

**Avis n° 21-A-17 du 17 décembre 2021
relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des
communications électroniques, des postes et de la distribution de la
presse en application des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du code
des postes et des communications électroniques portant sur la
régulation *ex ante* du marché de gros amont des services de diffusion
hertziennne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique**

L'Autorité de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 3 novembre 2021 sous le numéro 21/0082 A, par laquelle l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse a saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande d'avis portant sur la définition du marché pertinent de gros des services de diffusion hertziennne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les engagements pris par cet opérateur ;

Vu la directive (UE) 2018/1972 modifiée du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen ;

Vu la recommandation (UE) 2020/2245 de la Commission européenne du 18 décembre 2020 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 (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil établissant le code des communications électroniques européen ;

Vu les lignes directrices de la Commission européenne du 7 mai 2018 sur l'analyse du marché 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 Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment ses articles 101 et 102 ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les représentants de TDF, towerCast et des multiplex R1 et R6 entendus sur le fondement des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, les représentants de l’Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance de l’Autorité de la concurrence du 13 décembre 2021 ;

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

Résumé¹

L'Autorité a été saisie le 29 octobre 2021 par l'ARCEP d'un projet de décision relatif au cinquième cycle de régulation du marché de gros amont des services de diffusion de la télévision numérique terrestre (ci-après « TNT »). Pour la première fois depuis 2006, l'ARCEP envisage de faire reposer ce nouveau cycle de régulation sur la seule base d'engagements, proposés par TDF en octobre 2021, qui seraient acceptés et rendus opposables par la décision à venir, et non sur la base d'obligations réglementaires.

La TNT est un moyen de diffuser la télévision en mode numérique via des ondes électromagnétiques appelées ondes hertziennes. Les offres de gros amont de diffusion proposées par l'opérateur historique permettent aux diffuseurs ne disposant pas de leurs propres infrastructures de diffusion, d'être hébergés sur ses sites et de pouvoir ainsi offrir leurs services de diffusion aux multiplex, qui regroupent plusieurs chaînes de télévision, sur le marché aval.

Le projet de décision de l'ARCEP appelle les observations suivantes.

En premier lieu, l'Autorité estime que les conditions cumulatives, exigées par la Commission européenne pour le maintien d'une régulation ex ante du marché de gros amont des services de diffusion de la TNT, sont toujours réunies (barrières à l'entrée élevées et non provisoires, absence de perspective d'évolution vers une situation de concurrence effective et insuffisance du droit de la concurrence pour remédier, seul, aux défaillances de marché identifiées).

En deuxième lieu, faire reposer cette régulation uniquement sur des engagements pose la question de leur ampleur et de la capacité de l'ARCEP à en contrôler et éventuellement sanctionner le respect. Toutefois, l'ARCEP dispose, en application des dispositions du code des postes et des communications électroniques, de moyens de contrôle et de sanction ex post suffisants en cas d'éventuels manquements de TDF à ses engagements.

En troisième et dernier lieu, l'Autorité souscrit à l'analyse de l'ARCEP quant à la nécessité de maintenir, au travers des engagements proposés par TDF, la plupart des obligations imposées à TDF dans le cadre du cycle en cours. Elle émet cependant des réserves sur un certain nombre d'allègements résultant de la proposition d'engagements de TDF. En effet, l'absence d'amélioration de la situation concurrentielle du marché depuis le dernier cycle de régulation permet difficilement de justifier certains de ces allègements, notamment la suppression du principe d'orientation des tarifs vers les coûts, s'agissant des sites non répliquables. De même, l'Autorité suggère le maintien des obligations de transparence qui existaient dans le cadre de la décision antérieure de l'ARCEP, pour que soient préservés l'efficacité de la régulation ex ante et le développement d'une concurrence pérenne et effective sur le marché.

En outre, l'Autorité suggère, afin de garantir le caractère crédible et vérifiable des engagements, que certaines précisions ou définitions y soient apportées. Enfin, l'Autorité invite l'ARCEP (i) à faire en sorte que les engagements de TDF reflètent les évolutions que pourrait connaître le secteur du fait de la modernisation de la plateforme TNT et (ii) à augmenter le quota de contrats d'hébergement pouvant être résiliés sans indemnités à TDF.

¹ Ce résumé a un caractère strictement informatif. Seuls font foi les motifs de l'avis numérotés ci-après.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	6
I. LE SECTEUR CONCERNE.....	7
A. LA DIFFUSION TECHNIQUE DE LA TÉLÉVISION NUMÉRIQUE TERRESTRE.....	7
1. LA CHAÎNE TECHNIQUE DE DIFFUSION.....	7
2. L'OUVERTURE PROGRESSIVE DU SECTEUR DE LA DIFFUSION HERTZIENNE A LA CONCURRENCE.....	8
3. UN MOUVEMENT CONTINU DE CONCENTRATION DU SECTEUR.....	9
4. LES OPÉRATEURS DE DIFFUSION.....	9
a) TDF.....	9
b) towerCast.....	10
5. LE PROCESSUS DE MISE EN CONCURRENCE DES DIFFUSEURS PAR LES MULTIPLEX.....	10
a) Les opérateurs de multiplex.....	10
b) Les appels d'offres lancés par les opérateurs de multiplex.....	12
6. LES DIFFÉRENTES MODALITÉS SELON LESQUELLES S'EXERCE LA CONCURRENCE ENTRE DIFFUSEURS.....	12
B. LA PLATEFORME TNT.....	13
1. LES CHAINES COMPOSANT L'OFFRE DE LA TNT.....	13
2. UNE PLATEFORME ACCESSIBLE A L'ENSEMBLE DE LA POPULATION.....	15
3. LA MODERNISATION DE LA PLATEFORME TNT A L'HORIZON 2024.....	16
4. L'AVENIR DE LA PLATEFORME TNT.....	17
II. LE CONTEXTE DE LA SAISINE.....	19
A. LES TROIS PREMIERS CYCLES DE RÉGULATION EX ANTE DU MARCHÉ DE GROS AMONT DES SERVICES DE DIFFUSION DE LA TNT.....	19
B. LE QUATRIÈME CYCLE DE RÉGULATION EX ANTE DU MARCHÉ DE GROS AMONT DES SERVICES DE DIFFUSION DE LA TNT.....	21
1. LA DÉCISION D'ANALYSE DE MARCHÉ DE 2015.....	21
2. LA DÉCISION DE PROLONGATION DE 2019.....	22
C. LE PROJET DE DÉCISION DE L'ARCEP POUR LE CYCLE 2022-2026.....	24
III. ANALYSE.....	27
A. SUR LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT.....	27
1. LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ DES SERVICES.....	27
a) Analyse de substituabilité au niveau des chaînes.....	28
b) Analyse de substituabilité au niveau des téléspectateurs.....	31
c) Conclusion intermédiaire.....	32

2.	LA DELIMITATION DU MARCHÉ GEOGRAPHIQUE	32
3.	CONCLUSION SUR LA DELIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT.....	33
B.	SUR LA NECESSITE D'UNE REGULATION <i>EX ANTE</i> DU MARCHÉ DE GROS AMONT DES SERVICES DE DIFFUSION DE LA TNT	33
1.	L'EXISTENCE DE BARRIERES A L'ENTREE ELEVEES ET NON PROVISOIRES	33
2.	L'ABSENCE DE PERSPECTIVE D'EVOLUTION VERS UNE SITUATION DE CONCURRENCE EFFECTIVE SUR LA DUREE CONSIDEREE	35
3.	L'INSUFFISANCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE POUR REMEDIER, SEUL, AUX PROBLEMES IDENTIFIES	37
4.	CONCLUSION.....	38
C.	SUR LES ENGAGEMENTS PROPOSES PAR TDF QUE L'ARCEP ENVISAGE D'ACCEPTER ET DE RENDRE OPPOSABLES.....	38
1.	SUR LA CAPACITE DE L'ARCEP A CONTROLER LE RESPECT DES ENGAGEMENTS PROPOSES PAR TDF	38
2.	SUR L'APPRECIATION DES ENGAGEMENTS PROPOSES PAR TDF	41
a)	Sur les conventions d'offres d'accès	41
b)	Sur l'offre de référence technique et tarifaire.....	43
c)	Sur la séparation comptable et la comptabilisation des coûts	46
d)	Sur les sites réputés non répliquables	47
e)	Sur les sites répliquables	48
f)	Sur les conditions de sortie des contrats de gros amont	49

Introduction

1. Par lettre enregistrée le 3 novembre 2021 sous le numéro 21/0082 A, l’Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ci-après « l’ARCEP ») a saisi l’Autorité de la concurrence (ci-après « l’Autorité ») d’une demande d’avis portant sur la définition du marché pertinent de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels en mode numérique, sur la désignation d’un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les engagements pris par cet opérateur pour les cinq années à venir.
2. La décision n° 2015-1583 de l’ARCEP du 15 décembre 2015² (ci-après « la décision d’analyse de marché de 2015 »), relative au quatrième cycle de régulation *ex ante* du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, arrivait à son terme en décembre 2018.
3. Par sa décision n° 2019-0555 du 16 avril 2019³ (ci-après « la décision de prolongation de 2019 »), l’ARCEP a prolongé, sur le fondement de l’article D. 301 du code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »), la durée d’application de la décision d’analyse de marché de 2015 jusqu’au 17 décembre 2020.
4. L’échéance de cette prolongation approchant, la société towerCast a, le 21 septembre 2020, demandé au Conseil d’État l’annulation pour excès de pouvoir de la décision implicite de rejet née du silence gardé par l’ARCEP sur sa demande du 17 juin 2020 tendant au lancement d’une nouvelle analyse du marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique.
5. Par un arrêt n° 444751 du 31 décembre 2020⁴, le Conseil d’État a annulé cette décision implicite et enjoint à l’ARCEP de procéder à une consultation publique et aux autres consultations requises par les dispositions du CPCE sur l’analyse du marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels, assortie d’un bilan des mesures prises et des perspectives d’évolution de ce marché.
6. L’ARCEP a ainsi mis en consultation publique, le 3 mai 2021, un document intitulé « Bilan et perspectives du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre ». Ce document présente un bilan de la situation concurrentielle du marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels et examine les évolutions passées et prévisibles des modalités techniques de diffusion des contenus audiovisuels. Ce même jour, l’ARCEP a également mis en consultation publique une proposition d’engagements, annexée au document mentionné précédemment, que TDF, opérateur présent sur ce marché, lui avait transmise le 2 avril 2021⁵. À l’issue de cette consultation, TDF a modifié sa proposition et formulé de nouveaux engagements le 19 octobre 2021.
7. Le projet de décision de l’ARCEP, établi à l’issue de cette consultation et soumis pour avis à l’Autorité conformément aux dispositions des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du CPCE, propose d’engager un nouveau cycle de régulation de ce marché, pour la période 2022-2026,

² <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000031970929>

³ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038566822>

⁴ <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2020-12-31/444751>

⁵ https://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consult-bilan-et-perspectives-ADM-marche18_mai2021.pdf

uniquement sur la base des nouveaux engagements proposés par TDF le 19 octobre 2021, qui seraient acceptés et rendus opposables en vertu de l'article L. 38-1-1 du CPCE.

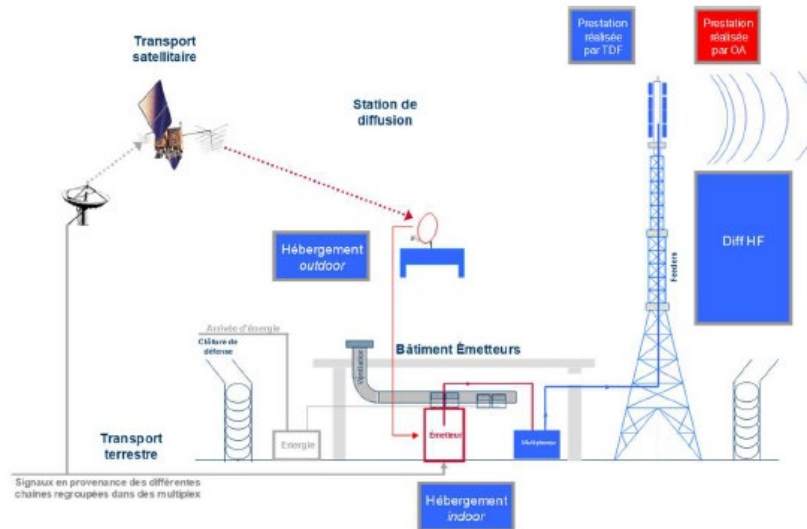
8. Le présent avis fait suite aux avis du Conseil de la concurrence n° 06-A-01 du 18 janvier 2006 et de l'Autorité n° 09-A-09 du 17 avril 2009, n° 12-A-13 du 8 juin 2012, n° 15-A-10 du 24 juillet 2015, rendus dans le cadre de chacun des quatre cycles d'analyse du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, et n° 19-A-03 du 24 janvier 2019, rendu dans le cadre de la prolongation de la décision d'analyse de marché de 2015.

I. Le secteur concerné

A. LA DIFFUSION TECHNIQUE DE LA TÉLÉVISION NUMERIQUE TERRESTRE

1. LA CHAÎNE TECHNIQUE DE DIFFUSION

9. Après que les signaux audiovisuels, en provenance des régies des chaînes, ont été transportés des têtes de réseaux des multiplex (voir ci-après, paragraphes 28 à 35), où ils sont agrégés, aux sites de diffusion, ils sont diffusés jusqu'aux antennes des téléspectateurs. Les activités de transport constituent des prestations connexes aux activités de diffusion.
10. La télévision numérique terrestre (ci-après « TNT ») est un moyen de diffuser en mode numérique la télévision *via* des ondes électromagnétiques appelées ondes hertziennes. Les sites de diffusion hertzienne terrestre sont généralement des points hauts auxquels sont associés des bâtiments techniques au sol. Sur ces sites, la chaîne technique de diffusion fonctionne généralement de la manière suivante :
 - les signaux doivent être reçus sur le site, soit par un système de réception sans fil satellitaire ou terrestre, soit par des moyens filaires ;
 - une fois les signaux reçus, un émetteur opère leur modulation et leur amplification ;
 - les signaux sont ensuite pris en charge en sortie d'émetteur pour diffusion par voie hertzienne à partir d'un système antennaire (comprenant un multiplexeur au sol, ainsi qu'un *feeder* et une antenne sur un pylône, une tour ou un bâtiment) ;
 - l'ensemble des équipements et des installations nécessite une alimentation électrique qui peut être ou non sécurisée, ainsi qu'un système de ventilation et de climatisation.
11. Le schéma ci-dessous illustre cette chaîne technique de diffusion :



Équipements nécessaires à la diffusion hertzienne terrestre

Source : ARCEP

2. L'OUVERTURE PROGRESSIVE DU SECTEUR DE LA DIFFUSION HERTZIENNE A LA CONCURRENCE

12. La diffusion audiovisuelle par voie hertzienne terrestre a historiquement fait l'objet d'un monopole d'État confié initialement à l'Office de radio et télévision française (ORTF) puis, à partir de 1975, à Télédiffusion de France, renommée « TDF » en 2004.
13. L'article 51 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée a conféré à TDF le monopole de la diffusion et de la transmission, en France et vers l'étranger, par tous procédés analogiques de télécommunication, des programmes de l'audiovisuel public qui regroupe aujourd'hui Radio France, RFI, RFO et le groupe France Télévision. Parallèlement à l'exécution de ces missions de service public, TDF était en situation de concurrence avec d'autres opérateurs pour offrir aux chaînes privées de radio et de télévision des services de diffusion hertzienne terrestre en mode analogique.
14. La loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom a transposé la directive n° 2002/77/CE du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, ouvrant ainsi le secteur de la diffusion hertzienne terrestre à la concurrence. Cette loi, en abrogeant l'article 51 de la loi de 1986 modifiée précitée, a fait perdre à la société TDF le monopole de diffusion en mode analogique des programmes des entreprises publiques du secteur audiovisuel⁶.
15. Pour ce qui relève de la TNT, TDF s'est ainsi trouvée en concurrence pour offrir des services de diffusion dès le lancement de celle-ci en mars 2005.

⁶ Voir notamment la décision n° [16-D-11](#) de l'Autorité du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre, paragraphes 8 à 10.

3. UN MOUVEMENT CONTINU DE CONCENTRATION DU SECTEUR

16. Alors qu'il existait, au moment du lancement de la TNT en 2005, une pluralité d'opérateurs de diffusion, le secteur de la diffusion de la TNT a, depuis, connu un mouvement de concentration continu.
17. En effet, TDF a racheté respectivement les opérateurs Antalis et Emettel en 2006 et 2008⁷.
18. En octobre 2014, Onecast, filiale à 100 % du groupe TF1, a cédé la totalité de ses actifs à Itas Tim, filiale du groupe Itas et active dans le secteur de la diffusion de la TNT depuis novembre 2008⁸.
19. Enfin, le 13 octobre 2016, TDF a annoncé avoir acquis Itas Tim⁹ dont le modèle économique reposait sur l'implantation de sites de diffusion alternatifs à ceux de TDF¹⁰. Pour la diffusion de la TNT, Itas Tim disposait ainsi, au moment de son rachat, de 361 sites en propre¹¹.
20. Il ne reste donc aujourd'hui sur le marché que deux diffuseurs : TDF et towerCast¹².

4. LES OPERATEURS DE DIFFUSION

a) TDF

21. Créée en 1975, Télédiffusion de France a d'abord été un établissement public à caractère industriel et commercial, avant de devenir, en 1987, une société anonyme à capital majoritairement public puis, en 2004, une société à capitaux privés alors renommée TDF.
22. En 2020, selon le projet de décision de l'ARCEP, le groupe TDF aurait réalisé un chiffre d'affaires de 687,2 millions d'euros¹³.
23. À cette date, les principales activités du groupe sont l'hébergement d'équipements des opérateurs de services de communications électroniques (54 % du chiffre d'affaires réalisé par TDF), la diffusion de services de télévision (26 %) et la diffusion de services de radio (16 %)¹⁴.

⁷ Voir la décision précitée n° 16-D-11 de l'Autorité, paragraphe 53.

⁸ Voir la décision précitée n° 16-D-11 de l'Autorité, paragraphe 56.

⁹ Voir le communiqué de presse de TDF du 13 octobre 2016.

¹⁰ Cette opération de concentration ne franchissait pas ni les seuils européens définis à l'article 1^{er} du règlement n° 139/2004 ni les seuils français prévus à l'article L. 430-2 du code de commerce. Elle a été évoquée dans la décision n° [20-D-01](#), rendue par l'Autorité le 16 janvier 2020. Cette décision fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

¹¹ Voir la consultation publique de l'ARCEP du 20 juin 2018 sur son document « Analyse du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre. Bilan et perspectives », page 19.

¹² Cette société est présentée aux paragraphes 25 et suivants.

¹³ Voir le projet de décision de l'ARCEP, page 18.

¹⁴ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 12.

