

Décision n° 06-0350
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 21 mars 2006
se prononçant sur un différend opposant
la société Antalis TV à la société TéléDiffusion de France (TDF)

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

Vu la directive 2002/19/CE du Parlement Européen et du Conseil en date du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « Accès ») ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement Européen et du Conseil en date du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « Cadre ») ;

Vu le code des postes et des communications électroniques, notamment ses articles L. 32-1, L. 36-8 et R. 11-1 ;

Vu la déclaration de la société Antalis TV en date du 10 février 2005 en tant qu'opérateur de réseau ouvert au public,

Vu la déclaration de la société TDF en date du 12 janvier 2005 en tant qu'opérateur de réseau ouvert au public,

Vu la décision n° 06-0044 de l'Autorité en date du 10 janvier 2006 portant modification du règlement intérieur ;

Vu la décision n° 05-1160 de l'Autorité en date du 20 décembre 2005 portant prorogation du délai dans lequel l'Autorité doit se prononcer sur le différend opposant les sociétés Antalis TV et TDF ;

Vu l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel en date du 6 décembre 2005, relatif à la demande d'avis de l'Autorité, en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle ;

Vu l'avis n° 06-A-01 du Conseil de la concurrence en date du 18 janvier 2006 relatif à la demande d'avis de l'Autorité, en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle ;

Vu la demande de règlement d'un différend, enregistrée le 23 septembre 2005, présentée par la société Antalis TV, RCS Nanterre 433 121 555, dont le siège social est situé 5-7, rue de la Gare - 92130 Issy-les-Moulineaux, représentée par le Cabinet Bird & Bird - Centre d'affaires Edouard VII - 3, square Edouard VII - 75009 Paris ;

La société Antalis TV demande à l'Autorité :

- d'enjoindre à TDF de réduire ses prix pour l'accès à 33 sites sur les 51 premiers sites de diffusion de la télévision numérique terrestre (TNT) (phases 1 à 3 de déploiement), à des niveaux maximaux qu'elle définit ;
- d'ordonner à TDF de supprimer la clause de révision annuelle des prix insérée dans les contrats passés avec Antalis TV, alors que parallèlement Antalis TV doit s'engager sur des prix fermes auprès de ses clients opérateurs de multiplexe ;
- d'enjoindre à TDF de supprimer la facturation des études de faisabilité ou, à défaut, de revenir à son mode antérieur de facturation pour le paiement des 81 050 euros engagés par Antalis TV au moment de la saisine pour les études de faisabilité de la troisième phase de déploiement de la TNT, ainsi que pour les études de faisabilité à venir ;
- d'enjoindre à TDF de fournir des prestations d'énergie tant secourue que non secourue, en mode de sous-comptage, à des tarifs reflétant ses coûts, le cas échéant augmentés d'une marge raisonnable.

I. Rappel des faits

1.1. Contexte

- Le déploiement de la TNT

La société Antalis TV précise que le cadre juridique pour le déploiement de la TNT relève de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 qui a notamment mis fin, pour la TNT, au monopole de TDF sur la diffusion des programmes des télévisions publiques.

Antalis TV indique que le déploiement du réseau de TNT a été organisé par le CSA en cinq étapes de déploiement et qu'à chacune de celles-ci le CSA annonce les « zones géographiques » devant être couvertes par la diffusion de TNT correspondant précisément à celles couvertes par les sites existants de TDF.

Antalis TV souligne que pour chaque site et multiplexe par lesquels elle a été sélectionnée, elle a conclu des conventions d'accès avec TDF, qui lui assurent une prestation d'hébergement sur ses sites et pylônes. Elle rappelle avoir conclu avec TDF à la date de la saisine une première série de contrats particuliers en 2004 pour la première phase de déploiement de la TNT et une deuxième, en 2005 pour la seconde phase de déploiement.

- Les prestations offertes par TDF et les besoins d'Antalis TV

La société Antalis TV rappelle que TDF, en tant qu'opérateur disposant d'un monopole légal sur la diffusion analogique jusqu'en 1986 pour la télévision privée et 2004 pour la télévision publique, détient et contrôle plus de 5 000 sites de diffusion hertzienne, dont plus de 3 650 pour la télévision analogique. Antalis TV estime qu'il est impossible de répliquer des

infrastructures de diffusion de TDF, notamment en raison des contraintes environnementales, sanitaires et d'urbanisme, de coûts irrécupérables significatifs, de la planification des fréquences opérées par le CSA, de l'orientation des antennes de réception de télévision analogique.

Antalis TV considère que le calendrier imposé par le CSA fait de TDF un partenaire incontournable pour les diffuseurs alternatifs, contraints d'être hébergés sur les sites du diffuseur historique pour proposer leurs offres de diffusion aux opérateurs de multiplexe.

Antalis TV précise qu'elle a investi 6 millions d'euros pour pénétrer le marché des services de diffusion télévisuelle. A terme, Antalis TV entend concurrencer TDF sur les infrastructures, non pas en déployant un réseau complet, mais en offrant des sites alternatifs de diffusion dans les cas où les sites existants seraient inadaptés. Antalis TV estime que le calendrier imposé par le CSA ne lui permet pas de construire des sites alternatifs ni de pénétrer le marché sans accéder aux sites de TDF. L'entreprise précise que les prestations de TDF se résument à une mise à disposition d'infrastructures passives, sans réelle valeur ajoutée, dont la tarification pourrait, *in fine*, être assimilée à une tarification « *locative* ».

1.2. Les relations entre TDF et Antalis TV

- Les contrats conclus entre les parties

La société Antalis TV rappelle que les conditions techniques et financières applicables aux relations qu'elle entretient avec TDF sont déterminées par une offre cadre, dénommée « *DigiSiTV* », modifiée en 2002, puis en 2004 et 2005. Sur la base de cette offre, TDF et Antalis TV ont conclu des contrats particuliers déterminant les conditions commerciales et tarifaires applicables à chaque site concerné. Antalis TV estime que la marge de manœuvre qui lui a été laissée lors des négociations de ces contrats s'est avérée limitée, compte tenu des délais resserrés imposés par le CSA et de son besoin d'accéder aux infrastructures de TDF ainsi que de son absence de contrepouvoir et des engagements pris par les chaînes auprès du CSA en termes de délais.

La société Antalis TV considère que cette situation a affecté sa capacité à négocier des conditions tarifaires acceptables pour chaque site concerné, dans la mesure où elle ne pouvait établir de propositions commerciales crédibles à l'attention de ses propres clients sans répercuter le prix de la prestation de TDF. Antalis TV estime donc être obligée de contracter avec TDF et d'accepter ses conditions techniques et financières qu'elle juge inéquitable.

- Les difficultés rencontrées lors des négociations

Sur l'existence d'un désaccord sur les prix proposés par TDF

Antalis TV précise qu'elle a été contrainte, le 4 mars 2005, de mettre TDF en demeure de faire droit à sa demande de renégocier des conditions tarifaires imposées lors de la signature des contrats. Elle souligne en outre que si TDF a accepté de négocier le cas échéant ses tarifs pour les phases 3 et suivantes, elle a refusé de revoir ses tarifs pour les sites déjà concernés par les contrats passés lors des phases 1 et 2. Antalis TV indique avoir pris acte de ce refus le 4 mai 2005 en mettant TDF en demeure de se prononcer sur les autres éléments de désaccords, notamment sur la nouvelle offre 2005 préparée par TDF. Elle constate l'absence d'effet de cette mise en demeure.

La société Antalis TV ajoute qu'elle a définitivement constaté, le 7 juin 2005, l'absence d'accord avec TDF en particulier sur le niveau des prix, sur le refus de supprimer ou de modifier la clause de révision des prix contractuellement prévue ou de revenir sur sa décision de modifier le mode de facturation des études de faisabilité. Antalis TV considère qu'en refusant de répondre à ses demandes, TDF la met dans une situation économique insupportable alors que de nouvelles phases du déploiement de la TNT sont en jeu.

L'existence d'un désaccord sur la clause de révision des prix

Antalis TV rappelle que la clause de révision annuelle des prix figurant dans les contrats permettant à TDF de procéder à une augmentation annuelle automatique constitue l'un des désaccords les plus anciens entre les deux parties. L'opérateur indique que les indices retenus par TDF portent sur : l'indice du coût de la main d'œuvre des industries mécaniques et électriques, l'indice du coût des produits et services divers catégorie C (dit « *PSDC* ») applicable à l'électronique, et l'indice du coût de la construction.

Antalis TV signale que, l'indice « *PSDC* » ayant été supprimé en juillet 2004, TDF a décidé d'adopter un modèle de remplacement basé sur l'indice « *énergie, biens intermédiaires et biens d'équipement* » (dit « *EBIQ* »), l'indice « *services de transport, communication et hôtellerie, cafés, restauration* » (dit « *TCH* ») et l'indice « *coût à la construction moyenné* ». Dans un courrier du 27 novembre 2003, elle considère que ce nouveau modèle a entraîné une augmentation d'environ 1,6 % des prix de TDF, laissant craindre pour Antalis TV une augmentation de 5 % début 2005. Elle conteste ainsi le principe de l'augmentation annuelle automatique des prix, ainsi que le caractère inadapté de la formule retenue pour une prestation de mise à disposition de locaux et d'infrastructures passives déjà existantes. Antalis TV indique que TDF a répondu à ce courrier le 15 décembre 2003 en précisant que les indices utilisés reflétaient uniquement ses coûts et qu'il appartenait en conséquence à Antalis TV d'incorporer une prévision de cette hausse dans le prix de ses offres.

Antalis TV souligne que la clause de révision des prix a fait l'objet, entre les mois de juin et de septembre 2004, de nouvelles discussions qui n'ont cependant pas amené TDF à revoir sa position. En outre, elle indique que TDF n'applique pas de telles clauses à ses clients opérateurs de multiplexe.

L'existence d'un désaccord quant à la facturation des études de faisabilité

La société Antalis TV souligne que TDF a décidé, dans le cadre de son offre de 2005, de modifier le mode de facturation des études de faisabilité avant toute passation de commande. Elle constate que, si pour les phases 1 et 2 de déploiement de la TNT, le prix de ces études était déduit de la facture globale du diffuseur alternatif en cas de contractualisation pour un site et une fréquence donnée, ces études sont désormais facturées pour les phases 3 et suivantes sans aucune possibilité de récupération ultérieure. Par suite, ce système entraîne une augmentation mécanique du prix global des prestations d'accueil.

Antalis TV précise que TDF a proposé de lui transmettre gratuitement les caractéristiques techniques générales des systèmes existants, mais que ces éléments n'ont pas le degré de précision requis pour adapter ses offres aux demandes des opérateurs de multiplexe

Enfin, Antalis TV reproche à TDF de faire payer ses propositions d'accueil sur site à ses concurrents alors qu'elle ne fait pas payer ses propositions aux clients finals. Cette pratique est dénoncée comme étant discriminatoire.

L'existence d'un désaccord quant aux conditions de fourniture d'énergie par TDF

Antalis TV indique qu'au début des négociations, TDF a refusé de lui fournir des prestations d'énergie, la contraignant ainsi à se fournir directement auprès d'EDF. Elle ajoute que sur certains sites d'accès difficile et pour lesquels le raccordement électrique par EDF s'avérait particulièrement difficile et onéreux, elle a demandé à TDF de lui faire deux propositions de fourniture d'énergie en mode de sous-comptage, l'une secourue, l'autre non secourue.

La société Antalis TV signale qu'en guise de réponse TDF s'est bornée à proposer une offre de fourniture d'énergie sécurisée en sous-comptage incluant l'énergie de base et l'énergie de secours. Elle a indiqué à TDF non seulement que cette l'offre ne répondait pas à sa demande, dans la mesure où ses clients ne lui demandaient que des prestations d'énergie non sécurisée, mais également que les prix correspondant étaient excessifs et injustifiés. Elle indique que TDF lui a alors confirmé que son offre n'existait qu'en version secourue par groupe électrogène en lui rappelant que cette offre représentait une alternative à la fourniture directe de son énergie par son propre fournisseur.

1.3. Sur l'échec des négociations

- L'échec des négociations sur le niveau des prix

Antalis TV indique que malgré ses tentatives de négociations et l'injonction faite par le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris, TDF n'a pas modifié le niveau tarifaire de son offre. Elle a ainsi contesté à plusieurs reprises le niveau des prix proposé par TDF dans son offre de juin 2002. En septembre 2004, Antalis TV constatait que TDF persistait à refuser ses propositions, ainsi que le caractère unilatéral des négociations entre les parties.

En réponse à la mise en demeure adressée le 4 mars 2005, TDF a prétendu accepter de négocier uniquement pour la seule phase 3, au prétexte que les conditions contractuelles antérieures avaient été acceptées et négociées par les parties.

Antalis TV indique que le 22 mars 2005, TDF a réitéré son refus d'ouvrir à nouveau les négociations sur les contrats des phases 1 et 2, au motif que leurs stipulations étaient équitables et conformes au cadre contractuel accepté par les parties. Antalis TV précise qu'en réponse à son courrier du 6 avril 2005, dans lequel elle réaffirmait le caractère excessif, discriminatoire et non transparent des tarifs de TDF ainsi que l'effet de ciseau tarifaire subséquent, TDF a réaffirmé le caractère concurrentiel de ses tarifs par courrier du 22 avril 2005.

Antalis TV indique qu'elle a alors été contrainte, le 4 mai 2005, d'annoncer à TDF que faute d'accord avant le 18 mai 2005, elle en déduirait l'échec des négociations en ce qui concerne particulièrement le niveau tarifaire des contrats des phases 1 et 2. La société Antalis TV adopte cette position le 7 juin 2005 confirmant dans le même temps l'absence d'accord entre les parties sur le niveau de prix des nouvelles propositions de TDF pour la phase 3.

- **L'échec des négociations sur la clause de révision des prix**

Antalis TV souligne qu'elle a vainement tenté d'obtenir la suppression de la clause de révision des prix. Elle indique que TDF a alors augmenté ses prix de 1,6 % en 2003 puis de 1 % en 2004 et que, après de nombreuses discussions, elle n'a pu, par lettre du 7 juin 2005, que constater définitivement le refus de TDF de supprimer ou de modifier cette clause figurant dans ses contrats.

- **Sur l'échec des négociations concernant la facturation des études de faisabilité**

Antalis TV a contesté la décision de TDF de modifier le mode de facturation des études de faisabilité à partir de la phase 3 et a pris acte le 7 juin 2005 du refus de TDF de permettre la récupération jusqu'alors possible des sommes payées pour la réalisation des études de faisabilité.

- **Sur l'échec des négociation relatives à la fourniture d'énergie**

La société Antalis TV indique que TDF a maintenu une position consistant à proposer des offres liant l'énergie de base et l'énergie de secours, en facturant le tout à un niveau qu'elle juge excessif et injustifié.

II. Sur la recevabilité de la saisine

Antalis TV estime que le présent litige s'inscrit dans un contexte de blocage des négociations commerciales et d'un désaccord avec TDF sur l'exécution d'une convention d'accès à un réseau de communications électroniques, étant précisé que le contrat « *DigiSiTV* » relève de la compétence de l'Autorité pour intervenir au titre de l'article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques (CPCE).

2.1. Sur la recevabilité de la saisine au regard des dispositions de l'article L. 36-8 I du CPCE

Antalis TV indique qu'il ne peut être contesté que la clause attributive de compétence insérée dans le contrat « *DigiSiTV* » de 2004 conforte la compétence de l'Autorité pour régler les différends portant sur les conditions de fourniture du service, dès lors que ledit contrat répond à la qualification d'une offre d'accès au sens de l'article L. 36-8 I alinéa 1^{er} du CPCE et que les échanges intervenus entre les parties font état d'un échec des négociations commerciales et d'un désaccord sur une convention d'accès à un réseau de communications électroniques.

Antalis TV indique également que les prestations offertes par TDF entrent dans le champ de la définition des prestations d'accès à un réseau de communications électroniques au sens de l'article L. 32 du CPCE. Elle signale que cette analyse est confirmée par l'Autorité dans sa consultation publique sur l'analyse du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle de juillet 2005, ainsi que par l'article 2 de la directive « *Accès* ».

2.2. Sur la compétence de l'Autorité pour déterminer des conditions techniques et financières des contrats d'accès au réseau de TDF souscrits par Antalis TV

Antalis TV indique qu'il appartient à l'Autorité de trancher les différends portant sur les conditions d'accès au réseau de TDF, indépendamment de l'analyse du marché 18 en cours et

de la procédure devant le Conseil de la concurrence. Elle rappelle que l'Autorité doit veiller à garantir des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires dans lesquelles TDF doit lui fournir les prestations d'accès et que cette compétence découle en premier lieu de l'article L. 32-1 II du CPCE.

Antalis TV relève qu'il ressort des dispositions de la directive « Accès » que les autorités réglementaires nationales doivent être en mesure d'imposer des conditions d'accès équitables, raisonnables et non discriminatoires, indépendamment et sans préjudice de tout remède *ex ante* pouvant être imposé aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché donné.

Antalis TV demande à l'Autorité de fixer les conditions financières des contrats conclus avec TDF afin de garantir une égalité des conditions de concurrence.

III. Les demandes d'Antalis TV sont raisonnables

Antalis TV souligne que ses demandes visant à accéder au réseau de TDF sont légitimes, fondées et raisonnables et que TDF doit proposer un accès à ses sites dans des conditions équitables.

3.1. Les demandes tarifaires

- Les demandes portant sur le niveau des prix

Pour déterminer la réduction devant être appliquée aux tarifs imposés par TDF sur les différents sites pour lesquels Antalis TV a été retenue, celle-ci s'est appuyée sur une simulation faite par le Cabine Rise Conseil en 2002 et 2004 suivant une méthode en quatre étapes :

- recensement du contenu des prestations (principales et annexes) ;
- estimation des coûts unitaires des produits et services composant les prestations : sont pris en compte dans les investissements : la construction du site, l'acquisition et l'installation des matériels mis à disposition par TDF et les autres immobilisations et dans les charges d'exploitation : l'entretien et la maintenance du site ;
- calcul des investissements et des charges pour chaque site compte tenu de ses caractéristiques ;
- détermination de la quote-part des charges à affecter à l'hébergement d'un émetteur numérique.

Antalis TV souligne que cette méthode de modélisation des coûts est très favorable à TDF dans la mesure où elle est élaborée sur la base d'un principe de reconstruction de l'infrastructure à neuf alors que les infrastructures de TDF sont en majorité amorties.

Antalis TV indique que la méthode mise en œuvre est celle utilisée pour évaluer la rémunération d'actifs lourds pouvant être utilisés par plusieurs clients et consistant à considérer un site de diffusion comme un actif et à rémunérer le fournisseur au prorata de cet actif sur une période de référence. Antalis TV souligne que les investissements et charges pris en compte correspondent à la quote-part à affecter à l'hébergement d'un émetteur, compte tenu des hypothèses de partage des infrastructures entre plusieurs clients/prestations et quantifiés

suivant la méthode des coûts complets. Ces flux sont ensuite actualisés sur la période de référence qui, dans le cas présent, est de 30 ans.

Antalis TV indique que sa demande porte sur les sites multiplex pour lesquels elle a conclu un contrat d'accès avec TDF et dont les tarifs ont fait l'objet d'une analyse par le Cabinet Rise Conseil. Antalis TV précise que les calculs effectués par ce cabinet utilisent la méthode de couverture de charges et de rémunération du capital avec prise en compte d'une éventuelle marge additionnelle en retenant des hypothèses différentes de combinaison de taux et/ou de marge.

Antalis TV a procédé à une comparaison des prix proposés par TDF qui fait ressortir le caractère excessif de l'augmentation globale des prix de TDF, de même que des incohérences apparaissent dans les augmentations de prix constatées par le cabinet Rise Conseil dans son analyse comparant les prix 2002 aux prix 2005, ce qui suppose que ces variations ne sont pas justifiées.

- **La demande portant sur la clause de révision des prix**

Antalis TV demande à l'Autorité d'ordonner à TDF de supprimer la clause de révision de prix lui permettant d'imposer une augmentation annuelle de ses prix dans le cadre de contrats de durée quinquennale, alors que parallèlement Antalis TV doit s'engager sur des prix fermes auprès de ses clients. Antalis TV indique que TDF se prélève déjà une marge substantielle sur la prestation d'hébergement, lui permettant de façon inéquitable et discriminatoire d'imposer une contrainte financière supplémentaire injustifiée à ses concurrents.

