

COUR DE CASSATION

Audience publique du **30 mai 2018**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 480 F-D

Pourvoi n° D 16-24.792

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ la société TDF, société par actions simplifiée,

2°/ la société TDF Infrastructure Holding, société par actions
simplifiée,

3°/ la société TDF Infrastructure, société par actions simplifiée,

ayant toutes trois leur siège 106 avenue Marx Dormoy, 92120 Montrouge,

contre l'arrêt rendu le 15 septembre 2016 par la cour d'appel de Paris
(pôle 5, chambre 5-7), dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié
11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

2°/ au ministre de l'économie de l'industrie et du numérique, dont le siège est bâtiment 59 boulevard Vincent Auriol, 5 Télédoc, 252 dgccrf 75703 Paris cedex 13,

3°/ à la société Outremer Telecom, société par actions simplifiée, dont le siège est zone de la Jambette, 97200 Fort-de-France,

4°/ à la société Tyrol acquisition 1, société à responsabilité limitée,

5°/ à la société Tyrol acquisition 1 & cie, société civile agricole, ayant toutes deux leur siège 5 rue Eugène Ruppert L-2453, Luxembourg (Luxembourg),

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 4 avril 2018, où étaient présentes : Mme Mouillard, président, Mme Tréard, conseiller référendaire rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Tréard, conseiller référendaire, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat des sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding, TDF Infrastructure, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat de la société Outremer telecom, l'avis de Mme Beaudonnet, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 15 septembre 2016), que la société Télédiffusions de France (la société TDF), qui a disposé du monopole légal de la radiodiffusion et de la télédiffusion hertzienne jusqu'à ce qu'une loi du 31 décembre 2003 le lui enlève, détenait la majorité des infrastructures nécessaires à la diffusion hertzienne terrestre des chaînes de télévision en métropole et dans les collectivités ultramarines, en mode analogique, sous forme d'un réseau de sites-pylônes, lorsqu'a été mis en oeuvre le déploiement de la télévision numérique terrestre (TNT) dans les territoires d'outre-mer ; qu'à cette occasion, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (l'ARCEP) a mis en place une régulation *ex ante* sur le marché de gros des offres de diffusion hertzienne

terrestre de programmes télévisuels, consistant, notamment, à garantir l'accès aux sites et aux systèmes antennaires de la société TDF, reconnue comme exerçant une « influence significative », par l'intermédiaire d'offres d'hébergement et de diffusion ; que le 20 juillet 2010, la société Outremer Télécom a saisi l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) de pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur des services de diffusion hertzienne terrestre de télévision, par voie hertzienne terrestre en mode numérique, dans les départements d'outre-mer, en lui reprochant de l'avoir empêchée de répondre à des appels d'offres lancés en 2010 par la société France Télévisions en vue de l'attribution des marchés de la diffusion de la TNT dans les territoires et collectivités d'outre-mer, en communiquant avec retard puis de façon incomplète son offre de référence Hébergement, pour ses sites-pylônes, nécessaire pour que les sociétés concurrentes puissent élaborer leurs réponses aux appels d'offres dans des conditions équitables ; que par une décision n°15-D-01 du 5 février 2015, l'Autorité a sanctionné la société TDF pour abus de position dominante, sur le double fondement des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), solidairement avec les sociétés Tyrol Acquisition 1 et Tyrol Acquisition 2, devenues respectivement TDF infrastructure holding et TDF infrastructure, prises en leur qualité de sociétés-mères ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les sociétés TDF, TDF infrastructure holding et TDF infrastructure font grief à l'arrêt de rejeter le recours formé contre cette décision, sauf en ce qu'elle a appliqué l'article 102 du TFUE aux pratiques commises à Wallis et Futuna, alors, selon le moyen :

1°/ que d'un point de vue géographique, le marché est défini comme le territoire sur lequel, les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes ; qu'en retenant, pour refuser de considérer chacun d'eux comme un marché distinct, que « l'émission d'une offre de référence commune (à tous les territoires ultra marins) milite au contraire dans le sens d'une grande uniformité » des conditions de concurrence, tout en admettant pour distinguer partiellement le marché métropolitain de celui des territoires ultramarins que « ce n'est pas seulement l'émission d'une offre distincte par la société TDF, mais aussi les conditions et le calendrier des appels d'offre dans ces territoires qui ont introduit une certaine hétérogénéité dans les conditions de la concurrence entre la métropole et territoires ultramarins », ce dont il résulte que les conditions spécifiques aux territoires ultramarins, introduisent nécessairement une distinction, non seulement entre ces territoires et la métropole, mais également entre chacun des territoires ultramarins, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en refusant, pour délimiter géographiquement le marché de gros amont comme étant celui du marché de gros ultramarin, de procéder à une analyse du marché amont en fonction des spécificités de chacun des sites d'outre-mer concernés, tout en admettant qu'il doit être tenu compte pour l'implantation des réseaux des contraintes géographiques, topographiques, urbanistiques et environnementales, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

3°/ qu'en affirmant que les conditions de concurrence sur le marché national de gros – métropole et outre-mer – étaient homogènes pour prétendre que la délimitation du marché serait sans influence sur l'analyse de la position dominante de la société TDF, après avoir admis que « le choix, par l'Autorité, d'un marché limité aux territoires ultramarins, est justifié par le calendrier spécifique de développement de la TNT, distinct de celui de la métropole, et par le dépôt, par la société TDF, d'offres de référence distinctes, la première uniquement valable en métropole et la seconde uniquement valable dans l'ensemble des régions ultramarines, avec des conditions tarifaires et une classification des sites différentes », la cour d'appel qui a refusé de délimiter précisément le marché géographique, a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

4°/ qu'en considérant que l'ARCEP avait confirmé l'homogénéité des conditions de concurrence sur le marché national de gros – métropole et outre-mer – en n'opérant pas de distinction géographique dans sa décision Cycle II tout en constatant que la décision Cycle II du 11 juin 2009 ne décrit pas précisément le marché de l'outre-mer, « puisque le programme de lancement de la TNT n'y était pas encore ouvert », la cour d'appel a violé de plus fort les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

5°/ que seule une infrastructure essentielle peut être considérée comme non répliquable dans des conditions économiquement raisonnables ; qu'en considérant, pour établir la position dominante de TDF, que ses installations n'étaient pas répliquables voire qu'elles seraient incontournables, tout en admettant que l'Autorité de la concurrence n'a jamais qualifié les installations de TDF d'infrastructures essentielles ou encore que selon la notification des griefs ces installations étaient « difficilement répliquables », ce dont il résultait qu'elles n'étaient ni non répliquables, ni même incontournables, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

6°/ qu'une installation n'est pas répliquable qu'à condition de démontrer qu'il n'existe, pour les nouveaux opérateurs, aucune autre solution

alternative économiquement raisonnable, même moins avantageuse, pouvant être mise en oeuvre, et que l'accès à cette infrastructure est indispensable à leur activité ; qu'en considérant que la difficile rentabilisation de la construction de nouvelles infrastructures ou la possibilité d'accéder à des structures moins performantes suffisait à établir l'absence de répliquabilité des installations et partant la position dominante de TDF sur le marché amont d'infrastructures, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

7°/ qu'une installation n'est pas répliquable qu'à condition de démontrer qu'il n'existe, pour les nouveaux opérateurs, aucune autre solution alternative économiquement raisonnable, même moins avantageuse, pouvant être mise en oeuvre, et que l'accès à cette infrastructure est indispensable à leur activité ; qu'en affirmant que « l'utilisation d'infrastructures existantes, telles celles des opérateurs de téléphonie mobile ou d'opérateurs tiers n'était pas substituable » au réseau de TDF après avoir admis que « 36 % des sites pylônes qui accueillent des équipements de téléphonie mobile accueillent aussi des services de diffusion audiovisuelle », ce dont il résulte qu'il existait d'autres infrastructures au moins partiellement substituables à celles de TDF, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

8°/ qu'une installation n'est pas répliquable qu'à condition de démontrer qu'il n'existe, pour les nouveaux opérateurs, aucune autre solution alternative économiquement raisonnable, même moins avantageuse, pouvant être mise en oeuvre, et que l'accès à cette infrastructure est indispensable à leur activité ; qu'il appartient à celui qui prétend qu'un opérateur occupe une position dominante sur un marché d'infrastructures de rapporter la preuve de leur caractère indispensable ; qu'en reprochant à la société TDF de ne pas démontrer que les infrastructures de téléphonie mobile de la société Outremer Telecom ou d'autres opérateurs seraient situées dans un rayon géographique leur permettant d'être substituables aux installations de TDF, mis à part sept sites cités dans ses observations, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve a violé l'article 1315 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1353 du même code, ensemble les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir rappelé que le marché géographique pertinent pour apprécier un abus de position dominante est défini comme le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable,

l'arrêt relève que l'Autorité a démontré que les conditions de concurrence étaient homogènes au sein du marché national de gros et que son choix de séparer le marché ultramarin du marché métropolitain, qui ne modifiait pas l'analyse de la position dominante de la société TDF, constituée indifféremment sur ces deux marchés, était justifié par le calendrier spécifique de développement de la TNT en outre-mer et par le dépôt, par la société TDF, d'une offre de référence spécifique pour l'ensemble des territoires ultramarins, distincte de celle applicable en métropole ; que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt rappelle que pour définir un marché amont plus étroit, il faudrait démontrer que les conditions de la concurrence sont significativement différentes selon les territoires et constate, en ce qui concerne la délimitation du marché de gros amont de l'hébergement, tout d'abord, qu'il existe un réseau historique de pylônes utilisé pour la diffusion de la télévision analogique, qui a été privilégié pour la diffusion de la télévision numérique compte tenu notamment des contraintes d'orientations des antennes, et que cette situation est identique dans tous les territoires ultramarins, ensuite, qu'il existe une obligation nationale de la société TDF de publier une offre de référence pour l'hébergement des diffuseurs concurrents sur ces pylônes, qui n'est pas différente selon les territoires ultramarins, enfin, que les conditions techniques et tarifaires de cette offre d'hébergement sont également identiques sur tous les territoires ultramarins ; qu'il ajoute que les contestations de la société TDF, soutenant l'existence d'un marché géographique distinct par territoire, ne sont pas étayées, celle-ci ne démontrant pas en quoi les conditions de concurrence différaient entre chacun de ces territoires ; que de ces seules constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a procédé à une délimitation précise du marché géographique pertinent et analysé le marché de gros amont de l'hébergement en fonction de ses spécificités, a justement déduit que si le marché ultramarin devait être distingué du marché métropolitain, en revanche l'existence d'un marché géographique distinct par territoire n'était pas établie ;

Attendu, en second lieu, que l'Autorité n'ayant pas sanctionné un refus d'accès à une infrastructure essentielle, mais ayant retenu un abus de position dominante ayant consisté à empêcher des concurrents de répondre à des appels d'offres lancés en vue de l'attribution des marchés de la diffusion de la TNT en outre-mer, en communiquant avec retard, puis de façon incomplète, son offre de référence Hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent élaborer leurs réponses aux appels d'offres dans des conditions équitables, la cour d'appel a pu retenir un pouvoir de marché de la société TDF sur le marché de gros amont de l'accès aux infrastructures nécessaires à la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, dans un contexte de déploiement de la diffusion de la télévision numérique privilégiant le réseau historique de pylônes utilisés pour la diffusion de la télévision analogique, caractérisant une position dominante de la société TDF, résultant essentiellement de la configuration de son

réseau de sites-pylônes, hérité de son ancien monopole, et des barrières économiques et réglementaires importantes observées à l'entrée de ce marché, sans être tenue d'établir le caractère non répliquable dans des conditions économiquement raisonnables de ces infrastructures ;

D'où il suit, qu'inopérant en sa quatrième branche qui critique des motifs surabondants, le moyen n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses sixième, septième, huitième, dixième, treizième et quatorzième branches :

Attendu que les sociétés TDF, TDF infrastructure holding et TDF infrastructure font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en oeuvre ; qu'en affirmant, pour considérer que l'Autorité de la concurrence était compétente pour sanctionner l'abstention en cause que ce n'est « pas un manquement sectoriel en tant que tel qui est sanctionné, mais un abus autonome, au sens du droit la concurrence » après avoir retenu que « la particularité de l'abus reproché en l'espèce à la société TDF tient à ce que les informations indispensables revêtaient la forme d'une offre de référence d'hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent répondre aux appels d'offres de la société France Télévisions, dont la publication était imposée par la réglementation sectorielle (...) que cette obligation, résultant de sa responsabilité particulière d'opérateur en position dominante (est) imposée par la régulation sectorielle », que la société TDF était soumise à « une obligation réglementaire de publication » ou encore « qu'il est évident que la communication tardive de l'offre de référence d'hébergement, contraire aux préconisations du régulateur sectoriel, ne pouvait que pénaliser, freiner ou empêcher la société Outre-mer Telecom de concourir », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 36-10 et L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques dans leur rédaction applicable en la cause, ainsi que les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

2°/ que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en oeuvre ; que la sanction, par l'ARCEP d'un exploitant de

réseau ou un fournisseur de services qui ne se conforme pas dans les délais fixés à une décision prise en application de l'article L. 36-8 du CPCE est subordonnée à une mise en demeure préalable ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence pouvait sanctionner au titre de l'abus de position dominante la méconnaissance par TDF de son obligation réglementaire de publication d'une offre d'hébergement sans que l'ARCEP n'ait constaté une telle violation, la cour d'appel a violé les articles L. 36-7, L. 36-10 et L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques dans leur rédaction applicable en la cause, ainsi que les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

3°/ qu'en se fondant expressément sur la jurisprudence interdisant au détenteur d'une position dominante sur le marché amont de biens ou services indispensables à la production de biens ou services sur un marché aval de refuser la fourniture à un client, lui-même concurrent sur le marché aval, tout en affirmant que « l'Autorité (de la concurrence) n'a pas sanctionné un refus d'accès à une infrastructure essentielle », la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

4°/ qu'en se fondant encore expressément, pour considérer qu'une abstention de procéder en temps utile à une publication équivaut à un refus, même sans demande préalable des opérateurs concernés et qu'une telle solution n'est pas inédite, sur un arrêt du 6 novembre 2014 de la cour d'appel de Paris ayant confirmé la sanction infligée par l'Autorité de la concurrence à la SNCF dans une décision 12-D-25, pour retard dans la publication du tarif de ses cours dans le Document de Référence du Réseau (DRR) en retenant que « l'absence de mise à disposition des concurrents de données précises et complètes est le résultat d'un choix stratégique de la SNCF, qui a imposé aux entreprises ferroviaires de s'adresser de façon systématique à son guichet unique pour avoir accès à ses cours, faute pour ces entreprises de pouvoir en prendre connaissance par le biais d'une publication conforme aux demandes de RFF et de la MCAF », après avoir constaté que des demandes de publication avaient été formulées dans cette affaire, ce dont il résultait que la sanction par l'Autorité de la concurrence d'un retard de communication d'une offre sans demande préalable des opérateurs concernés, au titre d'un abus de position dominante était inédite, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L. 402-2 du code de commerce ;

