



**MARCHE DE GROS DES SERVICES DE DIFFUSION HERTZIENNE
TERRESTRE DE PROGRAMMES TELEVISUELS**

**CONTRIBUTION DE TDF A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE
L'ARCEP SUR LE PROJET DE DECISION**

Juillet 2015

Introduction

L'ARCEP a publié et soumis à consultation le 12 juin dernier son projet de décision portant sur le marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre.

Dans ce projet, l'Autorité envisage de maintenir la régulation *ex ante* sur le marché de gros amont des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et d'imposer une série d'obligations à TDF. Si la plupart des obligations envisagées est clairement définie, un certain nombre de questions reste encore en suspens.

Le présent document a ainsi vocation à apporter à l'Autorité des éléments complémentaires et utiles à la finalisation de sa décision et à confirmer les positions exprimées par TDF en réponse à la consultation publique de l'ARCEP de décembre 2014. Ce document ne peut naturellement pas être dissocié de la contribution de TDF à cette première consultation, cette contribution restant en tous points valable.

En premier lieu, TDF reviendra ici sur l'analyse de la substituabilité des plateformes réalisée par l'Autorité dans son projet de décision. TDF démontrera que ce phénomène est bien une réalité qui doit nécessairement être prise en compte par l'Autorité. TDF estime en effet que le marché de gros amont des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels n'est pas pertinent au sens de la réglementation *ex ante* et qu'il appartient à l'Autorité d'en tirer toutes les conséquences en matière de régulation.

En deuxième lieu, TDF analysera l'équilibre global de la régulation telle qu'elle résulterait de la mise en œuvre du projet de décision. Elle constatera donc l'absence de certitudes concernant l'allègement réel de la régulation. Au regard des questions encore ouvertes, il est en effet difficile pour TDF de mesurer les conséquences opérationnelles d'un éventuel Cycle IV.

Enfin, TDF apportera tous les éléments utiles à la réflexion de l'Autorité sur les sujets non traités et des précisions sur différentes obligations envisagées. Parmi ces sujets non traités, TDF en identifie trois particulièrement sensibles: les conditions de résiliation anticipée des contrats d'accès, l'identification et la tarification des sites non répliquables et la détermination du seuil présumé d'excessivité. TDF proposera donc, sur ces trois sujets, des évolutions notables par rapport au fonctionnement actuel du marché. En fonction de la position définitive qui sera adoptée par l'Autorité sur ces propositions, l'éventuel Cycle IV pourrait être matérialisé par un allègement des contraintes pesant sur TDF ou au contraire, par un durcissement de la régulation *ex ante*.

TDF conclura en confirmant son analyse initiale selon laquelle la régulation *ex ante* n'est plus aujourd'hui justifiée et en demandant par conséquent, l'abandon des contraintes pesant sur TDF.

Néanmoins, au regard :

- de la concurrence effective entre plateformes de diffusion audiovisuelle ;
- de la baisse de 25% des volumes à l'horizon 2016 du fait de l'arrêt de 2 multiplex ;
- de la guerre des prix sans précédent qui se joue actuellement du fait de la surcapacité à venir en termes de nombre d'émetteurs ;
- de l'état de la concurrence entre opérateurs de diffusion ;
- et de la situation économique de TDF ;

TDF demande à l'Autorité, dans l'hypothèse où elle maintiendrait une régulation *ex ante* au cours de la période 2015-2018, de s'assurer qu'un éventuel Cycle IV serait bien matérialisé par un allègement effectif des contraintes pesant sur TDF.

Cette demande constitue l'essentiel de la présente contribution.

- 1. Le marché de gros amont de la diffusion hertzienne terrestre de programmes TNT n'est pas un marché pertinent au sens de la réglementation *ex ante*. En conséquence, l'ARCEP ne peut pas décider de la mise en œuvre d'un quatrième cycle de régulation ou imposer des obligations sur des marchés considérés comme connexes.**

TDF a présenté dans sa réponse à la consultation publique de décembre 2014 les éléments démontrant l'absence de pertinence du marché de gros amont de la diffusion hertzienne terrestre de programmes TNT. Au regard du projet de décision publié le 12 juin, il appartient toutefois à TDF d'apporter ses commentaires sur l'analyse proposée par l'Autorité.

1.1. La réalité de la substituabilité entre les plateformes de diffusion permet d'affirmer, contrairement à ce que soutient l'Autorité, que le marché de gros amont de programmes TNT n'est pas un marché pertinent

L'analyse de substituabilité entre les modes de diffusion de la télévision présentée par l'Autorité est approximative et sur certains points inexacte. Surtout, cette analyse s'avère statique, en contradiction avec le cadre réglementaire européen¹.

1.1.1. Sur la question du respect des engagements de couverture par les chaînes de télévision

L'Autorité indique que « les chaînes de télévision ont pris, auprès du CSA, des engagements de couverture au niveau national qui *a priori* ne leur permettent pas de quitter partiellement la plateforme TNT au profit d'une autre plateforme de diffusion en cas d'augmentation des tarifs de diffusion sur la TNT »².

Cette analyse est juste mais s'avère peu pertinente au regard de la question de la substituabilité des plateformes du point de vue des chaînes.

Il est en effet toujours possible à une chaîne de rendre son autorisation.

¹ Recommandation de la Commission européenne du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, ci-après « recommandation sur les marchés pertinents ».

² Projet de décision portant sur le marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre (ci-après, « projet de décision »), p.32.

Les Français ont été, au cours des dernières années, les témoins de la capacité des chaînes à se retirer de la plateforme hertzienne terrestre à tout moment en fonction du niveau de rentabilité de ce canal de diffusion. Les chaînes payantes Canal J, AB1, TF6 et Eurosport ont ainsi abandonné l'utilisation de la plateforme hertzienne terrestre et ont décidé d'être diffusées exclusivement via le satellite et les réseaux filaires. Aucun élément ne permet d'affirmer que de telles pratiques ne vont pas s'étendre à l'horizon 2018 aux chaînes gratuites et notamment aux nouvelles chaînes de la TNT dont les parts de marché pourraient les inciter à modifier leurs stratégies de distribution.

Pour appuyer sa position sur l'absence de substituabilité entre les plateformes de diffusion audiovisuelle, l'Autorité ajoute que « [c]ompte tenu de ce qui précède, dès lors que les autorisations d'usages des fréquences des chaînes présentes actuellement sur la TNT ont été délivrées par le CSA au moins jusqu'en 2020, il paraît incertain, à l'horizon de la présente analyse, que les chaînes de la TNT puissent quitter la plateforme TNT au profit d'autres modes de diffusion. »³.

Or, d'une part, comme nous venons de le rappeler, le fait de disposer d'une autorisation n'impose pas aux chaînes de télévision de maintenir leur présence sur la plateforme et, d'autre part, l'Autorité omet de manière surprenante de relever que la plupart des opérateurs de multiplex ne disposent actuellement que d'autorisations temporaires d'un an et connaissent donc une incertitude réelle quant à leur maintien sur la plateforme.

Ces éléments remettent fondamentalement en cause la position de l'Autorité. Les engagements de couverture par les chaînes de télévision ne réduisent pas le niveau de substituabilité entre les plateformes.

1.1.2. Sur le caractère primordial de la TNT pour l'accès à la télévision

Sur cette question, les arguments de l'Autorité sont principalement caractérisés par leur dimension statique.

L'Autorité indique en effet que « [...] alors que la TNT couvre près de 95% de la population, l'éligibilité de la télévision par le câble, la fibre ou le cuivre est respectivement de 31%, 15% et 72%⁴ des foyers

³ Projet de décision, p.32, souligné par TDF.

⁴ Dans sa décision portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès haut débit et très haut débit activées livrées au niveau infranational, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, l'ARCEP indique un taux d'éligibilité de 76%.

français. »⁵ et en déduit que « la TNT reste la principale plateforme d'accès des foyers français aux chaînes télévisées »⁶.

TDF relève simplement ici que le fait que l'Autorité ne projette pas ces pourcentages à l'horizon 2018 est incompatible avec le cadre réglementaire européen qui exige des autorités nationales de régulation une analyse dynamique et prospective du marché.

Dans sa recommandation sur les marchés pertinents précitée, la Commission indique notamment que : « [t]endre à évoluer vers une concurrence effective signifie que le marché sera en situation de concurrence effective sans réglementation *ex ante* au cours de la période de référence, ou après cette période à condition que des preuves manifestes d'une dynamique favorable sur le marché soient recueillies au cours de la période de référence. La dynamique du marché peut procéder, par exemple, d'évolutions technologiques ou de la convergence de produits et de marchés, qui peut donner lieu à des pressions concurrentielles entre opérateurs actifs sur des marchés de produits distincts. »⁷

TDF réitère donc sa demande à l'Autorité relative à la réalisation de projections de ces taux d'éligibilité à l'horizon 2018. Ces projections devront nécessairement tenir compte du risque d'évolution des taux de couvertures applicables à la TNT et de déploiement continu du très haut débit sur l'ensemble du territoire national.

