d'être exclus du marché.

Les concurrents de TDF peuvent ainsi procéder à une pénétration progressive du marché alors que, contrairement à TDF, ils ne seraient pas en mesure de répondre à un appel d'offre de dimension nationale. Une telle façon de procéder, si et dans la mesure où elle s'inscrit dans le cadre d'un processus transparent, est donc pro concurrentielle.

Il ne peut cependant être exclu que ce fonctionnement soit susceptible d'entraîner des incitations, particulièrement pour TDF à pratiquer des remises couplées ou liées portant sur l'ensemble ou un groupe de sites.

De même, le déroulement des divers appels d'offres, lors de chaque phase de déploiement, entraîne un effet de type enchères inversées qui a pu permettre à TDF de procéder à des pratiques de remise de ciblage par lesquelles TDF concentre ses « *efforts commerciaux* » sur les sites pour lesquels elle sait que ses concurrents pourraient être mieux offrants qu'elle.

B.3. Télévision par câble, ADSL et satellite

B.3.1. Des offres « multi chaînes »

B.3.2. Des offres gratuites

B.4. Disponibilité géographique

B.4.1. Télévision hertzienne terrestre

B.4.2. Télévision par câble et ADSL

B.4.3. Télévision par satellite

Question : Commentaires sur les éléments exposés par l'Autorité relatifs à la disponibilité géographique de la télévision par câble, ADSL et satellite ?

Actualisation, le cas échéant, des taux de pénétration

Antalis-TV n'a pas de commentaires sur ce point.

CHAPITRE 3 : LA DIFFUSION AUDIOVISUELLE / CHAÎNE TECHNIQUE, ACTEURS, OFFRES AUX DIFFUSEURS

A. INTRODUCTION

Question : Commentaires/contributions sur la présentation faite par l'Autorité de la diffusion audiovisuelle ?

La description de la chaîne technique faite par l'Autorité correspond tout à fait à celle d'Antalis-TV.

B. LES PRESTATIONS DE TRANSPORT

C. SERVICES DE DIFFUSION DE PROGRAMMES RADIOPHONIQUES

C.1. Réseaux utilisés pour la diffusion de radio

C.2. Diffusion hertzienne terrestre

C.3. Chaîne technique de diffusion

C.3.1. Diffusion en mode FM

C.3.2. Diffusion en mode AM

Question : Les acteurs sont invités à apporter tous les éléments complémentaires qu'ils jugent nécessaires sur la chaîne de diffusion de la radio en mode FM et en mode AM ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires particuliers sur ce point.

C.4. Offreurs et positionnement concurrentiel

C.4.1. TDF

C.4.2. Towercast

C.4.3. Editeurs de services de radio

D. SERVICES DE DIFFUSION DE PROGRAMMES TELEVISUELS



D.1. Diffusion hertzienne terrestre

Question : Apporter tous les éléments nécessaires pour améliorer la compréhension de l'Autorité de la chaîne technique de diffusion hertzienne terrestre de télévision en modes analogique et numérique

Antalis-TV souhaite souligner rapidement ici le contenu technique précis des prestations fournies et facturées par TDF à Antalis-TV dans le cadre des conventions d'accès qu'elles sont amenées à conclure.

Les prestations rendues par TDF sont les suivantes :

- la mise à disposition d'un local dédié et sécurisé²⁷ pour l'accueil des émetteurs dans le bâtiment géré par TDF ;
- l'entretien du site (terrain, bâtiment et pylône) ;
- la mise à disposition d'un emplacement sur le pylône ou la tour hertzienne (emplacement sur lequel Antalis-TV peut éventuellement installer sa propre antenne) ;
- la mise à disposition (dans les cas où Antalis-TV n'utilise pas sa propre antenne) d'un système antennaire (antenne, multiplexeur RF, feeder et câble de liaison entre le local dédié et le multiplexeur) ;
- l'entretien et la maintenance de ces matériels (mesure de rayonnement, maintenance générale, etc.).

Sont (ou demeurent) à la charge des diffuseurs :

- les travaux de génie civil, l'achat, l'installation, des matériels autres que le multiplexeur, le feeder, l'antenne et les câbles de liaisons ;
- la sécurisation et l'entretien du local dédié ;
- l'installation et la gestion de l'énergie ;
- la mise en œuvre des dispositifs de ventilation ;
- l'installation des systèmes incendies²⁸.

²⁷ La sécurisation du local est à la charge du diffuseur.

²⁸ Les trois dernières charges étaient intégrées dans la prestation Service Site TV pour des émetteurs analogiques.



En d'autres termes, les prestations de TDF se résument à de la mise à disposition d'infrastructures passives, sans réelle valeur ajoutée, dont la tarification devrait, *in fine*, être assimilée à une tarification locative.

Il convient en outre de noter que les infrastructures de TDF ont, pour l'essentiel, été construites dans le cadre du déploiement de la télévision hertzienne analogique. En d'autres termes, elles ont été financées sur les ressources publiques et leur coût a été supporté par l'Etat et le consommateur²⁹ *via* le monopole légal dont disposait TDF pour la diffusion de l'ensemble des chaînes jusqu'en 1987 et des chaînes publiques jusqu'en 2004.

Ainsi, ces installations (majoritairement déjà rentabilisées) continuent en grande partie à être financées par les revenus de TDF de la diffusion hertzienne analogique, marché sur lequel TDF continue à détenir un monopole de fait, mais que l'Autorité envisage pourtant de ne pas réguler. Les sites de diffusion pour l'analogique et le numérique vont d'ailleurs continuer à cohabiter pour les 7³⁰ à 10 années à venir.

En ce qui concerne l'équipement de diffusion, il convient de noter qu'une grande partie des éléments constituant un émetteur ou réémetteur (analogique ou numérique) sont communs, c'est-à-dire peuvent être utilisés dans les deux cas. Ceci est globalement le cas :

- du site dans son ensemble (en ce compris tout ce qui touche à l'alimentation en énergie) ;
- des aériens d'émission (en ce compris les équipements allant du multiplexeur au antennes) ;
- des aériens de réception dans la majorité des cas ;

D.1.1. Chaîne technique de diffusion : mode numérique / mode analogique

D.1.2. Offreurs et positionnement concurrentiel

(TDF, Antalis-TV-TV, Towercast, Emettel, Canal plus)

D.2. Diffusion sur les réseaux filaires

D.3. Diffusion par satellite

²⁹ Pour partie par la redevance audiovisuelle.

³⁰ 7 ans en supposant que la date de 2012 préconisée par la Commission européenne pour la fin de la télévision analogique soit respectée – ce qui semble peut probable étant donné le retard pris dans le déploiement de la TNT – ou 15 ans en répercutant ce retard pris au départ.



CHAPITRE 4 : DELIMITATION DES MARCHES DE GROS DES SERVICES DE DIFFUSION AUDIOVISUELLE

A. DELIMITATION DU MARCHÉ EN TERMES DE PRODUITS ET DE SERVICES

A.1. Principes

A.2. Exclusion des prestations de transport du champ de l'analyse

Question : Commentaire sur cette exclusion ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires sur ce point.

A.3. Analyse de substituabilité sur le marché de la diffusion

A.4. Absence de substituabilité entre les offres de gros de diffusion de radio et de télévision

A.4.1. Substituabilité du côté de l'offre

A.4.2. Substituabilité du côté de la demande

A.4.3. Conclusion

Question : Commentaires sur le fait que l'Autorité considère que les services de diffusion de radio et de télévision ne sont substituables ni du côté de l'offre ni du côté de la demande ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires sur cette analyse, qui est en outre conforme à celle faite par les autres autorités nationales.

A.5. Exclusion des modes alternatifs de diffusion de la radio du champ de l'analyse

Question : Commentaires sur cette exclusion ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires sur ce point.

A.6. Absence de substituabilité entre les offres de gros de diffusion de services de radio en modes FM et AM



Question : Commentaires sur cette exclusion ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires sur ce point.

A.7. Absence de substituabilité entre les offres de gros de diffusion de télévision hertzienne terrestre et les offres de gros de diffusion de télévision par ADSL, câble et satellite

Question : Commentaires sur cette exclusion ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires sur cette analyse, qui est conforme à celles des autres autorités nationales.

A.8. Absence de substituabilité entre les offres de gros de diffusion de télévision par ADSL et câble et les offres de gros de diffusion de télévision par satellite

Question : Commentaires sur cette exclusion ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires sur cette analyse, qui est conforme à celles faites par les autres autorités nationales (à l'exception de l'Irlande).

A.9. Conclusion sur l'analyse de substituabilité en termes de produits et de services

Les marchés de gros objets de l'analyse sont :

- (i) le marché de gros des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode AM,*
- (ii) le marché de gros des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM,*
- (iii) le marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels,*
- (iv) le marché de gros des services de diffusion de programmes télévisuels sur les réseaux filaires (câbles et ADSL),*
- (v) le marché des services de diffusion de programmes télévisuels par satellite.*

Questions : Commentaires sur cette délimitation ?

Antalis-TV n'a pas d'objections à ce que soient retenues ces délimitations de marchés, qui correspondent précisément³¹ à celles retenues par l'autorité Autrichienne.

³¹ La seule différence résidant dans le fait que l'autorité autrichienne retient en outre un marché des services de diffusion de programmes radiophoniques sur les réseaux filaires et par satellite.



En ce qui concerne plus précisément la définition des marchés de la diffusion télévisée, Antalis-TV n'a aucune objection à ce que la diffusion hertzienne soit considérée comme distincte des réseaux filaires et du satellite, ce qui là encore correspond à l'approche adoptée les autres autorités nationales.

B. DELIMITATION DES MARCHES EN TERMES GEOGRAPHIQUES

B.1. Principes

B.2. Analyse

B.2.1. Marché de gros des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode AM

B.2.2. Marché de gros des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM

B.2.3. Marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels

B.2.4. Marché de gros des services de diffusion de programmes télévisuels sur les réseaux filaires (câbles et ADSL)

B.2.5. Marché des services de diffusion de programmes télévisuels par satellite

<i>Question : Commentaires sur la délimitation (pour B.2.3. = métropole et DOM) ?</i>

Antalis-TV n'a pas de commentaires sur ce point.

CHAPITRE 5 : ANALYSE DE PERTINENCE DES MARCHES DE GROS

A. METHODE D'ANALYSE

B. MARCHE DE GROS DE DIFFUSION DE PROGRAMMES RADIOPHONIQUES EN MODE AM

Question : Marché déclaré non pertinent pour la régulation sectorielle : commentaires ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires à formuler sur ce point.

C. MARCHE DE GROS DE DIFFUSION DE PROGRAMMES RADIOPHONIQUES EN MODE FM

Question : Marché déclaré non pertinent pour la régulation sectorielle : commentaires ?

Antalis-TV souhaite souligner que si les caractéristiques de ce mode de diffusion, ainsi que la description de la chaîne technique qui en a été faite, peuvent effectivement porter à conclure que ce marché n'est pas pertinent pour une réglementation *ex ante*, il existe cependant une exception notoire.

En effet, les 3 grands réseaux historiques de Radio France (à savoir, France Inter, France Culture et France Musiques) s'appuient pour partie sur un parc d'émetteurs régionaux principaux situés sur des sites qui sont également utilisés pour la diffusion des services de télévision. La hauteur des antennes, les puissances déployées et par conséquent les zones de desserte, sont si importantes qu'il est économiquement et techniquement extrêmement difficile d'envisager qu'une solution alternative puisse être avantageusement proposée à l'éditeur.

La duplication des sites utilisant des pylônes de grande hauteur au centre de la zone de desserte n'est ainsi pas viable économiquement pour la diffusion de 3 réseaux.

Le maillage de la zone de desserte, par la mise en oeuvre de plusieurs sites de diffusion, remettrait en question les règles d'utilisation de la ressource radioélectrique sur les zones concernées.

En conséquence, ce réseau peut être assimilé, de par ces caractéristiques, à celui de la radiodiffusion des services de télévision.



Les opérateurs nouveaux entrants y rencontrent d'ailleurs les mêmes difficultés que sur le marché de la diffusion télévisée.

Le déroulement de l'appel d'offres auquel a procédé Radio France (à la suite de la décision du Conseil ayant mis un terme à l'exclusivité du contrat conclut entre TDF et Radio France³²) l'illustre.

Radio France a lancé en avril 2004 un appel d'offres pour la diffusion de 135 fréquences sur 41 villes. Antalis-TV a répondu à cet appel d'offres pour une diffusion à partir de quatre sites (pour lesquels Antalis-TV avait pu trouver une infrastructure existante). Malgré cela, Radio France n'a pas retenu Antalis-TV au motif que ses prix étaient trop élevés. Or la seule raison pour laquelle Antalis-TV n'a pas pu proposer de prix suffisamment bas est liée à un amortissement insuffisant des infrastructures d'accueil sur les seuls émetteurs de Radio France. En revanche, un accès aux sites de TDF à des prix d'accueil orientés vers les coûts aurait permis à Antalis-TV de faire des offres compétitives et de prendre une part du marché.

Antalis-TV n'a pas pu proposer plus de sites en propre car il était extrêmement difficile de trouver d'autres sites présentant d'aussi bonnes caractéristiques radioélectriques que ceux de TDF dans les délais imposés par l'appel d'offres. Ici comme pour la diffusion télévisée, TDF bénéficie de la prime au premier entrant.

Dans sa réponse, Antalis-TV a souhaité proposer une diffusion sur Ajaccio depuis le site de TDF (en effet, Antalis-TV installe deux émetteurs pour la TNT sur ce site). Antalis-TV souhaitait ainsi bénéficier d'économies de dimension sur ce site et amortir ainsi les investissements effectués pour la TNT. TDF lui a cependant refusé l'accès à son infrastructure en prétextant qu'il n'avait pas d'offre d'accueil pour les radios.

D. MARCHÉ DE GROS DE DIFFUSION DE PROGRAMMES TELEVISUELS SUR LES RESEAUX FILAIRES

Question : Marché déclaré non pertinent pour la régulation sectorielle : commentaires ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires à formuler sur ce point.

E. MARCHÉ DE GROS DE DIFFUSION DE PROGRAMMES TELEVISUELS PAR SATELLITE

Question : Commentaires sur la proposition de l'Autorité de s'en remettre, comme d'autres autorités nationales, à une prise de position formelle de la Commission sur l'opportunité de créer un tel marché ?

Antalis-TV n'a pas de commentaires à formuler sur ce point, cette approche étant conforme

³² Décision n° 03-MC-03 du Conseil de la concurrence, note n° 6.



à celles adoptées par les autres autorités nationales.

F. MARCHE DE GROS DE DIFFUSION HERTZIENNE TERRESTRE DE PROGRAMMES TELEVISUELS

F.1. Des barrières élevées et non provisoires à l'entrée

F.1.1. Le caractère difficilement répliquable des infrastructures de TDF

L'apport de la jurisprudence & degré de réplification actuelle

Questions : L'Autorité souhaite des informations complémentaires et notamment des réponses aux questions suivantes concernant le caractère difficilement répliquable des infrastructures de TDF :

- *Est-il possible de mettre en œuvre des sites et des architectures techniques alternatives et efficaces à long terme pour la diffusion de la TNT qui se différencient d'un plan de déploiement basé sur des sites de la TV analogique ?*
- *Quels en sont les avantages et les inconvénients ?*
- *Parmi les réponses aux appels d'offres, plusieurs solutions techniques en matière de sites pour une même zone de services ont-elles été proposées par les opérateurs de prestations de diffusion ?*

L'Autorité considère que le marché est caractérisé par l'existence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires : commentaires ?

1. Sur les barrières à l'entrée du marché et sur l'état actuel du marché

1.1. Position du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel

L'Autorité relève, dans son analyse, que le Conseil, dans sa décision n° 99-D-14 du 23 février 1999, a considéré que « *le secteur de la diffusion hertzienne est caractérisé par de fortes barrières à l'entrée* ».

Non seulement cette constatation demeure tout à fait vraie, mais ces barrières sont suffisamment élevées pour faire des sites et des pylônes de TDF une infrastructure incontournable et essentielle.

Ceci a été confirmé par le Conseil dans sa décision n° 02-MC-04 du 11 avril 2002 où il considère, à propos du marché des distributeurs de services techniques, qu'il ne pouvait « *être exclu que les sites de TDF [...] constituent une infrastructure essentielle à laquelle*



TDF serait tenue de proposer l'accès à des conditions transparentes, non discriminatoires et orientées vers les coûts »³³.

Si la Cour d'appel de Paris³⁴ a été plus précautionneuse en considérant qu'« à ce stade de l'instruction [à savoir, au stade conservatoire], la qualification d'infrastructure essentielle [...] apparaît insuffisamment étayée [...] », elle n'en a pas moins jugé incontestable que :

« TDF détient une majorité des sites nécessaires aux nouveaux opérateurs pour l'exploitation du service de diffusion technique [et] que ceux-ci ne sont pas aisément reproductibles par ces opérateurs dans le temps qui leur est imparti par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour le lancement du marché, lequel a du reste sciemment privilégié l'utilisation des infrastructures existantes dans un souci d'efficacité ; [...] que, en l'état de l'instruction, il ne peut être exclu qu'au moins dans la phase de lancement du marché cette entreprise ne détienne, sur ce marché amont, un avantage concurrentiel important par rapport à ses concurrents ou ne soit un partenaire obligé des nouveaux opérateurs pour de nombreux sites ».

Rien ne justifie de penser que le Conseil de la concurrence conclura différemment dans le cadre de la procédure au fond, bien au contraire, puisqu'il ressort du déroulement des deux premières phases de déploiement que 30 des 32 sites retenus appartiennent à TDF³⁵.

1.2. Commentaires relatifs aux barrières à l'entrée

Antalis-TV s'accorde avec l'analyse de l'Autorité quant aux barrières à l'entrée dont elle relève l'existence mais souhaite toutefois compléter cette analyse.

Il est à cet égard intéressant de noter que les barrières à l'entrée relevées par l'Autorité sont en grandes parties identiques à celles constatées par la KommAustria (l'Autorité autrichienne de Régulation des Télécommunications), qui a adopté les mêmes délimitations de marchés que celles que l'Autorité propose.

- Le montant des investissements nécessaires :

L'Autorité note qu'il est difficile, économiquement, pour un nouvel entrant de construire un pylône d'une hauteur suffisamment importante pour permettre la diffusion de télévision.

Antalis-TV souhaite souligner non seulement que ces investissements pour rentrer dans le marché sont considérables (près de 5 millions d'euros dans le cas d'Antalis-TV), mais surtout qu'ils constituent des investissements non récupérables, consistant de ce fait une

³³ Décision n° 02-MC-04 du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis-TV.

³⁴ Cour d'Appel de Paris, 1er Ch. Sec. H, 8 janvier 2004, réformant partiellement la décision n° 2-MC-04 du Conseil.

³⁵ Comme il sera précisé ultérieurement, les deux sites qui n'ont pas été retenus n'étaient pas matériellement en mesure d'accueillir la TNT.

barrière considérable à l'entrée (ou plus précisément à la sortie) du marché, les pylônes construits ne pouvant en effet pas être réutilisés pour une autre activité que la diffusion.

Cette barrière à l'entrée – d'autant plus importante que les investissements considérables sont irrécupérables – a également été relevée par la KommAustria³⁶ ; celle-ci relève en outre l'asymétrie supplémentaire que crée cette barrière entre l'opérateur établi et les nouveaux entrants (privés).

