

Avis n° 09-A-09 du 17 avril 2009
relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des
télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code
des postes et communications électroniques, portant sur
l'analyse des marchés de gros des services de diffusion
audiovisuelle

NOR ECEC0910150 V

L'Autorité de la concurrence,

Vu la lettre enregistrée le 25 février 2009 sous le numéro 09/0016 A par laquelle l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle en France ;

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

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative au cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») ;

Vu la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE ;

Vu la recommandation de la Commission européenne du 17 décembre 2007 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 ;

Vu les lignes directrices de la Commission européenne du 11 juillet 2002 sur l'analyse des marchés et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques ;

Vu le livre IV du code de commerce dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 ;

Vu la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ;

Vu l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence, et notamment son article 5 ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale, le commissaire du Gouvernement et les représentants de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes entendus lors de la séance du 7 avril 2009 ;

Les représentants des sociétés OneCast, Canal Plus et TDF entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Par lettre enregistrée le 25 février 2009 sous le numéro 09/0016A, l'ARCEP a sollicité, sur le fondement des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du code des postes et communications électroniques, l'avis du Conseil de la concurrence sur la définition de marché et la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur les marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle en France.
2. Le présent avis concerne le marché 18, recensé par la Commission européenne dans l'exposé des motifs de sa recommandation du 11 février 2003 comme le marché de gros « *constitué des services de radiodiffusion et des réseaux de distribution dans la mesure où ils offrent les moyens de livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finals* ».

I. Le secteur concerné et le contexte de la demande d'avis de l'ARCEP.

3. Ainsi que le Conseil de la concurrence l'avait indiqué dans son avis n° 06-A-01 du 18 janvier 2006 relatif à l'analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle, la chaîne de valeur du secteur audiovisuel comporte quatre activités : la production, l'édition, la commercialisation/distribution des contenus et, enfin, l'acheminement du signal du lieu de production aux terminaux des auditeurs ou des téléspectateurs.
4. Le marché 18, objet du présent avis, concerne le dernier maillon de cette chaîne et se définit comme étant le lieu où se rencontrent l'offre et la demande d'acheminement du signal à partir du site de diffusion vers les récepteurs des consommateurs finals. Ce marché comporte deux segments. En aval, se situent les prestations que les diffuseurs offrent aux éditeurs ou, dans le cadre de la TNT, aux opérateurs de multiplex. En amont, il existe également un marché dit « *de l'accès* », comprenant les prestations offertes par un hébergeur à un diffuseur.
5. Dans le cadre du premier cycle d'analyse du marché 18, l'ARCEP a mis en place un dispositif de régulation sur la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels pour la période 2006-2009. Ce premier cycle était centré sur les offres de gros que devait fournir TDF aux diffuseurs alternatifs pour l'accès à ses sites et à ses systèmes antennaires.
6. A l'automne 2008, l'ARCEP a lancé un nouveau cycle d'analyse pour la période 2009-2012, en soumettant à consultation publique un document dressant un bilan de la régulation mise en place lors du premier cycle et interrogeant les acteurs sur l'opportunité et la mise en œuvre d'un maintien de la régulation *ex ante* sur ce marché lors du prochain cycle. À l'exception de TDF, la quasi-totalité des contributeurs s'est prononcée en faveur non seulement d'un maintien, mais d'un renforcement de la régulation *ex ante* sur le marché de gros des services de diffusion hertzienne.
7. Dans sa saisine, les premières conclusions de l'ARCEP vont ainsi dans le sens d'un renforcement de la régulation *ex ante*, notamment par l'obligation qui pèserait sur

TDF de proposer des tarifs orientés vers les coûts pour l'accès, par des diffuseurs alternatifs, à 113 sites considérés comme « non répliquables ».

