

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

1. La réglementation européenne des télécommunications a consisté au premier chef à organiser l'ouverture de ce secteur à la concurrence. Cela explique que les régulateurs nationaux soient chargés de veiller à l'existence d'une concurrence effective sur les marchés du secteur. A cette fin, la directive « cadre »¹ prévoit la possibilité d'instituer des obligations *ex ante* sur les marchés qui ne sont pas effectivement concurrentiels en raison de la puissance significative dont disposent une ou plusieurs entreprises, lorsque les recours fondés sur le droit de la concurrence ne suffisent pas à y remédier.

L'article 15 de cette directive organise ainsi une procédure de recensement et de définition des marchés qui articule les compétences de la Commission et celles des autorités nationales. La Commission est chargée (art. 15, §1) d'adopter une recommandation recensant les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires – c'est-à-dire la mise en œuvre d'une régulation concurrentielle *ex ante* (s'ajoutant aux sanctions *ex post*, par le droit de la concurrence, des pratiques anticoncurrentielles). Il revient alors aux autorités réglementaires nationales de définir les marchés nationaux pertinents² dans le secteur des communications électroniques, en tenant le plus grand compte de la recommandation de la Commission (art. 15, §3).

En vertu de l'article 16 de la même directive, les autorités procèdent ensuite³ à l'analyse des marchés⁴ ainsi définis et apprécient si ces marchés sont effectivement concurrentiels. Si elles concluent qu'un marché est effectivement concurrentiel, elles n'imposent ni ne maintiennent aucune obligation réglementaire spécifique. Si elles concluent au contraire qu'un marché n'est pas effectivement concurrentiel, elles identifient les entreprises qui disposent d'une puissance

¹ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

² La Commission est compétente, quant à elle, pour recenser les marchés pertinents transnationaux (art. 15, §4).

³ V., distinguant les deux temps, CJUE, 3 décembre 2009, Commission c/ Allemagne, aff. C-424/07.

⁴ En tenant le plus grand compte, cette fois, des lignes directrices adoptées par la Commission en vertu de l'article 15, §2, pour orienter l'analyse de marché et l'évaluation de la puissance sur le marché.

significative sur le marché et leur imposent des obligations réglementaires spécifiques appropriées sur le fondement de l'article 17 de la directive « service universel »⁵ ou de l'article 8 de la directive « accès »⁶. Lorsque de telles mesures sont adoptées, une nouvelle analyse du marché pertinent doit être effectuée dans les trois ans suivant leur adoption, ce délai pouvant, à titre exceptionnel, être prolongé de trois ans supplémentaires si la Commission ne s'y oppose pas (art. 16, §6, a, de la directive « cadre »). Une nouvelle analyse des marchés qui font l'objet d'une réglementation concurrentielle *ex ante* doit par ailleurs être conduite dans les deux ans suivant chaque révision de la recommandation de la Commission.

Le système ainsi organisé a cela de particulier qu'il n'est pas purement cyclique : il tend vers un horizon, celui de la déréglementation des marchés du secteur, où tous seront effectivement concurrentiels et n'appelleront plus de réglementation *ex ante*. Seuls sont ainsi soumis à obligation de réexamen les marchés faisant l'objet de mesures de réglementation. Et les recommandations de la Commission⁷ vont dans le même sens qui, de révision en révision⁸, recensent de moins en moins de marchés susceptibles de justifier l'imposition d'obligations *ex ante*, mais exigent avec constance que les autorités nationales qui entendent réglementer d'autres marchés que ceux qu'elles identifient le justifient avec précision.

2. Les dispositions nationales qui assurent la transposition de ces règles traduisent cette particularité du régime de régulation concurrentielle *ex ante*. L'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) prévoit, en son premier alinéa, que l'Arcep détermine, après avis de l'Autorité de la concurrence, les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'imposition d'obligations spécifiques (prévues aux articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2). En son deuxième alinéa, le même article L. 37-1 prévoit qu'après avoir analysé l'état et l'évolution prévisible de la concurrence sur les marchés pertinents ainsi déterminés, l'Arcep établit, après avis de l'Autorité de la concurrence, la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés.