Un parallèle doit d'ailleurs être fait avec l'analyse à laquelle avaient procédé le Conseil de la concurrence ainsi que le Ministre de l'Economie et des Finances dans le cadre de l'analyse du rachat par TDF de sites pylônes de BOUYGTEL.

Le Ministre avait en effet considéré, à propos de la construction de pylônes, que :

« l'arrivée de nouveaux entrants, quand bien même elle serait vérifiée dans le temps, ne suffirait pas à elle seule à rétablir une concurrence effective, compte tenu du fait que, ainsi que l'a déclaré TDF, pour être rentable, un site pylône doit accueillir au moins [...] opérateurs. Dans cette perspective, la rentabilité d'un pylône est intimement liée à la capacité du gestionnaire à commercialiser le plus largement et rapidement possible son parc de sites pylônes. Dès lors, un nouvel entrant aurait à subir des coûts fixes importants sans perspective de rentabilisation à court ou moyen terme de ses investissements »³⁷.

Si cette analyse concernait les pylônes de diffusion de téléphonie mobile (estimés comme majoritairement non adaptés aux exigences requises pour le déploiement de la TNT, notamment parce que les pylônes de téléphonie mobile sont situés environ à 40 mètres de hauteur alors que la diffusion de la TNT, compte tenu de la planification du CSA, nécessite des pylônes situés entre 50 et 300 mètres de hauteur³⁸), les barrières à l'entrée constatées ci-dessus sont *a fortiori* identiques dans le cadre du déploiement de sites de diffusion de télévision, si ce n'est renforcées puisque cette diffusion implique le recours à des infrastructures plus lourdes et des pylônes plus hauts.

- La disponibilité foncière et la réglementation relative à l'occupation du domaine public, à l'urbanisme, à la protection de l'environnement et à la santé publique :

Antalis-TV attire l'attention de l'Autorité sur le fait qu'il s'agit là d'un obstacle considérable puisque se cumulent sous cet « intitulé » de nombreux facteurs liés à des préoccupations et contraintes tant légales ou réglementaires, qu'environnementales ou techniques.

Il est ainsi très difficile d'obtenir l'autorisation de créer des nouveaux sites dans les zones ou

³⁶ « *Delineation of the Austrian Broadcasting Market* », KommAustria / RTR, 2003, pages 45-47.

³⁷ Lettre du ministre du 26 avril 2002 autorisant sous conditions l'acquisition par TDF de sites pylônes de BOUYGTEL

³⁸ Sauf dans le cas de sites à très haute altitude, où les pylônes peuvent être plus courts.



régions protégées et dans les réserves naturelles³⁹, les sites classés⁴⁰, etc., qui sont pourtant visées par la planification du CSA.

Plus généralement, les pouvoirs publics ne souhaitent pas voir dupliquer des infrastructures de base, la multiplication des pylônes suscitant une hostilité croissante de la population.

De fait, Antalis-TV souhaite là encore souligner que ces obstacles sont les mêmes (mais renforcés) que ceux qui avaient été constatés pour le déploiement des pylônes utilisés par les opérateurs de téléphonie mobile et renvoie à cette fin à l'avis susmentionné du Conseil concernant le rachat par TDF de sites de pylônes de téléphonie mobile⁴¹, dans lequel il a souligné certaines des raisons qui plaident en faveur d'une mutualisation et d'un partage des sites et infrastructures existants (par opposition au déploiement de sites alternatifs).

Le Conseil note ainsi que :

« les impératifs liés à l'extension de la couverture du territoire et à des justifications fondées sur des raisons économiques avancées pour prôner une politique générale de mutualisation des sites existants rejoignent les considérations environnementales et les préoccupations de santé publique tendant à une limitation de la prolifération des nouveaux sites pylônes ».

A titre d'exemple, le Conseil souligne la question du contrôle de l'intensité des champs électromagnétiques et se réfère aux recommandations contenues dans le rapport élaboré par un groupe d'experts à la demande de la Direction Générale de la Santé, qui préconise de ne pas installer d'antennes relais dans un périmètre inférieur à 100 mètres autour de zones sensibles, définies comme les lieux accueillant des populations fragiles (essentiellement les établissements scolaires et hospitaliers⁴²).

Il souligne de même l'existence de contraintes résultant de la législation et réglementation relatives à l'environnement⁴³, qui imposent de respecter des procédures particulières d'autorisation dès lors qu'une installation est à proximité d'un monument historique, d'un site classé ou inscrit, d'une réserve naturelle, d'une zone de protection du patrimoine architectural, urbain ou paysager ou encore d'une zone de protection de la navigation aérienne.

³⁹ Ceci est notamment le cas des sites Natura 2000 comme à Bayonne La Rhune.

⁴⁰ Tel que l'observatoire du Midi.

⁴¹ Avis n° 02-A-04 du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Télécom, BOCCRF n° 4 du 31 mars 2003 et Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 26 avril 2002 (opération autorisée sous certaines conditions).

⁴² Ceci fut d'ailleurs le cas du site de Caen.

⁴³ Dans le même sens, le Conseil note l'existence d'une charte nationale de recommandations environnementales du 12 juillet 1999, entre l'Etat et les opérateurs de téléphonie mobile, qui obligent ces derniers à orienter les choix d'implantation de leurs équipements dans le respect des contraintes environnementales liées à la qualité et la fragilité des milieux naturels.



Cette analyse a été confirmée par le Ministre qui retient en substance qu'il :

« existe dans ce secteur des éléments constituant des barrières importantes à d'éventuelles nouvelles constructions de sites pylônes. On peut à cet égard relever que l'importance des préoccupations d'ordre environnemental, sanitaire, et d'urbanisme peut s'analyser comme constituant autant de barrières significatives à la construction de nouveaux pylônes »⁴⁴.

Elle est de même, là encore, partagée par la KommAustria.

- Les contraintes de délais et de coûts liées au changement d'orientation des antennes râteau situées sur la zone de diffusion couvertes par les sites répliqués, nécessaire en cas de différence angulaire entre les directions du site TDF et du site répliqué supérieure à 20 degrés

L'Autorité relève, dans sa Consultation Publique, que le coût de ré-orientation des antennes de réception susceptible d'être répercuté sur les foyers couverts et les délais nécessaires à la réalisation de ces aménagements techniques constituent des contraintes dont la prise en compte est nécessaire pour apprécier le caractère raisonnable de la répliquabilité des sites de TDF. L'Autorité en conclut que les concurrents doivent installer leurs sites à proximité de ceux de TDF.

Si Antalis-TV concorde tout à fait avec l'analyse de l'Autorité sur ce point, il convient cependant de souligner que s'ajoutent encore à cette contrainte technique de réinitialisation du parc par l'orientation des antennes, les risques de brouillage des canaux analogiques émis depuis le site en service, ou encore l'absence d'homogénéité des zones de couverture entre les multiplex⁴⁵.

En outre, les obstacles réglementaires et environnementaux soulignés ci-dessus s'opposent à ce que soient déployés d'autres sites à proximités de ceux qui existent déjà.

- La planification du CSA conduit à ce que les programmes de la TNT soient souvent diffusés sur les canaux adjacents aux canaux analogiques existants

L'Autorité relève que des sites de TDF sont situés au centre de la plupart des zones (une centaine) définies par le CSA.

L'impact de la décision du CSA a cependant été – et continue d'être – plus important que ne le souligne l'Autorité.

En effet, le CSA a décidé d'inscrire :

⁴⁴ Lettre du ministre du 26 avril 2002, note n° 41 précitée.

⁴⁵ Ces différents obstacles avaient d'ailleurs été clairement mis en avant par TDF lorsque Towercast a tenté de proposer un projet de pré déploiement de la diffusion en région parisienne, alternatif à la Tour Eiffel, avec succès puisque l'offre de Towercast n'a jamais été retenue.

« sa planification dans le cadre de l'utilisation de la bande UHF parallèlement exploitée en analogique (canaux 21 à 65), pour le déploiement de réseaux numériques nationaux en multifréquences » en considérant que « pour des raisons d'efficacité (initialisation des antennes, rapidité du déploiement et limitation des coûts), la planification conduite par le Conseil s'inscrit dans l'utilisation prioritaire des points hauts actuellement exploités en analogique⁴⁶, sauf lorsque des solutions alternatives apparaîtront régionalement ou localement plus adaptées. L'utilisation d'autres points de diffusion sera alors recherchée lorsqu'elle apparaîtra déterminante pour améliorer la desserte de la population » et que « dans le cadre de ses compétences, le CSA s'emploiera à réunir et veillera au respect de toutes les conditions nécessaires à l'ouverture du marché et à un exercice effectif de la concurrence entre diffuseurs techniques, notamment par l'accès aux sites et aux infrastructures essentiels »⁴⁷.

Ces principes sont encore ceux qui affirmés sur son site Internet où il est indiqué que :

« la planification des fréquences [...] s'inscrit dans l'utilisation prioritaire des points hauts actuellement exploités en analogique⁴⁸, soit 115 sites en France métropolitaine qui desserviront 85 % de la population française [...] ».

De fait, en calquant volontairement les fréquences numériques sur les fréquences analogiques, le CSA a renforcé le caractère incontournable des sites de TDF qui sont ainsi systématiquement favorisés puisque eux seuls présentent *de facto* toutes les caractéristiques d'émission requises par le CSA sur les sites concernés.

Cette « conséquence » de la planification du CSA avait d'ailleurs déjà été soulignée dans de nombreuses réponses faites par les opérateurs au questionnaire du CSA sur l'aménagement du spectre hertzien pour la diffusion numérique terrestre⁴⁹.

Pour ne citer que quelques exemples, le Groupe Canal + relevait qu'assurer la possibilité de réception des signaux grâce aux équipements de réception des programmes analogiques actuels :

« suppose que les émetteurs numériques soient situés sur/ou à proximité immédiate des sites actuels de TDF. Dans un certain nombre de cas (Tour Eiffel, Pic du Midi, etc...), aucun site alternatif n'existe. Dans les autres cas et particulièrement pour les 30 premiers sites prévus par le CSA, les délais de mise en place de sites alternatifs

⁴⁶ En d'autres termes, ceux de TDF.

⁴⁷ Conclusions du CSA et synthèse des positions des acteurs consultés dans le cadre de la consultation relative à l'aménagement du spectre hertzien en vue d'un développement optimal de la diffusion numérique terrestre, octobre 2000 .

⁴⁸ C'est-à-dire ceux de TDF.

⁴⁹ Contributions écrites des acteurs publics et privés, publiées en annexe aux Conclusions du CSA et synthèse des positions des acteurs consultés dans le cadre de la consultation relative à l'aménagement du spectre hertzien en vue d'un développement optimal de la diffusion numérique terrestre, octobre 2000.



aux sites de TDF, après l'obtention des autorisations par les éditeurs de service de télévision, sont tels qu'aucun site alternatif n'est possible pour le démarrage du numérique terrestre »⁵⁰.

Dans le même sens, M6 déclarait accepter « le principe d'une planification réalisée à partir des 110 sites principaux de TDF ».

Enfin, TF1 soulignait également que « il semblerait que la réutilisation des points hauts de TDF soit presque obligatoire dans la majorité des cas du fait du relief (Pic du midi) ou pour des considérations écologiques (Tour Eiffel). Ces sites [sont] considérés comme 'essentiels' »⁵¹.

De fait, la planification des fréquences à laquelle a procédé le CSA a très fortement contribué à renforcer le caractère incontournable des sites de TDF.

- L'hésitation des opérateurs de multiplex, malgré leurs déclarations, à participer au développement de sites alternatifs

Seuls les opérateurs de multiplex (qui détiennent des autorisations d'usage des fréquences) sont habilités à présenter et à soutenir au CSA des solutions alternatives à ces assignations. Un diffuseur souhaitant développer un site géographiquement distinct de celui retenu par la planification du CSA (celui-ci « coïncidant » avec un site existant de TDF) doit obtenir d'un opérateur de multiplex qu'il présente son projet. Or, le CSA refusant de prendre de quelconques engagements sur son traitement des dossiers qui lui sont présentés⁵², les opérateurs de diffusion ne peuvent donc pas proposer aux opérateurs de multiplex des projets de solutions alternatives dont ils pourraient garantir qu'ils seraient acceptés par le CSA.

L'incertitude existant quant à l'issue des dossiers soumis au CSA est ainsi telle qu'elle a tendance à conduire les opérateurs de multiplex à écarter de manière systématique les propositions de sites alternatifs qui leur sont présentées, même lorsqu'ils peuvent être ouverts, sur le principe, au déploiement de nouveaux sites. Les seules exceptions ont ainsi été les sites de Towercast de Villebon et de Caen : ces sites n'ont cependant été retenus qu'au seul motif que les sites (analogiques) existants de TDF ne pouvaient pas être utilisés pour la diffusion numérique.

A cette timidité s'ajoute par ailleurs le fait que les opérateurs de multiplex privilégient l'homogénéité de couverture, aussi bien entre eux qu'avec les réseaux analogiques : ceci, cumulé au fait qu'ils se décident généralement tardivement, les poussent donc à choisir des solutions identiques en termes de sites de diffusion.

⁵⁰ Contributions écrites, page 33.

⁵¹ Ibidem, page 55.

⁵² Que ce soit en ce qui concerne le contenu d'un dossier, son calendrier de traitement ou encore sur les conclusions ou recommandations auxquelles le CSA serait susceptible d'aboutir.



Le cumul de ces éléments profite une fois de plus aux sites de TDF, qui seuls ne sont pas soumis à cet aléa puisqu'ils remplissent d'ores et déjà les critères de la planification opérée par le CSA et qu'ils échappent ainsi à toutes les contraintes de procédures qui s'imposent pour les nouveaux sites.

De manière plus générale, Antalis-TV souligne que TDF indiquait en 1999⁵³ que :

« la technique alors en vigueur pour réduire ces zones d'ombres consistait à implanter sur des points hauts judicieusement choisis des réémetteurs. Une tâche très longue, techniquement difficile et économiquement lourde, menée en collaboration avec les collectivités locales concernées et aidée financièrement par la DATAR ».

Ces considérations, formulées en l'espèce à propos du développement des réseaux dits « secondaires »⁵⁴ vaut *a fortiori* encore plus pour le déploiement d'un réseau principal, plus lourd et plus coûteux à développer, et il est ainsi évident qu'un nouvel entrant souhaitant développer un réseau principal serait confronté à des obstacles supérieurs à ceux qu'a pu rencontrer TDF dans le cadre du déploiement de ses réseaux secondaires.

Enfin, le calendrier de déploiement imposé par le CSA contribue définitivement à rendre impossible une quelconque duplication des sites de TDF dans les temps extrêmement courts qui sont impartis aux diffuseurs pour élaborer et mettre en œuvre.

Si l'on considère que l'Autorité estime à environ deux ans le délai moyen d'obtention de l'ensemble des autorisations nécessaires à l'établissement d'un nouveau site puis à la construction du pylône et à la mise en place des différents équipements, il est évident qu'à supposer même surmontables les barrières décrites ci-dessus, la barrière temporelle demeure très lourde.

Même en l'absence de construction et déploiement d'un nouveau site, le délai nécessaire pour procéder à un déploiement à partir d'un site existant se situe approximativement entre 12 et 18 mois :

	Décision du CSA établissant la liste des sites retenus
Lendemain	Antalis-TV commande les études de faisabilité à TDF
+ 1 mois minimum	Livraison des études de faisabilité par TDF
+ 1 mois	Antalis-TV procède à l'étude technique des offres
+ 1 mois ½ minimum	Préparation des réponses spécifiques aux appels d'offres, contenant notamment les conditions financières, et répondant à toutes les questions particulières posées par chacun des 5

⁵³ Décision n° 99-D-14 du Conseil de la concurrence, note n° 7 précitée.

⁵⁴ C'est-à-dire la partie des réseaux qui visent à couvrir les 'zones d'ombres' d'un réseau principal dues à des obstacles naturels ou artificiels.



	Multiplex
+ en moyenne 1 mois	Réponses / Décisions des multiplex (réponses, selon les cas, entre 3 semaines et 3 mois)
+ 6 mois strict minimum	Déploiement technique (6 mois = strict minimum en travaillant à flux tendu)
Soit un <u>strict minimum incompressible</u> de 10 mois ½ Pour permettre un déroulement dans des conditions raisonnables, il faudrait disposer d'entre un an et 18 mois entre la décision du CSA et le démarrage de la TNT.	

Ce planning a été confirmé par le retour d'expérience sur le déploiement par Antalis-TV des sites des phases 1 et 2.

* * *

Ces différents et nombreux éléments constituent indéniablement des barrières à l'entrée si considérables qu'elles confèrent aux infrastructures de diffusion de télévision hertzienne de TDF le caractère « *d'infrastructures essentielles* » au sens où l'entend le droit de la concurrence.

1.3. *Qualification, par les autres autorités nationales, des sites de diffusion en infrastructures essentielles*

Cette analyse est partagée par les différentes autorités nationales qui se sont déjà prononcées sur le marché 18. En effet, dans les différents pays où le marché de la diffusion hertzienne télévisée a été analysé, les autorités ont globalement constaté la présence des mêmes barrières à l'entrée que celles analysées ci-dessus.

Le caractère élevé et non temporaire de ces barrières a d'ailleurs conduit ces autorités, au Royaume-Uni, en Finlande, en Irlande, en Suède et en Autriche à considérer les infrastructures des opérateurs historiques ou dominants comme incontournables.

- Position adoptée par l'OFCOM (autorité britannique)⁵⁵

Selon l'OFCOM, le marché est caractérisé par de réelles barrières à l'entrée résultant en premier lieu de l'existence de coûts irrécupérables significatifs. En effet, la création d'un réseau de pylônes, ou même d'un seul pylône nécessaire pour pénétrer un marché géographique, est extrêmement coûteuse et impliquerait des coûts irrécupérables en cas de départ du marché (un tel pylône ne pouvant servir à rien d'autre qu'à de la diffusion télévisuelle). L'OFCOM a en outre estimé qu'à supposer même que ces coûts ne dissuadent pas un opérateur de pénétrer le marché, la difficulté d'obtenir l'autorisation d'implanter un

⁵⁵ OFTEL (devenue OFCOM) « *Review of Competition: broadcasting transmission services* » du 9 septembre 2003, confirmé dans sa déclaration finale « *Broadcasting Transmission Services : a review of the market* » du 28 avril 2005 et validé par décision de la Commission européenne du 28 janvier 2005.

nouveau pylône dans une zone où il en existe déjà un constitue alors un obstacle supplémentaire.

L'autorité britannique a de même relevé l'existence de barrières stratégiques : en effet, tant Crowncastle que Ntl proposent des services de dimension nationale, ce qui est rendu possible par le fait que chacun possède un réseau très étendu⁵⁶. En outre, les deux opérateurs sont tous deux bien établis sur le marché et ont créé des liens privilégiés avec les diffuseurs, ce qui rend difficile pour un opérateur de faire une offre suffisamment différenciée pour persuader les clients de se détourner de leurs opérateurs historiques.

Enfin, l'OFCOM note que le marché de la diffusion télévisée est très peu dynamique et concurrentiel : les seules entrées ont été le résultat d'acquisitions, par Ntl et Crowncastle, des infrastructures publiques et aucune nouvelle entrée n'a été constatée sur le marché (pourtant libéralisé depuis plus de quinze ans).

Elle conclut de l'ensemble de ces éléments l'existence de barrières à l'entrée extrêmement élevées et en déduit que chacun des opérateurs est en situation de monopole sur les pylônes et sites qu'il détient et que ces pylônes et sites constituent des infrastructures essentielles incontournables.

