

**REPONSE DE TDF A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'ARCEP
SUR LE PROJET DE DECISION RELATIF A L'ANALYSE DU MARCHÉ DE GROS DES SERVICES
DE DIFFUSION AUDIOVISUELLE**

7 JUIN 2009

Contexte

Le 7 mai 2009, l'ARCEP a lancé une consultation publique sur son projet de décision concernant la régulation audiovisuelle, transmis à la Commission après avoir reçu les avis de l'AC et du CSA (ci-après le « *Projet de Décision* »).

La Consultation publique est ouverte jusqu'au dimanche 7 juin.

La position de TDF a été exposée en détail dans sa réponse à la consultation publique remise le 9 janvier 2009. Bien que ses arguments aient été largement ignorés, TDF n'entend pas les reproduire dans ce document mais rappelle que l'intégralité de sa position reste valable.

En particulier, TDF rappelle que les analyses de délimitation du marché et de son degré de concurrence (évalué selon le test des trois critères) devraient conduire à la levée de la régulation *ex-ante* existante :

- l'ARCEP focalise son analyse sur le marché « amont » qui est un marché d'infrastructure, au lieu d'analyser le marché de détail puis le marché de gros associé, comme le prévoit la Recommandation de la Commission ;
- en conséquence, le principal objectif que se donne l'ARCEP consiste à dupliquer l'infrastructure de TDF, sans expliquer quels sont les bénéfices pour le consommateur, ou comment un tel processus pourrait produire des résultats positifs pour le consommateur final dans le cadre de la période de trois ans de l'analyse de marché;
- le marché de détail de la télévision en France jouit d'une forte concurrence entre plateformes ; ainsi la pénétration de la télévision hertzienne a décliné jusqu'à passer sous la barre des 50% et la télévision sur ADSL a connu un développement exceptionnel, plaçant la France en tête de tous les pays d'Europe.
- Le marché de gros (aval) jouit d'un niveau de concurrence unique en Europe, avec 4 diffuseurs et de nouvelles entrées régulières sur le marché, dont il résulte des prix de diffusion les plus bas d'Europe, alors que dans tous les autres pays il existe un monopole de fait, voire de droit. En particulier, l'ARCEP n'a pas tenu compte de l'érosion de la part de marché de TDF sur les phases les plus récentes (7c et 7d).
- Ainsi, le marché de la diffusion évolue nettement vers une situation de concurrence effective, ce qui doit normalement entraîner la levée de la régulation *ex-ante* selon la Recommandation.
- le régulateur de la République Tchèque, ČTÚ, a très récemment fait ce choix ; dans ce pays le marché de TNT présente certaines similitudes avec le marché français, en particulier un calendrier de déploiement très similaire, une pénétration de la télévision hertzienne de 53% et qui décline et la concurrence de plateformes alternatives.

En complément des éléments déjà apportés, TDF souhaite souligner dans la présente contribution le caractère disproportionné de certaines mesures du Projet de Décision.

1. Exclusion de la RNT et de la TMP du marché pertinent

Au préalable, TDF souligne que l'ARCEP a renoncé à l'une des mesures les plus disproportionnées et contestables qu'elle envisageait : l'élargissement du marché pertinent des infrastructures de TNT vers celles de la RNT. Cet élargissement avait été envisagé en février 2009, dans l'analyse transmise à l'Autorité de la Concurrence et au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel¹.

¹ Analyse transmise à l'Autorité de la Concurrence et au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel – février 2009

Dans son Projet de Décision, l'ARCEP estime finalement que les infrastructures nécessaires pour établir un réseau de RNT ou de TMP ne sont pas substituables avec celles nécessaires à la diffusion de TNT. En effet, pour les deux types de réseau, l'architecture repose sur une plus grande densité de petits sites. L'ARCEP note à juste titre que :

- « les sites TNT ne représenteront, sur une zone donnée, qu'une part limitée, voire nulle, de l'ensemble des sites nécessaires pour la diffusion de la RNT »
- « les sites de très grande hauteur utilisés pour la TNT dans les zones les plus denses ne suffiront pas à assurer une couverture et garantir une bonne réception à l'intérieur des immeubles en TMP. »

Elle en déduit que les marchés d'infrastructures de la RNT et de la TMP ne peuvent être inclus dans celui des infrastructures de TNT.

