



**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**

Mai 2012

TDF souhaite en premier lieu remercier l'Autorité de lui offrir l'opportunité d'exprimer sa position sur les différents éléments du projet de décision de régulation.

La position de TDF ayant d'ores et déjà été exposée en détail dans sa réponse à la consultation publique sur l'analyse du bilan et des perspectives de la régulation du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre remise en février 2012, TDF ne reproduira pas ici *in extenso* son argumentation. Ladite argumentation reste valable.

Néanmoins, TDF considère que cette deuxième consultation doit être l'occasion de rappeler les principaux points de sa démonstration et de ses conclusions.

TDF rappelle donc ici que le test des trois critères n'est pas rempli et qu'en conséquence, aucun fondement ne justifie la mise en œuvre d'une régulation *ex ante* au cours de la période 2012-2015.

Toutefois, dans l'hypothèse d'une poursuite de la régulation, TDF insiste sur le fait que

- la liste des sites « non répliquables » envisagée par l'Autorité devrait être revue à la baisse, sur le fondement d'une analyse au cas par cas
- le contrôle tarifaire devrait être limité au seul périmètre des sites « non répliquables ».

TDF apporte également les éléments nouveaux qu'elle juge utiles afin notamment de souligner

- l'absence de bénéfice pour le consommateur d'une régulation *ex ante* du marché,
- l'absence d'analyse du marché de la diffusion audiovisuelle à l'Outre-mer et en conséquence, l'absence de fondement à la régulation sur ce périmètre géographique,
- le caractère disproportionné du délai de 4 mois envisagé pour la publication de la liste des sites pouvant accueillir un système antenne alternatif
- la nécessité de ne pas modifier les contrats signés qui ne sont pas concernés par un changement de régulation

TDF précise enfin, à toute fin utile, que sa contribution au projet de décision de l'Autorité est matérialisée par ses réponses à la première consultation remise en février 2012, à la présente consultation ainsi qu'à la consultation sur le modèle technico-économique de l'Autorité et son utilisation qui sera remise en juin 2012.

1	L'ABSENCE DE LIEN ENTRE REGULATION <i>EX ANTE</i> DU MARCHE DE GROS DE LA DIFFUSION HERTZIENNE TERRESTRE DE PROGRAMMES TELEVISUELS ET BENEFICE POUR LE CONSOMMATEUR.....	3
2	LA NECESSAIRE REDEFINITION DU MARCHE PERTINENT	6
2.1	LES PLATEFORMES DE DIFFUSION DE CONTENUS AUDIOVISUELS SONT SUBSTITUABLES	6
2.2	LE DEPLOIEMENT ATTENDU DU TRES HAUT DEBIT ET SES CONSEQUENCES SUR LE MARCHE DE LA DIFFUSION AUDIOVISUELLE SONT MINIMISEES	7
2.3	L'INTEGRATION DE L'OUTRE-MER DANS LA DEFINITION GEOGRAPHIQUE DU MARCHE NE S'APPUIE SUR AUCUNE ANALYSE CONCRETE.....	7
2.4	LE MARCHE DE LA DIFFUSION DE LA RADIO	8
3	L'ABSENCE DE SATISFACTION DU « TEST DES 3 CRITERES »	10
3.1	L'ABSENCE DE BARRIERES ELEVEES ET NON TRANSITOIRES A L'ENTREE	10
3.2	L'EVOLUTION VERS UNE SITUATION DE CONCURRENCE EFFECTIVE ET DURABLE	11
3.3	LA SUFFISANCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE POUR REMEDIER AUX EVENTUELLES DEFAILLANCES DU MARCHE	12
3.3.1	<i>Le droit de la concurrence dispose des outils nécessaires pour remédier aux éventuelles carences du marché.....</i>	12
3.3.2	<i>Le marché de la diffusion audiovisuelle pourrait fonctionner sans régulation sectorielle</i>	12
3.4	L'ABSENCE DE SINGULARITE DU MARCHE FRANÇAIS EN EUROPE A MEME DE JUSTIFIER LA REGULATION <i>EX ANTE</i>	13
4	LES OBLIGATIONS NON TARIFAIRES ENVISAGEES	14
4.1	LE DELAI D'INFORMATION SUR LA SIGNATURE DES CONVENTIONS D'ACCES	14
4.2	LES CONDITIONS DE PUBLICATION DES OFFRES DE REFERENCE	14
4.2.1	<i>Les éléments de l'annexe 1</i>	14
4.2.2	<i>L'établissement et la publication de la liste des sites sur lesquels l'installation d'un système antenne alternatif est possible soulèvent de nombreuses difficultés</i>	14
4.3	TRANSPARENCE TECHNIQUE ET ETUDES PREALABLES	15
5	L'IDENTIFICATION DES SITES « NON REPLICABLES »	17
5.1	L'IDENTIFICATION DES SITES « NON REPLICABLES » NE S'APPUIE PAS SUR UNE ANALYSE AU CAS PAR CAS	17
5.2	LA METHODE D'IDENTIFICATION NE REPOSE PAS SUR LES PRINCIPES DU DROIT DE LA CONCURRENCE .	18
5.3	LES SITES METROPOLITAINS	19
5.4	LES SITES ULTRA-MARINS.....	19
6	LES OBLIGATIONS DE CONTROLE TARIFAIRE ENVISAGEES	21
6.1	LA FIXATION DES TARIFS EXCESSIFS ET TARIFS D'EVICION	21
6.2	LES CONSEQUENCES DU CYCLE III SUR LES CONTRATS EN COURS	22

1 L'absence de lien entre régulation *ex ante* du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et bénéfice pour le consommateur

Dans le cadre de ses attributions, il appartient à l'Autorité de veiller à l'exercice **au bénéfice des utilisateurs** d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques.¹

Toutefois, l'existence d'un lien entre la mise en place d'une régulation *ex ante* du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre et un bénéfice pour le consommateur final n'est pas démontrée par l'Autorité. TDF estime que ce lien n'existe pas. Ainsi, dans les développements ci-dessous, TDF démontre que les téléspectateurs ne sont pas concernés par l'évolution des coûts de diffusion.