- Position adoptée par la KommAustria (autorité autrichienne)⁵⁷

La KommAustria a défini un marché pertinent de la diffusion de la télévision terrestre (sans distinguer entre l'analogique et le numérique) et a considéré que ce marché est caractérisé par des barrières à l'entrée très élevées dues notamment au fait que sur de nombreux sites, la mise en place de facilités et d'antennes de diffusion n'est pas possible pour des raisons légales résultant de contraintes internationales de planification et de coordination des fréquences.

En raison du manque de capacités de transmission disponibles, de nombreux sites qui pourraient être appropriés pour de la diffusion ne peuvent pas être utilisés.

Même en l'absence de problèmes de planification des fréquences, la KommAustria estime que les barrières à l'entrée demeureront néanmoins substantielles car pratiquement toutes les antennes des maisons pour la réception de la télévision terrestres sont orientées vers les sites de diffusion d'ORF (opérateur historique et seule société à disposer d'un réseau de

⁵⁶ A cet égard, le fait que les deux opérateurs aient renoncé à étendre plus en avant leurs réseaux respectifs et aient choisi de recourir chacun aux sites de l'autre (par voie d'accords d'accès réciproques), illustre clairement que même pour un opérateur solidement implanté, le développement de nouveaux sites, alternatifs aux sites existants, n'est pas économiquement envisageable. Or, non seulement un nouvel entrant ne serait pas en mesure de proposer une offre nationale de nature à raisonnablement concurrencer ces opérateurs auprès des chaînes publiques (qui constituent l'essentiel de la clientèle), mais en outre, les accords de partage de sites entre les deux opérateurs reposant sur une stricte réciprocité et nécessité mutuelle, l'OFCOM relève que les deux opérateurs n'auraient ni besoin ni intérêt à conclure de tels accords avec des nouveaux opérateurs.

⁵⁷ « *Delineation of the Austrian Broadcasting Market* », KommAustria / RTR, 2003, validée par la Commission européenne par décision du 11 décembre 2003.



couverture nationale), ce qui signifie que des signaux qui seraient diffusés d'une autre direction ne seraient pas perçus par ces antennes. Ceci est exactement le cas en France aussi.

La KommAustria constate de même l'existence de restrictions dues aux codes des constructions, de l'aménagement du territoire, ou encore aux réglementations de protection de l'environnement, qui limitent considérablement les choix de sites possibles. Il est de fait improbable, selon elle, qu'il soit possible d'ériger un autre pylône dans une localisation où il en existe déjà un.

Enfin, la KommAustria constate que la construction d'infrastructures de diffusion engendre des coûts non récupérables substantiels qui créent un déséquilibre supplémentaire entre la société de diffusion déjà établie (ORF) et les sociétés de diffusion privées.

De tels coûts constituent une barrière à l'entrée d'autant plus importante que l'incertitude quant à la réussite de l'activité est grande.

La KommAustria conclut ainsi que les barrières à l'entrée étant extrêmement élevées et la quasi-intégralité des infrastructures étant détenue par une seule entreprise (ORF), on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que la concurrence se développe seule.

En outre, ORF (seul fournisseur d'infrastructure de diffusion) étant une entreprise verticalement intégrée, l'autorité estime qu'il est probable qu'elle soit poussée soit à facturer des prix excessifs pour l'accès à son réseau, soit à user d'autres manœuvres pour imposer un désavantage aux sociétés privées de diffusion (retards dans la fourniture des services de transmission, fourniture de services de qualité inférieure, etc.).

- Position adoptée par la CommReg (autorité irlandaise)⁵⁸

La CommReg a identifié l'existence d'un marché des services de diffusion sur le réseau terrestre analogique national, marché dominé par la société RTE Transmission Network Limited (« RTNL »), seul fournisseur présent sur ces deux marchés et opérateur historique dont les infrastructures ne peuvent être dupliquées.

La CommReg considère que ce marché est caractérisé par des barrières élevées et non transitoires à l'entrée, parmi lesquelles figurent des capacités de transmission limitées, des coûts financiers substantiels, la résistance au développement de nouveaux pylônes, le fait que RTNL soit en mesure de proposer une couverture nationale et ait conclu des contrats à long terme et soit bien établie sur le marché. Selon la CommReg, l'absence d'entrées de concurrents sur le marché confirme le caractère fermé dudit marché.

⁵⁸ Voir notamment « *Market Analysis – Wholesale Broadcasting Transmission Services* », Commission for Communications Regulation, doc. N°. 03/126, 22 octobre 2003 ; « *Response to Consultation: Market Analysis – Wholesale Broadcasting Transmission Services* », doc. N°. 04/06 ; 3 février 2004, et Décision de la Commission Européenne du 2 février 2004 concernant la notification irlandaise.



- Position adoptée en Finlande⁵⁹

Enfin, le Ministre finlandais des transports et des communications a qualifié de marché pertinent le marché des services de diffusion de télévision numérique⁶⁰ sur le réseau de TNT de trois multiplex et a également estimé que le réseau de l'opérateur historique Digita Oy (société détenue à 90 % par TDF et à 10 % par YLE) étant incontournable sur ce marché et constituait donc une infrastructure essentielle.

* * *

Il est ainsi clair que les obstacles relevés par les autorités nationales sont dans l'ensemble les mêmes, qu'il s'agisse de diffusion numérique ou analogique. C'est d'ailleurs pour cela que les autorités ont tendance à considérer soit que la diffusion par mode numérique et celle par mode analogique appartiennent au même marché, soit qu'ils constituent des marchés distincts mais sont alors soumis aux mêmes contraintes et répondent aux mêmes caractéristiques.

Ces caractéristiques sont également pertinentes pour le marché français.

1.4. Analyse « site par site » ou globale de l'infrastructure de TDF

Concernant la question de savoir si l'infrastructure doit être analysée site par site ou globalement, Antalis-TV est d'avis qu'il convient de suivre le même raisonnement que celui qui a été adopté dans le cadre du dégroupage de la boucle locale et de considérer ainsi qu'il existe une seule et unique infrastructure : le réseau national.

En effet, il n'a jamais été question d'analyser chaque boucle locale afin de déterminer si elle constituait, individuellement, une infrastructure essentielle et le fait que certaines boucles locales (telle que celle de la Défense en région Parisienne) était reproductible (et a d'ailleurs été reproduite), n'a jamais été pris en considération et n'a donc *a fortiori* pas modifié l'analyse faite par les autorités du caractère incontournable de l'accès à « la » boucle locale de France Télécom.

Ainsi, le Conseil a considéré à deux reprises⁶¹ que « la » boucle locale, dans son ensemble, constitue une infrastructure essentielle. De fait, lorsqu'il se réfère à l'estimation faite à l'époque par l'ART du coût de déploiement d'une boucle locale par un concurrent, à savoir 30 millions d'euros, il s'agit bien là du coût d'un déploiement national, et non d'une boucle

⁵⁹ Voir le résumé contenu dans la décision de la Commission européenne du 14 juillet 2004 validant cette analyse de marché.

⁶⁰ Il adopte par ailleurs la même position en ce qui concerne la diffusion analogique.

⁶¹ Avis du 8 janvier 2004 relatif à une demande d'avis de l'Association française des réseaux et services de télécommunications (AFORS) sur les principes généraux des relations contractuelles entre les utilisateurs et les différents acteurs du dégroupage et Avis du 31 janvier 2005 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques



locale donnée.

L'Autorité elle-même considère également que la boucle locale constitue, en tant que telle, une seule et unique infrastructure essentielle, sans analyser la question de la possibilité ponctuelle de répliquer certaines boucles locales⁶².

C'est la même approche qui ressort d'ailleurs du règlement européen du 18 décembre 2000 lorsqu'il est indiqué « *qu'il ne serait pas économiquement viable pour les nouveaux opérateurs de reproduire l'infrastructure d'accès local métallique des opérateurs en place dans sa totalité et dans un laps de temps raisonnable* »⁶³. Là encore, c'est bien la boucle locale « dans sa totalité » qui est visée.

La même démarche devrait ainsi être adoptée en l'espèce et il devrait être considéré – à l'instar de la position adoptée par les autres autorités nationales – que le réseau national de diffusion télévisée de TDF constitue une seule et unique facilité essentielle.

Cette approche serait conforme à celle adoptée par le Conseil de la concurrence dans son avis du 11 avril 2002⁶⁴, qui l'a mené à conclure à l'existence de marchés nationaux de l'accueil sur sites pylônes (les différents marchés d'accueil pouvant ensuite être distingués en fonction des capacités des sites à accueillir différents types d'équipements de diffusion : télévision, radio, téléphonie mobile, etc., et non en fonction de la répliquabilité de chaque site individuel)⁶⁵.

Dans le même sens, aucune des autorités nationales n'a adopté une définition site par site des infrastructures essentielles.

1.5. Degré de réplification actuel

Pour ce qui est enfin du degré de réplification actuel, l'Autorité note qu'aucun site alternatif de diffusion de télévision analogique terrestre n'est actuellement déployé mais que, sur les 32 premiers sites de diffusion de la TNT, 2 sont proposés par Towercast.

Comme le souligne l'Autorité elle-même, ces deux sites correspondent à des zones pour lesquelles les sites de TDF n'étaient pas exploitables, c'est-à-dire qu'ils n'étaient matériellement pas en mesure d'accueillir les nouvelles stations d'émission de la TNT.

⁶² ART, Consultation sur les méthodes de valorisation de la boucle locale cuivre, Avril 2005.

⁶³ Règlement (CE) n° 2887/2000 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale, JOCE L. 336 p. 4.

⁶⁴ Avis n° 02-A-04 du Conseil de la concurrence et Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, note n° 41 précitée.

⁶⁵ Selon l'avis du Conseil, confirmé par le Ministre, les équipements de radiocommunication ne présentent pas tous les mêmes caractéristiques : les antennes accueillies sont de tailles différentes, nécessitent la pose sur une hauteur optimale variable en fonction notamment de la situation géographique et topographique, de la capacité d'émission et de réception, et de la place disponible. Le Conseil estime ainsi que les services de télévision, de radio, de radiomessagerie et de boucle locale radio ne sont pas susceptibles d'être accueillis sur ces pylônes.



Ainsi, dans le cas de Caen, le site de TDF était situé sur un hôpital qui refusait (en se fondant sur le principe de précaution) d'accueillir de nouveaux émetteurs. Pour ce qui est du site de TDF à Villebon, il semblerait que celui-ci était saturé et n'était par conséquent pas en mesure d'accueillir de nouveaux émetteurs.

Dans les deux cas, les sites de Towercast n'ont donc été retenus que parce que les sites de TDF n'étaient pas aptes à accueillir la diffusion numérique, sachant en tout état de cause que ces sites alternatifs se trouvaient à proximité géographique des sites historiques de TDF.

TDF a d'ailleurs reconnu elle-même, comme cela ressort de la décision du Conseil⁶⁶, que ses deux sites n'étaient pas en mesure d'accueillir les infrastructures nécessaires à la diffusion de six multiplex de TNT.

En d'autres termes, ces deux exemples prouvent qu'il n'existe techniquement pas de sites qui puissent être réellement considérés comme « *alternatifs* » à ceux de TDF dans le sens où deux sites ne sont et ne seront probablement jamais retenus simultanément pour une seule et même zone de diffusion. Ainsi, du moins pour le moment et en l'état actuel de la planification des zones par le CSA, soit le site existant de TDF est retenu, soit un autre site est retenu en remplacement de celui de TDF, mais en aucun cas deux sites n'ont été retenus en même temps pour une même zone de diffusion.

C'est d'ailleurs là un élément qui distingue le déploiement d'un réseau de diffusion télévisée du déploiement de la boucle locale en matière de téléphonie fixe : s'il arrive en effet que plusieurs boucles locales co-existent au sein d'une même zone géographique (comme cela est le cas sur le site de La Défense), cela n'est *a priori* pas envisageable pour les sites de diffusion télévisée.

Antalis-TV tient par ailleurs à souligner, comme le relève l'Autorité elle-même⁶⁷, que même Canal Plus, qui s'autodiffuse à partir de plusieurs sites de diffusion de la télévision analogique terrestre, le fait à partir des sites de TDF.

2. **Sur la possibilité, d'un point de vue strictement technique (et donc abstraction faite des obstacles de nature non technique), de mettre en œuvre des sites alternatifs**

2.1. *Faisabilité technique de la mise en œuvre de sites alternatifs*

- Le fait que le CSA ait basé sa planification des fréquences en fonction des zones de desserte des sites de TDF utilisés pour la diffusion de la télévision analogique présentait deux intérêts majeurs : une excellente initialisation pour la TNT à partir du parc d'antennes

⁶⁶ Décision n° 02-MC-04 du Conseil de la concurrence, note n° 33 précitée.

⁶⁷ Page 45 de la Consultation de l'Autorité.



existant et l'absence de brouillage des canaux analogiques⁶⁸. Ces considérations ont cependant eu pour effet que tout site alternatif doit être situé à proximité immédiate du site de TDF, ce qui pose les problèmes techniques suivants :

- TDF ayant hérité des sites historiques, la « *meilleure place* » – à savoir celle qui répond de façon la plus complète possible aux impératifs de couverture du CSA – est systématiquement occupée par TDF et il est ainsi difficile d'obtenir une couverture aussi bonne que celle obtenue à partir des sites de TDF (ou alors cela impose une structure de site extrêmement onéreuse et non compétitive) ;
- dans la plupart des cas, le relief géographique ne laisse souvent pas d'alternative en dehors de l'emplacement déjà utilisé par les sites de TDF ;
- depuis que les sites de TDF ont été construits, une grande partie des terrains et/ou bâtiments sont devenus protégés par des contraintes administratives (ABF, ONF, Ecoles, Hôpitaux, etc.) et il n'y a donc, dans de nombreux cas, plus de possibilité (« réglementaire ») de construire de nouveaux sites ;
- dans certains cas, TDF peut également avoir imposé des zones de servitudes radio, ce qui impose alors un éloignement des nouveaux sites : or, s'éloigner des sites de TDF entraînant nécessairement de ne plus être en mesure de desservir les zones définies par le CSA, un tel éloignement rend donc impossible le déploiement d'un nouveau site.
- En terme de délais, sur le réseau principal de la TNT, une fois le gabarit des antennes communiqué par le CSA, les étapes de la recherche d'un site susceptible de satisfaire les conditions techniques nécessaires à la diffusion de télévision numérique terrestre sont les suivantes :
 - étude de l'orientation des antennes des téléspectateurs ;
 - étude et simulation de couvertures à partir du gabarit CSA ;
 - détermination sur logiciel des zones de sites possibles et simulation des zones de couvertures ;
 - lancement d'une équipe de prospection sur le terrain afin de procéder à une première recherche de sites compatibles ;
 - analyse de la couverture assurée par les sites repérés ;
 - première analyse des difficultés administratives posées par lesdits sites et premiers contacts prospects ;

⁶⁸ L'utilisation de canaux adjacents est parfois imposée et nécessite de prendre en compte des rapports de protection pour ne pas brouiller l'analogique. Cela peut aller jusqu'à imposer d'utiliser la même antenne pour le numérique que pour l'analogique (voir cas de Bastia pour R3 adjacent à M6).



- élaboration des prévisions concernant les infrastructures et les coûts associés ;
- retour sur le terrain afin d'affiner les données relatives aux sites potentiels qui ont été retenus : présentation de l'idée au détenteur du site et prise de contact avec la mairie compétente pour procéder à la présentation du projet ;
- analyse du résultat de la deuxième visite et décision de continuer, d'abandonner, ou de repartir à zéro ;
- en cas de poursuite, réalisation des plans ;
- négociation du bail avec le détenteur du site ;
- présentation du projet aux autorités administratives afin de procéder à la correction des plans (mairie, DGAC, DDE, ABF,) (phase longue et difficile) ;
- Dépôt de la déclaration de travaux avec l'accord du prospect ;
- 2 mois minimum légal d'instruction (plus si difficultés) ;
- en cas d'échec, il faut alors reprendre le processus ;
- si la DT est obtenue : le site peut être présenté aux clients ;
- le bail est alors négocié en parallèle ;
- le site est prêt à construire après la signature du bail.

La recherche d'un site qui ne présente pas de difficulté particulière, représente un investissement minimum de 14.000 € et le délai minimum pour trouver un site est de 6 mois.

Pour certains sites qui présentent de fortes difficultés administratives (tels que le Pic du Midi, le Mont Pilat, etc.) il faut compter 2 ans de travail et un coût de recherche de 25.000 € HT.

• Les coûts de construction d'un site sont variables en fonction des caractéristiques et de la difficulté globale du site. Les principaux facteurs de coûts sont :

- le pylône : si le pylône dépasse 50 m, il est difficile de concurrencer TDF car l'investissement n'est pas proportionnel à la hauteur du pylône, mais augmente plutôt de façon exponentielle ;
- le type d'antenne et le combiner ;
- le raccordement EDF : celui-ci est coûteux et difficile lorsque le site doit être situé dans une zone éloignée de toute construction ;



- l'installation du pylône et du shelter : les coûts peuvent être fortement majorés par les travaux de voirie ou l'utilisation d'un hélicoptère en cas de zone éloignée de toute construction ;
- le type d'infrastructure imposé par les administrations: pylône monotube ou camouflé (plus esthétique mais très cher), peinture spéciale, construction en béton ou abri (shelter) ;
- la location du terrain : son coût est bien souvent majoré par le caractère stratégique du terrain. Les bailleurs connaissent mieux le marché (du fait de leur expérience avec le GSM) et ils en profitent pour valoriser leurs biens.

A ces contraintes techniques s'ajoutent bien entendu les obstacles non techniques identifiés précédemment (dont notamment le fait que les mairies et collectivités refusent la multiplication des pylônes). Les sites dits d'agglomération sont en théorie plus faciles à dupliquer, mais se heurtent à tous ces obstacles.

L'ensemble de ces difficultés sont augmentées si l'on recherche un site de grande couverture (ce qui est le cas du réseau principal) car, d'une part, la couverture doit être optimale sur une grande distance (ce qui n'est *a priori* possible qu'en émettant à partir des sites détenus par TDF) et, d'autre part, cela requiert un grand pylône. Dans une localisation qui n'est pas optimale, le pylône doit être encore plus haut que celui utilisé par TDF sur le site desservant la zone concernée afin de compenser la non-optimisation de la localisation. Ceci entraîne de nouveau des difficultés administratives associées à cette grande hauteur.

En lieu et place d'un seul pylône, il pourrait éventuellement être envisagé de déployer plusieurs sites en SFN (« *Single Frequency Network* ») : le SFN consiste à avoir un ensemble d'émetteurs qui émettent tous sur la même fréquence, sachant qu'il y a un émetteur de référence sur lequel les autres émetteurs sont calés. Outre son coût plus élevé, cette technique présente l'inconvénient majeur, en termes d'exploitation de la diffusion, de nécessiter le maintien d'une synchronisation permanente entre les différents émetteurs.

Cette solution avait été envisagée (mais sans succès puisqu'elle n'a pas été retenue) en solution de remplacement de la Tour Eiffel : elle aurait en théorie ainsi permis de remplacer l'émission d'une fréquence sur une très grande zone de couverture à partir d'un site unique par l'émission de la même fréquence mais à partir de plusieurs sites avec chacun une puissance moindre et des zones de couvertures plus petites et complémentaires les unes des autres.