8. Les propositions de renforcement de la régulation interviennent à un moment où la Commission européenne, dans sa nouvelle recommandation en date du 17 décembre 2007, a précisément décidé de retirer le marché 18 de la liste des marchés pertinents à priori « régulables », sur le fondement notamment du constat d'une plus grande concurrence, au niveau européen, entre les plateformes de diffusion (satellite, ADSL, câble, TNT, télévision mobile etc...).
9. Néanmoins, prenant en compte la diversité des situations concurrentielles, particulièrement sur ce marché, entre les différents pays de l'Union, la Commission a admis qu'un maintien d'un dispositif de régulation *ex ante* sur des marchés ne figurant pas dans sa liste pourrait s'avérer nécessaire si les autorités nationales de régulation constataient que trois critères étaient remplis : l'existence de barrières à l'entrée élevées et durables, l'absence d'évolution vers une situation de concurrence effective sur la durée considérée et l'insuffisance du droit de la concurrence pour remédier seul aux problèmes identifiés.
10. L'ARCEP estime que les deux premiers critères posés par la Commission sont remplis en constatant notamment que, dans le cas de la France, la concurrence entre les plateformes de diffusion est très limitée. Elle souligne également que les chaînes hertziennes numériques sont soumises à des obligations de couverture et qu'ainsi, le réseau hertzien gardera un rôle prépondérant pour le marché de la diffusion en France durant la période 2009-2012.

II. Sur la délimitation des marchés

11. Dans sa saisine, l'ARCEP propose de ne retenir dans l'analyse du marché de gros pertinent que le marché amont des offres de diffusion hertzienne terrestre en mode numérique, incluant les offres TNT ainsi que les offres potentielles qui seraient effectuées dans le cadre de la radio numérique terrestre (« RNT »). Dans leurs observations, certains opérateurs considèrent néanmoins qu'outre la TNT et la RNT, il conviendrait également d'inclure dans le marché « régulable » la diffusion FM et la plupart d'entre eux se prononce également pour la prise en compte de la télévision mobile personnelle (« TMP »).
12. L'Autorité de la concurrence est d'avis que l'inclusion de la RNT, pour la période considérée, dans le marché retenu par l'ARCEP est pertinente. En particulier, ce segment, s'il est encore à un stade préliminaire de son développement (les premières autorisations devraient être attribuées par le CSA aux éditeurs radiophoniques sélectionnés dans le courant du premier semestre 2009, pour un démarrage possible fin 2009), devrait s'appuyer en grande partie sur le réseau principal de diffusion de la TNT et ainsi constituer pour les acteurs de la TNT un « relais de croissance ».
13. En revanche, il ressort de l'instruction que la TMP, qui en est à un niveau de développement similaire, nécessite un maillage du réseau plus étroit, intermédiaire entre le réseau TNT et le réseau GSM, et connaît de plus actuellement des difficultés de lancement du fait, notamment, de la complexité de la mise en place de son modèle

économique. A l'horizon 2012, c'est-à-dire à la fin du second cycle de régulation envisagé, son inclusion dans le marché « régulable » ne semble pas nécessaire.