5°/ qu'en considérant que la publication tardive, le 13 avril 2010, d'une offre d'hébergement soi-disant encore incomplète, qu'elle aurait dû publier le 3 mars 2010 au plus tard constituait un abus de position dominante dans la mesure où les « les autres diffuseurs se sont retrouvés privés de la possibilité de chiffrer correctement, même de façon approximative, le recours à ces équipements et ont, par voie de

conséquence, été empêchés de formuler des offres commerciales précises au stade de l'ouverture de la phase de dialogue compétitif, puis des offres définitives » après avoir admis qu'un opérateur qui veut faire une offre concurrente sur le marché aval doit disposer d'un délai minimum de trois mois entre la publication de l'offre de référence par TDF et la réponse à l'appel d'offre, et qu'en l'espèce l'appel d'offre avait été lancé le 2 février 2010, la procédure de dialogue compétitif avait été ouverte le 3 mars 2010 et les offres définitives devaient au plus tard être déposées le 28 avril 2010, délai éventuellement repoussé au 10 mai 2010, ce qui démontrait qu'à supposer même que la société TDF ait publié son offre d'hébergement en temps utile au plus tard le 3 mars 2010, les opérateurs n'auraient pas disposé d'un délai suffisant pour participer efficacement au dialogue compétitif et formuler des offres définitives dans les délais qui leur étaient impartis, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

6°/ qu'en considérant que « la société Outremer Telecom a déposé une offre dont la crédibilité n'est pas sérieusement contestée, s'est impliquée dans le dialogue compétitif et a effectué de nombreuses démarches qui démontraient son intérêt pour les marchés en cause, sans que soient établies sa prétendue « légèreté » ou impréparation », après avoir constaté que la société Outremer Télécom n'avait jamais demandé en temps utile à la société TDF de communiquer son offre d'hébergement et ne s'était pas non plus interrogée sur les différences pouvant exister entre la métropole et les outre-mer, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève que la société TDF était propriétaire d'un réseau incontournable pour assurer la diffusion de la TNT dans les territoires d'outre-mer et que la pratique qui lui est reprochée a consisté à publier tardivement les conditions d'accès à ce réseau, en l'occurrence le 13 avril 2010, cependant qu'elle-même disposait de la maîtrise des données en cause, qu'elle a valorisées au mieux de ses intérêts en déposant son offre détaillée dès le 3 mars 2010, de telle sorte que ses concurrents sur le marché de la diffusion n'ont pu concourir dans des conditions équitables aux appels d'offres lancées par la société France Télévisions ; qu'il constate que la particularité de l'abus reproché à la société TDF tient à ce que les informations indispensables revêtaient la forme d'une offre de référence d'hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent répondre aux appels d'offres de la société France Télévisions, dont la publication était imposée par la réglementation sectorielle ; qu'il rappelle que, pour l'appréciation d'un tel abus, la circonstance que le marché en cause soit régulé doit être prise en considération dès lors que la réglementation relative au secteur des

télécommunications définit le cadre juridique applicable à celui-ci et que, ce faisant, elle contribue à déterminer les conditions de concurrence dans lesquelles une entreprise exerce ses activités sur les marchés concernés ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne l'a déjà jugé (CJUE, 14 octobre 2010, C-280/08 aff. Deutsche Télécom) ; qu'il retient que l'Autorité pouvait se fonder sur la décision Cycle II de l'ARCEP pour apprécier le comportement de la société TDF et en déduit, à bon droit, que si l'ARCEP n'a pas engagé de procédure de sanction contre la société TDF pour manquement à ses obligations sectorielles, l'appréciation de l'autorité de régulation ne saurait lier l'Autorité de la concurrence qui applique une législation différente, ni faire obstacle à la qualification d'abus retenue ; qu'il ajoute que la procédure en cause n'a pas pour objet de sanctionner un manquement sectoriel, mais un abus autonome, au sens du droit de la concurrence ; qu'en cet état, c'est sans méconnaître les conséquences de ses constatations que la cour d'appel a retenu la compétence de l'Autorité de la concurrence ;

Attendu, en deuxième lieu, que la société TDF n'a pas été sanctionnée au titre d'un refus d'accès à une infrastructure essentielle, ni davantage au titre d'un simple retard de « communication » d'une offre de référence à un opérateur alternatif, mais pour avoir abusé, sur le marché de gros aval de la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, de la position dominante détenue sur le marché de gros amont, connexe, de l'accès aux infrastructures nécessaires à cette diffusion, en retardant la publication des conditions d'accès à son réseau, obligation qui préexistait à toute mise en concurrence, de telle sorte que ses concurrents sur le marché de la diffusion n'ont pu concourir dans des conditions équitables aux appels d'offres lancés par la société France Télévisions, cependant qu'elle avait assorti son propre dossier de candidature d'un projet d'offre technique et commerciale qui était fondé sur des informations dont ses concurrents ne disposaient pas ; que les griefs des troisième et quatrième branches, qui procèdent de postulats erronés, ne sont pas fondés ;

Attendu, en troisième lieu, qu'il résulte des conclusions d'appel de la société TDF qu'au soutien de sa demande d'annulation, elle se bornait à se prévaloir du fait que la pratique n'avait eu aucun effet dans la mesure où le retrait de la candidature de la société Outremer Telecom était intervenu pour des raisons étrangères au retard de publication de l'offre de référence ; que cette société n'ayant pas soutenu qu'indépendamment de son comportement, les opérateurs n'auraient pas pu disposer d'un délai suffisant pour participer efficacement au dialogue compétitif et formuler des offres définitives dans les délais impartis, le grief de la cinquième branche est nouveau et mélangé de fait et de droit ;

Et attendu, en dernier lieu, que l'arrêt retient que la société TDF a adopté un comportement de nature à empêcher ses concurrents de participer aux appels d'offre lancés par la société France Télévisions pour le déploiement de la TNT dans les territoires d'outre-mer dans des conditions normales de concurrence, en créant une asymétrie d'informations qu'elle a valorisée au mieux de ses intérêts ; qu'après avoir rappelé que les effets restrictifs de concurrence potentiels suffisent à qualifier le comportement d'abusif et qu'ils n'ont pas en principe à être démontrés, l'arrêt constate qu'ils se sont manifestés en l'espèce par l'éviction de tous les concurrents de la société TDF et sa captation de tous les marchés d'outre-mer ; qu'il ajoute, par motifs adoptés, que la pratique a ainsi permis à la société TDF de conserver son monopole de diffusion de programmes télévisuels par voie hertzienne terrestre sur l'ensemble des régions ultramarines et de verrouiller cette situation pendant cinq ans, durée des contrats de diffusion avec les multiplex ; qu'en l'état de ces motifs, le grief de la sixième branche, qui ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation portée sur l'implication réelle de la société Outremer Telecom dans la procédure d'appel d'offres, sans incidence sur la qualification de la pratique en cause, est inopérant ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa cinquième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que les sociétés TDF, TDF infrastructure holding et TDF infrastructure font grief à l'arrêt de rejeter leur recours et spécialement de leur infliger une sanction pécuniaire de 4,2 millions d'euros alors, selon le moyen :

1°/ qu'en affirmant que « l'Autorité souligne à juste titre qu'elle n'a pas sanctionné la société TDF sur le fondement d'une obligation réglementaire, mais eu égard à sa responsabilité particulière d'entreprise en position dominante de communiquer à ses concurrents les informations indispensables pour leur permettre de concourir avec elle sur un marché aval », après avoir constaté que « la particularité de l'abus reproché en l'espèce à la société TDF tient à ce que les informations indispensables revêtaient la forme d'une offre de référence d'hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent répondre aux appels d'offres de la société France Télévisions, dont la publication était imposée par la réglementation sectorielle (...) que cette obligation, résultant de sa responsabilité particulière d'opérateur en position dominante (est) imposée par la régulation sectorielle », que la société TDF était soumise à « une obligation réglementaire de publication » ou encore « qu'il est évident que la communication tardive de l'offre de référence d'hébergement, contraire aux préconisations du régulateur sectoriel, ne pouvait que pénaliser, freiner ou empêcher la société Outremer Telecom de concourir », la cour d'appel qui

n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en oeuvre ; que la sanction, par l'ARCEP d'un exploitant de réseau ou un fournisseur de services qui ne se conforme pas dans les délais fixés à une décision prise en application de l'article L. 36-8 du CPCE est subordonnée à une mise en demeure préalable ; qu'en considérant au contraire que la circonstance que l'ARCEP n'ait pas sanctionné la société TDF ne prive pas l'Autorité de la concurrence de la possibilité de condamner la société TDF, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble les articles L. 36-7, L. 36-10 et L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques dans leur rédaction applicable en la cause, ainsi que les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

3°/ que méconnaît le principe de prévisibilité de la sanction, le juge de la concurrence qui applique une méthode de calcul de l'amende qui n'était pas raisonnablement prévisible par l'entreprise à l'époque où l'infraction a été commise ; qu'en affirmant, pour considérer que le mode de calcul du montant de base de la sanction de l'abus de position dominante n'était ni arbitraire ni imprévisible, que l'application par l'Autorité « d'un mode de calcul différent de celui du paragraphe 23 (de son communiqué) n'est pas inédite », tout en constatant que cette méthode avait déjà été utilisée dans le secteur des ententes dans les marchés publics avant d'en déduire que le même raisonnement peut être étendu aux pratiques abusives visant à évincer les compétiteurs d'appels d'offres, qui perturbent le processus concurrentiel attendu de la part de la collectivité publique ou du maître d'ouvrage, ce dont il résulte qu'une telle méthode n'avait jamais été utilisée antérieurement pour sanctionner un abus de position dominante à l'occasion d'appels d'offres, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et L. 464-2 du code de commerce ;

4°/ qu'en reprochant péremptoirement à la société TDF de ne démontrer ni que le comportement qui lui est reproché aurait été encouragé ou validé par les pouvoirs publics ni que ses obligations en outre-mer auraient été incertaines, après avoir constaté que les décisions des pouvoirs publics et des autorités spécialisées relatives au déploiement de la TNT en

outré-mer, postérieures à l'établissement des règles pour la métropole ont été particulièrement tardives et que ce retard a ensuite entraîné un rythme soutenu dans les étapes du calendrier des appels d'offres concernant le déploiement de la TNT en outre-mer auquel la société TDF aurait dû s'adapter, ce dont il résulte que le calendrier particulièrement serré dans le déroulement des appels d'offres imposé par les pouvoirs publics qui aurait nécessité la publication anticipée, par la société TDF, d'une offre provisoire d'hébergement dès le 3 mars 2010 au lieu du 13 avril 2010, était directement la conséquence d'une impréparation totale du passage à la TNT en outre-mer par les pouvoirs publics et les autorités spécialisées, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que le rejet du deuxième moyen prive de portée les griefs des deux premières branches ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'après avoir rappelé que le communiqué du 16 mai 2011 publié par l'Autorité relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires prévoit non seulement la faculté d'adapter la méthode traditionnelle de calcul lorsque celle-ci aboutit à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise, mais également, de manière expresse, une méthode spécifique en ce qui concerne les pratiques mises en oeuvre à l'occasion d'appel d'offres, et relevé que l'Autorité avait exposé les raisons pour lesquelles elle s'était écartée du mode traditionnel de calcul, l'arrêt retient que l'application d'un mode de calcul différent n'était pas inédite puisqu'elle était déjà intervenue dans le secteur des ententes dans les marchés publics et que le même raisonnement peut être étendu aux pratiques abusives en matière d'appels d'offres, pour lesquelles la valeur des ventes ne constitue pas un indicateur approprié de l'ampleur économique en cause ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que le mode de détermination de la sanction infligée à la société TDF était raisonnablement prévisible, c'est sans méconnaître les textes invoqués par la troisième branche que la cour d'appel a retenu que l'Autorité avait justifié l'application d'une méthode de calcul différente du point 23 du communiqué du 16 mai 2011, s'inspirant exactement de l'exception prévue au Titre V de celui-ci ;

Et attendu, en troisième lieu, qu'après avoir rappelé que la décision Cycle II de l'ARCEP énonce qu'il est nécessaire, pour l'équilibre économique des nouveaux entrants, que ceux-ci disposent d'une bonne visibilité sur les conditions techniques et tarifaires proposées par la société TDF lors de l'élaboration de leurs plans d'affaires et de leur stratégie technique et commerciale, l'arrêt retient qu'au regard de cet objectif, clairement affiché, la société TDF était consciente de la responsabilité qui pesait sur elle en tant qu'entreprise dominante sur le marché de gros ; qu'il

relève que celle-ci a choisi de publier une offre de référence pour l'outre-mer, distincte de celle qu'elle avait publiée pour la métropole, et ajoute que le Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'ARCEP considèrent tous deux que l'offre de référence, pour l'outre-mer, en matière d'hébergement, aurait pu être publiée dans des délais plus brefs ; qu'il retient que la preuve de l'impossibilité dans laquelle se trouvait la société TDF de communiquer son offre avant la fin de la procédure de dialogue compétitif n'est pas rapportée et constate que celle-ci a remis, dès le 3 mars 2010, une offre très avancée qui démontre qu'elle aurait pu, à ce moment, remettre les éléments ayant servi à l'élaboration de son offre à ses concurrents, ce comportement étant à l'origine d'une asymétrie d'informations entre ses concurrents et elle-même ; qu'il ajoute encore que la communication tardive de l'offre de référence d'hébergement, contraire aux préconisations du régulateur sectoriel, ne pouvait que pénaliser, freiner ou empêcher la société Outremer Telecom de concourir et retient que cette situation s'est traduite par des conditions d'accès dégradées aux infrastructures, tandis que la société TDF disposait de son côté de la maîtrise complète des coûts et des données en cause, qu'elle pouvait valoriser au mieux de ses intérêts, ce qu'elle a fait en déposant une offre détaillée dès le 3 mars 2010 ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que le comportement anticoncurrentiel de la société TDF avait été adopté de sa propre initiative, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la société TDF n'établissait pas les circonstances atténuantes qu'elle invoquait, tirées du fait que le comportement reproché aurait été encouragé ou validé par les pouvoirs publics et serait la conséquence d'une impréparation du passage à la TNT en outre-mer par ces derniers ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que les mêmes sociétés font grief à l'arrêt de rejeter la demande de mise hors de cause des sociétés TDF Infrastructure holding et TDF infrastructure, alors, selon le moyen, que *si la détention de la totalité du capital d'une filiale par une société mère laisse présumer que cette dernière exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale, cette présomption d'imputabilité à une société mère du comportement d'une filiale n'est pas irréfragable et ne dispense pas le juge de motiver spécialement sa décision, lorsqu'il apparaît la société mère n'est qu'un holding purement financier ou encore un holding non opérationnel ; qu'en se bornant à affirmer, pour imputer aux sociétés holdings Tyrol Acquisition SAS devenue la société TDF INFRASTRUCTURES SAS le comportement de la société TDF, qu'elles n'avancent aucun élément de nature à renverser la présomption réfragable relative à l'absence d'autonomie de leur filiale, qui pèse sur elles, leur seule qualité de holding Financière ne*

démontrant pas en soi l'autonomie de leur filiale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu que dans le cas où une société détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale ayant enfreint les règles de concurrence, il lui incombe de renverser, par la preuve contraire, la présomption réfragable selon laquelle elle exerce effectivement une influence déterminante sur sa filiale, au regard de l'ensemble des éléments pertinents relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui les unissent, établissant que sa filiale se comporte de manière autonome sur le marché et ne constitue donc pas avec elle une unité économique ; qu'après avoir, par motifs adoptés, constaté qu'à la date des pratiques, le capital de la société TDF était détenu à 100 % par la société Tyrol Acquisition 2 et à 98,3 % par la société Tyrol Acquisition 1 et que ces trois sociétés, dirigées par le même président, avaient leurs sièges sociaux à la même adresse, l'arrêt en déduit que ces sociétés forment une même entreprise au sens du droit de la concurrence et relève que les sociétés Tyrol Acquisition 1 et 2, qui se bornent à invoquer leur qualité de sociétés holding financières, n'avancent aucun élément de preuve de nature à renverser la présomption réfragable ; qu'en cet état, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le deuxième moyen, pris en ses première, deuxième, troisième, quatrième, cinquième, neuvième, onzième et douzième branches, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés TDF, TDF infrastructure holding et TDF infrastructure aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette leur demande, les condamne à payer au président de l'Autorité de la concurrence la somme globale de 3 000 euros et à la société Outremer Telecom la somme globale de 3 000 euros ;

Vu l'article R. 490-5 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du trente mai deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding, TDF Infrastructure.