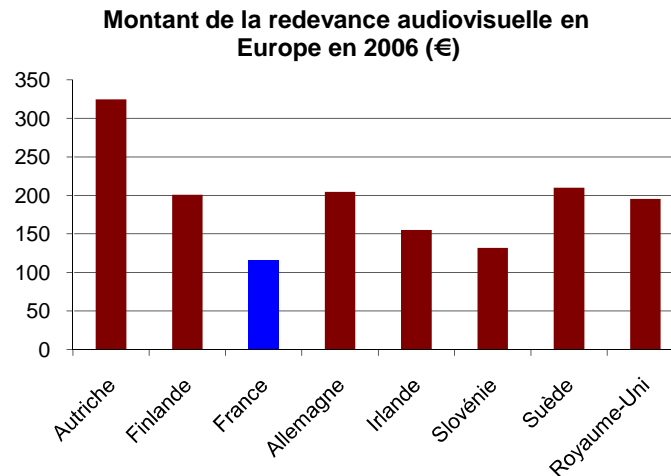
Sur la plateforme hertzienne terrestre, les consommateurs finals ont accès à des programmes via des chaînes gratuites privées, des chaînes gratuites publiques et des chaînes payantes.

Les chaînes gratuites privées sont principalement financées par la publicité. Le consommateur n'est donc pas directement concerné par le financement de ces chaînes.

Le financement des chaînes publiques gratuites est plus complexe. Jusqu'en 2008, les chaînes publiques étaient financées par les revenus de la publicité et la redevance audiovisuelle. De 2002 à 2008, le montant de la redevance n'a pas évolué et s'élevait à 116€ par foyer équipé d'un téléviseur.

Il doit être relevé qu'en 2006, le montant de cette redevance était relativement faible en comparaison avec d'autres pays européens. Le graphique ci-dessous, construit à partir des données de l'*Observatoire européen de l'audiovisuel*, présente la situation en 2006 pour 8 pays européens :

¹ CPCE, article L32-2 II 2°.



En 2008, le gouvernement français a décidé d'interdire la publicité sur les chaînes publiques après 20h. En conséquence, depuis 2009, les chaînes publiques sont financées par les revenus de la publicité en journée, la redevance audiovisuelle et une contribution budgétaire de l'Etat.

La contribution de l'Etat correspond aux pertes engendrées par l'arrêt de la publicité après 20h. Le montant de la contribution est d'environ 450 M€ par an. La part principale de cette contribution est collectée via de nouvelles taxes principalement payées par les opérateurs télécoms (taxe sur le revenu qui pourrait déclarée incompatible avec le droit européen) et les chaînes privées (taxe sur les revenus publicitaires). Ce montant n'est pas répercuté sur le consommateur du fait du fort degré de concurrence existant sur ces marchés.

En parallèle, la redevance audiovisuelle a été augmentée sur la base de l'évolution de l'indice des prix à la consommation pour atteindre 123€ en 2011. L'objectif de cette évolution est de maintenir cette ressource en Euro constant. L'augmentation de la redevance n'est donc aucunement liée à l'évolution des coûts des chaînes.

Ces modifications démontrent clairement que les coûts de diffusion ne sont en aucun cas répercutés sur le consommateur final, le téléspectateur. Au cours de la période 2004-2012, les coûts de diffusion de France Télévisions ont été divisés par 2 alors que le montant de l'aide d'Etat versé à ce groupe a été augmenté.

Les coûts de diffusion des chaînes payantes ne sont pas non plus répercutés aux consommateurs.

L'objectif de ces chaînes est de bénéficier de la meilleure audience possible afin de rentabiliser leurs investissements, notamment en programmes exclusifs. A cette fin, elles mettent en œuvre des stratégies 360° pour assurer l'accessibilité de leurs contenus à travers toutes les plateformes, tous les

écrans en direct ou en mode délinéarisé. Dans ces stratégies, la plateforme hertzienne terrestre est loin d'être la première plateforme d'accès à la télévision payante. En effet, les programmes payants sont principalement accessibles via les plateformes ADSL, Câble ou Satellite.

Le coût d'abonnement est équivalent quels que soient la plateforme utilisée et l'évolution des taux d'utilisation des différentes plateformes par les abonnés. Le prix payé par le consommateur final n'est donc pas lié aux coûts de la diffusion hertzienne terrestre. En outre, en cas d'augmentation significative du coût de la diffusion hertzienne terrestre (qui n'est pas réaliste au regard de la situation concurrentielle), les chaînes payantes mettraient en place des stratégies pour transférer leurs clients sur d'autres plateformes.

En conclusion, il est clairement démontré que les coûts de diffusion ne sont pas en aucune manière répercutés aux utilisateurs finals. Ces coûts n'ont par ailleurs aucune conséquence sur la qualité et la diversité des programmes. En effet, la réglementation impose aux chaînes des obligations en termes d'investissements dans la création et la production d'œuvres directement proportionnelles à leurs chiffres d'affaires.

La régulation *ex ante* ne saurait donc être justifiée par le bénéfice qu'elle créerait au profit des utilisateurs finals, les téléspectateurs.