14. S'agissant de la diffusion en mode analogique, le Conseil de la concurrence, dans son avis n° 06-A-01 du 18 janvier 2006 rendu à l'occasion du premier cycle de régulation, s'était posé la question de savoir s'il ne serait pas pertinent de séparer le marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programme audiovisuels en deux sous-marchés, l'un relatif à la diffusion analogique et l'autre à la diffusion numérique. Cette distinction se justifiait notamment du fait des différences techniques dans les modes de diffusion, du mode de sélection des diffuseurs et de l'existence d'intermédiaires, les multiplexes, entre diffuseurs et éditeurs dans le numérique. Cependant, la prise en compte de la diffusion en mode analogique a *a priori* perdu sa pertinence compte tenu du basculement vers la diffusion numérique programmé par le législateur à l'horizon 2011, 95 % de la population française devant à cette date être couverte par la TNT. Par ailleurs, il convient également de souligner que la société Emettel, qui était pratiquement le seul acteur alternatif dans le domaine de la diffusion télévisuelle en mode analogique, a été rachetée en 2008 par l'opérateur historique. Bien évidemment, si l'extinction programmée de la télévision analogique devait être substantiellement repoussée, la question de la prise en compte de la diffusion en mode analogique dans le marché « régulable » devrait être reconsidérée.
15. De son côté, la structure du secteur de la diffusion FM semble assez différente de celle de la TNT. Notamment, ainsi que l'ARCEP l'a relevé, il apparaît que la grande majorité des sites de diffusion hertzienne terrestre de services de radio en mode FM détenus par TDF est répliquable et qu'ils peuvent être installés beaucoup plus près des zones à desservir que les sites de diffusion de télévision, sans avoir recours à des points hauts. D'ailleurs, sur ce marché, il est constaté une présence plus forte de la société TowerCast, concurrente de TDF. En outre, plusieurs éditeurs ont fait le choix de l'autodiffusion.
16. Enfin, l'Autorité constate que le degré de concurrence entre la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels d'une part, et les plateformes du câble, de la fibre optique, de l'ADSL ou du satellite, d'autre part, est faible. Du côté de la demande, sur le marché de gros aval, il apparaît notamment que, même en cas d'augmentation significative des coûts de diffusion au moyen de la TNT, les multiplexes ne seront pas en mesure de se repositionner sur d'autres plateformes. En effet, comme déjà mentionné, afin de permettre l'extinction de l'analogique fin 2011, la loi sur la télévision du futur a fixé une obligation de 95 % de couverture de la population en TNT aux chaînes historiques concernées au 30 novembre 2011, couverture à laquelle se sont également engagés les nouveaux entrants. L'ensemble des éditeurs sélectionnés par le CSA est donc contraint par cette obligation et ce indépendamment des coûts de diffusion qui sont susceptibles de peser sur eux. De plus, contrairement à de nombreux autres pays européens, comme par exemple l'Allemagne, la couverture du câble est stable en France depuis plus de dix ans, avec un taux d'initialisation d'environ 40 % de la population. Elle demeure ainsi très inférieure à la couverture actuelle (près de 90 %) et attendue (plus de 95 % à l'horizon 2011) de la TNT. La télévision par ADSL, quant à elle, n'est accessible à ce jour qu'à moins de 50 % de la population et le développement de la fibre optique n'en est qu'à ses débuts. Enfin, si le satellite offre une couverture théorique de 100 % de la population, les contraintes liées à la réglementation de l'urbanisme et au fonctionnement des copropriétés, ainsi que le relève l'ARCEP, rendent difficile la souscription d'une

telle offre de télévision dans les villes et l'habitat collectif. De plus, il ressort de l'instruction que le coût d'installation d'une réception par le satellite, nécessitant le plus souvent la présence d'un intervenant extérieur, est bien supérieur au coût d'acquisition d'un décodeur TNT (d'un prix inférieur à 30 euros). Enfin, la télévision gratuite, financé par la publicité, doit offrir aux annonceurs des audiences très importantes qui nécessitent une couverture de la population au minimum égale à 95 %. Hors la télévision hertzienne terrestre, aucune autre technologie ne peut offrir une telle couverture.

17. S'agissant de la délimitation géographique du marché de gros retenu, l'Autorité de la concurrence estime qu'il s'agit d'un marché de dimension nationale. Ainsi que l'avait relevé le Conseil de la concurrence dans son avis n° 06-A-01 précité, le réseau d'infrastructures couvre l'ensemble du territoire français.

III. Sur l'appréciation du degré de concurrence sur les marchés de gros et le caractère « régulier » du marché considéré

18. Comme déjà mentionné au paragraphe 9 du présent avis, la Commission européenne, prenant en compte la diversité des situations concurrentielles sur le marché entre les différents pays de l'Union, a admis que le maintien d'un dispositif de régulation *ex ante* sur des marchés ne figurant pas dans sa liste pourrait s'avérer nécessaire si les autorités nationales de régulation constataient que trois critères étaient remplis, à savoir l'existence de barrières à l'entrée élevées et durables, l'absence d'évolution vers une situation de concurrence effective sur la durée considérée et l'insuffisance du droit de la concurrence pour remédier seul aux problèmes identifiés. Les conditions d'application de ces trois critères seront successivement analysées.