L'article L. 37-2 prévoit alors que l'Arcep fixe en les motivant, notamment, les obligations des opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché. Il précise, d'une part, que les obligations s'appliquent pendant une durée limitée pour autant qu'une nouvelle analyse du marché concerné ne les rende pas caduques, d'autre part – et dans le même sens –, que l'Arcep n'impose d'obligations aux opérateurs qu'en l'absence de concurrence effective et durable et les supprime dès lors qu'une telle concurrence existe.

L'article L. 38 énumère quant à lui les obligations susceptibles d'être imposées aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications

⁵ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques.

⁶ Directive 2002/19/CE Du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion.

⁷ V., en dernier lieu, la recommandation du 9 octobre 2014, C(2014)7174 final.

⁸ V., précédemment, la recommandation du 17 décembre 20017, 2007/879/EC ; et précédemment encore, la recommandation du 11 février 2003, 2003/311/EC.

électroniques ; son III précise, d'une part, que ces obligations sont établies, maintenues ou supprimées compte tenu de l'analyse du marché prévue à l'article L. 37-1 ; il impose en outre à l'Autorité, au moment de la révision de l'analyse d'un marché, de publier un bilan relatif aux résultats effectifs des mesures qu'elle avait adoptées sur le fondement de l'analyse précédente.

De façon transversale, l'article L. 32-1 du code prévoit par ailleurs, en son V, que lorsque l'Arcep envisage d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché, elle procède à une consultation publique.

Les conditions d'application et d'articulation de ces dispositions et la façon dont il revient en conséquence à l'Arcep de procéder sont précisées au niveau réglementaire, aux articles D. 301 et suivants du code. L'article D. 301 précise que l'Arcep doit établir une liste des marchés pertinents en vue de l'adoption de mesures de réglementation *ex ante*, sur laquelle figurent obligatoirement les marchés recensés dans la recommandation de la Commission ; cette liste est établie après consultation publique, avis de l'Autorité de la concurrence, avis du CSA lorsque les marchés incluent la diffusion de la radio et de la télévision et consultation de la Commission, de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques et des autorités compétentes des autres États membres.

Vous noterez que, de la sorte, les dispositions du CPCE fusionnent, d'une certaine manière, les opérations d'identification des marchés pertinents et d'analyse concurrentielle de ces marchés : dès l'identification d'un marché comme pertinent en vue de l'adoption d'obligations spécifiques, toute la mécanique est enclenchée qui conduit à l'édiction de mesures de régulation *ex ante*, sans qu'une étape d'analyse concurrentielle conduisant à décider ou non de cette édictation ne soit réellement identifiée⁹. En somme, le seul recensement auquel procède l'Arcep – sur la base du recensement de la Commission – est celui des marchés devant faire l'objet d'une réglementation concurrentielle spécifique¹⁰ ; en d'autres termes, la qualification d'un marché comme pertinent procède du constat de l'absence de concurrence effective et de la nécessité, en conséquence, d'adopter des mesures de régulation *ex ante* (v. en ce sens 29 décembre 2006, Société UPC France, n° 288251, Rec. p. 582 ; 11 juin 2014, Société TDF et autres, n°s 363920 e. a., aux Tables sur un autre point).