- **Les demandes relatives à la facturation des études de faisabilité**

Antalis TV demande à l'Autorité d'enjoindre à TDF de supprimer la facturation des études de faisabilité ou à défaut de revenir à son mode antérieur de facturation pour le paiement des 81 050 euros actuellement engagés pour les études de faisabilité pour la phase 3 ainsi que pour les études de faisabilité à venir.

- **La demande portant sur la fourniture d'énergie**

Antalis TV demande à l'Autorité d'enjoindre à TDF d'une part, de distinguer dans son offre la prestations d'énergie secourue et non secourue, d'autre part, de fournir des prestations d'énergie tant secourue que non secourue en mode de sous-comptage et de facturer cette prestation à un niveau reflétant ses coûts, le cas échéant augmentés d'une marge raisonnable.

Au regard de ces éléments, Antalis TV demande à l'Autorité de faire droit à l'intégralité de ses demandes et de bénéficier de conditions techniques et financières d'accès équitables, transparentes et non discriminatoires.

Vu le courrier du chef du service juridique en date du 3 octobre 2005 adressé aux parties leur transmettant le calendrier de dépôt des mémoires et portant désignation des rapporteurs ;

Vu la lettre du Président de l'Autorité en date du 12 octobre 2005 adressée au président du CSA transmettant la saisine d'Antalis TV ;

Vu les observations en défense enregistrées le 28 octobre 2005 présentées par la société TDF, immatriculée au RCS de Paris n° 342 404 399, dont le siège social est situé 10, rue d'Oradour sur Glane - 75732 Paris cedex 15, représentée par Maître Martine Georges-Naïm, Cabinet Bersay & Associés - 31, avenue Hoche - 75008 Paris ;

I. Contexte

TDF indique que ses relations avec Antalis TV ont évolué depuis 2002 et qu'Antalis TV, créée en 2003 a eu le temps nécessaire pour se préparer au démarrage effectif des services de TNT en mars 2005. TDF indique qu'elle a proposé aux opérateurs tiers d'être hébergés sur ses infrastructures et de diffuser leurs émissions à partir de ses antennes. TDF considère que les opérateurs de diffusion, et Antalis TV ont pu conquérir en quelques mois 30 % du marché.

TDF indique que depuis 2001, les opérateurs connaissent les zones géographiques de couverture pour lesquelles seront lancés les appels à candidatures ainsi que les choix de planification du CSA sur les 29 premières zones et le calendrier de planification des zones des phases ultérieures. TDF rappelle qu'elle a, dès juin 2002, modifié, en la décomposant, son offre à destination des opérateurs de diffusion, dont Antalis TV, afin de proposer une offre début 2003.

TDF précise que les chaînes de télévision diffusées dans le cadre de la TNT sur six multiplexes n'ont été connues et autorisées qu'en juin 2003 et que les premiers opérateurs de multiplexe autorisés fin octobre 2003 ont lancé les premiers appels d'offres pour la diffusion de leurs multiplexes en novembre 2003. TDF indique que les émissions en TNT ont démarré respectivement les 31 mars et 15 octobre 2005 pour les phases 1 et 2 du déploiement, les appels d'offres pour les phases 3 et 4 sont en cours.

Ainsi, TDF souligne qu'Antalis TV dispose depuis juin 2002 de son offre d'accueil « *DigiSiTV* » décomposée lui permettant de répondre aux appels d'offres lancés pour la première phase début novembre 2003, puis aux offres « *Hébergement TNT* » et « *DiffHF-TNT* » plus décomposées, qui lui ont été présentées dès avril 2005 afin de répondre au troisième appel d'offres en cours, dont la première étape s'est achevée le 18 octobre 2005. TDF estime que le contexte de la présente procédure n'est pas celui qui prévalait en 2002 assurant aux opérateurs de diffusion qui en feraient la demande, la présentation d'une offre améliorée de TDF afin de répondre à des appels d'offres prévus quelques mois plus tard. TDF précise que les conventions conclues en 2004 avec les autres opérateurs de diffusion résultent de négociations contractuelles entamées fin 2003 sur la base de l'offre « *DigiSiTV* » décomposée. TDF indique que les négociations avec Antalis TV ont abouti en septembre 2004 à la conclusion de contrats dont les clauses ont été discutées et ont évoluées.

II. Sur la compétence de l'Autorité

2.1. La compétence de l'Autorité pour régler le différend résulte des articles L. 36-8 et L. 34-8 du CPCE

TDF conteste que l'Autorité puisse être saisie d'une part, d'un différend l'opposant à Antalis TV relatif à la mise en œuvre de ses obligations d'opérateur, d'autre part, d'un différend relatif aux conditions de fourniture des services fournis par TDF dans le cadre de l'offre « *DigiSiTV* » rappelée à l'article 36.2 du contrat conclu entre les parties en 2004. TDF estime

que le contrat conclu entre les parties n'a pas pour objet ni pour effet d'étendre le périmètre des compétences de l'Autorité tel qu'il résulte de la loi.

TDF rappelle que l'article L. 36-8 du CPCE permet à l'Autorité de déterminer les conditions dans lesquelles ce droit doit être assuré. TDF considère que pour que la demande d'Antalis TV soit recevable dans le cadre de la procédure de règlement de différend, elle doit pouvoir se prévaloir d'un droit qui lui serait reconnu par la loi en matière d'accès vis-à-vis de TDF. TDF souligne que l'obligation de TDF en matière d'accès relève de l'article L. 34-8 I du CPCE et considère que sa seule obligation réglementaire est de négocier une convention d'accès qui a été négociée entre les parties et non de faire droit aux demandes d'accès d'Antalis TV.

TDF constate que l'Autorité ne pourra préciser les conditions d'un accès qui n'a pas à être assuré en application de la réglementation des communications électroniques résultant de la loi du 9 juillet 2004. TDF note que l'Autorité doit, avant d'intervenir pour imposer des modalités d'accès, constater que cette intervention est indispensable pour respecter les objectifs définis à l'article L. 32-1 du CPCE et estime que cette condition n'est pas réunie dans le présent litige.

2.2. La recevabilité de la demande d'Antalis TV suppose de constater un échec des négociations commerciales

TDF indique que la demande d'Antalis TV n'est recevable que s'il y avait eu un échec des négociations ou un désaccord sur la conclusion ou l'exécution de la convention d'accès conclue entre Antalis TV et TDF. TDF souligne que, lors des négociations, elle a pris en compte les demandes d'Antalis TV de pouvoir répliquer ses offres aux opérateurs de multiplexe et estime qu'elle a fait en sorte qu'Antalis TV puisse proposer à ses clients des conditions similaires à celles de TDF.

- Les négociations entre Antalis TV et TDF se déroulent sur la base d'une offre d'accès commercial

TDF souligne que le cadre des négociations avec Antalis TV est celui d'une offre d'accès commercial que TDF a mise à la disposition de l'ensemble des diffuseurs dès décembre 2000. TDF indique que pour les sites nécessaires au déploiement sur les zones des phases 1 et 2 les contrats avec Antalis TV ont été conclus sur la base d'une offre commerciale d'accès décomposée dont le contenu a été mis en conformité avec les principes de concurrence. TDF précise que pour le déploiement des zones de la phase 3, le cadre des négociations est aussi celui d'une proposition commerciale spontanée qu'elle a adaptée progressivement au vu des précisions apportées par le CSA.

- L'état des négociations avec Antalis TV démontre que les demandes d'Antalis TV ont été satisfaites

TDF souligne qu'Antalis TV dispose d'une offre commerciale « *DigiSiTV* » détaillée poste par poste depuis le 20 juin 2002 faisant suite à l'offre initiale élaborée par TDF en décembre 2000. TDF indique qu'une fois achevé le processus de sélection par le CSA, TDF et les opérateurs de diffusion, dont Antalis TV, sont entrés dans une phase de négociations qui s'est achevée avec Antalis TV en septembre 2004 par la signature d'un contrat cadre de service « *DigiSiTV* » définissant les conditions dans lesquelles Antalis TV peut accéder aux sites et aux systèmes antennaires de TDF sur les 34 premières zones de déploiement planifiées par le

CSA. TDF souligne qu'elle a veillé à ce que les diffuseurs accueillis sur ses sites bénéficient de conditions contractuelles afin qu'ils puissent répondre aux demandes des opérateurs de multiplexes, y compris en consentant des concessions sur les tarifs de son offre.

- **Sur la fourniture d'énergie par TDF**

TDF indique que pour les sites des phases 1 et 2, il n'y a pas de désaccord car elle a répondu précisément aux demandes formulées par Antalis TV pour l'alimentation en énergie de certains sites d'accès souvent difficile. TDF précise que, dès février 2005, elle a annoncé à Antalis TV qu'elle ferait une offre systématique d'énergie en décidant d'appliquer par anticipation cette prestation de la nouvelle offre « *DiffHF-TNT* » aux sites de la phase 2 pour lesquels une demande d'Antalis TV serait formulée. TDF indique que dans ce cadre les discussions avec Antalis TV ont porté sur trois sites Ajaccio, Bayonne et Bourges pour lesquels TDF a fait une offre d'énergie secourue.

TDF propose désormais systématiquement pour les sites de la phase 3, une offre d'énergie pour lesquels Antalis TV n'a pas formulée de demandes particulières permettant d'entamer une négociation. TDF estime qu'Antalis TV ne peut prétendre que ses éventuelles demandes n'auraient pas été satisfaites et qu'en l'absence de demande, TDF n'a pu lui proposer des conditions techniques et financières applicables à des sites déterminés de la phase 3.

S'agissant de la demande relative à l'énergie, TDF estime qu'Antalis TV ne peut se prévaloir d'un échec de négociations et que sa demande n'est pas recevable.

Enfin, la société TDF estime que si l'Autorité venait à se prononcer sur le caractère excessif des prix concernant les sites des phases 1 et 2, elle préjugerait de la décision au fond du Conseil de la concurrence. Elle indique également que la compétence de l'Autorité pour régler le différend en matière d'accès est indépendante du processus en cours lié à l'analyse du marché.

III. Le niveau des prix est justifié

3.1. Les prix de l'offre « DigiSiTV » sont justifiés sur la base du modèle utilisé par Antalis TV

TDF précise que dans la mesure où Antalis TV a choisi de ne pas construire ses propres sites de diffusion, il s'agit donc des sites utilisés sur les zones où elle a été retenue lors des phases 1 et 2 sur la base de tarifs provenant des offres commerciales de TDF.

3.2. Le modèle Rise comporte des erreurs manifestes qui portent sur la modélisation, les allocations de coûts, les données d'entrée

TDF note qu'Antalis TV s'appuie sur les résultats d'une étude réalisée en décembre 2001 par le cabinet Rise Conseil dans le cadre d'un contentieux relatif aux niveaux tarifaires de l'offre d'accueil de TDF modifiée en septembre 2002 et en mars 2005 par ce cabinet.

TDF indique qu'elle a demandé au cabinet Tera Consultants une expertise de la méthodologie mise en œuvre dans la dernière étude du cabinet Rise, ainsi qu'une analyse détaillée et chiffrée de la modélisation et de ses conclusions. TDF souligne que le rapport Tera fait apparaître que l'étude servant de base aux prétentions d'Antalis TV repose sur des erreurs manifestes portant

sur la modélisation, les allocations de coûts et les données d'entrée. TDF estime que le cabinet Rise ne dispose pas des informations internes à TDF concernant :

- la modélisation ayant abouti aux tarifs « *DigiSiTV* » ;
- les règles d'ingénierie et de dimensionnement utilisées pour la construction du service « *DigiSiTV* » ;
- les données de coûts d'achat de TDF.

TDF précise d'une part, qu'un travail d'évaluation externe de coûts pour jauger un niveau tarifaire nécessite une approche technico-économique dont la pertinence repose sur certains critères, d'autre part, d'un point de vue méthodologique, ce cabinet avait le choix entre deux types de méthodologie de construction externe de coût : la méthode *bottom-up* et la méthode *top-down*.

TDF observe que le cabinet a choisi de raisonner en « *coûts complets* » ou coûts alloués qui est une logique comptable employée en situation de modélisation de type *top-down*. TDF note qu'au moment de choisir la nature des informations pouvant alimenter sa modélisation, ce cabinet a choisi une logique *bottom-up* en s'appuyant sur une logique de reconstruction à neuf à partir de données externes à TDF.

TDF constate que les résultats chiffrés utilisés par Antalis TV résultent d'un calcul combinant une « *rémunération des actifs* » et une « *actualisation des flux de coûts complets* » alors qu'il convient de choisir une approche par la « *rémunération des actifs* » ou une approche par une « *actualisation des flux* ». TDF souligne que les raisonnements et conclusions de l'étude reposent sur une application de la méthode des « *coûts complets* » incomplète car des postes de coûts pertinent ne sont pas pris en considération notamment les coûts de structure, coûts commerciaux.

3.3. *Le travail de reconstitution puis de re-paramétrage sans modification de la structure du modèle Rise fait apparaître des coûts de niveaux comparables aux prix pratiqués par TDF*

TDF précise que les trois études du cabinet Rise Conseil ont permis de reconstituer les calculs réalisés avec une précision moyenne de 98,4 % par rapport aux résultats communiqués pour 19 sites dans la seconde révision de l'étude. TDF souligne qu'un nouveau paramétrage justifié et opposable de quelques éléments de la modélisation, sans modifier sa structure, amène à des niveaux de coûts comparables aux tarifs « *DigiSiTV* ». TDF estime que cette modélisation ne peut servir de référence pour attribuer un caractère excessif à ses tarifs d'accueil.

3.4. *Les prix des nouvelles offres « Hébergement TNT » et « DiffHF-TNT » sont justifiés*

TDF souligne que la structure de modélisation des coûts étant différente des tarifs, on ne peut conclure sur les valeurs site par site alors qu'on peut constater que les coûts calculés dans cette version révisée de la modélisation du cabinet Rise Conseil s'avèrent être à des niveaux comparables aux prix estimés par TDF en juillet 2005 pour la troisième phase de déploiement, dans une hypothèse de configuration une station et supérieurs dans une hypothèse de configuration trois stations. TDF estime que la modélisation du Rise Conseil ne peut étayer le caractère excessif de l'offre d'accueil de TDF pour la troisième phase de déploiement. TDF considère que ses prix sont justifiés conformément à l'article D. 99-10 du CPCE et ne peuvent être considérés comme excessifs.

3.5. Les conditions tarifaires ne sont pas discriminatoires

TDF souligne que le caractère non discriminatoire de ses tarifs résulte de la méthode de construction de ses prix qui s'applique dans des conditions identiques d'hébergement et de diffusion haute fréquences pour établir les prix de ses offres aux opérateurs de multiplexe. Par suite, TDF estime que les conditions tarifaires de ses offres sont objectives, transparentes, justifiées et non discriminatoires.

IV. La demande relative à la clause de révision de prix

4.1. La prestation de TDF n'est pas une prestation régulée

TDF souligne que sa prestation n'est pas une prestation régulée *ex ante* et pas par une orientation vers les coûts. S'agissant de la pratique des opérateurs, TDF observe que le mécanisme d'approbation des prix des prestations d'interconnexion ou d'accès fixés annuellement dans un catalogue rend sans objet un mécanisme contractuel plafonnant pour une durée de cinq ans les augmentations annuelles au niveau de l'application des indices retenus.

4.2. La révision du prix est une pratique courante

TDF rappelle que la révision annuelle des prix est une pratique commerciale courante notamment sur des contrats de moyenne durée visant à protéger les contractants dans la mesure où elle limite les effets d'une évolution défavorable des conditions économiques d'exécution du contrat permettant de plafonner les augmentations annuelles plutôt que de fixer le prix d'une prestation à un niveau élevé anticipant d'une façon générale de l'inflation sur la période. TDF indique que ce mécanisme conduit à fixer des prix moins élevés en prévoyant leur révision par l'application d'une formule reflétant l'évolution du prix des moyens mis en œuvre pour fournir la prestation considérée.

4.3. Les indices sont objectifs et pertinents

TDF souligne que les indices utilisés prennent en compte l'évolution du coût des moyens mis en œuvre par TDF qu'il s'agisse du coût de la main-d'œuvre, de l'évolution de frais divers de gestion ou du coût de la construction qui a vocation à refléter l'évolution de coûts supportés par TDF pour la construction et l'aménagement des bâtiments et locaux mis à disposition par TDF sur les sites de diffusion. TDF indique que les contrats relatifs aux prestations de la nouvelle offre « *DiffHF-TNT* » retiennent des indices liés aux prestations et leur pondération dans les formules de révision prend en compte la nature des moyens mis en œuvre pour chacune d'elle.

4.4. La révision n'a pas conduit à une augmentation anormale des prix

TDF précise que l'indice panélisté retenu a conduit à une augmentation moyenne annuelle des prix courants entre 2002 et 2005 d'environ 1,4 %. TDF souligne que la clause de révision n'induit pas d'évolutions anormales de prix et que rien n'exclut que l'application d'une formule de révision puisse conduire dans certains cas à réviser à la baisse les prix courants faisant bénéficier le client de la réduction des coûts de production enregistrée par le fournisseur dans la période précédente.

4.5. La clause de révision est appliquée de manière non discriminatoire

TDF relève que la clause de révision n'est pas discriminatoire puisqu'elle a pris en compte la révision prévisionnelle des prix de l'offre de gros « *DigiSiTV* » dans l'élaboration des tarifs de diffusion proposés à ses clients. TDF souligne que la clause de révision de prix figurant dans les contrats conclus avec Antalis TV n'est ni inéquitable ni discriminatoire et que son principe comme ses modalités satisfont aux exigences d'objectivité et de transparence. TDF estime qu'elle est justifiée sur le plan économique sur des contrats de longue durée et que son application n'a pas d'effet inéquitable sur Antalis TV.

V. La demande relative aux études de faisabilité

TDF indique qu'au terme des deux premières phases de déploiement de la TNT, elle a dû revoir l'articulation des études d'ingénierie nécessaires pour permettre la diffusion de la TNT et l'accueil des opérateurs tiers sur un site.

TDF indique qu'elle fournit aux opérateurs les informations nécessaires à la construction de leurs offres aux diffuseurs.

5.1. Au niveau de l'hébergement

TDF précise que depuis septembre 2005, les opérateurs disposent de grilles tarifaires leur permettant de calculer le prix de la prestation « *Hébergement TNT* » pour les configurations qu'ils souhaitent déployer.

TDF souligne que cette grille établie par unités de bases est celle qu'elle utilise pour calculer le prix de sa prestation « *Hébergement TNT* » et qu'Antalis TV peut calculer ses prévisions de charges, en évitant de fournir à TDF des informations sur les équipements qu'elle se propose d'installer et sur ses méthodes d'optimisation à une période où les deux entreprises établissent des offres concurrentes à destination des opérateurs de multiplexe.

TDF rappelle que lorsqu'elle ne disposait pas encore de grille tarifaire, elle fournissait gracieusement des estimations tarifaires précises du prix de sa prestation d'hébergement, ce qu'elle a fait en mai, août et en septembre 2005 pour les réponses aux appels d'offres de la phase 3, à mesure qu'Antalis TV affinait ses demandes. TDF estime qu'Antalis TV dispose d'informations précises sur ses coûts d'hébergement pour construire son prix de diffusion sans avoir à déboursier le prix d'une étude de faisabilité.

5.2. Au niveau de l'utilisation du système antennaire

TDF indique qu'elle ne peut fournir des informations sur la diffusion TNT à partir de ces antennes, compte tenu des cahiers des charges des opérateurs de multiplexe et du CSA et des problèmes de multiplexage, elle doit optimiser l'utilisation des systèmes antennaires en déterminant la meilleure solution pour la diffusion des multiplexes. TDF indique qu'elle ne peut prendre d'engagement ferme sur le prix de sa prestation, qu'une fois qu'elle a déterminé précisément les éléments structurants de son offre. TDF souligne qu'il suffit à Antalis TV de commander une « *étude de conception et de raccordement* » au système antennaire peu onéreuse (1 500 euros HT par site par multiplexe et 350 euros HT par fréquence supplémentaire, soit au maximum 2 900 euros HT pour un site pour l'intégralité des multiplexes).

VI. La demande portant sur la fourniture d'énergie

TDF indique que ses premières offres « *DigiSiTV* » n'incluaient pas la fourniture d'énergie dans le périmètre des prestations qu'elle proposait par TDF mais qu'elle a offert à Antalis TV le 31 mai 2001 de lui fournir les prestations nécessaires pour permettre l'amenée d'énergie basse tension depuis le point de livraison par EDF jusqu'au local où sont installés ses équipements d'émission. TDF a confirmé cette proposition le 21 décembre 2001 sans augmenter les tarifs « *DigiSiTV* », ni facturer les travaux de génie civil nécessaires pour cette amenée. TDF souligne que pour la phase 1, elle a répondu précisément aux demandes d'Antalis TV pour l'alimentation en énergie de certains sites d'accès difficile.