En outre, l'ARCEP note très pertinemment que ces marchés sont émergents, les réseaux n'étant pas encore déployés :

- les fréquences de RNT ont été attribuées en mai 2009, la prochaine étape consiste à former les multiplexes ; le service pourrait démarrer fin 2009 au mieux ; comme l'écrit le CSA, « *la RNT constitue un marché émergent.* »
- bien que le multiplex de TMP ait été formé en 2008, son lancement se heurte à de grandes difficultés, qui pourraient même remettre en cause son existence. De fait, comme le note l'ARCEP, « *la TMP constitue un marché encore inexistant.* »

TDF approuve cette exclusion et les raisons qui l'ont motivée.

TDF souligne aussi que dans les deux cas, les terminaux intégrant un tuner RNT sont encore très peu répandus voire inexistants (iPod, Home Cinema, automobile, mini-PC, téléphones mobiles, etc.), même dans les tout derniers modèles.

2. Disproportion de la régulation ex-ante par rapport au droit ex-post

Le droit ex-post ne se limite pas au droit de la concurrence, même s'il en est une composante essentielle. Il repose aussi sur le code des postes et communications électroniques (CPCE), qui confie des pouvoirs très étendus à l'ARCEP pour régler les éventuels problèmes qui se poseraient en matière d'accès ou d'interconnexion, dans le cadre d'un règlement de différend sur les fondements de l'article L.36-8 du CPCE. Ces dispositions ont été largement utilisées.

En d'autres termes, l'absence de régulation ex-ante dans le cadre des articles L.37-1 et suivants du CPCE ne signifie pas que l'ARCEP perd tout pouvoir d'agir sur le marché ; au contraire, elle peut recourir à l'article L.36-8 comme elle l'a fait par le passé, avec des pouvoirs qui ont même été renforcés en 2004 (au moment où était également introduit le mécanisme des marchés pertinents).

Ainsi, il serait totalement impossible à TDF de retirer unilatéralement un accès existant ou d'augmenter les prix de ses prestations d'accès ou d'interconnexion de manière injustifiée (ce qui constitue un cas de figure purement théorique destiné à illustrer la suffisance du droit ex-post, mais absolument pas une intention de TDF).

Sans parler des risques de sanction qui seraient encourus par TDF, il est manifeste que les modifications qui seraient imposées unilatéralement par TDF au détriment de ses concurrents seraient promptement annulées par l'ARCEP dans le cadre d'un règlement de différend sur les fondements de l'article L.36-8 du CPCE.

En effet, l'article L. 36-8 I du CPCE dispose notamment qu' « 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 électroniques, l'Autorité (...) peut être saisie du différend par l'une ou l'autre des parties ».

En outre, il est intéressant de noter que l'ARCEP a estimé que les pouvoirs qu'elle tient de l'article L.36-8 I sont totalement indépendants de ceux dérivant des articles L.37-1 et suivants relatifs à la régulation d'un opérateur exerçant une influence significative² :

« La mise en œuvre de ce mécanisme [de règlement de différend au titre de l'article L.36-8] ne saurait donc être confondue avec la procédure distincte d'analyse des marchés qui, en application des dispositions des articles L.37-1 et suivants du CPCE, vise à imposer des obligations réglementaires ex ante au vu des obstacles au développement de la concurrence identifiés sur le marché concerné. En outre, cette procédure suppose de procéder à une consultation publique, de recueillir l'avis du Conseil de la concurrence et de notifier les projets de décisions à la Commission européenne.

[...]

Les fondements juridiques des deux procédures sont distincts, l'objet du règlement de litige est différent de celui de l'analyse des marchés et leurs effets ne sont pas identiques. Aucune priorité, ni aucune subordination ne saurait être accordée à l'une plutôt qu'à l'autre. Dès lors, l'ARCEP ne peut écarter la compétence qu'elle tire des dispositions de l'article L.36-8 susvisé. »

Ainsi, l'ARCEP a rappelé l'étendue de ses pouvoirs *ex-post* au titre de l'article L.36-8, indépendamment de la mise en place d'une régulation *ex-ante*. La levée de la régulation *ex-ante* ne signifie donc pas la disparition du droit sectoriel des communications électroniques, mais au contraire une application d'un droit *ex-post* qui confie au régulateur des pouvoirs plus importants qu'avant 2004.