⁹ La directive et la lecture qu'en faisait la Cour de justice (v. précédemment) distinguent pourtant bien les deux opérations. L'article L. 37-1 mentionne quant à lui, en son deuxième alinéa, deux opérations distinctes que sont l'analyse de marché et l'identification des opérateurs exerçant une influence significative, mais il transporte déjà l'analyse à un stade plus aval que la directive (v. en ce sens 25 avril 2007, Société SFR, n° 287528, inédite). L'article D. 301 acte finalement l'unicité des opérations de définition des marchés pertinents et d'analyse concurrentielle dans la pratique nationale : seuls sont définis les marchés qui appellent l'édiction d'obligations réglementaires *ex ante*. Ce qui, fatalement, heurte un peu le bon sens : comment peut-on savoir, au stade du recensement et de la définition des marchés, et sans, donc, analyser tous les marchés, lesquels appelleront de telles mesures ? Il faut supposer que l'Arcep, si elle ne formalise le recensement et l'analyse des marchés que pour ceux qui ne sont pas effectivement concurrentiels, conserve néanmoins sous son examen l'ensemble des marchés du secteur – à tout le moins ceux qui seraient susceptibles d'appeler des mesures de réglementation mais qui paraissent, après analyse, suffisamment concurrentiels.

¹⁰ Ce glissement était assez induit par la pratique de la Commission elle-même, dont les recommandations procèdent à une forme d'assimilation des deux étapes que sont le recensement et l'analyse des marchés.

Cela est clairement manifesté par le fait que l'inscription d'un marché sur la liste est soumise à la temporalité que la directive imposait à l'analyse des seuls marchés faisant l'objet de mesures de réglementation. L'article D. 301 précise ainsi que l'inscription d'un marché sur la liste des marchés pertinents est prononcée pour une durée maximale de trois ans et fait l'objet d'un réexamen à l'initiative de l'Autorité lorsque cela est justifié, dans les deux ans suivant la modification de la recommandation de la Commission¹¹, ou dans tous les cas au terme d'un délai de trois ans, qui peut être prolongé de trois ans supplémentaires si la Commission ne s'y oppose pas après notification de l'Arcep.

L'article D. 302 prévoit une procédure identique pour l'établissement de la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur les marchés figurant sur la liste des marchés pertinents : consultation publique, avis de l'Autorité de la concurrence et le cas échéant du CSA, consultation de la Commission, de l'organe des régulateurs européens et des autorités des États membres. Il prévoit par ailleurs une exigence de réexamen périodique de cette liste identique à celle qui pèse sur la liste des marchés pertinents – et précise d'ailleurs que les deux listes peuvent être réexaminés conjointement.

Enfin, l'article D. 303 prévoit lui aussi une procédure identique pour l'imposition d'obligations spécifiques aux opérateurs exerçant une influence significative, à l'exception de la consultation de l'Autorité de la concurrence et du CSA. Il prévoit en outre, lui aussi, une exigence de réexamen périodique de ces obligations identique à l'exigence de réexamen périodique des deux listes – et précise que ce réexamen peut être effectué conjointement à celui des deux listes. Mais il permet une modification des obligations par l'Arcep sans nouvelle détermination des marchés pertinents.

Si nous nous résumons, l'Arcep établit, après analyse de marché, une liste des marchés pertinents – c'est-à-dire insuffisamment concurrentiels – et une liste des opérateurs exerçant, sur ces marchés, une influence significative ; puis elle adopte, à l'égard de ces opérateurs, une série de mesures visant à permettre le maintien d'une concurrence suffisante. Les deux listes et les mesures peuvent être réexaminées spontanément par l'Arcep et le sont à tout le moins périodiquement, sur une base en principe triennale (en pratique l'Arcep effectue ainsi, depuis 2006, des cycles triennaux de régulation).

De la combinaison des dispositions législatives et réglementaires – exercice loin d'être évident –, plusieurs conclusions nous paraissent en outre pouvoir être tirées quant aux conditions d'évolution de ces listes et mesures.

Tout d'abord, le réexamen des unes et des autres comprend une révision de l'analyse de marché¹², qui doit donner lieu à la publication d'un bilan des mesures (art. L. 38, III). Ce

¹¹ Ou dès que possible après la modification de la décision de la Commission recensant les marchés transnationaux.