TDF précise que dès février 2005, elle a annoncé qu'elle ferait une offre systématique d'énergie dans le cadre de sa nouvelle offre d'accueil sur site en l'étendant aux sites de la phase 2. TDF estime qu'Antalis TV pouvait étudier les solutions lui paraissant optimales pour les sites de la phase 2 et considère qu'il n'y a pas de différend à trancher sur cette question au titre des sites de la phase 2 et de la phase 3 pour lesquels Antalis TV n'a formulé aucune demande et qu'aucune négociation n'a été entamée. TDF souligne que sa prestation d'énergie n'est qu'une alternative pour Antalis TV qui ne l'a demandé que sur trois sites (Ajaccio, Bayonne, Bourges) parmi un ensemble de quinze zones. TDF estime qu'Antalis TV a pu répondre aux demandes des diffuseurs en s'appuyant sur les différentes solutions dont elle dispose.

Vu les observations en réplique présentées par la société Antalis TV, enregistrées le 21 novembre 2005 ;

I. Le contexte

1.1. Sur les parts de marché des parties

Antalis TV estime que la présentation de TDF sur le positionnement des diffuseurs de marché est erronée. Antalis TV précise que les opérateurs n'ont pas choisi de recourir ou non aux sites de TDF mais sont en général contraints de le faire, sauf cas exceptionnels où les sites de TDF sont inexploitable. Antalis TV indique que les sites de Caen et Villebon n'ont été retenus que parce que les sites analogiques de TDF n'étaient pas exploitables et pas en mesure d'accueillir des nouvelles stations d'émission de la TNT. Antalis TV précise que le calcul effectué par TDF est erroné car cette approche lui permet de minorer sa position sur le marché et masque les revenus qu'elle prélève sur l'ensemble de la chaîne de valeur en surévaluant le coût de ses prestations d'hébergement.

Antalis TV indique que pour 30 des 32 sites attribués, TDF récupère la quasi intégralité des revenus attribuables à la partie hébergement des prestations rendues aux éditeurs. Antalis TV indique qu'une analyse de la répartition entre les diffuseurs des revenus générés auprès des éditeurs sur le marché de détail montre que TDF absorbe plus de 85 % du chiffre d'affaires généré par les éditeurs sur le marché de la diffusion numérique terrestre. Antalis TV souligne que contrairement aux observations de TDF, ses concurrents n'ont pas acquis 30 % du marché même si les appels d'offres se déroulent en quelques mois, il n'en demeure pas moins qu'ils sont le résultat d'un processus d'ouverture de marché entamé fin 2000 et qui a nécessité des investissements financiers considérables.

1.2. Sur les prestations d'hébergement de TDF

Antalis TV note que TDF justifie le tarif élevé de ses prestations par le fait que celles-ci représenteraient le « cœur de métier » des opérateurs et serait ainsi une valeur ajoutée de son savoir et de son expérience. Antalis TV estime que la valeur ajoutée réside du côté des fournisseurs qui conçoivent et fabriquent des antennes et non du côté des diffuseurs.

Antalis TV indique que sur les 30 sites utilisés pour la diffusion TNT appartenant à TDF, seuls les systèmes antennaires de TDF sont utilisés, de même, sur les deux sites de Towercast qui fournit les systèmes antennaires à TDF. Antalis TV estime qu'il est avéré que rien ne justifie que les prestations d'hébergement de TDF représentent une part élevée du coût des prestations finales des diffuseurs techniques.

II. La recevabilité des demandes d'Antalis TV

2.1. La compétence de l'Autorité pour imposer des conditions d'accès équitables

Antalis TV note que TDF estime que l'Autorité n'est pas compétente pour trancher le présent litige, mais reconnaît que la convention est une convention d'accès et ne conteste pas que la demande d'Antalis TV ne vise pas à ce que l'Autorité lui ordonne d'accorder un accès à son infrastructure mais seulement fixe les conditions équitables d'ordre technique et financier de cet accès. Antalis TV indique que si sa demande devait s'analyser, comme le prétend TDF, comme l'imposition de modalités d'accès à ses infrastructures, l'Autorité est compétente pour trancher le litige car l'article L. 34-8 I exige que la satisfaction des demandes soit « indispensable pour respecter les objectifs définis à l'article L. 32-1 ».

- **L'Autorité peut imposer des conditions équitables permettant une concurrence effective et loyale**

Antalis TV observe que l'article L. 32-1 du CPCE peut permettre à l'Autorité d'imposer une orientation vers les coûts des tarifs de TDF mais qu'Antalis TV n'a pas formulé une telle demande la réservant à la consultation en cours. Antalis TV souligne que les prix qu'elle demande reflètent les coûts de TDF mais ne relèvent pas d'une stricte orientation vers les coûts. Antalis TV estime que sa demande ne vise qu'un tarif maximal permettant à l'Autorité la plus grande latitude et une pleine compétence sans risque de statuer *ultra petita* pour adopter un tarif proche de celui résultant d'une orientation vers les coûts.

- **L'Autorité est compétente au titre de l'article 36.2 du contrat « DigiSiTV »**

Antalis TV considère que TDF ne peut prétendre que la clause attributive de compétence contenue dans le contrat « *DigiSiTV* » ne peut s'appliquer car l'Autorité n'est pas compétente pour connaître ce contrat conclu par TDF. Antalis TV souligne que l'application de l'article 1157 du code civil permet de constater que l'Autorité est compétente pour trancher cette demande.

2.2. Les demandes d'Antalis TV n'ont pas d'incidence sur la procédure devant le Conseil de la concurrence, ni sur l'issue de la consultation de l'Autorité sur le marché 18

Antalis TV indique que l'Autorité doit se prononcer sur les conditions contractuelles et tarifaires proposées par TDF alors que le Conseil devra apprécier les pratiques de TDF afin de

vérifier leur conformité avec l'injonction prononcée et les articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CEE. Antalis TV rappelle que l'Autorité tranche dans le cadre d'une procédure contradictoire alors que le rôle du Conseil est de sanctionner à l'issue d'une procédure inquisitoire.

Antalis TV estime que le présent litige ne préjuge pas des obligations pouvant être imposées par l'Autorité à TDF à l'issue de son analyse du marché 18 car les deux procédures ont une portée distincte. Antalis TV rappelle que les obligations pouvant être imposées par l'Autorité à l'issue de l'analyse du marché 18 sont réglementaires et s'appliquent *erga omnes* créant des obligations imposant aux opérateurs puissants un accès ou une interconnexion.

III. Sur le caractère inéquitable des offres de TDF

Antalis TV souligne qu'elle doit revendre à prix coûtant la partie hébergement de sa prestation et ne se réserve qu'une marge limitée sur la partie diffusion de sa prestation. Antalis TV estime que si TDF devait persister à maintenir le même niveau de tarifs d'hébergement, elle serait obligée de faire appel à de nouveaux capitaux [...].

Antalis TV indique que le fait qu'elle ait pu conquérir des parts de marché ne signifie pas qu'elle subisse un effet de ciseau tarifaire dès lors qu'elle ne peut soutenir ses prix dans des conditions identiques sans encourir de pertes. Antalis TV estime que contrairement aux affirmations de TDF, le fait que deux sites alternatifs aient été développés ne prouve pas que ce marché soit ouvert à la concurrence et qu'il n'appartient qu'aux opérateurs de procéder ainsi. Antalis TV souligne que le déploiement de sites alternatifs n'est pas nécessairement souhaitable à terme pour le consommateur et que la duplication de telles infrastructures constitue une atteinte à l'intégrité du territoire et du paysage urbain et rural et est contraire à tout principe de préservation du patrimoine et de l'environnement.

IV. Les demandes relatives à la clause de révision de prix, aux études de faisabilité et à la fourniture d'énergie

4.1. La clause de révision de prix

Antalis TV estime que TDF devrait lui proposer des prix fermes à charge pour elle d'y inclure une marge susceptible d'absorber un risque d'augmentation de ses coûts.

4.2. Les études de faisabilité

- Le prix de ces études est inexplicable au regard du travail qu'elles représentent

Pour la phase 3, Antalis TV indique qu'elle a commandé 85 études de faisabilité représentant un budget de 49 300 euros alors que le budget pour Towercast était de [...] euros pour 17 sites sur la phase 3. S'agissant des antennes existantes, Antalis TV estime qu'il semble que TDF dispose déjà des moyens informatiques pour décrire et caractériser les performances de son parc d'antennes puisqu'il s'agit d'un outil nécessaire à l'activité qui est le cœur de son métier. S'agissant des nouvelles antennes devant être installées, Antalis TV estime que TDF peut s'appuyer sur ses propres ressources et sur l'expertise et le savoir faire des fabricants et fournisseurs d'antennes qui effectuent gracieusement l'ensemble des simulations nécessaires pour répondre au cahier des charges des diffuseurs. Antalis TV indique que ces simulations

peuvent être effectuées rapidement car elles sont modélisées sur des applications informatiques a priori à coût réduit.

- **Le prix est discriminatoire**

Antalis TV estime qu'en supposant justifié le prix de ces études, elle constate que TDF fait financer par ses concurrents l'établissement de sa proposition technique et commerciale qui n'est pas facturée à ses clients directs. Antalis TV considère que ce financement représenterait une prise en charge par ses concurrents d'un service d'une valeur de 95 700 euros. Antalis TV souligne que si le prix des études de faisabilité a baissé dans le cadre de la nouvelle offre de TDF, il représente une augmentation nette des charges d'Antalis TV puisque dans le cadre de l'offre « *DigiSiTV* », le prix facturé est à valoir sur des factures postérieures et que de ce fait le prix payé est irrécupérable.

4.3. La fourniture d'énergie

Antalis TV a pris acte de la proposition de TDF de fournir une prestation d'énergie mais lui reproche d'imposer une offre liant l'énergie de base à l'énergie de secours et de lui facturer cette prestation à un niveau ne correspondant pas aux coûts supportés du fait de cette prestation. Antalis TV estime que TDF ne peut prétendre que sa demande viserait à faire figurer la prestation sur mesure d'énergie secourue dans son offre de base et à lui imposer une décomposition de son offre alors que selon TDF cette démarche n'a de sens que pour garantir que la prestation existe et pour assurer une information préalable à son prix. Antalis TV souligne qu'il n'est pas étonnant de considérer que la fourniture d'énergie devrait être considérée comme une prestation accessoire ou annexe devant être fournie par TDF dans des conditions équitables. Antalis TV indique qu'aucun de ses clients n'a demandé à bénéficier d'une prestation d'énergie secourue et que le fait pour TDF d'imposer cette prestation revient à imposer l'achat d'une prestation non nécessaire et dont elle ne peut répercuter le coût.

Antalis TV maintient l'ensemble de ses demandes mais concernant la question du niveau tarifaire et des prix maximum demandés sur les sites par sa saisine pour les phases 1 et 2, les demandes d'Antalis TV ont été corrigées par le cabinet Rise Conseil. Antalis a actualisé la simulation qu'elle a faite des prix maximum qui pourraient être imposés à TDF sur la phase 3 aux mêmes fins de rétablir un tarif équitable sans imposer une stricte orientation vers les coûts.

Vu la lettre de l'adjoint du chef du service juridique en date 23 novembre 2005 transmettant un questionnaire aux parties en fixant au 14 décembre 2005 la clôture des réponses ;

Vu les courriers des sociétés TDF et Antalis TV enregistrés respectivement le 23 novembre 2005 et le 28 novembre 2005 relatifs à l'avis rendu par le CSA ;

Vu le courrier de l'adjoint au chef du service juridique en date du 2 décembre 2005 en réponse aux courriers susvisés ;

Vu le courrier de la société TDF souhaitant un délai pour transmettre ses réponses au second questionnaire des rapporteurs ;

Vu les nouvelles observations en défense présentées par la société TDF, enregistrées le 12 décembre 2005 ;

I. Le contexte

1.2. Sur l'effectivité de la concurrence sur le marché de diffusion et du déploiement de sites alternatif

TDF souligne que la réalité des parts de marché de ses concurrents démontre que ses offres ne font pas obstacle à ce que ceux-ci acquièrent environ un tiers du marché en peu de temps. TDF estime qu'Antalis TV ne peut nier cette réalité en s'appuyant sur un mode de calcul basé sur la somme des revenus bruts de TDF perçus au titre des prestations de diffusion et des prestations d'accès. TDF souligne que cette part de marché de l'ordre d'un tiers est significative de la dynamique du marché et de la viabilité de quatre opérateurs. TDF rappelle que les premiers résultats des appels d'offres pour la phase 3 du déploiement confirme ses dires puisque Towercast a annoncé près de 15 % de part de marché avec la phase 3 en se basant sur le même mode de calcul de part de marché que TDF et que l'Autorité.

S'agissant de la duplicabilité des sites de TDF, cette dernière indique que cette problématique ne relève pas de la question que doit trancher l'Autorité concernant les conditions des offres de TDF mais relève de l'analyse du marché 18 pour déterminer s'il s'agit d'une régulation *ex ante* de ces prestations. TDF estime que la réalité des sites alternatifs démontre que ses offres ne font pas obstacle au développement de la concurrence durable par les infrastructures défini à l'article L. 32-I du CPCE. TDF considère que le déploiement des premières phases de la TNT confirme qu'il est possible de couvrir une même zone avec deux solutions concurrentes, l'ensemble des opérateurs de multiplexes n'étant plus diffusé à partir du même site. TDF souligne que le risque concurrentiel s'ajoute à la concurrence active sur le marché aval de la diffusion. TDF indique que dans le cas où il existe deux sites concurrents sur même zone à couvrir et suppose qu'Antalis TV ne choisira le site de TDF que s'il représente une solution plus avantageuse. TDF constate qu'elle a reçu dans le cas où existe une offre alternative sur même zone (celle d'Agen) une demande d'Antalis TV attestant de la compétitivité de son offre.

1.3. Sur l'échec des négociations

TDF renvoie à ses observations en réplique enregistrées le 21 novembre 2005.

S'agissant de la grille tarifaire et ses modalités de révision, TDF indique qu'elles ne pouvaient être dans le périmètre des négociations pour les contrats « *DigiSiTV* » et rappelle qu'Antalis TV demandait à ce que cette grille et ses modalités de révision modifiées pour assurer une mise en conformité avec la décision des autorités de concurrence alors que TDF considèrerait avoir respecté cette injonction. TDF considère que l'Autorité devra tenir compte de la circonstance particulière de l'espèce liée à la nature des négociations engagées depuis 2000 entre TDF et 3Wave portant d'une part, sur la négociation relative aux tarifs d'accueil sur site dans les conditions de marché prévues initialement (six multiplexes) et à leurs modalités de révision, d'autre part sur la négociation portant sur l'ensemble des conditions d'accès d'Antalis TV.

1.4. Impact des prix d'accès sur la viabilité des opérateurs de diffusion

[...]

II. Le fondement de la demande d'Antalis TV détermine l'exercice de la compétence de l'Autorité

TDF renvoie à ses observations en réplique enregistrées le 21 novembre 2005 et constate qu'Antalis TV en reformulant ses prétentions sur la base de l'équité, accepte que sa demande soit examinée dans le cadre réglementaire applicable aux accords d'accès tel que décrit par TDF dans ses premières observations.

2.1. Le cadre réglementaire ne permet pas d'examiner la demande d'Antalis TV comme une demande raisonnable d'accès

TDF souligne que le droit d'Antalis TV à faire valoir une demande d'accès ne peut être distingué de l'obligation pour TDF de faire droit à une demande raisonnable d'accès et que la compétence de l'Autorité ne peut s'exercer que si celle-ci a imposé préalablement une obligation *ex ante* à un opérateur. TDF estime que la décision à intervenir à l'issue de l'analyse de marché est prise en application du CPCE à laquelle les conventions d'accès de TDF devront être conformes. TDF considère que tant que l'Autorité n'a pas imposé cette obligation à l'issue de la procédure d'analyse de marché, Antalis TV ne peut se prévaloir du droit correspondant y compris dans le cadre de la procédure de règlement de différend. TDF note que l'Autorité devra se prononcer au regard des obligations opposables à TDF et constatera qu'en l'absence de droit d'Antalis TV sa saisine tendant à faire reconnaître « *le caractère raisonnable* » de ses demandes d'accès ne peut être recevable.

2.2. Antalis TV reformule sa demande en équité et admet qu'elle doit être examinée au regard de l'article L. 34-8 I du CPCE

TDF estime que ses offres ne peuvent être appréciées qu'au regard des obligations posées par l'article D. 99-10 du CPCE et au regard des objectifs généraux de la régulation notamment la possibilité pour ses concurrents de développer des offres compétitives et le déploiement d'infrastructures alternatives. TDF souligne que les obligations qui lui sont opposables sont prévues à l'article L. 33-IV du CPCE mais que dès lors qu'elle prouve que les conditions de ses offres sont conformes à ces obligations et permettent une concurrence elle sont de fait et en droit équitables. TDF indique que l'Autorité prendra bien en compte les objectifs de la régulation sur lesquels elle doit veiller puisque les offres de TDF permettent le développement d'offres concurrentielles et qu'elles ne font pas obstacle au déploiement d'infrastructures alternatives de diffusion.

2.3. La base de l'équité ne permet pas de donner à la décision de l'Autorité un effet rétroactif

TDF souligne qu'Antalis TV ne peut demander à l'Autorité de déterminer des conditions différentes de celles figurant dans les contrats conclus entre les parties et constate qu'au cas d'espèce, dans les relations avec Antalis TV, il n'existe aucun vide contractuel, ni réciprocité des prestations, ni symétrie tarifaire et qu'une telle approche obligerait à revoir les contrats passés avec les opérateurs de multiplexe en raison de leur transparence au regard des tarifs d'hébergement. TDF considère que la pratique consistant à retenir comme date d'application une date ultérieure à la décision de l'Autorité n'est retenue que lorsque des conditions strictes de réciprocité et de symétrie permettent de considérer qu'elle ne met pas à la charge d'une des parties une obligation nouvelle unilatérale. TDF souligne que si l'Autorité peut préciser des conditions équitables d'ordre technique et financier sur l'ensemble d'une période litigieuse,

elle ne peut le faire que lorsque les prestations sont réciproques entre les parties et les tarifs reposent sur un principe de symétrie.

TDF considère que cette démarche ferait rétroagir la décision de l'Autorité devant intervenir en janvier 2006 sur 16 mois, puisque Antalis TV fait valoir l'existence d'un différend depuis la signature en septembre 2004 des contrats alors que ni Antalis TV ni TDF ne s'étaient déclarés comme opérateurs alors que l'Autorité a été saisie le 23 septembre 2005. TDF indique que si l'Autorité devait prendre une décision conduisant à une révision des offres de TDF, l'Autorité devrait préciser que sa décision s'appliquerait au plus tôt à compter de la date de sa notification, sans qu'il soit dérogé au principe de non rétroactivité de cet acte administratif.

III. Sur la conformité des offres de TDF aux principes applicables

3.1. Deux types de prestations, deux structures d'offres et deux logiques de tarification

Les prestations fournies par TDF englobent des prestations s'apparentant à un hébergement et des prestations de diffusion à valeur ajoutée. Lorsque l'offre d'accueil sur site « *DigiSiTV* » a été conçue, les deux prestations ont été tarifées selon une logique commune « *fréquence-site* ». Dans le cadre de sa nouvelle offre, TDF considère que la séparation de la prestation hébergement et de la prestation de diffusion doit permettre de tarifier l'hébergement selon une logique d'emplacement afin que les opérateurs puissent mutualiser les emplacements tandis que la prestation de diffusion sera tarifée par fréquence selon une logique de service fourni.

Contrairement à ce que soutient Antalis TV, les paramètres de la tarification doivent s'apprécier au regard de la structure distincte de chacune des offres concernées. Il n'est donc pas pertinent d'employer le seul critère de l'espace occupé puisque cela reviendrait à appliquer à la prestation de diffusion un critère inadéquat.

Les caractéristiques de la nouvelle offre ne sauraient cependant être invoquées pour remettre en cause a posteriori la pertinence de l'offre « *DigiSiTV* » dont la structure date d'une période bien antérieure au démarrage de la TNT. Cette structure tarifaire n'est d'ailleurs pas remise en cause par les travaux du cabinet Rise Conseil.