2 La nécessaire redéfinition du marché pertinent

TDF confirme ici les développements sur la substituabilité entre les plateformes de diffusion de contenus audiovisuels et sur la minimisation par l'Autorité des conséquences sur le marché de la diffusion audiovisuelle du déploiement attendu du très haut débit présentés dans la réponse à la première consultation. TDF note également l'absence d'analyse relative à la situation du marché de la diffusion de contenus audiovisuels à l'Outre-mer. Enfin, TDF apporte quelques éléments complémentaires aux développements de l'Autorité sur le marché de la diffusion de la radio.

2.1 Les plateformes de diffusion de contenus audiovisuels sont substituables

Conformément au cadre réglementaire européen, la définition d'un marché par une Autorité de Régulation Nationale doit commencer par le regroupement de produits ou de services qui sont utilisés à une même fin par les consommateurs. Il convient donc d'analyser la capacité d'un téléspectateur à choisir entre différentes plateformes.

Or, comme le rappelle l'Autorité, les utilisateurs finals arbitrent entre les différents modes de réception de la télévision. Ainsi, l'étude Médiamétrie diligentée par l'ARCEP montre que selon le critère du temps de visionnage moyen des foyers français, la diffusion hertzienne terrestre est passée de 57,2% au dernier trimestre 2009 à 48% au premier trimestre 2012, notamment au profit de la télévision par ADSL. Cet arbitrage est déterminé par les principaux attributs des offres des différentes plateformes tels que le choix de chaînes, l'existence de services à valeur ajoutée et dans une moindre mesure, par le prix. Sur ce point précis, l'analyse selon laquelle le prix (matérialisé ici par le coût d'un investissement initial en équipements et, le cas échéant, par le prix d'un abonnement) segmente *de facto* différents marchés semble erronée. En effet, une différence de prix initiale (dont la perception par les clients des offres « multiple-play » n'est pas établie) entre deux produits ne signifie pas que ces produits relèvent de marchés distincts.

Ensuite, il convient de souligner que si les obligations de couverture de la plateforme hertzienne terrestre sont élevées (95% de la population métropolitaine – 99% avant le Switch Over), la télévision par ADSL est maintenant accessible pour les paires de cuivre relativement courtes des zones dégroupées qui correspondent à 85% de la population française, le taux de couverture potentiel de la plateforme satellitaire est de 100% (même si la pénétration de cette plateforme dans les zones très urbanisées est plus difficile) et celui du câble de près de 40%. Ainsi, la quasi-totalité du territoire métropolitain est couverte par plusieurs plateformes concurrentes. Par ailleurs, de telles obligations de couverture en TNT, surtout pour les chaînes publiques, existent dans presque tous les Etats membres,

dont un certain nombre n'ont pas défini un marché de gros de la diffusion TNT comme étant pertinent au sens d'une réglementation *ex ante*.

Il faut en outre constater que les chaînes dites de la TNT sont aujourd'hui accessibles sur toutes les plateformes. L'accès aux chaînes de la TNT n'est donc pas, du point de vue du téléspectateur, un élément déterminant dans le choix de sa plateforme de réception de contenus audiovisuels.

Au regard de ces éléments, les différentes plateformes de diffusion de la télévision apparaissent substituables pour le consommateur final.

2.2 Le déploiement attendu du très haut débit et ses conséquences sur le marché de la diffusion audiovisuelle sont minimisées

Le cadre réglementaire européen prévoit qu'il convient, lors de la définition du marché, d'adopter une approche non pas statique mais dynamique. Le développement du très haut débit sur l'ensemble du territoire doit donc nécessairement être pris en compte dans l'analyse.

Sur ce point, il s'avère nécessaire de rappeler que le déploiement de la fibre optique sur le territoire national va faire peser, au cours de la période 2012-2015, une pression encore plus forte sur la plateforme hertzienne. Si aujourd'hui 20% des foyers français sont éligibles au très haut débit, le Plan France Numérique 2012-2020 prévoit que ce taux s'élèvera à 70% en 2020 et que tous les foyers français seront éligibles d'ici 2025. Les engagements des opérateurs confirment que ces objectifs devraient être atteints. Il convient par ailleurs de noter que selon les estimations du cabinet Idate, plus de 4 millions de foyers français seront abonnés à la fibre d'ici 2015 contre moins d'1 million aujourd'hui (soit une évolution sur la période de 300%). L'ARCEP contribue à atteindre ces objectifs par l'adoption d'un cadre réglementaire complet sur le déploiement de la fibre dans toutes les zones du territoire.

2.3 L'intégration de l'Outre-mer dans la définition géographique du marché ne s'appuie sur aucune analyse concrète

Le marché spécifique de la diffusion de contenus audiovisuels à l'Outre-mer n'est pas analysé par l'Autorité.

TDF estime que le marché de la diffusion de contenus audiovisuels dans les départements, régions et collectivités d'Outre-mer se révèle, en pratique, fondamentalement distinct du marché sur le territoire

métropolitain et nécessite une analyse spécifique de la part de l'Autorité. L'hertzien terrestre y est en effet beaucoup moins fort.

En Outre-mer, le marché est caractérisé par la puissance de la plateforme satellitaire, dont le taux de pénétration dans les foyers s'élève à plus de 60% contre moins de 30% pour la plateforme hertzienne terrestre². Cette situation s'explique en partie par l'écart historique entre l'offre hertzienne en analogique (1 chaîne de RFO et parfois une chaîne locale) et les offres dites élargies proposées par les opérateurs satellite et ADSL.

Il convient également de relever l'analyse de France Télévisions, principal acteur de la télévision numérique terrestre à l'Outre-mer, qui estime que « *sur l'Outremer, le marché de la diffusion de la TNT est très limité (un seul Multiplex à diffuser) et les perspectives d'extension nulles. La diffusion satellite est déjà majoritaire, voire très majoritaire* »³.