24. TDF dispose d'un parc de 19 900 sites (toutes activités confondues)¹⁵ et est le seul diffuseur de la TNT à disposer d'au moins un site sur la quasi-totalité des 1 626 zones de diffusion de la TNT¹⁶.

b) towerCast

25. towerCast est une filiale à 100 % du groupe NRJ. Historiquement positionnée sur la diffusion de la radio FM, elle propose des services de diffusion de la TNT depuis le lancement de celle-ci en 2005.
26. Pour la diffusion de la TNT, towerCast disposait, au 31 décembre 2020, de 241 sites en propre, dont 25 sur le réseau principal¹⁷. Elle opère également des diffusions depuis environ 294 sites de TDF sur lesquels elle est hébergée¹⁸.
27. En 2019, towerCast a réalisé en France un chiffre d'affaires d'environ 81,9 millions d'euros¹⁹.

5. LE PROCESSUS DE MISE EN CONCURRENCE DES DIFFUSEURS PAR LES MULTIPLEX

a) Les opérateurs de multiplex

28. Les chaînes de télévision gratuites et payantes qui se partagent une même fréquence sont regroupées au sein de structures dites « multiplex ». Chaque multiplex a pour principal objet de conclure des contrats de diffusion avec les opérateurs présents sur le marché.
29. Suivant l'évolution de l'offre, mais aussi les normes de compression de l'image et du son retenues, le nombre de multiplex de la TNT métropolitaine a évolué à plusieurs reprises depuis 2005.
30. En 2005, cinq multiplex composaient l'offre (R1, R2, R3, R4 et R6), rejoints en octobre 2008 par le multiplex R5, composé de trois des quatre chaînes gratuites diffusées en HD en doublon de leur diffusion en SD par d'autres multiplex.
31. En décembre 2012, grâce à la libération d'une partie des fréquences en raison de l'extinction de la télévision analogique terrestre opérée entre 2009 et 2011, deux multiplex, R7 et R8, ont été déployés sous l'égide du CSA²⁰, permettant le lancement de six chaînes supplémentaires de la TNT.

¹⁵ <https://www.tdf.fr/groupe/chiffres-cl%C3%A9s>.

¹⁶ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 12.

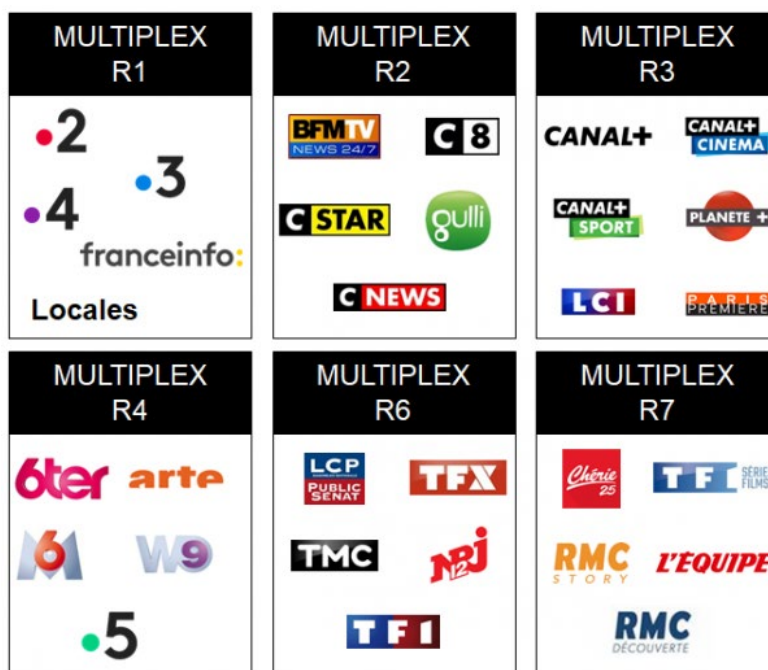
¹⁷ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 21.

¹⁸ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 12.

¹⁹ <https://www.societe.com/bilan/towercast-338628134201912311.html>

²⁰ Le CSA détermine les réseaux de fréquences (multiplex) sur lesquels sont diffusés les services de télévision. S'agissant des deux réseaux de fréquences rendus disponibles en 2012 (les multiplex R7 et R8), le CSA a procédé le 5 juin 2012 à un tirage au sort pour l'affectation des six nouvelles chaînes gratuites en HD à l'un de ces deux multiplex (<https://www.csa.fr/Reguler/Gestion-des-frequences/Les-appels-a-candidature/Appel-a-candidatures-pour-l-edition-de-services-de-television-a-vocation-nationale-diffuses-par-voie-hertzienne-terrestre-en-haute-definition/Nouvelles-chaines-de-television-en-haute-definition-composition-des-multiplex>).

32. En avril 2016, afin de mettre en œuvre le transfert de la bande 700 MHz aux services mobiles à très haut débit, les multiplex R5 et R8 ont été supprimés, ramenant ainsi à six le nombre de multiplex métropolitains. Toutefois, grâce à la généralisation de la norme de compression MPEG-4, le nombre des chaînes de la TNT, désormais presque toutes diffusées en HD (voir paragraphes 43 et 44 *infra*), n'a pas été revu à la baisse²¹.
33. La composition actuelle des multiplex en métropole est présentée ci-après :



Composition des multiplex de la TNT métropolitaine en 2021

Source : CSA

34. À l'exception du multiplex R3 regroupant des chaînes payantes de la TNT, tenu de ne diffuser que sur 1 136 zones, les cinq autres multiplex métropolitains couvrent les 1 626 zones définies par le CSA pour couvrir la population métropolitaine. L'ensemble de ces déploiements représente ainsi aujourd'hui environ 9 266 points de service²², correspondant chacun à la diffusion d'un des six multiplex actuels sur une zone de diffusion.
35. Outre-mer, il existe aujourd'hui un seul multiplex, ROM1, qui diffuse les chaînes France 2, France 3, France 4, France 5, Franceinfo, Arte ainsi que la chaîne locale publique (Outremer 1^{ère}) correspondant à chaque collectivité²³.

²¹ Le nombre de chaînes nationales de la TNT est uniquement passé de 31 à 30 au 1^{er} septembre 2020 avec l'arrêt de la diffusion de la chaîne France Ô à la demande du Gouvernement. La ressource radioélectrique rendue disponible a été attribuée prioritairement à France Télévisions en vue de la diffusion du service Franceinfo en HD (rapport annuel du CSA 2020, page 18).

²² Hors points de service du multiplex R15 (correspondant aux réseaux à couverture locale) et des sites opérés par les collectivités locales sur le fondement de l'article 30-3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication. Voir le projet de décision de l'ARCEP, page 19.

²³ <https://www.csa.fr/Informer/PAF-le-paysage-audiovisuel-francais/Les-chaines-de-la-TNT>

b) Les appels d'offres lancés par les opérateurs de multiplex

36. Chaque multiplex choisit ses diffuseurs librement et indépendamment. Il procède par appels d'offres, généralement à deux tours, pour chacune des zones. Ainsi, un multiplex peut retenir des diffuseurs différents selon les zones²⁴.
37. Les contrats de diffusion ont une durée d'en général cinq ans. À l'issue de ce délai, les multiplex sont susceptibles de retenir, sur les zones concernées par ces appels d'offres, d'autres diffuseurs que ceux en place.
38. Comme relevé par l'ARCEP dans sa consultation publique précitée publiée en mai 2021, 4 423 contrats de diffusion devront être renouvelés sur la période 2022-2025, soit 42,6 % des contrats remis en concurrence entre 2021 et 2025.
39. Les diffuseurs choisis par les multiplex peuvent assurer la distribution des points de service concernés à partir de leurs propres infrastructures de diffusion ou de celles appartenant à d'autres diffuseurs. Dans ce cas, ils concluent, avec les détenteurs des infrastructures de diffusion, des contrats d'hébergement de leurs équipements de diffusion sur ces infrastructures.

6. LES DIFFERENTES MODALITES SELON LESQUELLES S'EXERCE LA CONCURRENCE ENTRE DIFFUSEURS

40. Deux marchés de gros des services de diffusion de la TNT doivent être distingués²⁵ :
 - le marché de gros amont, correspondant à un marché de l'accès aux infrastructures de diffusion, lieu de rencontre de la demande de diffuseurs ne disposant pas de leurs propres infrastructures de diffusion et de l'offre de diffuseurs gestionnaires de sites de diffusion ;
 - le marché de gros aval, lieu de rencontre de la demande des multiplex et de l'offre de services des diffuseurs.
41. Il est possible d'identifier trois modalités selon lesquelles s'exerce la concurrence entre diffuseurs, allant du niveau d'investissements le plus faible réalisé par le diffuseur alternatif au niveau le plus élevé :
 - le diffuseur alternatif installe ses équipements de réception, de traitement de signal et d'émission (ci-après « équipements de base ») à l'intérieur ou à l'extérieur des bâtiments de TDF, puis utilise le système antenne de TDF. Cette forme de concurrence peut être

²⁴ Il peut également arriver que, sur une même zone, les multiplex soient diffusés par des diffuseurs différents depuis des sites différents.

²⁵ Voir notamment les décisions n° [07-D-30](#) du Conseil de la concurrence du 5 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne terrestre des services audiovisuels en mode analogique, paragraphe 26 ; n° [10-D-09](#) de l'Autorité du 9 mars 2010 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Itas Tim concernant des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur des services de diffusion par voie hertzienne en mode numérique, paragraphe 117 ; n° [15-D-01](#) de l'Autorité du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre outre-mer, paragraphe 113 ; précitée n° [16-D-11](#) de l'Autorité, paragraphe 11 et la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP, page 14.

qualifiée de **concurrence par les services**. Fin 2020, elle représentait 14 % des points de service opérés par towerCast²⁶ ;

- le diffuseur alternatif installe ses équipements de base, à l'intérieur ou à l'extérieur des bâtiments de TDF, ainsi que son propre système antenneur sur le pylône de TDF. Cette forme de concurrence, dite **concurrence partielle par les infrastructures**, est apparue en 2010. Fin 2015, l'ARCEP a levé l'obligation imposée à TDF, sur l'ensemble de ses sites, de proposer une offre d'hébergement d'antennes alternatives sur ses pylônes. Elle a en revanche imposé à TDF le maintien des prestations d'hébergement antenneur déjà offertes. Fin 2020, cette forme de concurrence représentait 38 % des points de services opérés par towerCast²⁷ ;
- le diffuseur alternatif exploite son propre site de diffusion. Dans ce cas, il ne souscrit pas aux offres de gros de TDF dont il est indépendant. Cette forme de concurrence correspond à une **concurrence totale par les infrastructures**. Fin 2020, elle représentait 48 % des points de service opérés par towerCast²⁸.

B. LA PLATEFORME TNT

1. LES CHAINES COMPOSANT L'OFFRE DE LA TNT

42. L'offre gratuite de la TNT en France métropolitaine a été lancée le 31 mars 2005²⁹. La numérisation du signal permet de diffuser plusieurs chaînes sur une même fréquence. Cela a alors considérablement élargi l'offre hertzienne de télévision gratuite.
43. Alors que seules six chaînes étaient diffusées en analogique, l'offre de TNT gratuite comprend aujourd'hui les 25 chaînes suivantes (hors chaînes locales de France Télévisions), toutes diffusées en haute définition (ci-après « HD ») depuis le 5 avril 2016, à l'exception de la chaîne LCI qui est diffusée en définition standard (ci-après « SD »)³⁰ :
 - les chaînes nationales publiques France 2, France 3 (la chaîne propose également des programmes régionaux et locaux), France 4, France 5 et Franceinfo (groupe France Télévisions), Arte et La Chaîne Parlementaire (LCP-Assemblée nationale et Public Sénat) ;
 - TF1, TMC, TFX, TF1 Séries Films et LCI (groupe TF1) ;
 - M6, W9, 6ter et Gulli (groupe M6) ;
 - C8, CStar et CNews (groupe Canal+) ;
 - NRJ 12 et Chérie 25 (groupe NRJ) ;
 - BFM TV, RMC Story et RMC Découverte (groupe Altice) ;

²⁶ Projet de décision de l'ARCEP, page 22.

²⁷ Projet de décision de l'ARCEP, page 22.

²⁸ Projet de décision de l'ARCEP, page 22.

²⁹ En Outre-mer, la TNT a été lancée en novembre 2010. Son déploiement s'est achevé un an plus tard.

³⁰ <https://www.csa.fr/Informer/PAF-le-paysage-audiovisuel-francais/Les-chaines-de-la-TNT>

– L'Équipe (groupe Amaury).

44. L'offre payante de la TNT était, quant à elle, composée de onze chaînes à son lancement en 2005. Elle s'est ensuite progressivement réduite et inclut aujourd'hui cinq chaînes, à savoir Canal+, Canal+ Cinéma, Canal+ Sport, Planète+ (groupe Canal+) et Paris Première (groupe M6). À l'exception de Paris Première, toutes ces chaînes sont diffusées en HD³¹.
45. Les autorisations accordées aux chaînes TMC, TFX, LCI, W9, Paris Première, NRJ 12 et C8 arrivant à échéance le 29 février 2020, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (ci-après « le CSA ») a adopté, en juillet 2018, les décisions permettant de recourir à la reconduction hors appel à candidatures des autorisations accordées à ces services de télévision³². Ces décisions mentionnaient les points principaux des conventions de ces chaînes que le CSA souhaitait réviser et ceux dont les titulaires des autorisations demandaient la modification. Un processus de renégociation desdites conventions entre le CSA et les titulaires des autorisations a ensuite été ouvert sur le fondement de ces décisions. Les autorisations de ces 7 chaînes ont été reconduites par décisions le 29 mai 2019 pour une durée supplémentaire de 5 années, soit jusqu'au 29 février 2025³³.
46. Les autorisations accordées aux chaînes BFM TV, CNews, Cstar, Gulli, Canal+ Cinéma, Canal+ Sport et Planète+ arrivant, quant à elles, à échéance en août 2020, le CSA a également adopté, en février 2019, les décisions permettant de recourir à la reconduction hors appel à candidatures des autorisations accordées à ces services de télévision³⁴. Les autorisations de ces chaînes ont donc, elles aussi, été reconduites à l'issue d'une procédure similaire, par des décisions du 10 juillet 2019 pour Gulli et du 11 décembre 2019 pour les autres chaînes, pour une durée supplémentaire de 5 années, soit jusqu'au 30 août 2025 pour Gulli et 31 août 2025 pour les autres³⁵.
47. L'autorisation du service Canal+ arrivant pour sa part à échéance le 5 décembre 2020, le CSA a lancé, le 26 février 2020, en application de l'article 30-1 de la loi du 30 septembre 1986, un appel à candidatures pour l'édition d'un service de télévision à vocation nationale, diffusé sous conditions d'accès, par voie hertzienne terrestre et en haute définition. À l'issue de cette procédure, par une décision du CSA du 4 décembre 2020³⁶, une nouvelle autorisation a été délivrée à Canal+ pour une durée de trois ans à compter du 6 décembre 2020³⁷, soit jusqu'au 6 décembre 2023.
48. S'agissant des chaînes 6ter, RMC Découverte, RMC Story, Chérie 25, l'Équipe et TF1 Séries Films, le CSA a publié en juin 2021 les décisions permettant de recourir à la reconduction hors appel à candidatures de leur autorisation arrivant à échéance le

³¹ <https://www.csa.fr/Informer/PAF-le-paysage-audiovisuel-francais/Les-chaines-de-la-TNT>

³² <https://www.csa.fr/Informer/Espace-presse/Communiqués-de-presse/Lancement-de-la-procedure-de-reconduction-simplifiée-des-autorisations-de-C8-W9-TMC-TFX-NRJ-12-LCI-et-Paris-Première-sur-la-TNT>

³³ Rapport annuel du CSA 2019, page 20.

³⁴ <https://www.csa.fr/Informer/Espace-presse/Communiqués-de-presse/Lancement-de-la-procedure-de-reconduction-simplifiée-des-autorisations-de-BFM-TV-Canal-Sport-Canal-Cinéma-CStar-CNews-Gulli-et-Planete-sur-la-TNT>

³⁵ Rapport annuel du CSA 2019, page 20.

³⁶ https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/texte_jo/JORFTEXT000042614718

³⁷ <https://www.csa.fr/Informer/Espace-presse/Communiqués-de-presse/Le-CSA-delivre-une-nouvelle-autorisation-d-emettre-au-Groupe-Canal-Plus>

11 décembre 2022³⁸. Le CSA devrait ainsi adopter, dans les mois à venir, les décisions de reconduction des autorisations délivrées à ces services de télévision pour 5 années supplémentaires, soit jusqu'en décembre 2027.

49. Enfin, seules les autorisations des chaînes TF1 et M6, qui arrivent à échéance en 2023, ne pourront plus bénéficier de reconductions automatiques. Des appels à candidatures devraient être lancés prochainement par le CSA.

2. UNE PLATEFORME ACCESSIBLE A L'ENSEMBLE DE LA POPULATION

50. Entre mars 2005 et décembre 2007, la TNT a été progressivement déployée, à la charge des chaînes³⁹, pour couvrir 85 % de la population métropolitaine. 129 zones de diffusion ont été nécessaires pour y parvenir. Ces zones composent le réseau de sites de diffusion dit « principal » de la TNT (ci-après « réseau principal »). Celui-ci couvre en pratique aujourd'hui 82,6 % de la population⁴⁰.
51. La loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur a défini un objectif de couverture de la population par les chaînes historiques en clair d'au moins 95 %, selon des modalités et un calendrier établis par le CSA, et a introduit un dispositif incitatif pour les nouvelles chaînes de la TNT, conduisant celles-ci à souscrire des engagements complémentaires de couverture.
52. En juillet 2007, le CSA a défini le programme de l'extension de la TNT, permettant d'atteindre l'objectif de 95 % au 30 novembre 2011 (date limite d'extinction de la télévision analogique terrestre) pour l'ensemble des chaînes, tout en garantissant à cette date, pour chaque département, une couverture minimale de 91 % de la population pour les chaînes historiques gratuites et de 85 % pour les chaînes privées.
53. Afin de mettre en œuvre ce déploiement, un réseau de sites de diffusion dit « complémentaire » ou « secondaire » (ci-après « réseau complémentaire ») a été progressivement déployé sur environ 1 500 zones de diffusion, de taille plus restreinte que celles du réseau principal. Le réseau complémentaire couvre environ 14 % de la population métropolitaine⁴¹.
54. La TNT couvre ainsi actuellement environ 97 % de la population métropolitaine⁴².

³⁸ <https://www.csa.fr/Informer/Espace-presse/Communiqués-de-presse/Procédure-de-reconduction-simplifiée-des-autorisations-des-services-TF1-Series-Films-l-Equipe-6ter-RMC-Story-RMC-Découverte-et-Chérie-25-le-Conseil-procède-aux-auditions-des-editeurs>

³⁹ <https://www.senat.fr/questions/base/2010/qSEQ100915230.html>

⁴⁰ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 11.

⁴¹ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 11.

⁴² En Outre-mer, le taux de couverture de la TNT est de 91,5 % de la population ultramarine au global même s'il reste dépendant des caractéristiques spécifiques à chaque territoire. Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 7.