3.2. Le niveau tarifaire permet des offres compétitives

- Antalis TV doit en réalité faire face à des problèmes de trésorerie

Puisque la société Antalis TV se prévaut d'une plus grande efficacité et d'une plus grande rentabilité que celles de TDF, c'est bien la preuve qu'elle dispose d'un espace économique suffisant pour développer ses activités. Le caractère déficitaire de ses activités ne peut être interprété comme la conséquence d'un prix d'accès trop élevé au regard des prix de détail. Cette situation indique plutôt que la société Antalis TV doit trouver des fonds propres pour assurer son développement.

- Antalis TV dispose d'un espace économique suffisant

TDF s'attache à vérifier que les conditions des offres garantissent la possibilité pour l'opérateur efficace de développer une offre concurrente et qu'il n'y a donc pas d'effet de ciseau tarifaire. Ainsi, en ce qui concerne la phase 3, la présence de diffuseurs alternatifs est

significative et durable. Il suffit pour cela de se rapporter aux annonces des résultats financiers du groupe Towercast.

Antalis TV fait à nouveau valoir que les infrastructures de TDF sont la seule base possible du développement de la concurrence sur le marché. Pourtant, il apparaît au stade de la phase 3 que sur deux, voire trois zones, des sites alternatifs ont été retenus.

En ce qui concerne les tarifs, ils apparaissent justifiés et résistent à la critique à partir de la contre-expertise menée par le cabinet Tera Consultants à partir des modélisations réalisées par Rise Conseil.

- **Le modèle produit par Antalis TV n'est pas un modèle de référence**

Le modèle de Rise Conseil n'est pas conforme aux pratiques courantes en matière de détermination des coûts. Ainsi, il est indiqué qu'un certain nombre de coûts indirects seront volontairement exclus du calcul des coûts de l'offre « *DigiSiTV* » (coûts de structure, coûts spécifiques, taxe professionnelle), dans la mesure où ces charges ont déjà été payées par d'autres services. Ce modèle postule donc que l'introduction du nouveau service de TNT n'accroît pas les charges de TDF.

Par ailleurs, Antalis TV tente de façon inadmissible de jeter la suspicion sur l'impartialité des travaux du cabinet Tera. Ce faisant, elle cherche à priver le débat de toute rationalité économique en faisant retirer du dossier la pièce la plus gênante. Tera n'a pas utilisé une donnée qui proviendrait de France Télécom, mais le résultat public d'une enquête menée auprès du secteur pour dégager une pratique de marché. Les données d'entrées de la modélisation 2001 de type CMILT ont d'ailleurs été abondamment utilisées pour d'autres évaluations économiques.

Les objections formulées par Rise Conseil sont au demeurant inopérantes pour écarter les reproches de Tera. S'agissant, à titre d'exemple, de la prise en compte de la date d'arrêt de la télévision analogique, les travaux de Tera ne sauraient être contredits puisqu'ils reprennent sur ce point une disposition législative française ainsi qu'une communication de la Commission européenne.

Antalis TV refuse encore de tenir compte d'une méthodologie de calcul d'un amortissement économique pourtant décidée par l'Autorité pour l'établissement d'un modèle *bottom-up* après concertation avec l'ensemble du secteur. Antalis TV conteste également que Tera tienne compte dans les coûts de TDF de la taxe professionnelle. Enfin, le cabinet Rise ne justifie pas plus de sa méthode dans l'actuelle réponse aux critiques que dans ses travaux initiaux.

En conséquence, quand bien même on se reporte à un référentiel inadapté, c'est-à-dire un modèle en coûts complets *bottom-up*, il apparaît que le caractère excessif des tarifs de « *DigiSiTV* » est loin d'être démontré.

En conclusion, après analyse des éléments fournis à l'appui de la demande d'Antalis TV, il ne subsiste pas d'éléments permettant de soutenir que les prix des offres de TDF devraient être modifiés tant pour « *DigiSiTV* » que pour la nouvelle offre. Au contraire, les prix de TDF sont justifiés et le demeurent malgré les critiques sans pertinence par Antalis TV des travaux de Tera.

IV. Les prix de TDF sont justifiés au vu même des éléments fournis par Antalis TV

TDF renvoie sur ce point à ses premières observations.

Le grief de discrimination n'a pas d'objet puisque TDF propose aux diffuseurs concurrents les mêmes conditions que celles qu'elle s'accorde. A cette fin, elle intègre les effets de la clause de révision des tarifs d'accès de TDF « *prestataire d'accueil sur site* » dans les prix établis par TDF « *opérateur de diffusion* ».

TDF intègre dans sa construction des prix de diffusion l'impact prévisionnel de l'application de la formule de révision des prix d'accueil. Cette même logique d'intégration prévisionnelle est d'ailleurs retenue pour la plupart des fournitures continues de produits et de services.

V. Les études de faisabilité

TDF renvoie sur ce point à ses premières observations.

Antalis TV se borne à réclamer la gratuité d'une prestation sans en considérer le véritable coût. Au demeurant, Antalis TV ne remet pas en cause le coût de l'homme/jour unitaire interne pris en compte par TDF. L'Autorité pourra relever que TDF a retenu une vision minimaliste de ce coût affectable à chaque opérateur.

Le fait que TDF héberge *in fine* plusieurs multiplexes de la TNT n'enlève rien à la pertinence de facturer les coûts induits par les différentes demandes d'études des opérateurs de diffusion, notamment les tâches propres à chaque opérateur qui, selon la logique d'Antalis TV ne seraient jamais recouverts.

Enfin, TDF rappelle que les études ne sont pas un préalable obligatoire pour l'implantation ni même pour la diffusion puisque les diffuseurs paraissent en mesure de proposer des offres commerciales aux opérateurs de multiplexe sans y avoir eu recours.

VI. L'énergie

TDF renvoie sur ce point à ses premières observations.

Sans admettre l'orientation vers les coûts, TDF est en mesure de justifier ses coûts mais demande à ce que soit respecté le secret des affaires pour ne pas révéler à son concurrent les coûts en capital et les coûts d'exploitation liés à la fourniture d'énergie.

TDF demande à nouveau qu'il lui soit donné acte de ce que :

- les prix pratiqués sur les sites d'Ajaccio, Bayonne et Bourges sont justifiés et raisonnables ;
- TDF s'est engagé à proposer pour l'ensemble des sites de la phase 3 une nouvelle offre d'énergie ;
- les conditions tarifaire de cette offre d'énergie péréquée seront précisées ultérieurement.

Vu les réponses des parties au premier questionnaire des rapporteurs, enregistrées le 16 décembre 2005;

Vu le courrier de l'adjoint au chef du service juridique en date du 21 décembre 2005 adressé à TDF souhaitant obtenir des informations complémentaires ;

Vu la décision n° 05-1160 en date du 20 décembre 2005 prorogeant le délai dans lequel l'Autorité doit se prononcer sur le différend opposant les sociétés Antalis TV et TDF ;

Vu la lettre de la société TDF enregistrée le 28 décembre 2005 transmettant un rectificatif à sa réponse au questionnaire enregistrée le 16 décembre 2005 ;

Vu le courrier du chef du service juridique de l'Autorité en date du 24 janvier 2006 transmettant un second questionnaire et fixant au 7 février 2006 la clôture des réponses ;

Vu les réponses des parties au second questionnaire des rapporteurs, enregistrées le 15 février 2006 ;

Vu le courrier de la société TDF enregistré le 17 février 2006 transmettant un rectificatif à sa réponse au second questionnaire des rapporteurs ;

Vu les courriers de la société TDF enregistrés le 22 février 2006 et le 24 février 2006 transmettant l'annexe 3 modifiée à sa réponse au second questionnaire des rapporteurs ;

Vu le courrier de la société Antalis TV enregistré le 24 février 2006 relatif aux réponses de TDF aux questionnaires des rapporteurs ;

Vu le courrier du chef du service juridique de l'Autorité en date du 27 février 2006 convoquant les parties à une audience devant le Collège le 9 mars 2006 ;

Vu le courrier de la société Antalis TV enregistré le 6 mars 2006 ne s'opposant pas à ce que l'audience devant le Collège soit publique ;

Vu le courrier de la société TDF enregistré le 7 mars 2006 souhaitant que l'audience devant le Collège ne soit pas publique ;

Après avoir entendu le 9 mars 2006, lors de l'audience devant le Collège (composé de MM. Paul Champsaur, Edouard Bridoux, Nicolas Curien, Jacques Douffiagues, Michel Féneyrol, et de Mme Gabrielle Gauthey) :

- le rapport de Mlle Elisabeth Marescaux , rapporteur présentant les conclusions et les moyens des parties ;
- les observations de MM. Xavier Gouyou-Beauchamps pour la société Antalis TV, Alain Noël, Cabinet Rise Conseil ;
- les observations de MM. Bruno Chetaille, Gérard Chevée, pour la société TDF, Laurent Benzoni, Cabinet Tera Consultants, Maître Martine Georges-Naïm, Cabinet Bersay & associés.

En présence de :

MM. Xavier Gouyou Beauchamps, Philippe Vuillaume, Bruno Delattre, Guy Huquet, Jean-Charles Paracuellos, M. Salort, pour la société Antalis TV, Maîtres Frédérique Dupuis-Toubol et Orion Berg Cabinet Bird & Bird, M. Alain Noël, M. Landry Barand, Cabinet Rise Conseil;

MM. Bruno Chetaille, Gérard Chevée, Matthieu Bourgue, Mme Emmanuelle Carpentier, pour la société TDF, Maître Martine Georges-Naim, Cabinet Bersay & associés, MM. Laurent Benzoni, Antoine Fournier, Cabinet Tera Consultants ;

M. Philippe Distler, Directeur général, Mmes Joëlle Adda, Christine Galliard, Elisabeth Marescaux, MM. Benoît Melonio, Laurent Laganier, Grégoire Weigel, agents de l'Autorité ;

Sur la publicité de l'Audience ;

L'article 15 du règlement intérieur susvisé dispose que « *l'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe le collège de l'Autorité en délibère* ». La société Antalis TV a indiqué par courrier enregistré le 6 mars 2006 qu'elle ne s'opposait pas à ce que l'audience devant le Collège soit publique. TDF a indiqué par courrier enregistré le 7 mars 2006 qu'elle souhaitait que l'audience devant le Collège ne soit pas publique. Interrogée sur ce point par le Président de l'Autorité avant l'ouverture des débats de la présente audience, la société TDF ne s'est pas opposée à ce que l'audience devant le Collège soit publique. En conséquence de quoi, l'audience a été rendue publique.

Le Collège (M. Paul Champsaur, Mme Gabrielle Gauthey et MM. Edouard Bridoux, Nicolas Curien, Jacques Douffiagues et Michel Féneyrol) en ayant délibéré le 21 mars 2006, hors la présence du rapporteur, des rapporteurs adjoints et des agents de l'Autorité ;

Adopte la présente délibération fondée sur les faits et les moyens exposés ci-après :

I. Sur la recevabilité des demandes de la société Antalis TV

Bien que TDF conteste la recevabilité de la saisine, les deux parties s'entendent pour considérer que la prestation d'accueil sur site « *DigiSiTV* », devenue à compter du 25 mai 2005 l'offre recomposée « *Hébergement TNT* » et diffusion « *DiffHF TNT* », peut être regardée comme une convention d'accès à un réseau de communications électroniques et qu'elle relève à ce titre de la notion d'accès telle qu'elle est définie à l'article 2 a) de la directive « Accès » et à l'article L. 32 8° du CPCE.

En outre, les sociétés TDF et Antalis TV doivent être considérées, en application de l'article L. 32 15° du CPCE, comme des opérateurs de communications électroniques. Cette approche n'est d'ailleurs pas contestée par les parties.

Conformément aux dispositions de l'article L. 36-8 I du CPCE, l'Autorité peut être saisie d'un différend par une partie « *en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électronique* ».

Etant donné que la convention cadre proposée par TDF a été acceptée et signée par Antalis TV le 7 septembre 2004, les désaccords invoqués par Antalis TV portent en réalité sur les conditions d'exécution de la dite convention.

1.1. Sur l'échec des négociations

- En ce qui concerne l'existence d'un désaccord en matière de prix

A la suite de la décision du Conseil de la concurrence n° 02-MC-04 en date du 11 avril 2002 confirmé partiellement par la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 21 mai 2002, la société TDF a procédé à une modification de son offre « *DigiSiTV* » relative aux prestations d'accueil des équipements de la TNT afin de veiller notamment à fournir des éléments commerciaux décomposés poste par poste et comportant des tarifs proportionnés à la valeur du service proposé.

A la demande de la société Antalis TV, une nouvelle offre commerciale portant sur l'accueil de ses émetteurs de TNT sur les 29 premiers sites planifiés par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001 lui a été proposée par TDF le 20 juin 2002.

Par la suite, dans un courrier en date du 6 septembre 2002, la société Antalis TV est venue contester à nouveau les tarifs proposés par TDF en indiquant qu'ils « *demeurent encore très élevés au regard du montant de vos investissements* ». Les conditions tarifaires de l'accueil sur les sites exploités par TDF ont encore fait l'objet de contestation dans les lettres d'Antalis TV datées du 22 septembre 2003 et du 27 novembre 2003.

Parallèlement à la signature du contrat cadre « *DigiSiTV* » le 7 septembre 2004, le Président de la société Antalis TV indiquait dans une lettre datée du même jour que les conditions commerciales d'accueil des équipements n'avaient pas été sensiblement améliorées et qu'à ce titre, les réserves formulées lors de la conclusion du contrat ne pouvait être levées.

Dans une lettre du 4 mars 2005, Antalis TV souligne qu'elle se trouvait, au mois de septembre 2004, dans l'impossibilité d'engager de longues négociations tarifaires avec TDF compte tenu de l'urgence qui s'attachait à livrer les clients dans les délais imposés par le CSA. Elle précise alors qu'elle souhaite maintenant ouvrir des négociations en ce qui concerne les conditions tarifaires de l'offre d'accueil.

En réponse, la société TDF rappelle dans une lettre datée du 15 mars 2005 que les nombreuses réunions qui se sont déroulées au cours de l'année 2004 entre les différents services ainsi que les échanges de courriers intervenus pendant cette période montrent au contraire que des négociations se sont bien déroulées en particulier pour ce qui concerne la mise en place de nouveaux contrats portant sur les phases 1 et 2 du déploiement de la TNT.

Dans ce courrier, TDF semblait limiter toute discussion à venir aux questions spécifiques posées par la phase 3 sans revenir sur les engagements précédents. Ce point est en effet confirmé par la lettre du 22 mars 2005 au terme de laquelle, TDF écarte la demande formulée par Antalis TV en indiquant que les « *conditions financières sont établies sur des bases objectives, transparentes, non discriminatoires, proportionnées à la valeur du service* ».

La lettre d'Antalis TV datée du 6 avril 2005 conteste l'argumentation de TDF et souligne les effets anti-concurrentiels de l'offre « *DigiSiTV* ». Dans ce cadre, il est précisé que les tarifs pratiqués sont « *excessifs, discriminatoires, non transparents et dépourvus d'objectivité et qu'ils provoquent de ce fait un effet de ciseau marqué (...)* ». La société TDF répond le 6 avril 2005 en indiquant notamment que « *le résultat des deux premières phases illustrent le*

caractère ouvert et concurrentiel du marché de la diffusion de la TNT sur lequel Antalis TV a su se placer ».

En outre, au cours d'une réunion en date du 15 avril 2005, Antalis TV indique qu'il lui a été opposé une fin de non recevoir concernant l'ouverture de nouvelles négociations pour les sites concernés par les phases 1 et 2.

Dans une longue lettre datée du 4 mai 2005, la société Antalis TV prend acte du refus qui lui est signifié et indique qu'à défaut d'accord avant le 18 mai 2005, elle considèrera que la négociation qu'elle souhaitait engager depuis le 4 mars 2005 aura définitivement échoué.

Par suite, dans une lettre circonstanciée en date du 7 juin 2005, Antalis TV dresse la liste des points de désaccord et relève les différents refus opposés à ses demandes par TDF. S'agissant précisément de la phase 3, il y est indiqué que *« les estimations de prix (...) pour une vingtaine de sites pour la phase trois sont majoritairement en hausse (...) »*. Les représentants d'Antalis TV précisent alors que *« nous prenons cependant note du fait que vous nous avez déclaré, lors de notre dernière rencontre, refuser de baisser ces prix »*.

Il résulte de l'exposé qui précède que la période litigieuse commence à courir dès le 7 septembre 2004 et qu'elle concerne à la fois la renégociation des conditions appliquées aux sites des phases 1 et 2, ainsi qu'une demande de diminution des prix pour les sites concernés par la phase 3.

La société TDF conteste l'existence d'une situation de désaccord en soulignant que les discussions avec Antalis TV ont débuté en août 2003 pour s'achever, un an plus tard, au mois de septembre 2004 par la signature du contrat cadre *« DigiSiTV »* définissant les conditions de l'accès d'Antalis TV aux sites et aux systèmes antennaires de TDF.

Du point de vue de TDF, le désaccord n'est pas caractérisé en raison d'une part du temps qui a été consacré à la négociation et d'autre part des nombreuses concessions acceptées par TDF au bénéfice d'Antalis TV. La partie défenderesse produit ainsi une lettre datée du 9 septembre 2004 dans la quelle TDF dresse la liste des *« nombreuses avancées (...) faites à votre demande tout au long des négociations de ce contrat DigiSiTV »*.

Par ailleurs, la société TDF entend souligner les efforts financiers qu'elle a consentis en particulier lorsqu'il s'est agit de proposer à ses clients diffuseurs (marché de gros amont) les mêmes conditions tarifaires que celles qui étaient offertes à ses clients multiplexeurs (marché de gros aval). Les représentants d'Antalis TV ont pu ainsi être informés des nouvelles modalités de facturation du service de diffusion par courrier électronique du 27 juillet 2004 dont les dispositions plus favorables ont effectivement été intégrées au contrat signé par Antalis TV le 7 septembre 2004.

De même, TDF rapporte qu'elle a étendu aux diffuseurs la remise tarifaire qu'elle accordait aux multiplexeurs pour tenir compte des conséquences du décalage du lancement des chaînes payantes par rapport au démarrage des services gratuits de la TNT. Par une lettre du 12 mai 2005, l'opérateur indique ainsi que *« dans les mêmes conditions, (...), sous réserve d'un allongement de la durée de votre contrat DigiSiTV qui est aujourd'hui de 5 ans, de la durée pendant laquelle la facture DigiSiTV sera réduite, TDF vous propose d'appliquer une remise sur le prix du service DigiSiTV »*.

Dans un courrier du 7 juin 2005, la société demanderesse notait alors sur ce point que « *ces remises (...) récompensent finalement (...) le fait pour les clients de prolonger la durée de leurs engagements contractuels [et] peuvent dès lors s'apparenter à de pures remises de fidélisation mises en œuvre par une entreprise en position dominante* ».

Pour autant, les arguments de TDF ne sauraient convaincre l'Autorité.

En effet, il ne peut être considéré que l'absence de désaccord se déduit de la durée des discussions commerciales engagées entre les parties surtout si, à l'instar de ce qui peut être relevé au cas d'espèce, les demandes précises portant d'une part sur une nouvelle négociation des prix pour les sites des phases 1 et 2 et d'autre part sur une demande de réduction des prix concernant les sites de la phase 3 ont été explicitement refusées ou n'ont pas abouti.

Il apparaît au surplus que si que la société Antalis TV a effectivement conclu le 7 septembre 2004 un contrat cadre de service « *DigiSiTV* », elle a assorti la convention de plusieurs réserves en signalant qu'elle entendait préserver la possibilité d'agir sur le terrain contentieux.

S'agissant de la signature du contrat, il faut rappeler que l'article L. 36-8 I du CPCE donne compétence à l'Autorité pour trancher un litige né d'un « *désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès* ».

Au cas présent, il n'est pas contestable que la mise en œuvre des dispositions du contrat « *DigiSiTV* » constitue, sur certains points, une source de désaccord entre les cocontractants.

Dans le contexte du différend actuel, les dates de déploiement de la TNT annoncées par le CSA ont pu créer un contexte de contrainte économique. Les diffuseurs étaient dans l'obligation de présenter rapidement des offres commerciales pour entrer sur le marché. A défaut, Antalis TV aurait pu se trouver dans l'incapacité de proposer ses prestations aux multiplexeurs. Dans ces conditions, il n'est pas exclu que TDF puisse être considéré comme ayant cherché à profiter de cette situation pour entraîner l'adhésion de la société Antalis TV aux conditions de l'offre « *DigiSiTV* ».

