

**CONTRIBUTION D'ITAS TIM ET ONECAST
A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'ARCEP
SUR SON PROJET DE DECISION PORTANT SUR LE MARCHE DE GROS
DES SERVICES DE DIFFUSION AUDIOVISUELLE HERTZIENNE TERRESTRE**

15 juillet 2015

SOMMAIRE

SYNTHESE	4
I. DEFINITION DU MARCHE PERTINENT, APPLICATION DU « TEST DES TROIS CRITERES » ET IDENTIFICATION DE L'OPERATEUR EXERÇANT UNE INFLUENCE SIGNIFICATIVE SUR LE MARCHE PERTINENT.....	7
A. DEFINITION DU MARCHE PERTINENT.....	7
1. Le marché pertinent est le marché de gros amont des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre	7
2. Définition géographique du marché pertinent.....	8
B. APPLICATION DU « TEST DES TROIS CRITERES ».....	8
1. Le premier critère est rempli : le marché pertinent est caractérisé par l'existence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires	8
2. Le deuxième critère est rempli : au vu des caractéristiques du marché pertinent et de la dominance de l'opérateur historique, il est impossible qu'une situation de concurrence effective existe dans les prochaines années	9
3. Le troisième critère est rempli : le droit de la concurrence ne peut remédier seul aux défaillances du marché	9
C. IDENTIFICATION DE L'OPERATEUR EXERÇANT UNE INFLUENCE SIGNIFICATIVE SUR LE MARCHE PERTINENT	10
II. ANALYSE DES OBLIGATIONS A LA CHARGE DE TDF ENVISAGEES PAR LE PROJET DE DECISION	11
A. L'AUTORITE DOIT VIVEMENT PROMOUVOIR LA CONCURRENCE PAR LES INFRASTRUCTURES.....	12
1. La concurrence par les infrastructures et le seul moteur de développement d'une concurrence effective. 12	
2. Le développement de la concurrence par les infrastructures est d'autant plus nécessaire au regard du contexte actuel	12
2.1 La concurrence par les infrastructures est fragilisée par les pratiques tarifaires opportunistes de TDF	12
2.2 La concurrence par les infrastructures sera fragilisée par le transfert de la bande des 700 MHz.....	13
3. La concurrence par les infrastructures, qui demeure limitée, doit être vivement favorisée par l'Autorité 13	
B. LES CONDITIONS DE RESILIATION DES CONTRATS AMONT CONSTITUENT UN VERITABLE FREIN AU DEVELOPPEMENT DE LA CONCURRENCE PAR LES INFRASTRUCTURES	14
1. Rappel des modalités de résiliation des contrats de gros amont.....	14
2. Analyse des modalités de résiliation des contrats de gros amont	14
C. L'ABANDON PARTIEL DE L'OBLIGATION DE PUBLICATION D'UNE OFFRE DE REFERENCE NUIRAIT GRAVEMENT A LA CONCURRENCE	15
D. AUCUN ELEMENT OBJECTIF NE JUSTIFIE QUE LA DATE DE PUBLICATION ANNUELLE DE L'OFFRE DE REFERENCE DE TDF DOIVE ETRE MODIFIEE	16
E. SUR LA MANIERE DONT PEUT ETRE EVALUE LE NIVEAU DE L'EXCESSIVITE DES TARIFS DE PRESTATION DE GROS DE TDF SUR LES SITES NON REPLICABLES (ET NON REPLIQUES)	16
F. SUR L'OUVERTURE DE L'ACCES AUX TERRAINS DE TDF.....	16

Introduction

La situation inédite engagée par la libération anticipée de la bande des 700Mhz a des répercussions majeures pour les opérateurs de diffusion alternatifs. Dans le cas de Onecast et Itas Tim, et s'il est confirmé que les multiplex R5 et R8 cesseront en avril 2016, il s'agit d'une perte de 40% du chiffre d'affaires consolidés. Le passage de 8 à 6 multiplex dans de telles conditions réaffirme naturellement la nécessité d'une régulation de l'acteur dominant, et impose des conditions particulières à ce nouveau cycle de régulation pour que les acteurs alternatifs puissent assurer la pérennité de leur développement.

Nous espérons que l'Autorité, dans les choix quelle fera, sera garante du sain développement de la concurrence dans des conditions équitables et fera preuve d'une vigilance renforcée sur les pratiques de l'opérateur dominant.

SYNTHESE

La régulation du marché de gros amont des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre au cours des prochaines années est évidente et indispensable : malgré les cycles de régulation passés, la concurrence ne s'est développée que de façon marginale. L'empreinte et le poids de l'opérateur historique, très largement dominant sur ce marché, sont très loin d'être contrebalancés par ses deux seuls concurrents, dont la puissance est sans commune mesure avec celle de TDF.

A cette fin, la concurrence par les infrastructures doit non seulement continuer d'être activement promue par l'ARCEP, mais elle doit l'être encore plus vivement : la concurrence par les infrastructures est le seul moteur de développement d'une concurrence effective sur le marché de gros amont et le principal moteur de développement de la concurrence sur le marché de gros aval.