Il convient enfin de tenir compte que les éditeurs, prenant les prestations de TDF comme référence, exigent une couverture au moins identique à celle de TDF avec une initialisation qui soit au moins celle de TDF, ce qui rend difficile toute proposition alternative qui ne présente au moins les mêmes caractéristiques et garanties que celle de TDF.



2.2. *Politique d'Antalis-TV*

La politique envisagée par Antalis-TV ne vise ainsi pas le déploiement d'un réseau complet de sites alternatifs à ceux de TDF qui ont été développés par l'état dans le cadre d'un monopole public.

Un tel déploiement n'est en effet ni économiquement envisageable, ni socialement souhaitable (cf. point 3 ci-dessous).

Le but d'Antalis-TV, à terme, est de développer une concurrence sur l'infrastructure dans la mesure où celle-ci s'avère économiquement utile et dans les cas où les sites existants soit ne sont pas en mesure d'accueillir la diffusion de la TNT⁶⁹, soit ne sont pas aussi efficaces que possible.

Ceci étant dit, au-delà de la question de la répliquabilité matérielle d'un ou de plusieurs sites se pose surtout celle de l'opportunité d'une telle répliquabilité.

3. Sur l'opportunité économique et sociale de dupliquer un réseau existant

Antalis-TV tient à souligner que l'article 5-1° de la Directive Accès prévoit que :

« les autorités réglementaires nationales encouragent et, le cas échéant, assurent [...] un accès et une interconnexion adéquats [...] et elles s'acquittent de leur tâche de façon à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à procurer un avantage maximal à l'utilisateur final ».

Or la concurrence par les infrastructures, lorsqu'elle implique de dupliquer des infrastructures historiques lourdes qui ont été déployées à l'échelle nationale avec les fonds publics, ne permet pas de chercher l'efficacité économique ni de procurer un avantage maximal à l'utilisateur.

Il n'est en effet aucunement dans l'intérêt collectif de dupliquer indéfiniment des infrastructures qui, d'un point de vue environnemental et en termes d'aménagement du territoire, constituent une réelle atteinte à l'intégrité du territoire et du paysage urbain et rural. Une telle duplication est de fait contraire à tout principe de préservation du patrimoine et de l'environnement.

En outre, une telle répliquabilité, dès lors qu'elle requiert des investissements considérables sans que cela corresponde à une réelle nécessité économique, ne favorise pas une concurrence durable et crée au contraire une barrière à l'entrée injustifiée.

Il est à ce titre intéressant de noter une tendance croissante de nombreux régulateurs en Europe à se prononcer en faveur d'une mutualisation et d'un partage des infrastructures lourdes afin d'en éviter inutilement la duplication.

- C'est d'ailleurs ce qui ressort clairement de la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social et au Comité des Régions

⁶⁹ Ce qui fut le cas du site de Villebon et d'un des sites de Caen.

relative à l'introduction des communications mobiles de troisième génération dans l'Union Européenne de mars 2001⁷⁰ : la Commission y mentionne en effet *« les conditions à remplir pour permettre le partage d'infrastructures de réseaux, que la Commission considère comme positif en principe du fait des gains économiques potentiels, à la condition que les règles de concurrence et les dispositions des autres législations communautaire pertinentes soient respectées »*⁷¹.

Monsieur Monti a précisé la position la Commission⁷² en soulignant :

« je voudrais qu'il soit clair que, contrairement à ce qui a pu être dit dans la presse, nous n'avons pas l'intention d'édicter de nouvelles règles afin d'interdire le partage d'infrastructures. Nous étudierons au cas par cas la conformité, au regard du droit de la concurrence, de toute proposition d'entreprises. De toute évidence, nous devons examiner chacun des schémas à la lumière d'un certain nombre de critères, tel que la durée du partage d'infrastructures et son étendue géographique, ainsi que la position des entreprises dans le marché du 2G. Nous devons analyser attentivement les accords par lesquels des entreprises co-ordonnent leurs services par le biais d'un partage d'infrastructure et des modalités spécifiques envisagées. Si les consommateurs ne souffrent pas de ce type d'accords, nous ne nous y opposerons pas. Le contraire vaudra toutefois également : nous n'autoriserons pas les formes de co-ordination qui pourraient entraîner une coordination des comportements qui serait préjudiciable pour le consommateur ».

- La même position ressort du Rapport de la Commission Consultative des Radiocommunications (CCR) sur le Partage d'infrastructures 3G en France⁷³.

En matière d'UMTS, la CCR identifie 5 niveaux possibles de partage d'infrastructures (cette analyse des types et niveaux de partage peut tout à fait être transposée aux réseaux de diffusion télévisée) :

(i) Niveau 1 – Partage des sites et éléments passifs :

Ce niveau se définit par :

- l'utilisation commune à plusieurs opérateurs de tout ou partie des éléments passifs d'infrastructures, espaces, i.e. : coûts de négociations, de location, d'acquisition des éléments immobiliers, génie civil, locaux techniques et

⁷⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité Economique et Social et au Comité des Régions relative à l'introduction des communications mobiles de troisième génération dans l'Union Européenne : situation actuelle et voie à suivre, 20 mars 2001, COM(2001)141 final.

⁷¹ Ibidem, p. 2.

⁷² Discours de Mario Monti, « *Defining the boundaries competition policy in high tech sectors* », Barcelone, 11 septembre 2001, speech/01/375 - traduction libre.

⁷³ Commission Consultative des Radiocommunications, Groupe de travail sur le partage d'infrastructures et les opérateurs mobiles virtuels, présidé par M. Laurent BENZONI, Rapport sur le Partage d'infrastructures 3G en France, novembre 2001.



servitudes, pylônes, alimentation électrique, climatisation, protection des accès, etc.

- la mise en commun des éléments de transmission ne révélant pas l'architecture UMTS : les jeux de données propres à chaque opérateur sont séparés l'entrée du site par l'intermédiaire de démultiplexeurs

(ii) Niveau 2 – Partage d'antennes :

Ce niveau se définit par la mise en commun, en complément des éléments passifs du site radioélectrique, de l'antenne et de l'ensemble de la connectique associée (coupleur, câble « feeder »)⁷⁴.

(iii) Niveau 3 – Partage de la station de base (Node B) :

Ce niveau se définit par un partage « physique » du Node B compatible avec une « séparation logique » de l'utilisation des fréquences. Chaque opérateur conserve ainsi le contrôle de son Node B « logique » au regard du trafic de données et utilise exclusivement ses propres fréquences et son propre code réseau (MNC) pour acheminer son trafic.

D'un point de vue pratique, ce dispositif se traduit par l'existence d'éléments matériels propres à chaque opérateur (TRX) au sein de la station de base partagée.

Par ailleurs, ce schéma est applicable Node B par Node B. Des opérateurs peuvent ainsi mutualiser certains Node B et pas d'autres. Autrement dit, des accords de partage entre opérateurs peuvent être réalisés sur certaines zones géographiques où ils paraissent intéressants, tandis que sur d'autres zones, les opérateurs peuvent conserver leur totale autonomie. On peut ainsi imaginer des accords tripartites tels qu'un opérateur A partage les infrastructures avec un opérateur B sur une zone géographique donnée, et avec un opérateur C sur une autre zone géographique.

(iv) Niveau 4 – Partage de Contrôleur de station de base (RNC) :

Ce niveau correspond à un partage « physique » de RNC et Node B. Le réseau radio est donc partagé. Toutefois, chaque opérateur garde le contrôle de son UTRAN « logique » au regard du trafic de données et il utilise exclusivement ses propres fréquences et son propre code réseau (MNC) pour acheminer son trafic.

⁷⁴ Il s'agit là, dans le cas de la diffusion TNT, de l'équivalent du système antennaire.



(v) Niveau 5 – Partage des Eléments du Cœur de réseau :

Ce niveau se définit par le partage, en plus des équipements radio, de serveurs du cœur de réseau. Les réseaux « home » restent séparés, ce qui permet la différenciation des services, mais les fréquences et le code réseau (MNC) sont communs sur le réseau partagé. Dans cette solution, les opérateurs sont en situation de MVNO sur le réseau partagé.

La CCR identifie ensuite les nombreux avantages à de tels partages, en considérant principalement que :

« le partage des infrastructures entre opérateurs conduit indéniablement à une réduction de l'investissement consenti par chaque opérateur sur la zone de partage, toutes choses égales par ailleurs », tout en précisant que « les économies d'investissements réalisées dans le cadre d'un accord de partage d'infrastructures doivent donc être appréciées en fonction notamment du niveau de partage retenu et son extension géographique ».

De même, selon la CCR :

« à très court terme, l'un des principaux intérêts, sinon le seul, du partage d'infrastructures est de permettre aux opérateurs d'étaler dans le temps les investissements nécessaires à la réalisation de leurs objectifs de couverture. En mutualisant leur premier déploiement de manière à réduire leur investissements initiaux, et en engageant dans la durée les investissements complémentaires nécessaires à la séparation finale des réseaux en fonction des développements du marché.

Cet étalement paraît un élément déterminant dans le contexte où la rapidité des déploiements des réseaux, condition du succès du lancement des services, et le montant de taxes et de redevances dues à l'obtention des licences, conduisent à des besoins de financement élevés les premières années ;

Les accords de partage d'infrastructures devraient ainsi permettre de diminuer le risque financier des opérateurs à un moment où l'incertitude sur le succès de l'UMTS auprès des investisseurs et sur les modèles de revenus établis par les opérateurs est forte.

Les économies d'investissements à court terme du partage d'infrastructures pourraient ainsi être mises à profit pour faciliter la réalisation des objectifs de couverture, voir pour accélérer le déploiement des réseaux UMTS, dans un contexte financier difficile, dès lors qu'est effectivement assuré la disponibilité industrielle d'équipements permettant la mise en œuvre de solution de partage d'infrastructures. ».



Ces éléments sont tout à fait applicables pour le partage des infrastructures de diffusion de télévision numérique terrestre.

De fait, la considération ainsi exprimée quant à l'investissement nécessaire à la pénétration sur le marché est d'autant plus pertinent en l'espèce que TDF bénéficie d'un avantage acquis historique certain et irrattrapable par rapport à ses concurrents dans la mesure où les investissements, d'une part, ont été réalisés essentiellement sur les deniers publics et, d'autre part, ont d'ores et déjà largement été amortis et rentabilisés dans le cadre de la diffusion analogique.

Un partage d'infrastructure permettrait par conséquent de rétablir quelque peu le déséquilibre ainsi constaté entre TDF et les nouveaux entrants, pour autant que les prix de l'accueil soit orientés vers les coûts. Il permettrait également de préserver l'environnement en évitant la prolifération de pylône.

Si la CCR identifie, bien entendu, le risque pouvant résulter de la nécessaire coordination, voir coopération, inhérente à un partage d'infrastructure, elle précise toutefois que ce risque augmente au fur et à mesure qu'augmentent les niveaux de mutualisation. La CCR observe ainsi l'existence de contraintes croissantes à chaque niveau, avec un saut entre les niveaux 2 et 3 (partage d'éléments actifs du réseau) et entre les niveaux 4 et 5 (partage d'éléments de cœur de réseau), qui marque une différence fondamentale dans le type de partage d'infrastructure et le type de contraintes qui lui sont associées.

Les deux premiers niveaux, dès lors qu'ils n'impliquent qu'un partage d'infrastructures passives laissant à chaque opérateur un contrôle total sur la qualité de ses services, ne soulèvent *a priori* pas de problèmes au regard d'une éventuelle coordination des comportements.

En termes de droit de la concurrence, il est intéressant de noter qu'aussi bien la Commission européenne que les autorités de régulation allemande, néerlandaise⁷⁵ et britannique se sont prononcées en faveur d'un tel partage d'infrastructure. De tels accords ont d'ailleurs déjà été conclus et notifiés dans ces trois pays.

La Commission relève, à propos du cas de la France, que :

« les différences de densité et d'obligations de couverture sont susceptibles de contribuer à renforcer l'intérêt d'un partage d'infrastructures en France. En effet, la faible densité de population et la rapidité des plans de déploiement de réseaux impliquent des investissements importants, notamment des éléments du réseau radio

⁷⁵ Ainsi, les régulateurs allemands et néerlandais ont admis le partage d'infrastructure jusqu'au niveau 4, tout en soumettant l'approbation d'accords compatibles avec ces dispositifs techniques à un examen plus approfondi au regard de l'impact sur la concurrence entre opérateurs

susceptibles d'être partagés dans le cadre d'un accord géographique de partage d'infrastructures »⁷⁶.

Ces constatations relatives à la densité, aux obligations de couverture et au plan de déploiement sont également applicables pour ce qui concerne le marché de la diffusion télévisée.

- L'Autorité, dans sa position en date du 10 décembre 2001⁷⁷, conforte tout à fait cette analyse positive du partage d'infrastructure et analyse plus en détails l'opportunité d'un tel partage.

Elle relève ainsi, à propos du Niveau 1 (partage de sites et d'éléments passifs), que :

« Une telle forme de partage consiste notamment en l'utilisation commune à plusieurs opérateurs de tout ou partie des éléments passifs d'infrastructure: sites, génie civil, locaux techniques et servitudes, pylônes, alimentation électrique, climatisation ...

Ce type de partage est non seulement permis mais plus encore encouragé.

L'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications prévoit ainsi une clause e) relative aux " (...) modalités de partage des infrastructures " et les articles L. 47 et L. 48 prévoient explicitement la possibilité, pour un opérateur L. 33-1, d'utiliser les installations d'un tiers : " (...) l'autorité (ndlr : la collectivité locale) (...) peut inviter les deux parties à se rapprocher pour convenir des conditions techniques et financières d'une utilisation partagée des installations en cause ".[...].

Au-delà des économies pour les opérateurs qu'elle représente, une telle mutualisation participe à la protection de l'environnement. ».

Elle considère de même à propos du Niveau 2 (partage d'antennes) que « *Dès lors que l'antenne peut être considérée comme un élément passif, le partage d'antennes peut être rattaché à la problématique plus générale évoquée ci-dessus du partage des infrastructures passives et est donc compatible avec le droit des télécommunications* ».

Pour ce qui est ensuite du partage de station de base (Niveau 3), l'Autorité estime que :

« Le partage de station de base est possible à condition que chaque opérateur :

- *garde le contrôle du Node B "logique" afin qu'il puisse exploiter en toute indépendance de l'opérateur partenaire les fréquences qui lui ont été attribuées ;*

⁷⁶ Rapport de la CCR, note n° 76 précitée.

⁷⁷ Position de l'Autorité de régulation des télécommunications sur le partage d'infrastructures dans les réseaux mobiles de troisième génération, 10 décembre 2001.



- *reste maître des équipements actifs de la station de base tels que les TRX qui sont les dispositifs en charge de l'émission/réception sur la voie radio. »*

Le même raisonnement est appliqué au partage de contrôleur de station de base (RNC) (Niveau 4), à savoir que :

« Le partage de RNC est possible dès lors qu'il s'accompagne du maintien d'un contrôle logique sur le RNC de chacun des opérateurs indépendamment l'un de l'autre.

Ce maintien d'un contrôle logique par chaque opérateur sur le trafic le concernant permet de garantir à l'opérateur le contrôle en propre de cet équipement. L'opérateur reste ainsi maître des fonctions cruciales de contrôle et d'exploitation assurées par le RNC, notamment :

- *allocation et optimisation de la ressource radio (contrôle d'admission, allocation des codes d'étalement, contrôle de puissance, contrôle de la charge des cellules, gestion de la qualité de service ...)*
- *gestion de la mobilité et contrôle des paramètres de hand-over ».*

Enfin, pour ce qui est du Niveau 5 (partage d'éléments de cœur de réseau, à savoir, mutualisation des commutateurs (MSC) et des routeurs (SGSN) du réseau fixe de l'opérateur), l'Autorité, rappelle que :

*« Il résulte de ces dispositions⁷⁸ que les fréquences sont incessibles. Ainsi, les autorisations d'usage de fréquence délivrées par l'Autorité sont attribuées *intuitu personae* et ne peuvent pas être cédées. En conséquence, l'Autorité doit exclure toute solution sur le partage des infrastructures conduisant à une mise en commun des fréquences entre opérateurs⁷⁹. Le partage des éléments de cœur de réseau est incompatible avec le cadre réglementaire français s'il conduit à une telle mise en commun des fréquences. C'est notamment le cas lorsque les éléments de cœur de réseau sont partagés conjointement à la partie radio ».*

Il résulte ainsi clairement de cette position que **le partage d'infrastructures aux niveaux 1 et 2 – à savoir, le partage des infrastructures passives – non seulement ne soulève pas de problèmes (notamment de concurrence) mais est au contraire souhaitable et bénéfique à la collectivité, au consommateur et à l'environnement.**

⁷⁸ « L'Autorité, en vertu de l'article L. 36-7 (6°) du CPT " attribue aux opérateurs [...] les ressources en fréquences [...] nécessaires à l'exercice de leur activité ". En outre, en vertu de l'article 22 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, " l'utilisation, par les titulaires d'autorisation, de fréquences radioélectriques disponibles sur le territoire de la République constitue un mode d'occupation privatif du domaine public de l'Etat " ».

⁷⁹ Ce niveau de partage a également été exclu par les autorités allemande et néerlandaise.



C'était déjà la position adoptée par le Conseil dans son avis concernant le rachat par TDF de sites de pylônes de Bouygues⁸⁰, où il soulignait que :

« les impératifs liés à l'extension de la couverture du territoire et à des justifications fondées sur des raisons économiques avancées pour prôner une politique générale de mutualisation des sites existants rejoignent les considérations environnementales et les préoccupations de santé publique tendant à une limitation de la prolifération des nouveaux sites pylônes ».

Or les prestations d'hébergement fournis par TDF aux diffuseurs, par le biais de son offre DigiSiTV, correspondent très précisément à un partage d'infrastructure de niveaux 1 et 2 tel que décrit ci-dessus et devraient donc être analysées dans ces termes.

F.1.2. les économies d'échelle et de gamme

Question : *L'Autorité estime que le marché de la diffusion hertzienne terrestre est caractérisé par l'existence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires. Commentaires ?*

L'analyse faite ci-dessus des différentes barrières à l'entrée du marché de la diffusion hertzienne terrestre montre clairement que ces barrières à l'entrée sont élevées et non provisoires.

Pour rappel, les différentes barrières relevées sont :

- des contraintes environnementales, sanitaires et d'urbanisme :
rien ne permet de présager la disparition de ces contraintes ; bien au contraire, les préoccupations d'ordre environnementales, sanitaires et d'urbanisme se voient accorder une importance croissante avec le temps ;
- l'existence de coûts irrécupérables significatifs :
là encore, les pylônes de diffusion télévisée ne pouvant être réutilisés à d'autres fins que la diffusion télévisée, cette barrière garde un caractère permanent et structurel ;
- la planification des fréquences opérée par le CSA et en particulier son choix, d'une part, de calquer les fréquences numériques sur les fréquences analogiques et, d'autre part, de privilégier le recours aux sites de diffusion existants (en d'autres termes, ceux de TDF) :
cette planification des fréquences par le CSA a définitivement structuré le marché dans un sens qui constitue une barrière pour tout opérateur autre que TDF ;

⁸⁰ Avis n° 02-A-04 du Conseil, note n° 41 précitée.