Selon Antalis TV, la manifestation de réserves a été envisagée comme un mécanisme garantissant, pour l'avenir, les droits du cocontractant qui, s'il accepte d'un point de vue global la convention qu'il souscrit entend s'opposer sur des points précis aux engagements qui en découlent.

En conséquence, la signature d'un contrat ne présume pas l'absence de désaccords particuliers permettant à l'Autorité d'exercer sa compétence.

- **En ce qui concerne le désaccord sur la question de la clause de révision des prix**

Il a été inséré à l'article VI du contrat cadre « *DigiSiTV* » une clause annuelle de révision des prix qui prend notamment en compte l'indice des prix à la production dans l'industrie et l'indice des prix à la consommation.

Dans une lettre du 27 novembre 2003, Antalis TV indique que l'application des dispositions de cette clause conduit mécaniquement à une augmentation annuelle des prix pratiqués par TDF.

L'opérateur précise à ce propos que la formule retenue par TDF « *paraît peu adaptée à la nature de la prestation qui consiste en la mise à disposition de locaux et d'infrastructures passives, en grande partie existantes* ».

Par courrier du 15 décembre 2003, la société TDF signifiait qu'elle entendait maintenir l'application de la formule reposant sur des indices retenus par l'INSEE en soulignant un peu abruptement que si Antalis TV souhaitait proposer à ses clients « *une offre avec des prix fermes* », il ne lui restait qu'à « *estimer l'évolution des indices sur la période considérée* ».

Enfin, il ressort des pièces du dossier, et notamment de plusieurs lettres échangées entre les mois de juin et de septembre 2004, l'absence d'accord des parties à ce sujet.

Les mêmes modalités de révision figurent encore à l'article 8 des Conditions Générales de Vente annexées à la nouvelle formule de l'offre générique d'accueil « *Hébergement TNT* » et « *DiffHF-TNT* » en date du 25 mai 2005.

A nouveau, bien que le contrat ait été signé entre les parties, le différend apparu sur la question de la révision annuelle doit être tranché par l'Autorité dans la mesure où les correspondances échangées montrent la persistance d'un désaccord entre les parties quant aux conditions de sa mise en œuvre.

- **En ce qui concerne le désaccord sur le régime de facturation des études de faisabilité**

Jusqu'aux nouvelles offres d'hébergement et de diffusion susmentionnées présentées par TDF en mai 2005, le prix des études de faisabilité était défalqué du prix des prestations postérieures en cas d'engagement contractuel définitif par le client de l'offre.

Depuis cette date, les dispositions du contrat cadre proposé par TDF prévoient que ces études sont facturées pour chaque commande relative à un site et à un canal d'émission sans possibilité de récupération des sommes exposées à ce titre au stade de la commande ferme.

Par une lettre datée du 4 mai 2005, Antalis TV informe TDF qu'elle estime « *ce nouveau principe de tarification des études de faisabilité (...) abusif et discriminatoire* ».

Le 10 mai 2005, la société TDF rappelle qu'elle continuera de fournir gracieusement des estimations de prix pour l'accueil sur les systèmes antennaires ainsi que pour la partie hébergement mais qu'il lui « *semble normal que les travaux engagés pour étudier l'implantation d'un opérateur tiers sur un site de TDF lui soit facturés* ».

Dans son mémoire introductif, Antalis TV demande à l'Autorité « *d'enjoindre à TDF de supprimer la facturation des études de faisabilité ou, à défaut, de revenir à son mode antérieur de facturation (...)* ». Le désaccord paraît être strictement lié à la mise en œuvre du nouveau mode de tarification de la prestation.

Ainsi, au vu des pièces transmises par les opérateurs, et en particulier de la lettre susmentionnée d'Antalis TV datée du 4 mai 2005, l'Autorité est en mesure de constater que le désaccord entre les parties sur les conditions d'exécution des modalités de facturation porte sur la période qui s'est ouverte à compter du 25 mai 2005, c'est-à-dire à la date d'entrée en vigueur des nouvelles modalités de l'offre d'accueil sur site et de l'offre de diffusion.

- **En ce qui concerne le désaccord sur la prestation de fourniture d'énergie**

Pour l'alimentation électrique des équipements installés sur trois sites exploités par TDF (Ajaccio, Bayonne et Bourges), la société Antalis TV a demandé le 9 mai 2005 qu'il lui soit proposé une offre portant sur la fourniture d'énergie secourue ainsi qu'une offre portant sur la fourniture d'énergie non secourue.

Dans le premier cas, il s'agit de bénéficier d'une alimentation de secours par le biais d'un groupe électrogène tandis que dans le second cas, la prestation consiste uniquement à être raccordé au réseau d'un opérateur de distribution de courant électrique.

Le 25 mai 2005, TDF a proposé pour les sites concernés une offre de prestation complémentaire portant seulement sur l'énergie secourue. En réponse, la société Antalis TV a indiqué le 30 mai 2005 qu'il n'avait pas été répondu à sa demande d'énergie non secourue et qu'en outre les tarifs apparaissent excessifs et injustifiés.

Enfin, par courrier en date du 8 juin 2005, TDF note que l'offre complémentaire dont il s'agit « *n'est proposée effectivement qu'en version secourue par un groupe électrogène* ».

Il résulte de ce qui précède que TDF n'entend pas dissocier les deux prestations pour la fourniture de l'alimentation électrique malgré la demande formulée clairement par Antalis TV.

Etant donné que l'alimentation en énergie constitue une prestation complémentaire associée à l'offre « *DigiSiTV* », il ne saurait être déduit des réclamations formulées en mai 2005 par Antalis TV que la période litigieuse doit être arrêtée à compter de cette seule date tardive. Etant donné que le contrat cadre prévoyait la possibilité de la fourniture directe d'énergie par TDF, l'absence de toute proposition concernant l'offre non sécurisée doit être analysée comme un désaccord sur les conditions d'exécution de la convention signée en septembre 2004. La société Antalis TV demande d'ailleurs à cette fin qu'il soit enjoint à TDF « *de distinguer clairement dans son offre ces deux prestations* ».

Toutefois, il n'est pas exclu que les positions de TDF puissent évoluer dans la mesure où l'entreprise indique dans son second mémoire en défense qu'elle s'engage à « *proposer pour l'ensemble des sites de la phase 3 une nouvelle offre d'énergie [dont] les conditions tarifaires (...) seront précisées ultérieurement* ».

Pour autant, en l'état actuel, l'échec dans la négociation entre les parties est avéré en ce qui concerne la fourniture d'énergie.

1.2. Sur la compétence de l'Autorité

En raison des différentes procédures et des instances actuellement pendantes devant le Conseil de la concurrence, la société TDF considère que l'Autorité, si elle devait reconnaître sa compétence dans le présent litige, préjugerait des décisions prochaines du Conseil de la concurrence.

Cet argument pourra être écarté étant donné que le risque de « *préjugement* » ne peut concerner les décisions de deux institutions autonomes saisies sur des fondements juridiques distincts et appelées à exercer des compétences différentes.

Lors du contrôle de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 portant réglementation des télécommunications, le Conseil constitutionnel a pu nettement distinguer le rôle de chaque institution en soulignant l'autonomie des procédures qui pourraient être engagées devant l'Autorité et devant le Conseil de la concurrence.

La Haute juridiction soulignait ainsi « *que la saisine de l'Autorité par l'une ou l'autre des parties est facultative ; qu'au cas où les opérateurs n'auront pas choisi de saisir l'Autorité de régulation, les litiges seront portés selon le cas, soit devant le Conseil de la concurrence et, en cas de contestation, devant la cour d'appel de Paris, soit devant le juge du contrat ; que la loi déferée tend ainsi à unifier, sous le contrôle de la Cour de cassation, l'ensemble des contentieux spécifiques visés aux I et II de l'article L. 36-8* ».

L'argumentation développée par TDF sera en conséquence écartée et l'Autorité exercera, conformément aux dispositions en vigueur sa compétence en vue de trancher le présent litige.

1.3. Sur la fin de non recevoir opposée par TDF tirée de l'impossibilité d'imposer une obligation d'accès en dehors du processus d'analyse de marché

La société TDF soutient qu'à défaut d'être qualifiée d'opérateur exerçant une influence significative au terme de l'analyse du marché des services de radiodiffusion (marché 18), l'Autorité n'a pas compétence pour lui imposer l'obligation de fournir l'accès dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.

Pour autant, il n'est pas contestable que TDF a déjà accordé, dans le cas présent, l'accès à ses concurrents en publiant une offre générique de prestations et de tarifs pour l'accueil sur les systèmes antennaires et la mise à disposition des sites. Dès lors, l'enjeu du règlement de différend ne porte pas sur l'obligation de faire droit aux demandes raisonnables d'accès puisque, de fait, l'offre d'accès existe, mais seulement sur les conditions d'exécution de l'offre d'accès.

Par ailleurs, la base légale que la société Antalis TV croit trouver dans les dispositions de l'article L. 34-8 I du CPCE sera écartée en tant qu'elle vise une procédure distincte du règlement de différend *stricto sensu*. Dans ces conditions, l'article L. 36-8 I du CPCE permet de fonder pleinement la compétence de l'Autorité, dès lors qu'elle peut être saisie d'un différend par une partie « *en cas de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électronique* », et qu'elle peut préciser « *les conditions équitables d'ordre (...) financier dans lesquelles (...) l'accès [doit] être assuré* ».

En conséquence, lorsque l'Autorité aura constaté un désaccord dans les conditions d'exécution de la convention, elle sera en mesure, conformément à la demande d'une des parties, d'imposer, en considération des exigences liées à l'équité, un niveau tarifaire susceptible de garantir l'effectivité de la concurrence.

La fin de non recevoir opposée par la société TDF sera donc écartée.

1.4. Sur les effets dans le temps de la décision de règlement du différend

S'agissant des contrats déjà conclus, la société Antalis TV demande à l'Autorité d'ordonner à TDF de ramener les tarifs pratiqués à des niveaux inférieurs en tenant compte des modèles de coûts proposés par l'étude du cabinet Rise conseil.

De même, pour les sites de la phase 3, il est demandé à l'Autorité de fixer les prix à « *un niveau qui ne saurait être supérieur* » à celui des simulations présentées par Antalis TV.

La société TDF conteste que l'équité puisse servir de fondement à l'Autorité pour déterminer le niveau tarifaire des contrats conclus depuis le 7 septembre 2004 avec Antalis TV.

Pourtant, à partir des dispositions de l'article L. 32-1 2°, 4° et 9° du CPCE qui imposent à l'Autorité de veiller à l'exercice d'une concurrence effective et loyale, il pourra être soutenu que la décision envisagée dans le cadre du présent litige ne permettrait pas d'atteindre ses objectifs sans garantir concomitamment leur entrée en vigueur rétroactive.

A ce stade, il faut rappeler que le juge admet que l'Autorité exerce une compétence tendant à modifier l'économie des contrats. Dans un arrêt du 28 avril 1998, la Cour d'appel de Paris a ainsi considéré, à propos de la décision n° 97-210 du 10 juillet 1997¹, que l'étendue des prérogatives contractuelles des parties qui saisissaient l'Autorité pouvait être restreinte pour des motifs d'ordre public économique. Le législateur ayant confié à « *l'Autorité de régulation, dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties (...), les décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès (...)* »².

Par ailleurs, s'agissant de l'effet rétroactif lui-même, la Cour a indiqué dans un arrêt du 20 janvier 2004³, en reprenant à l'identique une formule employée en 1998 dans l'arrêt précité, que « *la mission régulatrice* » conférée par la loi à l'Autorité « *lui donne notamment le pouvoir d'imposer aux opérateurs (...) des prescriptions et des injonctions ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions et de restreindre ainsi, pour des motifs d'ordre public économique, le principe de la liberté contractuelle dont ils bénéficient* »⁴.

Tirant les conclusions de ce constat de principe qui résulte de la lecture stricte de l'article L. 36-8 du CPCE, le juge poursuivait en soulignant qu'aucun texte n'interdisait dès lors à l'Autorité « *de fixer (...) un tarif en valeur absolue pour les années antérieures à sa saisine* ».

Dans ces conditions, les solutions susceptibles d'être apportées au présent différend pourront prendre en compte l'ensemble de la période litigieuse et imposer leurs effets à compter du 7 septembre 2004, c'est-à-dire à la date de signature de l'offre générique « *DigiSiTV* ».

Toutefois, s'agissant de la facturation des études de faisabilité, le désaccord n'est apparu qu'à la date où sont entrées en vigueur les nouvelles conditions de prix liées aux modifications de

¹ Décision n° 97-210 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 10 juillet 1997 se prononçant sur un différend entre la Compagnie générale de vidéocommunication et France Télécom.

² CA Paris, 28 avril 1998, SNC Compagnie générale de vidéocommunication.

³ CA Paris, 20 janvier 2004, France Telecom c/ Completel, n° 2003/13088.

⁴ Cet arrêt a été rendu à propos de la décision de l'Autorité n° 03-701 du 5 juin 2003.

l'offre générique d'accueil et de diffusion. Par suite, la période litigieuse ne peut commencer à courir qu'à partir du 25 mai 2005.

La détermination du point de départ de la période litigieuse vaut nonobstant le fait que la société Antalis TV n'ait accédé au statut d'opérateur de communications électroniques que le 15 février 2005, après le dépôt de la déclaration administrative conformément aux dispositions de l'article L. 33-1 du CPCE.

La Cour d'appel de Paris a pu en effet considérer dans une affaire comparable, opposant EDF et la société Sinerg, que les dispositions de la loi du 10 février 2000 permettant d'encadrer la libéralisation du marché de l'électricité⁵ s'appliquaient à EDF bien que le litige en cause ait pu être formé à l'époque où la situation juridique de l'opérateur relevait encore du monopole légal⁶.

Il résulte de tout ce qui précède que le présent différend sera tranché, dans les limites des conclusions de la société Antalis TV, au regard du cadre juridique fixé par l'article L. 36-8 I du CPCE et conformément au principe d'équité qu'il pose.

II. Sur le caractère justifié des demandes d'Antalis TV

2.1. Contexte

Le lancement de la première phase de déploiement de la TNT a eu lieu le 1^{er} mars 2005 pour les chaînes gratuites et le 1^{er} septembre 2005 pour les chaînes payantes. Elle permet la couverture de 35 % de la population métropolitaine à partir de 17 zones de diffusion.

La seconde phase de déploiement a débuté le 1^{er} septembre 2005 pour les services gratuits et le 1^{er} mars 2006 pour les services payants. Elle comprend 15 zones et permet d'atteindre une couverture de 50 % de la population.

L'ouverture de la troisième phase est programmée pour le 15 juin 2006 sur 19 sites et celle de la quatrième phase, pour le 15 octobre 2006 sur 24 sites. Les deux tiers de la population seront alors couverts.

D'ici mars 2007, les 115 zones initialement définies par le CSA seront ouvertes et devraient couvrir 85 % de la population française.

2.2. Sur les obligations de TDF

L'analyse du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle, conduite par l'Autorité conformément à la recommandation C(2003)497 de la Commission européenne 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*, n'est pas achevée à la date d'adoption de la présente décision. Le marché de gros de services de diffusion de télévision hertzienne terrestre ne fait donc à ce stade l'objet d'aucune mesure

⁵ Loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, *JO*, 11 février 2000, p. 2143.

⁶ CA Paris, 24 février 2004, EDF c/ Société Sinerg, n° 2003/10671.

de régulation *ex ante* et la société TDF, diffuseur hertzien historique, n'est à ce titre soumise à aucune obligation spécifique.

La société TDF est cependant tenue de respecter l'injonction prononcée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 21 mai 2002, statuant sur le recours formé par TDF contre la décision du Conseil de la concurrence n° 02-MC-04 en date du 11 avril 2002.

La Cour avait souligné les principaux risques concurrentiels inhérents à l'offre « *DigiSiTV* » : « *en l'espèce, il suffit de constater que des pratiques de prix excessifs et non transparents concernant la prestation d'hébergement sur site, si elles étaient avérées, ont pour conséquence directe de renchérir le prix de l'offre des nouveaux opérateurs, dont elle est une composante et donc de la rendre moins compétitive que celle de l'opérateur historique, alors qu'ils doivent faire face aux délais impartis par le CSA* » ; « *s'agissant, en l'espèce, d'un marché innovant et en voie de formation, (...) TDF, par sa double faculté de s'abstraire de la concurrence et de dresser des barrières à l'entrée, a la capacité de capter rapidement et en totalité, éliminant ainsi durablement toute possibilité de concurrence effective* ».

En conséquence, la Cour avait considéré que le principe d'orientation vers les coûts ne devait pas être appliqué dans toute sa rigueur, « *alors qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF [n'était] pas avérée* ».

Elle avait donc enjoint à TDF « *de communiquer [dans un délai d'un mois] à toute entreprise qui en [faisait] la demande, une offre de prestation d'accueil concernant les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion [de la TNT] définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, décomposée poste par poste et comportant des tarifs établis de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix proportionné à la valeur du service* ».

Le Conseil de la concurrence doit désormais examiner l'affaire au fond et se prononcer sur le respect de l'injonction prononcée par la Cour d'appel de Paris.

2.3. Sur le caractère justifié des demandes d'Antalis TV au regard de ses besoins

- Niveau tarifaire des prestations offertes à Antalis TV

Dans son avis en date du 6 décembre 2005, le CSA relève que la complexité et l'urgence auxquelles est soumise la TNT sont défavorables au développement de la concurrence, dans la mesure où elles laissent moins de latitude et de temps aux diffuseurs nouveaux entrants pour élaborer leurs offres, et surtout aux éditeurs et opérateurs de multiplexe pour apprécier les variantes et négocier leurs contrats.

Le CSA estime globalement impossible de déployer de nombreux sites de plus faible puissance qui pourraient techniquement constituer une alternative à l'usage des sites principaux de TDF. En effet, dans un premier temps, le mécanisme de planification n'autorisera pas un large recours à des solutions en rupture technologique comme le SFN (« *single frequency network* »).

En termes de répliquabilité, l'avis souligne que :

- n'apparaissent pas répliquables les sites de plaine à grande hauteur d'antenne (Tour Eiffel) et certains sites de montagne (Pic du Midi) ;
- apparaissent plus aisément répliquables des sites de plaine ou de colline à faible hauteur d'antenne et les sites d'agglomération, qui peuvent tirer parti des toits d'immeubles.

Le CSA recommande une attention particulière aux conditions de co-localisation consenties à ses concurrents par l'opérateur historique, et plus précisément à l'absence de prix excessifs de cette prestation.

Par ailleurs, dans son avis n° 06-A-01 en date du 18 janvier 2006 susvisé, le Conseil de la concurrence considère que « *sur la partie amont du marché 18 (relations entre diffuseurs), il est indéniable que TDF dispose d'une position particulière en tant que détenteur d'une infrastructure déjà existante* » et rappelle que « *la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 21 mai 2002 déjà cité, précisait qu'il n'était « pas, en l'état, contesté que TDF détient une majorité des sites nécessaires aux nouveaux opérateurs pour l'exploitation du service de diffusion technique ; 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 ; qu'il n'est pas établi que les offres alternatives évoquées par TDF, qui portent sur un petit nombre de sites, soient substituables aux siennes en termes de qualité d'émission, compte tenu des différences existant quant à l'altitude des sites et quant au matériel utilisé (antennes, pylônes), et en termes de prix, les tarifs de la concurrence étant, pour certains, plus chers que ceux de TDF, ainsi qu'il ressort de ses conclusions même (p. 31) ; 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* » ».

Le Conseil relève que « *le caractère incontournable de certains sites de TDF provient en grande partie des barrières administratives ou réglementaires afférentes à ce secteur :*

- *les choix de l'organisation du déploiement de la TNT par le CSA avec des zones centrées sur des sites TDF (plaçant ainsi ces derniers dans une position privilégiée) ;*
- *la rapidité des phases de déploiement imposée par le CSA et les pouvoirs publics ;*
- *l'attribution des fréquences et l'existence de plaques SFN ; lorsque, sur deux zones (ou plus) adjacentes, un multiplexe dispose d'une fréquence identique, il est plus approprié, pour des raisons techniques de synchronisation de fréquences (de façon à garantir l'absence de brouillage), de faire appel à un même diffuseur sur cette zone (SFN). La conséquence de ce phénomène est que si un site est incontournable dans une zone SFN, l'ensemble de la zone le devient ;*
- *les barrières administratives classiques (permis de construire, environnement, urbanisme) plus difficiles à franchir pour des sites de grande ou moyenne importance.*

Ces barrières demandent du temps pour être surmontées et apparaissent, à moyen terme, pouvoir empêcher ou du moins retarder l'évolution du marché vers une situation de concurrence effective. »

L'Autorité considère, au vu de ce qui précède, qu'au moins lors de la phase de démarrage de la TNT, il est nécessaire aux diffuseurs alternatifs d'accéder aux sites de TDF pour proposer

des offres de diffusion de la TNT aux opérateurs de multiplexe. Elle estime que la question des tarifs de cette prestation d'accès revêt une importance significative pour le développement de la concurrence sur le marché de gros amont des services de diffusion de la TNT.