En parallèle, les freins au développement de la concurrence par les infrastructures que constituent les conditions disproportionnées de résiliation des contrats amont doivent être levés et les modalités de résiliation anticipée des contrats d'hébergement doivent être profondément assouplies.

Afin d'assurer le développement effectif de la concurrence par les infrastructures et permettre, à terme, la disparition de la régulation sectorielle, la résiliation anticipée doit être possible pour tous les sites, qu'ils soient répliquables ou non, le cas échéant sous réserve d'un préavis qui doit cependant être raisonnable et adapté. En outre, aucun « frais » et aucune « pénalité » de résiliation ne doit s'ajouter au loyer versé pendant le préavis.

Par ailleurs, la disparition de la visibilité économique sur les tarifs de TDF dès lors qu'un site historique a été répliqué nuirait gravement à la concurrence, qui n'est pas assez solide pour résister à la dominance de TDF, en particulier au vu des pratiques tarifaires à tout le moins opportunistes dénoncées par les acteurs du marché.

Enfin, Itas Tim et Onecast maintiennent que l'accès aux terrains de TDF afin d'y implanter des sites alternatifs (pylônes etc.) constitue le seul moyen de développer effectivement et efficacement la concurrence par les infrastructures.

Itas Tim et Onecast présentent ci-dessous leurs commentaires sur la délimitation du marché pertinent, la réalisation du test des trois critères et l'identification de l'opérateur exerçant une influence significative sur le marché visé (**I.**) et sur les obligations incombant audit opérateur (**II.**).

Lorsque nécessaire, la présente contribution renvoie :

- à l'analyse du bilan et des perspectives de la régulation du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre réalisé par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après, « **l'Autorité** ») en décembre 2014 (ci-après, « **l'Analyse 2014** ») ;
- aux contributions des acteurs du secteur à la consultation de l'Autorité sur l'Analyse 2014 de février 2015, en particulier à la contribution d'Itas Tim et Onecast (ci-après, la « **Contribution de février 2015** ») ;
- à la synthèse de l'Autorité des réponses à la consultation publique sur l'Analyse 2014 (ci-après, la « **Synthèse** ») ; et
- au projet de décision de l'Autorité soumis à consultation publique (ci-après, le « **Projet de décision** »).

A titre liminaire, Itas Tim et Onecast maintiennent en particulier l'intégralité des commentaires formulés dans leur Contribution de février 2015

Itas Tim et Onecast souhaitent rappeler en particulier les éléments suivants dans le cadre de leur présente contribution.

- Au cours des derniers cycles, **la concurrence ne s'est développée que marginalement** sur les marchés de gros amont et aval de diffusion de la TNT : TDF demeure largement dominant sur ces marchés, tant sous l'angle d'une analyse « quantitative » (cf. parts de marché) que « qualitative » (opérateur historique, notoriété inégalée, réseau de sites unique et peu répliqué...).
- Itas Tim et Onecast considèrent que les « critères catégoriels » permettant de distinguer sites répliquables et sites non répliquables ne sont pas pertinents : **le seul élément objectif de catégorisation doit être la réplication effective ou l'absence de réplication** (cf. site (effectivement) répliqué vs. site non (encore) répliqué).
- **La régulation à venir doit favoriser la concurrence par les infrastructures** : le déploiement d'infrastructures alternatives est le seul moteur de développement d'une concurrence effective sur le marché de gros amont mais également le principal moteur de développement de la concurrence sur le marché de gros aval.
- **L'accès aux terrains de TDF est nécessaire pour permettre le développement d'une concurrence effective**, en particulier par l'abaissement des barrières à l'entrée relatives aux contraintes économiques liées à la réplication des sites, aux contraintes administratives, aux contraintes liées à l'obligation technique et commerciale de colocalisation *etc.*

I. DEFINITION DU MARCHE PERTINENT, APPLICATION DU « TEST DES TROIS CRITERES » ET IDENTIFICATION DE L'OPERATEUR EXERÇANT UNE INFLUENCE SIGNIFICATIVE SUR LE MARCHE PERTINENT

A. DEFINITION DU MARCHE PERTINENT

1. Le marché pertinent est le marché de gros amont des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre

Itas Tim et Onecast considèrent que les différents modes de diffusion de la télévision (TNT, câble, satellite...) ne sont pas substituables entre eux et ne seront pas substituables dans les années à venir.

A cet égard, les spécificités suivantes de la TNT méritent d'être rappelées :

- La TNT est le principal mode d'accès à la télévision (cf. Projet de décision, p. 32 et 33) ; c'est également le mode de diffusion le plus notoire (cf. Synthèse, p. 13) ;
- En termes de régulation, la TNT implique le respect d'engagements de couverture par les chaînes de télévision, au niveau national (*ibid.*, p. 32) ;
- La gratuité de l'accès et la qualité constituent des atouts majeurs de la TNT (cf. Projet de décision, p. 35 et Synthèse, p. 14) ;
- Les chaînes ont structuré leur modèle économique autour de la diffusion de la TNT : TF1 souligne à cet égard que la TNT est « *la plateforme majeure incontournable pour le marché publicitaire télévisuel* » (cf. contribution de TF1, p. 8, soulignement ajouté ; voir également contribution du Groupe M6, p. 3) ; et
- Au surplus, les chaînes ne peuvent quitter la TNT avant 2018.