- des problèmes d'orientation des antennes qui font qu'en cas de déploiement d'un site alternatif, il peut s'avérer nécessaire de réinitialiser le parc par l'orientation des antennes :

il s'agit là d'une barrière non provisoire (liée à la planification des fréquences par le CSA) susceptible de se présenter à chaque tentative de déploiement d'un éventuel site ;

- le calendrier fixé par le CSA pour le déploiement du marché de la TNT :

ce calendrier constitue une barrière actuelle et *a priori* provisoire à l'entrée mais a toutefois pour effet de structurer le marché, là encore dans un sens favorable à TDF ;

- la présence d'un opérateur historique verticalement intégré, simultanément *de facto* monopolistique et ultra-dominant sur les marchés, respectivement, de l'hébergement et de la diffusion (et ce tant pour la diffusion analogique que numérique) :

il appartiendra à l'Autorité de prendre les mesures *ex ante* nécessaires pour mettre un terme à cette barrière.

Pour conclure, Antalis-TV attire l'attention de l'Autorité sur le fait que l'absence de presque toute concurrence actuelle sur le marché de la diffusion, alors même que TDF a perdu son exclusivité sur la diffusion analogique depuis 1986 pour la télévision privée (2004 pour la télévision publique) et sur la diffusion numérique depuis 2000, et ce malgré les tentatives des concurrents, établit à elle seule une défaillance structurelle de marché et l'impossibilité pour toute concurrence effective de se développer.

C'est en tout cas la conclusion qu'ont tirée les différentes autorités nationales de la même constatation d'absence d'émergence de concurrence sur le marché.

F.2. Une évolution incertaine vers une situation de concurrence effective

L'Autorité estime qu'il n'est pas impossible, en l'absence d'obligation ex ante, que ce marché n'évolue pas spontanément vers une situation de concurrence effective : commentaires ?

Comme souligné ci-dessus, aucune concurrence⁸¹ ne s'est développée sur le marché de la diffusion analogique depuis son ouverture à la concurrence, sauf sur quelques sites du réseau secondaire avec la société Emettel.

En outre, TDF a d'ores et déjà fait l'objet de plusieurs procédures et condamnations, ce qui démontre sa propension à abuser de sa position de domination et illustre que ce marché ne

⁸¹ Antalis-TV ne considère en effet pas que le fait pour certains éditeurs (Canal Plus) de s'autodiffuser ne constitue pas une source de concurrence.

tendra pas spontanément vers une situation de concurrence effective.

De fait, et comme rappelé dans le cadre du point B.3.1. du Chapitre I, le Groupement des Régulateurs Européens⁸² considère que dans une configuration où un opérateur est présent tant sur le marché de gros/amont que de détail/aval, en étant verticalement intégré, et détient une position dominante sur le marché amont (situation dite d'effet de levier vertical), comme cela est le cas de TDF, cet opérateur est particulièrement susceptible de mettre en œuvre différentes pratiques de prédation, telles que :

- le refus d'accorder l'accès : ceci inclut le faire d'accorder un accès dans des conditions déraisonnables (une telle pratique peut entraîner, selon le GRE, soit une éviction pure et simple du marché, soit une augmentation des coûts du concurrent) ;
- l'utilisation discriminatoire ou la rétention d'informations : ceci couvre tant les pratiques qui consistent à refuser de fournir des informations dont l'entreprise dispose en interne et qui sont indispensables aux concurrents pour établir leurs offres, que les pratiques consistant à fournir des informations erronées ;
- les tactiques de retardement ou « *provisionning squeeze* » : ceci recouvre toutes les pratiques qui, sans aller jusqu'à un refus de vente, entraînent un retard dans la fourniture des produits ou services (par exemple, des négociations interminables ou encore des prétendus problèmes techniques) ;
- des exigences contractuelles injustifiées : cela couvre toutes les clauses contractuelles qui exigent un certain type de comportement des concurrents sur le marché aval qui ne sont pas nécessaires sur le marché amont mais qui ont pour effet d'augmenter les coûts des concurrents ;
- les pratiques de subventions croisées⁸³, de discrimination tarifaire et/ou qualitative, de prix prédateurs, de remises liées/groupées, etc.

TDF se trouve dans une situation classique bien connue, qui suscite en quelques sortes naturellement et logiquement des comportements anticoncurrentiels que seule une régulation *ex ante* peu prévenir.

De fait, le comportement de TDF a d'ores et déjà été stigmatisé, sans que les mesures (notamment conservatoires) prononcées aient pu y apporter remède⁸⁴ et Antalis-TV

⁸² ERG *Common Position*, note n° 1 précitée.

⁸³ Antalis-TV, au regard de l'attitude qu'adoptent certains éditeurs de programmes de groupes privés diffusant également en analogique à l'égard des diffuseurs alternatifs, s'interroge sur la possibilité que TDF leur propose des remises en cas d'attribution groupée de la diffusion numérique et analogique.

⁸⁴ Voir notamment la décision n° 99-D-14 du 23 février 1999 (note n° 7 précitée), la décision 02-MC-04 du 11 avril 2002 (note n° 41) ou encore la décision 03-MC-03 du 1^{er} décembre 2003 (note n° 33), et ce sans préjuger des pratiques qui n'ont pas encore fait l'objet d'une condamnation car actuellement en cours d'instruction.



considère que seule une intervention *ex ante* de l'Autorité serait en mesure de prévenir la mise en œuvre de ce type de comportements abusifs.

Antalis-TV tient à cet égard à souligner que le marché de la diffusion terrestre est expressément visé par le GRE⁸⁵ comme étant un des trois types de marchés sur lesquels les pratiques abusives décrites ci-dessus seraient le plus susceptibles d'être mises en œuvre par un opérateur historique dominant (à supposer qu'il détienne les infrastructures de diffusion, ce qui est le cas en l'espèce).

F.3. L'insuffisance d'une régulation *ex post* pour remédier à elle seule aux défaillances du marché

Question : Commentaires ?

Comme cela a été brièvement mentionné ci-dessus, TDF a d'ores et déjà fait l'objet de plusieurs condamnations par les autorités de concurrence qui démontrent l'insuffisance d'une régulation *ex post* pour remédier aux défaillances du marché.

Ainsi, TDF a fait l'objet d'une condamnation par le Conseil de la concurrence en février 1999⁸⁶. Le Conseil reprochait à TDF d'avoir abusé de son monopole sur le marché de la diffusion des chaînes publiques ainsi que de sa position dominante sur le marché de la diffusion des chaînes privées⁸⁷, pour entraver le jeu de la concurrence sur le marché de l'installation et de la maintenance des matériels de réémission et, potentiellement, sur celui de la diffusion de programmes de télévision émis par les chaînes privées.

Le Conseil a ainsi condamné les pratiques de TDF consistant à :

- limiter l'accès de ses concurrents au marché des prestations d'installations et de maintenance des matériels de réémission choisis par des collectivités territoriales en refusant, dans des conditions discriminatoires et non transparentes⁸⁸, d'autoriser l'installation de ces matériels sur les sites qu'elle exploitait ;
- pratiquer des couplages tarifaires des prestations de maîtrise d'œuvre et des prestations de maintenance, dans le but de dissuader les collectivités de faire appel à des entreprises concurrentes de TDF pour assurer la maintenance des matériels pour lesquels TDF a assuré la maîtrise d'œuvre ;
- exiger le remplacement des matériels installés par les collectivités sur les sites

⁸⁵ ERG *Common Position*, note n° 1 précitée, p. 77.

⁸⁶ Décision n° 99-D-14 du 23 février 1999, note n° 7 précitée.

⁸⁷ Cette distinction entre les marchés de la diffusion des chaînes privées d'un côté et publiques de l'autre n'a plus lieu d'être depuis qu'il a été mis un terme au monopole légal de TDF sur la diffusion de ces dernières.

⁸⁸ Ces discriminations diverses consistaient en refus d'accès ou en autorisation d'accès conditionné à l'octroi de certains avantages, etc.



qu'elle exploite par du matériel agréé par elle pour en assurer la maintenance (alors que ses conditions d'agrément des matériels étaient non transparentes et qu'elle utilisait des arguments, pour partie, fallacieux pour exiger ce remplacement), faussant ainsi le jeu de la concurrence entre fabricants de matériels et limitant l'accès au marché de la maintenance par des sociétés concurrentes ; et enfin

- insérer une clause de préférence dans son contrat conclu avec TF 1 imposant à cette dernière de lui communiquer les offres concurrentes de TDF pour la mettre en mesure de s'aligner sur ces offres, lui permettant d'obtenir, de manière préférentielle, la maintenance de toute nouvelle station créée par TF 1 en remplacement de la prestation de diffusion assurée par des stations de TDF susceptibles d'être délaissées par cette chaîne.

De même, en avril 2002, le Conseil a enjoint à TDF, à titre conservatoire, de communiquer à toute entreprise en faisant la demande une tarification détaillée prestation par prestation et reflétant ses coûts, la vérification du respect de cette injonction étant en cours d'instruction⁸⁹.

Enfin, en décembre 2003, le Conseil, après avoir constaté que TDF abusait de sa position dominante sur le marché de la diffusion de programmes radiophoniques en se prévalant de dispositions légales prolongeant un monopole contraire au droit communautaire, lui a à encore enjoint à titre conservatoire de proposer en concurrence avec tout autre opérateur à toute société nationale de programmes qui en ferait la demande, de nouvelles offres détaillées site par site et fréquence par fréquence⁹⁰.

De fait, TDF a démontré sa capacité (si ce n'est son intention) à abuser de la position dominante dont elle jouit sur les différents marchés sur lesquels elle opère afin de consolider sa position sur les marchés s'ouvrant à la concurrence sans que le droit de la concurrence ne parvienne à mettre un terme à ces comportements.

Il est à cet égard intéressant de noter que le Conseil de la concurrence, lorsqu'il s'est prononcé, en 2002, sur la demande de mesures conservatoires présentée par Antalis-TV, exprimait ses craintes que TDF ne crée de nouvelles barrières artificielles à l'entrée du marché (notamment tarifaires) en plus des nombreuses barrières naturelles existantes.

Le Conseil affirmait ainsi que l'ouverture à la concurrence du marché de la télévision numérique pourrait être compromis si « *l'un des métiers concernés était exercé par une entreprise en mesure de capter une rente de nature monopolistique, d'exclure par ses pratiques l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché en cause, ou de rendre économiquement l'accès à des infrastructures essentielles qu'elle détiendrait* ».

C'est ainsi qu'après avoir relevé qu'« *en ce qui concerne la diffusion technique des*

⁸⁹ Décision n° 02-MC-04 du 11 avril 2002 et Cour d'appel de Paris du 8 janvier 2004, notes n° 33 et n° 34 précitées.

⁹⁰ Décision n° 03-MC-03 du 1^{er} décembre 2003, note n° 6 précitée.



programmes, il est essentiel que les éditeurs disposent d'offres concurrentes, transparentes et comparables entre elles » et constaté que « *les propositions tarifaires faites par TDF à Antalis-TV à ce jour ne paraissent pas présenter ces caractéristiques* », le Conseil a imposé des obligations tarifaires à TDF.

Or, plus de trois ans après le prononcé par le Conseil de son injonction (confirmée par la Cour d'appel de Paris sur la question du caractère tout à fait excessif des prix de TDF), TDF ne s'est toujours pas conformée à cette injonction et le Conseil a ainsi joint à la procédure au fond une procédure de non respect d'injonction, incité dans ce sens par le Ministre de l'Economie et des Finances.

Ces éléments établissent de façon incontestable que des mesures *ex post* sont de toute évidence insuffisantes pour permettre un développement concurrentiel du marché, TDF ayant démontré à plusieurs reprises son intention de s'opposer de toutes les manières possibles à l'ouverture du marché.

F.4. Conclusion

Questions : L'Autorité propose de conclure que les trois critères définis par la Commission sont réunis en ce qui concerne le marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, ce qui démontre ainsi le caractère pertinent de ce marché pour une régulation ex ante.

→ *Commentaires ?*

→ *Eléments qualitatifs ou quantitatifs nécessaires pour étayer ou contester cette analyse ?*

A la lumière des commentaires ci-dessus, Antalis-TV ne peut que confirmer que le marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels est en effet un marché pertinent pour une régulation *ex ante* qui remplit les trois critères que sont l'existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée (qu'elles soient de nature structurelle, légale ou réglementaire), une structure du marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective, et l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché.

Cette conclusion rejoint d'ailleurs celles des autres autorités nationales qui se sont déjà prononcées sur ce point.



CHAPITRE 6 : DESIGNATION D'UN OPERATEUR EXERCANT UNE INFLUENCE SIGNIFICATIVE SUR LE MARCHÉ

- A. **PRINCIPES GENERAUX RELATIFS A LA DETERMINATION DES CONDITIONS CARACTERISANT UNE SITUATION D'INFLUENCE SIGNIFICATIVE SUR UN MARCHÉ**
- B. **ANALYSE DE L'AUTORITE**

B.1. Indicateurs quantitatifs

Question : Commenter les données (parts de marché et autres)

L'Autorité retient comme critère de parts de marchés le nombre de sites ainsi que le nombre de contrats de diffusion : or aucun de ces critères n'est de nature à refléter la position de TDF et de ses concurrents sur le marché.

En effet, pour ce qui est du premier critère (le nombre de sites), celui-ci ne permet que de confirmer que les sites de TDF sont incontournables, les seuls deux sites « alternatifs » existants n'ayant été retenus qu'en raison de l'incapacité des sites équivalents de TDF d'assurer la diffusion de la TNT.

Pour ce qui est du second critère, celui-ci revient à traiter de la même façon tous les sites alors qu'ils ci représentent des chiffres d'affaires extrêmement variables. En effet, en ce qui concerne Antalis-TV, le chiffre d'affaires généré par émetteur et par site peut varier, dans le cas d'Antalis-TV, du simple au triple⁹¹ !

Si l'on considère que le chiffre d'affaire réalisé par TDF avec la seule diffusion numérique à partir de la Tour Eiffel est évalué à environ 3,8 millions d'euros⁹², il est évident que des parts de marché calculées en nombre de sites, qui ne tiennent donc aucun compte de la disparité en termes de chiffres d'affaires réalisés sur ces différents sites, ne refléteraient pas précisément la puissance économique des opérateurs sur ce marché.

En outre, un tel critère ne tient pas compte du fait que TDF, en tant qu'hébergeur, réalise

⁹¹ Le détail du chiffre d'affaires réalisé sur chaque site par Antalis-TV est communiqué sous forme de tableau en **Annexe 3 confidentielle**.

⁹² Sachant qu'il y a 6 émetteurs analogiques au lieu de 5 pour le numérique. A ce chiffre d'affaires s'ajoute ensuite celui (forcément supérieur) réalisé sur l'analogique (estimé à environ 6,5 millions d'euros), ainsi que celui lié à la diffusion de toutes les radios. Il peut ainsi être estimé que le seul site de la Tour Eiffel rapporte à TDF, toutes diffusions confondues, un chiffre d'affaires se situant entre 10 et 12 millions d'euros



également un chiffre d'affaires sur les contrats de diffusion qu'elle n'a pas conclu mais qui impliquent que le diffuseur passe par TDF pour l'hébergement.

Ainsi, Antalis-TV a procédé à une simulation des parts de marchés des différents opérateurs en se fondant sur le critère du chiffre d'affaires et en retenant différentes configurations qui permettent de bien illustrer le positionnement économique réel des opérateurs [le détail des estimations de chiffre d'affaires faite par Antalis-TV est communiqué dans une **Annexe 4 confidentielle**].

1. Marché de détail de la diffusion

Antalis-TV a procédé à une évaluation des parts de marché en valeur sur le marché de détail de la diffusion, en estimant le chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des diffuseurs auprès des éditeurs sur la base ses propres prix⁹³.

Opérateurs	Parts de marché de la diffusion CA estimés sur la base des prix Antalis-TV
1^{ère} phase (17 sites, 85 stations)	
Antalis-TV	11,1 %
Towercast	9,3 %
TDF	75,8 %
Canal Plus	3,8 %
2^{ème} phase (15 sites, 75 stations)	
Antalis-TV	12,4 %
Towercast	16,5 %
TDF	69,3 %
Canal Plus	1,8 %
Total phases 1 et 2 (32 sites, 160 stations)	
Antalis-TV	11,6 %
Towercast	12,3 %
TDF	73,1 %
Canal Plus	3 %

2. Répartition du chiffre d'affaires réalisé sur l'activité d'hébergement

Par ailleurs, sur le marché amont, Antalis-TV a estimé, sur la base des offres d'hébergement qui lui ont été faites, les parts de marché des opérateurs suivantes :

⁹³ Les clients d'Antalis-TV lui ont laissé entendre que les prix de TDF étaient en moyenne 5% plus élevés que les siens.



Opérateurs	Répartition du CA lié à l'activité d'hébergement entre diffuseurs
1^{ère} phase (17 sites, 85 stations)	
Antalis-TV	00,00 %
Towercast	1,10 %
TDF	98,90 %
Canal Plus	00,00 %
2^{ème} phase (15 sites, 75 stations)	
Antalis-TV	0,00 %
Towercast	2 %
TDF	98 %
Canal Plus	0,00 %
Total phases 1 et 2 (32 sites, 160 stations)	
Antalis-TV	0,00 %
Towercast	1,50 %
TDF	98,50 %
Canal Plus	0,00 %

3. Répartition du chiffre d'affaires de la TNT entre les diffuseurs, en tenant compte de la redistribution entre opérateurs du chiffre d'affaires réalisé sur l'activité d'hébergement

Une autre analyse plus pertinente du marché consiste à tenir compte, dans l'analyse des parts de marché sur le marché de détail, du fait qu'une partie non négligeable du chiffre d'affaires réalisé par les opérateurs alternatifs est reversé, *in fine*, à TDF⁹⁴ pour sa prestation d'hébergement.

Le tableau ci-dessous représente donc la vraie répartition, entre les opérateurs, des revenus générés auprès des éditeurs sur le marché de détail.

Ce dernier critère est le plus révélateur de la position économique des opérateurs sur le marché de la diffusion et il ressort ainsi clairement de ces données que TDF absorbe plus de 85 % ou 86 % du chiffre d'affaires généré par les éditeurs sur le marché de la diffusion numérique terrestre :

⁹⁴ Et dans une moindre mesure, à Towercast.

Répartition finale du CA TNT entre les diffuseurs CA estimés sur la base des prix Antalis-TV	
1^{ère} phase (17 sites, 85 stations)	
Antalis-TV	5,74 %
Towercast	5,34 %
TDF	86,94 %
Canal Plus	1,98 %
2^{ème} phase (15 sites, 75 stations)	
Antalis-TV	6,04 %
Towercast	9,06 %
TDF	84,01 %
Canal Plus	0,89 %
Total phases 1 et 2 (32 sites, 160 stations)	
Antalis-TV	5,87 %
Towercast	6,97 %
TDF	85,66 %
Canal Plus	1,50 %

B.2. Indicateurs qualitatifs

B.2.1. Le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer

B.2.2. La taille et l'intégration verticale de l'entreprise

B.2.3. Les économies d'échelle et de gamme

B.2.4. La notoriété de TDF

C. CONCLUSION

Question : L'Autorité propose de conclure que TDF exerce une influence significative sur le marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre : commentaires ?

Antalis-TV partage tout à fait l'analyse de l'Autorité sur ce point et tient simplement à rappeler que TDF détient encore (et continuera à détenir) un quasi-monopole de fait sur le marché de la diffusion télévision hertzienne analogique.