En conséquence, l'Autorité considère que sont justifiées, au regard de ses besoins :

- la demande d'Antalis TV relative à la tarification des offres de gros « *DigiSiTV* » pour les phases 1 et 2 de déploiement de la TNT, ainsi que « *Hébergement TNT* » et « *DiffHF-TNT* » pour les phases 3 et suivantes, est justifiée ;
 - la demande relative à la clause de révision annuelle des prix insérée dans les contrats conclus avec TDF ;
 - la demande relative à la facturation des études de faisabilité ;
 - la demande relative à la fourniture et à la tarification de la prestation d'énergie, sécurisée et non sécurisée.
- **Fourniture d'une offre d'énergie, sécurisée et non sécurisée**

L'Autorité constate, au vu des pièces versées au dossier, que les opérateurs de multiplexe ont essentiellement demandé des prestations d'énergie non sécurisée lors des appels d'offres relatifs aux trois premières phases de déploiement de la TNT.

Il apparaît ainsi que, pour être en mesure de répondre de manière optimale aux besoins des opérateurs de multiplexe, Antalis TV doit pouvoir proposer une offre n'incluant pas la sécurisation de l'énergie par groupe électrogène.

Par conséquent, la fourniture d'une prestation d'énergie sécurisée seule, initialement proposée par TDF, ne permettait pas à Antalis TV de répondre aux attentes des opérateurs de multiplexe.

L'Autorité considère, au vu de ce qui précède, que la demande d'Antalis TV relative à la fourniture d'une prestation d'énergie, tant secourue que non secourue, est justifiée au regard de ses besoins.

2.4. Sur la capacité technique de TDF à répondre aux demandes d'Antalis TV

- **La demande d'Antalis TV relative à l'accès aux sites de TDF**

Pour les deux premières phases de déploiement de la TNT, TDF a proposé à ses concurrents, Antalis TV et Towercast, une offre d'accès à ses sites dénommée « *DigiSiTV* ». Cette offre se compose des deux éléments suivants :

- une prestation de base d'hébergement, comprenant notamment la voie d'accès au terrain de TDF, la mise à disposition d'un local dédié dans un bâtiment avec accès sécurisé et en principe raccordable en énergie, l'accès au site et au bâtiment, ainsi que l'utilisation d'un emplacement sur le pylône ou la tour hertzienne ;
- une prestation optionnelle d'accès au système antenne de TDF, comprenant l'usage non exclusif d'un système antenne, la mise à disposition d'une surface au sol pour l'accueil d'une réception satellite, la mise à disposition d'emplacements sur le pylône

pour une réception UHF et une émission/réception par faisceau hertzien, la mise à disposition d'un passage pour les liaisons télécoms entre les limites du terrain et le local mis à disposition du contractant, la mise à disposition d'une surface au sol ou d'un bâtiment pour accueillir un groupe électrogène et d'un emplacement pour l'accueil d'aérothermes.

Pour la troisième phase de déploiement de la TNT, TDF a révisé la structure de son offre d'accès et proposé à ses concurrents deux offres distinctes :

- une offre d'hébergement, dénommée « *Hébergement TNT* », comprenant la mise à disposition d'espaces dédiés dans une salle de cohabitation en vue de l'installation d'un émetteur TNT, d'un multiplexeur et d'équipements d'énergie, et sur le pylône en vue de l'installation d'une antenne de diffusion, d'une antenne « râteau » de réception HF et d'un ou de plusieurs feeders, la mise à disposition de fourreaux et de chemins de câble, ainsi que l'entretien et la maintenance des infrastructures utilisées pour l'hébergement ;
- une offre d'accès à son système antennaire « *DiffHF-TNT* », comprenant la prise en charge du signal HF livré par le diffuseur client à la sortie de son émetteur TNT, la diffusion du signal HF *via* l'utilisation d'un multiplexeur, d'un feeder, d'une antenne UHF, ainsi que plusieurs prestations connexes dont l'exploitation et l'entretien des moyens techniques contribuant à la fourniture du service.

Au vu de ce qui précède, l'Autorité constate que les offres d'accès existent déjà et que la société TDF est à cet égard techniquement en mesure de faire droit aux demandes d'accès à ses sites de diffusion de la TNT.

- **La demande d'Antalis TV relative à la fourniture de prestations d'énergie, sécurisée et non sécurisée**

Par un courrier en date du 8 juin 2005, TDF a proposé à Antalis TV de lui fournir une prestation d'énergie sécurisée, composée d'une offre d'énergie non sécurisée, construite à partir des produits d'EDF, et d'une offre de sécurisation reposant sur l'utilisation d'un groupe électrogène installé par TDF.

L'Autorité relève que cette prestation d'énergie non sécurisée apparaît comme un sous-ensemble de la prestation d'énergie sécurisée, dans la mesure où la fourniture de la prestation de sécurisation repose sur un équipement distinct, le groupe électrogène. Elle en déduit qu'il est techniquement possible à TDF de faire droit à la demande de prestation d'énergie non sécurisée formulée par Antalis TV.

Ceci est confirmé par l'adoption par TDF d'une nouvelle position au cours de l'instruction de la présente demande de règlement de différend. Elle fait en effet savoir, dans sa réponse du 16 décembre 2005 au premier questionnaire des rapporteurs, qu'elle « *propose de mettre en œuvre une offre d'accès à l'énergie sur tous ses sites et, sur demande, une offre de secours associée [qu'il] y a donc une dissociation des deux composantes bien que [...] celle-ci, initialement non mise en œuvre, génère de facto des charges supplémentaires* ». Elle précise que « *l'offre de secours est une option de l'offre de fourniture d'énergie* ».

III. Sur la demande d'Antalis TV relative aux tarifs d'accès aux sites de TDF

Dans sa saisine, Antalis TV reproche à TDF d'imposer des conditions tarifaires d'accès à ses sites, pour lesquelles aucun aménagement ne serait possible et qui auraient « *pour conséquence d'empêcher un opérateur efficace [...] de faire des offres concurrentes à celles [qu'elle propose] tout en couvrant ses propres frais et charges* ».

Antalis TV demande à l'Autorité d'enjoindre à TDF de réduire ses prix pour les sites pour lesquels elle a contracté une offre « *DigiSiTV* », ainsi que pour les sites de la phase 3 de déploiement de la TNT, à des niveaux maximaux qu'elle définit.

3.1. Principe applicable

L'Autorité rappelle qu'en application des dispositions de l'article L. 36-8 I du CPCE, elle est compétente « *en cas (...) de désaccord sur (...) l'exécution d'une convention d'accès (...) pour précis[er] les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles (...) l'accès [doit] être assuré* ». La référence à l'équité suppose que l'Autorité veille à régler le différend au regard des principes posés par l'article L. 32-1 du CPCE dont les prescriptions résultent de la transposition des dispositions mentionnées à l'article 8 de la directive « *Cadre* » susvisée.

En conséquence, l'Autorité veillera au cas d'espèce à ce que la décision qu'elle doit prendre garantisse, conformément à l'article L. 32-1 2° du CPCE, « *l'exercice, au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau (...) de communications électroniques* ». De la même manière, l'article L. 32-1 4° du CPCE impose à l'Autorité de veiller « *à l'égalité des conditions de la concurrence* ». Enfin, dans le respect des mesures prévues à l'article L. 32-1 9° du CPCE, l'Autorité attachera la plus grande importance « *à l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs* ».

Afin d'examiner les demandes d'Antalis TV en considération des exigences liées à l'équité, l'Autorité s'est livrée à deux exercices :

- elle a d'une part cherché à savoir, en réalisant un test de ciseau, si un opérateur raisonnablement efficace était en mesure de proposer des offres aux opérateurs de multiplexe tout en couvrant ses propres coûts ;
- elle a d'autre part étudié le niveau tarifaire des offres d'accès de TDF au regard de ses coûts, en estimant ceux-ci grâce à une modélisation *bottom-up*.

3.2. Sur la caractérisation d'un effet de ciseau

Dans sa saisine, la société Antalis TV met en avant les risques d'effet de ciseau occasionnés par le niveau tarifaire des offres de gros de TDF et des offres de détail qu'elle propose aux opérateurs de multiplexe.

Pour réaliser un test de ciseau, l'Autorité mesure traditionnellement l'espace économique prévalant entre les coûts supportés par un opérateur alternatif pour se positionner sur un marché et les tarifs pratiqués par l'opérateur historique sur ledit marché. Le diffuseur alternatif doit bénéficier d'un espace économique suffisant pour pouvoir proposer des offres concurrentielles.

En l'espèce, TDF produit, à l'annexe 3 de sa réponse au premier questionnaire des rapporteurs, un test de ciseau sommaire sur 19 sites objets par la saisine et conclut à l'absence de ciseau tarifaire. TDF élargit ensuite ce test à 34 sites lors de sa réponse au deuxième questionnaire, sans modifier sa conclusion. Il faut toutefois souligner que ses tests reposent uniquement sur des fourchettes de moyennes de ses tarifs de détail sur l'ensemble des sites étudiés.

A partir des seules pièces communiquées dans le cadre de la procédure, il n'a pas été possible à l'Autorité de réaliser un test de ciseau classique.

En effet, malgré les demandes réitérées des rapporteurs, TDF a refusé de verser au contradictoire ses tarifs de détail sous une forme autre qu'une fourchette de moyennes calculées sur 19 sites, puis sur 34 sites.

Par conséquent, afin de réaliser ce test de ciseau, l'Autorité a été contrainte de s'appuyer, en lieu et place des tarifs de détail de TDF, sur les tarifs de détail d'Antalis TV, communiqués pour chacun des appels d'offres des trois premières phases de déploiement de la TNT. L'Autorité souligne qu'après avoir refusé dans un premier temps de verser au contradictoire ses tarifs de détail, Antalis TV a revu sa position dans le cadre de sa réponse au second questionnaire des rapporteurs, en communiquant le niveau tarifaire de ses offres aux opérateurs de multiplexe.

L'Autorité observe qu'en règle générale, les tarifs d'un nouvel entrant sont réputés inférieurs à ceux d'un opérateur historique. Le test réalisé par l'Autorité, par construction plus sévère qu'un test de ciseau classique, s'approche autant que possible d'un test de ciseau traditionnel, sans toutefois en présenter toutes les caractéristiques.

Le test ainsi réalisé, avec la structure de coûts déclarée par Antalis TV, fait apparaître des tarifs de détail inférieurs de [...] % au tarif minimal permettant de laisser un espace économique à Antalis TV.

Cependant, les coûts de structure (ou coûts communs) d'Antalis TV paraissent élevés en regard des normes du secteur, et notamment du taux retenu pour France Télécom, considéré ci-après pertinent pour TDF. Cette situation de court terme s'explique par la jeunesse de la société Antalis TV et le fait que toutes les phases de la TNT ne sont pas encore achevées.

Si l'on retenait pour Antalis TV un niveau de coûts communs similaire à celui de France Télécom ou de TDF, l'effet de ciseau ne serait plus caractérisé, un espace économique faible existant pour Antalis TV. Cette hypothèse n'est cependant pertinente qu'à long terme.

La conjugaison de ces visions de court et de long termes amène l'Autorité à considérer que l'existence d'un effet de ciseau au préjudice de la société Antalis TV n'est pas exclue. Le refus opposé par TDF de fournir des données plus précises et l'incertitude sur les coûts de structure d'Antalis TV atténuent toutefois la portée de l'étude qui a été conduite.

3.3. Sur la modélisation des coûts de TDF relatifs à ses offres de gros de diffusion de la TNT

Au vu du faible degré de répliquabilité des sites de TDF résultant des facteurs exposés au point 2.3., l'Autorité n'a pas jugé pertinent de modéliser les coûts de reconstruction d'un réseau entièrement dédié à la diffusion de la TNT.

Par ailleurs, au cours de l'instruction, TDF a refusé à nouveau de répondre favorablement aux demandes itératives des rapporteurs, tendant à ce que leur soient fournies les données comptables permettant de reconstituer les coûts réellement encourus par l'opérateur pour la fourniture des offres de gros de diffusion de la TNT. En raison de l'absence de communication de ces informations, l'Autorité n'a pu reconstituer les coûts supportés par TDF selon une méthodologie *top-down*.

L'Autorité a donc uniquement procédé à une modélisation des coûts du diffuseur historique à partir de données extérieures, selon une méthodologie *bottom-up*. Cette approche a été suivie par Antalis TV dans ses mémoires, ainsi que par TDF dans sa réponse au second questionnaire des rapporteurs.

3.3.1. Sur les modèles de coûts présentés par les parties

La saisine d'Antalis TV s'appuyait en partie sur plusieurs versions d'un modèle de coûts réalisé par le cabinet Rise Conseil à partir d'une modélisation *bottom-up* des coûts de TDF.

De son côté, la société TDF a fait réaliser par le cabinet Tera Consultants deux modèles de coûts, étudiant pour le premier ses coûts de diffusion et pour le second, les coûts d'un opérateur nouvel entrant. Ces modèles n'ont cependant pas été versés au contradictoire par TDF, qui a accepté de fournir leurs seuls résultats lors de sa réponse au questionnaire n°1, puis de transmettre certaines des hypothèses retenues lors de la réponse au questionnaire n°2.

3.3.2. Sur la formule d'amortissement retenue

La société Antalis TV utilise dans son modèle une formule d'amortissement historique et linéaire. TDF, quant à elle, a préféré retenir une formule d'amortissement économique.

L'Autorité note que ces deux formules d'amortissement sont équivalentes sur le long terme (c'est-à-dire sur une période égale à la durée de vie de l'actif concerné), à la fois pour TDF et pour Antalis TV. En effet, elles assurent toutes deux l'égalité entre l'investissement initial et la somme actualisée des redevances d'amortissement versées.

Toutefois, la formule d'amortissement économique présente l'avantage de prendre en compte l'évolution des prix des actifs, à travers le paramètre de progrès technique, et de lisser les montants des redevances au cours du temps. Elle apparaît donc préférable en termes de visibilité pour les acteurs, tant TDF qu'Antalis TV, et dans une optique de renouvellement des actifs de TDF.

3.3.3. Sur la dimension temporelle des coûts

Les principes de modélisation proposés par les deux parties reposent sur la détermination des coûts année par année : l'investissement initial donne lieu à un amortissement annuel, réparti ensuite entre les services utilisant l'actif considéré pour l'année étudiée, en l'espèce 2006.

Ils ne reposent donc pas sur la notion de plan d'affaires, modélisant l'ensemble des coûts et revenus sur la durée de vie de l'infrastructure de TDF.

Toutefois, TDF souhaite la prise en compte de la disparition future de la télévision analogique terrestre, qui a pour effet d'augmenter la charge d'amortissement correspondant à l'année 2006. Cette démarche n'est pas compatible avec la logique retenue par TDF : une modélisation complète de type plan d'affaires aurait dû prendre en compte toutes les apparitions et disparitions de services depuis la mise en service de l'infrastructure de TDF.

En conséquence, l'Autorité considère qu'il convient de retenir un modèle de coût année par année et d'allouer les coûts imputés à l'année 2006 entre les services existants en 2006.

3.3.4. Sur les principales hypothèses retenues

Estimation des coûts alloués à la TNT

La modélisation repose sur une estimation des coûts d'investissement, d'exploitation, spécifiques au service, communs à l'entreprise et liés aux taxes, relatifs aux sites de diffusion de TDF. Une part de ces coûts est ensuite affectée à la diffusion de la TNT grâce à des clefs d'allocation.

Cependant, les coûts de bâtiment ne reposent pas entièrement sur cette logique. Une estimation de la surface occupée spécifiquement par la TNT permet de s'affranchir du mécanisme d'allocation et d'estimer directement les coûts imputables à la TNT.

Coûts de site environné

Les coûts d'investissement liés aux sites environnés de TDF peuvent être structurés de la manière suivante :

- coût fixe (recherche de site, portail, système d'accès, dalles) ;
- coût proportionnel à la surface (achat du terrain) ;
- coût proportionnel au périmètre (voie d'accès, clôture).

Les mémoires des parties, leurs réponses aux deux questionnaires, ainsi qu'un recours à la base de données publiques Batiprix recensant des références de coûts dans le secteur de la construction et des travaux publics, ont conduit l'Autorité à retenir les valeurs suivantes :

	Investissement	Durée de vie	Amortissement
Accès			
portail + sas	[...]	15	[...]
système d'accès	[...]	15	[...]
voie d'accès (par ml de route d'accès)	[...]	15	[...]
clotûre (par ml de périmètre)	[...]	15	[...]
Terrain			
recherche et négo	[...]	40	[...]
terrain (par m ²)	[...]	40	[...]
dalles	[...]	20	[...]

Les durées de vie de 15 et 20 ans pour les éléments d'accès et de dallage apparaissent équitables au vu des réponses des parties et de l'expérience de l'Autorité en ce domaine. La durée de vie de 40 ans du terrain a été fixée par analogie avec la durée retenue pour le génie civil de boucle locale de France Télécom, qui présente des caractéristiques similaires.

Les coûts d'exploitation liés au site environné de TDF peuvent être structurés de la manière suivante :

- coût fixe (*visites*) ;
- coût proportionnel à la surface (*entretien du terrain*) ;
- coût proportionnel aux investissements (télégestion, taxe professionnelle, taxe foncière).

Les positions des parties ont conduit l'Autorité à utiliser les valeurs suivantes :

	Exploitation
entretien terrain (par m ²)	[...]
taxe pro + taxe foncière (fixe)	[...]
taxe pro + taxe foncière (par m ²)	[...]
visites	[...]
télégestion (fixe)	[...]
télégestion (par ml)	[...]

L'Autorité a pris en compte les taxes de la manière suivante :

- la taxe professionnelle représente annuellement 4 % des investissements corporels ;
- la taxe foncière représente annuellement 0,8 % des investissements soumis à taxe foncière.

Par ailleurs, elle a pris en compte des frais de télégestion représentant annuellement 2 % des investissements corporels, terrain excepté.

Coûts de bâtiment

Les coûts d'investissement liés au bâtiment de TDF peuvent être structurés de la manière suivante :

- coût fixe (système d'accès, coût fixe de construction, surcoût pour groupe électrogène) ;
- coût proportionnel à la surface (construction du bâtiment) ;
- coût proportionnel à l'investissement (ingénierie interne, démantèlement).

Les mémoires des parties, leurs réponses aux deux questionnaires, ainsi qu'un recours à la base de données Batiprix recensant des références de coûts dans le secteur de la construction et des travaux publics, et à des éléments publics sur les coûts de construction des bâtiments, ont conduit l'Autorité à retenir les valeurs suivantes :

	Investissement	Démontage	CAPEX total	Durée de vie	Amortissement
bâtiment (par m ² spécifique)	[...]	[...]	[...]	30	[...]
bâtiment coût fixe	[...]	[...]	[...]	30	[...]
système d'accès	[...]	[...]	[...]	30	[...]

Les coûts de démantèlement ont été considérés comme égaux à 7 % de la valeur à neuf de l'investissement, comme l'indique TDF, et ont été valorisés à leur valeur d'aujourd'hui par actualisation au coût du capital de TDF, étant entendu qu'ils ne seront engagés qu'à la fin de la durée de vie de l'actif.

Les coûts d'ingénierie interne ont été intégrés au coût de construction du bâtiment, estimé par l'Autorité à 700 euros par m² sur la base des observations des parties et de comparaisons avec des éléments publics.

Les durées de vie des bâtiments ont été fixées à 30 ans, comme proposé par TDF. Ce chiffre est cohérent avec la durée de vie des centraux de France Télécom, fixée à 25 ans.

Les coûts d'exploitation liés aux bâtiments de TDF peuvent être structurés de la façon suivante :

- coût proportionnel à la surface (*entretien du bâtiment*) ;
- coût proportionnel à l'investissement (télégestion, taxe professionnelle, taxe foncière).