Tout comme Itas Tim et Onecast, TF1, Groupe M6 et Canal+ mettent en avant « *la situation incontournable et spécifique de la diffusion TNT* » (cf. Synthèse, p. 13).

Itas Tim et Onecast rejoignent en outre le Projet de décision sur le fait que la concurrence sur le marché aval découle en grande partie de celle qui se développe sur le marché de gros amont des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre (p. 31). Ces deux marchés sont en effet intimement liés.

A la lumière de ce qui précède, Itas Tim et Onecast considèrent que le marché pertinent est le marché de gros amont des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre.

Cela étant précisé, Itas Tim et Onecast considèrent que le marché de gros des services de diffusion radiophonique devrait être régulé par l'Autorité. Itas Tim et Onecast, qui renvoient à cet égard à leur Contribution de février 2015 (p. 6), rejoignent towerCast : « *l'absence de régulation sur le marché de gros de la FM avantage ainsi structurellement TDF pour tous les sites où la concurrence en infrastructure ne s'est pas développée à date* » (cf. contribution towerCast, p. 5).

Itas Tim et Onecast renvoient par ailleurs à leur Contribution de février 2015 concernant leur position relative à l'exclusion de la réglementation ex ante du transport multi-services (ci-après, « TMS »), qui produit des effets néfastes sur la concurrence (p. 4 et s.).

2. Définition géographique du marché pertinent

Itas Tim et Onecast considèrent que la dimension géographique du marché de gros des services de diffusion radiophonique correspond au territoire métropolitain français, aux départements et régions d'outre-mer et aux collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon.

B. APPLICATION DU « TEST DES TROIS CRITERES »

1. Le premier critère est rempli : le marché pertinent est caractérisé par l'existence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires

A cet égard, Itas Tim et Onecast se contenteront de rappeler les principales barrières, par ailleurs constatées par l'Autorité, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (ci-après, le « CSA ») et l'Autorité de la concurrence.

Les contraintes techniques et réglementaires doivent ainsi être soulignées (cf. Contribution de février 2015, p. 13 et s.), en particulier eu égard à la pré-orientation des antennes et à la problématique de la « colocalisation ». Le Projet de décision relève à cet égard « *l'importance stratégique de la proximité des sites* » (p. 41, voir également p. 40). L'intérêt de cette proximité est en outre souligné dans le cadre du « regroupement des points hauts » « *pour limiter les désagréments* » (*id.*).

A toutes fins utiles, Itas Tim et Onecast rappellent, une fois de plus, que l'obligation de colocalisation n'est pas seulement technique : elle ressort aussi, en tout état de cause, de la volonté des clients multiplex. Il s'agit donc, à tout le moins, d'une réalité commerciale que les diffuseurs alternatifs ne peuvent ignorer.

Par ailleurs, les contraintes administratives sont omniprésentes (cf. Contribution de février 2015, p. 14 et Projet de décision, p. 41), tout comme les contraintes naturelles (cf. Contribution de février 2015, p. 14 et Projet de décision, p. 41).

En conséquence, la « rareté des emplacements disponibles » (cf. Analyse 2014, p. 45, soulignement ajouté) constitue une barrière évidente et significative. Le Projet de décision souligne ainsi la problématique de « *la disponibilité foncière* » (p. 41). C'est cette indisponibilité des terrains susceptibles d'accueillir les infrastructures alternatives à bâtir qui empêche d'ailleurs Itas Tim et Onecast de répondre à l'ensemble des appels d'offres lancés par les multiplex.

La non-disponibilité du foncier et les refus administratifs sont en outre qualifiés de contraintes par les autres acteurs du marché (cf. Synthèse, p. 24)

Le Projet de décision relève en outre l'existence de contraintes économiques (p. 42 et s.). Itas Tim rappelle à cet égard qu'en ce qui le concerne, le financement n'a jamais été bloquant en tant que tel : seule la difficulté d'obtention de terrains (adaptés et colocalisés) a ralenti son développement, notamment du fait de l'existence des barrières à l'entrée.

En tout état de cause et comme relevé par le Projet de décision (p. 45), l'effet cumulatif des contraintes précitées démultiplie leur caractère bloquant.