PREMIER MOYEN DE CASSATION (marché et position dominante)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours des sociétés TDF, Tyrol Acquisition 1 SAS et Tyrol Acquisition 2 SAS dirigé contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 15-D-01 du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre en outre-mer sauf en ce qu'elle a appliqué l'article 102 du TFUE aux pratiques commises à Wallis et Futuna ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur les marchés géographiques (...) la décision de l'Autorité distingue le marché de l'outre-mer de celui de la métropole, bien que les décisions de l'ARCEP se réfèrent à un marché national, sans opérer de distinction entre les deux ; qu'il convient de rappeler que, ainsi que le souligne l'Autorité au point 120 de sa décision, le marché géographique est défini comme « le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable » ; (...) que l'Autorité a démontré que les conditions de concurrence étaient homogènes au sein du marché national de gros, en mettant en évidence la présence des infrastructures de diffusion hertzienne terrestre en mode analogique de l'ancien opérateur historique de façon relativement homogène sur l'ensemble du territoire national, d'une part, et l'existence d'un cadre législatif et réglementaire harmonisé en termes d'objectif-de couverture et de fourniture gratuite d'une offre élargie de programmes télévisés sur l'ensemble du territoire national, d'autre part ; que cette homogénéité a d'ailleurs été confirmée par l'ARCEP, qui n'a pas opéré de distinction géographique dans sa décision Cycle II ; que toutefois, le choix, par l'Autorité, d'un marché limité aux territoires ultramarins, est justifié par le calendrier spécifique de développement de la TNT, distinct de celui de la métropole, et par le dépôt, par la société TDF, d'offres de référence distinctes, la première uniquement valable en métropole et la seconde uniquement valable dans l'ensemble des régions ultramarines, avec des conditions tarifaires et une classification des sites différentes ; que si les requérantes soutiennent que l'existence d'une offre tarifaire unique pour l'ensemble des territoires ultramarins n'est pas une donnée pertinente pour considérer qu'il existerait une homogénéité des conditions de concurrence sur ces territoires, il convient de noter que, contrairement à ce que soutient la société TDF, ce n'est pas seulement l'émission d'une offre distincte par la société TDF, mais aussi les conditions et le calendrier des appels d'offre dans ces territoires qui ont introduit une

certaine hétérogénéité dans les conditions de la concurrence entre métropole et territoires ultramarins ; qu'en toute hypothèse, ce choix de séparer le marché ultramarin du marché métropolitain ne modifie pas l'analyse de la position dominante de la société TDF, qui est constituée indifféremment sur le marché national ou sur le marché ultramarin seul ; que les contestations de la société TDF, soutenant l'existence d'un marché géographique distinct par territoire, ne sont pas étayées, celle-ci ne démontrant pas en quoi les conditions de concurrence différeraient entre chacun de ces territoires, l'émission d'une offre de référence commune militant au contraire dans le sens d'une grande uniformité ; qu'enfin, la circonstance qu'un appel d'offres ait été lancé dans chaque territoire ne saurait, contrairement à ce qui est soutenu par la société TDF, justifier la délimitation d'autant de marchés amont, si la position dominante qui a permis l'abus ayant faussé ces appels d'offres a été observée sur un marché amont plus large ; qu'il résulte en effet d'une pratique décisionnelle et d'une jurisprudence constantes et anciennes en matière d'appels d'offres, ainsi que le rappelle l'Autorité aux points 28 et suivants de ses observations, et au point 134 de la décision, que « pour déterminer si une entreprise qui a répondu à un appel d'offres détient une position dominante, il convient d'examiner non pas le marché particulier résultant du croisement de l'appel d'offres et des soumissions qui ont été déposées en réponse mais le marché plus général où sont actifs l'ensemble des opérateurs susceptibles de répondre à l'appel d'offres concerné » ;

QUE sur la position dominante de la société TDF sur le marché amont (...) la jurisprudence, tant interne que communautaire (Cour de justice des communautés européennes, 13 février 1979, Hoffmann La Roche, affaire 85/76), définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'être en mesure d'agir sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents ; que la détention par une entreprise d'une part de marché importante constitue le premier critère pour apprécier l'existence d'une situation de position dominante : « Il ne saurait faire de doute, pour un opérateur économique avisé, que la possession de parts de marché importantes, si elle n'est pas nécessairement et dans tous les cas le seul indice déterminant de l'existence d'une position dominante, a cependant à cet égard une importance considérable qui doit nécessairement être prise en considération par lui en ce qui concerne son comportement éventuel sur le marché » (arrêt Hoffmann-la-Roche, précité(...)) ; qu'une telle position peut également résulter de différents facteurs caractérisant le marché lui-même ou l'entreprise, comme la détention d'un monopole légal, ou de fait, sur une activité ; qu'elle peut aussi résulter de l'appartenance à un groupe de grande envergure, de faiblesse des concurrents, de la détention d'une avance technologique ou d'un savoir-faire spécifique ; que les éléments retenus dans la décision de l'Autorité, à l'appui de la démonstration de la position dominante de la société TDF sont résumés au point 135 de sa décision : « En l'espèce, le pouvoir de marché détenu par TDF sur le marché de gros

amont résulte essentiellement de la configuration de son réseau de sites-pylônes, hérité de l'ancien monopole historique et utilisé pour la diffusion de la télévision analogique sur laquelle TDF est en situation de monopole à l'époque des faits. Cette situation préexiste aux procédures d'appels d'offres de France Télévisions pour le lancement de la TNT sans présenter de différences notables sur l'ensemble des territoires d'outre-mer » ; que la position relative de la société TDF sur le « marché de gros amont de l'accès aux infrastructures nécessaires à la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique », dans les territoires ultramarins est un élément important à prendre en considération ; que ce marché de gros amont de l'accès aux infrastructures, comme rappelé plus haut, met en relation les diffuseurs techniques, qui possèdent des infrastructures de diffusion (appelées des « sites-pylônes ») et ceux qui n'en possèdent pas ou pas suffisamment ; que la notification de griefs (paragraphes 193 et suivants) s'est appuyée sur les analyses conduites par l'ARCEP au titre des différents cycles de régulation et sur les avis rendus dans ce cadre par le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence, pour conclure que la société TDF détenait une position dominante, au niveau national, et par conséquent dans les territoires outre-mer y compris, sur les marchés de gros amont et aval des prestations de diffusion hertzienne terrestre en mode numérique ; qu'au regard d'indicateurs quantitatifs, à savoir la part de marché de la société TDF, et d'indicateurs qualitatifs, tels que le contrôle d'une infrastructure difficilement répliquable, la taille et l'intégration verticale de l'entreprise et, enfin des économies d'échelle et de gamme, l'ARCEP a considéré que « la société TDF exerçait une influence significative sur le marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique » (opérateur puissant) ; que la société TDF conteste la reprise par l'Autorité des analyses de l'ARCEP, au motif que ces analyses ne sont pas relatives à l'outre-mer en ce qui concerne la décision Cycle II, qu'elles sont postérieures aux faits de la cause en ce qui concerne la décision Cycle III et enfin, que l'analyse concurrentielle ne saurait reposer sur la régulation sectorielle et ne saurait se substituer à une analyse in concreto du marché de l'outre-mer que n'aurait pas réalisée l'Autorité ; qu'il convient de souligner que l'article L 37-I du code des postes et des communications électroniques dispose que « est réputée exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques tout opérateur qui, pris individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs ».(...) Les méthodes d'analyse fondant la caractérisation d'une influence significative sont identiques à celles de la position dominante ; que les décisions de l'ARCEP sont donc des éléments pertinents, que l'Autorité peut prendre en considération pour fonder son analyse ; que la décision Cycle II du 11 juin 2009 est à cet égard instructive, puisqu'elle couvre la période des faits ; que la circonstance qu'elle ne décrive pas précisément le marché de

l'outre-mer, puisque le programme de lancement de la TNT n'y était pas encore ouvert, est indifférente, puisqu'il s'agit d'apprécier la position dominante de la société TDF au moment de l'ouverture des appels d'offres sur un marché homogène ; que dans sa décision du 11 juin 2009, l'ARCEP constatait que « sur l'ensemble des phases de déploiement et tous multiplexes confondus, il apparaît que TDF a remporté plus de 70 % des appels d'offres pour la diffusion et que celle-ci s'est faite dans plus de 90 % des cas sur un site de TDF. En valeur, sur l'ensemble du marché de la diffusion de la TNT, TDF détient une part de marché supérieur à 80 %. Cette situation ne semble pas amenée à évoluer significativement à l'horizon de la présente analyse. Si ces parts de marché sont calculées sur le marché de gros aval des services de diffusion terrestre de programmes télévisuels, elle renseigne toutefois sur la position de TDF sur l'ensemble de la chaîne de la valeur de la diffusion hertzienne terrestre de télévision en mode numérique(...) » ; que le rapport du rapporteur de l'Autorité cite d'autres données chiffrées de l'ARCEP qui confortent la part prééminente des infrastructures de la société TDF sur le marché amont (points 315 à 318) ; que « sur les parts de marché de TDF au niveau national, l'ARCEP a constaté qu'au 30 septembre 2010, TDF détenait 74,2 % des parts du marché de gros aval de la TNT en nombre de fréquences diffusées ; que ce chiffre est évidemment à interpréter dans le contexte du déploiement alors en cours de la TNT sur le territoire national (métropole et outre-mer) : à cette date, l'ensemble des émetteurs TNT qui allaient permettre le taux de couverture ciblé par la loi (en métropole et outre-mer) n'étaient pas tous allumés (l'extinction de la diffusion analogique étant prévu pour le 30 novembre 2011) ; qu'ainsi, cette part de marché représente la position de TDF sur la zone où la TNT était déployée à cette date, zone qui était alors inférieure au territoire métropolitain (et a fortiori inférieur au territoire national) ; que sur la zone résiduelle (constituée par conséquent d'une sous partie du territoire métropolitain et des territoires d'Outre-mer), où les réseaux TNT n'étaient pas encore déployés mais en passe de l'être, les développements ci-dessus relatifs à l'avantage concurrentiel de l'ancien opérateur historique en diffusion analogique, contrairement à ce que prétend TDF, suffisent à déduire l'existence d'une position dominante ; qu'aujourd'hui, alors que le déploiement de la TNT est effectif sur l'ensemble du territoire national (métropole et outre-mer), l'ARCEP a établi à l'occasion du troisième cycle de régulation (en 2012) que 86,4% des points de service de la TNT (un point de service étant une diffusion pour un MUX) sont diffusés à partir des sites de TDF. Les reversements à TDF au titre de ses offres d'hébergement représentent quant à eux environ 60% du chiffre d'affaires des opérateurs alternatifs ; (...) que sur le marché de gros aval, dans le même cadre, l'ARCEP indique que TDF détient 74,4 % des points de service en diffusion ; qu'elle a remporté, sur la période de régulation 2009-2011 comme sur la période précédente, plus de 70% des appels d'offres lancés par les MUX pour la diffusion de leurs chaînes ; qu'à cet égard, un élément notable est que, sur plus de 1000 sites, TDF diffuse l'intégralité des fréquences de TNT,

ce qui dénote une absence totale de concurrence » ; qu'enfin concernant plus particulièrement les territoires ultramarins à l'époque des faits, la société TDF était en monopole sur les marchés de gros de la diffusion hertzienne terrestre analogique ; que la société TDF ne critique pas sérieusement sa position dominante ; qu'au travers de son analyse sur la répliquabilité de ses sites, elle tente en vain de remettre en cause la délimitation du marché amont en prétendant que des infrastructures d'opérateurs concurrents pouvaient offrir une alternative aux diffuseurs ; que selon elle, en effet, la société Outremer Telecom disposait d'infrastructures de téléphonie mobile, constituées par un réseau de points hauts plus nombreux en outre-mer que ceux de la société TDF, qu'elle pouvait utiliser pour répondre aux appels d'offres, ce qui suffirait à démontrer l'absence de position dominante de la société TDF ; que (cependant), l'Autorité a répondu à suffisance de droit à cet argument aux points 147 et suivants de sa décision, concluant que « le recours à l'hébergement sur les sites historiques de TDF était la seule solution pour un nouvel entrant sans réseau propre et une solution, au moins partielle, indispensable à court terme pour les diffuseurs disposant de leur propre réseau d'infrastructures, par exemple un réseau de téléphonie mobile ; que l'Autorité cite dans sa décision les barrières économiques à l'entrée sur le marché amont liées à la difficile rentabilisation de la construction de nouvelles infrastructures concurrentes de celles de la société TDF ; que les constructions nouvelles doivent être amorties sur un nombre suffisant de multiplexes sur un site donné ; que l'Autorité relève à juste titre (paragraphe 143) que « le seul multiplex de TNT qui devait se déployer de façon certaine à l'époque des faits sur les territoires ultramarins était le multiplex composé par les chaînes publiques, à savoir le ROM » ; qu'enfin, la contrainte de calendrier très serré du déploiement constitue également une barrière réglementaire à l'entrée sur les marchés ; que l'ordonnance qui prévoit l'extension et l'adaptation outre-mer des dispositions relatives à la TNT a été promulguée en août 2009, les premières autorisations du CSA publiées en décembre 2009 et janvier 2010, les appels d'offres lancés début février, pour un lancement des services souhaité par la société France Télévisions mi-mai ; que le CSA a confirmé le 10 mai 2010 le début des émissions au 30 novembre 2010 ; (...) qu'un tel calendrier n'était pas compatible avec la construction de nouveaux sites de diffusion, le délai moyen étant de deux ans, selon l'ARCEP (cote 9086) ; que par ailleurs, l'utilisation d'infrastructures existantes, telles celles des opérateurs de téléphonie mobile ou d'opérateurs tiers n'était pas substituable ; qu'en effet, s'agissant des opérateurs mobiles l'Autorité relève que « les contraintes relatives aux objectifs de couverture et les spécificités des marchés publiés par France Télévision contribuaient à limiter les possibilités de diffuser la TNT à partir des infrastructures existantes du réseau de téléphonie mobile » ; que l'Autorité relève à ce sujet que les infrastructures utilisées par la société TDF pour la télévision analogique et celles utilisées pour la téléphonie mobile ne sont pas équivalentes, de façon générale, sur le marché de gros amont de l'hébergement ; qu'en effet, chacune de ces infrastructures présente des