3. LA MODERNISATION DE LA PLATEFORME TNT A L'HORIZON 2024

55. À l'horizon 2024⁴³, la modernisation de la plateforme TNT, proposée par le CSA en février 2018 dans sa feuille de route, devrait, sous réserve de la mise en œuvre par le gouvernement des réformes correspondantes, reposer sur deux axes.
56. Premièrement, elle pourrait conduire à enrichir la qualité d'image, en passant d'une définition HD à une définition Ultra Haute Définition (ci-après « UHD »), et de son, grâce à l'adoption des normes de diffusion DBV-T2 et HEVC. Comme indiqué par le CSA dans sa synthèse des contributions reçues à la consultation publique pour la modernisation de la plateforme TNT publiée en mai 2020, « *la ressource libérée par le passage aux normes DVB-T2 et HEVC ne permettra pas de passer l'ensemble des services existants en UHD à temps plein* »⁴⁴.
57. Dans son avis n° 2019-12 du 8 novembre 2019⁴⁵ sur le projet de loi organique modifiant la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution et le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique⁴⁶, le CSA a donc proposé de « *prévoir explicitement à l'article 30-1 de la loi de 1986 que l'autorisation accordée à un éditeur lui permet de diffuser ses programmes alternativement selon plusieurs formats* »⁴⁷.
58. Plusieurs réflexions sont actuellement menées par le CSA afin, d'une part, de déterminer les conditions nécessaires au lancement d'une offre UHD/HD améliorée sur la TNT et, d'autre part, de mettre en place une première offre en UHD/HD améliorée à court ou moyen terme (dite « offre précurseur »)⁴⁸, en amont de la bascule totale de la plateforme TNT vers de nouvelles normes techniques et de nouveaux formats d'image et de son. Le CSA a indiqué dans le cadre de l'instruction du présent avis que « *la poursuite de ce chantier est largement*

⁴³ Selon la feuille de route sur la modernisation de la TNT publiée par le CSA en février 2018, « *il ressort [des 27 contributions écrites à la consultation publique] que les Jeux Olympiques de Paris en 2024 pourraient constituer l'horizon auquel une plateforme TNT modernisée serait proposée aux téléspectateurs* » (feuille de route sur la modernisation de la TNT publiée par le CSA en février 2018, page 2).

⁴⁴ CSA, « Consultation publique pour la modernisation de la plateforme TNT : synthèse des contributions reçues », mai 2020 page 16.

⁴⁵ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039429683>

⁴⁶ Ce projet de loi est actuellement en première lecture à l'Assemblée nationale.

⁴⁷ CSA, « Consultation publique pour la modernisation de la plateforme TNT : synthèse des contributions reçues », mai 2020 page 16.

⁴⁸ Le CSA a identifié deux modalités possibles pour cette offre précurseur : « *La première [...] correspond à l'identification d'un multiplex supplémentaire à couverture partielle, en complément des six multiplex nationaux actuellement déployés. La seconde [...], qui fait l'objet de tests chez certains acteurs, consiste à « replier » l'offre existante sur cinq multiplex et à faire migrer vers les normes DVB-T2 et HEVC le sixième multiplex ainsi dégagé pour que ce dernier puisse diffuser, à l'échelle nationale, des contenus en UHD et en HD améliorée. Dans les deux cas, l'offre précurseur serait uniquement accessible aux téléspectateurs disposant d'un équipement compatible ; pour autant, tous les téléspectateurs continueraient de recevoir l'offre de TNT existante, aux formats HD et SD.* » (Consultation publique pour la modernisation de la plateforme TNT du CSA du 16 décembre 2019, page 20). Dans le cadre de l'instruction du présent avis, le CSA a indiqué, s'agissant de la seconde possibilité, qu'« *une partie des coûts nécessaires à la diffusion des programmes en format amélioré serait ainsi compensée par les économies réalisées sur la diffusion des chaînes en HD, ce qui pourrait être un élément déterminant en faveur du second scénario* » (réponse du CSA au questionnaire des services d'instruction).

tributaire de l'engagement des éditeurs de services de télévision de la TNT » et précisé que « des expérimentations techniques se poursuivent »⁴⁹.

59. Deuxièmement, le CSA a proposé d'enrichir la plateforme de la TNT en offrant des services non-linéaires et de nouvelles fonctionnalités pour le service linéaire. Deux solutions technologiques sont envisagées pour y parvenir (le « push » et la *Hybrid Broadcast Broadband TV* (ou « HbbTV »))⁵⁰.
60. À des fins d'expérimentation, le CSA a ainsi délivré, en avril 2021, deux autorisations de six mois à Arte et Salto pour proposer des services interactifs sur deux numéros dédiés de la TNT. D'autres acteurs s'étant montrés intéressés par le développement de tels services, le CSA a lancé une consultation publique, du 17 septembre au 29 octobre 2021, afin, d'une part, d'identifier les services interactifs qui pourraient être autorisés et, d'autre part, de déterminer les modalités d'autorisation, notamment au regard des ressources en fréquences et en numérotation qui pourraient être nécessaires pour leur mise en œuvre⁵¹.
61. Enfin, la récente loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique donne au CSA⁵² des outils juridiques pour procéder à la modernisation de la TNT, dont la possibilité d'autoriser des éditeurs à diffuser leurs services de télévision en UHD.
62. Le CSA a indiqué dans le cadre de l'instruction du présent avis que, dans la mesure en particulier où « *ce sont les éditeurs qui financent la diffusion de leurs contenus et qui devront donc, le cas échéant, consacrer des investissements à la modernisation de la diffusion sur la TNT* », « *le maintien de l'objectif de 2024 dépend principalement des choix stratégiques [de ces derniers] dans un contexte par ailleurs marqué par d'autres échéances majeures, comme le projet de fusion des groupes TF1 et M6 qui, s'il devait aboutir, le serait à l'automne 2023 et l'échéance en décembre 2023 de l'autorisation de Canal+* »⁵³.

4. L'AVENIR DE LA PLATEFORME TNT

63. Les Conférences Mondiales des Radiocommunications (ci-après, « CMR »), qui se tiennent environ tous les quatre ans et rassemblent les 193 pays membres de l'Union internationale des télécommunications (ci-après « l'UIT »), permettent de fixer un cadre pour l'évolution des usages des bandes de fréquences.

⁴⁹ Réponse du CSA au questionnaire des services d'instruction.

⁵⁰ Selon la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, « *la solution dite de « push » consiste à « pousser », via la plateforme TNT, des contenus sur un terminal de stockage que l'utilisateur devra préalablement installer. Celui-ci pourra ensuite consommer le contenu stocké de façon non-linéaire. La solution HbbTV consiste pour sa part en la diffusion de services hybrides de télévision associant des contenus transmis pour certains par voie hertzienne (« Broadcast ») et pour d'autres par internet (« Broadband »). Pour ces derniers, elle nécessite alors un téléviseur qui soit connecté à internet.* » (page 32).

⁵¹ <https://www.csa.fr/Informer/Espace-presse/Communiqués-de-presse/Le-CSA-lance-une-consultation-publique-sur-le-developpement-des-services-interactifs-de-la-TNT>

⁵² En application de cette loi, à compter du 1^{er} janvier 2022, le CSA et la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet vont fusionner pour laisser place à l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (l'Arcom).

⁵³ Réponse du CSA au questionnaire des services d'instruction.

64. L'affectation de la bande de fréquences 470-694 MHz, utilisée aujourd'hui par la TNT, à la diffusion de services de télévision par voie hertzienne terrestre est en principe, en application des dispositions françaises⁵⁴ et européennes⁵⁵ en vigueur, garantie jusqu'en 2030⁵⁶.
65. Cependant, la question de l'avenir, dans la Région 1 de l'UIT (Europe, Afrique, Moyen-Orient et États de l'ex-URSS), de la bande de fréquences 470-694 MHz est inscrite à l'ordre du jour de la réunion de la CMR en 2023 (ci-après « CMR-23 »)⁵⁷.
66. Plusieurs pays des Régions 2 et 3 de l'UIT, et notamment les États-Unis dès mars 2016, ont d'ores et déjà réattribué cette bande de fréquences aux opérateurs de télécommunications mobiles. L'ARCEP considère dans sa consultation publique précitée du 3 mai 2021 que « *cette situation crée une asymétrie technologique sur les usages du spectre entre les différentes régions. Cet arbitrage technologique, issu du deuxième plus gros marché mondial en matière de smartphone, risque de créer une pression sur les pays des autres régions, notamment ceux de la région 1* »⁵⁸.
67. Il est vrai, comme indiqué par l'Agence Nationale des Fréquences (ci-après « ANFR ») dans le cadre de l'instruction du présent avis, que « *la CMR-23 va examiner la possibilité d'une co-attribution au service mobile dans tout ou partie de cette bande, et tout ou partie de la Région 1 de l'UIT (Europe, Afrique, Moyen-Orient, ex-URSS)* »⁵⁹. Toutefois, il n'en demeure pas moins, d'une part, que « *l'attribution de la bande à la radiodiffusion ne sera pas remise en question* »⁶⁰ et, d'autre part, que la CMR-23 « *ne décidera pas elle-même d'un éventuel transfert de cette bande mais pourra le cas échéant se limiter à ouvrir, par le biais d'une nouvelle attribution mobile, cette possibilité* »⁶¹.
68. Comme relevé par l'ANFR et rappelé au paragraphe 64 *supra*, la décision (UE) 2017/899 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 sur l'utilisation de la bande de fréquences 470-790 MHz dans l'Union et l'article 21 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 font, en tout état de cause, obstacle à ce que, au niveau de l'Union européenne, un tel transfert soit décidé avant le 31 décembre 2030. En outre, en sus de

⁵⁴ En France, l'article 2 de la loi n° 2015-1267 du 14 octobre 2015 relative au deuxième dividende numérique et à la poursuite de la modernisation de la télévision numérique terrestre, modifiant l'article 21 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, dispose que la bande de fréquences 470-694 MHz reste affectée au CSA, au moins jusqu'au 31 décembre 2030, pour la diffusion de la TNT et que, cinq ans au moins avant cette date, le Gouvernement remettra un rapport au Parlement relatif aux perspectives de diffusion et de distribution des services de télévision en France.

⁵⁵ Au niveau européen, l'article 4 de la décision 2017/899 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 sur l'utilisation de la bande de fréquences 470-790 MHz dans l'Union, qui donne la priorité aux besoins du secteur audiovisuel au moins jusqu'en 2030, dispose que « *les États membres veillent à la disponibilité de la bande de fréquences 470-694 MHz (...) au moins jusqu'en 2030 pour la fourniture de services de radiodiffusion par voie terrestre, y compris de la télévision gratuite, (...) en fonction des besoins nationaux, tout en respectant le principe de neutralité technologique* ».

⁵⁶ Comme le préconisait le rapport remis par Pascal Lamy à la Commission européenne le 1^{er} septembre 2014 (Report to the European Commission, Results of the work of the high level group on the future of the UHF band (470-790 MHz), Pascal Lamy, 1^{er} septembre 2014).

⁵⁷ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 31.

⁵⁸ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 31.

⁵⁹ Réponse de l'ANFR au questionnaire des services d'instruction.

⁶⁰ Réponse de l'ANFR au questionnaire des services d'instruction.

⁶¹ Réponse de l'ANFR au questionnaire des services d'instruction.

« *la primauté des choix européens* »⁶² en la matière, l'ANFR souligne la nécessité d'une approche coordonnée au niveau européen en raison des difficultés de coexistence aux frontières entre mobile et radiodiffusion. Par conséquent, aucune modification ne devrait être apportée au support spectral de la TNT d'ici 2030.

II. Le contexte de la saisine

A. LES TROIS PREMIERS CYCLES DE RÉGULATION EX ANTE DU MARCHÉ DE GROS AMONT DES SERVICES DE DIFFUSION DE LA TNT

69. En 2006, considérant que « *la mise en place d'un dispositif de régulation ex ante sur le marché de gros amont [avait] notamment pour objectif, en permettant à la concurrence entre diffuseurs de se développer, de rendre le marché de gros aval plus concurrentiel* »⁶³, l'ARCEP a mis en place un dispositif de régulation *ex ante* sur le marché de gros amont des services de diffusion de la TNT.
70. Ce marché correspond à une partie du dix-huitième marché, listé par la Commission européenne en annexe de sa recommandation du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, et défini comme le marché de gros des « *services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finals* »⁶⁴. Celui-ci a ensuite été retiré de la liste des marchés présumés pertinents pour une régulation sectorielle lorsque la Commission a mis à jour sa recommandation en 2007⁶⁵, en 2014⁶⁶ puis en 2020⁶⁷, en raison, notamment, du constat d'une plus grande concurrence, au niveau européen, entre les plateformes de diffusion de la télévision. Toutefois, les autorités sectorielles nationales peuvent « *définir d'autres marchés de produits et de services pertinents qui ne sont pas énumérés dans la présente recommandation, si elles peuvent prouver que, dans leur contexte national, les marchés*

⁶² Réponse de l'ANFR au questionnaire des services d'instruction.

⁶³ Décision n° 06-160 de l'Autorité de régulation des télécommunications du 6 avril 2006, page 8.

⁶⁴ Annexe à 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.

⁶⁵ Annexe à 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.

⁶⁶ Annexe à la recommandation de la Commission européenne du 9 octobre 2014 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE.

⁶⁷ Annexe à la recommandation de la Commission européenne du 18 décembre 2020 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 (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil établissant le code des communications électroniques européen.

satisfont au test des trois critères »⁶⁸. C'est sur ce fondement que l'ARCEP a décidé, en 2009, 2012 et 2015, de poursuivre la régulation du marché de gros amont des services de diffusion de la TNT.

71. Tout au long des quatre premiers cycles de régulation, l'ARCEP a imposé à TDF des obligations d'accès, de non-discrimination, de transparence, de contrôle tarifaire, de séparation comptable et de comptabilisation des coûts. Les modalités de cette régulation, en particulier celles relatives aux obligations de contrôle tarifaire, ont évolué au fil du temps.
72. Lors du premier cycle de régulation (2006-2009)⁶⁹, afin d'éviter que TDF soit en mesure d'augmenter indûment le tarif de son offre de gros d'accès sur les sites où la concurrence en infrastructures était la moins probable et/ou de baisser son prix là où une concurrence en infrastructures était la plus probable, l'ARCEP avait imposé à TDF l'obligation de ne pratiquer ni des tarifs d'éviction ni des tarifs excessifs.
73. Lors du deuxième cycle de régulation (2009-2012)⁷⁰, l'ARCEP, observant que « *le déploiement d'infrastructures alternatives à celles de TDF [dépendait] fortement de la typologie des sites* »⁷¹, avait imposé à TDF des obligations de contrôle tarifaire distinctes selon que les tarifs s'appliquaient à des sites répliquables ou à des sites réputés non répliquables en application de critères objectifs. Sur ces derniers, afin d'éviter qu'elle bénéficie d'une « *rente liée à son quasi-monopole sur les offres de gros de diffusion de la TNT proposées sur ses sites non-répliquables* », TDF s'était vu imposer de pratiquer des tarifs reflétant ses coûts, lesquels étaient évalués en prenant en compte les principes d'efficacité des investissements⁷², de non-discrimination et de concurrence effective et loyale⁷³. Sur les sites répliquables, l'ARCEP continuait d'interdire à TDF de pratiquer des tarifs d'éviction ou des tarifs excessifs.
74. Lors du troisième cycle de régulation (2012-2015)⁷⁴, l'ARCEP a notamment maintenu l'obligation d'orienter les tarifs vers les coûts sur un certain nombre de sites réputés non répliquables et précisé les notions de non-éviction et de non-excessivité, « *tant pour assurer à TDF une plus grande sécurité juridique que pour permettre aux opérateurs alternatifs de mieux anticiper les évolutions tarifaires de TDF* »⁷⁵. Par ailleurs, l'ARCEP a levé l'interdiction de pratiquer des tarifs excessifs sur les sites de TDF déjà répliqués, considérant que le jeu de la concurrence devait suffire à dissuader TDF de pratiquer de tels tarifs sur les zones concernées.

⁶⁸ Recommandation précitée de la Commission européenne du 18 décembre 2020, paragraphe 22.

⁶⁹ Voir les décisions n° 06-160 et n° 06-161 de l'Autorité de régulation des télécommunications du 6 avril 2006.

⁷⁰ Voir la décision précitée n° 2009-0484 de l'ARCEP du 11 juin 2009.

⁷¹ Décision précitée n° 2009-0484 de l'ARCEP du 11 juin 2009, page 53.

⁷² Les coûts pris en compte devaient correspondre à ceux encourus par un opérateur efficace (les coûts exposés par TDF étaient comparés, dans la mesure du possible et au moins sur la base des tarifs correspondants, à ceux d'autres opérateurs fournissant des prestations comparables).

⁷³ Décision précitée n° 2009-0484 de l'ARCEP du 11 juin 2009, pages 56 et 57.

⁷⁴ Voir la décision n° 2012-1137 de l'ARCEP du 11 septembre 2012 portant sur la définition du marché pertinent de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché.

⁷⁵ Décision précitée n° 2012-1137 de l'ARCEP du 11 septembre 2012, page 57.

B. LE QUATRIÈME CYCLE DE REGULATION EX ANTE DU MARCHÉ DE GROS AMONT DES SERVICES DE DIFFUSION DE LA TNT

1. LA DECISION D'ANALYSE DE MARCHE DE 2015

75. Pour définir le quatrième cycle de régulation (allant initialement de 2015 à 2018)⁷⁶, l'ARCEP a estimé, au vu notamment de la réduction du nombre de multiplex, qu'il était « *justifié d'envisager une levée progressive de la régulation, tout en veillant à préserver l'équilibre économique de la plateforme TNT* »⁷⁷. L'ARCEP a précisé que « *l'objectif principal* » du cycle était « *de continuer à lever les freins à la concurrence par les infrastructures pour inciter à des investissements mutualisés selon un modèle de "tower company", tout en encourageant les multiplex [...] à prendre pleinement conscience du rôle essentiel qu'ils ont à jouer pour faire vivre la concurrence* »⁷⁸.
76. S'agissant des obligations de contrôle tarifaire, l'ARCEP a décidé de maintenir l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts sur les sites réputés non répliqués, ainsi que l'obligation de non-éviction sur les sites répliqués et l'obligation de non-excessivité sur les sites répliqués non répliqués, tout en n'affichant plus de critères conduisant à présumer de la non-excessivité des tarifs d'accès⁷⁹. En outre, l'ARCEP a considéré, que dans un contexte d'attrition du marché, il était justifié de ne plus inciter les diffuseurs alternatifs à investir dans des infrastructures non transférables et non mutualisables avec d'autres activités comme la diffusion de la radio ou l'hébergement des équipements des opérateurs mobiles. À cet égard, elle a levé l'obligation imposée à TDF, sur l'ensemble de ses sites, de proposer une offre d'hébergement d'antennes alternatives sur ses pylônes. Elle a en revanche imposé à TDF le maintien des prestations d'hébergement antennaire déjà offertes⁸⁰. Enfin, l'ARCEP a décidé de ne plus imposer à TDF de publier des tarifs d'accès pour les sites ayant fait l'objet d'une réplique totale. Toutefois, TDF devait transmettre ces informations à l'ARCEP et, sur demande, à tout diffuseur alternatif qui n'aurait pas répliqué son infrastructure⁸¹.
77. Il convient par ailleurs d'indiquer que la décision d'analyse de marché de l'ARCEP de 2015 inclut en annexe une lettre de TDF du 15 octobre 2015, en vertu de laquelle TDF formulait des engagements pour les trois années d'application de la décision. TDF s'était engagée, s'agissant des sites répliqués, à :
- tout en maintenant la clause de résiliation anticipée des contrats de gros amont inscrite dans les conditions générales de services, diminuer le montant des indemnités à 40 % du prix du contrat qui aurait dû être payé par l'opérateur au titre de la fourniture du service, de la date de résiliation effective jusqu'au terme de la 4^{ème} année du contrat, et à 20 % du prix du contrat qui aurait dû être payé par l'opérateur au titre de la fourniture du service, à compter du terme de la 4^{ème} année du contrat ou de la date de résiliation

⁷⁶ Voir la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015.