Enfin, Itas Tim et Onecast souhaitent rappeler qu'un nombre très important de sites de TDF repose sur des baux exclusifs conclus auprès de collectivités locales du temps du statut d'établissement public dont a bénéficié l'opérateur historique. Outre la problématique des tarifs particulièrement bas pratiqués par les collectivités auprès de cet acteur désormais privé, se pose la question relative à la superficie mise à disposition de l'opérateur historique dans le cadre de ces baux. En effet, TDF dispose généralement de baux sur de très larges parcelles dont il n'utilise qu'une faible proportion. Cette situation « gèle » *de facto* des zones de déploiement potentiel pour les opérateurs alternatifs au profit de l'opérateur dominant, sans justification objective. Etant données les responsabilités et obligations spécifiques qui incombent aux collectivités locales pour l'accès au foncier, il n'est pas tenable de faire face à ces situations répétées d'iniquité au plus grand profit de TDF, opérateur dominant par ailleurs acteur privé depuis plusieurs années.¹

2. Le deuxième critère est rempli : au vu des caractéristiques du marché pertinent et de la dominance de l'opérateur historique, il est impossible qu'une situation de concurrence effective existe dans les prochaines années

Itas Tim et Onecast rejoignent l'Autorité lorsqu'elle prédit qu'en l'absence de régulation *ex ante*, le marché connaîtra un recul de la concurrence (cf. Projet de décision, p. 48).

Itas Tim et Onecast relèvent à cet égard les constatations du Projet de décision concernant « le manque de fluidité observé sur le marché de gros amont et [...] la viscosité structurelle du marché de gros aval » (p. 28) et le nombre limité de clients (*id.*). Ajoutés à la dominance exercée par TDF, ces éléments empêchent le développement d'une concurrence effective dans les années à venir.

La situation du marché doit en outre être analysée à l'aune des modifications profondes qui seront engendrées par le transfert de la bande des 700MHz qui modifie très profondément le plan d'affaires des opérateurs alternatifs, en particulier Itas Tim et Onecast, impliquant une réduction très significative de leur chiffre d'affaires². Cette modification inattendue va fragiliser encore plus les concurrents de TDF et, partant, va renforcer le poids de l'opérateur historique sur le marché (en ce sens, cf. Synthèse, p. 15).

Ainsi, le nouveau cycle de régulation ne peut se limiter à être un simple « cycle de transition » visant à la fin absolue de la régulation sur le marché pertinent, n'en déplaise à l'opérateur historique (cf. contribution de TDF, notamment p. 104).

3. Le troisième critère est rempli : le droit de la concurrence ne peut remédier seul aux défaillances du marché

Itas Tim et Onecast considèrent qu'une régulation *ex ante* du marché concerné demeurera indispensable dans les années à venir, le droit de la concurrence ne pouvant remédier seul aux défaillances de ce marché.

¹ Cette problématique a déjà été abordée par Itas Tim et Onecast en particulier devant l'Autorité, cf. notamment Contribution de février 2015, p. 14 et s.

² A cet égard et comme relevé à juste titre par TF1 dans sa contribution (p. 3), « les diffuseurs alternatifs auront une possibilité moindre de mutualiser leurs infrastructures puisque le nombre de clients potentiels sera réduit ».

Nonobstant le caractère technique de ce marché, l'Autorité de la concurrence ne dispose pas des moyens et des outils dont disposent l'Autorité et la régulation *ex ante*.³

Le facteur temps doit par ailleurs être pris en considération, d'autant plus que le risque d'éviction des nouveaux entrants sur le marché est grand. Itas Tim souligne à cet égard que sa saisine contre TDF est en cours d'instruction par l'Autorité de la concurrence depuis plus de cinq ans.

Dans cette perspective, Itas Tim et Onecast tiennent à relativiser l'optimisme dont fait preuve le Projet de décision, lorsqu'il souligne qu'en l'absence d'une obligation *ex ante* de non éviction sur les sites répliquables, « *TDF sera toujours soumis au droit de la concurrence qui proscrit notamment les pratiques d'éviction sur les marchés de détail et en particulier les tarifs prédateurs* » (p. 73). Si cette affirmation est vraie en théorie, elle sera à tout le moins très complexe voire impossible à mettre en œuvre en pratique, non seulement car les éléments de preuve à recueillir ne sont pas aisément accessibles (cf. tarifs et prix pratiqués) mais également car l'application de prix prédateurs emporte comme conséquence l'éviction des concurrents susceptibles de saisir l'Autorité de la concurrence.



C. IDENTIFICATION DE L'OPERATEUR EXERÇANT UNE INFLUENCE SIGNIFICATIVE SUR LE MARCHÉ PERTINENT

Il ne fait aucun doute que TDF exerce à tout le moins « une influence significative » sur le marché pertinent : TDF est l'opérateur dominant de référence du marché.