particularités techniques en termes de hauteur et de robustesse ; que les pylônes utilisés pour la diffusion de la téléphonie mobile ne sont pas toujours matériellement utilisables pour répliquer les pylônes de la société TDF pour la diffusion de la TNT ; que l'Autorité de la concurrence a ainsi relevé, dans une décision n° 15-D-09 du 4 juin 2015 que « seulement 36 % des sites pylônes qui accueillent des équipements de téléphonie mobile accueillent aussi des services de diffusion audiovisuelle, ce qui suggère que le degré de substituabilité est limité » ; que la décision relève également que les prestations d'hébergement sur les pylônes d'opérateurs mobiles nécessitent des études beaucoup plus longues que celles de la société TDF ; qu'en toutes hypothèses, ces équipements ne pourraient être utilisés que pour le réseau secondaire de la TNT ; que par ailleurs, l'Autorité souligne que l'obligation imposée par les textes législatifs et réglementaires d'assurer une couverture numérique au minimum équivalente à la couverture analogique existante, intégrée dans les règlements des appels d'offres lancés outre-mer par la société France Télévisions, a conduit le CSA à fixer des objectifs de couverture correspondant à l'empreinte géographique de la diffusion analogique, elle-même issue du réseau historique des sites de la société TDF ; que cette logique tient à la pré-orientation des antennes de réception de la télévision dans les foyers ; qu'en effet le parc d'antennes de réception des particuliers est pré-orienté dès l'origine en direction des émetteurs de la télévision analogique, c'est-à-dire les sites de diffusion de l'ancien monopole historique de la société TDF ; que pour bénéficier de cette réorientation, un diffuseur alternatif concurrent de la société TDF doit faire héberger ses antennes sur les pylônes de la société TDF ou sur des pylônes qui seraient implantés en « Co localisation », c'est-à-dire à proximité immédiate de diffusion de l'opérateur historique ; que (cependant) la rareté potentielle des terrains compatibles au regard des contraintes géographiques et topographiques, la nécessaire négociation avec les propriétaires, l'existence de nouvelles barrières administratives relatives au droit domanial, environnemental, de l'urbanisme ou encore de la construction constituent autant d'obstacles pour accéder à une emprise foncière ; que la société Outremer Telecom souligne à cet égard, sans être sérieusement contredite, qu'aucun opérateur de téléphonie mobile n'assure aujourd'hui des services de diffusion de la TNT ; que la société TDF expose encore que le nombre de sites situés à proximité de ses sites-pylônes aurait été minimisé par l'Autorité, faute de prise en compte d'un périmètre de Co localisation de plusieurs kilomètres, selon le rapport Aymar, que l'Autorité n'aurait pas pris en compte ; que cependant, c'est en pleine connaissance de ce rapport, communiqué par la société TDF, que l'ARCEP a maintenu, dans la Décision Cycle 3, son analyse selon laquelle la contrainte de pré-orientation des antennes imposait une proximité immédiate entre les pylônes de diffusion de la société TDF et ceux de l'opérateur alternatif ; que le Conseil d'Etat, le CSA et des opérateurs concurrents de la société TDF ont également confirmé ce critère d'une courte distance ; qu'à supposer même ce périmètre de « Co localisation » étendu à plusieurs kilomètres, la société TDF ne démontre pas que les

infrastructures de téléphonie mobile de la société Outremer Telecom ou d'autres opérateurs seraient situées dans ce rayon géographique, mis à part sept sites cités dans ses observations ; que par ailleurs des détenteurs d'autres infrastructures (sociétés d'autoroute, EDF, France Telecom) ne peuvent être considérés comme des offreurs sur le marché de gros amont ; qu'à supposer existants de tels sites alternatifs à proximité des sites historiques de la société TDF, aucune régulation ex ante n'est au surplus mise en place et ne pourrait en garantir l'accès aux diffuseurs concurrents ; qu'en définitive, ces sites ne sauraient constituer un substitut au réseau de la société TDF, modifier le périmètre du marché pertinent amont tel qu'analysé par l'Autorité de la concurrence et, par voie de conséquence, remettre en cause la position de la société TDF sur ce marché ; qu'enfin l'analyse site par site que la société TDF reproche à l'Autorité de ne pas avoir menée ne correspond pas à la globalité des appels d'offre lancés par la société France Télévisions à l'échelle de chacun des territoires ; qu'il faut à cet égard souligner l'avantage concurrentiel de la société TDF et de son réseau national, au regard de la couverture géographique de chacun d'entre eux ; que cet avantage est d'autant plus significatif que chacun prévoyait la couverture d'un territoire dans sa totalité sans possibilité pour un candidat de soumissionner sur une sous-partie de la couverture du territoire (et donc sur un nombre plus limité de sites). Contrairement à la métropole, où les appels d'offres lancés par les MUX étaient organisés par « phases » correspondant à des zones géographiques dans lesquelles la TNT devait être déployée à la même date et où les opérateurs de diffusion avaient la possibilité de répondre aux appels d'offres d'une même phase sur une base site à site, et de fait, pouvaient candidater sur une sous-partie de la zone géographique mise en concurrence, les appels d'offres lancés par la société France Télévisions dans les régions ultramarines mettent en jeu la couverture en TNT de l'ensemble de chacun des territoires ; qu'en conséquence, il n'était pas possible pour les différents opérateurs de diffusion candidats de répondre sur une base site à site, et par suite de se positionner sur une zone géographique plus restreinte. Il en résulte que même si la société Outremer Telecom a pu envisager d'utiliser certains de ses sites pour répondre aux appels d'offre, elle devait avoir recours, pour une part prépondérante, aux sites-pylônes de la société TDF pour couvrir l'intégralité de cette zone ; qu'en conclusion, ainsi que le souligne la notification de griefs, au point 201 « Au moment du déploiement de la TNT outre-mer, TDF était en situation de monopole de fait en termes d'infrastructures de diffusion, susceptibles de basculer aisément de l'analogique au numérique et de surcroît, positionnées dans le champ d'initialisation des antennes des particuliers. Dans ce contexte, la position dominante de TDF sur le marché amont de l'accès aux infrastructures de diffusion de la TNT sur les différents départements, territoires et collectivités d'outre-mer est incontestable » ; que les moyens développés par les requérantes à ce sujet doivent, en conséquence, être rejetés (arrêt p. 24 à 31) ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE (...) sur l'abus, l'Autorité n'a pas sanctionné un refus d'accès à une infrastructure essentielle, mais une pratique ayant consisté, pour la société TDF, propriétaire d'un réseau incontournable pour assurer la diffusion de la TNT en outre-mer, à tarder de publier les conditions d'accès à ce réseau, de telle sorte que ses concurrents sur le marché de la diffusion n'ont pu concourir dans des conditions équitables aux appels d'offres lancés par la société France Télévisions (...) (arrp. 31) ;

1°) ALORS QUE d'un point de vue géographique, le marché est défini comme le territoire sur lequel, les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes ; qu'en retenant, pour refuser de considérer chacun d'eux comme un marché distinct, que « l'émission d'une offre de référence commune (à tous les territoires ultra marins) milite au contraire dans le sens d'une grande uniformité » des conditions de concurrence, tout en admettant pour distinguer partiellement le marché métropolitain de celui des territoires ultra-marins que « ce n'est pas seulement l'émission d'une offre distincte par la société TDF, mais aussi les conditions et le calendrier des appels d'offre dans ces territoires qui ont introduit une certaine hétérogénéité dans les conditions de la concurrence entre la métropole et territoires ultramarins », ce dont il résulte que les conditions spécifiques aux territoires ultra-marins, introduisent nécessairement une distinction, non seulement entre ces territoires et la métropole, mais également entre chacun des territoires ultra-marins, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QU'en refusant, pour délimiter géographiquement le marché de gros amont comme étant celui du marché de gros ultramarin, de procéder à une analyse du marché amont en fonction des spécificités de chacun des sites d'outre -mer concernés, tout en admettant qu'il doit être tenu compte pour l'implantation des réseaux des contraintes géographiques, topographiques, urbanistiques et environnementales, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en affirmant que les conditions de concurrence sur le marché national de gros – métropole et outre-mer – étaient homogènes pour prétendre que la délimitation du marché serait sans influence sur l'analyse de la position dominante de la société TDF, après avoir admis que « le choix, par l'Autorité, d'un marché limité aux territoires ultramarins, est justifié par le calendrier spécifique de développement de la TNT, distinct de celui de la métropole, et par le dépôt, par la société TDF, d'offres de référence distinctes, la première uniquement valable en métropole et la seconde uniquement valable dans l'ensemble des régions ultramarines, avec des conditions tarifaires et une classification des sites différentes », la cour

d'appel qui a refusé de délimiter précisément le marché géographique, a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'en considérant que l'ARCEP avait confirmé l'homogénéité des conditions de concurrence sur le marché national de gros – métropole et outre-mer – en n'opérant pas de distinction géographique dans sa décision Cycle II tout en constatant que la décision Cycle II du 11 juin 2009 ne décrit pas précisément le marché de l'outre-mer, « puisque le programme de lancement de la TNT n'y était pas encore ouvert », la cour d'appel a violé de plus fort les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

5°) ALORS QUE seule une infrastructure essentielle peut être considérée comme non répliquable dans des conditions économiquement raisonnables ; qu'en considérant, pour établir la position dominante de TDF, que ses installations n'étaient pas répliquables voire qu'elles seraient incontournables, tout en admettant que l'Autorité de la concurrence n'a jamais qualifié les installations de TDF d'infrastructures essentielles ou encore que selon la notification des griefs ces installations étaient « difficilement répliquables », ce dont il résultait qu'elles n'étaient ni non répliquables, ni même incontournables, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

6°) ALORS QU'une installation n'est pas répliquable qu'à condition de démontrer qu'il n'existe, pour les nouveaux opérateurs, aucune autre solution alternative économiquement raisonnable, même moins avantageuse, pouvant être mise en oeuvre, et que l'accès à cette infrastructure est indispensable à leur activité ; qu'en considérant que la difficile rentabilisation de la construction de nouvelles infrastructures ou la possibilité d'accéder à des structures moins performantes suffisait à établir l'absence de répliquabilité des installations et partant la position dominante de TDF sur le marché amont d'infrastructures, la Cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

7°) ALORS QU'une installation n'est pas répliquable qu'à condition de démontrer qu'il n'existe, pour les nouveaux opérateurs, aucune autre solution alternative économiquement raisonnable, même moins avantageuse, pouvant être mise en oeuvre, et que l'accès à cette infrastructure est indispensable à leur activité ; qu'en affirmant que « l'utilisation d'infrastructures existantes, telles celles des opérateurs de téléphonie mobile ou d'opérateurs tiers n'était pas substituable » au réseau de TDF après avoir admis que « 36 % des sites pylônes qui accueillent des équipements de téléphonie mobile accueillent aussi des services de diffusion audiovisuelle », ce dont il résulte qu'il existait d'autres infrastructures au moins partiellement substituables à celles de TDF, la cour d'appel qui n'a pas tiré les

conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

8°) ALORS QU'une installation n'est pas répliquable qu'à condition de démontrer qu'il n'existe, pour les nouveaux opérateurs, aucune autre solution alternative économiquement raisonnable, même moins avantageuse, pouvant être mise en oeuvre, et que l'accès à cette infrastructure est indispensable à leur activité ; qu'il appartient à celui qui prétend qu'un opérateur occupe une position dominante sur un marché d'infrastructures de rapporter la preuve de leur caractère indispensable ; qu'en reprochant à la société TDF de ne pas démontrer que les infrastructures de téléphonie mobile de la société Outremer Telecom ou d'autres opérateurs seraient situées dans un rayon géographique leur permettant d'être substituables aux installations de TDF, mis à part sept sites cités dans ses observations, la cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve a violé l'article 1315 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1353 du même Code, ensemble les articles 02 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (sur l'abus)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours des sociétés TDF, Tyrol Acquisition 1 SAS et Tyrol Acquisition 2 SAS dirigé contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 15-D-01 du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre en outre-mer sauf en ce qu'elle a appliqué l'article 102 du TFUE aux pratiques commises à Wallis et Futuna ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur l'abus, la société TDF soutient qu'aucune obligation de publication d'une offre de référence ne pouvait résulter de la décision Cycle II, antérieure à l'ordonnance n° 2009-1019, portant extension et adaptation à l'outremer de la TNT (a) ; qu'elle expose ensuite qu'aucun abus ne peut lui être reproché, car en droit de la concurrence, il n'existe pas « d'obligation spontanée de faire une offre de contracter, même pour une entreprise qui serait en position dominante » ; que seul le refus de communiquer une information essentielle peut être constitutif d'abus, ce qui suppose, en tout état de cause, une demande préalable (b) ; qu'en outre, à la supposer existante, elle prétend que cette obligation de publication spontanée de son offre était matériellement impossible en l'espèce, avant le 9 avril 2010 (c) ; qu'enfin, elle soutient que la pratique n'a pas eu d'effets (d) ;

QUE sur l'obligation sectorielle, la décision Cycle II bien qu'antérieure à l'ordonnance n°2009-1019 portant extension et adaptation à l'outremer de la TNT, s'applique non seulement à la métropole, mais également aux collectivités ultramarines ; que l'ARCEP n'a pas mis en doute l'application de cette décision à l'outre-mer ; qu'elle a rappelé que sa décision n° 2009-0484

s'appliquait aux collectivités d'outre-mer et qu'en qualité d'opérateur exerçant une influence significative sur le marché, la société TDF était soumise aux « obligations de faire droit aux demandes raisonnables d'accès, de non-discrimination, de transparence, de comptabilisation des coûts, de séparation comptable et de contrôle tarifaire » ; que s'agissant de l'obligation de transparence, elle « a considéré que les diffuseurs doivent disposer d'une bonne visibilité sur les conditions techniques et tarifaires proposées par TDF lors de l'élaboration de leurs plans d'affaires et de leur stratégie technique et commerciale » ; que le CSA n'a pas davantage mis en doute l'application de la décision Cycle H aux collectivités d'Outre-mer ; que l'article 5 de la décision dispose que « TDF est soumise à une obligation de transparence sur le marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique. A ce titre elle publie une offre de référence technique et tarifaire détaillant les prestations relevant du marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique. Cette offre décrit de manière détaillée ces prestations en précisant au minimum les éléments listés à l'annexe 11 de la présente décision » ; que la société TDF était donc, contrairement à ce que soutiennent les requérantes, soumise à l'obligation de publication de son offre de référence pour l'outre-mer, sous la réserve que le délai butoir du 15 septembre 2009, mentionné à l'article 11, ne pouvait, pour des raisons évidentes, s'y appliquer ; qu'il faut donc se reporter aux dispositions prévoyant la publication de l'offre dans un « délai raisonnable à partir de la publication des gabarits ou des dossiers de numérisation par le CSA », soit le 22 janvier 2010, date de la publication des décisions du CSA ;