⁷⁷ Décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015, page 63.

⁷⁸ Communiqué de presse de l'ARCEP du 17 décembre 2015.

⁷⁹ Voir la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015, page 82.

⁸⁰ Voir la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015, page 69.

⁸¹ Voir la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015, article 6.

effective si elle intervient au cours de la 5^{ème} année du contrat jusqu'au terme de la 5^{ème} année de ce dernier ; et

- instaurer, en plus des conditions de résiliation anticipée décrites au point précédent, un quota de résiliation de contrats de gros amont de 5 % par an, appliqué à une assiette de chiffre d'affaires qualifiant déduite du chiffre d'affaires réalisé par TDF avec chaque opérateur alternatif, au sein duquel aucune indemnité n'est due.

2. LA DECISION DE PROLONGATION DE 2019

78. La décision d'analyse de marché de 2015 arrivant à son terme en décembre 2018, l'ARCEP envisageait initialement de proposer l'arrêt de la régulation en 2019. Cette analyse s'appuyait notamment sur la circonstance que, pour la première fois en 2017, la consommation de télévision sur la plateforme IPTV⁸² avait dépassé la consommation de télévision sur la plateforme TNT, ainsi que sur le développement du nombre d'accès internet à haut et très haut débit dans les foyers français, permettant de regarder la télévision par internet, et les effets du plan national « France Très Haut Débit ».
79. Cependant, les acteurs consultés par l'ARCEP se sont unanimement prononcés contre l'arrêt de la régulation. Ils soulignaient notamment les insuffisances d'un débit de 8 Mbits/s offert par une connexion internet pour supporter la consommation audiovisuelle d'un foyer, compte tenu non seulement du nombre de téléviseurs par logement mais aussi des autres usages consommant de la bande passante. Ils faisaient également valoir que l'obligation légale faite aux éditeurs des chaînes d'assurer une couverture exclusivement hertzienne de 95 % de la population les empêche de s'émanciper de la plateforme TNT au profit d'autres plateformes de diffusion⁸³.
80. S'appuyant également sur l'annonce faite par le gouvernement d'une réforme de l'audiovisuel courant 2019, « *au terme de laquelle le cadre légal applicable au secteur audiovisuel français pourrait se trouver significativement modifié* » et nécessitant « *un contexte serein* » pour « *favoriser la bonne concertation et coopération des acteurs du secteur* »⁸⁴, l'ARCEP a donc abandonné la perspective d'une dérégulation dès 2019 et s'est prononcée en faveur d'une prolongation de la régulation existante.
81. Tout en précisant que le délai de prolongation était nécessaire pour « *mener à bien une analyse de marché* » qui, compte tenu « *de la nouvelle avancée des déploiements des réseaux filaires et de l'augmentation en conséquence des débits disponibles pour la population, [...] pourrait conduire à la levée de la régulation* », l'ARCEP a, par sa décision de prolongation de 2019, prolongé de 2 ans, soit jusqu'au 17 décembre 2020, la durée d'application de sa décision d'analyse de marché de 2015. À cet égard, il convient de rappeler que l'Autorité avait préconisé, dans son avis précité n° 19-A-03 du 24 janvier 2019, une prolongation de 3 ans afin de ne pas porter atteinte, dans un contexte marqué par le renouvellement de plus

⁸² La diffusion sur les réseaux cuivre et fibre peut être organisée suivant deux modèles, selon que le flux vidéo est distribué par le fournisseur d'accès à internet (on parle alors de télévision sur IP ou d' « IPTV ») ou non (la diffusion étant alors qualifiée d' « over the top » ou « OTT »). Voir la consultation publique de l'ARCEP sur son analyse du bilan et des perspectives d'évolution de la régulation du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre, 20 juin 2018, page 29.

⁸³ Voir la décision précitée n° 2019-0555 de l'ARCEP du 16 avril 2019, page 4.

⁸⁴ Voir la décision précitée n° 2019-0555 de l'ARCEP du 16 avril 2019, pages 4 et 5.

de 5 000 contrats de diffusion en 2021, à la pérennisation de towerCast sur les nombreux sites où son offre sur le marché de gros aval dépend des possibilités d'hébergement sur les pylônes de TDF⁸⁵.

82. L'ARCEP a en outre actualisé l'annexe 4 de sa décision d'analyse de marché de 2015 en précisant, pour la période de prolongation, les pentes d'évolutions tarifaires des prestations de diffusion des sites réputés non répliquables de TDF, cela lui permettant de vérifier le respect par TDF de son obligation de pratiquer sur ces sites des tarifs orientés vers les coûts.
83. Enfin, la décision de prolongation de 2019 contenait en annexe une lettre du 15 avril 2019, en vertu de laquelle TDF renouvelait ses engagements découlant de sa lettre précitée du 15 octobre 2015. Dans le cadre de cette nouvelle lettre, TDF s'était engagée à :
- prolonger la durée de validité de son offre de référence de 2020 jusqu'au 31 mai 2021, pour des mises en service intervenant jusqu'au 31 décembre 2021, permettant ainsi de couvrir les appels d'offres lancés par les multiplex au cours de l'année 2021 ;
 - étendre, pour la durée de prolongation du quatrième cycle de régulation et s'agissant des sites répliquables, non seulement la clause de résiliation anticipée des contrats de gros amont inscrite dans les conditions générales de services, mais également le quota annuel de résiliation sans indemnité de contrats de gros amont, dont le montant a été doublé passant ainsi de 5 % à 10 % (les autres paramètres de ce mécanisme étant restés inchangés).
84. La modification apportée par TDF à son mécanisme de résiliation sans indemnité de contrats de gros amont allait ainsi dans le sens de la recommandation formulée par l'Autorité dans le cadre de son avis précité n° 19-A-03⁸⁶.
85. Le tableau ci-dessous récapitule les deux recommandations formulées par l'Autorité en 2019 et présente également les suites qui leur ont été données :

Recommandations formulées par l'Autorité dans le cadre de son avis n° 19-A-03	Suites données aux recommandations formulées par l'Autorité dans le cadre de son avis n° 19-A-03
Renforcer le mécanisme de résiliation sans indemnité de contrats de gros amont, figurant dans la lettre d'engagements de TDF du 15 octobre 2015 annexée à la décision d'analyse de marché de 2015, dans le sens d'une augmentation sensible du nombre de contrats d'accès pouvant être résiliés sans qu'aucune indemnité ne soit due à TDF.	TDF s'est engagée à doubler le montant du quota annuel de résiliation sans indemnité de contrats de gros amont, qui est ainsi passé de 5 % à 10 % ⁸⁷ .
Prolonger de trois ans l'application de la décision d'analyse de marché de 2015.	L'ARCEP a prolongé uniquement de deux ans l'application de la décision d'analyse de marché de 2015.

Source : Élaboration propre à partir de l'avis n° 19-A-03 de l'Autorité et de la décision de l'ARCEP de prolongation de 2019.

⁸⁵ Voir l'avis précité n° 19-A-03 de l'Autorité du 24 janvier 2019, pages 29, 30 et 31.

⁸⁶ Voir l'avis précité n° 19-A-03 de l'Autorité du 24 janvier 2019, page 26.

⁸⁷ Dans le cadre de sa lettre d'engagements du 15 avril 2019, annexée à la décision de prolongation de 2019.

86. Par ailleurs, le tableau suivant résume, hormis les engagements devant être également respectés par TDF et rappelés au paragraphe 83 *supra*, les obligations réglementaires reposant sur TDF au cours du quatrième cycle de régulation :

Obligations non-tarifaires (obligation de non-discrimination entre opérateurs alternatifs, obligations de faire droit aux demandes raisonnables d'accès aux offres de gros du marché amont, obligation de transparence concernant aussi bien l'offre technique et tarifaire de référence que les conventions d'accès)
Obligations tarifaires <ul style="list-style-type: none">- Obligation d'orienter les tarifs vers les coûts sur les sites non répliqués- Obligation de ne pas pratiquer des tarifs d'éviction sur l'ensemble des sites répliqués, que ceux-ci aient été ou pas répliqués- Obligation de ne pas pratiquer des tarifs excessifs sur les sites répliqués qui n'ont pas été répliqués
Obligations de séparation comptable et de comptabilisation des coûts

Source : Élaboration propre à partir de la décision de l'ARCEP d'analyse de marché de 2015 et de la décision de l'ARCEP de prolongation de 2019.

C. LE PROJET DE DÉCISION DE L'ARCEP POUR LE CYCLE 2022-2026

87. Dans le cadre de son projet de décision, objet de la présente demande d'avis, l'ARCEP souhaite engager, pour la période 2022-2026, un cinquième cycle de régulation du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels numériques, afin de « *permettre aux diffuseurs alternatifs d'intervenir dans des circonstances équivalentes à TDF sur le marché de gros aval des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels* »⁸⁸.
88. Après avoir constaté que « *la diffusion par voie hertzienne terrestre ne peut être aujourd'hui considérée comme parfaitement substituable aux autres modes de diffusion de la télévision pour les chaînes de télévision (et donc leurs multiplex)* »⁸⁹, l'ARCEP retient, comme dans le cadre des précédents cycles de régulation, le marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels numériques comme le marché pertinent en termes de produits et de services⁹⁰. Elle maintient également la délimitation géographique de ce marché comme couvrant l'ensemble du territoire national⁹¹.
89. L'ARCEP considère ensuite, une nouvelle fois, que les trois critères permettant d'apprécier la pertinence d'une régulation *ex ante* du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels numériques sont remplis. Outre l'existence de barrières à l'entrée élevées et non-provisoires ainsi que l'insuffisance du droit de la

⁸⁸ Voir le projet de décision de l'ARCEP, page 45.

⁸⁹ Voir le projet de décision de l'ARCEP, page 31.

⁹⁰ Voir le projet de décision de l'ARCEP, page 31.

⁹¹ Voir le projet de décision de l'ARCEP, page 31.

concurrence pour remédier seul aux défaillances du marché, l'ARCEP relève à cet égard que « *l'équilibre économique trouvé par les concurrents de TDF n'est pas encore suffisamment robuste pour considérer avec certitude que les perspectives de développement de la concurrence, sur la période 2022-2026, soient suffisantes pour garantir, à long terme, l'exercice d'une concurrence effective entre diffuseurs* »⁹².

90. À l'image des objectifs poursuivis par les quatre premiers cycles de régulation de ce marché de gros amont, le cinquième cycle doit ainsi viser, selon l'ARCEP, à :
- « sécuriser l'accès des diffuseurs alternatifs aux ressources dont ils ont besoin sur le marché amont pour intervenir sur le marché aval » ;
 - « assurer une prévisibilité aux acteurs du marché tout en maintenant une pression tarifaire suffisante sur l'opérateur exerçant une influence significative sur ce marché [identifié comme étant TDF] » ; et
 - « sécuriser les investissements passés réalisés par les diffuseurs alternatifs »⁹³.
91. Néanmoins, ce nouveau cycle se distingue des précédents en ce que l'ARCEP envisage d'accepter et de rendre opposables les engagements proposés par TDF, dans leur version du 19 octobre 2021 annexée au projet de décision, en application du nouvel article L. 38-1-1 du CPCE⁹⁴, qui dispose, dans son premier paragraphe, que « *L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse peut accepter les engagements souscrits auprès d'elle par les opérateurs, réputés exercer une influence significative sur un ou plusieurs marchés pertinents en application de l'article L. 37-1 relatifs au co-investissement ou aux conditions d'accès à leurs réseaux lorsqu'elle établit que ces engagements sont de nature à contribuer à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 et notamment au développement d'une concurrence effective dans le secteur des communications électroniques* ». Ce serait la première fois que l'ARCEP déciderait de ne pas imposer d'obligations réglementaires en application des articles L. 38 et L. 38-1 du CPCE. Le cinquième cycle de régulation reposerait donc ainsi uniquement sur les engagements proposés par TDF, que la décision de l'ARCEP viendrait rendre obligatoires.
92. L'ARCEP estime en effet que ces engagements permettraient à la fois de prendre en compte les évolutions du marché pertinent et « *d'éviter d'éventuels comportements abusifs de TDF compte tenu de son influence significative sur le marché* ». Ils répondraient donc, selon l'ARCEP, aux objectifs du nouveau cycle de régulation identifiés dans son projet de décision et contribueraient à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE, tout en s'inscrivant dans la démarche, initiée par l'ARCEP en 2015, d'allègement de la régulation du marché⁹⁵.
93. Si l'ARCEP acceptait et rendait opposables les engagements proposés par TDF en octobre 2021, les changements concernant les obligations reposant sur TDF seraient de deux ordres. D'une part, les obligations en termes tarifaires et comptables seraient réduites.

⁹² Voir le projet de décision de l'ARCEP, page 39.

⁹³ Voir le projet de décision de l'ARCEP, page 46.

⁹⁴ Créé par l'ordonnance n° 2021-650 du 26 mai 2021 portant transposition de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen et relative aux mesures d'adaptation des pouvoirs de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse.

⁹⁵ Voir la réponse de l'ARCEP au premier questionnaire adressé par les services d'instruction.

D'autre part, les engagements supprimeraient essentiellement les obligations d'information *a priori* reposant sur TDF en vertu de la décision de prolongation de 2019.

94. En effet, contrairement à la situation qui prévalait avant le cinquième cycle de régulation envisagé, le mécanisme proposé supprime ou réduit les obligations non tarifaires antérieures suivantes :

- (i) informer l'ARCEP de la signature de conventions d'offres d'accès pour ses offres de gros amont de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, ainsi que les avenants correspondants, au plus tard dans les 7 jours suivant leur conclusion, et transmettre l'ensemble de ces éléments à l'ARCEP sur demande (voir les alinéas 1 et 2 de l'article 5 de la décision d'analyse de marché de 2015) ;
- (ii) permettre aux opérateurs et à l'ARCEP d'avoir accès en permanence, par le biais d'un outil opérationnel, aux informations listées en annexe 2 de la décision d'analyse de marché de 2015 pour chacun de ses sites à l'exception des sites ou antennes ayant fait l'objet d'une réplique, pour lesquels ces informations devaient être transmises à l'ARCEP et, le cas échéant, sur demande, à un diffuseur alternatif autre que celui ayant répliqué son infrastructure (voir les alinéas 3 et 4 de l'article 5 de la décision d'analyse de marché de 2015) ;
- (iii) mettre à jour, pour chacun de ses sites et chaque multiplex, les informations susmentionnées au point (ii) au plus tard 4 mois avant la date limite de réponse des opérateurs au premier tour de tout appel d'offres d'un multiplex sur ce site (voir l'alinéa 5 de l'article 5 de la décision d'analyse de marché de 2015) ;
- (iv) fournir sur demande, et en ce qui concerne les points de services faisant l'objet de réaménagements de fréquences par le CSA, une étude technique préalable relative à une prestation « DiffHF-TNT »⁹⁶ telle que prévue à l'annexe 1 de la décision d'analyse de marché de 2015 (voir l'alinéa 6 de l'article 5 de la décision d'analyse de marché de 2015).
- (v) transmettre à l'ARCEP, et le cas échéant, sur demande, à un diffuseur alternatif autre que celui ayant répliqué son infrastructure, les offres de référence technique et tarifaire de ses sites ou antennes répliqués (voir l'alinéa 5 de l'article 6 de la décision d'analyse de marché de 2015) ;
- (vi) publier, au plus tard un mois après la date de la notification de la décision que l'ARCEP s'apprête à adopter, la première offre de référence technique et tarifaire prise en application de ladite décision (voir l'alinéa 2 de l'article 7 de la décision d'analyse de marché de 2015);
- (vii) prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les conventions en vigueur qui ne respectent pas les dispositions de la décision que l'ARCEP s'apprête à adopter soient mises en conformité avec celles-ci dans les deux mois à compter de la modification des offres de référence que TDF est tenue de proposer (voir l'alinéa 3 de l'article 7 de la décision d'analyse de marché de 2015). **TDF serait uniquement tenue de le faire dans un délai raisonnable ;**
- (viii) mettre à jour, à la suite de la publication des gabarits⁹⁷ ou des dossiers de numérisation par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'offre de référence

⁹⁶ Prestation de diffusion *via* une antenne de TDF.

⁹⁷ Afin de ne pas interférer avec les émetteurs voisins, la puissance d'émission d'un émetteur TNT peut être réduite dans certaines directions. On parle alors de gabarit de rayonnement de l'émetteur.

technique et tarifaire au plus tard un mois avant la date limite de réponse des opérateurs au premier tour de l'appel d'offres pour le point de service concerné (voir l'alinéa 5 de l'article 7 de la décision d'analyse de marché de 2015) ;

95. Sur le plan tarifaire, est supprimée l'obligation antérieure suivante :
- (ix) orienter les tarifs vers les coûts pour les sites réputés non répliquables (voir l'article 8 de la décision d'analyse de marché de 2015) ;
96. S'agissant enfin des obligations de séparation comptable et de comptabilisation des coûts, est réduite l'obligation antérieure consistant à :
- (x) mettre en œuvre, pour les comptes des années 2021 à 2025, une séparation comptable et une comptabilisation des coûts, selon les modalités définies par la décision n° 2008-0409 de l'ARCEP du 8 avril 2008 (voir le premier alinéa de l'article 10 de la décision d'analyse de marché de 2015), et réaliser ces comptes en utilisant le taux de rémunération du capital défini par la décision de prolongation de 2019 (voir la décision de prolongation de 2019) ; TDF serait uniquement tenue de le faire selon un système simplifié qu'elle présenterait à l'ARCEP au cours de l'année 2022 et sur la base d'un taux de rémunération du capital qu'elle déterminerait elle-même à partir des standards européens en prenant en compte le risque lié, selon elle, au caractère déclinant du marché de la télédiffusion audiovisuelle.

III. Analyse

A. SUR LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT

97. Avant de vérifier si les conditions d'une régulation *ex ante* du marché de gros amont sont toujours réunies, la question de la délimitation du marché de gros aval doit à nouveau être soulevée.

1. LA DELIMITATION DU MARCHE DES SERVICES

98. Le marché pertinent est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services spécifiques, considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux, mais non substituables aux autres biens et services offerts⁹⁸.
99. S'agissant de la délimitation du marché de gros aval des services de diffusion de la TNT, du côté de l'offre, à l'instar de la position qu'avait développée l'ARCEP dans sa décision d'analyse de marché n° 2009-0484 du 11 juin 2009⁹⁹, il convient de noter qu'un opérateur de diffusion de la TNT ne serait pas en mesure de déployer de façon immédiate et efficace

⁹⁸ Voir notamment le rapport d'activité 2001 du Conseil de la concurrence du 17 juillet 2002.