Au soutien de cette évidence, Itas Tim et Onecast se contenteront de souligner les éléments suivants :

- TDF dispose d'un réseau unique, par ailleurs très peu répliqué : TDF est le seul opérateur à disposer d'au moins un site sur l'ensemble des 1626 zones définies par le CSA pour la diffusion de la TNT (cf. Projet de décision, p. 20) ; par ailleurs ces sites, acquis lorsque TDF était un établissement public, sont les mieux placés d'un point de vue géographique et stratégique ; les diffuseurs concurrents sont ainsi « *dépendants* » de TDF (*id.*) ;
- Comme le relève towerCast, « *TDF ne fait l'objet d'aucune concurrence, de quelque nature que ce soit, c'est-à-dire qu'il est le seul diffuseur à candidater aux appels d'offres organisés par les multiplex, sur près de 50% des zones de diffusion* » (cf. Synthèse, p. 5 et Projet de décision, p. 56 et s.) ;
- La quasi-totalité des sites de TDF sont amortis depuis des années, voire des décennies, et ne font plus l'objet d'investissements majeurs ;
- Seuls deux concurrents font face à TDF, dont la puissance est sans commune mesure avec

³ Et ce, malgré la multiplication des décisions de l'Autorité de la concurrence concernant les pratiques de TDF au cours des derniers mois...

celle de ces deux acteurs (cf. chiffre d'affaires de plus de 800 millions d'euros en 2013/2014, cf. Projet de décision, p. 21) ;

- TDF représente plus de 68% du nombre de points de service de la TNT (cf. Projet de décision, p. 22) ;
- Les systèmes antennaires de TDF diffusent plus de 73% des points de service de la TNT (*ibid.*, p. 24) ;
- Plus de 82% des points de service sont opérés à partir de sites de diffusion de TDF (*id.*) ;
- En conséquence, « TDF capte plus de 80% du chiffre d'affaires réalisé sur le marché de gros aval de la diffusion de la TNT en 2013 » (*ibid.*, p. 53) ; il convient à cet égard de rappeler que les opérateurs alternatifs hébergés chez TDF reversent une part considérable de leur chiffre d'affaires à l'opérateur historique (« *plus de 40%* » en 2013 selon le Projet de décision, p. 49). Itas Tim et Onecast soulignent que cette proportion a encore augmenté au cours des dernières années, pour atteindre des niveaux inégalés à date (jusqu'à 80% dans certains cas).
- TDF dispose en outre « *d'un capital unique d'informations, de relations et de notoriété* » (*id.*), en particulier du fait de son ancienneté, mais également grâce à son passé d'ancien établissement public.
- Verticalement intégré dans le secteur de la TNT (cf. amont/aval), TDF domine par ailleurs d'autres marchés (cf. radio, téléphonie mobile...).
- A toutes fins utiles, Itas Tim et Onecast considèrent, contrairement à ce que prétend TDF, que les « acheteurs » ne disposent pas d'un « contre-pouvoir » susceptible d'être exercé contre l'opérateur historique (cf. contribution de TDF, p. 67 et s.), notamment car TDF est en situation de monopole de fait sur la moitié des zones de diffusion (cf. ci-dessus).
- Enfin, les caractéristiques du marché pertinent (cf. barrières à l'entrée *etc.*) confortent la position dominante de TDF.

Ainsi et comme le relève TF1, TDF est « *archi-dominant* » sur ce marché (cf. Synthèse, p. 7).

II. ANALYSE DES OBLIGATIONS A LA CHARGE DE TDF ENVISAGEES PAR LE PROJET DE DECISION

L'Autorité doit vivement promouvoir la concurrence par les infrastructures (A). A ce titre, les conditions de résiliation des contrats amont doivent être profondément assouplies (B).

Par ailleurs, l'abandon partiel de l'obligation de publication d'une offre de référence nuirait gravement à la concurrence (C).

Itas Tim et Onecast font enfin part de leur position concernant la date de publication annuelle de l'offre de référence (D) et la manière dont peut être évalué le niveau de l'excessivité des tarifs de TDF sur les sites non répliquables (E).

Enfin, Itas Tim et Onecast soulignent une fois de plus les avantages qui découleraient de

l'ouverture de l'accès aux terrains de TDF (F).

A. L'AUTORITE DOIT VIVEMENT PROMOUVOIR LA CONCURRENCE PAR LES INFRASTRUCTURES

1. La concurrence par les infrastructures et le seul moteur de développement d'une concurrence effective

Itas Tim et Onecast rappellent une fois de plus le rôle essentiel que joue la concurrence par les infrastructures.

Il est renvoyé à cet égard en premier lieu à la Contribution de février 2015, qui souligne que le déploiement d'infrastructures alternatives est le seul moteur de développement d'une concurrence effective (cf. p. 15 et s.). Tel a toujours été la position d'Itas Tim, notamment eu égard aux baisses de prix significatives que cette concurrence engendre, au bénéfice des clients multiplex et, *in fine*, du téléspectateur, consommateur final.

Ce constat est partagé par les acteurs du marché (cf. Synthèse, p. 8 et s.).

TF1 souligne ainsi dans sa contribution « *l'intérêt fondamental des infrastructures alternatives* » (p. 7). TF1 ajoute que la concurrence sur le marché amont « *incite les diffuseurs à innover, au bénéfice des multiplex* », « *ce type d'innovation ne [pouvant] émerger qu'en situation de concurrence par les infrastructures sur un marché puisque chaque entreprise est alors incitée à proposer le produit le plus adapté à ses clients* » (*id.*). TF1 précise en outre que « *[l]a concurrence par les infrastructures reste la meilleure garantie pour les éditeurs de la TNT de bénéficier de prix concurrentiels* » (*ibid.*, p. 8).