2.4 Le marché de la diffusion de la radio

L'Autorité estime que le marché de la radio est constitué de deux grands ensembles : d'un côté un nombre important de radios locales ou régionales, le plus souvent de taille modeste, et de l'autre, un nombre restreint de grands groupes à vocation nationale⁴.

Concernant le deuxième ensemble, l'Autorité considère que les groupes qui le constituent ont, pour la diffusion en mode FM, des besoins proches de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels⁵.

Cette affirmation ne correspond pas à la réalité de la politique de planification du CSA. Celle-ci ne fait en effet pas de différence majeure entre les réseaux nationaux et les radios locales ou régionales. En général, la diffusion est réalisée depuis des sites proches des villes, multiples et aisément répliquables du fait de leurs caractéristiques techniques (cf. Lyon, Marseille, Toulouse, Bordeaux, etc.).

Certaines grandes radios privées ont d'ailleurs choisi d'internaliser une part importante de leur diffusion. Ainsi, des groupes comme Skyrock ou Lagardère diffusent respectivement *[secret des affaires]* % et *[secret des affaires]* % de leurs programmes.

² Enquêtes Médiamétrie Juin-Septembre 2011.

³ Réponse de France Télévisions à la consultation publique de l'ARCEP sur le bilan et les perspectives de la régulation du marché de gros des services de diffusion audiovisuel hertzienne terrestre

⁴ Consultation publique sur le projet de décision, p.13.

⁵ Consultation publique sur le projet de décision, p.13.

Concernant la Radio Numérique Terrestre (ci-après RNT), TDF tient à souligner que les récents développements ne clarifient pas encore l'évolution de ce dossier. En effet, La RNT ne suscite pas l'adhésion de l'ensemble des acteurs du marché de la radio, en raison notamment d'un modèle économique non sécurisé. En outre, le choix de la norme de diffusion n'est pas encore adopté par le gouvernement et nécessitera une procédure de consultation aux niveaux national et européen.

S'agissant des sites, il est prématuré de considérer que ceux de TDF, en dehors de la Tour Eiffel, seraient incontournables. Pour les régions concernées par les appels à candidatures, les opérateurs alternatifs semblent disposer de sites techniquement adaptés à la diffusion de la RNT.

Enfin, TDF souhaite rappeler que le cadre réglementaire européen et notamment le considérant 7 de la recommandation de la Commission européenne sur les marchés prévoit que les marchés émergents ne sauraient être soumis à des obligations non justifiées, même s'il existe un « avantage du précurseur ».

En conclusion, TDF estime que le marché de la diffusion hertzienne terrestre n'est plus aujourd'hui distinct des autres marchés de la diffusion audiovisuelle et que l'Autorité devrait prendre en compte cette évolution. TDF considère également nécessaire que la délimitation géographique du marché de la diffusion de contenus audiovisuels fasse l'objet d'une analyse concrète, notamment en isolant l'Outre-mer ainsi que cela est pratiqué en général sur les marchés des communications électroniques. Enfin, concernant le marché de la diffusion radio, TDF rejoint l'analyse de l'Autorité sur l'absence de justification à la mise en œuvre d'une régulation *ex ante*.

3 L'absence de satisfaction du « test des 3 critères »

TDF a largement présenté son analyse du « test des 3 critères » dans la réponse à la consultation publique sur l'analyse du bilan et des perspectives de régulation et estime avoir démontré qu'aucun d'entre eux n'est rempli. TDF ne reviendra donc pas ici en détail sur l'ensemble de sa démonstration. Toutefois, TDF souhaite revenir ou apporter des compléments sur certains points de l'analyse de l'Autorité.

3.1 L'absence de barrières élevées et non transitoires à l'entrée

Sur ce premier critère, TDF souhaite revenir sur la contrainte de « co-localisation » des sites alternatifs par rapport aux sites de TDF.

Selon l'Autorité, cette contrainte *« tient tout d'abord à la pré-orientation des antennes de réception de la télévision »*⁶. L'Autorité relève néanmoins que *« si la contrainte est contestée d'un point de vue technique, il ressort des échanges de l'Autorité avec les acteurs que le choix de ne pas localiser un site à proximité directe du site de TDF concurrent est perçu comme représentant des risques économiques et commerciaux trop importants [...] les multiplex auraient des réticences à sélectionner une telle solution lors des appels d'offres. »*⁷.

TDF comprend donc que la contrainte relative à la pré-orientation des antennes ne serait pas au sens strict une barrière technique mais correspondrait en réalité en une forme de réticence des acteurs.

TDF souhaite donc rappeler les principales conclusions des études scientifiques réalisées par M. Jean-Marc Chaduc et M. Jean-Paul Aymar.

Dans son rapport du 29 août 2005, M. Jean-Marc Chaduc écrit que *« [d]ans le cas de la TNT, il est possible de s'affranchir de deux exigences majeures de la réception analogique : un niveau de signal important et un filtrage spatial performant (forte directivité des antennes). [...] De ce fait, la nécessité d'un gain et d'une directivité de l'antenne de réception du téléspectateur diminue considérablement et, partant, les contraintes de localisation de sites d'émission au regard de l'orientation des antennes de réception existantes s'amenuisent de façon très significative »*.

⁶ Consultation publique sur le projet de décision, p.19.

⁷ Consultation publique sur le projet de décision, p.20.

