

Commentaires d'ITAS TIM sur le Projet de Décision de l'ARCEP Marché de gros de la diffusion terrestre numérique

(Version limitée dans le cadre du secret des affaires)

5 juin 2009

ITAS TIM remercie l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ci-après, « *l'Autorité* ») de lui donner l'opportunité de participer activement à la consultation publique qu'elle a lancée sur son projet de décision relatif à son analyse du marché de gros de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique (ci-après, « *le Projet de Décision* »).

Ce document présente les commentaires d'ITAS TIM sur le Projet de Décision. ITAS TIM souhaite que ces commentaires soient couverts par le secret des affaires dans leur intégralité.

Après avoir rappelé brièvement les contributions d'ITAS TIM dans le cadre de la consultation en cours (1), les problématiques suivantes seront successivement abordées :

- (i) le caractère indispensable de l'accès au foncier en vue de permettre le développement d'une concurrence effective à l'encontre du réseau de TDF (2) ;
- (ii) l'absence de justification de l'exclusion de la RNT du champ de la réglementation *ex ante* (3) ;
- (iii) les effets préjudiciables de l'exclusion du transport du champ de la réglementation *ex ante* (4) ;
- (iv) l'absence de justification de l'exclusion de la diffusion hertzienne analogique, nonobstant l'existence d'une obligation de séparation comptable (5) ; et
- (v) la nécessaire intégration des modalités de prise en charge des études de faisabilité dans la décision (6).

1. RAPPEL DES CONTRIBUTIONS D'ITAS TIM DANS LE CADRE DE LA CONSULTATION EN COURS

Courant janvier 2009, ITAS TIM a procédé à sa contribution concernant l'analyse menée par l'Autorité sur le marché de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique.

Dans les semaines qui ont suivi cette contribution, ITAS TIM a été amené à rencontrer de nombreux interlocuteurs tant au sein de l'Autorité, qu'au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (ci-après, « *le CSA* ») ou encore à l'Autorité de la concurrence, afin d'explicitier ses avis et positions sur ce marché en sa qualité d'opérateur alternatif.

Il est utile de rappeler qu'ITAS TIM est un opérateur qui a résolument choisi d'offrir des solutions alternatives de diffusion terrestre par le déploiement de sites entièrement construits en propre et totalement indépendants de ceux de l'opérateur historique TDF, les autres opérateurs alternatifs s'hébergeant majoritairement chez TDF (certains opérateurs peuvent parfois profiter de l'existence de sites alternatifs déployés notamment pour la diffusion radio FM il y a quelques années).

En dépit de sa jeunesse, ITAS TIM dispose déjà d'une expérience et d'un savoir-faire très utiles pour appréhender les difficultés du métier d'opérateur de sites alternatifs. Si les difficultés locales, notamment administratives, pour déployer des nouveaux sites sont réelles et de plus en plus contraignantes, ITAS TIM considère que TDF, par sa présence massive et historique, génère la grande majorité des difficultés qui freinent la création de nouveaux sites, au détriment de la concurrence, des opérateurs alternatifs et, *in fine*, des clients et des consommateurs.

C'est pour cela que l'Autorité doit aller plus loin que les propositions du Projet de Décision : l'Autorité propose certes de réguler le tarif d'hébergement sur les infrastructures du réseau de TDF mais rien n'est prévu pour l'accès au foncier, qui constitue l'élément déterminant en vue de développer la concurrence face à l'opérateur historique.

2. L'ACCES AU FONCIER EST INDISPENSABLE EN VUE DE PERMETTRE LE DEVELOPPEMENT D'UNE CONCURRENCE EFFECTIVE A TDF

ITAS TIM regrette que le Projet de Décision ne prenne pas en compte de façon claire l'accès aux terrains occupés par TDF, alors que cet accès a été précisément identifié par les avis du CSA et de l'Autorité de la concurrence (2.1), et ce d'autant plus que l'accès au foncier constitue en fait le seul moyen de développer un réseau concurrent à celui de TDF (2.2). Enfin, le respect d'une obligation d'accès au foncier est plus aisé à contrôler dans les faits qu'une obligation d'accès à des infrastructures (2.3).