En outre, du fait de sa difficulté à démontrer l'absence de substituabilité de la plateforme TNT et, *a fortiori*, sa prédominance, l'Autorité avance deux éléments complémentaires à la question de l'éligibilité : l'utilisation à titre principal de la TNT en cas de multi-équipement et la très forte pénétration de la TNT sur le deuxième poste de télévision.

Une nouvelle fois, force est de constater qu'aucune analyse dynamique n'est présentée.

En ce qui concerne l'utilisation des flux TNT dans le cadre d'un foyer équipé d'une *box*, l'Autorité cite l'ordre de préférence des flux mis en place par Orange.

TDF s'étonne que dans le cadre de la politique de déploiement du très haut débit, l'ARCEP estime que l'ordre présenté par Orange dans son outil d'assistance en ligne en 2015 n'évoluera pas à l'horizon 2018. Il serait à cet égard intéressant de savoir ce qui était indiqué dans cet outil en 2012.

⁵ Projet de décision, pp.32 et 33.

⁶ Projet de décision, p.33.

⁷ Recommandation sur les marchés pertinents, (15).

En ce qui concerne le deuxième poste de télévision, l'ARCEP met en avant une étude du CREDOC de 2014 indiquant que la part de marché de la plateforme hertzienne sur le deuxième poste de télévision était de 67%.

TDF considérerait utile que l'ARCEP dispose d'éléments actualisés et prospectifs sur ce point prenant notamment et par exemple en compte l'annonce récente par Orange du lancement en France de la « Clé TV », une clé HDMI permettant de profiter d'un bouquet de télévision en OTT, sur un second écran à domicile mais aussi en déplacement. L'Autorité devrait également approfondir son analyse relative au renforcement de la tablette comme second poste, recevant la télévision par WIFI. La baisse des ventes de petits téléviseurs démontre cette dynamique.

Ces éléments sont structurants et pourraient clairement remettre en cause l'analyse de l'ARCEP sur la position de la TNT pour l'accès à la télévision à l'horizon 2018.

1.1.3. Sur la gratuité de la plateforme TNT pour le téléspectateur

Sur ce sujet, l'ARCEP indique que sur les réseaux filaires, l'accès à la télévision peut dans certains cas être facturé à un tarif mensuel de 2 à 5 € en plus de l'abonnement Internet⁸ et que par conséquent, cette plateforme est payante pour les téléspectateurs.

L'analyse comparative de ces offres démontre au contraire que le prix de la télévision dans les offres « triple-play » est nul et que les consommateurs souhaitant souscrire à un abonnement Internet ont intérêt à opter pour un forfait « triple-play » plutôt qu'à une offre « double-play »⁹. Ces dernières sont par ailleurs extrêmement difficiles à identifier dans les offres commerciales des fournisseurs d'accès à Internet.

En outre, il convient de relever que les offres « double-play » nécessitent souvent la souscription préalable à un abonnement téléphonique auprès de France Télécom, ce qui revient à en augmenter substantiellement le prix.

Pour les autres offres « double play » (c'est-à-dire celles qui ne nécessitent pas de souscription préalable à un abonnement), TDF a constaté qu'une offre « triple-play » équivalente ou quasi-équivalente existe pour le même tarif mensuel ou même pour moins cher.

⁸ Projet de décision, p.35.

⁹ Les prestations « double play » ne permettent pas l'accès à une offre télévisuelle.

Les offres « double-play » et « triple-play » proposées par SFR sont ainsi exactement équivalentes sur les segments Internet et téléphonie fixe, et commercialisées au même prix. Dans l'offre « triple-play », les 170 chaînes sont donc gratuites pour les consommateurs. De la même manière, les offres « double-play » et « triple-play » commercialisées par Orange sont quasi identiques (seul change le nombre de destinations éligibles aux appels illimités), mais les offres « double-play » sont plus chères du fait de la location payante du modem. L'offre « double-play » de Bouygues Télécom, offrant les appels illimités vers tous les fixes, est bien plus chère que son offre « triple-play » offrant 170 chaînes TV dont 29 en HD et les appels illimités vers les fixes dans « seulement » 120 destinations. Enfin, l'offre « double-play » de Numéricable n'est pas nettement plus attractive que les offres « triple-play » des autres FAI, et impose un engagement de 12 mois.

TDF ne comprend donc pas l'affirmation de l'ARCEP, d'autant plus qu'elle n'est accompagnée d'aucun exemple.

En particulier, l'Autorité n'apporte aucune donnée chiffrée sur le taux de pénétration des offres « double play ». Elle pourrait pourtant aisément obtenir ces informations dans le cadre des observatoires des marchés.

1.1.4. Sur le modèle économique des chaînes supposément structuré autour de la TNT

Sur ce dernier point, TDF se permet de renvoyer l'Autorité vers ses écritures en réponse à la consultation publique de décembre 2014.

L'ensemble des éléments développés par TDF démontre que le modèle économique des chaînes s'appuie sur leurs audiences via les différentes plateformes et que le choix de rester ou non sur une plateforme est un arbitrage entre le coût de diffusion sur cette plateforme et l'audience associée.

Dans ce cadre, la plateforme TNT est traitée de la même manière que les autres plateformes de diffusion de la télévision.

En conclusion, TDF constate à regret que l'Autorité n'a réalisé aucune étude quantitative ou qualitative sur la question de la substituabilité des plateformes de diffusion de la TNT, question pourtant centrale pour l'analyse de l'ex marché 18.

De plus, les analyses réalisées par l'Autorité sont toutes statiques en contradiction avec les exigences du cadre réglementaire européen.

Ainsi, la décision de l'Autorité de considérer le marché de la diffusion hertzienne terrestre de programmes TNT comme un marché pertinent au sens de la réglementation *ex ante* n'est pas motivée et n'est pas fondée sur une analyse dynamique de la situation de marché.

TDF estime donc qu'il appartient à l'ARCEP d'étudier de façon approfondie et dans le respect du cadre réglementaire la question de la substituabilité des plateformes. L'Autorité ne pourra ainsi que conclure à l'absence de pertinence du marché de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels au sens de la réglementation *ex ante*.

En outre, si l'ARCEP maintenait sa position sur la pertinence du marché, le test des trois critères défini par la Commission européenne ne pourrait être satisfait.

Sur l'application du test des trois critères à ce marché, TDF renvoie utilement l'Autorité à ses écritures en réponse à la consultation publique de décembre 2014, l'ARCEP n'apportant aucun élément nouveau dans son projet de décision.

Dans cette contribution, TDF démontre précisément que le marché est caractérisé par l'absence de barrières à l'entrée et par une situation de concurrence animée. Dans ce contexte, le droit de la concurrence serait tout à fait en mesure de remédier à d'éventuelles défaillances de marché¹⁰.

En ce qui concerne la situation de concurrence, TDF souhaite toutefois communiquer à l'Autorité, à titre d'information, le résultat du dernier appel d'offres de la société SMR6. Cet appel d'offres illustre parfaitement la dynamique du marché.

Dans le cadre de son appel d'offres S2 2015-2016, SMR6 a mis en concurrence 831 fréquences dont 113 du réseau principal. Les résultats sont éloquentes.

Sur ce seul appel d'offres, TDF a perdu près de *[secret des affaires]* sites de diffusion dont *[secret des affaires]* des *[secret des affaires]* sites du réseau principal qu'elle diffusait. Sur les 113 sites du réseau principal remis en jeu, TDF en a remporté *[secret des affaires]*, soit une part de marché inférieure à *[secret des affaires]*%.

Il est ainsi envisageable que TDF ne soit plus, après les résultats des appels d'offres 2016 de R2 et R4, le premier opérateur de ce marché en volume comme en chiffre d'affaires.

¹⁰ Rien n'indique au demeurant que ces défaillances de marché proviendraient de pratiques mises en œuvre par TDF.

En conclusion,

- **Le marché de gros amont n'est pas un marché pertinent au sens de la réglementation *ex ante* ;**
- **Si l'ARCEP estimait le contraire, en raison notamment de l'absence d'analyse dynamique du marché de la diffusion audiovisuelle, le test des trois critères ne pourrait être satisfait ;**
- **Aussi, le maintien d'une régulation *ex ante* sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre de programmes TNT n'est plus justifié.**

1.2. L'analyse sérieuse du marché du transport permet de conclure que ce marché est ouvert et que les opérateurs peuvent entrer sans difficultés

L'Autorité fait état en page 62 de son projet de décision, d'un « positionnement prépondérant de TDF » sur le marché du transport terrestre de signaux audio-vidéo.

L'Autorité indique notamment qu' « [...] il n'existe à l'heure actuelle qu'un seul fournisseur de service de transport terrestre : TDF qui dispose d'un réseau propre de transport de signaux dit TMS (pour Transport Multi-Services) alimentant ses sites de diffusion et composé de fibres optiques complétées par des faisceaux hertziens. »¹¹.