L'autorité a retenu des coûts d'entretien du bâtiment de 100 euros par m² et par an.

Les méthodes de prise en compte des taxes et des frais de télégestion sont identiques à celles décrites ci-dessus pour le site environné.

Coûts de pylône

Les coûts d'investissement liés aux pylônes de TDF peuvent être structurés de la manière suivante :

- coût lié à la hauteur du pylône ;
- coût proportionnel à l'investissement (*ingénierie, démontage*).

Les coûts liés à la hauteur du pylône retenus par l'Autorité sont les suivants :

	Investissement (yc ingénierie)	Démontage	CAPEX total
Pylônes			
12 m	[...]	[...]	[...]
20 m	[...]	[...]	[...]
25 m	[...]	[...]	[...]
35 m	[...]	[...]	[...]
45 m	[...]	[...]	[...]
55 m	[...]	[...]	[...]
70 m	[...]	[...]	[...]
80	[...]	[...]	[...]
90	[...]	[...]	[...]
100	[...]	[...]	[...]
110	[...]	[...]	[...]
120	[...]	[...]	[...]
130	[...]	[...]	[...]
150	[...]	[...]	[...]
200	[...]	[...]	[...]
250	[...]	[...]	[...]
300	[...]	[...]	[...]
350	[...]	[...]	[...]
Pylônets			
10m	[...]	[...]	[...]
15m	[...]	[...]	[...]
20m	[...]	[...]	[...]
25m	[...]	[...]	[...]

Les valeurs des pylônes de faible hauteur communiquées par TDF sont inférieures à celles communiquées par Antalis TV : l'Autorité les a retenues comme étant les plus proches de la réalité avec une grande probabilité. Les coûts des pylônes à partir de 80m de hauteur ont été fournis par Antalis TV, et TDF a indiqué qu'ils étaient en moyenne satisfaisants et qu'elle ne souhaitait donc pas en fournir de nouveaux. Les coûts des pylônes de 70 mètres ont été obtenus par extrapolation entre ceux de 55m et ceux de 80m.

Par ailleurs, des coûts d'ingénierie de 5 % de la valeur à neuf ont été pris en compte par l'Autorité, ainsi qu'un coût de démontage de 15 % de la valeur à neuf, encouru à la fin de la durée de vie et actualisé à sa valeur présente.

Enfin, les coûts des pylônets de hauteur supérieure à 25 m ont été alignés sur ceux des pylônes de taille équivalente, faute d'élément fourni par l'une ou l'autre des parties.

Les durées de vie des pylônes retenues sont de 30 ans, comme proposé tant par TDF que par Antalis TV.

Les coûts d'exploitation liés aux pylônes sont proportionnels à l'investissement engagé. Les coûts d'exploitation sont estimés annuellement à 6 % de la valeur à neuf du pylône. Les taxes et coûts de télégestion sont pris en compte comme précédemment.

Coûts communs à l'ensemble du système antenneur

Le système antenneur regroupe les multiplexeurs, les feeders et les antennes.

Certains coûts apparaissent communs à l'ensemble du système antenne : les stocks de pièces de rechange et les équipements de mesure.

Selon TDF, le stock de pièces est estimé à 5 000 euros et les équipements de mesure, à 50 000 euros. Selon Antalis TV, le stock de pièces est valorisé à 34 200 euros et les équipements de mesure à 17 100 euros.

Malgré les grandes différences observées poste à poste, le total des coûts communs au système antenne apparaît presque identique pour les deux parties. L'Autorité retient donc la proposition de TDF, en notant par ailleurs qu'elle conduit après allocation des coûts à un montant alloué à la TNT plus faible.

Coûts d'investissement de feeder

Les coûts d'investissement liés au feeder peuvent être structurés de la manière suivante :

- coût fixe lié au diamètre du feeder ;
- coût proportionnel à la longueur du feeder, et lié à son diamètre.

L'Autorité a retenu les coûts communiqués par TDF, qui sont le plus souvent inférieurs à ceux modélisés par Antalis TV.

Ces coûts retenus par l'Autorité sont les suivants :

	Investissement (yc ingénierie)	Durée de vie	Amortissement
Coût fixe			
7/8'	[...]	25	[...]
1' 1/4	[...]	25	[...]
1' 5/8	[...]	25	[...]
3' 1/8	[...]	25	[...]
4' 1/8	[...]	25	[...]
6' 1/8	[...]	25	[...]
Coût par mètre de feeder			
7/8'	[...]	25	[...]
1' 1/4	[...]	25	[...]
1' 5/8	[...]	25	[...]
3' 1/8	[...]	25	[...]
4' 1/8	[...]	25	[...]
6' 1/8	[...]	25	[...]

Ces coûts prennent en compte un *mark-up* de 20 % au titre de la conception et de l'ingénierie.

La durée de vie proposée par TDF est de 20 à 25 ans, et celle proposée par Antalis TV de 30 ans. La durée de vie retenue par l'Autorité est de 25 ans, en précisant que l'écart résultant du passage de 20 à 30 ans est faible.

Coûts d'investissement de multiplexeurs

Les coûts d'investissement liés aux multiplexeurs peuvent être structurés de la manière suivante :

- coût fixe ;
- coût proportionnel à la puissance de l'émetteur.

L'Autorité a retenu les coûts communiqués par TDF, qui sont le plus souvent inférieurs à ceux modélisés par Antalis TV.

Ces coûts d'investissement retenus par l'Autorité sont les suivants :

	Investissement	Durée de vie	Amortissement
si canaux adjacents (par multiplexeur)	[...]	25	[...]
câble de liaison (par émetteur)	[...]	25	[...]
Diplexeur TNT (P nominale TNT) (€)			
25W	[...]	25	[...]
200W	[...]	25	[...]
2500W	[...]	25	[...]
Diplexeur TAT/mixte (P nominale TAT) (€)			
50 W	[...]	25	[...]
100 W	[...]	25	[...]
500 W	[...]	25	[...]
4000 W	[...]	25	[...]
10000 W	[...]	25	[...]
25000 W	[...]	25	[...]

Ces coûts prennent en compte un *mark-up* de 20 % au titre de la conception et de l'ingénierie.

La durée de vie proposée par TDF est de 20 à 25 ans, et celle proposée par Antalis TV de 30 ans. La durée de vie retenue par l'Autorité est de 25 ans, en précisant que l'écart résultant du passage de 20 à 30 ans est faible.

Coûts d'investissement d'antenne

Les coûts d'investissement liés aux antennes peuvent être structurés de la manière suivante :

- coût fixe lié au diamètre du feeder (*antenne, sécurisation*) ;
- coût proportionnel au nombre de panneaux (incluant le radôme) lié au diamètre du feeder ;
- coût variable de démontage.

Selon TDF, chaque antenne est sécurisée. L'Autorité estime, au titre de son expertise, que seule une proportion de l'ordre de la moitié du parc des antennes nécessite une sécurisation, eu égard au nombre de panneaux qu'elle comporte.

Par ailleurs, selon Antalis TV, le coût d'un panneau varie entre 1 500 et 3 000 euros selon que la puissance de l'émetteur est ou non inférieure à 2500 W. TDF estime que ce coût varie en

fonction du diamètre du feeder et qu'il est compris entre 2 000 et 3 700 euros. L'Autorité a considéré qu'il convenait de conserver le diamètre du feeder comme paramètre dimensionnant du coût d'un panneau ; elle a également considéré qu'il convenait de tenir compte, pour chaque antenne, du coût moyen du radôme effectué sur 25 % des sites. Elle a toutefois considéré qu'il convenait de retenir des valeurs proches de celles retenues par Antalis TV, plus représentatives de la réalité du marché.

Ces coûts d'investissement retenus par l'Autorité sont les suivants :

	Investissement	Démontage	CAPEX total	Durée de vie	Amortissement
Antennes coût fixe					
7/8"	[...]	[...]	[...]	25	[...]
1" 1/4	[...]	[...]	[...]	25	[...]
1" 5/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
3" 1/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
4" 1/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
6" 1/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
Sécurisation pour 50 % des antennes					
7/8"	[...]	[...]	[...]	25	[...]
1" 1/4	[...]	[...]	[...]	25	[...]
1" 5/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
3" 1/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
4" 1/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
6" 1/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
Coût proportionnel au nombre de panneaux (yc radôme)					
7/8"	[...]	[...]	[...]	25	[...]
1" 1/4	[...]	[...]	[...]	25	[...]
1" 5/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
3" 1/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
4" 1/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
6" 1/8	[...]	[...]	[...]	25	[...]
Coût variable de démontage					
1-12 panneaux	[...]	[...]	[...]	25	[...]
13-24 panneaux	[...]	[...]	[...]	25	[...]
25-48 panneaux	[...]	[...]	[...]	25	[...]
49 panneaux et plus	[...]	[...]	[...]	25	[...]

L'ensemble de ces coûts prend en compte un *mark-up* de 20 % au titre de la conception et de l'ingénierie.

La durée de vie proposée par TDF est de 20 à 25 ans, et celle proposée par Antalis TV de 30 ans. La durée de vie retenue par l'Autorité est de 25 ans, en précisant que l'écart résultant du passage de 20 à 30 ans est faible.

Coûts d'exploitation du système antenneaire

Les coûts d'exploitation du système antenneaire s'expriment en pourcentage de la valeur à neuf des investissements du système antenneaire.

Selon TDF, ces coûts comprennent les coûts de maintenance (6 % de la valeur à neuf), les coûts de mesure et d'expertise (5 % de la valeur à neuf), les coûts de télégestion (5 % de la valeur à neuf) et la taxe professionnelle (4 % de la valeur à neuf).

TDF est le seul à connaître ses coûts d'exploitation, ces chiffres apparaissent donc les plus fiables en l'état. Cependant, ils sont supérieurs à la majeure partie des exemples que l'on peut trouver dans le secteur des communications électroniques, et conduisent à des coûts d'exploitation deux fois et demi supérieurs aux coûts d'investissement annuels, ce qui est singulier dans un secteur réputé capitalistique.

L'estimation de ces coûts donnera lieu à un travail ultérieur spécifique de l'Autorité, notamment appuyé sur des données comptables de TDF, qui ne sont pas disponibles aujourd'hui.

Coûts spécifiques

Les coûts spécifiques, en l'absence d'éléments probants, ont été fixés au même niveau que ceux de France Télécom pour l'interconnexion : un *mark-up* de 10 % des coûts techniques a donc été appliqué.

Coûts communs

Les coûts communs, en l'absence d'éléments probants, ont été fixés au même niveau que ceux de France Télécom: un *mark-up* de 5,78 % des coûts techniques et spécifiques a donc été appliqué.

Taxes

Les taxes professionnelles et taxes foncières ont été prises en compte dans les coûts de chaque catégorie d'actifs.

Les modalités d'application de ces taxes varient selon les collectivités locales concernées. Il a été retenu une valeur moyenne pour chacune de ces taxes :

- 4% de la valeur à neuf des immobilisations corporelles pour la taxe professionnelle ;
- 0,8% de la valeur neuf des immobilisations soumises à taxe foncière pour cette dernière.

Ces valeurs ont été proposées par TDF et n'ont pas été contestées par Antalis TV.

Taux de rémunération du capital

Selon TDF, son coût du capital est sensiblement supérieur à celui des opérateurs de téléphonie mobile. Celui-ci a été fixé par l'Autorité à 12,4 % pour les années 2006 et 2007.

Selon Antalis TV, ce taux est inférieur et serait compris entre 5 % et 8 %.

Enfin, le taux retenu par le régulateur de Grande-Bretagne est de 7,71 % en terme réel, soit entre 9 % et 10 % en valeur nominale, et le taux indiqué par Borsa Italia pour le secteur est de 6,73 % pour l'activité d'hébergement et de 10,56 % pour l'activité technologique.

L'Autorité considère donc équitable de retenir pour le calcul des coûts de TDF un taux équivalent à celui retenu pour les activités fixes de France Télécom, soit un taux nominal avant impôts de [...] %.

Les mécanismes d'allocation des coûts à la TNT

Le nombre total de services utilisant un des sites de la saisine est estimé à 27 par Antalis TV. TDF ne fournissant pas d'autre estimation, ce chiffre est retenu par l'Autorité.

Le nombre total de services de télévision, numérique ou analogique, a été fourni site par site par TDF.

Les coûts de site environné sont répartis à part égale entre les 27 services utilisant le site, conformément à la proposition d'Antalis TV. TDF proposait de retenir le même mode d'allocation que pour le pylône, arguant du fait que la taille du terrain était proportionnelle à la hauteur du pylône. Cependant, ce lien n'est pas établi par les chiffres fournis par TDF.

Les coûts de bâtiment sont en très grande partie calculés pour la seule TNT et n'ont pas à être alloués. La faible part de coûts fixes restante est allouée à part égale entre les 27 services.

Les deux parties pensent qu'il convient d'allouer les coûts de pylône en fonction de la hauteur des antennes de chaque service. En l'absence de données suffisamment détaillées, et notant que la solution présentée par Antalis TV présente des défauts manifestes, l'Autorité retient les valeurs présentées par TDF, et retranscrites dans le tableau ci-dessous.

Site	% d'allocation à la TNT
AJACCIO - Coti	[...]
ALENCON	[...]
ANGERS	[...]
ARCACHON	[...]
ARGENTON	[...]
BASTIA	[...]
BAYONNE - Rhune	[...]
BORDEAUX - Bouliac	[...]
BORDEAUX - Cauderan	[...]
BOURGES - Neuvy	[...]
BREST - Roc-Tredudon	[...]
BRIVE	[...]
CAEN - Mont Pinçon	[...]
CHERBOURG - Digosville	[...]
CLERMONT-FERRAND	[...]
EVREUX	[...]
GRENOBLE - Tour Sans Venin	[...]
LE HAVRE - Harfleur	[...]
LAVAL	[...]
LYON - Mont Pilat	[...]
LE MANS - Mayet	[...]
MANTES - Maudetour en Vexin	[...]
MEAUX	[...]
NANTES - Haute Goulaine	[...]
NICE	[...]
NIORT - Maisonnay	[...]
ORLEANS - Trainou	[...]
REIMS - Hautvillers	[...]
ROUEN - Grande Couronne	[...]
SAINT ETIENNE - Guisay	[...]
SAINT RAPHAËL	[...]
TOULON - Cap Sicié	[...]
TOULOUSE - Pic du Midi	[...]
TOURS	[...]

Les coûts communs au système antennaire sont alloués entre les services de télévision pour le stock de pièces et entre tous les services pour les équipements de mesure.

Les coûts de multiplexeur, de feeder et d'antenne sont répartis également entre les services de télévision, analogique ou numérique, qui les consomment.

3.3.5. *Sur le résultat de l'étude*

Les coûts ainsi modélisés de TDF apparaissent [...] % inférieurs aux tarifs de « *DigiSiTV* » pour les phases 1 et 2 de déploiement de la TNT, et [...] % inférieurs aux tarifs des offres « *Hébergement TNT* » et « *DiffHF-TNT* » de la phase 3.

3.4. *Sur les conclusions de l'étude des tarifs d'accès de TDF*

L'étude directe des coûts de TDF fait apparaître que les coûts de TDF sont inférieurs à ses tarifs, de [...] % pour les phases 1 et 2, et de [...] % pour la phase 3. Le changement de mode

de tarification, concomitant au lancement de la phase 3, a donc été l'occasion pour TDF d'augmenter la marge qu'elle réalisait sur ses prestations de gros.

Par ailleurs, l'analyse de l'Autorité a permis de révéler l'existence probable d'un effet de ciseau, tout du moins à partir de la structure de coûts d'Antalis TV raisonnablement proche de celle existante.

Cette augmentation de marge, entre les phases 1 et 2 d'une part et la phase 3 d'autre part, n'apparaît fondée sur aucun élément technique ou économique pertinent. Dans ces conditions, au regard des dispositions de l'article L. 32-1 2°, 4° et 9° du CPCE, il apparaît à l'Autorité inéquitable de faire peser sur la société Antalis TV une charge supérieure à celle qu'elle supportait lors des deux premières phases de lancement de la TNT. Cette charge paraît d'autant moins justifiée qu'elle conduit à réduire d'autant l'espace économique sans doute insuffisant qui pouvait être mis à profit par Antalis TV.

Par référence aux dispositions de l'article L. 36-8 I du CPCE et au principe d'équité auquel elles renvoient, il est nécessaire que la société TDF diminue les tarifs de gros applicables aux sites de la phase 3, de manière à réaliser une marge équivalente à celle qu'elle peut dégager en ce qui concerne les deux premières phases de déploiement de la TNT.

La diminution devra respecter la formule suivante :

$$T' = [...] T + X$$

Avec :

- T' le nouveau tarif des offres « Hébergement TNT » et « DiffHF-TNT » ;
- T le tarif actuel des offres « Hébergement TNT » et « DiffHF-TNT » ;
- X : la valeur permettant d'obtenir un écart de [...] %, avec $X/([...]T+X) = [...]$.

IV. Sur la demande relative à la clause de révision annuelle des prix

Les contrats conclus entre TDF et Antalis TV pour les deux premières phases de déploiement de la TNT comportaient une clause de révision automatique des prix le 1^{er} janvier de chaque année par l'application d'une formule composée des trois indices INSEE suivants :

- indice du coût de la main d'œuvre des industries mécaniques et électriques ;
- indice du coût des produits et services divers catégorie C (PSDC) (pour l'électronique) ;
- indice du coût de la construction.

L'indice PSDC a été supprimé en juillet 2004. TDF a alors adopté le modèle suivant, notifié à Antalis TV le 31 mai 2005 :

- 72 % de l'indice EBIQ (« énergie, biens intermédiaires et biens d'équipement »), du prix à la production dans l'industrie ;
- 20 % de l'indice TCH (« services de transport, communication et hôtellerie, cafés, restauration »), du prix à la consommation ;

- 8 % de l'indice « coût à la construction moyenné ».

Le 27 novembre 2003, Antalis TV a souligné que la clause de révision entraînait une hausse des prix de 1,6 %, « laissant craindre [...] une augmentation estimée à 5 % au début de 2005 ».

4.1. Sur le principe de la clause de révision annuelle des prix

Antalis TV dénonce le principe même de la révision annuelle des prix des offres de gros de TDF. Après avoir rappelé que les opérateurs de multiplexe demandaient des prix fermes aux différents diffuseurs et que TDF faisaient droit à leur demande, elle estime être confrontée chaque année à une diminution de marge, contrairement à TDF dont les coûts n'augmenteraient pas d'un montant équivalent à l'augmentation imposée en application de la clause de révision. Elle estime également que TDF se livre à une pratique discriminatoire en n'intégrant pas dans ses prix de gros une estimation de la hausse prévisible des prix sur les cinq années du contrat, comme elle le fait pour ses prix de détail consentis aux opérateurs de multiplexe.

TDF considère que l'insertion d'une clause de révision des prix est une pratique commerciale courante, non discriminatoire, dans la mesure où TDF prend en compte la révision prévisionnelle des prix de gros pour établir le tarif de ses offres de détail.

L'Autorité considère que l'insertion d'une clause de révision annuelle des prix dans ses contrats avec Antalis TV ne caractérise pas une pratique discriminatoire, dans la mesure où TDF intègre une prévision de hausse dans la construction des tarifs de ses offres aux opérateurs de multiplexe.

L'Autorité estime en outre que, sur le principe, l'insertion par TDF d'une telle clause n'est pas inéquitable. Elle relève à cet égard que le Conseil de la concurrence a estimé, dans son avis n° 06-A-01 susvisé :

« [les indices retenus par TDF] sont plutôt orientés à la hausse sur le moyen terme, ce qui laisse à penser que le prix proposé par TDF à ses concurrents devrait augmenter. Or, comme les multiplex négocient des prix fermes avec leurs diffuseurs, les diffuseurs concurrents font valoir qu'ils pourraient connaître des difficultés s'ils n'ont pas dans leur prix actuel anticipé cette hausse (effet de ciseau potentiel) en lissant les prix fermes consentis aux multiplex. Le Conseil de la concurrence observe qu'une telle situation, qui n'est pas propre au marché analysé, ne constitue pas par elle-même un obstacle à la concurrence justifiant une régulation ex ante. Dès lors que la formule faisant évoluer le prix des prestations intermédiaires est prévisible pour tous les acteurs concernés et ne place pas TDF dans une position privilégiée, il appartient en effet à chaque entreprise d'anticiper, dans son calcul économique, ces évolutions. »

4.2. Sur le caractère prévisible de la formule de révision des prix

Dans son premier mémoire en défense, TDF indique que l'indice panéalisé retenu a conduit à une augmentation moyenne de 1,4 % par an sur la période comprise entre 2002 et 2005. Elle affirme par ailleurs se fonder sur une estimation de cette augmentation moyenne pour construire ses offres de détail destinées aux opérateurs de multiplexe.