CHAPITRE 7 : DEFINITION D'OBLIGATIONS PROPORTIONNES

- A. **OBJECTIFS DE LA REGULATION DU MARCHÉ DE LA DIFFUSION HERTZIENNE TERRESTRE DE TELEVISION**
- B. **PRINCIPES GENERAUX RELATIFS A LA DETERMINATION DES OBLIGATIONS**
- C. **ANALYSE DE L'AUTORITE**

C.1. Périmètre des obligations

Questions : L'Autorité propose de restreindre le champ des obligations sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre en mode numérique.

L'Autorité note qu'en revanche, d'autres autorités (ex en Finlande) considèrent que diffusion analogique et diffusion numérique appartiennent à deux marchés distincts. Les opérateurs qui estiment cette approche plus juste peuvent fournir des éléments à l'appui d'une telle approche.

L'Autorité propose ainsi de conclure que seuls les services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique nécessitent la mise en place d'une régulation ex ante.

→ Commentaires ?

L'Autorité considère qu'il n'existe qu'un marché de la diffusion hertzienne terrestre de télévision (sans distinguer entre la diffusion analogique et numérique) mais n'entend imposer d'obligations à TDF qu'en ce qui concerne la diffusion numérique, la TNT étant considérée comme un prolongement technologique logique de la télévision analogique.

Cette approche ne correspond à aucune de celles adoptées par les autres autorités nationales qui soit ne distinguent pas entre le numérique et l'analogique (ceci est notamment le cas du Royaume-Uni, de l'Autriche ou encore de l'Irlande), ce dont il résulte que les remèdes prononcés s'appliquent indistinctement aux deux, soit considèrent au contraire que l'analogique et le numérique constituent deux marchés distincts (ce qui est le cas pour la Suède ainsi que la Finlande), auxquels cas toutefois elles entendent ordonner des mesures *ex ante* pour les deux marchés qui sont ainsi soumis au même régime.

La position que propose l'Autorité, en ce qu'elle revient à considérer que le numérique et



l'analogique appartiennent au même marché, tout en ne soumettant que l'un des deux à des remèdes *ex ante*, ne rentre ainsi dans aucune des logiques adoptées par les autres autorités nationales.

Ainsi, si Antalis-TV s'accorde avec l'Autorité pour considérer que le marché pertinent est celui de la diffusion télévisé hertzienne terrestre, à savoir tant la diffusion en mode analogique qu'en mode numérique, elle estime cependant que les obligations imposées à TDF doivent s'appliquer à l'ensemble de ce marché (analogique/numérique) dans la mesure où rien ne justifie de distinguer ces deux marchés du point de leur (dys)fonctionnement concurrentiel.

Bien au contraire, l'absence même de toute concurrence actuelle sur le marché de la diffusion analogique, alors même que TDF a perdu son monopole légal sur la diffusion en mode analogique depuis 1986 pour la télévision privée et 2004 pour la télévision publique⁹⁵, établit à elle seule une défaillance structurelle de marché.

Cette défaillance structurelle justifie un remède *ex ante*, ne serait-ce que pour protéger les clients actuels de TDF d'un tarif excessif, l'absence de transparence entre les parties infrastructure et service de diffusion les privant d'un levier de négociation.

Le fait que le mode analogique de diffusion soit appelé à disparaître et à être « remplacé » définitivement par la diffusion numérique⁹⁶ ne constitue en aucun cas une raison valable pour d'ores et déjà délaisser ce marché et permettre ainsi à TDF de maintenir un monopole de fait sur une partie du marché pertinent.

En premier lieu, le fait que le CSA continue actuellement à autoriser la diffusion de nouvelles chaînes locales analogique, accordant des autorisations qui, pour certaines, n'expirent qu'en 2015 !, illustre clairement qu'il existe encore un enjeu concurrentiel sur ce marché et une clientèle susceptible d'être attirée par de nouveaux diffuseurs.

De plus, le fait que les analyses de marché de l'Autorité ne puissent être conduites que pour une période maximale de trois ans confirme bien l'utilité et nécessité de procéder à l'analyse d'un marché qui est appelé à « survivre » encore une dizaine d'années.

Le marché des chaînes locales en diffusion analogique pour les dix années à venir se présente ainsi comme suit:

⁹⁵ 2000 pour le marché de la diffusion numérique.

⁹⁶ Si la Commission préconise un basculement total d'ici 2012, rien ne garantit qu'une telle date soit respectée.



- **Les chaînes locales en France métropolitaine**
(Situation au 11 juillet 2005)

Nom de la chaîne	Zone de diffusion	Autorisation d'origine	Fin d'autorisation
TLT	Toulouse	7 décembre 1987	18 novembre 2005
TLM	Lyon	11 juillet 1988	31 août 2006
Télé 102	Les Sables-d'Olonne (Vendée)	19 juillet 1999	19 juillet 2009
Télé Sud Vendée	Luçon (Vendée)	18 novembre 1999	1er janvier 2010
Clermont 1ère	Clermont-Ferrand	6 juin 2000	1er juillet 2010
TV8 Mont-Blanc	Départements de Savoie et de Haute-Savoie	26 juillet 2000	1er août 2010
TV7 Bordeaux	Bordeaux	26 juillet 2000	1er janvier 2006
Canal 32	Troyes	24 juillet 2001	30 septembre 2006
TL7	Département de la Loire	25 novembre 2003	31 décembre 2008
TLP Lubéron	Pays de Haute-Provence et du Lubéron	25 novembre 2003	30 novembre 2008
Nantes 7	Nantes (en canal partagé)	5 octobre 2004	31 octobre 2014
Télé Nantes	Nantes (en canal partagé)	5 octobre 2004	31 octobre 2014
Télé Miroir	Nîmes	17 mai 2005	16 mai 2015
Canal 8 Le Mans	Le Mans	11 juillet 2005	10 juillet 2015



- **Les chaînes locales privées présélectionnées en France métropolitaine**
(Situation au 11 juillet 2005)

Nom de la chaîne	Zone de diffusion	Date de l'appel aux candidatures	Date de présélection
TV7 Marseille	Marseille	25 novembre 2003	3 novembre 2004
7L Montpellier	Montpellier	25 novembre 2003	3 novembre 2004
Touraine Télévision	Tours	27 janvier 2004	18 janvier 2005
O.TV	Orléans	27 janvier 2004	18 janvier 2005
Angers 7	Angers	30 mars 2004	18 janvier 2005
TéléGrenoble	Grenoble	30 mars 2004	18 janvier 2005

Les chaînes ayant des autorisations d'émettre jusqu'en 2010 ou 2015 planifient bien entendu leurs investissements en conséquence et une ouverture à la concurrence pourrait ainsi toujours bénéficier aux nouveaux diffuseurs.

De même, les chaînes locales ayant des budgets extrêmement serrés, la baisse des prix de la diffusion par le jeu de la concurrence est un enjeu important pour elles également.

En second lieu, le renouvellement des conventions qui ont été conclues avec les chaînes publiques doit pouvoir se faire dans des conditions concurrentielles et compétitives, laissant la possibilité à des concurrents de se positionner sur ce marché⁹⁷.

En effet, il est tout à fait probable que les éditeurs tireraient profit d'une ouverture de ce segment du marché à la concurrence, permettant ainsi – à l'instar de ce qui commence à peine à se passer dans le cadre du déploiement du numérique – une diversification de l'offre ainsi qu'une baisse des prix.

De fait, la non régulation du marché de la diffusion par mode analogique aurait pour effet de maintenir, voir même de créer, une barrière à l'entrée dans la mesure où elle permettrait à TDF :

- de continuer à proposer une offre intégrale « analogique / numérique » que ne peut présenter aucun concurrent ;

⁹⁷ Voir dans ce sens la Décision n° 03-MC-03 note n° 6 précitée.



- de continuer, le cas échéant, à proposer des offres/remises couplées liant les deux marchés ;
- de bénéficier d'un avantage de « premier venu – premier servi » au moment où commencera à s'opérer le basculement des chaînes.

Plus généralement, dans la mesure où les deux modes de diffusion sont effectués à partir des mêmes sites et des mêmes infrastructures, il n'existe aucune raison de distinguer les deux usages possibles de ces sites et infrastructures.

Ainsi, les diffuseurs devraient se voir autoriser l'accès aux sites et infrastructures dans des conditions homogènes et indépendantes de l'usage (diffusion analogique et/ou numérique) qu'ils entendent en faire.

Là encore, un parallèle peut être fait avec les questions de dégroupage et d'interconnexion en matière de télécommunications. Lorsque France Télécom consent une interconnexion, elle n'a alors pas à contrôler le type de services (téléphonie, Internet, etc.) fourni par l'opérateur alternatif à partir des infrastructures mise à la disposition.

Antalis-TV souhaite à cet égard souligner que l'offre proposée par TDF pour l'analogique est identique à celle proposée pour le numérique ; elle comprend les mêmes prestations et entraîne les mêmes coûts.

Dans l'hypothèse, toutefois, où l'Autorité maintiendrait sa position, il est alors encore plus fondamental que soit imposée à TDF une stricte obligation de séparation comptable afin de limiter le risque de subventions croisées entre les deux activités.

C.2. Obligation de faire droit aux demandes raisonnables d'accès

C.2.1. Cadre réglementaire

C.2.2. Vérification du caractère proportionné de l'obligation

<u>Question</u> : Commentaires ?

Cette obligation est bien entendue l'obligation minimale qui doit être imposée à Antalis-TV dans le cadre des remèdes *ex ante*.

Antalis-TV souhaite préciser que cette obligation – à l'instar de celles qui ont pu être imposées à France Télécom notamment dans le cadre du dégroupage de la boucle locale – doit s'appliquer pour tous les sites de TDF qui sont susceptibles d'accueillir la diffusion en mode numérique, sans établir de distinctions entre ceux qui seraient, le cas échéant, reproductibles et les autres.

L'accès accordé par TDF doit, de fait, être assimilé à un accès de type Option 1 dans le cadre du dégroupage de la boucle locale. En effet, comme cela a été décrit plus en détails dans le cadre du point D.1. du Chapitre 3 ci-dessus, la prestation d'hébergement de TDF



consiste en de la mise à disposition d'infrastructures passives, sans réelle valeur ajoutée, la valeur ajoutée résidant dans la prestation de diffusion à proprement parler, fournies par les différents diffuseurs (dont TDF en sa qualité de diffuseur).

Les diffuseurs techniques devraient ainsi pouvoir avoir accès aux infrastructures de TDF afin d'être ensuite en mesure d'installer, s'ils le souhaitent, leurs propres équipements de transmission et garder la maîtrise de toutes les étapes de la fourniture de sa gamme de services au client et de proposer des services supplémentaires s'ils le souhaitent⁹⁸.

Dans le même sens, les diffuseurs techniques doivent en principe être libres de pouvoir diffuser de la télévision en mode analogique et/ou numérique ainsi que de la radio, les sites et infrastructures de TDF étant, dans la majorité des cas, indifféremment utilisables pour les trois.

Antalis-TV souhaite souligner à cet égard, que Canal Plus procède d'ores et déjà ainsi puisqu'elle s'autodiffuse à partir des sites de TDF, tant en mode analogique qu'en mode numérique.

De fait, cet accès doit tenir compte du fait que l'essentiel de la prestation d'accès octroyée par TDF est un hébergement sur infrastructures passives qui peut être assimilé à des charges locatives calculée sur la base de la surface au sol occupée.

En effet, l'essentiel de la prestation d'hébergement consiste en l'octroi d'un accès à une surface donnée, dans un terrain sécurisé, sur laquelle se situe un local. Le diffuseur installe ensuite ses équipements électroniques actifs (dont les émetteurs) et assure le raccordement en énergie dans ce local. Ces émetteurs sont ensuite raccordés au feeder et au multiplexeur, puis à une antenne située sur un pylône.

Sur le pylône, les diffuseurs ont le choix entre louer un emplacement sur le pylône afin d'y installer leurs propres antennes ou utiliser le système antennaire (antenne, feeder, multiplexeur) de TDF.

Dans le même sens, plutôt que de demander un hébergement dans un local de TDF, les diffuseurs peuvent également demander, à titre d'hébergement, la mise à disposition d'un emplacement au sol sur lequel ils installent alors un « *shelter* » pour protéger leurs équipements.

Il s'agit donc là de simple mise à disposition d'espace physique sur un site.

⁹⁸ Voir dans ce sens la Décision de l'ART n° 2005-0275 du 19 mai 2005 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès dégroupé à la boucle locale cuivre et à la sous-boucle locale ; voir également la Communication de la Commission du 26 avril 2000 « *Dégroupage de l'accès à la boucle locale : permettre la fourniture concurrentielle d'une gamme complète de services de communications électroniques, notamment les services multimédias à large bande et l'Internet à haut débit* », COM(2000)237.



C.3. Obligation de fournir l'accès dans les conditions non discriminatoires

C.3.1. Cadre réglementaire

C.3.2. Vérification du caractère proportionné de l'obligation

<i>Question : Commentaires ?</i>

Là encore, cette obligation est fondamentale, en particulier si l'on considère que le Conseil de la concurrence a déjà condamné le caractère très largement excessif des prix d'hébergements facturés par TDF aux diffuseurs. En effet, pour rappel, le Conseil de la concurrence a constaté⁹⁹ que les prix pratiqués par TDF étaient, à l'époque et selon l'étude économique présentée devant le Conseil, de 2 à 11 fois supérieurs au coût réel du service.

Ces tarifs sont ainsi tout à fait excessifs et dénote une discrimination entre ce que TDF perçoit et ce qu'elle fait supporter à ses concurrents au titre de la prestation d'hébergement.

De la même façon, le processus de facturation de TDF est tel que lorsqu'un opérateur (tel qu'Antalis-TV) conclut avec TDF plusieurs contrats (un par chaîne cliente) sur un même site, il se voit facturer pour chaque contrat des prestations qui pourtant ne lui sont rendues qu'une fois pour toute par TDF.

A titre d'exemple, la prestation d'hébergement *stricto sensu* (à savoir, la location d'un espace physique dédié à l'opérateur hébergé sur le site de TDF) est facturée dans chaque contrat y compris lorsque plusieurs contrats sont conclus pour un seul et même site, et ce alors même qu'une seule et même surface lui est allouée, quel que soit le nombre d'antennes utilisées et le nombre de chaînes diffusées.

Ainsi, Antalis-TV exploite plusieurs émetteurs sur 7 des 11 sites qui lui ont été attribués. Sur ces sites, la surface occupée par Antalis-TV aurait été quasiment la même quel que soit le nombre d'émetteurs. Malgré cela, Antalis-TV se voit facturer l'hébergement multiplié par le nombre d'émetteurs, ce qui est économiquement injustifié et donc abusif.

Là encore, il est évident que cette façon de procéder dénote une discrimination flagrante : il est en effet inimaginable que TDF s'auto facture plusieurs fois sa propre présence sur un seul et même terrain.

Une obligation de non discrimination est donc tout à fait appropriée et proportionnelle.

Pour conclure, Antalis-TV souhaite souligner que selon le GRE¹⁰⁰, une obligation de non discrimination, pour être réellement efficace, doit en principe être cumulée à d'autres obligations, et en particulier à une obligation de transparence, seule cette dernière permettant

⁹⁹ Décision n° 02-MC-04 du 11 avril 2002 et Cour d'appel de Paris, 8 janvier 2004, notes n° 33 et n° 34 précitées.

¹⁰⁰ ERG *Common Position*, note n°1 précitée, pp. 49 et 81.



de détecter l'existence d'une discrimination.

C.4. Obligation de séparation comptable

Question : Commentaires ?

Outre qu'elle se justifie de manière autonome par le risque manifeste de subventions croisées auquel la situation de TDF expose le marché, cette obligation de séparation comptable est par ailleurs indispensable, à titre de corollaire, à une obligation d'orientation vers les coûts (telle que prônée ci-dessous) ou même simplement à une obligation de refléter les coûts.

Antalis-TV relève à cet égard qu'une telle obligation a déjà été imposée sur le marché 18 aussi bien par l'autorité finlandaise que britannique, sachant par ailleurs que l'autorité irlandaise a d'ores et déjà annoncé l'envisager, les autorités autrichienne et suédoise ne s'étant tout simplement pas encore prononcées sur les remèdes qu'elles entendent imposer.

Pour sa part, l'Autorité a déjà eu l'occasion de l'imposer pour d'autres marchés des télécommunications

Cette obligation est fondamentale dans le cas de TDF car il existe des risques particulièrement importants de subventions croisées non seulement entre les marchés analogique et numérique (les principaux clients de TDF étant les mêmes) mais également entre le marché amont de l'accès au site de TDF et le marché aval de la diffusion du programme télévisuel.

En effet, malgré l'ouverture récente des marchés à la concurrence, TDF continue à jouir d'un monopole de fait sur la diffusion analogique terrestre des programmes pour les chaînes publiques et utilise sa position dominante sur l'analogique pour subventionner ses activités sur le marché nouveau de la diffusion numérique terrestre.

Un certain nombre de chaînes de télévision ont d'ailleurs retenu TDF pour la diffusion numérique terrestre en tenant apparemment compte d'avantages tarifaires que leur propose TDF, en contrepartie, sur le marché de la diffusion en analogique.

Enfin, la position dominante que détient TDF tant sur le marché amont de l'hébergement¹⁰¹ que sur le marché aval de la diffusion de la télévision numérique terrestre¹⁰², le conduit à pratiquer des subventions croisées en pratiquant des tarifs excessifs sur le marché amont lui permettant de s'accommoder de marges réduites sur le marché aval¹⁰³.

¹⁰¹ TDF détient 30 des 32 premiers sites d'accès affectés à la TNT dans le cadre des deux premières phases.

¹⁰² Marché dont TDF détient une part de plus de 73 %.

¹⁰³ Voir pour une illustration dans ce sens la réponse au point C.3. ci-dessus.



Il en résulte ainsi qu'une obligation de séparation comptable entre ses différentes activités (tant en amont et en aval qu'entre le numérique et l'analogique) permettra seule de contrôler et vérifier le respect par TDF de ses obligations de non-discrimination et d'orientation vers les coûts (ou, à défaut, de tarification reflétant les coûts¹⁰⁴) et de détecter et supprimer tout risque de subventions croisées.

Antalis-TV tient par ailleurs à souligner qu'il ressort de l'analyse faite par les experts de la société Rise Conseil, dans le cadre de la procédure devant le Conseil de la concurrence, que les inducteurs de coûts qui doivent être pris en compte sont les suivants :

- en termes d'investissements :

- la construction du site (acquisition du terrain, construction du bâtiment et du pylône, génie civil) :

Antalis-TV souhaite souligner une fois de plus que ces investissements ont majoritairement été réalisés et rentabilisés en période de monopole, dans le cadre de la diffusion par mode analogique, avec les fonds publics (directement jusqu'au milieu des années 80, indirectement depuis) ;

- l'acquisition, l'installation et la maintenance (magasin et pièces détachées) des matériels mis à disposition par le fournisseur (multiplexeur RF, feeder, antenne et câble de liaison) :

ces coûts purement de matériels sont en principe aisément établis ;

- en termes de charges d'exploitation :

- l'entretien et la maintenance du site (maintenance préventive et curative des bâtiments, entretien des extérieurs) :

de tels coûts devraient être « doublement » mutualisés dès lors qu'ils sont communs non seulement aux diffuseurs TNT mais également à la diffusion analogique, puisqu'il s'agit des mêmes sites, ainsi qu'autre autres occupants pour des usages autres que la diffusion télévisée ;

- les effectifs d'exploitation et de supervision technique, dédiés ou partagés entre plusieurs sites :

là encore, ces coûts sont très largement partagés et leur tarification doit refléter cette mutualisation ;

- la maintenance préventive et curative des matériels mis à disposition par le fournisseur.