A. L'EXISTENCE DE BARRIÈRES À L'ENTRÉE ÉLEVÉES ET DURABLES

19. Les résultats de l'instruction menée par l'Autorité de la concurrence ont plus qu'amplement confirmé le caractère particulièrement élevé des barrières à l'entrée sur le marché concerné.
20. Les barrières semblent d'ailleurs tenir tout autant à l'importance des investissements à envisager pour, par exemple, la construction d'un site de diffusion, qu'à la présence des fortes contraintes liées à l'obtention des autorisations administratives qui favorisent le maintien des situations acquises. La plupart des opérateurs interrogés ont d'ailleurs indiqué que les autorisations étaient de plus en plus difficiles à obtenir du fait de la prise en compte croissante de préoccupations d'ordre environnemental, urbanistique, mais également sanitaire. Des représentants de sociétés ont ainsi donné plusieurs exemples de refus d'obtention de permis du fait de la réticence de plus en plus marquée des collectivités locales et de l'action d'associations de consommateurs ou de riverains.

21. Sur le plan technique, les acteurs ont également relevé qu'il existait des barrières majeures liées notamment à la « pré-orientation » des antennes des consommateurs finaux : en d'autres termes, si un site alternatif est trop éloigné du site « historique », il faudrait en théorie que le téléspectateur puisse disposer de deux antennes, orientées différemment, ce qui constitue une option difficilement envisageable dans les faits. Ainsi, d'une manière générale, un site alternatif doit être situé très près du « cône de diffusion » du site historique, si ce n'est être « co-localisé ». Il ressort d'ailleurs de l'instruction que les éditeurs n'acceptent que difficilement des configurations d'émission trop différentes des configurations déjà en place, les opérateurs relevant à ce titre que la planification de radiofréquence mise en place par le CSA est en grande partie fondée sur le réseau de TDF existant, tant primaire que secondaire.
22. Du fait des contraintes d'ordre technique, un opérateur a souligné que la principale barrière à l'entrée sur le marché pour des concurrents potentiels en infrastructures était en réalité constituée par l'impossibilité actuelle d'accéder aux terrains sur lesquels sont positionnés les pylônes du réseau de TDF, et ainsi déjà desservis par les réseaux d'électricité. Plusieurs acteurs ont également ajouté que pesaient le plus souvent sur ces terrains, ou sur les terrains avoisinants susceptibles d'être utilisés par les opérateurs alternatifs, de lourdes servitudes radioélectriques « historiques », dont beaucoup ne semblaient plus opérationnellement justifiées du fait de l'évolution des technologies.
23. Enfin, l'ensemble des acteurs auditionnés ont également insisté sur les très fortes contraintes qui découlaient du calendrier ambitieux de déploiement de la TNT prévu par le CSA, et ce même si ce dernier, après l'expérimentation des sites pilotes de Coulommiers et Kaysersberg, sur lesquels le déploiement s'est opéré en deux à trois mois, tend à prendre en compte lors de la publication des gabarits les délais nécessaires à la mise en œuvre opérationnelle de propositions alternatives. Les opérateurs ont, en effet, souligné qu'il fallait au mieux de 9 à 12 mois pour envisager de se positionner sur un site du réseau secondaire et près de deux ans pour un site du réseau primaire.

B. L'ABSENCE D'ÉVOLUTION VERS UNE SITUATION DE CONCURRENCE EFFECTIVE SUR LA DURÉE CONSIDÉRÉE

24. L'Autorité de la concurrence tient en premier lieu à relever que, par rapport à l'analyse menée à l'occasion du lancement du précédent cycle, la concurrence s'est significativement affaiblie du fait du rachat par l'opérateur historique TDF des sociétés Antalis, en 2006, et Emettel, en 2008. Ces deux opérations de concentration n'ont pas donné lieu à l'aval des autorités de concurrence, car elles étaient situées en dessous des seuils de contrôlabilité. Il n'en demeure pas moins que les entreprises Antalis et Emettel étaient, aux côtés de TowerCast, les deux opérateurs actifs sur les marchés de la diffusion. Leur disparition récente change ainsi l'approche dynamique de la situation de concurrence effective sur la période 2009-2012, la position de TDF se trouvant très nettement renforcée.