L'étude de M. Aymar, réalisée en décembre 2011, confirme l'analyse du rapport Chaduc et précise que « [l]a zone de couverture du site Alternatif n'est pas réduite par le pointage des antennes vers le site TDF si le champ du site Alternatif, à la distance du site TDF augmentée de 15%, est supérieure au seuil de réception du site Alt augmenté de 16 dB. Traduite en distance, cette règle théorique conduit à l'absence de perte de couverture du fait du dépointage si le site alternatif est situé autour du site TDF dans un rayon de :

- une quinzaine de kilomètres pour un site principal type,
- six à sept kilomètres pour un site moyen type,
- du kilomètre pour un site type du réseau complémentaire.

Il s'agit de valeurs théoriques moyennes qui dépendent des caractéristiques du site alternatif (PAR, hauteur équivalente, ...). Dans la réalité, il faut aussi tenir compte d'autres paramètres importants comme le relief de la zone, le diagramme de rayonnement de l'antenne, ... ».

Il ressort très clairement de ces deux études techniques qu'il existe une très large latitude dans le choix du lieu d'implantation du site alternatif par rapport au site préexistant. L'obligation pour certains téléspectateurs de s'équiper de plusieurs antennes ou de réorienter leur antenne pour viser entre les deux sites de diffusion n'est nécessaire que dans certaines circonstances extrêmes et ne constitue en rien une norme.

Ainsi, la zone d'implantation possible pour un site alternatif de diffusion (sans perte de téléspectateurs), en prenant naturellement en compte les contraintes spécifiques locales (topographie, contraintes urbanistiques et foncières, etc.), est d'une taille incomparable avec la zone à proximité immédiate d'un site de TDF. Les faits viennent corroborer cette affirmation.

TDF estime que ces démonstrations, non remises en cause à ce jour, devraient permettre de lever les craintes des acteurs du marché sur la question de la pré-orientation des antennes.

En tout état de cause, la régulation *ex ante* ne saurait trouver son fondement dans une contrainte technique aussi limitée que celle relative à la pré-orientation des antennes ou dans une supposée réticence des multiplex.

3.2 L'évolution vers une situation de concurrence effective et durable

Sur ce second critère, TDF confirme en tous points son analyse présentée dans la réponse à la première consultation publique.

En ce qui concerne la concurrence entre plateformes, TDF relève néanmoins dans le projet de décision que l'Autorité est « consciente de l'évolution rapide qui caractérise ce secteur » et que si « la

concurrence entre plateformes venait à évoluer rapidement à l'horizon de la présente analyse, elle pourrait être amenée à revoir son analyse de marché de manière anticipée »⁸.

L'Autorité estimant par ailleurs que le taux de consommation de la télévision en France via la TNT connaît « *une baisse régulière et assez rapide* »⁹, tout semble indiquer qu'elle n'envisage pas une poursuite de la régulation *ex ante* après 2015.

3.3 La suffisance du droit de la concurrence pour remédier aux éventuelles défaillances du marché

3.3.1 Le droit de la concurrence dispose des outils nécessaires pour remédier aux éventuelles carences du marché

Sur le troisième critère, TDF estime toujours que le droit de la concurrence est, au regard du niveau de développement de la concurrence en infrastructures et en services, suffisant pour remédier aux éventuelles défaillances du marché. Aucune raison économique ou structurelle ne semble justifier que la régulation *ex post* ne serait pas à même, par des actions correctrices, de répondre aux éventuels abus de l'opérateur dominant. Le troisième critère ne semble donc pas rempli.

3.3.2 Le marché de la diffusion audiovisuelle pourrait fonctionner sans régulation sectorielle

TDF considère que le marché de la diffusion audiovisuelle pourrait fonctionner sans régulation sectorielle. Dans une telle situation, TDF maintiendrait tous les accès déjà accordés à ses sites et statuerait au cas par cas sur les nouvelles demandes. Si un désaccord sur l'accès se manifestait, l'Autorité de la concurrence disposerait des pouvoirs pour le résoudre. En matière de tarification, l'Autorité de la concurrence pourrait être saisie si un concurrent estimait que les prix d'accès sont excessifs ou prédateurs. Enfin, TDF s'engagerait à maintenir une comptabilité réglementaire pour faciliter le travail d'analyse de l'Autorité. Naturellement, l'obligation de non discrimination serait respectée par TDF. L'ARCEP conserverait par ailleurs toute faculté d'intervention en cas de règlement de différend.

⁸ Consultation sur le projet de décision, p.25.

⁹ Consultation sur le projet de décision, p.25.

3.4 L'absence de singularité du marché français en Europe à même de justifier la régulation *ex ante*

TDF confirme les développements présentés dans la réponse à la première consultation publique sur l'absence de singularité du marché français justifiant la poursuite de la régulation *ex ante* sur un marché sorti de la liste des marchés pertinents de la Commission européenne en 2007.

Au contraire, les caractéristiques du marché français notamment en termes de développement de la concurrence au sein de la plateforme hertzienne comme au sein du marché de la diffusion de contenus audiovisuels tendent à démontrer que les conclusions de la Commission européenne de 2007 devraient s'appliquer en l'état au marché français.

En conclusion, TDF considère que le « test des trois critères » n'est pas rempli et qu'en conséquence, l'Autorité ne saurait imposer une régulation *ex ante* sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre. En outre, rien n'indique que la situation française serait objectivement différente de la situation des autres pays européens. L'analyse de la Commission sur la pertinence d'une régulation *ex ante* du marché de la diffusion hertzienne terrestre ne saurait donc être remise en cause.

TDF ne peut cependant pas exclure que l'ARCEP mette en œuvre une régulation *ex ante* au cours de la période 2012-2015. Ainsi, TDF maintient toutes les analyses détaillées dans le cadre de la réponse à la première consultation. TDF apporte également ci-après des compléments à cette première analyse.