¹² Le III de l'article L. 38 mentionne expressément cette révision. Et les dispositions législatives et réglementaires doivent être lues conformément à l'article 16§6 de la directive « cadre », qui exige que le réexamen procède d'une nouvelle analyse du marché.

réexamen nous paraît aussi exiger une consultation publique et une consultation des autorités administratives intéressées (Autorité de la concurrence, le cas échéant CSA, Commission, organe des régulateurs européens, autorités compétentes des autres États membres) – ces deux consultations portant sur un projet de liste révisée des marchés pertinents, un projet de liste révisée des opérateurs exerçant une influence significative et, le cas échéant, un projet d'établissement, de maintien, de modification ou de suppression des mesures visant à garantir un niveau de concurrence suffisant¹³. Bien que les dispositions législatives et réglementaires s'articulent assez mal, il nous semble, en effet, dans le silence des textes¹⁴, et eu égard au lien entre l'évolution des mesures de régulation et celle de l'analyse de marché¹⁵, que le réexamen obéit à la même procédure que l'adoption initiale des listes et mesures.

Vous avez par ailleurs déjà jugé que la possibilité de modifier les mesures de régulation hors procédure de réexamen – c'est-à-dire sans révision de la liste des marchés pertinents, sans nouvelle analyse concurrentielle et sans consultations – n'est possible que si l'analyse et les consultations précédemment effectuées permettent encore d'apprécier l'adéquation et la proportionnalité de la modification envisagée¹⁶ (19 juin 2009, Association des renseignements pour tous, n° 310453, T. p. 872). Cette faculté dérogatoire prévue par l'article D. 303 est donc strictement encadrée : elle permet uniquement à l'Arcep d'ajuster les mesures correctives à l'état concurrentiel du marché inchangé.

Enfin, la dernière conclusion résulte de l'articulation des précédentes : un marché ne peut « sortir » de la liste des marchés pertinents pour ne plus faire l'objet d'aucune mesure de régulation *ex ante* que sur la base d'une nouvelle analyse concurrentielle et après une nouvelle procédure consultative – c'est-à-dire au terme d'une procédure de réexamen, qu'elle soit effectuée dans le cadre de l'obligation de réexamen périodique (en principe triennal) ou dans le cadre d'un réexamen spontané de l'Arcep. En d'autres termes, la levée des obligations visée à l'article L. 37-2 et à l'article L. 38 obéit à la même procédure que l'imposition première de ces obligations – ce qui, somme toute, n'est pas complètement contre-intuitif.

3. Ces précisions étant faites, nous pouvons en venir aux marchés qui vous intéressent spécifiquement aujourd'hui.

La diffusion de la télévision numérique terrestre (TNT) sur le territoire métropolitain procède, vous le savez, de l'utilisation de fréquences hertziennes. Les chaînes sont regroupées en six multiplex et chacun de ces multiplex utilise une bande de fréquences. Les multiplex ont alors besoin d'un prestataire technique pour assurer la diffusion de leur signal dans les 1 626 zones

¹³ Autorité de la concurrence et CSA n'ont pas à être consultés, si le réexamen est « fractionné », sur les obligations que l'Arcep projette d'imposer à l'opérateur dominant (v., outre la lettre de l'article D. 303, 4 juin 2012 Société BT France, n° 351976, T. pp. 547-548-549-623-887)

¹⁴ Seule la périodicité du réexamen faisant l'objet de dispositions spécifiques.

¹⁵ V. l'avant-dernier alinéa de l'article L. 37-2 et le premier alinéa du III de l'article L. 38.

¹⁶ Et si aucun changement de circonstance de fait ou de droit n'est venu modifier entretemps les conclusions dans une mesure imposant de les mener à nouveau, cette seconde condition ne nous paraissant cependant pas se distinguer de la première (si des changements de circonstances de fait remettent substantiellement en cause les conclusions de l'analyse de marché et de la procédure consultative, c'est que ces conclusions ne permettent pas d'apprécier l'adéquation et la proportionnalité de la modification envisagée).

que compte le territoire métropolitain. Ils ont, pour cela, recours aux services d'un opérateur de diffusion.