25. A l'heure actuelle, la proportion des acteurs alternatifs dans le jeu concurrentiel s'établit comme suit :

Réseau principal			
Numéros des phases	Nombre cumulé de zones	Proportion de sites alternatifs retenus	Part de fréquences diffusées par des alternatifs
1	17	5,9 %	15,3 %
2	32	6,7 %	21,3 %
3	51	5,3 %	16,8 %
4	75	6,7 %	19,2 %
5a	83	15 %	47,5 %
5b	94	0 %	40 %
6a	101	0 %	40 %
6b	112	0 %	42 %
1 à 6b		5,2 %	26,1 %
Réseau complémentaire			
7a1	14	10 %	18,6 %
7a2	63	16,3 %	27,8 %
7a3	69	0 %	13,9 %
7b1	121	10,2 %	16,8 %
7b2	167	0 %	0 %
7a1 à 7b2		8,8 %	15,6 %

Source : ARCEP

26. Il ressort du tableau ci-dessus qu'en termes de fréquences diffusées, la part de TDF s'élève à près de 75 %, toutes phases confondues, sur le réseau principal et à 85 % sur le réseau secondaire.
27. En termes de concurrence par les infrastructures, le constat de la position prédominante de TDF est encore plus éclairant : la proportion de sites alternatifs retenus est nulle pour les dernières phases 5b à 6b et, s'agissant du réseau complémentaire, dont les infrastructures semble *a priori* les plus aisément répliquables, limitée à seulement 8,8 % pour les phases 7a1 à 7b2.
28. En face de TDF, trois types de concurrents peuvent être distingués.
29. Tout d'abord TowerCast, seul véritable acteur disposant de quelques infrastructures alternatives à celles de TDF depuis le rachat par cette dernière société d'Antalis et d'Emettel. Les parts de marché de TowerCast semblent cependant stagner.
30. De leur côté, TF1, qui a créé OneCast après le rachat d'Emettel et d'Antalis par TDF, et Canal Plus, qui s'auto-diffuse partiellement, n'ont pas la « masse critique » pour concurrencer efficacement TDF dans le domaine de la diffusion.
31. Enfin, la société Itas Tim semblerait a priori disposer d'un modèle économique prometteur car elle est une filiale d'un groupe actif dans la vente d'infrastructures de

diffusion. Cependant, cette entreprise de 25 salariés seulement, et à l'heure actuelle sans chiffre d'affaires, n'a commencé ses activités qu'en septembre 2008 et n'a répondu que très partiellement aux derniers appels d'offres, n'obtenant qu'une part minime des fréquences proposées.

32. Il convient également de relever qu'en dehors d'Itas Tim, les opérateurs alternatifs sont des filiales d'éditeurs de contenus, lesquels dépendent en très grande partie du réseau de TDF pour la diffusion de leurs programmes. Il ressort d'ailleurs de l'instruction que la « fragilité » des opérateurs alternatifs est renforcée par le fait que, lorsqu'ils sont hébergés par TDF, y compris sur des sites du réseau secondaire, le coût de l'accès aux infrastructures est révisé à la hausse annuellement, parfois sensiblement, alors que les contrats de diffusion avec les multiplexes sont conclus pour une durée de 5 ans à un tarif non révisable. Lors de l'instruction, plusieurs acteurs alternatifs ont insisté sur le coût très élevé que pouvaient représenter les frais d'hébergement sur certains sites par rapport aux chiffres d'affaires dégagés.
33. Enfin, face au quasi-monopole de fait dont dispose TDF, le contre-pouvoir des acheteurs est également plus que restreint. Comme déjà mentionné, les éditeurs sont soumis à des obligations de couverture en numérique et ne sont ainsi pas en mesure de réduire leur couverture hertzienne terrestre. Dans les zones de déploiement où, hors TDF, aucun autre diffuseur n'avait répondu, il ressort de l'instruction que ces éditeurs se retrouvaient de fait « captifs » des offres de l'opérateur historique. Plusieurs acteurs ont à ce titre indiqué qu'ils avaient été contraints d'accepter des hausses sensibles des coûts de diffusion.