4 Les obligations non tarifaires envisagées

Dans les développements ci-après, TDF adresse à l'Autorité un certain nombre de propositions sur les modalités de mise en œuvre des obligations non tarifaires envisagées.

4.1 Le délai d'information sur la signature des conventions d'accès

Le projet de décision prévoit que TDF informe l'Autorité de la signature de toute nouvelle convention d'accès sous un délai de 7 jours¹⁰. TDF ne remet pas en cause cette nouvelle obligation mais estime que le délai envisagé se révélera particulièrement court. Aussi, TDF propose à l'Autorité que ce délai soit de 15 jours.

4.2 Les conditions de publication des offres de référence

4.2.1 Les éléments de l'annexe 1

L'annexe 1 du projet de décision a pour objectif de recenser les éléments que devrait comporter *a minima* chacune des deux offres. Deux éléments listés dans cette annexe ne semblent pas pertinents dans l'offre de référence, puisque ne relevant pas directement de la prestation d'accès mais plutôt du choix d'ingénierie de chaque opérateur.

TDF propose ainsi à l'Autorité de retirer les paramètres « puissance nominale et type de refroidissement des émetteurs à installer » et « nombre de baies à installer » du pavé relatif aux « prestations d'hébergement des équipements radioélectriques ».

4.2.2 L'établissement et la publication de la liste des sites sur lesquels l'installation d'un système antennaire alternatif est possible soulèvent de nombreuses difficultés

TDF comprend du projet de décision de l'Autorité¹¹ qu'il lui appartiendrait de publier une liste de sites sur lesquels l'installation d'un système antennaire alternatif est possible et sur lesquels, TDF ne serait plus tenue de proposer une offre de « Diff-HF ». Au regard des caractéristiques des sites du réseau principal, il est nécessaire à ce stade de préciser que cette obligation ne concernerait que les sites du réseau complémentaire. TDF comprend également qu'elle disposerait d'un délai de 4 mois pour publier la liste.

TDF souhaite que ce délai soit analysé au regard :

¹⁰ Consultation sur le projet de décision, pp.34 et 47.

¹¹ Consultation sur le projet de décision, pp.35, 36, 48.

- de la charge de travail nécessaire à l'analyse de plus de 1500 sites et à l'établissement de cette liste. Cette charge est estimée à ce jour à *[secret des affaires]* h/j dans l'hypothèse d'une liste préparée dans les conditions présentées au point 4.3
- de sa pertinence vis-à-vis du calendrier de déploiement de R7 et R8
- de sa pertinence vis-à-vis du calendrier de renouvellement des multiplex actuellement diffusés
- du fait que seuls 100 pylônes hébergent actuellement un système antenne alternatif
- du fait qu'aucune difficulté opérationnelle n'a jamais été constatée
- des questions stratégiques et concurrentielles soulevées par ce dispositif

Une réflexion sur un délai cohérent avec les échéances techniques et commerciales et réalisable par les équipes de TDF doit donc encore être menée en concertation avec l'Autorité. TDF propose d'ores et déjà un échelonnement de cette transparence au rythme des appels d'offre.

TDF formule en outre au point 4.3 ci-dessous quelques propositions relatives à l'établissement et aux modalités de communication de cette liste.

4.3 Transparence technique et études préalables

TDF rejoint l'analyse de l'Autorité sur la nécessité de réduire la charge de travail supplémentaire supportée par TDF du fait du nombre important de demandes d'études préalables auxquelles elle doit répondre.

Néanmoins, TDF estime que l'obligation de publication des principales caractéristiques techniques de ses sites du réseau complémentaire, du cahier des charges technique et des règles d'ingénierie suivies par les techniciens de TDF dans un délai de 4 mois envisagée par l'Autorité appelle plusieurs observations, en plus de celle relative à la charge de travail évoquée au point 4.2.2.

Tout d'abord, il convient de rappeler que certains sites de TDF relèvent d'impératifs liés à la sécurité publique et à la défense et que par conséquent, TDF propose que la circulation de cette liste soit limitée entre TDF, l'Autorité et les opérateurs alternatifs.

Ensuite, TDF estime que la transmission d'une telle liste bien en amont des appels d'offre viendrait orienter de manière artificielle la stratégie des opérateurs souhaitant déployer leur propre infrastructure. Ainsi, un opérateur alternatif pourrait définir une stratégie de déploiement calquée sur les sites de TDF qui ne permettent pas d'accueillir un système antenne alternatif. Le calendrier de transmission de cette liste doit donc être pensé de manière à éviter toute stratégie opportuniste des acteurs, qui viendrait distordre le jeu de la concurrence.

TDF tient également à préciser que cette liste ne s'apparenterait en aucune manière à une réservation de capacité sur un pylône. En effet, TDF estime que rien ne justifie une priorisation des activités TNT sur ses pylônes. Seule une commande ferme vaut réservation d'espace.

Enfin, TDF considère que cette obligation s'avèrerait en pratique impossible à mettre en œuvre au regard de l'absence d'éléments tangibles sur les choix techniques des opérateurs tiers. Il est en effet nécessaire de connaître l'expression de besoin des opérateurs tiers pour déterminer avec certitude la capacité d'un pylône à accueillir un deuxième système antenneaire.

En conséquence, TDF propose à l'Autorité une approche différente.