La Synthèse relève enfin que même « *TDF avance plusieurs arguments pour soutenir que la promotion de la concurrence par les infrastructures doit être maintenue* » (p. 19 ; voir également contribution de TDF, p. 72 et s., notamment p. 81).

2. Le développement de la concurrence par les infrastructures est d'autant plus nécessaire au regard du contexte actuel

2.1 La concurrence par les infrastructures est fragilisée par les pratiques tarifaires opportunistes de TDF

La concurrence par les infrastructures est d'autant plus essentielle que TDF développe une véritable stratégie visant à pratiquer des prix bas (voire abusivement bas) en présence de concurrence (cf. sites répliqués ou susceptibles d'être répliqués) et des prix élevés (voire abusivement élevés) en l'absence de concurrence.

Cette pratique est constatée non seulement par les concurrents de TDF comme Itas Tim, mais également par les clients (cf. contribution du Groupe M6, p. 6), qui considèrent que la situation permet à l'opérateur historique de bénéficier d'une « *rente importante sur ses sites sans concurrence* », privilégiant « *une stratégie de maximisation de ses revenus sur les sites sans concurrence du marché aval* » (cf. contribution de TF1, p. 1, voir également p. 12 et Synthèse, p. 5 et 17).

TF1 mentionne ainsi l'existence d'un véritable « *système de subvention croisée sur le marché*

amont entre les sites en concurrence et les sites sans concurrence », TDF « augmentant systématiquement le tarif hébergement de ses sites sans concurrence, alors même que ces derniers sont déjà les plus rentables puisqu'ils diffusent le maximum de multiplex » (cf. contribution de TF1, p. 12). En découle une incompréhensible « incohérence » des tarifs vis-à-vis des configurations techniques concernées (cf. Synthèse, p. 25).

towerCast abonde dans ce sens en relevant que TDF « finance » *« une concurrence accrue sur les sites pour lesquels il est en concurrence, par des tarifs excessifs pour la majorité de sites pour lesquels il n'est pas en concurrence »* (contribution towerCast, p. 14 et s.).

Comme le relève ce concurrent, la stratégie de l'opérateur historique à cet égard correspond exactement aux pratiques « opportunistes » craintes par l'Autorité (*ibid.*, p. 15).

2.2 La concurrence par les infrastructures sera fragilisée par le transfert de la bande des 700 MHz

Comme souligné plus haut, le transfert de la bande des 700MHz modifie très profondément le plan d'affaires des opérateurs alternatifs, notamment en termes de mutualisation des clients.

TF1 relève à cet égard dans sa contribution que *« [l]es diffuseurs feront [...] certainement preuve d'une plus grande prudence dans le choix des infrastructures à répliquer, limitant d'autant leur nombre »* (p. 3).

Itas Tim et Onecast rejoignent ainsi le Projet de décision en ce sens que l'Autorité considère qu'il convient *« de sécuriser les investissements passés réalisés par les diffuseurs alternatifs »* (p. 58).

3. La concurrence par les infrastructures, qui demeure limitée, doit être vivement favorisée par l'Autorité

Le développement de la concurrence par les infrastructures demeure limité (cf. notamment contribution du Groupe M6, p. 2). Itas Tim et Onecast rappellent à cet égard qu'à ce jour :

- TDF dispose de quelque 2.000 sites de diffusion TNT et n'est hébergé chez un opérateur concurrent (towerCast) que pour un seul point de service ;
- Itas Tim et Onecast disposent ensemble de moins de 300 sites alternatifs et sont hébergés sur plus de 70 sites de TDF ;
- towerCast dispose de moins de 140 sites en propre (à la connaissance d'Itas Tim et Onecast).

Ainsi et comme le relève le Projet de décision (p. 56 et s.), *« la présence des diffuseurs alternatifs reste actuellement insuffisante pour assurer l'exercice d'une concurrence effective et pérenne entre diffuseurs »*. Et de poursuivre : *« [s]ur la période 2015-2018, les infrastructures de TDF devraient encore conserver une place prépondérante sur les marchés de gros de diffusion de la TNT »*.

Itas Tim et Onecast approuvent donc l'Autorité en ce qu'elle exprime la volonté dénuée d'ambiguïté de « continuer à lever les freins à la concurrence par les infrastructures » (cf. Projet de décision, p. 58).

B. LES CONDITIONS DE RESILIATION DES CONTRATS AMONT CONSTITUENT UN VERITABLE FREIN AU DEVELOPPEMENT DE LA CONCURRENCE PAR LES INFRASTRUCTURES

1. Rappel des modalités de résiliation des contrats de gros amont

S'agissant des sites répliquables, les conditions générales de services (ci-après, les « CGS ») hébergement TNT et Diff-HF TNT de TDF⁴ précisent les modalités de résiliation des contrats de gros amont en leur article 5.