Le marché est un duopole : l'opérateur principal est TDF, société issue de la transformation de l'établissement public industriel et commercial Télédiffusion de France créé lors de la dissolution de l'ORTF ; son unique concurrent est Towercast. L'asymétrie de ce duopole est notamment caractérisée par le fait que, si TDF offre ses services de diffusion en utilisant uniquement des sites de diffusion qu'elle détient en propre, tel n'est pas le cas de Towercast. Celle-ci offre ses services en utilisant pour partie, comme TDF, des sites de diffusion qu'elle détient en propre, mais en ayant recours, pour l'autre partie, à des sites détenus par TDF et dont elle loue, à TDF, l'utilisation pour y placer ses émetteurs¹⁷.

Se distingue ainsi un second marché, d'hébergement d'équipements de diffusion ; sur ce marché un diffuseur (au premier chef Towercast), pour pouvoir effectuer la prestation de service qu'il vend en aval à un multiplex, achète à un autre diffuseur (TDF) un service d'hébergement de ses émetteurs sur un ou plusieurs sites. Ce marché est dénommé marché de gros amont de la diffusion hertzienne de la TNT – c'est, pour le dire simplement, un marché de location de sites de diffusion entre diffuseurs – par opposition au marché de gros aval de la diffusion, où les diffuseurs vendent leurs services aux multiplex pour faire parvenir jusqu'à vos antennes le signal de vos chaînes préférées.

Vous aurez compris que le marché amont est un quasi-monopole de TDF. Il a ainsi fait l'objet d'une réglementation *ex ante* depuis le premier cycle de régulation de l'Arcep (2006-2009)¹⁸ : le marché était défini comme marché pertinent en vue de l'adoption de mesures de régulation *ex ante*, TDF était désignée comme opérateur y exerçant une influence significative et des obligations lui étaient imposées, qui consistaient notamment – pour le dire simplement – à lui imposer de faire droit aux demandes raisonnables d'utilisation de ses sites et à contrôler sa politique tarifaire. Cette réglementation du marché amont permettait par ailleurs d'assurer une concurrence suffisante sur le marché aval, qui ne faisait pas l'objet de mesures spécifiques.

A l'issue du quatrième cycle de régulation (2015-2018), l'Arcep a publié un bilan des mesures et une analyse du marché ; elle indiquait, dans ce document, envisager de mettre fin à la régulation *ex ante* du marché de gros amont, au motif que la TNT était un mode de diffusion de la télévision qui s'érodait tandis que d'autres modes de diffusion alternatifs – les réseaux internet haut et très haut débit – se développaient, cette tendance étant amenée à se poursuivre. L'Arcep en déduisait qu'émergeait une concurrence nouvelle permettant aux éditeurs de chaînes de télévision de ne plus dépendre (*via* les multiplex) des seuls diffuseurs hertziens mais de pouvoir recourir à une diffusion par les fournisseurs d'accès à Internet.

Cette analyse a été unanimement contestée lors des consultations menées par l'Arcep : l'Autorité de la concurrence, le CSA, les éditeurs audiovisuels, Towercast et jusqu'à TDF se

¹⁷ Selon deux formules distinctes : Towercast peut ne souscrire qu'un hébergement par TDF pour installer ses équipements de diffusion (émetteur et antenne) sur un site TDF ou souscrire une prestation globale de diffusion pour installer uniquement son émetteur sur un site TDF et avoir recours en outre à l'antenne TDF.

¹⁸ Vous avez déjà eu à en connaître (11 juin 2014, Société TDF et autres, n°s 363920 e. a., T. p. 774).

sont prononcés contre l'arrêt de la régulation *ex ante* du marché, en soulignant notamment que les débits Internet retenus par l'Arcep n'étaient pas suffisants pour supporter la consommation audiovisuelle, que les éditeurs étaient légalement tenus d'assurer une couverture de 95 % de la population par la diffusion *hertzienne*, de sorte qu'ils ne pouvaient s'émanciper de la plateforme TNT, et que la TNT était le seul mode d'accès gratuit¹⁹ à la télévision. Était par ailleurs en préparation un projet de loi de réforme de l'audiovisuel qui conduisait à réexaminer le cadre législatif de la diffusion télévisuelle.