TDF considère que toutes les affirmations contenues dans cette phrase sont inexactes.

En premier lieu, il existe plusieurs opérateurs fournissant des services de capacités. Ainsi, Orange ou SFR ou d'autres agrégateurs de réseaux sont complètement en mesure de proposer une offre de transport terrestre de signaux audio-vidéo.

Ensuite, TDF ne dispose absolument pas d'un réseau propre¹² de transport. Si TDF investit dans des réseaux haut débit, l'essentiel du réseau constitutif de l'offre TMS (TMS étant une offre au sens marketing du terme), s'appuie sur la location de capacités et d'emplacement pour l'hébergement de ses FH proposée par les opérateurs de communications électroniques (emplacement sur les POPs des opérateurs de communications électroniques pour les FH). Cette offre a été construite sur la base des seuls mérites des équipes de TDF et de la volonté de ces mêmes équipes d'identifier des relais de croissance via l'innovation et l'investissement.

¹¹ Projet de décision, p.62.

¹² Au sens que lui en donne l'Autorité en page 21 de son projet de décision.

Enfin, l'offre TMS ne permet absolument pas de relier tous les sites de TDF. Cette prestation offre la possibilité d'amener les signaux audio-vidéo sur une centaine de sites, principalement des sites importants du réseau de diffusion.

Au regard de ces éléments, il est clair que cette prestation n'est pas incontournable et qu'elle s'avère au contraire largement reproductible.

Aussi, rien ne justifie que les opérateurs alternatifs ne réalisent pas leurs propres réseaux de transport terrestre. Avec une part de marché de diffusion sur les sites du réseau principal de plus de 50% à la suite des derniers appels d'offres, ils disposent largement des moyens humains et financiers nécessaires à la création et à l'amortissement de tels réseaux.

Dans ce contexte, TDF invite l'ARCEP à analyser avec précision ce marché et son fonctionnement afin de conclure que la position de TDF sur ce marché n'est en rien prépondérante et qu'en conséquence, il n'y pas lieu de demander à TDF de mettre en œuvre des engagements spécifiques.

1.3. Le marché de la diffusion à l'Outre-mer, que le CSA considère comme spécifique, est un marché singulier qui ne nécessite pas l'intervention d'un régulateur sectoriel

TDF a largement développé les raisons justifiant l'absence de pertinence du marché de la diffusion de la télévision à l'Outre-mer dans sa contribution à la consultation publique de l'ARCEP de décembre 2014. TDF se permet donc de renvoyer l'Autorité vers ses écritures.

TDF estime toutefois nécessaire de rappeler ici à l'Autorité que, contrairement à ce qu'elle indique aux pages 37 et 38 de son projet de décision, les marchés métropolitains et ultra-marins de la diffusion de la TNT sont fondamentalement différents dans leurs structures et leurs fonctionnements et que le multiplex ROM1 n'a aucune obligation relative à la couverture de 105 zones de diffusion sur les territoires ultra-marins.

Concernant les spécificités du marché de la diffusion audiovisuelle à l'Outre-mer, il est utile de se rapporter aux propos de Patrice Gélinet, membre du CSA et président des groupes de travail Outre-mer, qui, dans un article paru dans le quotidien France-Antilles le 25 juin dernier, indique que « [l]a première chose qui [l]'a frappé, il y a deux ans aux Antilles, c'est de voir le nombre de paraboles et de

constater que la proportion de gens qui regardent la télévision sur le satellite est inversement proportionnelle. »¹³.

TDF constate que l'ARCEP considère ce marché comme pertinent principalement en raison d'obligations de couvertures pesant sur ROM1 et de l'absence de spécificités de ce marché par rapport à la diffusion hertzienne de la TNT en métropole.

Or, d'une part, ROM1 ne supporte aucune obligation de couverture et d'autre part, aucune analyse de marché justifiant l'homogénéité présumée des marchés ultra-marins et métropolitains de la diffusion hertzienne terrestre de la TNT n'a été menée.

En conséquence, TDF demande à l'Autorité de prendre en compte sa réponse à la consultation publique de décembre 2014 pour conclure *in fine* à l'absence de pertinence du marché ultra-marin de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels. L'ARCEP pourra utilement s'appuyer sur le constat du membre du collège du CSA chargé de l'Outre-mer.

Au regard de l'ensemble des éléments présentés ci-dessus ainsi que ceux développés en réponse à la consultation publique de l'ARCEP de décembre 2014, TDF demande à l'Autorité d'abandonner, dès 2015, la régulation *ex ante* mise en œuvre sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels.

¹³ Interview de Patrice Gélinet, France-Antilles, Guadeloupe, 25 juin 2015.

2. Dans l'hypothèse où l'ARCEP décidait de maintenir une régulation *ex ante* sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels, elle devrait s'assurer qu'elle conduise à un allègement effectif des contraintes qui pèsent sur TDF. Or, le projet de décision est équivoque sur cette question.

Dans le communiqué de presse du 12 juin 2015 accompagnant le projet de décision, l'ARCEP propose « d'adapter sa régulation à un marché caractérisé par un déclin à long terme du fait d'une évolution structurelle des usages »¹⁴. Dans le projet de décision, elle indique en outre qu'il conviendrait de : « [...] simplifier et d'alléger les obligations mises en œuvre sur le marché [...] »¹⁵. Force est de constater qu'il est loin d'être certain qu'en l'état du projet cette adaptation corresponde à un allègement.

2.1. Le projet de décision prévoit le maintien du cadre de régulation actuel

Le projet de décision du 12 juin maintient la quasi-totalité des obligations non-tarifaires et tarifaires qui pèsent actuellement sur TDF.

2.1.1. Les principales obligations non-tarifaires sont maintenues

En premier lieu, le projet de décision maintient l'obligation de TDF de fournir l'accès à l'ensemble de ses sites de diffusion TNT.

Cette décision pourrait pourtant faire l'objet d'aménagements importants au regard notamment de la concurrence en infrastructures qui s'exerce sur le marché. Les opérateurs alternatifs disposent en effet de sites sur 430 zones de diffusion et n'ont donc plus aucun besoin, sur ces zones, de bénéficier d'un accès aux sites de TDF.

Ensuite, l'ARCEP envisage de maintenir une longue série d'obligations parmi lesquelles :

- l'obligation de publication des offres d'accès ;
- l'obligation de transparence relative aux éléments du réseau de TDF ;
- l'obligation de communiquer un fichier de suivi des conventions d'accès signées ;
- l'obligation de non-discrimination ;
- l'obligation de négocier de bonne foi ;

¹⁴ L'ARCEP lance une consultation publique sur son projet de décision portant sur le marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre. L'Autorité propose d'adapter sa régulation à un marché en décroissance, <http://www.arcep.fr/index.php?id=8571>.

¹⁵ Projet de décision, p.58.

- l'obligation de motiver tout refus d'accès ;
- etc.

Hormis certaines évolutions sur lesquelles TDF reviendra dans les développements ci-après, ces obligations s'avèrent strictement identiques à celles du précédent cycle de régulation.

2.1.2. Les principales obligations tarifaires sont maintenues

Comme en 2012, l'Autorité envisage d'identifier des sites non répliquables et de mettre en œuvre des obligations tarifaires distinctes sur ce périmètre et sur celui des sites répliquables.

En ce qui concerne les sites non répliquables, l'Autorité envisage de maintenir exactement le même encadrement tarifaire qu'en 2012, à savoir la mise en œuvre d'une orientation des tarifs vers les coûts.

En ce qui concerne les sites répliquables, l'Autorité envisage de maintenir l'obligation de non excessivité pour les sites répliquables non répliqués. Cette obligation est également imposée dans le cadre du cycle III. Le projet de décision laisse ouverts les niveaux du seuil d'excessivité.

Enfin, l'ARCEP envisage de retirer l'obligation de non-éviction sur les sites répliquables. TDF reviendra sur ce retrait au point 2.2.2. de la présente contribution.

Dans les faits, les obligations tarifaires envisagées sont sensiblement équivalentes à celles imposées dans le contexte du cycle III. Toutefois, un certain nombre de points ne sont pas traités par l'Autorité. TDF y reviendra aux points 2.3. et 3.

2.1.3. Les obligations de séparation comptable et de comptabilisation des coûts sont entièrement maintenues

Les obligations de séparation comptable et de comptabilisation des coûts restent inchangées.

En conclusion, l'ARCEP envisage, en cas de mise en œuvre d'un nouveau cycle de régulation, de maintenir les principales obligations à la charge de TDF.

2.2. Le projet de décision prévoit l'abandon de certaines obligations désincitatives au développement de la concurrence et contraire aux objectifs de la régulation

Si les principales obligations restent inchangées, l'ARCEP prévoit l'abandon et l'aménagement d'obligations désincitatives à l'investissement et au développement d'une concurrence par les infrastructures.