2.1 Prise en compte de l'accès au foncier dans les avis du CSA et de l'Autorité de la concurrence

2.1.1 L'avis du CSA

Dans son avis du 7 avril 2009 sur la demande de l'Autorité (ci-après, « *l'Avis du CSA* »), le CSA a relevé (p. 8) que l'hébergement sur un site de TDF « *induit pour le diffuseur alternatif une forte dépendance vis-à-vis de la société TDF* », tandis que « *la construction d'un site propre permet au diffuseur alternatif de maîtriser les coûts de l'ensemble de la chaîne* ». En conséquence et comme relevé par le CSA, l'opérateur alternatif ayant son propre site est en mesure de faire bénéficier ses clients de prix plus bas.

Le CSA a souligné que des opérateurs alternatifs lui avaient indiqué qu'ils se heurtaient de plus en plus à des difficultés d'acquisition de terrains à proximité des sites de TDF, qui possède ou rachète l'essentiel des parcelles autour de ses sites (p. 8 de l'Avis du CSA). Le CSA convient que « *cette situation s'avère préjudiciable aux concurrents qui souhaitent répliquer les sites du diffuseur historique tout en minimisant les réorientations d'antenne* ».

A la lumière de cette constatation et après avoir rappelé que l'implantation de pylônes à proximité de sites de TDF présente « *un avantage concurrentiel déterminant* », le CSA souligne qu'il pourrait être souhaitable d'examiner les outils réglementaires permettant de limiter les effets de cette barrière à la construction de sites alternatifs (p. 12 de l'Avis du CSA).

ITAS TIM regrette que le Projet de Décision n'examine pas de tels outils, en particulier en vue de permettre l'accès au foncier de TDF par les opérateurs alternatifs.

ITAS TIM considère qu'une telle possibilité devrait figurer dans la version finale de la décision de l'Autorité.

2.1.2 L'avis de l'Autorité de la concurrence

Dans son avis n° 09-A-09 du 17 avril 2009 relatif à la demande d'avis de l'Autorité en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques (ci-après, « ***L'Avis de l'Autorité de la concurrence*** »), l'Autorité de la concurrence a souligné les commentaires de certains acteurs concernant la « barrière à l'entrée » que constitue en particulier l'impossibilité d'accéder au foncier de TDF (§ 22 de l'Avis de l'Autorité de la concurrence, p. 7).

L'Autorité de la concurrence proposait de prendre en compte les difficultés croissantes pour obtenir les autorisations administratives nécessaires à l'implantation de sites alternatifs, notamment par des mesures « qui pourraient consister en une *facilitation de l'accès aux terrains détenus par TDF, si cette mesure pouvait permettre le développement d'une concurrence par les infrastructures proprement dites* » (§ 45 de l'Avis de l'Autorité de la concurrence, p. 11 – nous soulignons).

L'Article 3 du Projet de Décision oblige TDF à faire droit aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau ou à des moyens « *portant sur la fourniture de prestations de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique* ».

Ce même article précise que cette obligation vise « *en particulier l'accès aux bâtiments et aux pylônes de TDF, d'une part, et l'accès à sa chaîne de diffusion d'autre part* ».

ITAS TIM regrette que le Projet de Décision n'examine pas expressément les mesures permettant une facilitation de l'accès au foncier de TDF, de telles mesures permettant le développement d'une concurrence par les infrastructures, plus efficace selon ITAS TIM et plus aisée à contrôler (voir plus bas). ITAS TIM considère qu'une telle possibilité devrait figurer dans la version finale de la décision de l'Autorité.

2.2 L'accès au foncier constitue le meilleur moyen de développer un réseau concurrent à celui de TDF

2.2.1 Seul l'accès au foncier permet aux opérateurs alternatifs de « mutualiser » des technologies avec la TNT

De par sa position d'opérateur historique disposant d'un vrai réseau constitué d'infrastructures qu'il possède, TDF connaît parfaitement l'économie de cette activité, qui repose en particulier sur la capacité à mutualiser les besoins, issus de clients multiples.

Ainsi, pour être rentable, un opérateur doit absolument mutualiser plusieurs technologies avec la TNT : téléphonies mobiles, services départementaux d'incendie et de secours, radios, DDE, DGAC, Wi-Max, télévisions locales, nouvelles technologies (TMP, RNT) etc.

Or, TDF n'offre aucune perspective aux opérateurs alternatifs s'hébergeant chez lui, en vue de leur permettre d'accéder à cette mutualisation technique et économique. TDF est donc en pratique seul à bénéficier de la mutualisation.