Face à cette levée de boucliers, l'Arcep a renoncé à mettre fin à la réglementation *ex ante* du marché. Par une décision du 16 avril 2019, elle a, après nouvelle consultation publique et en l'absence d'opposition de la Commission européenne, prolongé pour deux ans supplémentaires la validité de sa décision du 15 décembre 2015 qui définissait le marché comme un marché pertinent, désignait TDF comme l'opérateur exerçant une influence significative et lui imposait des obligations spécifiques. Vous vous souvenez que, par dérogation au principe de réexamen triennal des marchés faisant l'objet d'une régulation *ex ante*, l'Arcep peut prolonger la validité de la liste des marchés pertinents, de la liste des opérateurs exerçant une influence significative et des obligations qui pèsent sur eux, pour une durée n'excédant pas trois ans. C'est ce qu'elle a choisi de faire, en renonçant ainsi à prendre une décision sur le fondement du bilan et de l'analyse de marché qu'elle avait rendus publics.

En vertu de cette prolongation, la décision de 2015, dans ses trois aspects (inscription d'un marché sur la liste des marchés pertinents, désignation d'un opérateur exerçant une influence significative, édicition d'obligations), était valide jusqu'au 17 décembre 2020.

Six mois avant cette échéance, la société Towercast a écrit à la directrice générale de l'Arcep en s'inquiétant de l'absence d'engagement d'une nouvelle procédure d'analyse de marché. Elle demandait à l'Arcep de lui confirmer le lancement de cette procédure.

L'Arcep n'a pas répondu. Il nous paraît peu douteux que ce silence a fait naître une décision de refus d'engager la procédure de réexamen de la décision de 2015, dans ses trois aspects.

4. Towercast vous demande régulièrement d'annuler ce refus. Et nous pensons que vous devriez faire droit à sa demande. Comme nous vous l'avons expliqué, il se déduit à nos yeux de l'articulation des dispositions législatives et réglementaires que nous vous avons présentées, d'une part, que le réexamen – périodique ou spontané – des décisions de régulation *ex ante* (définition d'un marché pertinent, désignation d'un opérateur, imposition d'obligations) suit la même procédure que l'adoption initiale de ces décisions, d'autre part, que la modification de la liste des marchés pertinents pour en retirer un marché (et ne plus le réguler) ne peut se faire qu'au terme d'un tel réexamen – c'est-à-dire seulement après publication d'un bilan des mesures, révision de l'analyse de marché et double procédure consultative (consultation publique et consultation des autorités administratives intéressées).

¹⁹ Et anonyme.

Nous comprenons, certes, la position de l'Arcep, qui estime, en quelque sorte, avoir déjà mené cette procédure – en 2018 – et avoir décidé en conséquence de mettre fin à la régulation du marché après une ultime prolongation de deux ans. Mais, d'une part, telle n'est pas la portée de sa décision d'avril 2019, qui se borne à prolonger des décisions en vigueur et ne fait donc rien d'autre que reporter l'obligation de réexamen périodique à une date ultérieure. D'autre part, et surtout, l'économie des textes interdit de décider *ex ante* – si nous osons dire – que la réglementation d'un marché cessera au terme d'obligations imposées pendant deux ans ; l'absence de reconduction de mesures de régulation ne peut être décidée que sur la base d'une analyse de marché révisée et d'un bilan de l'application des mesures²⁰. Les textes tendent certes vers l'abandon progressif de toute réglementation *ex ante* de la concurrence sur les marchés ; mais ils exigent de façon transversale que toutes les mesures²¹ – et en particulier l'établissement de la liste des marchés pertinents ou sa révision – soient adoptées sur le fondement d'une analyse des marchés actualisée – ce qui, du reste, et là encore, n'est pas contre-intuitif.