2.2.1.L'abandon de l'offre d'hébergement antenne

L'ARCEP considère qu'« [...] au regard notamment de l'objectif de l'investissement efficace dans les infrastructures mentionné au 2° de l'article L.32-1 du CPCE, que la poursuite d'investissements dans des infrastructures importantes spécifiques à la diffusion TNT et non mutualisées sur des équipements de TDF n'a plus vocation à être promue, alors que des offres d'accès reposant sur la mutualisation d'équipements existent »¹⁶.

Elle en conclut qu'« [...] il n'est plus justifié d'encourager le recours à une prestation d'hébergement antenne [...] »¹⁷.

TDF estime également justifié et nécessaire l'abandon de l'obligation relative à l'hébergement de systèmes antennes alternatifs sur ses pylônes. Cette obligation constitue en effet le principal frein à la réplique de sites.

Les faits démontrent clairement que lorsqu'une antenne alternative est déployée sur un site de TDF, aucune infrastructure complète n'est construite par un autre opérateur sur la zone de diffusion. Cette situation montre bien l'antagonisme économique profond entre les concurrences en infrastructures partielles et en infrastructures complètes. En l'absence de déploiement d'antennes alternatives (218 antennes étaient répliquées sur les sites de TDF au 31 décembre 2014, soit une augmentation de 90% sur 2 ans), il est certain que le nombre de sites répliqués serait bien plus important.

De plus, lorsqu'une antenne tierce est installée sur un site de TDF, la situation de concurrence est fortement affaiblie. Sur les 218 sites supportant une antenne alternative d'un opérateur, les autres opérateurs techniques de diffusion ne détiennent qu'environ 10% de parts de marché en diffusion. L'opérateur hébergeant son antenne gagne donc, de fait et quasi-systématiquement, les appels d'offres lancés par les multiplex.

¹⁶ Projet de décision, p.63.

¹⁷ Projet de décision, p.63.

Les arguments démontrant que l'obligation imposée à TDF d'accueillir les antennes alternatives des opérateurs est contraire aux objectifs de la régulation *ex ante* sont présentés dans la réponse de TDF à la consultation publique de l'ARCEP de décembre 2014. TDF se permet donc de confirmer son analyse initiale, qui rejoint celle de l'Autorité.

En conclusion, l'abandon de cette obligation est une décision conforme au cadre réglementaire européen et national, qui incite à l'investissement efficace et au développement d'une concurrence pérenne fondée sur les infrastructures totales.

2.2.2.L'abandon de l'obligation de non-éviction

L'ARCEP ne juge plus nécessaire le maintien de l'obligation *ex ante* de non-éviction s'appliquant aux tarifs des sites répliquables.

Elle indique notamment qu' « [...] un maintien prolongé sur une trop longue période d'une obligation de non-éviction transformerait cet espace économique en rente pour les opérateurs alternatifs [...] ».¹⁸

[secret des affaires]

2.2.3.L'aménagement de l'obligation de publication

L'ARCEP indique dans son projet de décision que « [...] dans le cas particulier des sites de TDF répliqués par des diffuseurs alternatifs, il n'apparaît pas justifié que TDF continue à publier les caractéristiques de son site répliqué dans la mesure où cela donnerait des informations stratégiques au diffuseur qui a répliqué et est susceptible de fausser le jeu de la concurrence »¹⁹.

TDF confirme l'analyse de l'ARCEP sur le fait qu'imposer à TDF de communiquer des éléments techniques et économiques relatifs à une infrastructure à un concurrent qui l'a répliqué pose des difficultés sérieuses en termes de « terrain de jeu équitable ».

TDF estime normal que l'Autorité souhaite mettre fin à une obligation non pertinente et non conforme aux objectifs des régulations *ex ante* et *ex post*.

¹⁸ Projet de décision, p.73.

¹⁹ Projet de décision, p. 65.

En conclusion, l'ARCEP envisage l'abandon ou l'aménagement d'obligations qui s'avèrent désincitatives à l'investissement et au développement de la concurrence. TDF estime que ces évolutions seraient pertinentes et justifiées.

2.3. Le projet de décision ne présente pas la position de l'Autorité sur des éléments majeurs de l'équilibre d'un éventuel 4^{ème} cycle

L'ARCEP, dans son projet de décision, invite les contributeurs à exprimer leurs positions sur plusieurs sujets majeurs de l'équilibre d'un éventuel quatrième cycle de régulation.

Ainsi, l'Autorité propose au marché de contribuer à sa réflexion sur :

- les conditions raisonnables de résiliation des contrats d'accès²⁰ ;
- le seuil relatif à la présomption d'excessivité des tarifs des sites répliquables²¹.
- la modification de la date de publication annuelle²² ;

Ces éléments sont essentiels et vont permettre à TDF de déterminer si le cycle IV tel qu'envisagé dans le projet de décision aurait pour effet un maintien, un allègement ou un durcissement des conditions de régulation.

Aussi, les incidences de l'éventuel Cycle IV ne peuvent être appréhendées correctement par TDF en l'absence de positions de l'Autorité sur les questions encore ouvertes.

Dans la partie 3. de la présente contribution, TDF reviendra donc avec précision sur ces trois sujets afin d'exprimer sa position.

Nous remercions par avance l'Autorité de tenir le plus grand compte de ces développements.

²⁰ Projet de décision, p.60.

²¹ Projet de décision, p.74. L'Autorité évoque les sites non répliquables. Cette erreur matérielle est corrigée par TDF.

²² Projet de décision, p.67.

3. Contribution de TDF relative aux questions ouvertes de l'Autorité et aux sujets majeurs non traités dans le projet de décision

Dans cette troisième partie, TDF apporte tous les commentaires utiles à l'Autorité pour finaliser sa réflexion sur les points encore en suspens dans le projet de décision et revient également sur certains éléments du projet qui nécessitent des compléments.

3.1. La question relative aux conditions de résiliation des contrats d'accès

Dans ses développements relatifs à l'obligation de négocier de bonne foi²³, l'Autorité évoque plusieurs pistes de réflexion qui pourraient être envisagées en vue de la modification des conditions de résiliation des contrats d'accès.

En premier lieu, TDF s'étonne que cette question soit posée dans le contexte de l'obligation de négociation de bonne foi.

Ces conditions de résiliation sont en effet présentes dans les contrats entre TDF et les opérateurs alternatifs depuis la première offre d'accès régulée en 2006. Elles s'appliquent ainsi depuis près de 10 ans sans que cela n'ait posé la moindre difficulté ou que la bonne foi de TDF n'ait jamais été mise en cause. Cette question n'a, par exemple, jamais été mise à l'ordre du jour d'une des nombreuses réunions multilatérales organisées par l'ARCEP.

En réalité, ces conditions de sortie permettent de répondre au besoin du marché sans remettre en cause l'équilibre économique nécessaire des contrats de 5 ans²⁴ et sans limiter la capacité des concurrents à répliquer les sites de diffusion.

Pour mémoire, plus de 40% des antennes de TDF ont été répliquées alors que ces conditions de résiliation sont en vigueur.

Indiquer que ces conditions viendraient freiner le développement de la concurrence en infrastructures nécessiterait quelques explications absentes du projet de décision.

²³ Projet de décision, pp. 59 et 60.

²⁴ Cette durée est particulièrement courte au regard de la période d'amortissements des investissements associés.

Il est pourtant aisé de constater que la stratégie des opérateurs et le fonctionnement du marché permettent le développement d'infrastructures alternatives sans utiliser celles de TDF.

Au regard de ces éléments, TDF s'étonne de l'insertion de cette question sur les conditions de résiliation anticipée des contrats dans les développements relatifs à l'obligation de négocier de bonne foi et émet l'hypothèse de la difficulté d'identifier une base juridique sérieuse sur laquelle pourrait s'appuyer une éventuelle décision.

De plus, TDF estime que toute intervention sur cette question serait injustifiée au regard du fonctionnement du marché et de l'économie des contrats de 5 ans.

Enfin, il est important de souligner que la solidité juridique des contrats de TDF est un élément majeur de la valeur de l'entreprise qui vient d'être rachetée en avril 2015 alors même qu'un scénario alternatif entraînant des difficultés financières sérieuses, avec une totale incapacité à rembourser une dette expirant en janvier 2016, était probable.

Dans ce contexte, TDF sera disposée à contester toute obligation relative aux conditions de résiliation des contrats d'accès.

Néanmoins, TDF démontrera ci-après la pertinence des conditions de résiliation actuelles et développera, dans une démarche volontaire et d'ouverture, deux propositions qui seraient à même de satisfaire l'ARCEP, les opérateurs alternatifs et TDF.

3.1.1. Les conditions de résiliation actuelles sont justifiées

La durée de 5 ans des contrats d'accès est une norme de marché

Cette durée est proposée :

- à la demande des opérateurs de multiplex qui souhaitent notamment disposer d'un niveau important de visibilité et de stabilité sur la période du contrat aval ;
- en miroir à la durée des contrats sur le marché aval ;
- en lien avec la durée des autorisations délivrées par le CSA ;
- En cohérence avec les tarifs d'accès publiés : les tarifs d'accès publiés une année n sont calculés à partir d'une moyenne des coûts et du nombre de multiplex anticipés sur 5 ans (années n à $n+4$).