De plus, même en l'absence de contraintes tarifaires imposées à la suite d'une analyse de marché et la désignation de l'entreprise en cause comme un opérateur puissant, le litige dans le cadre de l'article L.36-8 I du CPCE peut porter non seulement sur la question de l'accès même, mais également sur les conditions tarifaires ou autres de cet accès.

A plusieurs occasions dans le cadre de l'article L.36-8 I, l'ARCEP a eu l'occasion d'imposer à un opérateur devant accorder l'accès une tarification « non excessive ».

Cette obligation est identique à la contrainte tarifaire qui a été imposée jusqu'à présent par l'ARCEP au titre de l'ancien marché 18.

Ainsi, dans le cadre d'un règlement de différend intervenu en 2001, l'ARCEP a imposé à France Telecom de modifier les tarifs de son offre « ADSL Connect ATM », ³ ce que France Telecom avait refusé de faire.

Elle a exigé de France Télécom de fixer des tarifs « équitables » en s'assurant qu'ils ne créent pas d'effet de ciseau tarifaire. Puis, en fixant ces tarifs, et dans le respect du principe de non discrimination, elle s'est appuyée sur une évaluation économique des éléments de réseaux constituant la prestation en valorisant ces éléments de la même façon, qu'ils soient utilisés par France Télécom pour ses propres besoins ou par un opérateur tiers.

En outre, TDF a pris l'engagement de maintenir la séparation comptable qui lui a été imposée en 2006, au titre de la régulation *ex-ante* du premier cycle de régulation. En conséquence, le travail de l'ARCEP serait considérablement facilité si elle devait être saisie d'un règlement de différend sur les fondements de l'article L.36-8 portant sur les tarifs de TDF.

En conclusion, on voit bien que le droit *ex-post*, aussi bien du droit de la concurrence que du CPCE, contient tous les outils nécessaires pour remédier à tout problème éventuel portant sur l'accès ou l'interconnexion. Ces droits *ex-post* ont même été renforcés (en 2004 pour le CPCE, en 2008 pour le code de commerce) Les obligations que l'ARCEP entend imposer à TDF à ce titre sont donc

² Décision n°05-0930 de l'Arcep en date du 8 novembre 2005 se prononçant sur un différend opposant la société Bouygues Telecom à la Société Française du Radiotéléphone (SFR)

³ Décision n°01-253 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 2 mars 2001 se prononçant sur un différend entre Liberty Surf Télécom et France Télécom relatif aux conditions tarifaires de l'offre ADSL Connect ATM

disproportionnées, d'autant que le marché aval est fortement concurrentiel depuis plusieurs années comme TDF l'a souligné dans ses contributions précédentes.

3. Segmentation des sites et caractère répliquable

Pour établir qu'un site n'est pas répliquable, l'ARCEP avait retenu en février 2009⁴ une liste de 113 sites correspondant à au moins un des deux critères suivants :

- hauteur d'antenne égale ou supérieure à 50 mètres,
- emplacement géographiques exceptionnels, notamment des pics montagneux. En pratique, tous les sites mentionnés sont tous situés aux sommets de montagnes ou de collines.

Dans son Projet de Décision de mai 2009, l'ARCEP a réduit cette liste à 78 sites. Certains sites ont été retirés car l'ARCEP indique qu'elle « *dispose d'éléments complémentaires, par exemple l'existence de sites alternatifs d'ores et déjà proposés aux multiplexes [...] ou qui pourraient l'être lors du renouvellement des contrats de diffusion.* »

Hormis cet exemple, l'ARCEP ne précise pas quels sont les éléments complémentaires dont elle dispose. Il n'est donc pas possible de connaître les critères retenus par l'ARCEP pour déterminer si un site est considéré comme répliquable ou non. Aucune analyse technique ou économique n'a été conduite, notamment pour savoir si de nouveaux sites pouvaient être construits. Le « *faisceau de critères pertinents* » est donc très opaque.

En outre, l'ARCEP se réserve le droit de modifier cette liste par l'adoption de décisions ultérieures.

En réalité, de nombreux sites parmi les 78 sont répliquables. C'est la conclusion d'une rapide étude préliminaire menée par TDF.