⁹⁹ Voir la décision précitée n° 2009-0484 de l'ARCEP du 11 juin 2009, page 21.

un réseau alternatif de diffusion de la télévision numérique sur d'autres plateformes, étant donné le volume considérable d'investissements nécessaires¹⁰⁰.

100. Du côté de la demande, l'analyse de substituabilité doit être conduite à deux niveaux. Il convient d'apprécier le degré de substituabilité :
- pour les chaînes, entre les offres de diffusion sur la TNT et celles proposées sur les autres réseaux (cuivre, fibre, câble, satellite et réseaux de communications électroniques mobiles) ;
 - pour les utilisateurs finals, entre la TNT et les autres plateformes de réception de la télévision numérique. En effet, il paraît nécessaire de tenir compte de l'influence exercée par les préférences des téléspectateurs en la matière.

a) Analyse de substituabilité au niveau des chaînes

101. La TNT demeure une plateforme incontournable pour les services de télévision.
102. En premier lieu, la plateforme TNT offre une couverture d'environ 97 % de la population métropolitaine, sans commune mesure avec celle offerte par le cuivre et la fibre¹⁰¹.
103. Certes, d'une part, au 30 juin 2021, le nombre d'abonnements internet à haut débit ou très haut débit s'élevait à 31 millions, dont 14,4 millions d'abonnements à haut débit et 16,6 millions d'abonnements à très haut débit¹⁰². D'autre part, comme indiqué par l'ARCEP dans le cadre de l'instruction du présent avis, à la fin du premier semestre 2021, 90 % des 42 millions de locaux situés en France étaient éligibles à un bon haut débit fixe, soit un débit d'au moins 8 Mbits/s, et 74 % au très haut débit fixe, soit un débit d'au moins 30 Mbits/s¹⁰³.
104. Toutefois, ces chiffres englobent à la fois les logements et les entreprises, de sorte qu'ils ne reflètent pas la part des seuls foyers bénéficiant aujourd'hui d'un bon haut débit fixe ou d'un très haut débit fixe. La couverture du territoire national en haut et très haut débit fixe demeure donc aujourd'hui, en tout état de cause, inférieure à celle de la TNT¹⁰⁴.
105. En outre, la Cour des comptes avait relevé, dans son rapport public thématique sur les réseaux fixes de haut et très haut débit publié en janvier 2017, que l'atteinte de l'objectif de couverture à 100 % des logements en très haut débit fixe à l'horizon 2022, établi par le Plan France Très Haut Débit, paraissait compromise¹⁰⁵. À cet égard, towerCast a relevé, dans sa contribution à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, que « *la France est le pays européen où le très haut débit est le moins déployé avec seulement 62 % des foyers éligibles à une offre internet d'un débit supérieur à 30 Mbit/s. En outre, l'objectif de*

¹⁰⁰ Voir notamment l'avis précité n° 19-A-03 de l'Autorité du 24 janvier 2019, page 21.

¹⁰¹ Seule la plateforme satellitaire offre un taux de couverture de la population métropolitaine sensiblement équivalent à celui de la plateforme TNT.

¹⁰² Observatoire haut et très haut débit : abonnements et déploiements (T2 2021) publié par l'ARCEP le 9 septembre 2021, page 3.

¹⁰³ Réponse de l'ARCEP au premier questionnaire des services d'instruction.

¹⁰⁴ Réponse de l'ARCEP au premier questionnaire des services d'instruction.

¹⁰⁵ Voir le rapport public thématique de la Cour des comptes sur les réseaux fixes de haut et très haut débit publié en janvier 2017, page 84.

100 % de couverture en 2022 sera atteint par une combinaison de technologies plutôt que par du 100 % fibre »¹⁰⁶.

106. En deuxième lieu, grâce à la généralisation de la norme de compression MPEG-4, qui a contribué à améliorer considérablement la qualité de l'image et du son, les chaînes de la TNT sont désormais presque toutes diffusées en HD.
107. En outre, dans leur contribution à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, le groupe M6 a mis en avant l'uniformité de la qualité d'encodage de la TNT sur la totalité du territoire¹⁰⁷ et le groupe Altice a quant à lui ajouté, à l'instar de ce qu'a indiqué le groupe NRJ aux services d'instruction¹⁰⁸, que « *la TNT demeure la seule plateforme offrant un accès gratuit et anonyme à la télévision avec un niveau de qualité de service constant* »¹⁰⁹.
108. Or, ni les réseaux filaires ni les réseaux de communications électroniques mobiles n'offrent de tels avantages en termes de qualité de réception de la télévision.
109. En ce qui concerne les réseaux filaires, il ressort des réponses à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021 que, comme en 2018, des acteurs du secteur, dont notamment les groupes Altice, TF1, Salto, NRJ, M6 et France Télévisions, considèrent toujours qu'un débit de 8 Mbits/s est insuffisant pour supporter la consommation des services de télévision d'un foyer compte tenu non seulement du nombre de téléviseurs par logement mais aussi des autres usages consommant de la bande passante.
110. Selon ces acteurs, ce débit ne sera pas non plus suffisant pour diffuser l'ensemble des chaînes en UHD, comme le prévoit pourtant le projet de modernisation de la TNT décrit ci-avant. Comme l'a souligné le CSA dans le cadre de l'instruction, « *pour recevoir simultanément des programmes en UHD sur n téléviseurs, il est nécessaire d'avoir un débit minimum de n fois le débit minimum pour un seul poste* », étant précisé que « *le débit de 8 Mbit/s est retenu comme minimal pour recevoir la télévision par internet en HD* »¹¹⁰. Le CSA a également précisé qu'« *il n'est pas toujours suffisant de disposer du débit minimum recommandé pour visionner des programmes en UHD : les fournisseurs d'accès à internet peuvent, par exemple, conditionner l'accès à ces programmes aux seuls souscripteurs des offres internet fibre* »¹¹¹.
111. S'agissant des réseaux de communications électroniques mobiles, selon les groupes France Télévisions, TF1, Altice, NRJ, Canal+ et M6, ces réseaux n'offrent pas une qualité et une stabilité suffisantes pour permettre de visionner les services de télévision dans des conditions satisfaisantes¹¹².

¹⁰⁶ Version non-confidentielle de la contribution de towerCast à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 44.

¹⁰⁷ Contribution du groupe M6 à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021.

¹⁰⁸ Réponse de NRJ au questionnaire des services d'instruction.

¹⁰⁹ Contribution du groupe Altice à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021.

¹¹⁰ Réponse du CSA au questionnaire des services d'instruction.

¹¹¹ Réponse du CSA au questionnaire des services d'instruction.

¹¹² Réponses de France Télévisions, TF1, Altice, NRJ, Canal+ et M6 au questionnaire des services d'instruction.

112. À cet égard, le groupe TF1, de même que les groupes NRJ¹¹³ et M6¹¹⁴, a, par exemple, mis en avant, dans le cadre de l'instruction du présent avis, le caractère « *structurellement inadapté* » de la distribution en mode unicast, technologie utilisée par les réseaux mobiles, pour la « *diffusion de contenu linéaire pour de larges audiences* »¹¹⁵. Par ailleurs, si le groupe France Télévisions avance que le déploiement de la 5G, intégrant une fonctionnalité broadcast ou multicast, pourrait « *améliorer la capacité des réseaux mobiles à distribuer des flux vidéos* », il relève dans le même temps que « *la généralisation de ce type de service n'est toutefois pas attendue avant 2027 au mieux* »¹¹⁶. Le groupe NRJ précise enfin que « *bien que prometteuse et observée par les éditeurs depuis quelques années déjà, la « 5G Broadcast » doit encore faire l'objet de tests et évaluations complémentaires, notamment pour son intégration dans les différents terminaux de réception* »¹¹⁷.
113. L'ensemble de ces groupes audiovisuels estime donc que les réseaux de communications électroniques mobiles n'ont pas la capacité de concurrencer, à court ou moyen terme, la diffusion de la télévision par voie hertzienne¹¹⁸. Il n'y a ainsi pas de substitution fonctionnelle entre la voie hertzienne terrestre et les réseaux de téléphonie mobile pour la diffusion de la télévision.
114. Enfin, selon l'intégralité des groupes audiovisuels ayant contribué à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, les différentes plateformes de diffusion de la télévision numérique restent complémentaires. Comme l'a souligné par exemple le groupe Altice, « *la diffusion sur le vecteur TNT reste une obligation de service imposée par le Régulateur pour tout éditeur bénéficiant d'une autorisation de diffusion par voie Hertzienne pour l'édition d'un service de télévision à vocation nationale. Ainsi, une chaîne de télévision décidant de ne plus être tributaire de la TNT pour sa diffusion perdrait son autorisation d'éditeur de la plateforme et ne pourrait continuer de bénéficier des avantages liés à ce mode de diffusion (Numérotation, maître de sa propre diffusion ...)* »¹¹⁹. Du point de vue des éditeurs de services de télévision disposant d'une autorisation d'émettre par voie hertzienne terrestre, il n'est donc pas possible d'arbitrer entre la diffusion de leurs services par voie hertzienne terrestre et une diffusion par le biais d'autres réseaux.
115. Par ailleurs, il ressort des éléments de l'instruction (voir paragraphes 67 et 43 *supra*) que la perspective d'une éventuelle suppression de cette obligation légale de couverture semble peu probable à court terme compte tenu des dispositions juridiques françaises et européennes en vigueur qui garantissent jusqu'en 2030 la disponibilité de la bande de fréquences 470-694 MHz pour la fourniture de services de radiodiffusion par voie terrestre.
116. Ainsi, au vu de l'ensemble de ce qui précède, la plateforme TNT continuera, à court terme, à présenter des caractéristiques la rendant difficilement substituable aux autres plateformes de diffusion de la télévision numérique.

¹¹³ Réponse de NRJ au questionnaire des services d'instruction.

¹¹⁴ Réponse de M6 au questionnaire des services d'instruction.

¹¹⁵ Réponse de TF1 au questionnaire des services d'instruction.

¹¹⁶ Réponse de France Télévisions au questionnaire des services d'instruction.

¹¹⁷ Réponse de NRJ au questionnaire des services d'instruction.

¹¹⁸ Réponses de France Télévisions, TF1, Altice, NRJ, Canal+ et M6 au questionnaire des services d'instruction.

¹¹⁹ Contribution du groupe Altice à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021.

b) Analyse de substituabilité au niveau des téléspectateurs

117. L'accélération du déploiement des réseaux fixes à haut et très haut débit donnant accès à internet, la progression de la consommation délinéarisée des contenus audiovisuels, non accessibles aujourd'hui pour les téléviseurs qui ne sont pas connectés à internet, ainsi que la montée en puissance des supports de consommation alternatifs à la télévision ont contribué ces dernières années à une forte croissance de la consommation audiovisuelle sur les réseaux fixes à haut et très haut débit, au détriment des autres modes de réception de la télévision.
118. Depuis 2017, la réception par internet est devenue le premier mode de réception de la télévision pour les foyers équipés d'au moins un téléviseur¹²⁰. Ce mode de réception n'a cessé de progresser depuis, au détriment de la réception par la TNT et le satellite. Ainsi, au 4^{ème} trimestre 2020, 60,5 % des foyers équipés d'au moins un téléviseur accédaient à la télévision par internet contre 47,4 % par la TNT et 18,2 % par le satellite¹²¹.
119. Par ailleurs, au 4^{ème} trimestre 2020, la réception de la télévision par internet restait le premier mode de réception de la télévision sur le poste principal pour 56,5 % des foyers (contre 38,2 % pour la TNT et 15,9 % pour le satellite)¹²².
120. Toutefois, 21,0 % des foyers français mono-équipés recevaient encore la télévision, au 4^{ème} trimestre 2020, uniquement par voie hertzienne terrestre¹²³. Par ailleurs, au 2^{ème} trimestre 2020, 55,8 % des foyers français équipés d'au moins deux postes de télévision regardaient la télévision sur leur poste secondaire grâce à la TNT, contre 20,9 % grâce à internet¹²⁴.
121. En outre, ainsi que l'ont indiqué plusieurs des acteurs ayant contribué à la consultation publique précitée de l'ARCEP, il ressort d'une étude réalisée par l'IFOP qu'en 2018, 26 % des foyers disposant d'un abonnement à haut ou très haut débit leur permettant d'accéder à la télévision par internet la branchaient en réalité à la prise d'antenne de la TNT.
122. Comme cela ressort des données figurant dans l'observatoire de l'équipement audiovisuel des foyers de France métropolitaine publié par le CSA et des contributions de plusieurs groupes audiovisuels¹²⁵ à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, la part de la réception de la télévision grâce à la TNT tend en réalité à se stabiliser depuis le début de l'année 2019¹²⁶.

¹²⁰ La consommation de la télévision sur l'IPTV haut et très haut débit a dépassé, pour la première fois, la consommation *via* la plateforme TNT au premier trimestre 2017.

¹²¹ Observatoire de l'équipement audiovisuel des foyers de France métropolitaine publié par le CSA, 3^{ème} et 4^{ème} trimestres 2020, page 7.

¹²² Observatoire de l'équipement audiovisuel des foyers de France métropolitaine publié par le CSA, 3^{ème} et 4^{ème} trimestres 2020, page 8.

¹²³ Observatoire de l'équipement audiovisuel des foyers de France métropolitaine publié par le CSA, 3^{ème} et 4^{ème} trimestres 2020, page 9.

¹²⁴ Observatoire de l'équipement audiovisuel des foyers de France métropolitaine publié par le CSA, 1^{er} et 2^{ème} trimestres 2020, page 10.

¹²⁵ Voir les contributions des groupes TF1, M6 et NRJ à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021.

¹²⁶ <https://www.ifop.com/publication/la-tnt-est-utilisee-par-68-des-francais-pour-la-reception-de-la-television/>

123. Enfin, la forte croissance de la consommation audiovisuelle sur les réseaux fixes à haut et très haut débit ne semble pas susceptible de remettre en cause, à court terme, les spécificités, mentionnées au paragraphe 106 *supra*, que présente encore la plateforme TNT pour les téléspectateurs par rapport aux autres plateformes de diffusion de la télévision numérique.

c) Conclusion intermédiaire

124. Il ressort de ce qui précède que les offres de gros de diffusion de la TNT et celles proposées sur les autres réseaux (cuivre, fibre, câble, satellite et réseaux de communications électroniques mobiles) ne sont pas substituables et n'appartiennent donc pas à un seul et même marché.
125. Le marché de gros aval des services de diffusion de la TNT demeure donc un marché distinct de celui de la diffusion de la télévision numérique sur d'autres réseaux¹²⁷.

2. LA DELIMITATION DU MARCHE GEOGRAPHIQUE

126. La diffusion hertzienne terrestre outre-mer présente des spécificités par rapport à la diffusion hertzienne terrestre métropolitaine, en raison notamment d'un taux de pénétration de la TNT plus faible qu'en métropole¹²⁸ ainsi que de l'existence outre-mer d'un seul multiplex¹²⁹ et d'un nombre de sites de diffusion moins important dont l'exploitation est plus contraignante. Il ressort toutefois de la pratique décisionnelle établie de l'Autorité¹³⁰ que le marché pertinent en matière de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels est de dimension nationale au regard des facteurs d'appréciation suivants : la couverture par les infrastructures de diffusion hertzienne de l'ensemble du territoire français, l'existence d'un cadre législatif et réglementaire harmonisé pour le développement de la TNT qui ne fait pas de distinction entre la métropole et l'outre-mer, sauf en ce qui concerne le calendrier de déploiement du signal numérique, et les objectifs fixés par le CSA aux multiplex publics, qui ne diffèrent pas non plus en outre-mer et en métropole.
127. Au regard des éléments recueillis à l'occasion de l'instruction de cette demande d'avis, il n'y a pas lieu de remettre en cause la pertinence de la dimension géographique retenue jusqu'à présent¹³¹.

¹²⁷ Voir notamment l'avis précité n° 19-A-03 de l'Autorité du 24 janvier 2019, page 24.

¹²⁸ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 7 : « *Aujourd'hui, le taux de couverture de la TNT est de 91,5 % de la population ultramarine au global, même s'il reste dépendant des caractéristiques spécifiques à chaque territoire. Dans les départements et régions d'Outre-mer, il est ainsi compris entre 89 % et 97 % de la population, tandis que dans les collectivités d'Outre-mer, il est compris entre 43 % et 94 % de la population.* »

¹²⁹ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 11.

¹³⁰ Voir notamment la décision précitée n° 16-D-11 de l'Autorité, paragraphe 139, la décision précitée n° 10-D-09 de l'Autorité, paragraphe 118 et l'avis précité n° 15-A-01 de l'Autorité, paragraphes 87 à 93.

¹³¹ Voir notamment la décision précitée n° 16-D-11 de l'Autorité, paragraphe 139.

3. CONCLUSION SUR LA DELIMITATION DU MARCHE PERTINENT

128. Eu égard à ces différents constats, l'Autorité considère qu'il est toujours pertinent, à court terme, de délimiter un marché de gros aval des services de diffusion de la TNT de dimension nationale.

B. SUR LA NECESSITE D'UNE REGULATION *EX ANTE* DU MARCHÉ DE GROS AMONT DES SERVICES DE DIFFUSION DE LA TNT

129. Comme indiqué ci-avant, les autorités sectorielles de régulation peuvent considérer qu'un marché qui ne figure pas sur la liste des marchés présumés pertinents pour une régulation *ex ante* dressée par la Commission européenne peut cependant nécessiter une telle régulation, si les trois critères cumulatifs suivants sont remplis : existence de barrières à l'entrée élevées et non provisoires, absence de perspective d'évolution vers une situation de concurrence effective et insuffisance du droit de la concurrence à remédier à lui seul aux défaillances du marché¹³².
130. Les conditions d'application de ces trois critères seront donc analysées successivement sur le marché de gros précédemment délimité.

1. L'EXISTENCE DE BARRIERES A L'ENTREE ELEVEES ET NON PROVISOIRES

131. L'examen du premier des trois critères de pertinence de la régulation *ex ante* d'un marché implique, au cas d'espèce, d'apprécier les barrières à l'implantation de sites de diffusion de la TNT, celles-ci pouvant être de nature structurelle, légale ou réglementaire.
132. Dans son avis précité n° 19-A-03, l'Autorité avait constaté la persistance de barrières à l'entrée élevées et non provisoires découlant notamment des effets de l'acquisition d'Itas Tim par TDF sur la situation de la concurrence totale par les infrastructures, de contraintes naturelles et d'ordre administratif et des conditions de sortie anticipée des contrats d'hébergement de TDF¹³³.
133. Sur ce point, l'Autorité ne peut, tout d'abord, que constater la persistance de barrières à l'entrée élevées et non provisoires, déjà relevées dans le cadre des précédents avis rendus à l'ARCEP, relatives notamment aux contraintes de localisation de sites alternatifs du fait de la pré-orientation des antennes des téléspectateurs vers les sites historiques de TDF, des barrières naturelles ainsi que des barrières d'ordre administratif relevant notamment des règles d'urbanisme.
134. S'il est vrai que la société Valocôme, créée en 2017, a récemment annoncé son intention de concurrencer TDF et towerCast¹³⁴, celle-ci n'a, à ce jour, levé qu'une seule des nombreuses barrières à l'entrée listées ci-avant, en constituant un patrimoine foncier de terrains

¹³² Voir notamment la recommandation précitée de la Commission européenne du 18 décembre 2020.