Cette durée correspond en effet généralement à celle des contrats sur le marché aval déterminée par les opérateurs de multiplex, elle-même liée à la durée des autorisations délivrée par le CSA. Cette durée répond en outre à la demande de prévisibilité et de stabilité du marché en permettant la fixation d'un prix ferme, indépendamment des aléas du marché (entre 2011 et 2016, la volumétrie maximale de PS par site va passer de 12 en 2011 à 6 en 2016 après une période à 8 entre 2012 et 2015), pendant toute la durée du contrat de diffusion.

Il s'agit d'une norme de fonctionnement du marché de la diffusion hertzienne terrestre.

En outre, au regard de la période d'amortissement des équipements associées aux prestations d'accès (40 ans pour les pylônes, 24 ans pour les systèmes antennaires), une durée contractuelle de 5 ans apparaît particulièrement courte.

A titre de comparaison, l'OFCOM a récemment indiqué à TDF que la durée contractuelle de référence sur le marché britannique de la diffusion hertzienne terrestre de programmes TNT était de 12 ans.

Sur le marché de l'hébergement d'opérateurs mobiles, l'Autorité de la concurrence a estimé dans sa décision n°15-D-09 qu'une durée d'engagement de 10 ans s'avère pertinente et correspond à une pratique bien établie sur ce marché alors même qu'elle considère que les investissements sur ce marché sont inférieurs aux investissements associés au marché de la diffusion hertzienne terrestre de programmes TNT.

Ces deux exemples viennent confirmer que la durée d'engagement de 5 ans est largement inférieure à la durée de contrat qui permettrait le recouvrement des coûts engagés.

La durée de 5 ans est économiquement justifiée au regard des objectifs de stabilité et de visibilité poursuivis par la régulation *ex ante* et les multiplex

L'économie du marché amont de la diffusion hertzienne (hébergement) est caractérisée par une prédominance des coûts fixes (pylônes, bâtiments, antennes, etc.). Les variations importantes et parfois brutales du nombre de PS diffusés ont donc un impact direct et quasi-proportionnel sur le coût unitaire d'hébergement.

La forte variation du nombre de PS diffusés (diminution avec l'arrêt de l'analogique, augmentation avec le déploiement de R5, R7 et R8 puis diminution avec le second dividende numérique), implique mécaniquement un coût unitaire instable, variant significativement au fil du temps à la hausse comme à la baisse.

A la demande des multiplex et en lien avec les objectifs de la régulation *ex ante*, cette forte variation n'est pas répercutée sur les contrats du marché aval dont la tarification repose sur un nombre de PS moyens sur la période du contrat.

Dès lors que TDF est tenue de proposer aux opérateurs alternatifs et aux multiplex un prix amont stable tout au long de la durée du contrat de diffusion, alors il est cohérent pour TDF d'aligner la durée des contrats amont sur les contrats de diffusion, c'est-à-dire 5 ans.

Les contrats de 5 ans sont par principe irrévocables

La théorie générale des contrats repose sur la force obligatoire des contrats, exprimée à l'article 1134 du code civil (« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »).

En application de ce principe, le contrat est intangible et lorsqu'un contrat est à durée déterminée, chacune des parties doit l'exécuter jusqu'à son terme, sans pouvoir le remettre en question par sa volonté unilatérale. Le contrat est en effet obligatoire pendant toute sa durée, et il n'y a donc pas d'alternative à l'exécution fidèle de la convention. En effet, seul l'accord des parties ou *mutuus dissensus* peut mettre fin au contrat de manière anticipée.

Par conséquent, une partie ne pourra se dégager de ses obligations qu'en cas de faute de son cocontractant dans l'exécution de ses obligations contractuelles (rupture effective par une décision judiciaire ou par application d'une clause résolutoire pour faute).

Toutefois, la liberté contractuelle permet l'insertion par les parties, dans les contrats à durée déterminée, de clauses de résiliation anticipée, ce qui est le cas des clauses de résiliation anticipée figurant dans les contrats d'accès de TDF.

Néanmoins, de telles clauses ne sauraient avoir pour effet de vider de toute substance l'engagement contractuel des opérateurs techniques de diffusion.

La modification des conditions de résiliation des contrats de 5 ans et donc de la durée effective des contrats remettrait en cause l'économie globale de ces conventions et en particulier le tarif des prestations

Dans le contexte de ces contrats de 5 ans, la construction des tarifs s'appuie sur des hypothèses de coûts et de volumes à 5 ans mais également sur le niveau de contribution du contrat au recouvrement des investissements de TDF.

En effet, le tarif fixé pour un contrat de 5 ans est nécessairement plus faible qu'un tarif qui serait associé à un éventuel contrat plus court puisqu'il contribue sur une période plus longue au recouvrement des coûts.

La sortie anticipée d'un contrat représente donc un risque et un coût important pour TDF et vient manifestement remettre en cause le tarif conclu sur la base d'un contrat de 5 ans.

Les conditions de sortie actuelles sont ainsi les plus larges possibles au regard de l'équilibre contractuel, notamment entre le tarif et la durée du contrat.

Une modification de la durée des contrats devrait nécessairement entraîner une révision complète de la politique tarifaire de TDF et par conséquent des modalités de régulation tarifaire qui seraient mises en œuvre par l'ARCEP.

La régulation tarifaire envisagée dans le projet de décision ne prend pourtant pas en considération cette dimension et ses conséquences si TDF devait gérer des durées contractuelles variables et des prix différenciés par contrat.

3.1.2.L'évolution des clauses de résiliation aurait pour conséquence un durcissement certain de la régulation *ex ante*

L'ARCEP propose aux contributeurs de s'exprimer sur ce qui pourrait constituer, pour les sites répliquables mais également pour les sites non répliquables, des conditions raisonnables de résiliation des contrats d'accès²⁵. Elle envisage les trois pistes de réflexion suivantes :

- prévoir un délai raisonnable avant lequel l'opérateur alternatif ne peut pas résilier le contrat afin de permettre à TDF d'amortir ses coûts de manière justifiée, mais à l'issue duquel des frais de résiliation apparaîtraient injustifiés²⁶ ;
- prévoir la possibilité pour l'opérateur alternatif de sortir à tout moment du contrat, en prévoyant un mécanisme de frais de résiliation justifié et proportionné en fonction de la date de sortie du contrat²⁷ ;

²⁵ Projet de décision, p.60.

²⁶ Ci-après « proposition a. ».

²⁷ Ci-après « proposition b. ».

- prévoir un quota annuel de sites de diffusion, par exemple en nombre de sites ou en pourcentage du nombre total de sites sur lequel le diffuseur alternatif concerné est hébergé par TDF, sur lesquels une résiliation anticipée peut être réalisée sans conditions ni frais particuliers²⁸.

En premier lieu, TDF se permet de rappeler un truisme : les sites non répliquables ne sont pas répliquables. S'ils le sont, ils ne doivent pas être maintenus dans la liste des sites non répliquables.

Insérer, dans des Conditions Générales de Service, des conditions de résiliation anticipée applicables aux contrats d'accès relatifs aux sites non répliquables en vue de leurs répliquations n'est pas réglementairement justifiable. D'ailleurs, l'ARCEP indique, en ce qui concerne les coûts à prendre en compte pour la tarification des sites non répliquables, qu'il n'y pas lieu « [...] de se référer à des investissements de reconstruction puisqu'il n'est, par définition, pas nécessaire d'inciter à la répliquation des sites réputés non-répliquables »²⁹.

TDF considère donc absolument déraisonnable toute réflexion sur les conditions de résiliation anticipée des contrats d'accès concernant des sites non répliquables.

Ensuite, TDF estime que l'imposition en l'état d'une de ces trois modalités de résiliation anticipée des contrats d'accès sur le périmètre des sites répliquables remettrait en cause à la fois le fonctionnement du marché et la capacité de TDF à recouvrer ses coûts tout en augmentant de manière significative le coût de la régulation, notamment du fait de l'augmentation des coûts de gestion supportés par TDF (multiplication des contrats entre TDF et les opérateurs techniques de diffusion).

TDF rappelle que les sites de diffusion de la TNT sont loin d'être amortis et que les durées de 5 ans sont déjà particulièrement courtes dans une économie de coûts fixes. Les conditions de sortie actuelles des contrats d'accès sont à ce titre dérogatoires et singulièrement larges.

Aussi, TDF estime que le maintien des conditions de résiliation actuelles doit être l'option à privilégier afin d'éviter un nouveau durcissement de la régulation *ex ante* mise en œuvre sur la marché de la diffusion hertzienne terrestre.

Toutefois, TDF prenant acte de la volonté de l'ARCEP de réorienter sa politique de régulation et de mettre fin à des obligations particulièrement inappropriées (notamment l'obligation d'hébergement

²⁸ Ci-après « proposition c. ».