Certains de ces sites avaient été proposés par des opérateurs alternatifs dans leurs réponses aux appels d'offres des multiplexes. D'autres sont répliquables bien que n'ayant pas fait l'objet d'offres en site concurrentes. En effet, un opérateur concurrent exploitant un site alternatif au site de TDF a parfois préféré ne pas investir pour proposer une diffusion de la TNT depuis son site et venir s'installer sur le site de TDF. Un tel choix traduit, non pas que le site en question n'est pas répliquable, mais plutôt que l'opérateur concurrent a jugé que les tarifs de TDF étaient attractifs en comparaison de la durée de leur retour sur investissement.

En conclusion, TDF estime que les critères retenus par l'ARCEP pour segmenter son parc de sites sont opaques, arbitraires et peu rigoureux, et aboutissent à un résultat incorrect.

4. Utilisation de la méthode des coûts courants économiques

L'imposition d'une orientation vers les coûts par la méthode des coûts courants économiques constituerait un alourdissement disproportionné des obligations imposées à TDF, alors que TDF traverse une phase de défis liés à la mutation de son activité.

La cessation de la diffusion analogique, qui démarre dès novembre 2009 pour s'achever en novembre 2011, s'inscrit dans l'horizon de l'analyse de l'ARCEP (2009-2012). Durant cette période, de profondes mutations économiques se produiront sur le marché de la diffusion, qui impacteront significativement l'économie de TDF. Plus précisément, le chiffre d'affaires de TDF diminuera de - 40%.

En parallèle, TDF doit investir des montants significatifs pour le lancement de nouveaux services : achèvement de déploiement de la TNT, switch over, RNT,...

⁴ Analyse transmise à l'Autorité de la Concurrence et au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel – février 2009

L'ARCEP ne peut, dans le cadre de cette analyse de marché sur la période 2009-2012, ignorer le risque économique pour l'entreprise d'une orientation vers les coûts basée sur les coûts courants économiques, à un moment où TDF est confrontée à ces évolutions structurelles majeures.

Une telle mesure est d'autant plus disproportionnée qu'elle ignore le cycle d'investissement majeur que nécessite le switch over. Elle pourrait ainsi être dommageable à la capacité d'investissement de TDF. Elle ignore l'enjeu majeur qu'est la transition vers le numérique, transition qui apportera aux chaînes historiques une baisse très significative des coûts de diffusion.

5. Intégration des frais d'études dans les coûts récurrents et délai

La remise en cause de la facturation des frais d'études auprès de l'opérateur ayant généré ces frais – approuvée par l'ARCEP en 2006 – est également disproportionnée.

Cette remise en cause n'est en rien justifiée par une quelconque barrière à l'entrée puisque, comme l'avait déjà souligné TDF en janvier 2009, les études d'hébergement sont systématiquement commandées après connaissance des résultats des appels d'offres lancés par les opérateurs de multiplex et les études relatives au système antenneaire le sont également quasi systématiquement.

De plus, un tel mode de facturation est discriminatoire puisqu'il peut induire le report de la charge de réalisation d'une prestation d'étude commandée par un opérateur sur un autre opérateur.

TDF demande par conséquent que les modalités actuelles de facturation des études soient maintenues.

Le délai d'un mois à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle décision d'analyse de marché pour publier une nouvelle offre de référence contribue également au caractère disproportionné des mesures. TDF demande à l'Arcep de reconsidérer ce délai (un délai de trois mois serait plus raisonnable).

6. Conclusion

TDF estime que les raisons pour lesquelles la régulation *ex-ante* doit être levée restent parfaitement valables, et souligne que le droit *ex-post* a été considérablement renforcé : le CPCE en 2004, le code de commerce en 2008. Ce contexte devrait plutôt orienter l'ARCEP vers une mise sous surveillance du marché que vers un alourdissement de la régulation *ex-ante*.

Si l'ARCEP décidait, malgré ces objections, de maintenir une régulation *ex-ante*, il conviendrait au strict minimum qu'elle corrige le caractère disproportionné des obligations que TDF a souligné ci-dessus, et principalement de la première (orientation vers les coûts par la méthode des coûts courants économiques), comme elle l'a fait en retirant très justement la RNT du marché pertinent.