En conséquence, à défaut d'opérateurs alternatifs susceptibles de détenir leurs propres infrastructures, et donc en mesure de procéder à cette mutualisation, le développement d'une concurrence effective n'est pas sérieusement envisageable.

2.2.2 *L'hébergement sur les infrastructures de TDF est d'un intérêt économique limité*

Pour un opérateur alternatif, il n'y a pas d'intérêt économique réel à s'héberger chez TDF, car cet hébergement se traduit par le reversement moyen de 65 à 75% du chiffre d'affaires de l'opérateur alternatif au profit de TDF. L'opérateur alternatif devient alors un simple « collecteur de redevance » au profit de TDF et la création de valeur est limitée à la diffusion électronique qui génère peu de revenus et surtout qui ne permet pas de réduire substantiellement le prix final payé par le multiplexe, et donc de concurrencer efficacement TDF sur la diffusion.

La concurrence ne s'exerce donc que sur 25 à 35% du chiffre d'affaires « laissé » par TDF à l'opérateur alternatif, soit moins de [Secret des Affaires] du prix final (déduction faite des charges de l'opérateur alternatif : personnel, maintenance, supervision, etc.), dans lesquels est nécessairement incluse la marge de l'opérateur.

TDF bénéficie ainsi seul de la mutualisation et, de plus, bénéficie des coûts de l'hébergement de ses concurrents.

2.2.3 *L'hébergement sur les infrastructures de TDF se heurte à des obstacles techniques*

Comme relevé par l'Autorité, dans certains cas, il conviendrait de renforcer les pylônes existants afin qu'ils puissent accueillir des équipements supplémentaires. Or, de tels travaux de renforcement coûteraient le même prix que la construction d'un nouveau site, pouvant accueillir plus d'équipements !

Par ailleurs, les systèmes antennaires de diffusion installés sur les pylônes de TDF sont moins bien placés et donc moins efficaces que ceux de TDF : ils sont situés plus bas sur le pylône *etc.*

2.2.4 *Seul l'accès au foncier permettra le développement de réseaux concurrents à celui de TDF*

ITAS TIM considère que tant que les opérateurs qui souhaitent concurrencer TDF ne disposeront pas d'un accès aux terrains actuellement occupés par TDF, aucun réseau indépendant ne pourra se développer de manière réellement efficace.

La régulation qui privilégie un hébergement par TDF de ses diffuseurs concurrents constitue en fait un frein au développement des infrastructures indépendantes, puisqu'elle incite les concurrents de TDF à utiliser les infrastructures de cette dernière.

Or, tant qu'il n'existera pas de réseau d'infrastructures indépendant, il sera nécessaire de reconduire systématiquement et perpétuellement une telle réglementation. Privilégier un droit d'accès aux terrains de TDF permet d'inciter au développement de réseaux concurrents indépendants des infrastructures de TDF.

Sans rappeler exhaustivement ce qu'ITAS TIM a développé dans sa contribution de janvier 2009 ou dans le cadre des rencontres qui ont eu lieu ensuite, il est cependant

fondamental de réaffirmer que l'accès au foncier des sites de TDF est une solution réelle et sérieuse, en particulier afin de contourner la non répliquabilité de certains sites

ou encore les difficultés d'obtention d'autorisations pour déployer des infrastructures sur de nouveaux terrains. L'expérience d'ITAS TIM montre qu'en effet, les pouvoirs publics locaux sont plus enclins à accepter des nouveaux pylônes lorsqu'ils sont situés dans l'environnement immédiat de celui qui existe déjà.

Si aucun terrain n'est disponible à proximité du site de TDF ; si l'emprise du terrain TDF s'étend sur une surface démesurée et sans commune mesure avec le besoin d'implantation ; ou encore si TDF a sciemment acquis les terrains les plus intéressants ou environnant la parcelle qu'il occupe (sans développer d'infrastructures sur ces parcelles), pourquoi ne pas permettre l'accès au foncier sur le terrain de TDF pour construire un second pylône ?

ITAS TIM, qui déploie ses sites bien souvent sur des parcelles de 100 m² seulement, a parfois constaté que certaines parcelles de TDF pouvaient aller jusqu'à huit hectares de surface ! Pour des besoins d'implantation de sites du réseau secondaire, une telle surface est extrêmement luxueuse, et surtout, empêche l'implantation d'un opérateur alternatif.