²⁹ Projet de décision, p.72.

antennaire), propose ci-après deux possibilités d'ajustement des conditions de résiliation des contrats d'accès relatifs aux sites répliquables.

Ces propositions n'engageront TDF que dès lors que l'abandon ou la modification des obligations envisagées dans le projet de décision sera confirmé dans l'éventuelle décision de régulation Cycle IV.

3.1.3.TDF estime toutefois qu'elle pourrait aménager les conditions de résiliation des contrats d'accès relatifs aux sites répliquables afin de répondre aux attentes de l'ARCEP et ce, sans remettre en cause l'économie générale des contrats de 5 ans

Dans les développements ci-dessous, TDF propose, de sa propre initiative et dans une démarche volontaire, deux propositions d'ajustement des conditions de résiliation applicables aux contrats d'accès concernant les sites répliquables. Comme évoqué ci-dessus, ces propositions ne seront maintenues que sous réserve de la confirmation des abandons ou des modifications d'obligations envisagées dans le projet de décision et notamment l'abandon de l'obligation d'hébergement des systèmes antennes.

[secret des affaires]

En conclusion, TDF estime que les faits observés depuis 2006 ne justifie pas la nécessité de modifier les clauses de résiliation anticipée des contrats d'accès telles que définies dans les Conditions Générales de Service des Offres de Référence publiées par TDF et validées par l'ARCEP depuis 2006.

D'une part, ces conditions de résiliation sont pertinentes au regard du fonctionnement du marché et de la durée des contrats.

D'autre part, ces conditions n'ont jamais limité le développement d'une concurrence en infrastructures totales.

Toutefois, TDF prenant acte de la volonté de l'Autorité de réorienter sa politique de régulation, notamment en mettant fin à des obligations inopportunes (en particulier, l'obligation d'hébergement antennaire), TDF a étudié deux propositions d'ajustement des clauses de résiliation pour convenance qu'elle pourrait mettre en œuvre.

Ces deux propositions, exclusives l'une de l'autre, :

- **sont communiquées à l'Autorité dans une démarche volontaire ;**

- répondent à sa volonté de réorienter sa politique de régulation afin de limiter le développement d'infrastructures partielles économiquement inefficaces ;
- favorisent le développement continu du parc de sites des opérateurs alternatifs ;
- permettent le maintien de l'équilibre global des contrats d'accès de 5 ans ;

Toutefois, si l'Autorité venait à remettre en cause les positions exprimées dans son projet, les propositions de TDF ne sauraient plus être considérées comme pertinentes puisqu'elles s'inscrivent très précisément dans le contexte de la réorientation des objectifs de la régulation présentée dans le projet de l'ARCEP.

3.2. La notion de sites non répliquables et les tarifs associés

TDF reviendra ici sur la méthode d'identification des sites non répliquables retenue par l'ARCEP puis sur la régulation tarifaire envisagée.

L'identification des sites non répliquables

TDF se permet de rappeler ci-dessous la liste des sites non répliquables répliqués ou en cours de répliquon :

- Dijon-Nuits-Saint-Georges ;
- Nîmes-Costières ;
- Toulouse-Bonhoure ;
- Perpignan-Neulos ;
- Chambéry 3-Les Monts ;
- Alès-Mont Bouquet ;
- Besançon-Lomont ;
- Hirson-Landouzy ;
- Vannes-Moustoir ;
- Cherbourg-Digosville ;
- Argenton-Malicornay ;
- Boulogne-Mt-Lambert ;
- Abbeville-Limeux ;
- Marseille-Etoile ;
- Le Havre-Harfleur ;
- Limoges-Les Cars.

Cette liste est suffisante pour démontrer l'absence de pertinence de la notion de non répliquabilité.

Le maintien d'une liste de sites non répliquables ne repose sur aucune logique technique ou économique, comme en témoigne la réplification, au cours du mois de juillet, du site d'Hirson avec un pylône de plus de 200 m...

TDF considère, au regard de cette situation, qu'il appartient à l'ARCEP de réaliser une analyse sérieuse et approfondie de la répliquabilité technique et économique des sites afin de justifier le maintien d'une liste de sites non répliquables.

Pour le volet technique, cette analyse devrait naturellement s'appuyer sur l'expertise du CSA, qui a agréé l'ensemble des sites répliqués au cours des dernières années. Le CSA est en effet la seule institution en mesure de démontrer à l'ARCEP que les sites non répliquables sont en réalité techniquement répliquables. En particulier, le CSA pourrait rappeler à l'Autorité que les sites de grandes hauteurs et de fortes puissances peuvent être répliqués avec des pylônes situés dans un rayon d'environ 15 km autour du site de TDF.

Pour le volet économique, TDF demande à l'ARCEP de prendre réellement en compte les observations de la Commission européenne et l'étude technico-économique transmise par TDF.

Dans ses observations du 13 août 2012³⁰ sur le projet de décision cycle III, la Commission européenne a souligné le manque de pertinence des critères utilisés par l'ARCEP et l'absence d'analyse économique sérieuse de la répliquabilité des sites de TDF. Elle indiquait notamment qu'« *[i]l semblerait donc que l'évaluation de la répliquabilité, qui ne repose que sur deux critères, ne soit pas suffisamment précise et ne tienne pas pleinement compte de l'économie de l'offre de services de diffusion sur chacun des sites.* ».

Elle ajoutait également que « *[d]ans ce contexte, la Commission estime que pour garantir le développement d'un marché concurrentiel, la réglementation devrait reposer sur une évaluation individuelle de la réplification pour chaque site, en tenant compte non seulement des aspects physiques, mais aussi de l'économie de la réplification (par exemple les gains attendus du renouvellement des contrats des multiplex et de l'offre d'un ensemble de services sur un site, durant la période d'analyse du marché)* ».

³⁰ Décision de la Commission concernant l'affaire FR/2012/1354: marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, Observations formulées conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 2002/21/CE.

TDF a réalisé, sur la base des observations de la Commission européenne, une étude technico-économique permettant de déterminer le caractère répliquable des sites de TDF non répliquables.

Cette étude réalisée en 2013 par TDF prend en compte les deux grandes dimensions de l'économie (au sens large) de la réplique à savoir, la répliquabilité juridique et technique³¹ et la répliquabilité économique³² et démontre qu'une grande partie de ces sites (au moins 42 sites) s'avère juridiquement, techniquement et économiquement répliquable.

Dans son projet de décision, l'ARCEP adopte au contraire une démarche fondamentalement différente fondée sur la seule modification du vocabulaire associé à la notion de non répliquabilité.

Ainsi, l'Autorité présente dorénavant des sites « réputés » non répliquables. Cette évolution sémantique donne un indice sérieux de l'absence de robustesse de la définition même du concept de non répliquabilité.

Pourtant, le maintien d'une telle liste a une conséquence très lourde pour TDF puisque ces sites connaissent le contrôle tarifaire le plus strict d'orientation des tarifs d'accès vers les coûts. TDF s'interroge d'ailleurs sur les conséquences financières lourdes et le préjudice subi sur tous les sites qui ont été répliqués du fait de l'erreur d'appréciation de l'ARCEP, qui l'empêchera de recouvrer ses coûts.

Dans l'hypothèse où l'ARCEP démontrerait de manière robuste la réalité de la non répliquabilité des sites et par conséquent, réduisait de manière très importante le nombre de sites de cette liste, TDF pourrait néanmoins, avec un certain nombre de réserves, en accepter le principe.

La régulation tarifaire envisagée pour les sites non répliquables

A la lecture du projet de décision, l'ARCEP devrait maintenir le principe d'une orientation coût des tarifs relatifs aux sites non répliquables et à cette fin, utiliser le modèle défini dans le cadre du Cycle III.

Toutefois, TDF fait face, à ce stade, à une incertitude majeure relative aux niveaux tarifaires des différentes offres qui résulteront de l'application du modèle de l'ARCEP.

³¹ C'est-à-dire, l'existence d'une zone sur laquelle il est possible de construire un site de diffusion TNT susceptible d'être agréé par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel.

³² C'est-à-dire, la viabilité économique du projet qui consiste à construire et exploiter un site concurrent de celui de TDF.

En effet, en l'absence d'informations sur les clés d'affectation qui seront utilisées par l'Autorité pour le calcul des pentes et sur le niveau du coût moyen pondéré du capital (« WACC »), TDF ne connaît pas à ce jour les tarifs de ses prochaines offres.

TDF demande simplement à l'Autorité de s'assurer de la bonne prise en compte de la démutualisation imposée par l'arrêt de deux multiplex à l'horizon 2016.

Cette prise en compte devrait, en toute logique, conduire à une augmentation significative des tarifs associés aux sites non répliquables.

Par ailleurs, le changement de modalité d'application des pentes proposé par l'ARCEP rendrait plus complexe la prise en compte des évolutions de configurations antennaires sur les sites non répliquables, liées par exemple aux réaménagements de fréquences lors de la libération de la bande 700.