Cependant, un changement des indices utilisés a conduit TDF en 2006 à appliquer une hausse conséquente de ses tarifs de gros :

- 3,4230 % pour l’offre « *DigiSiTV* » ;
- 3,4783 % pour l’offre « *Hébergement TNT* » ;
- 3,6057 % pour l’offre « *DiffHF-TNT* ».

Cette hausse n’apparaissait pas prévisible, au vu des évolutions antérieures des tarifs de gros de TDF et des communications de TDF sur ce sujet. Par ailleurs, cette hausse est susceptible de conduire TDF à pratiquer des tarifs intermédiaire d’éviction, et Antalis TV à vendre à perte.

Le caractère imprévisible de la formule de révision des prix, ainsi que l’augmentation consécutive aux changements d’indice retenus, apparaissent donc de nature à empêcher un fonctionnement normal du marché intermédiaire.

4.3. Sur le caractère inadapté de la formule de révision des prix

Dans leurs réponses au deuxième questionnaire, les deux parties s’accordent à considérer que le progrès technique réel est nul pour l’ensemble des éléments du réseau de diffusion. La majeure partie des coûts d’exploitation étant considérée comme proportionnelle aux coûts d’investissement, il ressort que l’évolution, en monnaie réelle, des coûts de diffusion numérique est nulle.

Dès lors, une clause de révision des prix des offres de gros ne saurait imposer une hausse des prix réels. La hausse des prix nominaux ne peut donc être supérieure à l’inflation, représentée par l’indice IPC de l’INSEE.

La formule de révision des prix actuellement utilisée par TDF apparaît donc contradictoire avec ses propres déclarations et évaluations sur le progrès technique applicable aux éléments de son réseau de diffusion TNT.

Par ailleurs, il a été précisé ci-avant que la date du litige remontait au 7 septembre 2004, et que la décision de l’Autorité pouvait s’appliquer depuis cette date. L’Autorité est donc en mesure de modifier rétroactivement les mécanismes de révision des prix mis en œuvre depuis le 7 septembre 2004.

V. Sur la demande relative à la fourniture d’énergie

Pour trois sites d’accès difficile de la phase 2 de déploiement de la TNT (Ajaccio, Bayonne et Bourges), estimant que le raccordement électrique par EDF était problématique et onéreux, Antalis TV a demandé à TDF de lui faire deux propositions de fourniture d’énergie : l’une d’énergie sécurisée, l’autre d’énergie non sécurisée. TDF a alors proposé de lui fournir une prestation d’énergie sécurisée seule. Antalis TV a considéré que cette offre ne lui permettait ainsi pas de répondre aux demandes de des opérateurs de multiplexe et que les tarifs proposés étaient excessifs et injustifiés.

TDF a répondu que l'offre d'énergie existait seulement en version secourue et qu'Antalis TV pouvait effectuer un choix entre se voir fournir une prestation d'énergie non secourue par un fournisseur tiers avec sécurisation optionnelle ou une prestation d'énergie sécurisée par TDF.

5.1. Chaîne technique de l'énergie sur un site

L'Autorité comprend que la fourniture d'une prestation d'énergie sécurisée sur un site se compose des trois prestations suivantes :

Accès à l'énergie	Approvisionnement en énergie auprès d'un fournisseur
	Transformation et isolement de l'énergie, entretien et mise à niveau des équipements en fonction de la puissance crête des installations et équipements consommateurs présents sur le site
Secours de l'énergie	Mise en place des moyens nécessaires pour déclencher un groupe électrogène en cas de rupture d'alimentation par le fournisseur d'énergie
Distribution et fiabilisation de l'énergie	Mise en place des moyens nécessaires pour distribuer l'énergie du point d'accès à chaque équipement

L'Autorité relève qu'Antalis TV demande à TDF la fourniture d'une seule prestation d'accès à l'énergie seul d'une part, et d'une prestation d'accès à l'énergie avec sécurisation d'autre part.

5.2. Sur la fourniture d'une prestation d'énergie, sécurisée et non sécurisée

Ainsi qu'exposé précédemment, l'Autorité considère que TDF est en mesure de fournir une prestation non sécurisée seule, dans la mesure où elle est capable de fournir une prestation sécurisée et où la sécurisation repose sur un équipement spécifique distinct, le groupe électrogène.

Cette faculté est vérifiée par le fait que :

- TDF a annoncé le 14 février 2005 qu'elle s'engageait à faire une offre systématique d'énergie, dans le cadre de sa nouvelle offre d'accueil sur site (phases 3 et suivantes) ainsi que pour les sites d'Ajaccio, Bayonne et Bourges (phase 2), « *sécurisée, ou non selon le niveau de sécurisation disponible* » ;
- TDF a annoncé, dans sa réponse au premier questionnaire des rapporteurs, en date du 16 décembre 2005 qu'elle proposait « *de mettre en œuvre une offre d'accès à l'énergie sur tous ses sites et, sur demande, une offre de secours associée. Il y a donc une dissociation des deux composantes bien que (...) celle-ci, initialement non mise en œuvre, génère de facto des charges supplémentaires. L'offre de secours est ainsi une option de l'offre de fourniture d'énergie* ». Elle ajoute que cette offre concerne l'ensemble des sites qu'elle exploite dans les trois premières phases de déploiement de la TNT, ce qu'elle confirme dans sa réponse au second questionnaire des rapporteurs, en date du 15 février 2006.

L'Autorité prend acte de cette proposition qui répond, sur le principe, à la demande de prestation formulée par Antalis TV.

5.2. Sur le niveau tarifaire de la prestation d'énergie

Il ressort des pièces de l'instruction que TDF s'applique à elle-même les tarifs suivants pour les prestations d'énergie sécurisée et non sécurisée de l'ensemble des phases de la TNT :

Puissance appelée (kWA) de l'opérateur sur le site	Tarif accès énergie standard (€)	Tarif accès énergie secourue par GE (€)
10	[...]	[...]
20	[...]	[...]
30	[...]	[...]
40	[...]	[...]
80	[...]	[...]
150	[...]	[...]

L'Autorité relève que TDF a refusé de communiquer aux rapporteurs les informations nécessaires à l'évaluation des coûts sous-jacents à la fourniture de ces deux offres.

Ainsi, dans sa réponse au premier questionnaire des rapporteurs, en date du 16 décembre 2005, TDF soutient que « *s'il est possible de s'appuyer sur la comptabilité existante de TDF pour évaluer de façon globale les coûts de fourniture d'énergie (dépenses en équipements et en approvisionnement et coûts d'exploitation et maintenance), celle-ci ne permet pas de donner des informations détaillées poste par poste sur les coûts de capital et d'exploitation des différents types d'énergie (distribuée ou non, sécurisée ou non)* ». Par ailleurs, dans sa réponse au second questionnaire des rapporteurs, en date du 15 février 2006, elle souligne qu'au « *stade actuel de l'élaboration de l'offre, [elle] n'est pas en mesure de détailler les coûts sous-jacents à l'offre d'énergie qui [...] sera péréquée pour l'ensemble des sites* ».

TDF précise toutefois que les coûts directement liés à la fourniture de l'énergie se répartissent en trois catégories :

- approvisionnement : redevances EDF, taxes... ;
- équipements mutualisables :
 - o équipements spécifiques de TDF pour la fourniture de l'énergie (transformateurs, groupes électrogènes...), équipements d'environnement requis par ces derniers, hébergement indoor de ces équipements ;
 - o exploitation et maintenance.

TDF soutient que « *la clef d'allocation qui paraît la plus pertinente pour allouer ces coûts entre les opérateurs est le nombre de kW appelés attribuable à [chaque client, qui] équivaut à la consommation maximale des équipements actifs appartenant à chaque opérateur* ».

L'Autorité note qu'Antalis TV a effectué une modélisation des coûts de fourniture d'une prestation d'énergie non sécurisée par TDF d'une part, et d'une prestation d'énergie sécurisée d'autre part.

S'agissant de la prestation d'énergie non sécurisée, la société requérante distingue la consommation électrique qui correspond à une quote-part de l'abonnement EDF, des investissements liés au raccordement qui correspondent au raccordement de base à EDF, aux coûts de génie civil, de branchement de câble d'alimentation, aux coûts de fourniture et de pose d'une chaîne de distribution complète, ainsi qu'aux coûts de maîtrise d'œuvre du chantier.

Au terme de son analyse, elle considère que les tarifs de TDF sont en moyenne supérieurs de [...] % aux coûts sous-jacents.

L'Autorité considère qu'il est justifié d'opérer une distinction entre les prestations récurrentes et les investissements. Elle relève que si ces derniers éléments correspondent à des charges supportées par TDF, mutualisables entre les différents diffuseurs présents sur un site, les premiers relèvent d'une simple revente d'un produit EDF.

Au vu des éléments dont elle dispose, l'Autorité considère, sur la base de l'équité, que TDF doit réaliser une marge raisonnable sur la prestation de raccordement, en tout état de cause inférieure à celle qu'elle réalise actuellement. Il paraîtrait en outre équitable, si Antalis le souhaite, qu'elle puisse s'acquitter du tarif correspondant aux frais de raccordement sous la forme d'un versement initial, dans la mesure où le coût des travaux sous-jacents n'est pas récurrent.

Elle considère en outre qu'il n'est pas équitable que TDF réalise une marge sur la simple revente de l'énergie fournie par EDF. Le système mis en place par TDF devra, autant que possible, permettre de distinguer les consommations de TDF et d'Antalis TV afin de s'assurer du respect de ce principe tarifaire.

S'agissant de la prestation d'énergie sécurisée, l'Autorité souhaite rappeler qu'elle ne constitue pas l'enjeu du présent litige, dans la mesure où, lors des trois premières phases de déploiement de la TNT, les opérateurs de multiplexe ont essentiellement demandé à ce que la prestation d'énergie ne soit pas sécurisée.

Elle relève toutefois que selon la modélisation réalisée par Antalis TV, les tarifs de TDF pour la prestation de sécurisation de l'énergie par groupe électrogène sont en moyenne supérieurs de [...] % aux coûts sous-jacents.

Au vu des éléments dont elle dispose, l'Autorité considère, sur la base de l'équité, que TDF doit réaliser une marge raisonnable sur cette prestation, en tout état de cause inférieure à celle qu'elle réalise actuellement.

VI. Sur la demande relative aux études de faisabilité

6.1. Contexte

Pour les deux premières phases de déploiement de la TNT, le tarif des études de faisabilité était déduit du prix de la diffusion lorsque le client souscrivait à l'offre « *DigiSiTV* » de TDF. Pour la troisième phase de déploiement, ces études sont désormais facturées, sans possibilité de récupération ultérieure en cas de contractualisation des offres « *Hébergement TNT* » et « *DiffHF-TNT* ». Antalis TV considère que TDF ne justifie pas cette modification qui reviendrait de fait à une augmentation pure, simple et discriminatoire de ses prix. Elle précise

qu'en réponse à ses plaintes, TDF a proposé de lui transmettre gratuitement les caractéristiques générales des systèmes existants, mais que ces informations ne lui permettent pas de faire la meilleure offre possible aux opérateurs de multiplexe.

TDF soutient que le tarif des études de faisabilité couvre les dépenses spécifiquement engagées par TDF pour répondre aux demandes des opérateurs tiers et que les coûts mutualisables sont répercutés dans les frais d'accès au service facturés ultérieurement aux diffuseurs qui utiliseront effectivement le site et le cas échéant le système antenne de TDF. TDF ajoute que les conditions de facturation ne sont pas discriminatoires, l'intégralité des coûts des études de faisabilité effectivement réalisées pour son propre compte étant prise en considération dans l'élaboration de ses offres de détail. Elle précise enfin que, grâce aux informations communiquées gracieusement à Antalis TV, ce dernier est en mesure de répondre aux appels d'offres des opérateurs de multiplexe après avoir commandé les seules études de faisabilité relatives à l'utilisation de son système antenne, qu'elle juge peu onéreuses.

6.2. Nouveau dispositif de facturation des études

L'Autorité note que TDF réalise, pour le compte de ses clients diffuseurs et pour son propre compte, les études listées ci-après, dites « études amont », dont les coûts sont mutualisables entre les opérateurs présents sur un site.

Etudes amont	Conception des adaptations, modifications ou renouvellements à apporter au système antenne existant
	Examen de la capacité du pylône à supporter les nouveaux systèmes antennes ou les modifications à apporter au système antenne existant
	Examen de la capacité des bâtiments à accueillir les équipements des opérateurs de diffusion
	Examen de la capacité du site à accueillir en extérieur certains éléments (aérothermes, paraboles...)
	Vérification des conditions de sécurité du personnel d'intervention sur site

Elle relève par ailleurs, que TDF réalise, spécifiquement pour le compte de ses clients diffuseurs ou pour son propre compte, deux types d'études de faisabilité, l'une relative à l'offre « Hébergement TNT », l'autre relative à l'offre « DiffHF-TNT ». Ces études sont les suivantes :

Etudes de faisabilité	Etude d'implantation et de réalisation (offre "hébergement TNT")
	Etude de conception et de raccordement (offre "diffHF-TNT")

L'Autorité note que TDF communique un certain nombre d'informations à Antalis TV qui, selon le diffuseur historique, doivent permettre à Antalis TV de ne plus être contraint de commander les études de faisabilité pour être en mesure de répondre aux appels d'offres des opérateurs de multiplexe.

Ainsi, depuis septembre 2005, TDF met à la disposition des diffuseurs alternatifs des grilles tarifaires qui doivent leur permettre de calculer, avant toute commande d'étude de faisabilité le prix de la prestation d'hébergement TNT pour les configurations qu'ils souhaitent déployer.

L'Autorité relève qu'Antalis TV n'a pas commandé d'étude d'implantation et de raccordement et qu'il ne conteste que les informations que lui communique TDF à titre gracieux pour la partie hébergement lui permettent de répondre aux appels d'offres des opérateurs de multiplexe avant de commander l'étude de faisabilité correspondante.

En ce qui concerne l'offre « *DiffHF-TNT* », TDF continue de fournir gratuitement les diagrammes analogiques existants des aériens mixtes analogiques-numériques aux diffuseurs alternatifs, afin de leur donner un premier aperçu de la couverture permise par ces antennes. En outre, TDF fournit une estimation précise du prix de raccordement au système antenne considéré, si celle-ci devait être fournie à l'aide du système antenne existant.

L'Autorité considère, au vu des éléments dont elle dispose, que ces informations ne permettent pas à Antalis TV de répondre aux appels d'offres des opérateurs de multiplexe avec une visibilité suffisante sur ses coûts et que ce dernier doit commander les études de conception et de raccordement au système antenne de TDF.

6.3. Sur les études amont

Selon TDF, les coûts de réalisation des études amont sont répercutés dans :

- les frais d'accès au service liés à la commande des offres « *Hébergement TNT* » et « *DiffHF-TNT* » lorsqu'un de ses clients diffuseurs est retenu par un ou plusieurs opérateurs de multiplexe sur un site donné ;
- les frais d'accès au service qu'elle se facture à elle-même lorsqu'elle est retenue par un ou plusieurs opérateurs de multiplexes sur un site donné.

La facturation de ces frais d'accès au service s'établit comme suit :

		Frais d'accès au service	
		Antalis-tv	TDF
Etude d'implantation et de réalisation (offre "Hébergement TNT") par site	Tarifs (€ HT)	- 6,25/12,5/25/50 W : [...] - 100/200/500 W : [...] - 1250/2500/5000 W : [...]	- 6,25/12,5/25/50 W : [...] - 100/200/500 W : [...] - 1250/2500/5000 W : [...]
	Eléments spécifiques au diffuseur client	- Suivi des travaux client - Recette de conformité de l'installation des équipements du diffuseur client - Recette de conformité des travaux réalisés par TDF sur commande du diffuseur client	
Etude de conception et de raccordement (offre "DiffHF-TNT") par multiplexe et par site	Tarifs (€ HT)	- 6,25/12,5/25/50 W : [...] - 100/200/500 W : [...] - 1250/2500/5000 W : [...]	- 6,25/12,5/25/50 W : [...] - 100/200/500 W : [...] - 1250/2500/5000 W : [...]
	Eléments spécifiques au diffuseur client	- Travaux spécifiques - Recettes et déplacements pour le raccordement des émetteurs TNT aux systèmes antennaires	

Au vu des éléments dont elle dispose, l'Autorité considère que ce mode de tarification des frais d'accès au service n'est pas discriminatoire.

6.4. Sur les études de faisabilité

Selon TDF, les études d'implantation et de réalisation d'une part, et de conception et de raccordement d'autre part, sont réalisées en fonction des besoins propres d'un diffuseur alternatif ou de ses besoins propres.

L'Autorité s'attache à vérifier que le montant de ces études correspond à des éléments spécifiquement réalisés pour le compte de l'opérateur qui les commande et que leur mode de facturation ne permet pas de révéler de discrimination entre TDF et ses clients diffuseurs.

L'Autorité comprend que la tarification des études de faisabilité commandées pour la troisième phase s'établit de la manière suivante :

		Etudes de faisabilité	
		Antalis-tv	TDF
Etude d'implantation et de réalisation (offre "Hébergement TNT") par site	Tarifs (€ HT)	- 6,25/12,5/25/50 W : [...] - 100/200/500/1250/2500/5000 W : [...]	- 6,25/12,5/25/50 W : [...] - 100/200/500/1250/2500/5000 W : [...]
	Eléments spécifiques au diffuseur client	- Réalisation d'une étude contrôle d'accès pour définir les zones et les chemins d'accès du diffuseur client - Rédaction de la proposition technique	
Etude de conception et de raccordement (offre "DiffHF-TNT") par multiplexe et par site	Tarifs (€ HT)	- [...] - [...] par multiplexe supplémentaire sur le site	n.a.
	Eléments spécifiques au diffuseur client	- Réalisation du diagramme d'émission - Edition des études (mise à jour des bases de données) - Vérification des études et ajustement - Rédaction de la proposition technique	

Au vu des éléments dont elle dispose, l'Autorité considère que ce mode de tarification des études de faisabilité n'est pas discriminatoire.

Décide :

Article 1^{er} : La société TDF devra modifier ou supprimer les clauses de révision des prix actuellement en vigueur dans les contrats conclus au titre des conventions « *DigiSiTV* », « *Hébergement TNT* » et « *DiffHF-TNT* », afin que la hausse annuelle des tarifs de gros ne dépasse pas l'augmentation annuelle de l'IPC (indice des prix à la consommation).

Article 2 : L'augmentation des tarifs de gros imposée par la société TDF au 1^{er} janvier 2006 est annulée. TDF dispose d'un mois pour faire connaître à Antalis TV les nouvelles conditions de révision des tarifs pour l'année 2006. Ces conditions devront être compatibles avec les principes exposés à l'article 1^{er}. Les sommes trop-perçues au titre de l'ancienne formule de révision des prix seront reversées à Antalis TV.

Article 3 : La société TDF doit proposer à Antalis deux offres distinctes de fourniture d'énergie, l'une non sécurisée, l'autre sécurisée par groupe électrogène.

Article 4 : La société TDF devra facturer de manière distincte la prestation récurrente de consommation d'énergie et celle de raccordement au système électrique, selon les principes tarifaires explicités en partie 5.2 ci-avant.

Article 5 : La société TDF devra baisser les tarifs de ses offres « *Hébergement TNT* » et « *DiffHF-TNT* » s'appliquant aux sites de la troisième phase de déploiement de la TNT et visés par la saisine d'Antalis TV. Cette baisse doit lui permettre de réaliser sur ces sites une marge au plus équivalente à celle dégagée pour les deux premières phases de déploiement, conformément aux principes tarifaires explicités en partie 3.4 ci-avant.

Article 6 : Le surplus des conclusions présentées par les sociétés Antalis TV et TDF est rejeté.

Article 7 : Le Chef du service juridique ou son adjoint est chargé de notifier aux sociétés Antalis TV et TDF la présente décision et de veiller à son exécution. Elle sera rendue publique, sous réserve des secrets protégés par la loi, et publiée sur le site Internet de l'Autorité (www.arcep.fr).

Fait à Paris, le 21 mars 2006.

Le Président

Paul Champsaur

[...] passages relevant des secrets protégés par la loi.