QUE sur l'abus, l'Autorité n'a pas sanctionné un refus d'accès à une infrastructure essentielle, mais une pratique ayant consisté, pour la société TDF, propriétaire d'un réseau incontournable pour assurer la diffusion de la TNT en outre-mer, à tarder de publier les conditions d'accès à ce réseau, de telle sorte que ses concurrents sur le marché de la diffusion n'ont pu concourir dans des conditions équitables aux appels d'offres lancés par la société France Télévisions ; que cette pratique décisionnelle n'est pas nouvelle, contrairement à ce que soutient la société TDF puisqu'elle résulte d'un arrêt de la Cour de justice (Commercial Solvens (6, 7/73) § 25), appliquée avec constance par le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence ainsi que les juridictions de contrôle (Cour d'appel de Paris, 22 février 2005, Société des abattoirs de Laval), selon laquelle le détenteur d'une position dominante sur le marché amont de biens ou services indispensables à la production de biens ou services sur un marché aval qui refuse la fourniture à un client, lui-même concurrent sur le marché aval au risque d'éliminer toute concurrence de la part de ce client, dans le but de réserver ses biens ou services à sa propre offre sur le marché aval, exploite sa position dominante d'une façon abusive au sens de l'article 102 du TFUE ; que cette jurisprudence a été appliquée dans le domaine de la réponse aux appels d'offres, dès lors qu'un opérateur en position dominante, en possession

d'informations nécessaires à ses concurrents pour répondre à des appels d'offres auxquels lui-même concourait, ne communiquait pas celles-ci en temps utile, rompant ainsi l'égalité entre concurrents. (Cass. Com. 3 mai 2000, pourvoi n° 98-18602) ; que la particularité de l'abus reproché en l'espèce à la société TDF tient à ce que les informations indispensables revêtaient la forme d'une offre de référence d'hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent répondre aux appels d'offres de la société France Télévisions, dont la publication était imposée par la réglementation sectorielle ; qu'ainsi que le souligne justement l'Autorité au point 157 de sa décision, ce n'est donc pas un manquement sectoriel en tant que tel qui est sanctionné, mais un abus autonome, au sens du droit la concurrence : « le grief notifié ne vise pas à sanctionner un manquement à l'obligation, imposée par l'ARCEP, de publier une offre de référence, (...), mais une pratique autonome sur le marché qui a consisté à utiliser la position dominante détenue sur le marché de gros amont de l'hébergement pour « retarder sans motif fondé la publication de l'offre de référence Hébergement pour les régions d'outre-mer en omettant d'y faire figurer certains éléments déterminants » ; que dès lors, c'est en vain que les requérantes invoquent l'incompétence de l'Autorité pour sanctionner en tant que telle une violation de la réglementation sectorielle mise en place par l'ARCEP ; que l'Autorité peut sanctionner l'abus de position dominante de la société TDF, s'il est établi que cet opérateur a tardé à communiquer une information indispensable à ses concurrents, sans justifications objectives ; que selon les mêmes principes, si l'ARCEP n'a pas engagé de procédure de sanction à l'encontre de la société TDF pour manquement à ses obligations sectorielles, ce dont elle a l'opportunité, cette société ne peut en tirer que le principe non bis in idem s'opposerait à la qualification d'abus par l'Autorité de la concurrence ; qu'en effet, outre qu'aucune décision formelle de non-lieu à poursuivre n'a été prise par l'ARCEP, l'appréciation de cette autorité ne saurait lier l'Autorité de la concurrence, qui applique une législation différente ; que ceci étant rappelé, la circonstance que le marché soit régulé doit être prise en considération pour l'appréciation de l'abus ; qu'ainsi que l'a souligné la Cour de justice dans un arrêt Deutsche Telekom du 14 octobre 2010 (C-280/08 P3) : « dès lors que la réglementation relative au secteur des télécommunications définit le cadre juridique applicable à celui-ci et que, ce faisant, elle contribue à déterminer les conditions de concurrence dans lesquelles une entreprise telle la requérante exerce ses activités sur les marchés concernés, elle constitue, ainsi qu'il découle déjà des points 80 à 82 du présent arrêt, un élément pertinent pour l'application de l'article 82 CE aux comportements adoptés par cette entreprise, que ce soit pour définir les marchés concernés, pour apprécier le caractère abusif de tels comportements ou encore pour .fixer le montant des amendes » ; qu'à cet égard, pour apprécier le comportement de la société TDF, l'Autorité pouvait se fonder sur la décision Cycle II, qui portait également sur le marché de l'outre-mer et qui imposait à la société TDF, qui estimait détenir une position prédominante sur le marché amont, de communiquer son offre de référence dans des délais raisonnables, pour

permettre aux diffuseurs concurrents de « disposer d'une bonne visibilité sur les conditions techniques et tarifaires proposées par TDF lors de l'élaboration de leurs plans d'affaires et de leur stratégie technique et commerciale » ; que cette obligation préexistait donc à toute mise en concurrence, indépendamment de toute demande expresse des opérateurs ; que la jurisprudence TeliaSonera, citée par la société TDF est à cet égard sans emport ; que par ailleurs, ainsi que le souligne le Conseil d'État dans sa décision de 2014 précitée, relative à la décision Cycle III de l'ARCEP, cette publication revêtait un « caractère systématique » et n'était pas subordonnée à la demande de l'ARCEP ou des opérateurs ; qu'il ne peut donc être soutenu que seul un refus de communiquer opposé à une demande de la société Outremer Telecom aurait pu être abusif, la violation en connaissance de cause d'une obligation réglementaire de publication pouvant aussi caractériser un tel abus ; que l'abstention de procéder en temps utile à une publication équivaut, en effet, à un refus, ainsi que l'a jugé la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 6 novembre 2014, confirmant la sanction infligée par l'Autorité de la concurrence à la SNCF dans une décision 12-D-25, pour retard dans la publication du tarif de ses cours dans le Document de Référence du Réseau (DRR) : « L'absence de mise à disposition des concurrents de données précises et complètes est le résultat d'un choix stratégique de la SNCF, qui a imposé aux entreprises ferroviaires de s'adresser de façon systématique à son guichet unique pour avoir accès à ses cours, faute pour ces entreprises de pouvoir en prendre connaissance par le biais d'une publication conforme aux demandes de RFF et de la MCAF » ; que c'est précisément le défaut de publication du tarif imputé à l'opérateur dominant qui a été sanctionné dans cette espèce, et non l'absence de réponse à des demandes d'opérateurs alternatifs ; que si des demandes avaient été formulées dans cette affaire, c'était la conséquence de l'absence de publication spontanée de l'opérateur ; que les requérantes ne peuvent donc soutenir que la décision entreprise serait inédite ; que les décisions citées par la société TDF, en pages 24 et 25 de ses observations écrites, ne démontrent pas le contraire ; que si un opérateur dominant, détenant des biens ou services indispensables à ses concurrents pour pouvoir le concurrencer sur un marché aval, n'est pas tenu de communiquer spontanément les conditions techniques et commerciales d'accès à ces biens ou services, c'est qu'il ignore l'existence de cette concurrence, et ne peut donc se voir reprocher une absence de communication, qui serait dépourvue de sens ; qu'en revanche, tel n'est pas le cas des opérateurs soumis à des obligations réglementaires de publication de leurs offres ; que si la communication de ces offres était subordonnée à la demande des concurrents, les régulateurs sectoriels n'utiliseraient pas le terme de « publication » des offres ; que les sociétés requérantes ne peuvent davantage soutenir que la décision de l'Autorité et l'arrêt de la cour d'appel relatifs aux offres d'accès aux cours de la SNCF se basaient sur la qualité d'infrastructures essentielles de celles-ci, puisque ce point n'avait justement pas été analysé dans la décision de l'Autorité ; que la circonstance que la

société Outremer Telecom ait attendu le 12 avril 2010, « soit huit jours avant la date limite de remise des offres » pour se manifester auprès de la société TDF et solliciter auprès de cette dernière la publication de ses tarifs, alors qu'elle aurait pu solliciter la société TDF avant même l'ouverture de la phase de dialogue compétitif ne saurait lui être opposée. ; qu'ainsi, qu'elle l'a répondu aux services d'instruction de l'Autorité. « Dans son dossier de candidature, Outremer Telecom s'est basée sur les tarifs de l'offre de référence publiée sur le site internet de TDF. Nous pensions que ces tarifs s'appliquaient dans les DOM. "C'est au cours de la phase de dialogue compétitif que France Télévisions attire notre attention sur le fait qu'il existe des tarifs spécifiques DOM différents des tarifs métropole. A l'issue du dialogue compétitif le 8 avril 2010, nous contactons l'ARCEP qui nous explique que les tarifs TDF des DOM sont effectivement différents des tarifs métropole et que TDF ne les a toujours pas publiés, malgré les diverses sollicitations de l'ARCEP elle-même ; que ceci étant précisé, il convient de vérifier si la société TDF a commis un abus, en communiquant tardivement aux diffuseurs concurrents des informations essentielles pour concourir ;

QUE sur le délai raisonnable (...), conformément aux principes rappelés plus haut, il appartenait à la société TDF de publier son offre d'hébergement dans un délai suffisant pour permettre à ses concurrents de pouvoir soumissionner de manière utile aux appels d'offres ; qu'il résulte par ailleurs de la décision Cycle II de l'ARCEP que l'obligation de publication pesant sur la société TDF s'inscrivait dans le prolongement de celle de la fourniture d'accès à ses infrastructures ; qu'il en découle logiquement que la société TDF était tenue de publier une offre sur l'ensemble des sites qu'elle exploitait, sans être liée aux publications du CSA. ; que l'objectif poursuivi par ces obligations est mentionné dans la décision de l'ARCEP qui énonce que : « il est (...) nécessaire, pour l'équilibre économique des nouveaux entrants, que ceux-ci disposent d'une bonne visibilité sur les conditions techniques et tarifaires proposées par TDF lors de l'élaboration de leurs plans d'affaires et de leur stratégie technique et commerciale » ; qu'au regard de cet objectif clairement affiché, la société TDF était consciente de la responsabilité qui pesait sur elle en tant qu'entreprise dominante sur le marché de gros, ainsi que le rappelle l'Autorité au point 165 de sa décision ; qu'il a été rappelé plus haut que l'article 11 de la décision Cycle II de l'ARCEP, indiquant que la société TDF avait l'obligation de publier son offre de référence au plus tard le 15 septembre 2009 pour « le marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique », ne pouvait s'appliquer en l'espèce, le déploiement de la TNT outre-mer n'ayant pas encore débuté à cette date ; que (cependant) l'ARCEP a envisagé dans sa décision l'hypothèse de développement d'un nouveau MUX, au paragraphe 4,d). Il est ainsi prévu « le respect d'un délai raisonnable de mise à jour de l'offre de référence relative à la diffusion de la TNT à compter de la publication des gabarits ou des dossiers de numérisation par le CSA » ; « au vu du calendrier de déploiement de la TNT et du délai accordé aux diffuseurs

par les multiplexes entre la publication des gabarits ou des dossiers de numérisation par le CSA et la date limite de fourniture des réponses à leurs appels d'offres, il apparaît souhaitable que sur une zone donnée, TDF publie dans son offre de référence les conditions techniques et financières d'accès à son (ses) site(s) correspondant(s) pour cette zone dans un délai raisonnable à partir de la publication des gabarits ou des dossiers de numérisation par -le CSA » ; qu'il en résulte que dès janvier 2010, cette publication était requise ; que la société TDF prétend qu'il lui était impossible d'élaborer et donc de publier une offre d'hébergement en amont du dialogue compétitif, en l'absence de la liste définitive des sites requis pour la définition de la TNT, qui n'auraient été connus qu'à la fin du dialogue compétitif, et en l'absence des caractéristiques techniques de diffusion afférentes à chacune de ces zones ; que (cependant) il convient d'écarter ces arguments, ainsi que l'a fait l'Autorité ; qu'en effet, en premier lieu, l'argument d'impossibilité technique ne résiste pas à l'examen ; que la publication de l'ODR Hébergement, seule concernée ici, est en effet indépendante des caractéristiques techniques de diffusion, contrairement à la publication de l'ODR DiffHF, de façon générale, l'offre technique hébergement est sans lien avec la liste de ses sites et les caractéristiques techniques de diffusion ; qu'en effet, l'offre comporte quatre rubriques, les études, les prestations d'hébergement d'équipements radioélectriques, l'énergie secourue et non secourue et l'accès du client au site de la société TDF ; que ces prestations ne varient pas d'un site à l'autre mais d'un type de site à l'autre (standard -important) ; qu'enfin, la publication des gabarits CSA n'est un préalable, comme vu plus haut, que pour les offres ODR DiffHF ; que la société Onecast a ainsi expliqué (n°16. Cote 4630) que l'élaboration de l'offre de référence hébergement ne requerrait pas de connaître la liste exhaustive des zones à couvrir publiées par le CSA : « En début de régulation, TDF publie une offre de référence. Au fur et à mesure que le CSA annonce des nouvelles zones à couvrir assorties de leurs caractéristiques techniques de diffusion, l'offre DiffHF s'enrichit, En revanche, ces nouvelles publications n'ont jamais aucune incidence sur le contenu de l'offre de référence hébergement. Rappelons que l'offre de référence hébergement comprend deux prestations distinctes : l'hébergement des équipements au sol et l'hébergement de l'antenne sur le pylône. L'offre de référence hébergement au sol correspond à un tarif moyen au mètre carré. L'offre de référence hébergement est formulée dans un document standard Les tarifs hébergement sont liés à la typologie des sites (standard ou important pour les territoires d'outre-mer) et sont indépendants de la liste exhaustive des zones à couvrir » ; qu'ensuite, dès les premiers jours suivant l'appel d'offres, la société TDF était capable d'identifier les sites de son parc d'infrastructures susceptibles d'être sollicités pour la diffusion de la TNT outre-mer ; que l'Autorité souligne à juste titre, au point 176 de sa décision que « les discussions précédant le lancement des appels d'offres outre-mer avait largement privilégié la solution consistant, à l'instar de ce qui avait été fait en métropole, à reprendre l'empreinte de la couverture du réseau analogique

pour prévoir le déploiement de la diffusion numérique » ; qu'en effet, les décisions du CSA de décembre - janvier 2010 indiquaient la liste des zones à couvrir dans le cadre de la première phase de déploiement de la TNT qui avaient pour objectif de reproduire la couverture du réseau analogique Tempo ; que chaque décision du CSA indiquait, pour chaque zone, comme site de référence, le site historique de la société TDF employé jusqu'alors pour la couverture du réseau Tempo ; qu'en conséquence, même si ces décisions ne comportaient pas la liste des zones de la seconde phase de déploiement (réseau secondaire), et n'étaient donc pas exhaustive, la société TDF pouvait identifier ces sites, compte tenu de l'objectif ultime fixé qui était d'aboutir à une couverture globale de chaque territoire sur le modèle du réseau Télépays, c'est-à-dire le réseau analogique existant ; que cette approche figurait dans les cahiers des charges techniques des appels d'offres communiqués par la société France Télévisions aux diffuseurs, qui annonçaient que le déploiement de la TNT se calquerait sur le réseau analogique préexistant, et qui comportaient en annexe un tableau comportant la liste exhaustive pour chaque département des sites de la société TDF opérant en analogique ; que la société TDF a d'ailleurs expliqué qu'il était suggéré à chaque candidat de présenter son offre sur la base de ce réseau analogique ; qu'il résulte donc de ces éléments que dès le lancement des appels d'offres, il était quasiment certain que la plus grande partie des sites de la société TDF serait sollicitée, rendant nécessaire la publication préalable, par la société TDF, des conditions techniques et tarifaires d'hébergement sur ces sites ; que si la société TDF soutient qu'elle ne pouvait réaliser une étude de pré-faisabilité technique de l'hébergement sur chaque site, nécessaire à l'élaboration de son offre, avant de connaître la liste définitive de ces sites, il apparaît que la société TDF a remis, dès le 3 mars 2010, une offre comprenant la liste de ses sites historiques, alors que toutes ces études de pré-faisabilité n'étaient pas encore réalisées, selon ses propres assertions ; que ce dépôt d'une offre très avancée par la société TDF à ce stade démontre bien qu'elle aurait pu, à ce moment, remettre les éléments ayant servi à l'élaboration de son offre à ses concurrents ; que la société TDF a, à cet égard reconnu qu'une étude de faisabilité avait été effectuée sur tous les sites retenus par la société France Télévisions ; qu'elle a donc effectué pour son propre compte, avant le 3 mars 2010, les éléments nécessaires à l'établissement d'une offre d'hébergement ; que la société pouvait donc dès avant le 3 mars 2010, et au plus tard le 3 mars 2010, transmettre une offre à la société Outremer Telecom ; que la circonstance que la société TDF ait ouvert la phase de dialogue compétitif par la remise de cette offre aboutie, alors que ses concurrents ne pouvaient faire de même, a rompu l'équilibre entre les parties, dès cette phase de la procédure ; que la société TDF soutient encore qu'elle ne pouvait élaborer les tarifs d'accès à ces sites sans connaître précisément la liste de ceux-ci, le tarif d'accès au site d'une catégorie donnée résultant de la moyenne des coûts engagés sur l'ensemble des sites de cette catégorie : que (cependant), l'Autorité de la concurrence a à juste titre écarté cet argument aux points 185