¹³³ Voir notamment l'avis précité n° 19-A-03 de l'Autorité du 24 janvier 2019, pages 25 et 26.

¹³⁴ La société Valocôme a créé à cette fin en 2021 une filiale dénommée Valocast, dédiée à la diffusion de la TNT et de la radio (<https://valocime.fr/qui-sommes-nous/notre-histoire/>).

accueillant des infrastructures de diffusion des diffuseurs actifs sur le marché ou situés à proximité de ceux-ci¹³⁵. Elle n'a, en revanche pour le moment, construit aucune infrastructure de diffusion et ne diffuse aucun point de service, que ce soit à partir d'infrastructures détenues en propre ou gérées par d'autres diffuseurs.

135. L'Autorité considère ainsi que Valocôme, à l'instar de tous les nouveaux entrants potentiels, devra encore surmonter de nombreuses autres barrières avant de pouvoir concurrencer TDF et towerCast à court ou moyen terme.
136. En outre, viennent s'ajouter, aux barrières mentionnées au paragraphe 133, d'autres barrières, déjà relevées dans l'avis de l'Autorité n° 19-A-03 du 24 janvier 2019, relatives aux conditions de sortie anticipée des contrats d'hébergement de TDF. L'Autorité y avait constaté que ces conditions étaient susceptibles de retarder la migration des points de service vers un nouveau site alternatif déployé par un opérateur concurrent. En effet, en cas de réplification de site, l'objectif d'un tel opérateur, et, en l'espèce, de towerCast est de mutualiser suffisamment ses infrastructures pour être rentable, ce qui, compte tenu d'échéances contractuelles différentes pour les multiplex, nécessite de pouvoir résilier de manière anticipée les contrats d'hébergement conclus avec TDF.
137. Les conditions de sortie anticipée de ces contrats ont été assouplies au cours du quatrième cycle de régulation¹³⁶ par une augmentation du quota de résiliations anticipées sans indemnités sur les sites réputés répliquables, ainsi que par une diminution des indemnités dues hors quotas.
138. Cependant, towerCast a indiqué, dans sa contribution à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, que ses quotas de sortie anticipée ont été consommés dans leur intégralité quasiment systématiquement depuis leur mise en place et que l'autorisation des résiliations anticipées pour uniquement 10 % du chiffre d'affaires annuel qualifiant conduit à diminuer un peu plus chaque année le volume des contrats résiliables, réduisant ainsi les possibilités de rentabilisation des sites alternatifs érigés pendant la période contractuelle et donc sa capacité à étendre son offre¹³⁷. Par ailleurs, il ressort des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction que les multiplex R1, R2 et R3 considèrent qu'il serait nécessaire de faciliter encore davantage la sortie anticipée des contrats d'hébergement de TDF¹³⁸.
139. Enfin, le faible développement de la concurrence totale par les infrastructures (voir paragraphes 140 à 147 *infra*) ne fait que confirmer l'existence de barrières à l'entrée.
140. Il convient de souligner, premièrement, que la concurrence totale par les infrastructures était, à la fin de l'année 2020, inexistante sur 1 385 zones des 1 626 zones définies par le CSA.
141. Le nombre de zones concernées par cette forme de concurrence s'élevait ainsi uniquement à 241, soit 15 % en nombre et 7 % en valeur. Ce modèle de concurrence s'est développé, comme le relève l'ARCEP, sur « des sites de relativement faible valeur ».
142. En outre, à la suite du rachat d'Itas Tim, premier opérateur alternatif en termes d'infrastructures TNT, par TDF en octobre 2016, towerCast reste le seul opérateur pouvant concurrencer TDF par les infrastructures.

¹³⁵ Contribution de Valocôme à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021.

¹³⁶ Voir l'annexe 5 de la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015.

¹³⁷ Version non-confidentielle de la contribution de towerCast à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, pages 44 et 51.

¹³⁸ Réponses des multiplex R1, R2 et R3 au questionnaire des services d'instruction.

143. Deuxièmement, si le nombre total de sites de diffusion alternatifs appartenant en propre à towerCast s'élevait à 241 à la fin de l'année 2020, son parc de sites demeure extrêmement réduit par rapport à celui de TDF, qui dispose d'au moins un site sur la quasi-totalité des 1 626 zones de diffusion de la TNT.
144. Ainsi, l'Autorité partage le constat de l'ARCEP selon lequel « *il ressort que la concurrence sur le marché de gros aval se fait aujourd'hui essentiellement " par les services " »* et, « *depuis 2016, année du rachat d'Itas-Tim par TDF, le degré de concurrence par les infrastructures a peu varié et est resté modeste »* . Il convient aussi de souligner que le degré de concurrence est moindre que celui qui prévalait au moment de l'entame du quatrième cycle de régulation en 2015, avec un passage de trois à deux acteurs.
145. Troisièmement, il ressort de la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021 que la part des points de service opérés par towerCast s'élevait, à la fin de l'année 2020, à 25,5 % (soit 2 403 points de service), contre environ 74 % pour TDF (soit 6 862 points de service) .
146. En outre, la part des points de service opérés par towerCast à partir de ses propres infrastructures s'élevait, à la fin de l'année 2020, à 12 % (soit 1 157 points de services) contre environ 88 % pour les points de services opérés à partir des infrastructures de TDF (soit 8 108 point de services).
147. Ainsi, la part de marché de TDF en infrastructures à l'issue du quatrième cycle de régulation est proche de celle qui prévalait à la veille du deuxième cycle de régulation ex ante défini par l'ARCEP (sur l'ensemble des phases de déploiement et tous multiplex confondus, dans plus de 90 % des cas, la diffusion était effectuée sur un site de TDF).
148. Au regard des éléments présentés aux paragraphes 133 à 147, l'Autorité considère donc que des barrières élevées et non provisoires à l'entrée sur le marché de gros précédemment délimité sont susceptibles de persister et que le premier critère de la recommandation précitée de la Commission européenne du 18 décembre 2020 (ci-après, « la recommandation de la Commission de 2020 ») est rempli. De plus, ces barrières à l'entrée s'accompagnent de barrières à l'expansion significatives.

2. L'ABSENCE DE PERSPECTIVE D'EVOLUTION VERS UNE SITUATION DE CONCURRENCE EFFECTIVE SUR LA DUREE CONSIDEREE

149. S'agissant du deuxième critère de pertinence de la régulation *ex ante* d'un marché, relatif à l'absence de perspective d'évolution vers une situation de concurrence effective, il ressort de la recommandation de la Commission de 2020 que « *ce critère implique principalement d'examiner la situation et l'évolution probable de la concurrence fondée sur les infrastructures »*¹³⁹ et ce, indépendamment des barrières à l'entrée.
150. En premier lieu, en opérant un nouveau mouvement de concentration du marché, faisant passer le nombre d'offreurs de trois à deux, le rachat d'Itas Tim par TDF en octobre 2016, soit postérieurement à la publication de la décision d'analyse de marché de 2015, a fortement dégradé la situation concurrentielle sur les marchés de gros des services de la diffusion de la TNT. Depuis cette date et, notamment depuis la décision de prolongation de 2019, celle-ci a très peu évolué.

¹³⁹ Paragraphe 14 de la recommandation précitée de la Commission européenne du 18 décembre 2020.

151. Ainsi, sur le marché de gros aval, TDF détenait à la fin de l'année 2020, une part de marché représentant 74,5 % en volume, alors que cette part était de 77,5 % fin 2016 et de 66,3 % fin 2015¹⁴⁰.
152. Sur le marché de gros amont, la part de marché de TDF était de 87,7 % à la fin de l'année 2020, alors que cette part était de 91,1 % fin 2016 et de 81 % fin 2015¹⁴¹.
153. Cette dégradation de la situation concurrentielle semble s'être accompagnée, selon certains multiplex, d'une hausse des tarifs pratiqués par TDF dans les zones où la concurrence totale par les infrastructures est inexistante.
154. À cet égard, dans sa réponse au questionnaire adressé par les services d'instruction, le multiplex R4 a indiqué que « *l'insuffisance de la concurrence, tant sur le marché amont que sur le marché aval, a logiquement conduit à une hausse des prix de diffusion offerts aux multiplex. Ainsi, après renégociation en 2020 des contrats arrivant à échéance en 2020 et 2021, Multi 4 a pu observer une hausse globale de ses coûts de diffusion de 3,7 %. Ce pourcentage s'entend hors indexation annuelle imposée unilatéralement et exclusivement par TDF, pour la première fois depuis le démarrage de la TNT. En effet, jusqu'à présent, l'usage sur le marché aval était de pratiquer des tarifs fixes sur la durée des contrats (en général 5 ans). Towercast, pour sa part, a maintenu des offres avec des tarifs fixes. En tenant compte de la première indexation annuelle intervenue en 2021 sur les sites TDF renouvelés en 2020, la hausse globale atteint désormais plus de 4,5 %. Il convient de noter que l'essentiel de la hausse globale observée sur les coûts de diffusion de Multi 4 sur le marché aval provient de la hausse des tarifs pratiqués par TDF sur le marché amont, en particulier sur l'ex-périmètre ITAS TIM et sur les sites réputés non répliquables* »¹⁴².
155. Cette hausse des tarifs pratiqués par TDF dans les zones où la concurrence totale par les infrastructures est inexistante a été également constatée par les multiplex R6 et R7. Selon le multiplex R6, « *TDF propose des baisses de tarifs sur les zones où Towercast a répliqué une infrastructure (sites « en concurrence par les infrastructures »), alors qu'à contrario, les zones où seul TDF dispose d'une infrastructure (sites TDF « en concurrence par les services ») affichent des hausses de tarifs. Celles-ci nous sont incompréhensibles, alors que les infrastructures de TDF sont déjà amorties, et que l'évolution des principaux coûts variables de marché (à savoir, coûts de l'énergie et coûts de main œuvre) ne suivent pas cette tendance* »¹⁴³. Le multiplex R7 a quant à lui précisé que « *les tarifs des sites « non répliquables » opérés par TDF n'ont pas bénéficié de concurrence (ni « par les infrastructures », par définition, ni « par les services ») et ont affiché une hausse d'environ 3 %* »¹⁴⁴.
156. Les six multiplex métropolitains se sont par ailleurs unanimement prononcés, dans le cadre de l'instruction, contre un allègement des obligations reposant sur l'opérateur dominant en vue du cinquième cycle de régulation¹⁴⁵.
157. En second lieu, il est peu probable qu'en l'absence de régulation le nombre de sites alternatifs augmente de manière significative au cours des prochaines années. En effet, comme

¹⁴⁰ Voir le projet de décision de l'ARCEP, page 24.

¹⁴¹ Voir le projet de décision de l'ARCEP, page 26.

¹⁴² Réponse du multiplex R4 au questionnaire des services d'instruction.

¹⁴³ Réponse du multiplex R6 au questionnaire des services d'instruction.

¹⁴⁴ Réponse du multiplex R7 au questionnaire des services d'instruction.

¹⁴⁵ Réponses des six multiplex métropolitains au questionnaire des services d'instruction.

développé *supra* aux paragraphes 133 à 148, le marché de gros précédemment délimité est caractérisé par la présence d'importantes barrières à l'entrée qui s'accompagnent de barrières à l'expansion significatives.

158. Il résulte de ce qui précède deux conséquences à court terme.
159. Premièrement, sur le marché de gros amont, en l'absence de régulation *ex ante*, TDF pourrait augmenter ses tarifs d'accès là où la concurrence est inexistante, notamment sur les sites non répliquables, et exercer en compensation une pression tarifaire à la baisse sur les tarifs d'accès aux sites susceptibles d'être répliqués, afin de limiter les perspectives de réplification de ces sites.
160. Deuxièmement, sur le marché de gros aval, TDF serait susceptible d'augmenter ses tarifs dans les zones où la concurrence totale par les infrastructures est inexistante et de les baisser dans les zones comprenant un site alternatif de diffusion, afin de menacer la pérennité des investissements déjà consentis dans des infrastructures alternatives.
161. Ainsi, en l'absence de régulation, la pérennisation de l'opérateur alternatif sur le marché de gros aval est susceptible d'être remise en question, dans un contexte où, d'une part, les multiplex ont remis en concurrence 57 % de leurs points de service en 2021 et vont remettre en concurrence 4 423 points de service entre 2022 et 2025 (333 en 2022, 1 733 en 2023, 1 121 en 2024 et 1 236 en 2025 d'après les estimations de l'ARCEP)¹⁴⁶ et, d'autre part, la mise en place d'une offre précurseur en UHD dans le cadre de la modernisation de la TNT (voir paragraphe 58 *supra*) pourrait aboutir, selon l'option choisie, à la création de points de service par le nouveau multiplex créé à cet effet, ou à la remise en concurrence de l'ensemble des points de service du multiplex retenu pour accueillir les chaînes en UHD.
162. Compte tenu de l'ensemble de ce qui précède, la structure du marché considéré ne présage pas, en l'absence de régulation, d'une évolution vers une situation de concurrence effective sur la période 2022-2026.
163. L'Autorité de la concurrence considère donc le deuxième critère de la recommandation de la Commission de 2020 comme rempli.

3. L'INSUFFISANCE DU DROIT DE LA CONCURRENCE POUR REMEDIER, SEUL, AUX PROBLEMES IDENTIFIES

164. Il ressort de la recommandation de la Commission de 2020 que le troisième critère de pertinence de la régulation *ex ante* d'un marché « *visé à déterminer l'adéquation du droit de la concurrence pour remédier aux défaillances persistantes du marché qui ont été constatées, étant donné en particulier que les obligations réglementaires ex ante peuvent effectivement éviter des infractions au droit de la concurrence* »¹⁴⁷.
165. L'ARCEP note dans son projet de décision que « *l'intervention ex ante en matière, par exemple, d'obligations d'accès sur les marchés de gros ne fait pas partie des outils dont dispose le droit de la concurrence* »¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Voir la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 25.

¹⁴⁷ Paragraphe 17 de la recommandation précitée de la Commission européenne du 18 décembre 2020.

¹⁴⁸ Projet de décision de l'ARCEP, page 39. Il faut néanmoins souligner qu'en droit de la concurrence, une entreprise détenant une facilité essentielle doit, si certaines conditions sont remplies, fournir un accès à une

166. Comme indiqué par la Commission dans sa recommandation de 2020, « *les interventions fondées sur le droit de la concurrence risquent d'être insuffisantes lorsque des interventions fréquentes et/ou en temps utile sont indispensables pour remédier à une ou plusieurs défaillances persistantes du marché* »¹⁴⁹. Or, le développement de sites alternatifs est aujourd'hui insuffisant pour assurer une concurrence effective et loyale entre diffuseurs et risque de continuer à l'être au moins pour les cinq années à venir. Ainsi, l'accès d'un diffuseur alternatif aux infrastructures de diffusion de TDF et aux ressources associées demeure indispensable. Un tel accès est nécessaire pour un nombre élevé de sites, il ne peut se faire qu'à des conditions préétablies et nécessite un certain degré de transparence *a priori* sur les conditions techniques et tarifaires. En effet, la mise en œuvre et le contrôle du respect de l'obligation d'accès nécessitent de neutraliser l'asymétrie d'information entre le régulateur et l'entreprise dotée d'une influence significative sur le marché.
167. Dans ce contexte, l'intervention *ex ante* du régulateur sectoriel s'avère toujours nécessaire pour garantir que TDF fasse droit aux demandes raisonnables d'accès à ses infrastructures de diffusion et pour contribuer au développement de la concurrence par les infrastructures tout au long du cycle 2022-2026 au cours duquel 4 423 contrats de diffusion seront, en principe, renouvelés.
168. Dès lors, le droit de la concurrence ne peut à lui seul remédier aux problèmes identifiés. Le troisième critère posé par la recommandation de la Commission de 2020 est donc également rempli.

4. CONCLUSION

169. Il ressort des paragraphes 131 à 168 que les conditions d'une régulation *ex ante* du marché de gros amont des services de diffusion de la TNT sont toujours réunies.

C. SUR LES ENGAGEMENTS PROPOSES PAR TDF QUE L'ARCEP ENVISAGE D'ACCEPTER ET DE RENDRE OPPOSABLES

1. SUR LA CAPACITE DE L'ARCEP A CONTROLER LE RESPECT DES ENGAGEMENTS PROPOSES PAR TDF

170. Le I de l'article L. 38-1-1 du CPCE stipule : « [l'ARCEP] *peut accepter les engagements souscrits auprès d'elle par les opérateurs, réputés exercer une influence significative sur un ou plusieurs marchés pertinents en application de l'article L. 37-1 relatifs au co-investissement ou aux conditions d'accès à leurs réseaux lorsqu'elle établit que ces engagements sont de nature à contribuer à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 et notamment au développement d'une concurrence effective dans le secteur des*

telle facilité à des concurrents qui lui en feraient la demande, obligation soumise à un contrôle *ex post* des autorités de concurrence. Voir notamment l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG contre Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft GmbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft GmbH & Co. KG, affaire C-7/97, point 41.

¹⁴⁹ Paragraphe 17 de la recommandation précitée de la Commission européenne du 18 décembre 2020.

communications électroniques ». L'emploi du verbe « contribuer » signifie, comme cela a été confirmé par plusieurs acteurs interrogés par les services d'instruction¹⁵⁰, que les engagements ne sont pas exclusifs d'autres mesures de régulation. De même, le paragraphe 206 de l'exposé des motifs de la directive 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen dispose que « *Lorsque les engagements ont été rendus contraignants, l'autorité de régulation nationale devrait examiner les conséquences de cette décision dans son analyse de marché et en tenir compte au moment de choisir les mesures de régulation les plus appropriées* ».

171. Selon les multiplex R6 et R7, la situation n'ayant pas évolué depuis la décision de prolongation de l'ARCEP de 2019, « *rien ne justifie juridiquement qu'un régime plus permissif, fondé sur des engagements que TDF jugerait appropriés, soit admis en lieu et place d'obligations qui relèvent de la compétence essentielle du régulateur. L'ARCEP est d'ailleurs bien en peine de motiver ce choix* »¹⁵¹. Le multiplex R4 a, quant à lui, indiqué que le choix opéré par l'ARCEP de faire reposer le nouveau cycle de régulation uniquement sur des engagements lui « *apparaît totalement incompréhensible* »¹⁵². Enfin, towerCast a souligné que « *nous ne comprenons pas les raisons qui poussent l'ARCEP à laisser TDF s'autoréguler et sommes par conséquent très inquiets de l'impact réel d'une régulation par engagements (...)* »¹⁵³.
172. S'il n'appartient pas à l'Autorité de se prononcer sur le choix opéré par l'ARCEP de fonder la régulation exclusivement sur des engagements, il lui incombe, en revanche, d'apprécier si l'option retenue par l'ARCEP présente, s'agissant des moyens de contrôle et du pouvoir de sanction conférés au régulateur sectoriel, des garanties suffisantes pour que soient préservés l'effet utile de la régulation *ex ante* du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels numériques et, partant, le développement d'une concurrence pérenne et effective sur ce même marché.
173. À cet égard, il convient de rappeler que le III de l'article L. 38-1-1 du CPCE dispose qu'après avoir procédé à l'évaluation des engagements proposés par l'opérateur concerné, l'ARCEP « *peut décider de rendre contraignant tout ou partie de ces engagements, pour une période donnée qui ne peut dépasser la durée proposée par l'opérateur* ».
174. De sorte que si l'ARCEP acceptait et rendait opposables les engagements proposés par TDF en octobre 2021, ceux-ci revêtraient bien, en application de ces dispositions, un caractère contraignant pour TDF, qui serait tenue de s'y conformer. L'article 3 du projet de décision de l'ARCEP prévoit d'ailleurs que « *l'Autorité accepte les engagements pris par la société TDF qui font partie intégrante de la présente décision à laquelle ils sont annexés. Ces engagements sont rendus opposables et entreront en vigueur à la date de la notification de la décision* ».