Aux termes de ces dispositions, une résiliation n'est possible pour convenance de l'opérateur, pour les sites répliquables, (i) qu'à partir du troisième anniversaire de la Mise à Disposition (tel que ce terme est défini par les CGS), (ii) sous réserve d'un préavis de six mois et (iii) sous réserve du paiement d'une indemnité égale à 50% du prix annuel du contrat qui aurait dû être payé jusqu'au terme du contrat.

Itas Tim et Onecast soulignent le caractère tout à fait disproportionné de ces conditions, en particulier le caractère rédhibitoire de la pénalité.

S'agissant des sites non répliquables, les CGS prévoient qu'en cas de réduction du nombre de multiplex résultant d'une décision des pouvoirs publics (ex. arrêt en vue du transfert de la bande des 700 MHz), l'opérateur peut résilier le contrat de gros amont sous réserve d'un préavis de six mois, « avec effet à compter de la date d'arrêt du multiplex sur le Site fixée par les pouvoirs publics ». Aucune pénalité n'est prévue.

Le contrat en question peut *a priori* être résilié à tout moment, *i.e.* même au cours des trois premières années suivant la Mise à Disposition.⁵

2. Analyse des modalités de résiliation des contrats de gros amont

Itas Tim et Onecast rejoignent le Projet de décision sur le fait que les conditions de souscription des offres de gros de TDF ralentissent la construction de sites alternatifs (p. 28), en particulier eu égard à la migration de la diffusion de points de service hébergés chez TDF vers les sites en propre nouvellement construits par les opérateurs alternatifs.

Plus précisément, les conditions de résiliation des contrats amont constituent un véritable frein au développement de la concurrence par les infrastructures, sur un marché de gros amont caractérisé notamment par son « manque de fluidité » (cf. Projet de décision, p. 28).

Il convient de rappeler ensuite que la quasi-totalité des sites de TDF sont amortis depuis des années, voire des décennies, et ne font plus l'objet d'investissements majeurs. Aucun frais significatif ne peut donc justifier ces conditions tout à fait rédhibitoires dont le seul but est de verrouiller les opérateurs alternatifs et de limiter la concurrence, en particulier par les

⁴ Cf. http://www.tdf.fr/sites/default/files/CGS%20TNT_V_01062015_0.pdf

⁵ Itas Tim et Onecast se montrent néanmoins très prudentes sur les conditions d'une telle résiliation des contrats relatifs aux sites non répliquables dans les faits. Le démontage des infrastructures hébergées chez TDF ne pourra pas se faire, en pratique, le même jour que l'arrêt des multiplex dans toute la France, « du jour au lendemain ». Si les multiplex arrêtés considèrent que le jour d'arrêt officiel sera la date du fin du contrat, TDF continuera certainement à faire payer aux diffuseurs hébergés, *pro rata temporis*, les mètres carrés utilisés, jusqu'au complet démontage et à la remise en état des lieux.

infrastructures.

En conséquence et de façon plus générale, **Itas Tim et Onecast considèrent que les modalités de résiliation anticipée des contrats d'hébergement doivent être profondément assouplies afin de permettre le développement de la concurrence par les infrastructures**, en vue de la disparition, à terme, de la régulation sectorielle.

Une résiliation anticipée doit ainsi être possible pour tous les sites, qu'ils soient répliquables ou non, le cas échéant sous réserve d'un préavis qui doit cependant être juste, raisonnable et adapté.

En outre, aucun « frais » et aucune « pénalité » de résiliation ne doit s'ajouter au loyer versé pendant le préavis.

Par ailleurs, la résiliation doit pouvoir intervenir à tout moment ou, à tout le moins, dans un délai plus court que la période de trois ans à partir de la Mise à Disposition, cette période arbitraire n'étant pas justifiée.

A cet égard, les conditions contractuelles relatives à la résiliation du contrat amont applicables à un site « répliquable » (cf. CGS) doivent s'appliquer automatiquement et immédiatement à tout site « non répliquable » dès sa réplication, même et surtout si cette dernière intervient en cours de contrat. Un tel système devra s'appliquer à tous les contrats, y compris ceux en cours, afin de fluidifier immédiatement le passage des sites de TDF « non répliquables » vers les sites alternatifs les répliquant.

En conséquence, s'agissant des « conditions raisonnables de résiliation » mentionnées par le Projet de décision, Itas Tim et Onecast considèrent que la piste de réflexion la plus pertinente est celle qui permettrait aux opérateurs alternatifs de résilier à tout moment le contrat d'hébergement conclu avec TDF dès lors qu'un site alternatif est déployé dans la zone où est actif le site de TDF, sans « frais ou pénalité de résiliation », ou à tout le moins sous réserve toutefois que les éventuels frais/pénalités de résiliation ne rendent pas une telle résiliation rédhibitoire (cf. Projet de décision, p. 60 : *« 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 contrat »*).