Nous notons, d'ailleurs, que la décision de prolongation d'avril 2019 relevait elle-même que les deux ans de prolongation permettraient de conduire une nouvelle analyse de marché, et que l'Arcep, comme cela est relevé par la société TDF, a toujours décidé de l'abandon de la régulation *ex ante* de marchés sur la base de procédures de réexamen complètes (bilan, analyse de marché, consultations) et actualisées. Nous relevons en outre que la société TDF ne conteste pas, au contraire, la nécessité de publier un bilan des mesures de régulation et une analyse de marché révisée.

Si vous nous suivez, vous devrez donc annuler le refus de l'Arcep d'engager une procédure de réexamen des mesures de régulation *ex ante* du marché de gros concerné. Vous devrez, en conséquence, lui enjoindre d'engager ce réexamen dans les meilleurs délais.

Vous ne pourrez, en revanche, lui enjoindre, comme vous le demande la société Towercast, de prolonger d'une année supplémentaire la validité de la décision du 15 décembre 2015, telle que modifiée par la décision du 16 avril 2019 : votre décision, qui n'annulera que le refus d'engager une procédure de réexamen par la réalisation d'une analyse de marché, n'impliquera pas nécessairement, par elle-même, que l'Arcep procède à une telle prolongation. Certes, alors que les obligations pesant sur la société TDF cessent de produire leurs effets et que l'Autorité n'est pas en mesure de se prononcer immédiatement sur leur prolongation, leur modification ou leur levée (compte tenu de la procédure qu'il lui revient de mener), il lui appartient certainement de s'interroger sur la nécessité de proroger la durée des décisions de 2015 dans l'attente de la publication d'un bilan et d'une analyse de marché révisée puis de la conduite des consultations qui lui incombent. Mais c'est là une question

²⁰ Il en résulte que, même si l'Arcep avait décidé, en 2019, plutôt que de prolonger la décision de 2015, de prendre une nouvelle décision pour un cycle de trois ans ou simplement pour deux ans, elle aurait, en toute hypothèse, dû présenter un bilan de son application et procéder à une nouvelle analyse de marché au stade du réexamen de ces mesures à l'échéance de leur application.

²¹ A la seule exception, prévue par l'article D. 303, des modifications qui n'affectent que les mesures correctives, lorsque l'analyse de marché qui avait été effectuée demeure valable (19 juin 2009, Association des renseignements pour tous, préc.).

distincte de l'exécution du litige dont vous êtes saisis (qui ne porte que sur le refus d'engager la procédure de réexamen) ; de sorte que, si vous pouvez relever qu'il appartient à l'Arcep de se poser cette question, la réponse qu'il convient de lui apporter échappe à votre pouvoir d'injonction dans le cadre du présent litige car il dépasse l'office du juge de l'exécution défini par l'article L. 911-1 du code de justice administrative. Au demeurant, la préservation des équilibres concurrentiels dans l'attente de l'issue de la procédure de réexamen n'implique pas nécessairement la prolongation des mesures qui étaient applicables²².

Vous pourrez, enfin, mettre à la charge de l'État une somme de 3 000 euros à verser à la société requérante au titre des frais de procédure.

Tel est le sens de nos conclusions.

²² Ne serait-ce que parce que l'Arcep est en mesure, s'il apparaît nécessaire, au terme de la procédure de réexamen, d'adopter de nouvelles mesures de régulation et si cela répond à un motif d'intérêt général suffisant lié à l'impératif d'ordre public d'établissement d'une concurrence effective et loyale, d'imposer une modification des contrats en cours qui auraient été conclus dans l'intervalle entre la fin d'application des mesures de régulation décidées en 2015 et l'entrée en vigueur de nouvelles mesures (11 juin 2014, Société TDF et autres, préc.).