¹⁵⁰ Réponses de towerCast et des MUX R1, R6 et R7 au questionnaire des services d'instruction.

¹⁵¹ Réponses des MUX R6 et R7 au questionnaire des services d'instruction.

¹⁵² Réponses du MUX R4 au questionnaire des services d'instruction.

¹⁵³ Réponse de towerCast au questionnaire des services d'instruction.

175. En outre, transposant le paragraphe 4 de l'article 79 de la directive susvisée du 11 décembre 2018¹⁵⁴, le V de l'article L. 38-1-1 du CPCE prévoit que l'ARCEP « assure le suivi, contrôle le respect des engagements et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues à l'article L. 36-11 ».
176. En application de cet article, l'ARCEP dispose d'un pouvoir de sanction « en cas de manquement par un exploitant de réseau [...] aux dispositions législatives et réglementaires au respect desquelles l'Autorité a pour mission de veiller ou aux textes et décisions pris en application de ces dispositions », au nombre desquelles figure, par définition, une décision de l'ARCEP acceptant des engagements et les rendant opposables en application de l'article L. 38-1-1 du CPCE.
177. En cas d'éventuel manquement de TDF à ses engagements et comme confirmé par l'ARCEP aux services d'instruction¹⁵⁵, celle-ci pourrait donc engager¹⁵⁶, de sa propre initiative ou à la demande d'un des tiers visés par l'article L. 36-11 du CPCE, une procédure visant à établir si un tel manquement a effectivement été commis et, le cas échéant, à le sanctionner dans les conditions prévues par l'article L. 36-11 du CPCE. Conformément à cet article, l'ARCEP pourrait d'ailleurs assortir une mise en demeure de TDF d'injonctions ainsi qu'imposer des mesures conservatoires¹⁵⁷.
178. Dans ces conditions, l'Autorité partage la position exprimée par l'ARCEP, dans le cadre de l'instruction du présent avis, selon laquelle celle-ci « assure le suivi, contrôle le respect de la même manière tant des obligations [réglementaires] prises sur le fondement des articles L. 38 et L. 38-1 du CPCE que des engagements pris sur le fondement de l'article L. 38-1-1 du CPCE et peut sanctionner pareillement, le cas échéant, les manquements constatés dans les conditions prévues à l'article L. 36-11 du CPCE »¹⁵⁸.
179. L'Autorité estime donc infondées les craintes exprimées par certains acteurs, interrogés dans le cadre de l'instruction du présent avis, quant à l'inexistence de moyens de contrôle effectifs par l'ARCEP sur les engagements souscrits par TDF, en-dehors d'une procédure de règlement des différends¹⁵⁹.
180. En définitive, du point de vue des moyens de contrôle et du pouvoir de sanction dont dispose l'ARCEP en application des articles L. 38-1-1 et L. 36-11 du CPCE, l'Autorité considère que les garanties offertes par l'option consistant à envisager un cinquième cycle de

¹⁵⁴ « L'autorité de régulation nationale assure le suivi, le contrôle et le respect des engagements qu'elle a rendus contraignants conformément au paragraphe 3 du présent article, de la même manière qu'elle assure le suivi, le contrôle et le respect des obligations imposées au titre de l'article 68, et elle envisage la prolongation de la période pour laquelle ils ont été rendus contraignants lorsque la période initiale vient à expiration. Si l'autorité de régulation nationale conclut qu'une entreprise n'a pas respecté les engagements qui ont été rendus contraignants conformément au paragraphe 3 du présent article, elle peut infliger des sanctions à l'entreprise concernée conformément à l'article 29. Sans préjudice de la procédure visant à assurer le respect des obligations spécifiques au titre de l'article 30, l'autorité de régulation nationale peut réévaluer les obligations imposées conformément à l'article 68, paragraphe 6 ».

¹⁵⁵ Réponse de l'ARCEP au premier questionnaire des services d'instruction.

¹⁵⁶ Conformément au principe d'opportunité des poursuites (voir notamment CE Sect., 30 novembre 2007, Tinez, n° 293952 ; CE, 4 juillet 2012, AFORST, n° 334062 et CE, 5 juillet 2021, Mme A, n° 447088), l'ARCEP ne serait pas tenue d'initier une telle procédure.

¹⁵⁷ Réponse de l'ARCEP au premier questionnaire des services d'instruction.

¹⁵⁸ Réponse de l'ARCEP au premier questionnaire des services d'instruction.

¹⁵⁹ Réponse de towerCast au questionnaire des services d'instruction ; voir également les réponses des MUX R6 et R7 au questionnaire des services d'instruction.

régulation du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels numériques, uniquement sur la base des engagements proposés par TDF qui seraient acceptés et rendus opposables, semblent être suffisantes pour que soient préservés l'efficacité de la régulation *ex ante* et le développement d'une concurrence pérenne et effective sur le marché précité.

181. Il demeure néanmoins que le contrôle opéré par le régulateur sectoriel dépend des informations dont il dispose. Or, les engagements proposés par TDF en l'état diminuent significativement le degré de transparence *a priori* des conditions d'accès pour les opérateurs tiers et, en ce sens, seraient susceptibles d'affecter le contrôle effectif pouvant être effectué par l'ARCEP.

2. SUR L'APPRECIATION DES ENGAGEMENTS PROPOSES PAR TDF

182. Les engagements proposés par TDF en octobre 2021 reprennent certains des éléments contenus dans la décision d'analyse de marché de 2015 et la décision de prolongation de 2019.
183. L'Autorité formulera ci-après un certain nombre de remarques concernant aussi bien les allègements, découlant des engagements proposés par TDF, par rapport à la situation prévalant avant le cinquième cycle de régulation envisagé, que certains éléments, repris de la décision d'analyse de marché de 2015 et la décision de prolongation de 2019, qui, selon l'Autorité, mériteraient une attention particulière de la part de l'ARCEP.
184. Tous les autres éléments contenus dans les engagements de TDF, repris de la décision d'analyse de marché de 2015 et la décision de prolongation de 2019 et non analysés ci-après, n'appellent pas de remarques particulières de la part de l'Autorité, dès lors qu'il a été constaté que la situation concurrentielle du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre des programmes télévisuels numériques n'a pas évolué de façon sensible depuis l'analyse menée par l'Autorité en vue de la prolongation du précédent cycle.

a) Sur les conventions d'offres d'accès

185. S'agissant des conventions d'offres d'accès pour ses offres de gros amont de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, TDF ne s'engage pas, en premier lieu, à :
- informer l'ARCEP de la signature de ces conventions, ainsi que des avenants correspondants, au plus tard dans les 7 jours suivant leur conclusion ; et
 - transmettre l'ensemble de ces éléments à l'ARCEP sur demande.
186. L'Autorité partage la position exprimée par l'ARCEP dans le cadre de l'instruction du présent avis selon laquelle « *l'absence d'engagement de TDF sur de telles transmissions ne soulevait pas de difficulté quant à la réalisation des objectifs de régulation* »¹⁶⁰.
187. En effet, l'article L. 34-8, I, du CPCE prévoit que chaque convention d'accès « *est communiquée à [l'ARCEP] à sa demande* ». Il en résulte que, sans qu'il soit nécessaire qu'elle s'y engage formellement, TDF est d'ores et déjà tenue, en application de ces dispositions législatives, de transmettre à l'ARCEP ses conventions d'offres d'accès lorsque cette dernière le demande.

¹⁶⁰ Réponse de l'ARCEP au premier questionnaire des services d'instruction.

188. Certes, le CPCE n'impose pas à TDF d'informer également l'ARCEP de la signature de conventions d'offres d'accès et de leurs avenants. Néanmoins, l'Autorité relève que l'ARCEP est toujours susceptible d'être informée par un opérateur alternatif de la signature d'une telle convention, censée être le reflet de l'offre technique et tarifaire¹⁶¹, notamment si cet opérateur devait contester un ou plusieurs aspects de cette convention.
189. Dans ces conditions, l'Autorité n'émet pas de réserves quant à l'absence d'engagements de TDF sur ces points. Elle déplore cependant que, l'ARCEP n'étant pas systématiquement informée par TDF de la signature de conventions d'accès ou de ses avenants, le nouveau système entretient une asymétrie d'information au bénéfice de TDF.
190. En second lieu, TDF ne s'engage pas non plus à :
- permettre aux opérateurs et à l'ARCEP d'avoir accès en permanence, par le biais d'un outil opérationnel, aux informations qui étaient listées en annexe 2 de la décision d'analyse de marché de 2015 pour chacun de ses sites (à l'exception des sites ou antennes ayant fait l'objet d'une réplique, pour lesquels ces informations devaient être transmises à l'ARCEP et, le cas échéant, sur demande, à un diffuseur alternatif autre que celui ayant répliqué son infrastructure) ;
 - mettre à jour, pour chacun de ses sites et pour chaque multiplex, les informations susmentionnées au plus tard 4 mois avant la date limite de réponse des opérateurs au premier tour de tout appel d'offres d'un multiplex sur ce site ; et
 - fournir sur demande, et en ce qui concerne les points de services faisant l'objet de réaménagements de fréquences par le CSA, une étude technique préalable relative à une prestation « DiffHF-TNT » telle qu'elle était prévue à l'annexe 1 de la décision d'analyse de marché de 2015.
191. Sur ces trois aspects, qui visaient, dans le cadre du cycle de régulation précédent, à pallier le manque de visibilité des diffuseurs sur les conditions techniques proposées par TDF et l'asymétrie d'information qui en résulte¹⁶², l'Autorité ne partage pas les positions exprimées par l'ARCEP et TDF dans le cadre de l'instruction du présent avis et estime qu'il serait, au contraire, justifié que TDF s'engage sur ces différents points.
192. En effet, d'une part, la situation concurrentielle du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre des programmes télévisuels numériques, comme il a été constaté aux paragraphes 129 à 169 *supra*, s'est dégradée depuis le dernier cycle de régulation. Il apparaît donc nécessaire de continuer à promouvoir une concurrence effective sur ce marché et de conserver les conditions permettant d'y parvenir, d'autant que le nouveau cycle de régulation s'inscrit dans une démarche d'allègement, entreprise en 2015¹⁶³.

¹⁶¹ Il convient de noter, d'une part, que TDF s'engage déjà à publier tous les ans, pour ce qui relève des sites ou des antennes n'ayant pas fait l'objet d'une réplique, son offre de référence technique et tarifaire. D'autre part, selon l'Autorité et comme expliqué aux paragraphes 196 à 198 *infra*, cette offre devrait être également transmise, pour ce qui relève des sites ou des antennes répliqués, à l'ARCEP et le cas échéant, sur demande, à un diffuseur alternatif autre que celui ayant répliqué son infrastructure.

¹⁶² Voir la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015, page 74.

¹⁶³ Dans sa réponse au questionnaire des services d'instruction, l'ARCEP a en effet indiqué à cet égard que « engager un nouveau cycle de régulation sur la base uniquement des engagements proposés par TDF permet de répondre aux objectifs de régulation tout en s'inscrivant dans la démarche d'allègement de la régulation du marché initiée par l'Arcep et 2015 et soutenue par la Commission européenne ».

193. D'autre part, comme cela a été confirmé par les représentants de towerCast lors de la séance, les éléments visés au paragraphe 190 *supra* apparaissent indispensables aux diffuseurs alternatifs, déjà présents sur le marché et n'ayant pas encore répliqué certaines infrastructures de TDF, ainsi qu'aux éventuels nouveaux entrants, pour bénéficier d'une visibilité suffisante sur leurs coûts sur le marché de gros amont afin de pouvoir répondre utilement aux appels d'offres des multiplex sur le marché de gros aval, c'est-à-dire sans avoir à recourir à une étude préalable. Cette justification figure explicitement dans l'annexe 2 de la décision d'analyse de marché de 2015¹⁶⁴.
194. Par ailleurs, à défaut de mise à la disposition de l'ARCEP des éléments visés au paragraphe 190 *supra* par TDF, l'ARCEP disposerait, par rapport au cycle de régulation précédent, de moins d'informations lui permettant d'assurer efficacement le suivi et le contrôle du respect par TDF de ses engagements alors même qu'il a été rappelé, au paragraphe 192, que la situation concurrentielle du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre des programmes télévisuels numériques est demeurée globalement inchangée depuis le dernier cycle de régulation.
195. Enfin, quand bien même, selon l'ARCEP, les dispositions du CPCE lui permettraient de demander à TDF, dans le cadre de sa mission de régulateur, la communication des éléments visés au paragraphe 190 *supra* afin qu'ils soient transmis aux opérateurs alternatifs qui en auraient besoin, une telle communication, nécessairement *ex post*, ne permettrait pas de pallier, de façon permanente et en temps réel, le manque de visibilité des diffuseurs et de l'ARCEP concernant les conditions techniques proposées par TDF et l'asymétrie d'information qui en résulte.

b) Sur l'offre de référence technique et tarifaire

196. S'agissant de l'offre de référence technique et tarifaire d'accès aux prestations relevant du marché de gros amont des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, TDF ne s'engage pas, en premier lieu, à transmettre à l'ARCEP, et le cas échéant, sur demande, à un diffuseur alternatif autre que celui ayant répliqué son infrastructure, les offres de référence technique et tarifaire de ses sites ou antennes répliqués. Selon les termes employés dans la décision d'analyse de marché de 2015, « *l'existence et la publication de ces informations dépendent à plusieurs objectifs comme :*
- Pallier la faiblesse du pouvoir de négociation bilatérale des diffuseurs alternatifs clients de l'offre ;
 - Assurer la non-discrimination dans le traitement de ces diffuseurs alternatifs ;
 - Apporter de la visibilité et de la stabilité aux diffuseurs pour l'élaboration de leurs plans de développement »¹⁶⁵.
197. Pour les mêmes raisons que celles exposées aux paragraphes 192 à 194 *supra*, cette transmission demeure, selon l'Autorité, pourtant nécessaire pour permettre :
- à l'ARCEP de contrôler le respect par TDF de ses engagements applicables aux sites ou antennes répliqués et, en particulier, ceux de négociier de bonne foi et de ne pas pratiquer ni de tarifs d'éviction ni de tarifs excessifs ; et

¹⁶⁴ « éléments d'information générale publiés par TDF pour chaque multiplex sur chaque site pour permettre aux opérateurs alternatifs de répondre aux appels d'offres des multiplex sans recours à une étude préalable ».

¹⁶⁵ Voir la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015, page 70.

- aux diffuseurs alternatifs, déjà présents sur le marché et n’ayant pas encore répliqué certaines infrastructures de TDF, ainsi qu’aux éventuels nouveaux entrants de bénéficier d’une visibilité nécessaire sur leurs coûts sur le marché de gros amont afin de pouvoir répondre utilement aux appels d’offres des multiplex sur le marché de gros aval.
198. L’Autorité estime donc qu’un allègement des obligations de TDF sur ce point ne serait ni pertinent ni justifié en l’absence d’évolution de la situation concurrentielle et que l’opérateur devrait s’engager à transmettre les offres de référence technique et tarifaire de ses sites ou antennes répliqués à l’ARCEP et le cas échéant, sur demande, à un diffuseur alternatif autre que celui ayant répliqué son infrastructure.
 199. En deuxième lieu, TDF ne s’engage pas à publier, au plus tard un mois après la date de la notification de la décision à venir de l’ARCEP, la première offre de référence technique et tarifaire prise en application de ladite décision.
 200. L’Autorité partage sur ce point les positions exprimées par l’ARCEP et TDF dans le cadre de l’instruction selon lesquelles un tel engagement ne serait aujourd’hui plus utile¹⁶⁶.
 201. En effet, d’une part, TDF a publié le 1^{er} juin 2021 des offres de référence techniques et tarifaires conformes aux obligations règlementaires imposées par la décision d’analyse de marché de 2015, telle que modifiée par la décision de prolongation de 2019. Ces offres expireront le 31 mai 2022.
 202. D’autre part, TDF s’engage à publier, au 1^{er} juin de chaque année et pour ce qui relève des sites ou des antennes n’ayant pas fait l’objet d’une réplification, une offre de référence technique et tarifaire conforme à ses engagements. Ainsi, TDF publiera le 1^{er} juin 2022 une nouvelle offre de référence technique et tarifaire conforme à ses engagements rendus opposables par la décision à venir de l’ARCEP.
 203. Par conséquent, et dans la mesure où les engagements de TDF annexés au projet de décision de l’ARCEP ne sont pas plus contraignants que les obligations mises à sa charge par la décision d’analyse de marché de 2015, telle que modifiée par la décision de prolongation de 2019, il n’apparaît pas nécessaire que TDF s’engage à publier, dans un délai déterminé, une première offre de référence technique et tarifaire prise en application de la décision à venir de l’ARCEP. Les offres de 2021 et de 2022 devraient, en effet, se succéder sans période de latence.
 204. En troisième lieu, en application de l’article 5 du projet de décision de l’ARCEP, TDF serait tenue de prendre les mesures nécessaires pour s’assurer que les conventions d’offres d’accès en vigueur qui ne respectent pas les dispositions de la décision que l’ARCEP s’apprête à adopter soient mises en conformité avec celles-ci dans un délai raisonnable à compter de la modification des offres de référence qu’elle est tenue de proposer.
 205. À cet égard, l’Autorité relève qu’il n’est précisé ni dans la lettre d’engagements de TDF du 19 octobre 2021 ni dans le projet de décision de l’ARCEP ce qu’il convient d’entendre par la notion de « *délai raisonnable* ».
 206. L’ARCEP a indiqué aux services d’instruction que « *le caractère raisonnable du délai de mise en œuvre d’une obligation s’apprécie en fonction des circonstances du cas d’espèce de sorte que la notion de délai raisonnable moyen ne peut être considérée comme pertinente* »¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Réponses de l’ARCEP et de TDF au questionnaire des services d’instruction.

¹⁶⁷ Réponse de l’ARCEP au second questionnaire des services d’instruction.