Les pentes définies par l'Autorité dans le cadre du Cycle III s'appliquaient aux coûts à prendre en compte pour le calcul des tarifs d'accès TNT. Lors des changements de configurations antennaires durant ce cycle, TDF a simplement réparti différemment les coûts fixés par l'ARCEP entre toutes les antennes des sites non répliquables, afin de garder des tarifs DiffHF cohérents avec les paramètres de ces configurations (hauteur, puissance, taille d'antenne, etc.).

Pour le Cycle IV, l'ARCEP propose d'appliquer les pentes directement aux tarifs d'accès, dont ceux de la DiffHF. Dans le contexte de cette proposition et pour gérer au mieux les changements de configurations antennaires qui interviendront au cours des prochaines années, il faudrait prévoir un mécanisme permettant d'intégrer ces évolutions dans le *price cap* (changement de la pente, du point de départ, etc.) afin notamment de ne pas perdre la cohérence tarifaire de la DiffHF sur les sites non répliquables.

En conclusion, TDF demande à l'ARCEP :

- **de réviser fondamentalement la liste des sites non répliquables.**

Cette révision doit nécessairement s'appuyer sur la réalité de la répliquabilité au cours des dernières années (10% des sites non répliquables ont été répliqués) et à l'avenir, sur une analyse technique qui pourrait s'appuyer sur l'expertise du CSA et sur une analyse économique répondant aux exigences de la Commission européenne.

- **de communiquer aux marchés des éléments permettant de mieux évaluer les effets de l'orientation coûts des tarifs associés aux sites non répliquables à l'horizon 2018.**

En l'absence de ces éléments, TDF n'est pas en mesure de déterminer si la régulation envisagée peut être considérée comme un allègement.

3.3. Le seuil d'excessivité des tarifs répliquables

Dans son projet de décision, l'ARCEP estime « [...] nécessaire de maintenir une obligation de non-excessivité sur une partie des sites répliquables de TDF »³³.

L'Autorité ajoute qu'« [...] en l'absence de contrôle tarifaire, TDF pourrait être incitée, sur les sites où la concurrence par les infrastructures n'existe pas ou lui apparaît peu probable, à augmenter indûment le tarif de son offre sur le marché de gros amont [...] »³⁴.

Enfin, elle invite les contributeurs à se prononcer sur la manière dont peut être évalué le niveau de l'excessivité des tarifs associés aux sites répliquables non répliqués sur la base des trois possibilités suivantes :

- maintien du dispositif concernant l'excessivité tel que spécifié au 3^{ème} cycle (augmentation maximale de 6% par an et de 15% sur la période d'un cycle) ;
- analyse de l'excessivité en fonction du niveau de dispersion des tarifs.

En premier lieu, TDF tient à souligner qu'elle ne remet pas en cause, dans le contexte de l'éventuelle poursuite de la régulation, l'imposition de l'obligation de non excessivité.

Toutefois, TDF s'étonne de l'absence de lien réalisé par l'Autorité entre le niveau acceptable d'augmentation des tarifs d'accès et le deuxième dividende numérique.

Cette question est pourtant particulièrement importante puisque le deuxième dividende numérique aura pour conséquence une diminution des volumes de 25% et donc une hausse des coûts unitaires de TDF de 33%.

Une augmentation de 33% des tarifs s'avère ainsi nécessaire pour prendre en compte les effets de l'arrêt de deux multiplex sur le marché.

³³ Projet de décision, p.73.

³⁴ Projet de décision, p.73, souligné par TDF.

TDF note qu'aucune des deux solutions proposées par l'Autorité ne prend en considération les conséquences du deuxième dividende numérique et ne permettrait de mettre en œuvre les hausses tarifaires associées à la baisse des volumes en 2016.

Ainsi, les propositions de l'ARCEP ne pourraient conduire qu'à une baisse des revenus de TDF.

Une telle situation serait inacceptable dans la mesure où elle reviendrait à limiter la capacité de TDF à recouvrer ses investissements et qu'elle viendrait limiter l'incitation à la réplication de sites, qui est pourtant l'objectif au cœur du projet de décision de l'Autorité.

Dans ce contexte, la première solution proposée par l'ARCEP consistant à imposer à TDF de limiter ses augmentations annuelles à 6% par an et à 15% sur la période de l'éventuel Cycle IV se rapproche de l'objectif de prise en compte du deuxième dividende numérique tout en restant insuffisante.

La solution consistant à définir un niveau de dispersion des tarifs en-dessus duquel TDF serait présumée ne pas respecter son obligation de non-excessivité ne peut pas sérieusement être envisagée.

D'une part une telle méthode ne traite en aucune manière la question de l'excessivité. Elle traiterait en effet exclusivement la question des écarts de tarifs issus de la pression concurrentielle constatée sur le marché. La mise en œuvre d'une « obligation de dispersion limitée » conduirait nécessairement à restreindre la liberté tarifaire de TDF nécessaire au maintien d'une concurrence effective lorsque son infrastructure est répliquée. Elle remettrait également en cause l'incitation tarifaire à la réplication de sites.

D'autre part, une telle « obligation de dispersion limitée » n'est prévue par aucun texte communautaire ou national. L'article L.38 du CPCE ne prévoit en effet pas la mise en œuvre de ce type de mécanisme. Il s'agirait de la création par l'ARCEP d'un nouveau type de remède réglementaire. Après 15 ans de régulation du marché des communications électroniques, TDF n'identifie pas un seul marché (en France ou en Europe) où aurait été mise en œuvre une obligation comparable.

Enfin, l'« obligation de dispersion limitée » n'aurait pour seule conséquence que de pénaliser le chiffre d'affaires de TDF dans une période de contraction historique du marché.

En conclusion, TDF estime que le mécanisme de dispersion ne pourrait en aucune manière remplacer l'obligation de non-excessivité et qu'il n'aurait aucune base juridique et économique sérieuse.

Il aurait pour conséquence un durcissement injustifié de la régulation que TDF ne pourrait pas accepter et serait nécessairement amenée à contester.

La seule solution pertinente consisterait à permettre à TDF de mettre en œuvre une augmentation annuelle légèrement supérieure à 10% par an au cours d'un éventuel Cycle IV. La mise en œuvre d'une telle solution permettrait à TDF de dûment augmenter ses tarifs d'accès dans le respect du cadre réglementaire européen et national.

3.4. La date de publication des offres

En page 67 de son projet de décision, l'Autorité invite les contributeurs à se prononcer sur l'opportunité de modifier la date de publication annuelle de l'Offre de Référence de TDF.

TDF remercie l'Autorité de cette démarche au regard de l'absence de pertinence économique de la date annuelle de publication fixée au 1^{er} juin.

De manière explicite, une offre publiée le 1er juin de l'année « n » concerne des contrats dont les premiers débutent en octobre de la même année et se terminent fin septembre de l'année « n+5 ». Pour autant les tarifs de l'offre publiée en juin de l'année « n » sont fondés sur les coûts et les volumes de début avril de l'année « n » à fin mars de l'année « n+5 ». Il y a donc un décalage temporel de 6 mois³⁵ préjudiciable à l'ensemble du marché qu'il conviendrait de corriger en cas de cycle IV.

TDF propose donc à l'Autorité de décaler la publication de son Offre du 1er juin au 1er décembre. L'Offre de Référence publiée le 1er décembre de l'année n serait construite sur la base des coûts annuels et des volumes des années n+1 (début avril) à n+5 (fin mars) et correspondrait à la période de fourniture effective du service.

3.5. Autres sujets majeurs

Dans cette partie, TDF soulève un certain nombre de questions relatives à des obligations encore peu définies et apporte des éléments complémentaires à la réflexion de l'Autorité.

³⁵ 2 mois de décalage entre le début des coûts et volumes (1^{er} avril) et la date de publication actuelle (1^{er} juin), et 4 mois entre cette date de publication et la mise en service des premiers contrats (début octobre) utilisant cette offre.

Aménagement de l'obligation de publication

Comme nous l'avons vu précédemment, l'Autorité propose de modifier l'obligation de publication en ce qui concerne les sites répliqués et envisage donc de ne plus imposer à TDF de publier les caractéristiques des sites et des systèmes antennaires dès lors qu'ils sont répliqués.

Elle indique notamment que la publication des caractéristiques de ses sites répliqués serait susceptible de fausser le jeu de la concurrence en donnant des informations stratégiques au diffuseur qui a répliqué.

TDF note cependant que l'ARCEP omet de prendre en compte le cas des antennes répliquées sur les sites de TDF.

Pourtant, lorsque l'opérateur a répliqué une antenne sur le site de TDF, il se trouve dans une situation équivalente à celle de la réplique d'un site. Il bénéficie en effet d'informations stratégiques susceptibles de fausser le jeu de la concurrence.

TDF demande donc à l'Autorité de ne plus imposer la publication des caractéristiques des sites et des systèmes antennaires lorsqu'une antenne est répliquée sur son site.