à 194 de sa décision ; qu'elle relève à ce titre, en premier lieu, la nature d'une offre de référence qui se distingue d'une offre sur mesure par son caractère nécessairement prospectif et peut donc être adaptée a posteriori ; qu'en deuxième lieu, elle expose que la tarification de référence ne serait pas significativement impactée par une modification du périmètre des sites éligibles, de par sa construction même ; qu'en effet, la tarification de l'hébergement, étant réalisée par catégories de sites (importants, de base ou standard), implique une certaine homogénéité de ces coûts d'hébergement au sein d'une même catégorie de sites, ce qui a pour conséquence qu'une modification de périmètre ne pouvait avoir d'effets sensibles sur le tarif de chaque catégorie ; que par ailleurs, l'argument de la société TDF selon lequel la tarification serait sensible au périmètre des sites retenus est démenti par le mode de tarification retenu par elle, à savoir la fixation d'un tarif global unique sur l'ensemble des territoires ultramarins ; qu'enfin, la société TDF a elle-même reconnu, ainsi que le cite l'Autorité au point. 204 de sa décision, que « les conditions des offres d'hébergement pour la diffusion de la TNT, y compris tarifaires, sont publiées et connues avant même la publication des gabarits CSA, cette dernière n'étant pas un input nécessaire au processus d'élaboration de ces offres. La question du délai de publication des offres d'hébergement pour la TNT est donc sans objet » ; que la société TDF affirme que l'absence de tout retard fautif de sa part serait confirmée par les avis concordants du CSA, de l'ARCEP et de la DGCCRF ; qu'il convient (cependant) de souligner que c'est le retard de publication de l'offre concernant les prestations d'hébergement qui a été sanctionné par l'Autorité, et non l'offre des prestations dites antennaires, qui, en effet, ne pouvaient être évaluées avant la publication des gabarits ; que c'est ce qu'ont confirmé les avis de l'ARCEP et du CSA ; que l'avis du CSA contient les mentions suivantes « Le Conseil estime que le délai de mise en oeuvre de l'obligation de publication de l'offre de référence, en particulier s'agissant de l'offre d'accès au système antenne de TDF (offre dite « DIFF-HF »), semble raisonnable au regard des contraintes fixées par l'ARCEP, dans la mesure où il est intervenu dans un délai inférieur à trois mois après la publication des décisions mentionnées ci-dessus. Le Conseil considère néanmoins que l'offre de référence en matière d'hébergement aurait pu être publiée dans des délais plus brefs. En effet, la société TDF aurait pu anticiper l'identification d'une part substantielle des sites de diffusion numérique à partir des sites de diffusion analogique du service Tempo. En pratique, sur les 238 sites du service Tempo, 217 ont été identifiés pour la diffusion numérique » ; que l'avis de l'ARCEP est identique, distinguant bien les prestations du système antenne des prestations d'hébergement ; que l'Autorité a ainsi reconnu l'impossibilité matérielle pour la société TDF de publier son offre antenne avant le 8 avril 2010 « il a pu être difficile pour TDF de publier la composante de son offre de gros correspondant à l'utilisation de son système antenne, avant la clôture de la phase de dialogue compétitif le 8 avril 2010, alors que les configurations techniques de diffusion et, par suite, la liste des sites utilisés par chacun des diffuseurs, étaient encore en discussion ». En

revanche, elle reconnaît que « TDF était en mesure de publier une première version de son offre pour les éléments listés ci-dessus sans attendre la clôture de la phase de dialogue compétitif le 8 avril 2010, sur la base de ses infrastructures préexistantes, utilisées pour diffuser la télévision en mode analogique », les « éléments listés » étant ceux de « la composante hébergement de l'offre de gros de TDF » ; qu'en résumé, si la société TDF soutient qu'elle ne pouvait communiquer son offre avant la fin du dialogue compétitif, elle n'en rapporte pas la preuve ; qu'en effet, ainsi que le souligne l'Autorité au point 205 de sa décision, le principal apport du dialogue compétitif « a été de permettre, au terme d'une discussion entre TDF et France Télévisions, de retenir un plan de fréquences sans attendre la publication de ces gabarits » ; qu'or il a été vu plus haut que la publication des gabarits n'était pas un préalable nécessaire à l'élaboration de l'offre de référence hébergement mais à celle de l'offre de référence DiffHF, relative aux configurations techniques antennaires ;

QUE sur la détermination du moment opportun, la société TDF soutient que la publication de son offre avant l'issue du dialogue compétitif l'aurait privée de tout intérêt et aurait faussé la concurrence par les infrastructures ; que (cependant), l'obligation sectorielle de publication de l'offre de référence de la société TDF au début de la consultation avait justement pour objet de renseigner les concurrents sur les caractéristiques et le prix des infrastructures de la société TDF dont il était connu, dès le départ, qu'un certain nombre d'entre elles seraient utilisées pour pouvoir répondre, dans les délais impartis, aux appels d'offres ; que cette communication ne pouvait avoir pour effet de fermer la concurrence par les infrastructures, mais au contraire, d'en permettre l'exercice, la société Outremer Telecom ne pouvant proposer à la société France Télévisions « une architecture de réseau » que le dialogue compétitif avait pour objet de définir, comprenant sites propres, colocalisation ou hébergement sur des sites de la société TDF, sans être éclairée sur le coût des solutions d'hébergement sur les pylônes de la société TDF ; que cette communication ne devait pas porter sur les sites estimés pertinents par la société TDF pour répondre, ce qui aurait révélé sa réponse à l'appel d'offres, mais sur l'ensemble de ses sites disponibles ; que cette obligation, résultant de sa responsabilité particulière d'opérateur en position dominante et imposée par la régulation sectorielle, ne peut être qualifiée d'entente horizontale, n'ayant ni pour objet, ni pour effet de révéler la stratégie de la société TDF ; que si l'expression des besoins de la société France Télévisions ne s'est réalisée qu'à la clôture de ce dialogue compétitif, définissant le nombre de sites définitivement retenus et permettant à chacun de déposer son offre, la société Outremer Telecom ne pouvait pleinement proposer en amont sa propre solution technique, composée de sites en propres, colocalisés ou hébergés, sans disposer des informations techniques et financières sur les prestations d'hébergement de la société TDF ; que les services d'instruction ont, en définitive, justement estimé que, compte tenu du rythme soutenu des étapes du calendrier de déploiement de la TNT

outre-mer, la société TDF aurait dû publier son offre de référence le plus tôt possible, « c'est-à-dire dans le mois qui suivait le lancement des appels d'offres de France Télévisions, au plus tard le 3 mars ; que la décision retient au point 196 que l'abstention de la société TDF n'était pas encore irrémédiable le 3 mars 2010, date limite de dépôt des candidatures pour participer au dialogue compétitif ; qu'enfin, la société TDF ne peut s'exonérer de la pratique en cause en démontrant qu'elle a répondu à la demande de la société Outremer Telecom, le lendemain de celle-ci, alors qu'elle était soumise à une obligation réglementaire de publication antérieure et que, par ailleurs, la société itas Tim lui avait déjà demandé cette publication le 12 mars 2010 ; que c'est donc par une motivation pertinente que l'Autorité a estimé que le délai raisonnable de communication de l'offre de prestations d'hébergement par la société TDF devait intervenir au plus tard lors de l'ouverture de la procédure de dialogue compétitif ; qu'ainsi que l'Autorité le souligne dans ses observations au point 52 « à cette date TDF a assorti son propre dossier de candidature d'un projet d'offre technique et commerciale pour l'ensemble des territoires visés par les marchés qui était fondé sur des informations issues de ses propres études de préféabilité et dont ses concurrents ne disposaient pas ». « TDF devait donc « partager avec ses concurrents l'accès aux données essentielles contenues dans son offre de référence hébergement à partir du moment où elle-même en disposait et qu'elle les a utilisées à son avantage pour répondre aux appels d'offres de France-Télévisions pour l'attribution des marchés de la diffusion de la TNT dans les territoires et collectivités d'outre-mer » ; que la société TDF soutient que l'Autorité de la concurrence n'a tenu aucun compte de l'ordonnance de référé du 1^{er} juin 2011 ; qu'il a été vu précédemment que le président du tribunal de grande instance, dans son ordonnance du 1^{er} juin 2011, a écarté tout manquement de la société France Télévisions au principe d'égalité dans le traitement des candidats et a estimé que la société Outremer Telecom ne démontrait pas avoir été dans l'impossibilité de répondre à l'appel d'offres, compte tenu de la remise de l'offre de référence le 9 avril, au vu des pièces communiquées en référé, sans préjudice de l'instruction menée au fond par l'Autorité, qui a apporté de nombreux éléments attestant de l'impossibilité matérielle, pour celle-ci, de répondre, compte tenu des délais qui lui étaient impartis ; que la société TDF prétend que la société Outremer Telecom n'a pas déposé d'offre uniquement pour des raisons tarifaires, et non pour des raisons de délais ; que la société Outremer Telecom aurait en réalité eu le temps matériel de répondre et n'aurait eu qu'à lancer ses logiciels de calcul ; qu'en premier lieu, la société TDF ne rapporte aucunement la preuve de cette allégation, le courrier électronique adressé par la société Outremer Telecom à l'ARCEP ne permettant pas de considérer que les tarifs excessivement élevés constituaient le motif essentiel et déterminant de sa renonciation ; que de plus, à supposer même que tel soit le cas, la communication tardive de ces tarifs pouvait avoir effectivement influé sur l'architecture du réseau proposé à l'aveugle par la société Outremer Telecom ; qu'il est évident que la communication tardive de l'offre de

référence d'hébergement, contraire aux préconisations du régulateur sectoriel, ne pouvait que pénaliser, freiner ou empêcher la société Outremer Telecom de concourir ; que celle-ci soutient à juste titre que l'offre publiée le 9 avril était encore incomplète, ce qui l'a un peu plus pénalisée, allégations que la société TDF ne parvient pas à démentir, comme il sera vu ci-dessous ; qu'enfin la circonstance que la société Outremer Telecom ait pu connaître les tarifs de certains hébergements de la société TDF dans les TOM ne pouvait suppléer l'absence de communication de la totalité des tarifs des sites existants, qui avaient de grandes chances d'être mobilisés ; que sur l'incomplétude de l'offre constitutive d'abus il résulte de l'instruction que le caractère incomplet de l'offre d'hébergement publiée le 13 avril 2010 a compromis la remise d'une offre finale par la société Outremer Telecom, dans les délais imposés ; qu'en effet, l'offre de deux prestations essentielles, listées à l'annexe I de la décision de l'ARCEP comme devant a minima être publiée par la société TDF dans son offre d'hébergement, n'y figurait pas l'offre de gros d'accès à des groupes électrogènes et l'offre d'hébergement sur le pylône d'une antenne d'émission/ réception FH ; qu'en outre, la date de communication de l'offre d'hébergement de la part de la société TDF doit tenir compte du délai de réalisation des études de faisabilité technique, le délai maximum de réalisation de ces études étant supérieur à un mois ; qu'ainsi que le souligne la société Outremer Telecom, l'offre de référence ayant été publiée le 13 avril 2010, aucune offre n'aurait pu être déposée en toute hypothèse avant 10 mai 2010, soit après le délai maximal de remise des offres envisagées par la société France Télévisions ; que la société Onecast a ainsi expliqué la nécessité de ces études préalables : (n°16 Page 3 sur 5 Cote 4630 - Saisine 1010067F) : « En principe, l'hébergement d'une antenne sur un pylône de TDF requiert une étude de faisabilité LW cas par cas. Il est nécessaire de déterminer le type d'antenne, les caractéristiques d'implantation du pylône (hauteur, coordonnées géographiques), la zone de couverture, les emplacements disponibles sur le pylône la hauteur nécessaire d'implantation des antennes, le volume, le poids, la prise au vent des antennes e.t enfin, anticiper le cas échéant les travaux de renforcement du pylône. Aussi l'offre de référence de TDF dans son volet hébergement, renvoie, sur la question de la prestation d'hébergement pylône à une étude préalable de faisabilité. Celle étude est demandée par l'opérateur alternatif intéressé dans la foulée de* la publication de son offre de référence par TDF » ; qu'ainsi que l'a souligné la société Itas Team (pièces 3475 et SS), il faut disposer en définitive d'un délai minimum de trois mois entre la publication de l'offre et la réponse à l'appel d'offre : « En principe, la société TDF respecte un délai minimum de trois mois entre la publication de son offre de référence et la date de réponse à l'appel d'offres, par analogie avec le délai de préavis requis par l'ARCEP dans l'hypothèse d'une modification de l'offre de référence (article 6 de la décision de l'ARCEP 2009-0484 du 11 juin 2009). Ce délai permet aux opérateurs alternatifs de préparer leurs offres sur la base de cette offre de référence et, parlant, de participer à l'appel d'offres. Sans disposer de l'offre de référence dans un délai de cet

ordre, un opérateur souhaitant être hébergé chez TDF ne peut faire une offre concurrente aux multiplexes sur le marché aval » ; qu'il résulte de ce qui précède qu'en communiquant le 13 avril 2010 une offre encore incomplète, moins d'un mois seulement avant la date de dépôt des offres, même à la supposer repoussée au 10 mai 2010, sans aucune justification objective, la société TDF a commis un abus de position dominante ;