[Secret des affaires]

5 L'identification des sites « non répliquables »

TDF estime avoir apporté au cours du cycle II de régulation et lors de la réponse à la première consultation la démonstration du caractère inopérant des critères retenus par l'Autorité pour déterminer la liste des sites « non répliquables ». Ainsi, TDF a transmis à l'Autorité dès 2010 les éléments démontrant qu'une grande partie des sites de la liste était techniquement et économiquement répliquable. Ces analyses ont été confirmées par la réplique effective ou en cours de 4 sites de cette liste lors de la période 2009-2012. TDF souhaite donc ici, tout en maintenant l'ensemble des éléments détaillés dans la réponse à la première consultation, revenir sur la méthode d'identification des sites retenue par l'Autorité et de manière plus pragmatique sur la liste envisagée par l'Autorité pour la période 2012-2015.

5.1 L'identification des sites « non répliquables » ne s'appuie pas sur une analyse au cas par cas

Les sites définis comme « non répliquables » sont ceux qui remplissent, selon l'Autorité, au moins l'un des deux critères suivants :

- pour la diffusion de l'un au moins des multiplex TNT, la hauteur maximale de fixation de l'antenne utilisée sur le pylône correspondant à ce site est supérieure ou égale à 50 mètres ;
- le site présente manifestement des conditions d'accès difficiles ou une localisation exceptionnelle.

A titre liminaire, il doit être rappelé que 4 sites identifiés comme « non répliquables » par l'Autorité ont été répliqués ou sont en cours de réplique.

Ensuite, il convient de souligner que le simple fait que l'ARCEP mette en œuvre ces critères démontre en soi qu'aucune approche au cas par cas n'est appliquée et que l'Autorité s'appuie sur de simples présomptions, qui ne semblent réfragables que par la réplique effective d'un site et non par la preuve de son caractère répliquable.

Concernant le critère relatif à la hauteur de l'antenne sur les pylônes, il ne semble pas pertinent pour démontrer qu'un opérateur tiers n'est pas en mesure de construire un site alternatif, comme le prouve la réplique effective du site de Nîmes-Costières ou celui de Dijon-Nuits-Saint-Georges.

Le second critère est également insuffisant pour conclure à la non répliquabilité d'un site. L'Autorité indique que les sites concernés sont situés dans des zones géographiques exceptionnelles et qu'ils ne sont pas répliquables du fait de barrières économiques, techniques ou relatives à des problématiques

d'aménagement du territoire. Toutefois, une approche au cas par cas semble nécessaire pour déterminer s'il existe véritablement des obstacles économiques, techniques ou juridiques rendant impossible l'édification de pylônes alternatifs. Le permis de construire récemment obtenu par un opérateur alternatif pour répliquer le site de Perpignan-Neulos vient confirmer la nécessité d'une analyse au cas par cas.

5.2 La méthode d'identification ne repose pas sur les principes du droit de la concurrence

Le cadre réglementaire européen prévoit que l'analyse des Autorités de Régulation Nationales soit cohérente avec le droit de la concurrence.

Concernant le principe de non répliquabilité, les autorités françaises et européennes examinent avec attention le caractère réellement indispensable d'une infrastructure afin d'imposer des obligations, notamment d'accès.

La condition de non répliquabilité fait l'objet d'un contrôle rigoureux par la Cour de Cassation. Dans sa décision du 12 juillet 2005, la Cour a cassé la décision de la Cour d'Appel de Paris au motif **qu'elle n'avait pas suffisamment évalué s'il existait des solutions alternatives économiquement raisonnables, même si elles s'avéraient moins avantageuses pour accéder à la ressource présumée essentielle**, dans le cas d'espèce un logiciel.

L'Autorité de la concurrence considère qu'une infrastructure peut être considérée comme « essentielle » dès lors que 5 conditions sont remplies. Parmi ces conditions, le fait que l'infrastructure ne puisse pas être dupliquée dans des conditions économiques raisonnables par un concurrent est fondamental¹².

L'autorité de la concurrence a récemment suivi cette approche lors de l'examen de l'allégation par ITAS Tim que le refus de TDF de donner accès à ses terrains était un refus abusif (décision 10-D-09). L'autorité de la concurrence a analysé le caractère « objectivement nécessaire » de l'accès aux terrains de TDF. **L'Autorité a également insisté sur le fait qu'une telle analyse doit être faite site par site et que la question de la non répliquabilité ne peut être traitée sur le simple fondement de principes généraux.**

Au regard des développements ci-dessus, il peut être supposé que la méthodologie de l'ARCEP n'est pas compatible avec les principes et la méthodologie appliquée par les autorités de la concurrence en

¹² Autorité de la concurrence, avis n°10-A-22.

vertu de la théorie de la «facilités essentielles», qui considère que si des solutions alternatives économiquement raisonnables, même moins avantageuses existent, alors le caractère répliquable est démontré.

5.3 Les sites métropolitains

Comme présenté en détail dans la réponse à la première consultation, TDF estime que le nombre de sites « non répliquables » est bien inférieur aux 78 sites de la liste établie par l'Autorité dans sa décision n°2009-0484. Le chiffre de 57 sites évoqué par l'Autorité dans le projet de décision¹³ ne correspond pas au nombre de sites réellement « non répliquables » mais à l'application stricte des critères définis par l'Autorité en 2009. TDF considère que les sites de la liste doivent faire l'objet d'une analyse précise permettant de déterminer les raisons qui les rendent impossible à dupliquer et rappelle avoir communiqué à l'Autorité une étude allant dans ce sens dès 2010.

A minima, les sites de Nîmes-Costières, de Dijon-Nuits-Saint-Georges, de Toulouse-Bonhoure et de Perpignan-Neulos doivent être retirés de cette liste à court terme. Les trois premiers sites sont en effet d'ores et déjà répliqués. Le site de Perpignan-Neulos est en cours de réplification (demande de permis de construire accordée à un opérateur alternatif) et ne saurait donc plus être analysé comme un site « non répliquable ». En outre, **TDF ne comprend pas l'insertion dans cette liste du site de Toulouse-Lafilaire, qui appartient à France Télécom et pour lequel TDF serait dans l'incapacité juridique d'offrir une prestation d'hébergement.** Il convient donc de ne pas l'intégrer dans la liste.