Éléments de transparence

L'ARCEP semble vouloir maintenir le principe de la publication d'éléments d'information générale relatifs aux sites de TDF³⁶.

Elle envisage toutefois de ne plus imposer à TDF, en miroir de l'abandon de l'obligation d'hébergement antenne, l'obligation de publier les éléments relatifs à la capacité de TDF à accueillir des antennes alternatives.

TDF ne remet pas ici en cause le principe de la publication des éléments de transparence mais ne comprend pas la dissociation entre l'abandon de l'obligation de publier les caractéristiques de ses sites et de ses systèmes antennaires lorsqu'un site est répliqué et le maintien de l'obligation de publier des éléments de transparence dans le même cas de figure.

³⁶ Ci-après, « éléments de transparence ».

La publication des éléments de transparence n'est pas moins sensible que la publication des caractéristiques des sites et des systèmes antennaires dans l'Offre de Référence.

TDF demande donc à l'ARCEP de corriger cette omission et d'indiquer précisément que l'obligation de publier des éléments de transparence pour des sites répliqués ou sur lesquels l'antenne est répliquée est levée.

Hébergement de groupes électrogènes

L'ARCEP indique dans son projet de décision qu'elle considère qu'« [...] au regard notamment de l'objectif de l'investissement efficace dans les infrastructures mentionné au 2° de l'article L.32-1 du CPCE, que la poursuite d'investissements dans des infrastructures importantes spécifiques à la diffusion TNT et non mutualisées sur des équipements de TDF n'a plus vocation à être promue, alors que des offres d'accès reposant sur la mutualisation d'équipements existent »³⁷.

Elle en conclut qu'il n'est plus justifié d'obliger TDF à proposer une offre d'hébergement antenne.

TDF s'étonne, dans ce contexte, que l'ARCEP n'indique pas dans son projet de décision qu'il n'est plus justifié d'obliger TDF à proposer une offre d'hébergement de groupes électrogènes.

En effet, ces deux offres répondent exactement de la même logique, à savoir la duplication d'équipements mutualisables.

TDF demande donc à l'ARCEP de ne plus imposer, sur la base du 2° de l'article L.32-1 du CPCE, d'obligations relatives à l'hébergement de groupes électrogènes.

Etudes techniques

En page 69 de son projet de décision, l'Autorité indique que dès lors qu'une étude DiffHF a été commandée par un diffuseur alternatif, « [...] TDF ne devra pas imposer, par la suite, aux diffuseurs alternatifs de commander, pour l'hébergement des émetteurs et des équipements d'émission associés une nouvelle étude technique »³⁸. Cette information est reprise à l'article 5 de la décision.

TDF ne comprend pas l'insertion de ce paragraphe dans le corps et les articles de la décision. Ce point n'a en effet jamais été discuté avec TDF ni, à la connaissance de TDF, avec les opérateurs alternatifs.

³⁷ Projet de décision, p.63.

³⁸ Projet de décision, p.69.

En outre, cette nouvelle obligation, n'a techniquement aucune pertinence.

Pour mémoire, un opérateur souhaitant installer des équipements sur le site de TDF commande une étude d'hébergement dont l'objectif est de déterminer la faisabilité et le cas échéant, les modalités d'installation des équipements sur le site de TDF.

L'étude DiffHF a quant à elle comme objectif de déterminer les modalités de raccordement des équipements d'émission des opérateurs au système antennaire de TDF. Elle permet en particulier de déterminer quelle est la puissance admissible au point d'interface client et *in fine* de produire la carte de couverture sur la zone de diffusion.

Ces deux études sont ainsi indépendantes.

Aucun élément n'étant apporté par l'ARCEP pour justifier le lien réalisé entre les deux études, TDF suppose qu'il s'agit d'une erreur matérielle dans le projet de décision.

TDF demande donc à l'Autorité de corriger cet élément.

Préavis de publication

L'Autorité propose de maintenir un préavis de 3 mois pour la publication d'offres intermédiaires.

Au regard de l'expérience acquise au cours du dernier cycle par TDF et l'ARCEP, il semblerait pertinent de limiter ce préavis à 1 mois.

En effet, d'une part les multiplex laissent en général un délai particulièrement court entre le lancement de leurs appels d'offres et la date de réponse. Dans la plupart des cas, TDF ne dispose pas d'un délai de 3 mois pour identifier les aménagements qui devraient intervenir sur ses systèmes antennaires du fait des demandes des multiplex ou du CSA.

D'autre part, un mois est largement suffisant pour prendre en compte les évolutions techniques et tarifaires des Offres de Référence. Ainsi, les opérateurs ont montré dans le passé leurs capacités à répondre à des appels d'offres importants dans un délai d'une semaine après la publication d'une nouvelle Offre de Référence.

TDF demande donc à l'ARCEP de réduire le préavis de publication de 3 à 1 mois.

Transport

TDF a largement démontré au point 1.2. de la présente contribution son absence totale de prédominance sur le marché de transport hertzien terrestre.

TDF propose toutefois à l'ARCEP, dans une démarche volontaire et constructive, de maintenir les engagements pris en 2012 en ce qui concerne son offre TMS :

- **Premier engagement**

TDF s'engage, si l'opérateur de multiplex le souhaite, à accepter, sans pénalité, le retrait du site dupliqué de la liste des points de livraison prévus au contrat TMS.

- **Deuxième engagement**

TDF s'engage à mettre à disposition du diffuseur retenu par l'opérateur de multiplex le signal transporté au titre du contrat TMS, sur chacun des sites TDF désignés dans ce contrat :

- soit en limite de propriété du site, pour un raccordement filaire vers un site tiers,
- soit dans le local hébergeant le FH, pour un transport par faisceau hertzien vers un site tiers.

Seuls les frais d'hébergement des FH sont facturés, suivant l'offre d'accès en vigueur, TDF prenant à sa charge les coûts de raccordement à l'intérieur de son site.

En ce qui concerne le transport lié à la diffusion SFN, TDF n'identifie pas de difficultés particulières mais a toutefois, à la demande de l'ARCEP, accepté de proposer les engagements suivants :

[secret des affaires]

Conclusion

TDF considère que le marché de la diffusion hertzienne terrestre ne devrait plus être régulé du fait principalement de la concurrence établie entre les différentes plateformes de diffusion et de leur substituabilité croissante.

Elle demande donc à l'Autorité de décider de l'abandon de la régulation *ex ante*.

Néanmoins, au regard :

- de l'objectif d'allègement progressif des contraintes imposé par le cadre réglementaire européen ;
- de la pression concurrentielle exercée par les plateformes de diffusion audiovisuelle ;
- de la pression concurrentielle exercée par les opérateurs techniques de diffusion sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre ;
- des conséquences financières de la contraction du marché suite à l'arrêt de 2 multiplex en avril 2016 (baisse du CA Accès et Diffusion, guerre des prix du fait de la surcapacité) ;
- et de la situation financière de TDF.

Si l'ARCEP décidait néanmoins de maintenir une telle régulation à l'horizon 2018, cette dernière devrait nécessairement conduire à un allègement des contraintes supportées par TDF.

TDF demande donc à l'Autorité, dans l'hypothèse de mise en œuvre d'un éventuel Cycle IV, de :

- **confirmer l'abandon de l'obligation d'hébergement antenne et d'abandonner également l'obligation d'hébergement des groupes électrogènes – qui répond de la même logique ;**
- **réduire significativement la liste des sites non répliquables et de s'assurer que les tarifs associés aux sites non répliquables augmenteront de manière à prendre parfaitement en compte le passage de 8 à 6 multiplex en avril 2016 ;**
- **s'assurer que les seuils présumés d'excessivité permettront la prise en compte du passage de 8 à 6 multiplex (augmentation de 10% par an pendant la période du cycle) et d'abandonner la piste relative à une éventuelle obligation de dispersion limitée ;**
- **confirmer l'aménagement de la publication des tarifs d'accès lorsque les sites sont répliqués et d'étendre cet aménagement aux cas de répliqués d'antennes ;**

- ne pas remettre en cause les conditions actuelles de résiliation des contrats d'accès ou le cas échéant, de valider une des deux propositions transmises par TDF dans le présent document ;
- confirmer l'aménagement de l'obligation de publier des éléments de transparence relatifs à la capacité de TDF à héberger des systèmes antennaires alternatifs et d'étendre cet aménagement en n'imposant plus à TDF de publier des éléments techniques relatifs à des sites et à des antennes répliquées ;
- ne pas interdire la facturation d'études d'hébergement qui s'avèrent nécessaires pour déterminer les modalités d'accueil des opérateurs sur les sites ;
- réduire le préavis de publication à 1 mois ;
- indiquer que les engagements pris par TDF sur le marché du transport ne sont plus nécessaires ;
- abandonner la régulation à l'Outre-mer.

TDF tient enfin à remercier par avance l'Autorité pour la prise en compte de la présente contribution dans l'évolution du projet de décision.