C. L'INSUFFISANCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE POUR REMÉDIER SEUL AUX PROBLÈMES IDENTIFIÉS

34. Le Conseil de la concurrence a été amené à intervenir dans le domaine de la diffusion au cours du premier cycle de régulation.
35. Ainsi, saisi par la société Emmettel de pratiques mises en œuvre par la société TDF sur le marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre analogique des programmes télévisuels, le Conseil de la concurrence a prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de TDF, enjoignant notamment à l'opérateur historique de ne s'opposer à aucune demande de transfert de site du réseau secondaire d'une puissance inférieure ou égale à 25 watt qui pourrait lui être faite par les chaînes TF1, France 2, France 3, France 5/Arte et M6, au profit d'un autre diffuseur technique et de ne pas intégrer dans les prochains contrats de clauses limitant le nombre de sites du réseau secondaire pouvant être transférés (décision n° 07-MC-02 du 2 mai 2007). Dans le cadre du traitement du dossier au fond, le Conseil de la concurrence a accepté des engagements de TDF, lesquels reprenaient pour l'essentiel les injonctions prononcées dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires (décision n° 07-D-30 du 5 octobre 2007).
36. Par ailleurs, dans le cadre d'une saisine de la société TowerCast dans le domaine de la diffusion radio FM depuis le site de la Tour Eiffel, le Conseil de la concurrence a notamment enjoint la société TDF de transmettre une offre de gros d'hébergement permettant aux diffuseurs alternatifs de concurrencer effectivement, sans subir de ciseau tarifaire, les offres de détail faites par TDF aux radios (décision n° 07-MC-05 du 11 juillet 2007).

37. Dans le cadre de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, la nouvelle Autorité de la concurrence voit ses pouvoirs renforcés, notamment en matière de contrôle des concentrations. Il convient surtout de relever que l'article L. 430-9 du code de commerce donne dorénavant la possibilité à l'Autorité, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, d'enjoindre à l'entreprise en cause de modifier, de compléter ou de résilier tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui aurait permis des abus.
38. Néanmoins, en dépit des nouveaux moyens de régulation de la concurrence dont dispose l'Autorité, il peut être constaté, à l'instar de l'avis n° 06-A-01 rendu lors de la mise en place du premier cycle de négociation, que le seul recours au droit de la concurrence pourrait ne pas s'avérer pleinement suffisant au cas présent.
39. Une intervention efficace nécessite en effet une connaissance approfondie des coûts afférents aux diverses activités en cause et, en l'espèce, eu égard, à la mise en place récente de la séparation comptable entre les activités TNT et analogiques de TDF ainsi qu'au fait que les négociations d'accès s'effectuent site par site, donc potentiellement sur plus de 1 600 sites, la mise en place d'une régulation *ex ante* visant précisément les coûts s'avère complémentaire de l'action de l'Autorité de la concurrence. En effet, il est nécessaire que cette intervention, si des difficultés concurrentielles intervenaient, puisse s'inscrire dans le calendrier très contraint du déploiement de la TNT.