5.4 Les sites ultra-marins

Concernant les sites ultra-marins, TDF tient à rappeler à titre préliminaire qu'aucune analyse du marché de la diffusion de contenus audiovisuels à l'Outre-mer n'a été réalisée et que l'imposition d'obligations à TDF dans les départements, régions et collectivités d'Outre-mer n'est en aucune manière justifiée. La proposition de l'Autorité d'insérer 75 sites ultra-marins dans la liste des sites dits « non répliquables » semblent ainsi sans fondements.

Toutefois, TDF a souhaité vérifier le caractère réellement « non répliquable » de ces sites. Il ressort de ces analyses que **plus de 97% des sites listés (soit 73 sites sur 75) sont d'ores et déjà répliqués¹⁴ (50 sites sur 75) ou peuvent l'être dans des conditions techniques et économiques raisonnables**

¹³ Consultation sur le projet de décision, p. 39.

¹⁴ Ces infrastructures alternatives appartiennent notamment à France Télécom, à OPT ou encore à des radios locales.

notamment au regard du terrain disponible autour de l'emprise de TDF (23 sur 25). L'analyse menée par TDF est synthétisée dans un tableau Excel joint à la présente réponse.

6 Les obligations de contrôle tarifaire envisagées

L'essentiel des commentaires de TDF sur les obligations de contrôle tarifaire envisagées pour le cycle III de régulation a été communiqué à l'Autorité dans le cadre de la réponse à la première consultation ou sera transmis à l'Autorité dans le cadre de la consultation publique en cours sur le modèle technico-économique d'un réseau de diffusion hertzienne terrestre et son utilisation. Néanmoins, TDF tient à revenir ici sur deux points précis des obligations envisagées par l'Autorité.

6.1 La fixation des tarifs excessifs et tarifs d'éviction

TDF estime que la matérialisation des tarifs excessifs et des tarifs d'éviction génère une insécurité juridique au regard de l'articulation du droit sectoriel et du droit de la concurrence.

D'une part, TDF peut être sanctionné à la fois par l'ARCEP en application de l'article L36-11 CPCE et par l'Autorité de la concurrence en application des articles L420-2 du Code de Commerce et 102 TFUE. Dans les deux cas, les sanctions potentielles s'avèrent particulièrement lourdes.

D'autre part, le respect des obligations imposées par l'Autorité ne fait pas disparaître le risque de condamnation de TDF en application du cadre juridique relatif aux abus de position dominante. Par exemple, TDF pourrait être condamnée pour l'établissement d'un tarif d'éviction alors même que celui-ci serait considéré comme respectant l'obligation de non éviction issue de la décision de régulation.

TDF demande donc à l'Autorité de s'assurer que le mécanisme de régulation envisagé ne crée pas une situation d'insécurité juridique.

Par ailleurs, TDF souhaite revenir sur le niveau des bornes d'excessivité et d'éviction.

TDF estime que la détermination d'un tarif excessif est un exercice délicat qui devrait reposer sur une analyse détaillée du marché fondée par exemple sur une comparaison tarifaire internationale. Or, en l'espèce, TDF note que le niveau de prix évoqué dans le projet de décision de l'Autorité ne s'appuie sur aucune étude ou analyse approfondie.

Concernant la définition du tarif d'éviction, TDF tient à souligner que son niveau doit être calculé sur la base de la situation concurrentielle réelle site à site et pas sur une moyenne nationale. Dans le cadre de la seconde hypothèse, TDF ne pourrait plus proposer d'offres compétitives aux opérateurs tiers et à

ses clients dès lors qu'un autre opérateur tiers disposant d'un site alternatif capterait une part de marché supérieure à la moyenne nationale. En effet, TDF observe que lorsqu'un de ses sites est répliqué, le nouveau site héberge en moyenne les $\frac{3}{4}$ des multiplex. Il est donc important de prendre en compte cet état de fait lors du calcul des tarifs d'éviction pour les sites répliqués, afin d'éviter que TDF et par conséquent ses clients opérateurs, ne soient dans l'incapacité de concurrencer l'opérateur disposant de la maîtrise du site alternatif.

Cette situation serait particulièrement préjudiciable pour TDF, pour les opérateurs tiers souhaitant être hébergés par TDF et également pour le marché dans son ensemble. Une telle situation pourrait en effet créer une exclusivité au profit des opérateurs ayant dupliqué l'infrastructure de TDF.

6.2 Les conséquences du cycle III sur les contrats en cours

L'article 7 al.3 du projet de décision introduit une référence aux contrats signés antérieurement à la mise en œuvre de l'éventuel troisième cycle de régulation. Cet article imposerait à TDF de mettre en conformité les conventions conclues antérieurement à la publication de l'offre de référence avec cette dernière dans les deux mois suivants sa publication.

TDF rappelle l'analyse exprimée par l'Autorité dans le cadre de la décision de règlement de différend n°2011-0809 selon laquelle l'application d'une nouvelle régulation aux contrats en cours ne serait justifiée que dans l'hypothèse d'un changement de régulation.

En l'espèce, la nature des obligations tarifaires sur les sites répliquables et « non répliquables » reste inchangée entre le cycle II et cycle III. De ce fait, il ne devrait pas y avoir de modifications en dehors des sites pour lesquels la régulation est modifiée, notamment du fait d'un changement de catégorie.