¹⁰⁴ C'est-à-dire permettant néanmoins une juste mais raisonnable rémunération de TDF.



Il convient en outre de tenir compte de l'impact de chacun de ces inducteurs de coûts sur les différentes prestations, afin d'éviter d'attribuer à toutes les prestations des facteurs de coûts qui ne leur sont pas pertinents (ce que fait actuellement TDF).

Ces coûts s'analysent donc comme suit :

- la puissance des émetteurs analogiques et numériques et le nombre de panneaux ont un impact sur le coût d'achat des antennes ;
- la puissance des émetteurs numériques ou analogiques a un impact sur le coût d'achat des multiplexeurs RF;
- la hauteur du pylône et la hauteur moyenne des aériens ont un impact sur le coût de construction, respectivement, des pylônes et des feeders ;
- l'accessibilité d'un site et son altitude déterminent l'importance des investissements et charges relatifs au terrain ;
- la diffusion numérique peut être effectuée soit à partir de l'une des deux antennes UHF existantes, soit à partir d'une antenne spécifiquement déployée ;
- les principaux investissements et charges qui peuvent être considérés comme fixes, quelles que soient les caractéristiques de sites, sont :
 - le coût de la construction au mètre carré des bâtiments ;
 - les investissements et charges relatives au bâtiment ;
 - la maintenance des matériels ;
 - les charges de personnel (à condition qu'elles soient bien approfondies).

La comptabilité de TDF doit par conséquent refléter ces éléments de coûts et, par ailleurs, tenir compte du fait que la diffusion TNT est faite essentiellement à partir de sites déjà et construits (en période monopole et avec un financement public), utilisés pour la diffusion analogique et, de manière plus générale, par plusieurs opérateurs¹⁰⁵.

C.5. Obligation de publication

Question : Commentaires ?

La publication d'une offre de référence est en effet nécessaire pour accroître la transparence du marché et la visibilité des actions entreprises par les opérateurs.

¹⁰⁵ Et notamment d'autres type d'opérateurs (radio, défense, gendarmerie, téléphonie, etc.).



A cet égard, l'article D. 307-II, du Code des postes et communications électroniques prévoit clairement que :

« lorsqu'un opérateur exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques est soumis à une obligation de non discrimination [ce qui est l'hypothèse envisagée en l'espèce] en application de l'article D. 309, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut imposer à cet opérateur de publier une offre technique et tarifaire d'interconnexion ou d'accès. L'offre mentionnée au précédent alinéa est suffisamment détaillée pour que l'opérateur demandeur ne paye que l'utilisation des moyens strictement liés à la prestation demandée. Elle comprend une description des offres pertinentes réparties en divers éléments selon les besoins du marché, accompagnée des conditions techniques et tarifaires correspondant à ces offres ainsi qu'aux prestations connexes ».

Les coûts pris en compte doivent en outre être des coûts « pertinents », à savoir, comme le précise l'article D. 312 du CPCE, liés par une forme de causalité, directe ou indirecte, aux services rendus.

Antalis-TV tient à souligner l'importance, eu égard aux pratiques tarifaires actuelles de TDF, que soient remplies ces conditions. En effet, et comme cela a déjà été précisé, TDF facture actuellement aux diffuseurs des tarifs sans lien objectif ni avec la nature ni avec le montant des coûts qu'elle supporte pour fournir cette prestation.

Ainsi, si Antalis-TV s'accorde bien entendu sur le principe même d'une offre publique, elle souhaite cependant commenter l'Annexe 1 de la Consultation publique, qui contient la liste des éléments devant faire l'objet de la publication de l'offre de référence.

1. Principe des études de faisabilité

Antalis-TV tient à souligner que jusqu'à récemment, le prix facturé par TDF aux diffuseurs pour ces études de faisabilité était à valoir sur des factures ultérieures en cas de contractualisation ultérieure par le client de services DigiSiTV auprès de TDF¹⁰⁶. *In fine*, les diffuseurs n'avaient ainsi à supporter définitivement la charge financière que représentent ces études que dans l'hypothèse où ils ne contractaient pour aucun site (hypothèse qui ne s'est bien entendu jamais réalisée).

TDF a cependant à présent décidé de facturer ces études sans aucune possibilité de récupération ultérieure. Une telle modification (qui n'était apparemment pas jugée

¹⁰⁶ Et ce quel que soit le site concerné et la fréquence de TNT diffusée.



nécessaire par TDF avant !) revient purement et simplement à une augmentation du prix global de ses prestations d'accueil¹⁰⁷.

TDF étant naturellement déjà implantée sur ses propres sites et satisfaisant d'ores et déjà toutes les caractéristiques requises par le CSA, non seulement dispose d'ores et déjà de l'essentiel des informations nécessaires à ces études mais utilise (en grande partie au moins) les mêmes données pour les différents diffuseurs.

Ainsi, la seule hypothèse où TDF devrait pouvoir facturer une étude de faisabilité est le cas où lequel TDF se verrait demander la fourniture d'un système antenne différent de celui qu'elle-même propose aux clients finaux.

La tarification de ces études doit en outre répondre à un principe de mutualisation afin que ne soit facturé aux diffuseurs que la partie de l'étude de faisabilité qui leur est strictement personnelle et qui ne correspond ni à l'analyse à laquelle TDF a procédé pour elle-même, ni à celle à laquelle elle doit procéder pour l'ensemble des diffuseurs.

2. Prestations d'hébergement des équipements radioélectriques

- Caractéristiques du site (altitude, difficulté d'accès, puissance maximale des émetteurs analogiques installés sur le site) :

L'altitude et le degré d'accessibilité peuvent effectivement avoir une influence significative sur les coûts et sont donc des inducteurs de coûts pertinents. Ces coûts devraient d'ailleurs automatiquement apparaître dans la comptabilité de chaque site.

La puissance d'émission des émetteurs n'est en revanche en aucun cas susceptible d'impacter le coût d'une prestation d'hébergement et ne constitue donc pas un paramètre pertinent. En effet, si la puissance des émetteurs est un facteur – avec le nombre de panneaux – qui influe sur le coût d'achat des antennes, elle n'a pas d'incidence sur le coût d'une prestation d'hébergement.

- Type de pylône (haubané, autostable, tour béton) :

Cet élément peut constituer un critère pertinent si et dans la mesure où les différences dans les types de pylônes entraînent des différences de coûts (notamment d'entretien et/ou de modification le cas échéant).

- Hauteur du pylône :

Cet élément peut en effet être un indicateur de coût pertinent tant qu'il n'est appliqué qu'à la détermination du tarif de la prestation pylône.

¹⁰⁷ En effet, les diffuseurs ne pouvant pas passer de commandes auprès de TDF ni formuler d'offres réellement crédibles et compétitives à leurs clients sans disposer au préalable des caractéristiques techniques des systèmes antennaires de TDF et d'une étude faisabilité, ils ne peuvent éviter un tel coût.



- Mise à disposition d'une surface au sol :

Antalis-TV considère qu'il n'existe *a priori* aucune raison de distinguer le prix de la mise à disposition d'une surface au sol ou d'emplacement en fonction de la nature des équipements qui vont y être installés.

Le coût de la surface au sol demeurant identique qu'y soient accueillis une réception satellite, un shelter, ou encore un groupe électrogène ou des aérothermes, ces distinctions n'ont économiquement pas lieu d'être. Il en résulte que le prix de la surface au sol doit être identique quelle que soit la nature de l'équipement accueilli sur cette surface (antenne satellite, shelter, groupe électrogène, aérotherme).

La surface dédiée à un diffuseur dans un bâtiment doit par conséquent être mesurée et tarifée en fonction du m² fournis et non par référence au nombre d'émetteurs hébergés.

- Mise à disposition d'un emplacement sur pylône :

Le même raisonnement s'applique en ce qui concerne la mise à disposition d'un emplacement sur pylône : qu'il s'agisse d'accueillir une antenne d'émission/réception ou une antenne d'émission spécifique ne modifie en rien le coût de l'emplacement sur pylône.

Ainsi, le tarif pour l'accueil d'une antenne FH sur un pylône doit dépendre de sa taille et de la hauteur dans le pylône. Celui d'une antenne de diffusion TV sur le pylône doit dépendre pour sa part de la hauteur du pylône et du nombre de panneaux.

- Mise à disposition d'un branchement sur transformateur moyenne tension et fourniture d'énergie électrique avec secours groupe électrogène :

Lors de la toute première consultation publique de 2000/2001, Antalis-TV avait souligné que TDF refusait de fournir de l'énergie, ce qui avait obligé les diffuseurs à se fournir en énergie directement auprès de EDF.

Ainsi, à ce jour, Antalis-TV se fournit en énergie directement auprès d'EDF (ce qui peut s'avérer extrêmement coûteux dans des cas, comme celui de Bayonne La Rhune, où la position géographique du site¹⁰⁸ rend l'intervention d'EDF difficile) et propose à ses clients de leur fournir l'énergie de secours s'ils le souhaitent. Cependant, les clients n'ont pas souhaité bénéficier d'une offre d'énergie de secours et se contentent d'une prestation d'énergie de base¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Le site de Bayonne La Rhune se situe en très haute altitude et est accessible uniquement par la voie d'un petit train à flanc de montagne).

¹⁰⁹ L'énergie de base renvoie à une fourniture permanente d'énergie par EDF, tandis que l'énergie de secours est fournie par le biais d'un groupe électrogène qu'Antalis-TV propose de fournir et d'installer.



Sur certains sites d'accès difficile lors de la Phase 2 (Ajaccio, Bayonne la Rhune et Bourges) et pour lesquels le raccordement électrique par EDF s'avérait particulièrement problématique et cher, Antalis-TV a demandé à TDF une proposition de fourniture d'énergie.

TDF a ainsi formulé une offre de fourniture d'énergie sécurisée en sous comptage, incluant l'énergie de base et l'énergie de secours. Cette offre ne répondait pas à la demande d'Antalis-TV qui portait sur la fourniture d'énergie non sécurisée et de base uniquement. Les niveaux de prix proposés par TDF étaient en outre complètement exorbitants, sans aucun rapport avec le coût de cette fourniture.

TDF ayant refusé de modifier cette offre, Antalis-TV a finalement dû passer une commande auprès d'EDF et procéder à des investissements importants et disproportionnés, notamment à Bayonne.

Le tableau ci-dessous illustre plus précisément, pour les trois sites concernés, les prix abusifs de TDF en réponse à la demande d'Antalis-TV par rapport aux prix d'EDF.

Site	Puissance	Frais d'installation EDF	Coût total annuel*EDF	Coût annuel TDF
Ajaccio (30 KVA)	30	30.077 €	18.533 €	57.300 €
Bayonne (42 KVA)	36	110.601 €	35.230 €	49.100 €
Bourges (36 KVA)	36	5.708 €	15.905 €	54.600 €

* ce coût intègre l'amortissement des frais d'installation EDF sur 5 ans

Par conséquent, afin d'éviter que ne se reproduisent de telles situations, il doit être imposé à TDF, d'une part, de faire des offres de fourniture d'énergie qui distinguent clairement l'énergie de base de l'énergie de secours et, d'autre part, de proposer une fourniture d'énergie de base en sous comptage afin de pouvoir permettre une rationalisation de l'infrastructure et des prestations d'EDF.

3. Prestations d'accès (multiplexeur, feeder et antenne de TDF)

- Paramètres : la puissance admissible des émetteurs utilisant le système d'aériens, hauteur moyenne de l'antenne et nombre de panneaux de l'antenne :

La référence à la « *puissance admissible des émetteurs* » n'est pas pertinente. En effet, le système antenneaire a été conçu pour recevoir une puissance totale maximum répartie entre différents émetteurs qui ont eux-mêmes une puissance maximale de fonctionnement. La somme des puissances maximales des émetteurs connectés au système antenneaire doit ainsi être inférieure à la puissance maximale admise par le système antenneaire. Le système antenneaire (multiplexeur RF, feeder et antenne) doit



être donc amorti sur le nombre d'émetteurs qu'il peut recevoir, chaque émetteur ayant une puissance maximale.

Antalis-TV suppose donc que l'Autorité fait référence à la puissance « *maximale* » (et non « *admissible* ») des émetteurs (à distinguer, donc, de la puissance admissible des systèmes antennaires), auquel cas cet élément peut être *a priori* pertinent.

- Conditions d'accès du client aux sites de TDF (nombre d'accès du client compris dans la prestation) :

Cet élément doit être clarifié. S'il s'agit du nombre de personnes physiques autorisées par chaque diffuseur à accéder aux sites, ce critère peut alors être pertinent dans la mesure où il serait établi que chaque accès individuel à des sites sécurisés entraîne des frais administratifs de gestion exceptionnels, ce qui est douteux.

- Tarifs des postes multiplexeur, feeder et antenne : ces tarifs doivent bien entendu continuer à être détaillés.

C.6. Obligation de contrôle tarifaire

C.6.1. Définition de l'obligation

Enjeux concurrentiels de la régulation tarifaire

Proportionnalité de l'obligation de contrôle tarifaire

Mise en œuvre du contrôle tarifaire

Questions :

→ *Commentaires généraux sur le fait d'imposer un contrôle ? Les contributeurs sont invités, le cas échéant, à justifier le choix d'une obligation de reflet des coûts pour les tarifs de TDF.*

→ *Commentaires sur le fait que l'Autorité propose d'imposer une interdiction de pratiquer des tarifs excessifs ou d'éviction, obligation qu'elle estime justifiée et proportionnée ?*

→ *Commentaires sur le fait que L'Autorité estime justifié et proportionné d'imposer à TDF une obligation de contrôle tarifaire portant sur les tarifs de l'offre de gros d'accès et sur ses prestations associées.*

Il ressort clairement tant de l'article 13 de la Directive « Accès » que de la position commune du GRE qu'un contrôle des prix et une obligation de refléter les coûts sont les seuls remèdes susceptibles d'enrayer une tendance à facturer des prix excessifs au niveau du marché de gros.

Cette « *tendance* » à l'excessivité est clairement présente chez TDF et a déjà été constatée et condamnée par le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris¹¹⁰.

1. Objectifs que doit atteindre l'imposition d'un contrôle des prix

Il ressort clairement de la Directive Accès que :

« Un contrôle des prix peut se révéler nécessaire lorsque l'analyse d'un marché donné met en évidence un manque d'efficacité de la concurrence. Les autorités réglementaires nationales peuvent intervenir de manière relativement limitée, par exemple en imposant une obligation concernant la fixation de prix raisonnables pour la sélection de l'opérateur, comme le prévoit la directive 97/33/CE, ou de manière beaucoup plus contraignante, en obligeant, par exemple, les opérateurs à orienter les prix en fonction des coûts afin qu'ils soient entièrement justifiés lorsque la concurrence n'est pas suffisamment vive pour éviter la tarification excessive. Les opérateurs puissants sur le marché, en particulier, devraient éviter de comprimer les prix d'une manière telle que la différence entre leurs prix de détail et les redevances d'interconnexion facturées à leurs concurrents fournissant des services de détail similaires ne permettrait pas de garantir une concurrence durable. »¹¹¹.

L'article 13 de la Directive Accès précise ensuite notamment que :

« 1. Les autorités réglementaires nationales peuvent, conformément aux dispositions de l'article 8, imposer des obligations liées à la récupération des coûts et au contrôle des prix, y compris les obligations concernant l'orientation des prix en fonction des coûts et les obligations concernant les systèmes de comptabilisation des coûts, pour la fourniture de types particuliers d'interconnexion et/ou d'accès, lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné pourrait, en l'absence de concurrence efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals. Les autorités réglementaires nationales tiennent compte des investissements réalisés par l'opérateur et lui permettent une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu des risques encourus.

[...] et que

3. Lorsqu'une entreprise est soumise à une obligation d'orientation des prix en fonction des coûts, c'est à elle qu'il incombe de prouver que les redevances sont déterminées en fonction des coûts, en tenant compte d'un retour sur investissements raisonnable. Afin de calculer les coûts de la fourniture d'une prestation efficace, les autorités réglementaires nationales peuvent utiliser des méthodes de

¹¹⁰ Décision n° 02-MC-04 du 11 avril 2002 et Cour d'appel de Paris, 8 janvier 2004, notes n° 33 et n° 34 précitées.

¹¹¹ Paragraphe 20 de la Directive Accès.

comptabilisation des coûts distinctes de celles appliquées par l'entreprise. Les autorités réglementaires nationales peuvent demander à une entreprise de justifier intégralement ses prix et, si nécessaire, en exiger l'adaptation.»

Le Groupement des Régulateurs Européens confirme ceci dans sa position commune en affirmant que :

« La charge de prouver que les tarifs sont orientés vers les coûts, en incluant un taux de retour sur investissements raisonnable, pèse sur l'opérateur. De plus, l'autorité nationale de régulation peut exiger une justification complète des prix de l'opérateur et peut en demander le réajustement si nécessaire »¹¹².

Enfin, l'article L. 38-I.4° du Code des postes et communications électroniques n'envisage pas non plus l'interdiction de pratiquer des tarifs excessifs comme constituant à elle seule un remède autonome puisqu'il prévoit la possibilité d'imposer l'obligation « *de ne pas pratiquer des tarifs excessifs ou d'éviction sur le marché en cause et pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants* » : en d'autres termes, cet article ne propose pas une alternative entre imposer des tarifs non excessifs/d'éviction et imposer des tarifs orientés vers les coûts, mais voit la tarification orientée vers les coûts comme la seule façon de garantir que les tarifs ne seront pas excessifs ou d'éviction.

Il découle ainsi de l'ensemble de ces dispositions et positions un certain nombre de principes que doivent satisfaire une obligation de contrôle des prix.

En premier lieu, l'alternative qui est laissée est celle entre une orientation vers les coûts et la fixation d'un tarif raisonnable, remèdes – dans les deux cas – à un risque que soit pratiqués des prix excessifs. La simple interdiction de pratiquer lesdits prix n'est en aucun cas envisagée puisqu'elle constitue la préoccupation concurrentielle et non le remède.

En second lieu, un contrôle des prix doit nécessairement et dans tous les cas impliquer que pèse sur l'opérateur la charge de la preuve que ses prix respectent l'obligation tarifaire qui lui est imposée et sur l'Autorité la charge de vérifier cette conformité.

Comme le démontre clairement l'explication donnée par le GRE, lorsque est prononcée une « *simple* » obligation de pratiquer un tarif raisonnable, il appartient alors à l'autorité nationale de déterminer la méthode de calcul qui doit être utilisée par l'opérateur pour établir des tarifs appropriés.

C'est également ce qui ressort très clairement de l'avis rendu par le Conseil le 11 mai 2005¹¹³ : celui-ci a en effet estimé que lorsque le régulateur n'entend pas imposer une

¹¹² ERG *Common Position*, note n° 1 précitée, p. 53, traduction libre.

¹¹³ Avis n° 05-A-10 du 11 mai 2005 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de la terminaison d'appels géographiques sur les réseaux alternatifs fixes

orientation vers les coûts, il doit alors intervenir afin « de garantir le caractère non excessif » des tarifs ».