207. Néanmoins, la seule référence aux circonstances de l'espèce apparaît insuffisante et risque de nuire à l'effet utile de l'engagement proposé ainsi qu'au contrôle devant être opéré par l'ARCEP. En outre, cette absence de précision ne permet ni de garantir une sécurité juridique à TDF sur la façon dont les délais appliqués seront appréciés, ni l'effectivité de cette obligation vis-à-vis des autres opérateurs concernés. L'Autorité considère donc que la décision de l'ARCEP devrait préciser ce qu'il convient d'entendre par « *délai raisonnable* ».
208. En dernier lieu, TDF ne s'engage pas à mettre à jour, à la suite de la publication des gabarits ou des dossiers de numérisation par le CSA, l'offre de référence technique et tarifaire au plus et tard un mois avant la date limite de réponse des opérateurs au premier tour de l'appel d'offres pour le point de service concerné.
209. L'ARCEP a indiqué aux services d'instruction que « *cette obligation n'apparaît plus justifiée pour le prochain cycle de régulation car aucun scénario de réallocation de fréquences n'est prévu pour le prochain cycle de régulation* »¹⁶⁸. TDF a ajouté que « *si une hypothétique modification du plan de fréquences devait toutefois avoir lieu à l'horizon de la présente analyse, alors celle-ci serait nécessairement annoncée suffisamment à l'avance pour être prise en compte dans le cadre de la publication annuelle de l'offre de référence (fixée le 1^{er} juin de chaque année dans la proposition d'engagements)* »¹⁶⁹.
210. Bien qu'un scénario de réallocation de fréquences semble peu probable à l'horizon du cinquième cycle de régulation, l'Autorité relève toutefois que, dans le cadre du projet de modernisation de la TNT à l'horizon 2024 décrit aux paragraphes 55 à 62 *supra*, des réflexions sont actuellement menées sous l'égide du CSA sur la mise en place d'une offre précurseur permettant la diffusion de certaines chaînes de la TNT en UHD. Selon le scénario finalement privilégié, la mise en place de cette offre pourrait avoir pour conséquence soit la création d'un multiplex supplémentaire, soit le redéploiement des chaînes existantes au sein de cinq multiplex, le sixième étant dédié aux chaînes en UHD.
211. Dans ce contexte, il n'est pas exclu que ces évolutions liées à la composition ou au nombre de multiplex métropolitains puissent avoir un impact sur les coûts supportés par TDF, ce qui pourrait la conduire à devoir mettre à jour son offre de référence technique et tarifaire.
212. Si de telles évolutions devaient se matérialiser bien avant le 1^{er} juin de l'année N et qu'aucun appel d'offre de multiplex ne devait être organisé entretemps, TDF pourrait prendre en compte ces évolutions lors de la publication de sa nouvelle offre de référence le 1^{er} juin, sans que cela soit préjudiciable aux diffuseurs alternatifs. En revanche, si de telles évolutions devaient se matérialiser avant le 1^{er} juin de l'année N mais qu'un multiplex organisait un appel d'offres entre la date de leur matérialisation et la publication de la nouvelle offre de référence le 1^{er} juin, l'offre de référence technique et tarifaire de l'année N-1, sur la base de laquelle les diffuseurs alternatifs évalueraient leurs coûts en vue de candidater utilement à cet appel d'offres, ne serait pas à jour de ces évolutions. De même, si celles-ci devaient avoir lieu à une date trop proche du 1^{er} juin de l'année N, TDF ne serait pas en mesure de les prendre en compte lors de la publication de sa nouvelle offre de référence technique et tarifaire.
213. Dans ces conditions, l'Autorité estime que TDF devrait s'engager à mettre à jour, à la suite de la matérialisation des évolutions liées à la modernisation de la plateforme de la TNT et pouvant avoir un impact sur la composition ou le nombre de multiplex métropolitains, l'offre

¹⁶⁸ Réponse de l'ARCEP au premier questionnaire des services d'instruction.

¹⁶⁹ Réponse de TDF au questionnaire des services d'instruction.

de référence technique et tarifaire au plus et tard un mois avant la date limite de réponse des opérateurs au premier tour de l'appel d'offres pour le point de service concerné.

c) Sur la séparation comptable et la comptabilisation des coûts

214. En application de la directive (UE) 2018/1972 modifiée du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen, TDF s'engage à mettre en œuvre, pour les comptes règlementaires des années 2021 à 2025, une séparation comptable et une comptabilisation des coûts selon un système simplifié qu'elle présentera à l'ARCEP au cours de l'année 2022.
215. En outre, TDF s'engage, pour ses comptes règlementaires, à déterminer, à partir des standards européens, un niveau de taux de rémunération du capital prenant en compte le risque lié au caractère déclinant du marché de la télédiffusion audiovisuelle.
216. En premier lieu, l'Autorité considère que cet engagement devrait porter sur les comptes règlementaires des années 2021 à 2026, et non seulement des années 2021 à 2025, dès lors que le nouveau cycle de régulation couvrira l'année 2026 au cours de laquelle s'appliqueront donc les engagements tarifaires de TDF.
217. En deuxième lieu, s'agissant de la mise en œuvre d'un système simplifié, l'Autorité souhaite souligner qu'il n'est précisé ni dans la lettre d'engagements de TDF du 19 octobre 2021 ni dans le projet de décision de l'ARCEP la nature de ce système, ses principes directeurs ou encore ses grandes caractéristiques.
218. Cet engagement est ainsi formulé en des termes trop imprécis pour garantir son effectivité et permettre un contrôle efficace de sa mise en œuvre.
219. L'Autorité considère donc qu'il devrait être précisé, dans la lettre d'engagements de TDF annexée à la décision de l'ARCEP ou dans la décision elle-même, ce qu'il convient d'entendre par « *système simplifié* ». Par ailleurs, l'Autorité invite l'ARCEP, lorsqu'un tel système sera présenté à cette dernière par TDF au cours de l'année 2022, à vérifier que celui-ci remplit bien son rôle, c'est-à-dire qu'il permet de mettre en évidence les prix des transferts internes et de vérifier, s'il y a lieu, que les obligations de non-discrimination sont respectées¹⁷⁰.
220. En troisième et dernier lieu, s'agissant de la détermination du taux de rémunération du capital pris en compte pour la réalisation des comptes des années postérieures à l'année 2020, l'Autorité partage la crainte exprimée par towerCast dans le cadre de l'instruction du présent avis, appuyée sur ce point par certains multiplex¹⁷¹, selon laquelle « *cet indice ne peut être défini unilatéralement par TDF (sans l'aval de l'ARCEP ni sans consultation des acteurs du secteur) au risque de voir TDF imposer un taux extrêmement fort lui permettant d'augmenter ses tarifs en toute légalité* »¹⁷².
221. Le taux de rémunération du capital est l'un des éléments pris en compte pour établir la comptabilisation des coûts, laquelle vise elle-même à vérifier que les obligations ou engagements tarifaires, et notamment l'orientation des tarifs vers les coûts, sont respectés.

¹⁷⁰ Voir le considérant 186 de la directive (UE) 2018/1972 modifiée du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen.

¹⁷¹ Réponses des MUX R1, R4, R6 et R7 au questionnaire des services d'instruction.

¹⁷² Réponse de towerCast au questionnaire des services d'instruction.

222. À cet égard, il importe de souligner que, jusqu'à présent, l'ARCEP fixait elle-même le taux de rémunération du capital employé pour la comptabilisation des coûts et le contrôle tarifaire des activités de diffusion hertzienne terrestre régulées de TDF en application des articles D. 311 et D. 312 du CPCE.
223. L'ARCEP a indiqué aux services d'instruction que le choix de ne plus déterminer elle-même ce taux, pour ce qui relève des comptes des années postérieures à l'année 2020, « *s'inscri[t] dans une démarche d'allègement de la régulation du marché* » et que « *les engagements proposés par TDF en la matière permettent en outre de s'assurer que le taux de rémunération du capital ne sera pas défini de manière arbitraire mais « à partir des standards européens en prenant en compte le risque lié au caractère déclinant du marché de la télédiffusion audiovisuelle »* »¹⁷³. L'ARCEP ajoute en outre que, pour « *contrôler le niveau du taux proposé* », elle pourra se référer à la communication 2019/C 375/01 de la Commission européenne du 6 novembre 2019 relative au calcul du coût du capital pour l'infrastructure historique dans le cadre de l'examen par la Commission des notifications nationales dans le secteur des communications électroniques dans l'Union européenne, à laquelle renvoie, selon elle, la notion de « *standards européens* »¹⁷⁴.
224. Néanmoins, en l'état, la seule référence, dans les engagements proposés par TDF, aux « *standards européens* », sans qu'il soit fait mention par exemple de la communication de la Commission européenne précitée, apparaît trop imprécise pour encadrer suffisamment et de manière prévisible le pouvoir d'appréciation laissé à TDF dans la fixation du taux de rémunération du capital. Lui laisser déterminer elle-même ce taux, et, par suite, définir le risque encouru pour l'utilisation des capitaux et la rémunération raisonnable des capitaux employés, lui confère une trop grande latitude, d'autant qu'elle s'engage à fixer un taux de rémunération du capital « *prenant en compte le risque lié au caractère déclinant du marché de la télédiffusion audiovisuelle* » alors que la réalité et l'ampleur de ce risque sont, comme l'a révélé l'instruction du présent avis, contestées par towerCast et les multiplex. Interrogée en séance sur la détermination du taux, TDF n'a d'ailleurs pu apporter plus de précisions.
225. L'Autorité estime donc qu'il serait souhaitable que les comptes des années 2021 à 2026 soient établis en utilisant un taux de rémunération du capital actualisé défini par l'ARCEP.

d) Sur les sites réputés non répliquables

226. S'agissant des sites réputés non répliquables, TDF s'engage uniquement à appliquer des évolutions tarifaires telles que les tarifs appliqués chaque année d'ici 2026 inclus soient inférieurs ou égaux au dernier plafond défini dans la décision de prolongation de 2019, en euros constants, sans qu'il ne soit plus fait référence à un principe d'orientation des tarifs vers les coûts.
227. Par ailleurs, TDF indique dans ses engagements que le plafond mentionné au paragraphe précédent sera ajusté d'un coefficient reflétant une éventuelle réduction ou augmentation du nombre de multiplex à couverture nationale.
228. Au cours de de la séance, des acteurs tels que towerCast et le multiplex R1 ont insisté sur le caractère flou de l'engagement proposé par TDF.

¹⁷³ Réponse de l'ARCEP au second questionnaire des services d'instruction.

¹⁷⁴ Réponse de l'ARCEP au second questionnaire des services d'instruction.

229. Afin de préserver la possibilité pour les opérateurs alternatifs d'offrir et pour les multiplex de recevoir des offres attractives sur le marché de gros aval, l'Autorité estime que TDF devrait s'engager explicitement à respecter un principe d'orientation des tarifs vers les coûts s'agissant des sites non répliquables¹⁷⁵. En effet, sans cet engagement supplémentaire, TDF pourrait, tout en respectant le dernier plafond défini dans la décision de prolongation de 2019, pratiquer des tarifs décorrélés des coûts effectivement supportés par elle tout au long de la période 2022-2026. L'ARCEP semble d'ailleurs être consciente de ce risque lorsqu'elle fait valoir, dans son projet de décision, que « *sur les sites réputés non-répliquables TDF pourrait tirer parti de sa rente de monopole sur le marché de gros amont en augmentant les tarifs sur ce marché au-delà des coûts correspondants aux prestations fournies aux diffuseurs alternatifs, limitant ainsi la capacité de ces derniers à proposer des offres attractives sur le marché de gros aval* »¹⁷⁶.
230. En outre, dans un contexte où la mise en place d'une offre précurseur en UHD, dans le cadre des travaux de modernisation de la plateforme TNT, pourrait conduire, dans l'un des deux scénarios envisagés, à l'apparition d'un nouveau multiplex¹⁷⁷, TDF devrait clairement définir dans ses engagements la notion de « multiplex à couverture nationale » et préciser l'impact que chacun des deux scénarios envisagés par le CSA pourrait avoir sur l'applicabilité du coefficient mentionné au paragraphe 227.

e) Sur les sites répliquables

231. TDF s'engage à ne pas pratiquer de tarifs d'éviction sur l'ensemble des sites répliquables, ni de tarifs excessifs sur les seuls sites répliquables non répliqués.
232. À cet égard, il convient de rappeler que, pour ce qui relève du niveau d'éviction, l'ARCEP avait indiqué, dans sa décision d'analyse de marché de 2015, que « *[c]ompte tenu de l'objectif de fournir une meilleure prévisibilité aux acteurs du marché mentionné précédemment, il apparaît nécessaire, comme dans le cadre du précédent cycle, de fournir des éléments d'appréciation du niveau d'éviction, tant pour assurer à TDF une plus grande sécurité juridique que pour permettre aux diffuseurs alternatifs de mieux anticiper les évolutions tarifaires de TDF* »¹⁷⁸.
233. Pour ce faire, l'ARCEP avait mis en place, en 2012, un modèle des coûts de la télédiffusion. TDF a expliqué lors de la séance qu'elle met à jour annuellement ce modèle en fonction de l'évolution de la configuration de ses points de service, afin de donner des indications sur le niveau d'éviction. Dans sa décision d'analyse de marché de 2015, l'ARCEP a indiqué à ce titre que « *le modèle permet en effet d'évaluer les coûts d'un nouvel entrant efficace suivant une stratégie de répllication des sites, non seulement en début de période, mais également tout au long de la période couverte par ce cycle* »¹⁷⁹.
234. En ce qui concerne le niveau de non-excessivité, l'ARCEP n'avait pas défini, dans le cadre du quatrième cycle de régulation, de taux en dessous duquel l'augmentation de tarif de TDF était présumée respecter l'obligation de non-excessivité reposant sur TDF pour ce qui relève

¹⁷⁵ Voir paragraphe 73 *supra*.

¹⁷⁶ Projet de décision de l'ARCEP, page 46.

¹⁷⁷ Voir la note de bas de page 48.

¹⁷⁸ Voir la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015, page 80.

¹⁷⁹ Voir la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015, page 80.

des sites répliquables non répliqués. Toutefois, l'ARCEP avait précisé, dans sa décision d'analyse de marché de 2015, qu'elle veillerait au respect de cette obligation à l'aune de différents éléments d'appréciation : « [e]n particulier, pour déterminer si une hausse tarifaire est susceptible de conduire à un tarif excessif, l'ARCEP pourra étudier l'évolution des coûts opérationnels et des investissements de l'activité de diffusion de la TNT à travers plusieurs indicateurs, tels que les taux de progrès techniques constatés des différents actifs du marché et l'évolution du coût de la construction et de la main d'œuvre. Elle tiendra aussi compte d'investissements exceptionnels, dès lorsqu'ils sont justifiés et efficaces »¹⁸⁰. En séance, les représentants de TDF ont expliqué que l'offre technique et tarifaire de référence est communiquée à l'ARCEP, un mois environ avant sa publication, afin de laisser la possibilité au régulateur sectoriel d'apprécier la conformité de l'offre avec l'interdiction reposant sur TDF de pratiquer, sur les sites répliquables non répliqués, des tarifs excessifs. D'après les représentants de TDF, qui n'ont pas précisé en séance s'il s'agit d'une obligation juridique ou d'un usage, ce n'est que si l'ARCEP ne formule pas d'objection que l'offre pourra être publiée par TDF.

235. Or, dans le cadre du nouveau cycle de régulation que l'ARCEP souhaite engager, ni le projet de décision de l'ARCEP ni la lettre d'engagements de TDF du 19 octobre 2021 n'indiquent les éléments à l'aune desquels devrait être apprécié l'engagement de TDF rappelé au paragraphe 231.
236. Interrogée sur ce point dans le cadre de l'instruction et de la séance, l'ARCEP a souligné, s'agissant de l'appréciation de l'absence de tarifs d'éviction, qu'elle « se référera ainsi aux coûts d'un nouvel entrant efficace poursuivant une stratégie de réplification des sites tout au long du cycle »¹⁸¹, sans toutefois préciser sur quelle base ces coûts seraient déterminés. S'agissant de l'appréciation du respect de l'engagement à ne pas pratiquer de tarifs excessifs sur les sites répliquables non répliqués l'ARCEP a précisé qu'elle « pourra, comme le fait depuis le cycle 4, et comme l'y avait invitée l'ADLC, se référer à différents éléments d'appréciation, tels que l'évolution des coûts opérationnels et des investissements de l'activité de diffusion de la TNT »¹⁸².
237. Au regard des éléments présentés aux paragraphes 231 à 236, l'Autorité considère que les modalités de détermination des tarifs d'éviction et excessifs demeurent floues et qu'il semble exister une asymétrie d'informations disponibles *a priori* entre TDF et l'ARCEP, voire les opérateurs tiers. Ainsi, il importe que, soit les engagements de TDF, soit la décision de l'ARCEP indiquent clairement aux acteurs du secteur les éléments à l'aune desquels devra s'apprécier l'engagement de TDF rappelé au paragraphe 231.

f) Sur les conditions de sortie des contrats de gros amont

238. En prenant notamment en compte la recommandation formulée par l'Autorité dans son avis précité n° 19-A-03, TDF s'était engagée, par une lettre du 15 avril 2019 annexée à la décision de l'ARCEP de prolongation de 2019, à augmenter le quota annuel de résiliation sans indemnité de contrats de gros amont de 5 % à 10 % (les autres paramètres de ce mécanisme restant inchangés). Aujourd'hui, TDF s'engage à maintenir ce mécanisme, sans faire évoluer ses caractéristiques.

¹⁸⁰ Voir la décision précitée n° 2015-1583 de l'ARCEP du 15 décembre 2015, page 82.

¹⁸¹ Réponse de l'ARCEP au second questionnaire des services d'instruction.

¹⁸² Réponse de l'ARCEP au second questionnaire des services d'instruction.

239. Comme rappelé au paragraphe 138, towerCast a indiqué, dans sa contribution à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, étayée dans le cadre de l'instruction, le fait que « *les quotas ont été consommés dans leur intégralité quasiment systématiquement depuis leur mise en place* »¹⁸³.
240. De même, il ressort des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction que les multiplex R1, R2 et R3 considèrent qu'il serait nécessaire de faciliter encore davantage la sortie anticipée des contrats d'hébergement de TDF¹⁸⁴.
241. Dans ce contexte, l'Autorité estime, comme dans son avis précité n° 19-A-03, qu'il serait à nouveau justifié, afin de favoriser le développement de la concurrence totale par les infrastructures, d'augmenter le nombre de contrats d'accès pouvant être résiliés sans indemnités.

Délibéré à la suite de l'instruction de Mme Clélie Devienne et M. Pablo González Pérez, rapporteurs, sur le rapport oral de M. Pablo González Pérez, rapporteur, et l'intervention de Mme Lauriane Lépine, rapporteure générale adjointe, par M. Henri Piffaut, vice-président, président de séance, M. Savinien Grignon-Dumoulin et M. Jérôme Pouyet, membres.

La secrétaire de séance,

Le président de séance,

Caroline Orsel

Henri Piffaut

© Autorité de la concurrence

¹⁸³ Version non-confidentielle de la contribution de towerCast à la consultation publique précitée de l'ARCEP du 3 mai 2021, page 51.

¹⁸⁴ Réponses des multiplex R1, R2 et R3 au questionnaire des services d'instruction.