IV. Conclusion

40. L'Autorité de la concurrence considère, pour les raisons exposées ci-dessus, qu'il est légitime pour l'ARCEP de recourir à certains remèdes *ex ante* pour mettre en place, à titre transitoire, les conditions de marché aptes à faciliter le maintien d'une concurrence effective.
41. S'agissant de la régulation *ex ante* envisagée par l'ARCEP dans sa saisine, la principale mesure proposée, comme déjà mentionné au paragraphe 7 du présent avis, concerne la mise en place d'une orientation vers les coûts s'agissant des sites considérés comme *a priori* non répliquables. A ce titre, l'ARCEP propose dans sa saisine de retenir comme critères de « non répliquabilité », soit une hauteur maximale d'antenne fixée sur le pylône supérieure ou égale à 50 mètres, soit des conditions d'accès difficiles ou localisation exceptionnelle. L'ARCEP dresse ainsi une liste de 113 sites répondant à ces critères. Pour les sites *a priori* répliquables, l'ARCEP propose de maintenir le précédent régime de régulation, à savoir la proscription de tarifs excessifs ou d'éviction.
42. L'Autorité de la concurrence constate tout d'abord que la régulation envisagée par l'ARCEP vise à améliorer l'accès aux sites non répliquables tout en incitant les concurrents de TDF à construire des sites alternatifs lorsque cela est *a priori* possible : près de 1 500 sites seraient ainsi potentiellement concernés.
43. L'Autorité relève également que les critères de non répliquabilité des sites répondent en grande partie aux observations des acteurs interrogés lors de l'instruction ainsi

qu'aux observations reçues durant la phase de consultation et qu'opportunément, notamment, l'ARCEP, en établissant sa liste, ne s'est pas fondée sur la seule distinction réseau principal/réseau complémentaire. Parmi les 113 sites identifiés, 84 appartiennent ainsi au réseau principal et 29 au réseau secondaire.

44. Au cas présent, eu égard au calendrier contraint de déploiement et au fait que les contrats de diffusion avec les éditeurs seront conclus au cours du prochain cycle pour une période de cinq ans, l'Autorité tient à attirer l'attention de l'ARCEP sur la nécessité, pour établir une liste de sites considérés comme non répliquables la plus complète possible, de tenir compte de l'ensemble des barrières concrètes à l'entrée identifiées aux paragraphes 19 à 23 du présent avis.
45. En particulier, les difficultés croissantes pour obtenir les autorisations administratives nécessaires à l'implantation de sites alternatifs, notamment dans les zones urbaines ou soumises à une contrainte environnementale, devraient être prises en considération par l'autorité de régulation, soit en étendant partiellement à ces sites l'orientation vers les coûts sur certaines prestations connexes clairement identifiées, afin de favoriser une concurrence par les services, soit par d'autres mesures, qui pourraient consister en une facilitation de l'accès aux terrains détenus par TDF, si cette mesure pouvait permettre de favoriser le développement d'une concurrence par les infrastructures proprement dites.
46. Enfin, l'Autorité de la concurrence relève que, dans sa saisine, l'ARCEP propose également des mesures de régulation visant notamment à améliorer la transparence des offres de TDF, le maintien de l'obligation de séparation comptable entre les activités analogiques et TNT de l'opérateur historique ainsi que l'encadrement de la tarification des études préalables effectuées ce dernier. Ces mesures, d'une manière générale largement soutenues par les opérateurs interrogés au cours de l'instruction, n'appellent pas de commentaires particuliers de la part de l'Autorité. Le maintien de la séparation comptable entre les activités analogiques et TNT de TDF s'avère notamment d'autant plus nécessaire que sa mise en place, dans le cadre du premier cycle, est particulièrement récente. Par ailleurs, la proposition d'inclure les frais d'études dans les coûts récurrents, seul l'opérateur remportant le contrat devant payer les frais, semble également devoir être soutenue car elle permettra notamment de rendre plus autonomes les stratégies des acteurs alternatifs. Plusieurs de ces opérateurs ont, en effet, indiqué au cours de l'instruction que leurs demandes d'études à TDF pouvaient permettre à cette dernière société d'avoir une connaissance des sites sur lesquels ses concurrents souhaitaient *a priori* se positionner. A ce titre, il ressort également que la société TDF pratique généralement des prix élevés dans les zones où elle n'attend aucune concurrence et, inversement, des prix compétitifs dans celles où des offres potentielles peuvent être déposées.

Délibéré sur le rapport oral de M. Alain Mouzon, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, Mmes Françoise Aubert, Anne Perrot, Elisabeth Flüry-Hérard et M. Patrick Spilliaert, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Le président,

Marie-Anselme Lienafa

Bruno Lasserre