Il est donc indispensable que l'Autorité permette aux opérateurs alternatifs de s'implanter non seulement sur les infrastructures de TDF, mais également sur les sites occupés par TDF s'ils le souhaitent, afin de créer leurs propres infrastructures, dès lors que les autorisations nécessaires ont été obtenues.

ITAS TIM considère à cet égard que le foncier fait partie intégrante des éléments de réseau et/ou aux moyens associés à ces éléments, tels que visés par l'Article 3 du Projet de Décision.

2.3 L'accès au foncier constitue une condition aisément contrôlable par l'Autorité

Comme expliqué ci-dessus, offrir aux opérateurs alternatifs le droit d'accéder aux terrains de TDF permet d'inciter au développement de réseaux concurrents indépendants des infrastructures de TDF.

De surcroît, cette solution permet de simplifier le contrôle des obligations de TDF. En effet, un contrôle des coûts d'accès à un terrain est bien plus simple à mettre en œuvre qu'un contrôle des coûts d'accès à des infrastructures.

En particulier, les infrastructures de TDF sont généralement amorties depuis longtemps et les méthodes de calcul des coûts d'accès à ces infrastructures seront toujours contestables, en particulier parce que l'offre d'infrastructures est quasi-exclusivement détenue par TDF.

En revanche, il est aisé de calculer le coût d'une sous-location par rapport au prix de la location principale ou le coût d'un terrain détenu en propre. ITAS TIM considère donc que cette solution devrait être privilégiée par l'Autorité, ou à tout le moins, proposée comme alternative au partage d'infrastructures.

En conclusion, ITAS TIM regrette profondément que l'accès au foncier de TDF n'ait pas été mentionné dans le Projet de Décision, alors qu'il s'agit du meilleur moyen permettant de développer des réseaux alternatifs réellement concurrents de ceux de TDF, moyen par ailleurs aisément contrôlable. ITAS TIM considère que l'accès au foncier de TDF, relevé par le CSA et l'Autorité de la concurrence, doit absolument

être pris en compte dans la version finale de la décision de l'Autorité, par exemple en précisant que le terrain d'un site de diffusion fait partie intégrante des éléments constituant ce site, accessibles à la concurrence, au même titre qu'un pylône ou un système antenneaire.

A toutes fins utiles et à titre d'illustration, ITAS TIM relève que la possibilité d'accéder au foncier de TDF lui aurait probablement permis de proposer deux fois plus de sites alternatifs de diffusion ces derniers temps sur la phase 8A de la TNT.

3. L'EXCLUSION DE LA RNT DU CHAMP DE LA REGLEMENTATION *EX ANTE* N'EST PAS JUSTIFIEE

ITAS TIM relève que l'Autorité s'oriente, à ce stade, vers l'option de ne pas intégrer la RNT dans le périmètre de la réglementation future. Une telle approche apparaît peu justifiable.

Sur cette problématique, ITAS TIM fait siens les arguments du CSA et de l'Autorité de la concurrence dans leurs avis. Ces arguments vont très clairement dans le sens d'une prise en compte de la RNT dans la réglementation future, comme le suggérait initialement l'Autorité dans le cadre de sa demande d'avis de février 2009.

Cela étant précisé, ITAS TIM insiste sur le fait que le choix d'exclure la RNT du périmètre de la réglementation future en renvoyant à une éventuelle réglementation à terme sur ce point n'est aucunement satisfaisante.

Il ressort en effet avec évidence de l'expérience passée dans le secteur que, même lorsqu'une réglementation *ex ante* (certes insuffisante) existe, comme c'est le cas pour la TNT depuis 2006, le développement concurrentiel du marché est obéré du fait de la position de monopole historique dont bénéficie TDF.

Le but recherché par une réglementation *ex ante* suffisante est de limiter les effets néfastes prévisibles d'une telle situation de monopole, sans attendre que TDF fige le marché du fait de sa position.

Il est donc fondamental que la RNT soit incluse dans le périmètre de la réglementation future pour éviter que la RNT connaisse le même sort que la TNT, savoir un développement concurrentiel très peu significatif justifiant alors une réglementation *ex ante* plus contraignante. C'est en effet lors de sa phase de lancement qu'un marché se structure, c'est donc dès ce stade qu'une réglementation suffisamment contraignante s'impose.