Le Conseil, après avoir constaté que les opérateurs avaient fréquemment recours à la procédure de règlement de différend afin de fixer des niveaux de tarifs, a estimé que cette procédure « n'offre pas un niveau de visibilité suffisamment incitatif ». Il a ainsi confirmé que le régulateur ne doit ainsi pas se contenter d'interdire un tel caractère excessif, il se doit de le garantir par le biais d'une régulation qui doit :

- « - assurer le maximum de prévisibilité aux acteurs concernés,
- respecter les spécificités du modèle économique des opérateurs alternatifs,
- inciter à l'investissement efficace dans la boucle locale, qui reste insuffisamment développé en France ».

En d'autres termes, si une orientation fait peser sur l'opérateur l'obligation de déterminer son niveau tarifaire en fonction de ses coûts, coûts dont il doit par ailleurs justifier auprès de l'Autorité, « l'interdiction » de tarifs excessifs, dont le respect doit être garanti par l'Autorité, implique que cette dernière élabore elle-même une méthodologie de tarification dont elle doit ensuite contrôler le respect.

En d'autres termes, il ne saurait en aucun cas peser sur les opérateurs alternatifs le devoir et la charge de veiller au respect par l'opérateur de ses obligations et de prouver, le cas échéant, leur violation.

Enfin, il ressort également de ces dispositions qu'une orientation vers les coûts s'impose « lorsqu'une analyse du marché indique que l'opérateur concerné pourrait, en l'absence de efficace, maintenir des prix à un niveau excessivement élevé, ou comprimer les prix, au détriment des utilisateurs finals »¹¹⁴ : de toute évidence, ceci est le cas en l'espèce puisque non seulement TDF « pourrait » pratiquer mais elle pratique d'ores et déjà des prix excessifs (ce qui lui a déjà valu une décision à titre conservatoire par le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel, actuellement sans effet mesurable) et met en outre en œuvre un effet de ciseau tarifaire.

Il convient à cet égard de rappeler que si la Cour d'appel s'est retenue d'enjoindre *prima facie* à TDF une tarification orientée vers les coûts, c'est uniquement en considération du fait que la procédure n'en était qu'au stade conservatoire.

C'est ce qui ressort clairement de son arrêt puisque la Cour y déclare que si :

« l'immédiateté et la gravité de l'atteinte à la concurrence commandent que TDF corrige son offre pour la rendre compatible avec le droit de la concurrence, elle n'impose pas que le principe d'orientation vers les coûts lui soit appliqué dans toute

¹¹⁴ Article 13 de la Directive Accès, précité.

sa rigueur »,

et précise ce qu'elle entend par cela en indiquant à TDF que si elle :

« ne peut être tenue d'orienter mécaniquement ses tarifs vers les coûts, la prise en considération de ces derniers constitue une précaution indispensable pour s'assurer que ceux-ci sont en conformité avec le droit de la concurrence, c'est-à-dire, s'agissant d'une entreprise en position dominante, proportionnels à la valeur du service ».

Il en résulte donc que la Cour d'appel a également entendu – dans la lignée de la décision du Conseil – imposer à TDF d'élaborer des tarifs qui reflètent ses coûts, en atténuant toutefois (là encore, en raison du caractère conservatoire de la décision, comme elle le précise) la stricte orientation vers ceux-ci de manière à permettre à TDF de prélever une marge qui ne soit pas tout à fait égale à la stricte rémunération du capital engagé. Une mesure de régulation ne peut, pour sa part, se traduire que par une orientation vers les coûts.

Ainsi, comme il sera montré ci-dessous, seule une orientation vers les coûts est susceptible de remplir les objectifs d'un contrôle tarifaire efficace imposé dans le cadre d'une régulation *ex ante*. C'est d'ailleurs là ce qu'ont considéré les autres autorités nationales qui se sont d'ores et déjà prononcées sur la question.

2. Insuffisance et inconvénients d'une simple interdiction de pratiquer des prix excessifs

En l'espèce, un contrôle prenant la forme d'une simple interdiction de pratiquer des prix excessifs est tout à fait insuffisante pour assurer une concurrence effective sur le marché.

En effet, envisager une simple obligation de ne pas pratiquer des prix excessifs ou d'éviction ne ferait qu'interdire à TDF de pratiquer des types de prix qui lui sont d'ores et déjà interdits par le droit de la concurrence du fait de sa position dominante sur le marché : l'imposition de tarifs excessifs ne peut ainsi être prévenue que par l'imposition soit d'une orientation vers les coûts, soit d'un *price cap*.

Pour preuve du caractère tout à fait insuffisant d'une telle interdiction : TDF a déjà été condamnée pour de telles pratiques et persiste néanmoins à pratiquer des prix excessifs, comme en témoigne la procédure de non-respect d'injonction ouverte contre elle par le Conseil de la concurrence. De fait, TDF pratique non seulement des prix excessifs mais met également en œuvre un effet de ciseau tarifaire.

Sa très large domination sur les marchés tant de l'accès aux infrastructures nécessaires à la transmission de programmes audiovisuels que de la diffusion analogique ou numérique, cumulé aux faits que les sites de TDF ne sont pas facilement répliquables et que TDF est une entreprise verticalement intégrée (qui plus est déjà condamnée pour des pratiques tarifaires abusives), impose nécessairement que lui soit imposée une obligation d'orientation vers les coûts.



On rappellera à cet égard que le Conseil de la Concurrence, saisi par la société Antalis-TV en 2002, avait initialement imposé à TDF une orientation vers les coûts de ses tarifs pour l'accès aux sites.

Cette règle fut, certes, très **légèrement** atténuée par la Cour qui, avant le lancement des appels d'offres pour la TNT, a considéré que la qualification des sites de TDF de « *facilités essentielles* » ne pouvait être procéduralement retenue par le Conseil de la Concurrence dans le cadre d'une procédure d'urgence.

L'affaire n'était alors, en effet, qu'au stade de simples demandes de mesures conservatoires et c'est ce seul élément qui a conduit la Cour d'appel à nuancer l'appréciation du Conseil. L'affaire au fond est actuellement en cours d'instruction, la vérification du respect d'injonction y ayant été jointe, précisément parce que celle-ci fait question tant les tarifs sont restés – dans leur quantum et leur structure – inchangés.

Il n'en demeure pas moins que les autorités de concurrence étaient d'ores et déjà en accord sur la nécessité d'imposer à TDF d'établir des tarifs qui reflètent ses coûts. Cette nécessité demeure entière.

3. Nécessité d'une orientation vers les coûts pour atteindre les objectifs d'une régulation *ex ante*

Enfin, outre le fait qu'une simple obligation « *de ne pas pratiquer des tarifs excessifs* » est – en son principe même – insuffisante, la mise en œuvre et le contrôle du respect d'une telle obligation négative est *in fine* inconciliable avec l'objectif même des remèdes *ex ante*, tel que décrit ci-dessus, à savoir, prévenir les atteintes à la concurrence et faire peser sur l'opérateur dominant la charge des obligations prévues.

Plusieurs raisons permettent de considérer que la proposition d'un remède consistant en un simple principe d'interdiction de pratiquer un tarif excessif n'est ni pertinente ni envisageable.

- Tout d'abord, la notion de prix orientés vers les coûts présente des avantages considérables par rapport à la notion de prix non excessifs.

En premier lieu, compte tenu de l'asymétrie dans l'information sur les coûts de TDF, il est fondamental que la charge de la preuve du respect des obligations *ex ante* sur ses tarifs sur le marché amont pèse sur TDF et non sur ses concurrents, comme le relève tant la Directive Accès que la position commune du Groupe des Régulateurs Européens, mentionnés ci-dessus.

C'est aussi ce principe que reflète l'article D. 311-I du Code des postes et communications électroniques qui prévoit que « les opérateurs tenus de pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants en application du 4° de l'article L. 38 doivent être en mesure de démontrer que leurs tarifs d'interconnexion et d'accès reflètent effectivement les coûts ».



Ainsi, seul un mécanisme d'orientation vers les coûts permet de faire peser sur TDF la charge de la preuve de ses coûts ; pour sa part, une obligation négative de ne pas pratiquer de tarifs excessifs fait peser sur les concurrents de TDF une charge de la preuve (indéfinie) que les tarifs de cette dernière sont excessifs, notamment en tenant compte des coûts à l'égard desquels TDF maintient la plus grande opacité.

En second lieu, la notion d'orientation vers les coûts est une notion aux contours beaucoup plus précisément définis et clairs que la notion de tarif non excessif qui n'a été retenue que marginalement par l'Autorité et qu'assez récemment.

Ainsi le risque de contentieux autour de ce qu'il faut entendre par un tarif non excessif de la part de TDF apparaît beaucoup plus important que si l'on retient le principe d'un tarif orienté vers les coûts (notion à laquelle TDF est familière en Finlande).

- Ensuite, la situation de TDF est très différente de celle des opérateurs auxquels l'Autorité a pu auparavant imposer un tarif non excessif.

En effet, l'Autorité n'a imposé d'obligation de « *tarifs non excessifs* » que dans des cas (marché des terminaisons d'appels fixes et mobiles) où les acteurs concernés n'étaient pas opérateurs historiques ayant bénéficié d'un monopole ou d'une exclusivité, mais des nouveaux acteurs entrés récemment sur le marché. Tel n'est bien évidemment pas le cas de TDF qui est à la fois un opérateur historique et un opérateur dominant sur le marché amont et aval.

En outre, dans lesdits cas où l'Autorité a imposé à plusieurs acteurs d'un même marché de pratiquer des tarifs non excessifs, d'autres acteurs avaient l'obligation de pratiquer des tarifs orientés vers les coûts, de sorte que le caractère excessif ou non des tarifs pouvaient être établis par référence à ceux des tarifs qui étaient orientés vers les coûts.

C'est ainsi que l'Autorité a pu mettre en place une réciprocité tarifaire entre les tarifs des opérateurs de téléphonie fixe devant pratiquer des tarifs non excessifs et ceux de France Telecom, tenue à l'orientation vers les coûts.

De même, s'agissant du marché des terminaisons d'appels mobiles, on constate que les tarifs des opérateurs tenus par le principe de tarif non excessif sont fixés par référence à ceux des opérateurs tenus d'orienter leurs tarifs vers les coûts (les tarifs non excessifs étant x % au-dessus des tarifs orientés vers coûts).

En l'espèce, s'il était imposé à TDF une simple obligation de pratiquer des tarifs non excessifs, il n'existerait aucune référence sur le marché à des tarifs orientés vers les coûts permettant de comparer ses tarifs.

- Enfin, l'efficacité des remèdes imposés à TDF doit également être analysée à la lumière du facteur temps caractérisant le marché de la diffusion télévisée.



Or, dans l'hypothèse où serait seul retenu un principe de tarification non excessive, il est évident que TDF – compte tenu des incertitudes autour de la définition de ce concept et de l'absence d'éléments de comparaison par rapport à un prix orienté vers des coûts connus – aura tout intérêt à maintenir aussi longtemps que possible ses tarifs actuels. Seule une procédure de règlement de différend permettrait alors, le cas échéant, de faire baisser ses tarifs.

Dès lors, la fixation de tarifs acceptables pour l'accès à ses sites sera alors une fois de plus retardée pendant de nombreux mois et TDF pourra, durant cet intervalle et comme elle le fait déjà, continuer à préempter le marché en imposant aux nouveaux acteurs de verser un montant de plus de 50 % du prix facturé à ses clients pour le seul accès aux sites de TDF, ce qui limite considérablement leur marge de manœuvre.

4. Positions européennes sur la nécessité d'une orientation vers les coûts

Le GRE préconise dans sa position commune (et ce sans objection de la part de la Commission) dans des hypothèses telles que celle en l'espèce (à savoir, la détention d'infrastructures essentielles et le caractère verticalement intégré de l'opérateur dominant), que soit imposé un principe d'orientation vers les coûts de l'accès aux sites et aux pylônes (idéalement, précise le GRE, cumulé à une obligation de séparation comptable)¹¹⁵.

C'est également le choix globalement fait par les autorités nationales qui se sont déjà prononcées sur les remèdes qu'elles entendent imposer.

Ainsi, tant le Royaume-Uni, s'agissant de l'accès aux pylônes et aux sites de Crowncastle et de Ntl, que la Finlande, pour son opérateur national, aujourd'hui filiale de TDF (et à ce titre, d'ailleurs, d'une taille bien inférieure à celle de sa maison mère) ont imposé un tel remède aux opérateurs détenant les infrastructures vers lesquelles pointaient les antennes.

La Commission européenne a validé ces approches par décision du 28 janvier 2005 (pour ce qui est du Royaume-Uni) et du 14 juillet 2004 (pour la Finlande).

Quant à l'autorité irlandaise, si elle ne propose pas, à ce stade, d'orientation vers les coûts, c'est au motif déclaré que l'activité régulée de RTE ne représente qu'une petite proportion de ses revenus et que RTE n'a à ce stade que deux « *concurrents clients* » potentiels (lesquels ont déjà accès aux sites et infrastructures de RTE). L'autorité irlandaise considère ainsi *a priori* suffisant d'imposer des obligations de transparence, de non discrimination et de séparation comptable, mais précise toutefois envisager une orientation vers les coûts si la séparation comptable devait faire apparaître des traitements discriminatoire et/ou si les bénéfices tirés par RTE de son activité régulée devaient augmenter d'une façon excessive.

¹¹⁵ ERG *Common Position*, note n° 1 précitée, p notamment le paragraphe 5.2.2.2. Cette position a également été retenue, en son temps, par le Conseil de la Concurrence ainsi que par les autres autorités de régulation européennes ayant eu à se pencher sur la question.



Enfin, les autorités autrichiennes et suédoises ne s'étant tout simplement pas encore prononcées sur les remèdes *ex ante* applicables sur leur marché, rien n'exclut qu'elles se prononcent en faveur d'une orientation vers les coûts.

L'orientation vers les coûts apparaît ainsi – comme le relève le GRE – comme étant « *la seule possibilité pour ouvrir le marché de détail à des concurrents, faire baisser les prix à un niveau compétitif* » lorsque le risque d'un prix excessif est avéré (ce qui est le cas en l'espèce) et que les infrastructures ne sont pas aisément répliquables (ce qui est également le cas en l'espèce).

L'ensemble des études qui ont été menées sur les tarifs de TDF (et qui ont été produites devant les autorités de concurrence dans le cadre des contentieux qui ont opposé Antalis-TV à TDF) prouve que ce risque de tarifs excessifs est avéré, alors même que TDF est sous la contrainte, provisoire, de prendre en compte ses coûts dans la détermination de son tarif, par application de l'injonction prononcée par la Cour d'appel en 2002 à titre de mesure conservatoire.

On ne peut pourtant que constater, près de deux années après le prononcé de cette injonction, que l'existence de cette contrainte expresse ne l'a pas même seulement conduite à revoir sa structure tarifaire de manière cohérente avec les inducteurs de coûts qu'elle s'était elle-même fixée. L'ouverture, par le Conseil, d'une procédure de non respect d'injonction le confirme.

- La solution de l'orientation vers les coûts serait en outre tout à fait conforme à la jurisprudence constante en matière de facilité essentielle de la Cour de Justice des Communautés Européennes ainsi que du Conseil de la concurrence.

Il n'existe à cet égard aucun facteur notable susceptible de justifier que soit nuancée cette conclusion.

La taille du marché, que l'on dit plus étroit que certains marchés de télécommunications, est un critère sans existence juridique dans le cadre du nouveau cadre réglementaire. En règle générale, la taille du marché considéré n'est d'ailleurs pas un critère à prendre en compte en droit de la concurrence. Tant le Conseil de la Concurrence que l'Autorité ont d'ailleurs déjà imposé des obligations d'orientation vers les coûts sur des marchés de tailles tout à fait comparables aux marchés de TDF¹¹⁶.

En termes de taille d'entreprise, si TDF n'est pas comparé à EDF ou à France Telecom en termes de chiffre d'affaires, elle n'en demeure pas moins une entreprise bien plus puissante que d'autres acteurs qui ont pu être reconnus comme détenant une position dominante et s'être vus imposer le respect d'un principe d'orientation vers les coûts

Il ne peut ainsi être considéré comme un acteur de faible dimension, notamment par rapport

¹¹⁶ Par exemple, sur le marché de l'accès à la base annuaire de France Télécom, ou encore sur le marché des terminaisons d'appels des opérateurs mobiles dans les DOM.



à la taille de ses concurrents, cette approche relative étant le critère habituellement retenu en droit de la concurrence.

* * *

A la lumière de ces éléments, il est impératif que l'Autorité, à l'instar des autres autorités nationales, se prononce en faveur d'un principe d'orientation vers les coûts.

* * *

CONCLUSION GENERALE

Antalis-TV tient à souligner qu'il est fondamental que l'Autorité adopte rapidement des remèdes clairs et efficaces qui ne pourront être contournés par TDF.

En effet, l'Etat français a pris plus de deux ans de retard dans la mise en œuvre du nouveau régime applicable aux communications et dans le processus d'analyse de marché devant donner lieu à l'imposition de remèdes *ex ante*.

Or du fait de ce retard, le marché de la TNT a achevé son déploiement et s'est structuré dans des conditions qui n'étaient pas celles d'une concurrence optimale et efficiente. TDF, prenant appui sur ses monopoles hérités, a été condamnée à plusieurs reprises pour avoir mis en œuvre des pratiques typiques des opérateurs disposant – comme TDF – d'un quasi monopole sur plusieurs marchés et d'un pouvoir de levier vertical.

De fait, il n'est pas « à craindre » que « l'opérateur historique » mette en œuvre des pratiques abusives et pratique des prix excessifs (doublés d'un effet de ciseau tarifaire) : cette crainte est d'ores et déjà avérée, ces pratiques ont été mises en œuvre, condamnées par les autorités de concurrence, et demeurent cependant intactes.

La preuve a été faite que le droit de la concurrence a été insuffisant, à lui seul, à apporter des solutions efficaces aux difficultés rencontrées par les opérateurs de ce marché.

Ces difficultés ont été en outre aggravées par le retard pris là encore par l'Etat dans le calendrier de déploiement de la TNT sur le calendrier annoncé à l'origine : deux années et demi de retard, pendant lesquelles les opérateurs tels qu'Antalis-TV ont dû procéder à des investissements subséquents sans aucun revenu en regard.

Adopter des demi-mesures, telle que notamment une simple interdiction de ne pas pratiquer des prix excessifs – interdiction qui, pour rappel, pèse d'ores et déjà sur TDF en tant qu'opérateur en position dominante – au lieu d'une réelle mesure d'orientation vers les coûts, sera assimilable à n'adopter aucune mesure et laisser TDF continuer à prévenir l'ouverture du marché à la concurrence.



En revanche, l'Autorité doit constater l'urgence extrême de la situation dans laquelle le retard dans l'adoption de mesure *ex ante* place les opérateurs alternatifs tels qu'Antalis. En effet, les remèdes ne seront *a priori* pas prononcés avant l'expiration du déploiement des premières phases de déploiement de la TNT, moment auquel la majorité des sites auront d'ores et déjà été attribué et le marché se sera structuré pour au moins les cinq années à venir.

Le seul moyen pour que ne soit pas pérennisée une concurrence qui se sera structurée de façon faussée en raison du retard pris dans la mise en œuvre des normes communautaires est que l'Autorité adopte des mesures d'urgence provisoires afin de pallier immédiatement au vide que laisse l'action tardive de l'Etat, sans pour autant risquer, par une trop grande précipitation, d'adopter des remèdes au fond qui pourraient s'avérer inefficaces car trop précautionneux.