C. L'ABANDON PARTIEL DE L'OBLIGATION DE PUBLICATION D'UNE OFFRE DE REFERENCE NUIRAIT GRAVEMENT A LA CONCURRENCE

A titre liminaire, Itas Tim et Onecast rappellent que les « critères catégoriels » visant à distinguer les sites « répliquables » des sites « non répliquables », fondés notamment sur la hauteur des sites, ne sont pas pertinents. Le seul élément objectif de catégorisation doit être la réplication effective ou l'absence de réplication. La régulation devrait ainsi distinguer entre (i) les sites répliqués, auxquels s'appliquerait la régulation des sites « répliquables », d'une part, et (ii) les sites non répliqués, quelle que soit la raison de cette absence de réplication, auxquels s'appliquerait la régulation des sites « non répliquables », d'autre part.

A cet égard, Itas Tim et Onecast regrettent profondément que l'Autorité n'ait pas donné suite à la note commune transmise à l'Autorité en mai 2012 par Itas Tim, Onecast et towerCast, concernant les critères pour définir la liste des sites non répliquables.

Cela étant précisé, la voie proposée par le Projet de décision porterait gravement préjudice à la

concurrence, et en particulier aux opérateurs alternatifs, en ce qu'elle emporterait la **disparition de la visibilité économique sur les tarifs de TDF** (cf. publication d'une offre de référence) dès lors qu'un site historique a été répliqué (cf. Projet de décision, p. 65 et s.).

Un tel abandon partiel serait en contradiction totale avec l'un des objectifs visé à juste titre par l'Autorité, à savoir « *assurer une prévisibilité nécessaire aux acteurs du marché* » (cf. Projet de décision, p. 58, soulignement ajouté).

Itas Tim et Onecast considèrent que l'absence de visibilité engendrée par cet abandon partiel entraînera la perte de nombreux sites alternatifs au bénéfice de TDF au cours du prochain cycle, l'opérateur dominant n'hésitant pas à pratiquer des prix bas (voire abusivement bas) en présence de concurrence et à récupérer ses « pertes » en pratiquant des prix très élevés et disproportionnés sur les sites dénués de concurrence, au détriment de la concurrence, des clients multiplex et, *in fine*, des utilisateurs, consommateurs finaux (cf. § II.A.2.1 ci-dessus).

De façon générale, Itas Tim et Onecast considèrent qu'il est bien trop tôt pour supprimer cette obligation de transparence : la concurrence n'est pas assez solide pour résister à la dominance de TDF et prendre le risque de « perdre » les quelques sites alternatifs chèrement acquis au cours des cycles de régulation précédents.

D. AUCUN ELEMENT OBJECTIF NE JUSTIFIE QUE LA DATE DE PUBLICATION ANNUELLE DE L'OFFRE DE REFERENCE DE TDF DOIVE ETRE MODIFIEE

Itas Tim et Onecast ne voient pas en quoi la modification de la date de publication annuelle de l'offre de référence de TDF serait bénéfique au marché pertinent ou à la concurrence. Au contraire, une telle modification risquerait de désorganiser le marché.

Itas Tim et Onecast souhaitent que cette publication annuelle demeure au 1^{er} juin.

E. SUR LA MANIERE DONT PEUT ETRE EVALUE LE NIVEAU DE L'EXCESSIVITE DES TARIFS DE PRESTATION DE GROS DE TDF SUR LES SITES NON REPLICABLES (ET NON REPLIQUES)

Itas Tim et Onecast n'ont pas d'avis définitif à date sur la question relative à la manière dont peut être évalué le niveau de l'excessivité des tarifs de prestation de gros de TDF sur les sites non répliquables (et non répliqués).

Itas Tim et Onecast relèvent néanmoins les limites que semble présenter le système visant à « encadrer » les augmentations de tarif de l'opérateur historique, TF1 soulignant que l'augmentation de 6% par an dans la limite des 15% par cycle est « systématique » (cf. contribution de TF1, p. 8), alors qu'une telle augmentation n'est pas nécessairement et objectivement justifiée (voir par ailleurs § II.A.2.1 ci-dessus).

F. SUR L'OUVERTURE DE L'ACCES AUX TERRAINS DE TDF

Itas Tim soutient, une fois de plus, que l'accès aux terrains de TDF afin d'y implanter des sites alternatifs (pylônes etc.) constitue le seul moyen de développer effectivement et efficacement

la concurrence par les infrastructures. Itas Tim et Onecast renvoient à cet égard, entre autres, à leur Contribution de février 2015 (p. 16 et s.).

A défaut d'un tel accès, la possibilité d'installation de *shelters* pour l'hébergement des systèmes d'émission actifs sur les terrains de TDF permettrait à tout le moins une ouverture pérenne sur le déploiement de site alternatif. En effet, un *shelter* est facilement transportable d'une zone géographique à une autre sans porter préjudice, ni à TDF pour l'hébergement initial, ni à l'opérateur alternatif concerné pour l'hébergement final.

*

*

*