Sur ce point, ITAS TIM note que l'Autorité souligne qu'elle pourrait, de manière transitoire, être amenée à se prononcer dans le cadre de sa procédure de règlement des différends en cas de difficultés rencontrées par les concurrents de TDF. Si ITAS TIM reconnaît l'intérêt d'une telle procédure, il n'en demeure pas moins qu'elle n'assure pas une réglementation sectorielle générale mais se limite à régler les différends entre deux opérateurs. En outre, malgré sa relative célérité en comparaison avec d'autres modes de règlements des litiges, cette procédure peut s'avérer inefficace pour régler rapidement des litiges, alors que le temps est un facteur clé dans la phase de développement initial d'un marché, en particulier dans un secteur largement dominé par un opérateur historique.

Pour l'ensemble de ces raisons, il est essentiel d'intégrer la RNT dans la future réglementation *ex ante* et d'imposer à cet égard à TDF les mêmes obligations que celles relatives à la TNT.

4. L'EXCLUSION DU TRANSPORT DU CHAMP DE LA REGLEMENTATION EX ANTE A DES EFFETS PREJUDICIALES.

[Secret des Affaires]

5. L'EXCLUSION DE LA DIFFUSION HERTZIENNE ANALOGIQUE N'EST PAS JUSTIFIEE, NONOBTANT L'EXISTENCE D'UNE OBLIGATION DE SEPARATION COMPTABLE

Il est indéniable que l'ensemble des activités de TDF, opérateur historique dominant et verticalement intégré, lui permettent de générer des économies d'échelle et une capacité sans cesse croissante à lutter contre la concurrence. Si l'Autorité souhaite imposer à TDF une obligation de séparation comptable entre ses différentes activités au profit de l'expression de la concurrence, l'application d'une telle séparation sera toute autre dans les faits. Quelle séparation comptable peut-il y avoir entre la télévision analogique, non régulée, et la télévision numérique à réguler, lorsque les offres de TDF reposent sur des infrastructures communes comme le terrain, le pylône, le bâtiment et souvent le système antenneaire ?

Rappelons que ces éléments communs sont ceux qui représentent le plus gros des investissements d'un site, qu'ils sont amortis depuis longtemps pour TDF et qu'ils génèrent malgré tout pour TDF un revenu encore considérable. Ne doutons pas un seul instant qu'ils continueront à constituer le pivot central de tout nouveau développement de technologie à venir et qu'ils seront donc encore des facteurs empêchant la concurrence de s'exprimer sereinement.

Dans cet esprit, il est donc regrettable de ne pas avoir confirmé la régulation de la RNT qui aura sûrement démarré durant le prochain cycle de régulation (voir le §3 ci-dessus).

Concernant la diffusion analogique de la télévision, il est regrettable également de ne pas l'inclure dans le champ du prochain cycle de la régulation, pour au moins deux raisons :

- (i) en premier lieu, comme indiqué ci-dessus, les activités analogiques et numériques de TDF en matière de télévision sont étroitement liées ; dès lors, si l'Autorité régule l'une, elle doit également réguler l'autre ; et
- (ii) en deuxième lieu, il est prévu que la télévision analogique s'éteigne en 2011. ITAS TIM pense que cela ne sera pas le cas pour 100% du territoire. Pourquoi laisser « libre » cette activité pendant tout le temps où elle continuera à perdurer, au bénéfice exclusif de TDF ?

6. LES MODALITES DE PRISE EN CHARGE DES ETUDES DE FAISABILITE DOIVENT ETRE INTEGREES DANS LA DECISION

ITAS TIM souscrit pleinement à la position de l'Autorité quant à l'obligation pour TDF de ne facturer les frais d'études de faisabilité qu'aux diffuseurs alternatifs retenus par le multiplexe correspondant, pour un site donné, sur le marché de gros aval, et non au préalable et pour tout candidat comme cela se pratique aujourd'hui (Projet de Décision, page 60).

Cela étant, cette obligation n'est pas reprise en tant que telle dans les articles 1 à 12 du Projet de Décision.

Dans un souci de clarté, ITAS TIM considère qu'il est important que cette obligation soit reprise en tant que telle dans les articles précités.