QUE sur les effets de la pratique, la société TDF prétend que la pratique n'a eu aucun effet, la société Outremer Telecom ayant renoncé à répondre à l'appel d'offres pour des raisons étrangères au retard de l'offre, notamment en raison de son impréparation ; que la société Outremer Telecom affirme s'être trouvée évincée de tous les marchés qu'elle convoitait ; qu'elle soutient que les effets anticoncurrentiels potentiels des pratiques sont établis, et suffisants pour établir le caractère abusif des pratiques : que la cour approuve l'Autorité d'avoir estimé que si les effets de la pratique n'avaient pas à être démontrés, ils s'étaient manifestés, en l'espèce, par l'éviction de tous les concurrents de la société TDF et par sa captation de tous les marchés de l'outre-mer pendant cinq ans. ; que la société Outremer Telecom a déposé une offre dont la crédibilité n'est pas sérieusement contestée, s'est impliquée dans le dialogue compétitif et a effectué de nombreuses démarches qui démontraient son intérêt pour les marchés en cause, sans que soient établies sa prétendue « légèreté » ou impréparation ; qu'il résulte de ce qui précède que, ainsi que le constate l'Autorité, au point 195 de sa décision, le comportement de la société TDF a contribué à une asymétrie d'informations entre ses concurrents et elle, en ne leur permettant pas d'apprécier, d'un point de vue tant technique que tarifaire, leurs besoins en matière d'hébergement sur les pylônes de la société TDF ; que sans accès aux principes de tarification avant le 13 avril 2010, et encore de façon incomplète, les autres diffuseurs se sont retrouvés privés de la possibilité de chiffrer correctement, même de façon approximative, le recours à ces équipements et ont, par voie de conséquence, été empêchés de formuler des offres commerciales précises au stade de l'ouverture de la phase de dialogue compétitif, puis des offres définitives ; que l'absence de publication s'est donc traduite par des conditions d'accès dégradées aux infrastructures, tandis que la société TDF disposait de son côté de la maîtrise complète des coûts et des données en cause, qu'elle pouvait valoriser au mieux de ses intérêts, ce qu'elle a fait en déposant une offre détaillée dès le 3 mars 2010 ; qu'alors qu'elle devait publier son offre d'hébergement, dès le début des appels d'offre et au plus tard le 3 mars 2010, elle n'a finalement publié son offre que le 13 avril 2010, soit avec un retard de plus d'un mois ;

1°) ALORS QUE selon l'article 11 de la décision Cycle II de l'ARCEP, l'obligation pour TDF de proposer une offre technique et tarifaire, détaillant les prestations relevant du marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, devra être mise en oeuvre au plus tard le 15 septembre 2009 ; qu'en affirmant que cette décision

de l'ARCEP, bien qu'antérieure à l'ordonnance n°2009-1019 portant extension et adaptation à l'outremer de la TNT, s'applique non seulement à la métropole, mais également aux collectivités ultramarines, après avoir admis que ce texte ne pouvait s'appliquer en l'espèce, le déploiement de la TNT outre-mer n'ayant pas encore débuté dans le délai du 15 septembre 2009 fixé à l'article 11 de la décision susvisée, la cour d'appel a violé les articles L 36-7, L 37-1 et L 38 et suivants du Code des postes et des Communications Electroniques dans leur rédaction applicable en la cause, ensemble l'article 2 du Code civil ;

2°) ALORS QU'en affirmant que la décision Cycle II du 11 juin 2009 de l'ARCEP, bien qu'antérieure à l'ordonnance n°2009-1019 portant extension et adaptation à l'outremer de la TNT, s'applique non seulement à la métropole, mais également aux collectivités ultramarines, après avoir admis que cette décision ne décrit « pas précisément le marché de l'outre-mer, puisque le programme de lancement de la TNT n'y était pas encore ouvert », ce dont il résulte que la décision n'était pas applicable dans les collectivités ultra marines, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé de plus fort les articles L 36-7, L 37-1 et L 38 et suivants du Code des postes et des Communications Electroniques dans leur rédaction applicable en la cause, ensemble l'article 2 du Code civil ;

3°) ALORS QU'en affirmant que la décision Cycle II du 11 juin 2009 de l'ARCEP, bien qu'antérieure à l'ordonnance n°2009-1019 portant extension et adaptation à l'outremer de la TNT, s'applique non seulement à la métropole, mais également aux collectivités ultramarines dans la mesure où « l'ARCEP a envisagé dans sa décision l'hypothèse de développement d'un nouveau MUX, au paragraphe 4,d) (prévoyant) le respect d'un délai raisonnable de mise à jour de l'offre de référence relative à la diffusion de la TNT à compter de la publication des gabarits ou des dossiers de numérisation par le CSA » quand cette disposition ne s'appliquait qu'à la mise à jour de l'offre de référence devant être publiée avant le 15 septembre 2009 et non à la publication d'une première offre de référence concernant un nouveau territoire ou un nouveau marché, la cour d'appel a dénaturé la décision susvisée en violation de l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1192 du même code :

4°) ALORS QU'il ressort des propres énonciations de l'arrêt attaqué que l'article 5 de la décision de l'ARCEP Cycle II du 11 juin 2009 prévoit que « TDF est soumise à une obligation de transparence sur le marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique. A ce titre elle publie une offre de référence technique et tarifaire détaillant les prestations relevant du marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique. Cette offre décrit de manière détaillée ces prestations en précisant au

minimum les éléments listés à l'annexe 1 de la présente décision » ; qu'en reprochant à la société TDF d'avoir manqué à cette obligation à défaut d'avoir publié une première version de son offre d'hébergement dès le 3 mars 2010, quand la décision de l'ARCEP n'impose pas à la société TDF de publier des offres provisoires partielles ou intermédiaires, la cour d'appel qui a ajouté à la décision susvisée a violé l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1192 du même code ;

5°) ALORS QUE pour sanctionner la société TDF, l'Autorité de la concurrence a retenu que le grief notifié se fonde non pas sur la violation des obligations réglementaires imposées à TDF par la décision Cycle 2 de l'ARCEP mais sur un abus de position dominante en violation de l'article 102 TFUE et de l'article L. 420-2 du code de commerce ; qu'en affirmant au contraire que « la violation en connaissance de cause d'une obligation réglementaire de publication » peut aussi caractériser un abus de position dominante, la cour d'appel qui a modifié le contenu du grief en considérant que l'abus était constitué par la violation consciente et délibérée d'une obligation réglementaire, a violé l'article 4 du Code de procédure civile ;

6°) ALORS QUE l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en oeuvre ; qu'en affirmant, pour considérer que l'Autorité de la concurrence était compétente pour sanctionner l'abstention en cause que ce n'est « pas un manquement sectoriel en tant que tel qui est sanctionné, mais un abus autonome, au sens du droit la concurrence » après avoir retenu que « la particularité de l'abus reproché en l'espèce à la société TDF tient à ce que les informations indispensables revêtaient la forme d'une offre de référence d'hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent répondre aux appels d'offres de la société France Télévisions, dont la publication était imposée par la réglementation sectorielle (...) que cette obligation, résultant de sa responsabilité particulière d'opérateur en position dominante (est) imposée par la régulation sectorielle », que la société TDF était soumise à « une obligation réglementaire de publication » ou encore « qu'il est évident que la communication tardive de l'offre de référence d'hébergement, contraire aux préconisations du régulateur sectoriel, ne pouvait que pénaliser, freiner ou empêcher la société Outremer Telecom de concourir », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L 36-10 et L 36-11 du Code des postes et des Communications Electroniques dans leur rédaction applicable en la cause, ainsi que les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

7°) ALORS QUE l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en oeuvre ; que la sanction, par l'ARCEP d'un exploitant de réseau ou un fournisseur de services qui ne se conforme pas dans les délais fixés à une décision prise en application de l'article L 36-8 du CPCE est subordonnée à une mise en demeure préalable ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence pouvait sanctionner au titre de l'abus de position dominante la méconnaissance par TDF de son obligation réglementaire de publication d'une offre d'hébergement sans que l'ARCEP n'ait constaté une telle violation, la cour d'appel a violé les articles L 36-7, L 36-10 et L 36-11 du Code des postes et des Communications Electroniques dans leur rédaction applicable en la cause, ainsi que les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

8°) ALORS QU'en se fondant expressément sur la jurisprudence interdisant au détenteur d'une position dominante sur le marché amont de biens ou services indispensables à la production de biens ou services sur un marché aval de refuser la fourniture à un client, lui-même concurrent sur le marché aval, tout en affirmant que « l'Autorité (de la concurrence) n'a pas sanctionné un refus d'accès à une infrastructure essentielle », la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

9°) ALORS QUE dans son arrêt du 3 mai 2000, (pourvoi n°98-18.602, Bull. IV, n° 92), la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé qu'une cour d'appel a pu enjoindre à une société de communiquer son prix de vente en gros de l'eau potable à tout tiers qui en ferait la demande dans le but de se porter candidat à un appel d'offres lancé par plusieurs communes, dès lors qu'elle a relevé que les consultations faites par ces communes ne portaient pas sur les modalités de captage et de traitement de l'eau, mais seulement sur sa fourniture sur le territoire de chacune d'elles, qu'elle a estimé que la communication du " prix de vente en gros de l'eau " aux seules communes ne permettait pas aux entreprises soumissionnaires, à défaut d'informations directes, d'élaborer utilement leurs offres, et qu'elle a retenu que certains candidats potentiels étaient dissuadés de concourir en raison des difficultés éprouvées pour connaître le prix d'acquisition de l'eau : qu'en déduisant expressément de cette décision qu'il importait peu en l'espèce que les opérateurs n'aient formulé aucune demande de communication auprès de TDF avant le dialogue compétitif, que celle-ci aurait dû leur communiquer son offre de référence spontanément et que « la particularité de l'abus reproché en l'espèce à la société TDF tient à ce que les informations indispensables revêtaient la forme d'une offre de référence d'hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent répondre aux appels d'offres de la société France Télévisions, dont la publication était imposée par la

réglementation sectorielle » quand l'injonction de communication validée par la Cour de cassation était au contraire subordonnée à une demande préalable des opérateurs concernés, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1192 du même code ;

10°) ALORS QU'en se fondant encore expressément, pour considérer qu'une abstention de procéder en temps utile à une publication équivaut à un refus, même sans demande préalable des opérateurs concernés et qu'une telle solution n'est pas inédite, sur un arrêt du 6 novembre 2014 de la cour d'appel de Paris ayant confirmé la sanction infligée par l'Autorité de la concurrence à la SNCF dans une décision 12-D-25, pour retard dans la publication du tarif de ses cours dans le Document de Référence du Réseau (DRR) en retenant que « l'absence de mise à disposition des concurrents de données précises et complètes est le résultat d'un choix stratégique de la SNCF, qui a imposé aux entreprises ferroviaires de s'adresser de façon systématique à son guichet unique pour avoir accès à ses cours, faute pour ces entreprises de pouvoir en prendre connaissance par le biais d'une publication conforme aux demandes de RFF et de la MCAF », après avoir constaté que des demandes de publication avaient été formulées dans cette affaire, ce dont il résultait que la sanction par l'Autorité de la concurrence d'un retard de communication d'une offre sans demande préalable des opérateurs concernés, au titre d'un abus de position dominante était inédite, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L 402-2 du Code de commerce ;

11°) ALORS QUE dans sa décision du 11 juin 2014 statuant sur les recours en annulation de la décision cycle III de l'ARCEP n° 2012-1137 du 11 septembre 2012, le Conseil d'Etat a énoncé que « la décision attaquée a, par rapport à la décision antérieure du 11 juin 2009, maintenu l'obligation imposant à la société TDF de transmettre à l'ARCEP, à la demande de celle-ci, les conventions des offres d'accès conclues avec les autres opérateurs pour ses offres de gros amont de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, en prévoyant toutefois que la transmission se ferait désormais sur la demande de l'ARCEP alors qu'elle présentait antérieurement un caractère systématique » ; que dès lors, en affirmant, pour retenir « qu'il ne peut (...) être soutenu que seul un refus de communiquer opposé à une demande de la société Outremer Telecom aurait pu être abusif », que « comme le souligne le Conseil d'Etat dans sa décision de 2014 précitée, relative à la décision Cycle III de l'ARCEP, cette publication revêtait un « caractère systématique » et n'était pas subordonnée à la demande de l'ARCEP ou des opérateurs, quand le Conseil d'Etat n'a pas visé la publication de l'offre de référence de TDF mais seulement l'obligation distincte qui s'imposait alors à la société TDF de transmettre systématiquement à l'ARCEP, à la demande de celle-ci, les conventions des offres d'accès conclues avec les autres opérateurs pour ses offres de gros

amont de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, la cour d'appel qui a dénaturé l'arrêt du Conseil d'Etat sur lequel elle s'est expressément fondée, a violé l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1192 du même code ;

12°) ALORS QU'en retenant, pour affirmer que le retard de publication de l'offre d'hébergement (p. 37) de plus d'un mois par la société TDF constituait un abus de position dominante dans la mesure où « les autres diffuseurs se sont retrouvés privés de la possibilité de chiffrer correctement, même de façon approximative, le recours à ces équipements et ont, par voie de conséquence, été empêchés de formuler des offres commerciales précises au stade de l'ouverture de la phase de dialogue compétitif, puis des offres définitives », que le CSA considère dans son avis que : « l'offre de référence en matière d'hébergement aurait pu être publiée dans des délais plus brefs. En effet, la société TDF aurait pu anticiper l'identification d'une part substantielle des sites de diffusion numérique à partir des sites de diffusion analogique du service Tempo. En pratique, sur les 238 sites du service Tempo, 217 ont été identifiés pour la diffusion numérique » quand cette autorité avait aussitôt ajouté qu'en « tout état de cause, dans l'hypothèse où TDF aurait publié l'offre de référence d'hébergement avant celle qui concerne l'accès au système antenne, il n'est pas avéré que la société Outremer Telecom aurait pu être en mesure de proposer une offre au cours de la phase de dialogue compétitif, dans la mesure où les diffuseurs alternatifs utilisent principalement l'offre « Diif HF » et plus occasionnellement l'offre d'hébergement » (et que) le Conseil constate par ailleurs que la société Outremer Telecom n'a pas mis à profit le délai de dix jours supplémentaires, proposé par la société France Télévisions le 21 avril 2010, pour la remise des offres définitives » avant d'en conclure que si « l'offre de référence en matière d'hébergement aurait vraisemblablement pu être publiée dans des délais plus brefs, (...) cela n'aurait pas pu suffire à la société Outremer pour proposer une offre durant la phase du dialogue compétitif », ce qui établissait qu'une publication précoce et séparée de l'offre d'hébergement par la société TDF n'aurait pas pour autant permis aux opérateurs alternatifs de formuler des offres commerciales en temps utile, la cour d'appel qui a dénaturé par omission, l'avis du CSA sur lequel elle s'est expressément fondée, a violé l'article 1134 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu l'article 1192 du même code ;

13°) ALORS QU'en considérant que la publication tardive, le 13 avril 2010, d'une offre d'hébergement soi-disant encore incomplète, qu'elle aurait dû publier le 3 mars 2010 au plus tard constituait un abus de position dominante dans la mesure où les « les autres diffuseurs se sont retrouvés privés de la possibilité de chiffrer correctement, même de façon approximative, le recours à ces équipements et ont, par voie de conséquence, été empêchés de

formuler des offres commerciales précises au stade de l'ouverture de la phase de dialogue compétitif, puis des offres définitives » après avoir admis qu'un opérateur qui veut faire une offre concurrente sur le marché aval doit disposer d'un délai minimum de trois mois entre la publication de l'offre de référence par TDF et la réponse à l'appel d'offre, et qu'en l'espèce l'appel d'offre avait été lancé le 2 février 2010, la procédure de dialogue compétitif avait été ouverte le 3 mars 2010 et les offres définitives devaient au plus tard être déposées le 28 avril 2010, délai éventuellement repoussé au 10 mai 2010, ce qui démontrait qu'à supposer même que la société TDF ait publié son offre d'hébergement en temps utile au plus tard le 3 mars 2010, les opérateurs n'auraient pas disposé d'un délai suffisant pour participer efficacement au dialogue compétitif et formuler des offres définitives dans les délais qui leur étaient impartis, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

14°) ALORS QU'en considérant que « la société Outremer Telecom a déposé une offre dont la crédibilité n'est pas sérieusement contestée, s'est impliquée dans le dialogue compétitif et a effectué de nombreuses démarches qui démontraient son intérêt pour les marchés en cause, sans que soient établies sa prétendue « légèreté » ou impréparation » (p. 40), après avoir constaté que la société Outremer Télécom n'avait jamais demandé en temps utile à la société TDF de communiquer son offre d'hébergement et ne s'était pas non plus interrogée sur les différences pouvant exister entre la métropole et les outre-mer, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours des sociétés TDF, Tyrol Acquisition 1 SAS et Tyrol Acquisition 2 SAS dirigé contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 15-D-01 du 5 février 2015 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre en outre-mer sauf en ce qu'elle a appliqué l'article 102 du TFUE aux pratiques commises à Wallis et Futuna et spécialement d'avoir infligé conjointement et solidairement aux sociétés susvisées une sanction pécuniaire de 4,2 millions d'euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur le fondement de la sanction (...), l'Autorité souligne à juste titre qu'elle n'a pas sanctionné la société TDF sur le fondement d'une obligation réglementaire, mais eu égard à sa responsabilité particulière d'entreprise en position dominante de communiquer à ses concurrents les informations indispensables pour leur permettre de concourir avec elle sur un marché aval ; que dans ce cadre, il ne lui est pas reproché de discrimination tarifaire ; que par ailleurs, les dispositions de

l'article L. 464-2 du code de commerce ne requièrent nullement que soit démontré que la société France Télévisions aurait subi un dommage du fait des pratiques ; qu'enfin, la circonstance que l'ARCEP n'ait pas sanctionné la société TDF est sans emport, comme il a été vu précédemment ;

QUE sur le montant de base (...), l'Autorité a exposé, dans sa décision, les raisons pour lesquelles elle s'écartait du mode traditionnel de calcul de la valeur des ventes, figurant au point 23 du communiqué du 16 mai 2011 ; qu'en vertu de cet article :« Pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retient, comme montant de base de la sanction pécuniaire, une proportion de la valeur des ventes, réalisées par chaque entreprise ou organisme en cause, de produits ou de services en relation avec l'infraction ou, s'il y a lieu, les infractions en cause. La valeur de ces ventes constitue en effet une référence appropriée et objective pour déterminer le montant de base de la sanction pécuniaire, dans la mesure où elle permet d'en proportionner au cas par cas l'assiette à l'ampleur économique de l'infraction ou des infractions en cause, d'une part, et au poids relatif ; sur le(s) secteur(s) ou marché (s,) concerné(s), de chaque entreprise ou organisme qui y a participé, d'autre part. Elle est donc retenue par l'Autorité, à l'instar d'autres autorités de concurrence européennes, de préférence au chiffre d'affaires total de chaque entreprise ou organisme en cause, qui peut ne pas être en rapport avec l'ampleur de ces infractions et le poids relatif de chaque participant sur le(s) secteur(s) ou marché (s) concerné (s) » ; que le point 39 de ce communiqué réserve la faculté d'adapter cette méthode lorsque la référence à la valeur des ventes aboutirait à un résultat ne reflétant « manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise ou organisme qui y a pris part » ; qu'au point 237 de sa décision, l'Autorité expose que l'application de la méthode traditionnelle reviendrait ici à calculer la valeur des ventes sur le marché national de services de diffusion hertzienne terrestre de la télévision numérique, comprenant également le marché métropolitain, alors que les pratiques en cause n'ont eu pour effet que de fausser les appels d'offres sur les marchés ultramarins ; que retenir cette valeur aurait donc maximisé la valeur des ventes et ne refléterait pas l'ampleur économique de l'infraction ; que l'Autorité rappelle par ailleurs dans ses observations que le titre V du communiqué sur les sanctions prévoit expressément une méthode spécifique en ce qui concerne les pratiques mises en oeuvre à l'occasion d'appel d'offres ; que ce titre V énonce que « la méthode décrite à la section IV.A.2 ci-dessus sera adaptée dans les cas de pratiques anticoncurrentielles portant sur un ou plusieurs appels d'offres ponctuels et ne relevant pas d'une infraction complexe et continue » (§ 67 du communiqué) ; que le paragraphe 68 prévoit que « Le montant de base de la sanction pécuniaire résultera alors de l'application d'un coefficient, déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, au chiffre d'affaires total réalisé en France par

l'organisme ou par l'entreprise en cause, ou par le groupe auquel l'entreprise appartient, en principe pendant l'exercice comptable complet au cours duquel a eu lieu l'infraction ou du dernier exercice comptable complet s'il en existe plusieurs. (...) » ; que la Cour estime que l'Autorité de la concurrence a, en l'espèce, justifié l'application d'un calcul différent de celui préconisé au point 23 de son communiqué, s'inspirant exactement de l'exception prévue au Titre V de celui-ci, concernant les marchés publics ; que cette application d'un mode de calcul différent de celui du paragraphe 23 n'est pas inédite, puisqu'elle est déjà intervenue dans le secteur des ententes dans les marchés publics, mais le même raisonnement peut être étendu aux pratiques abusives visant à évincer les compétiteurs d'appels d'offres, qui perturbent le processus concurrentiel attendu de la part de la collectivité publique ou du maître d'ouvrage ; qu'en effet, la valeur des ventes ne constitue pas, dans un tel cas de figure, un indicateur approprié de l'ampleur économique des pratiques en cause, qui revêtent un caractère instantané mais impactent la structure et le fonctionnement concurrentiel du marché au-delà de leur seule période de commission, pendant toute la durée des contrats de diffusion ; que l'Autorité aurait donc pu, en l'espèce, se fonder sur le chiffre d'affaires total réalisé en France par la société TDF ; que ce chiffre n'aurait pas davantage reflété l'impact économique de la pratique, limité à la diffusion de la TNT Outre-mer. En prenant comme valeur pertinente des ventes en relation avec l'infraction « la somme des recettes tirées par TDF de l'exécution des contrats conclus en 2010 avec France-Télévision pour le déploiement de la TNT en outremer » ; que l'Autorité a retenu un mode de calcul beaucoup plus favorable à la société TDF et adapté à l'ampleur économique de l'infraction ; que contrairement à ce qui est soutenu, le caractère ponctuel du retard allégué ne constitue pas un facteur d'atténuation de la gravité de la pratique, puisque l'atteinte au marché s'est déroulée sur toute la durée des contrats, qu'il y a donc lieu de prendre en compte, pour apprécier la durée de la pratique, celle de l'exécution des marchés ; qu'il ne peut être reproché à cet égard à l'Autorité de ne pas avoir appliqué les règles afférentes à l'impact de la durée des pratiques sur le montant de base des sanctions, définies au point 42 du communiqué sanctions, selon lesquelles seule la valeur des ventes de la première année de commission des pratiques est prise en compte intégralement, les années suivantes ne l'étant qu'à hauteur de la moitié. La méthode décrite à la section IV.A.2, adaptée pour les pratiques d'appels d'offres, déroge en effet à ce point 42 ; que la référence pertinemment effectuée par l'Autorité, dans ses observations (§ 84), à la décision du Conseil constitutionnel du 14 octobre 2015 (n° 2015-489 QPC, société Grands Moulins de Strasbourg) permet, en effet, de rappeler qu'est prise en compte, dans la fixation des sanctions, la circonstance que les pratiques peuvent continuer à procurer des gains illicites, après leur commission, ce qui est manifestement le cas en matière d'appels d'offres ; qu'ainsi que la cour d'appel l'a jugé, « pour avoir un sens, l'appréciation de la durée de mise en oeuvre ne saurait être déconnectée de celle des effets de la pratique, lorsque ceux-ci ont perduré au-delà des faits

en cause » (18 décembre 2014, société Sanofi SA, n° 2013/12 370) ; qu'il ne peut davantage être fait grief à l'Autorité de ne pas avoir retenu la moyenne annuelle de l'exécution du contrat, car alors, le montant de base n'aurait pas reflété la contribution de [a société TDF à l'infraction ; que c'est donc sans encourir les griefs d'arbitraire ou d'imprévisibilité que l'Autorité a retenu le montant de 35,5 millions d'euros comme montant de base de l'amende ;

QUE sur les coefficients reflétant la gravité et l'importance du dommage à l'économie (...), les arguments relatifs à l'insuffisante réactivité de la société Outremer Telecom, au retard du CSA dans la publication des gabarits et à la publication soit disant « spontanée » de l'offre de référence de la société TDF, ont déjà été soulevés et réfutés à propos de la qualification des pratiques ; que c'est par une exacte appréciation des faits de la cause que l'Autorité a mis en avant dans sa décision la nature d'abus d'exclusion de la pratique en cause et la responsabilité particulière pesant sur un ancien monopole légal de ne pas s'opposer à l'émergence de la concurrence ; que l'Autorité a exactement relevé, s'agissant de l'appréciation du dommage à l'économie, qu'il ne lui appartenait pas d'évaluer la perte du surplus de l'acheteur, que la société France Télévisions était contrainte par le calendrier de déploiement de la TNT en outre-mer, ce qui ne lui permettait pas de différer de façon notable la date limite de dépôt des offres, et que le comportement de la société TDF a fermé les territoires ultra marins à la concurrence pendant une période de cinq ans correspondant à la durée d'exécution des contrats ; qu'enfin, la pratique décisionnelle antérieure de l'Autorité en matière de sanctions ne saurait la lier, dès lors que les faits concernés et les circonstances de leur commission ne sont pas identiques et appellent des appréciations différentes ; qu'il en résulte que l'Autorité n'a pas commis d'erreur en retenant une proportion de 10 % de la valeur des ventes affectées par l'infraction, pour déterminer l'assiette du montant de base de la sanction ;

QUE Sur les éléments d'individualisation (...), la société TDF ne démontre pas que le comportement qui lui est reproché aurait été encouragé ou validé par les pouvoirs publics ; qu'elle ne démontre pas davantage que ses obligations en outre-mer auraient été incertaines ; que la cour renvoie, à cet égard, aux développements relatifs aux pratiques (...)

1°) ALORS QU'en affirmant que « l'Autorité souligne à juste titre qu'elle n'a pas sanctionné la société TDF sur le fondement d'une obligation réglementaire, mais eu égard à sa responsabilité particulière d'entreprise en position dominante de communiquer à ses concurrents les informations indispensables pour leur permettre de concourir avec elle sur un marché aval », après avoir constaté que « la particularité de l'abus reproché en l'espèce à la société TDF tient à ce que les informations indispensables revêtaient la forme d'une offre de référence d'hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent répondre aux appels d'offres de la

société France Télévisions, dont la publication était imposée par la réglementation sectorielle (...) que cette obligation, résultant de sa responsabilité particulière d'opérateur en position dominante (est) imposée par la régulation sectorielle », que la société TDF était soumise à « une obligation réglementaire de publication » ou encore « qu'il est évident que la communication tardive de l'offre de référence d'hébergement, contraire aux préconisations du régulateur sectoriel, ne pouvait que pénaliser, freiner ou empêcher la société Outremer Telecom de concourir », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L 464-2 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en oeuvre ; que la sanction, par l'ARCEP d'un exploitant de réseau ou un fournisseur de services qui ne se conforme pas dans les délais fixés à une décision prise en application de l'article L 36-8 du CPCE est subordonnée à une mise en demeure préalable ; qu'en considérant au contraire que la circonstance que l'ARCEP n'ait pas sanctionné la société TDF ne prive pas l'Autorité de la concurrence de la possibilité de condamner la société TDF, la cour d'appel a violé l'article L 464-2 du code de commerce, ensemble les articles L 36-7, L 36-10 et L 36-11 du Code des postes et des Communications Electroniques dans leur rédaction applicable en la cause, ainsi que les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

3°) ALORS QUE méconnaît le principe de prévisibilité de la sanction, le juge de la concurrence qui applique une méthode de calcul de l'amende qui n'était pas raisonnablement prévisible par l'entreprise à l'époque où l'infraction a été commise ; qu'en affirmant, pour considérer que le mode de calcul du montant de base de la sanction de l'abus de position dominante n'était ni arbitraire ni imprévisible, que l'application par l'Autorité « d'un mode de calcul différent de celui du paragraphe 23 (de son communiqué) n'est pas inédite », tout en constatant que cette méthode avait déjà été utilisée dans le secteur des ententes dans les marchés publics avant d'en déduire que le même raisonnement peut être étendu aux pratiques abusives visant à évincer les concurrents d'appels d'offres, qui perturbent le processus concurrentiel attendu de la part de la collectivité publique ou du maître d'ouvrage, ce dont il résulte qu'une telle méthode n'avait jamais été utilisée antérieurement pour sanctionner un abus de position dominante à l'occasion d'appels d'offres, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et L 464-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'en reprochant péremptoirement à la société TDF de ne démontrer ni que le comportement qui lui est reproché aurait été encouragé ou validé par les pouvoirs publics ni que ses obligations en outremer auraient été incertaines, après avoir constaté que décisions des pouvoirs publics et des autorités spécialisées relatives au déploiement de la TNT en outre-mer, postérieures à l'établissement des règles pour la métropole ont été particulièrement tardives et que ce retard a ensuite entraîné un rythme soutenu dans les étapes du calendrier des appels d'offres concernant le déploiement de la TNT en outre-mer auquel la société TDF aurait dû s'adapter, ce dont il résulte que le calendrier particulièrement serré dans le déroulement des appels d'offres imposé par les pouvoirs publics qui aurait nécessité la publication anticipée, par la société TDF, d'une offre provisoire d'hébergement dès le 3 mars 2010 au lieu du 13 avril 2010, était directement la conséquence d'une impréparation totale du passage à la TNT en outre-mer par les pouvoirs publics et les autorités spécialisées, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L 464-2 du code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (imputabilité de l'infraction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la demande de mise hors de cause des sociétés Tyrol Acquisition 1 et Tyrol Acquisition 2 devenues les sociétés TDF INFRASTRUCTURE HOLDING SAS et TDF INFRASTRUCTURE SAS ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur l'imputabilité des pratiques, si les sociétés Tyrol Acquisition 1 et Tyrol Acquisition 2 contestent leur responsabilité solidaire dans la commission de l'infraction au titre du comportement de leur filiale, au motif qu'elles ne sont que des sociétés holding, elles n'avancent aucun élément de nature à renverser la présomption réfragable relative à l'absence d'autonomie de leur filiale, qui pèse sur elles, leur seule qualité de holding Financière ne démontrant pas en soi l'autonomie de leur filiale ; que leur demande sera donc rejetée (arrêt p. 20) ;

ALORS QUE si la détention de la totalité du capital d'une filiale par une société mère laisse présumer que cette dernière exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale, cette présomption d'imputabilité à une société mère du comportement d'une filiale n'est pas irréfragable et ne dispense pas le juge de motiver spécialement sa décision, lorsqu'il apparaît la société mère n'est qu'un holding purement financier ou encore un holding non opérationnel ; qu'en se bornant à affirmer, pour imputer aux sociétés holdings Tyrol Acquisition SAS devenue la société TDF INFRASTRUCTURES SAS le comportement de la société TDF, qu'elles n'avancent aucun élément de nature à renverser la présomption réfragable relative à l'absence d'autonomie de leur filiale, qui pèse sur elles, leur seule qualité de holding Financière ne démontrant pas en soi l'autonomie de leur

filiale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce.