

Grosses délivrées  
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE PARIS**

**1ère Chambre - Section H**

**ARRÊT DU 24 AOÛT 2007**

(n° **26**, 6 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2007/13005**

Décision déferée à la Cour : n° **07-MC-05** rendue le **11 juillet 2007** par le **CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

**DEMANDEUR AU RECOURS :**

- la société **TDF, SA**  
agissant poursuites et diligences de son représentant personnel  
dont le siège social est : 10, rue Oradour sur Glane 75015 PARIS

représentée par Maître François TEYTAUD, avoué près la Cour d'Appel de PARIS  
assistée de Maître Emmanuel GUILLAUME, avocat au barreau de PARIS  
SCP Baker & McKenzie  
Toque P 445  
1, rue Paul Baudry 75008 PARIS

**DÉFENDEUR AU RECOURS :**

- la société **TOWERCAST**  
prise en la personne de son représentant légal  
dont le siège social est : 46-50 avenue Théophile 75016 PARIS

représentée par la SCP FISSELIER CHILOUX BOULAY, avoués associés près la Cour  
d'Appel de PARIS  
assistée de Maître Jean-Louis FOURGOUX, avocat au barreau de PARIS  
Toque P 69

**EN PRÉSENCE DE :**

- **M. LE PRÉSIDENT DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE**  
11 rue de l'Echelle  
75001 PARIS

représenté par Mme Nadine MOUY, munie d'un pouvoir

- **Mme LA MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'EMPLOI**  
59 boulevard Vincent Auriol  
75703 PARIS

représentée par Mme Leila BENALIA, munie d'un pouvoir

## COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 20 août 2007, en audience publique, devant la Cour composée de :

- Mme Marie-France FARINA, Présidente
- Mme Hélène IMERGLIK, Conseillère
- M. Bernard SCHNEIDER, Conseiller

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

## MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public.

## ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du nouveau Code de procédure civile.

- signé par Mme Marie-France FARINA, présidente et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier auquel la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire.

\* \* \* \* \*

Après avoir, à l'audience du 20 août 2007, entendu les conseils des parties, les observations du représentant du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi et celles du représentant du Conseil de la Concurrence ;

\* \* \* \* \*

La SA Télédiffusion de France (TDF) occupe depuis sa création des emplacements sur la Tour Eiffel d'où sont diffusés des services de télévision et de radio. En 2006, en vue du renouvellement de la convention d'occupation domaniale pour la diffusion hertzienne de programmes audiovisuels depuis cette tour, la Mairie de Paris, qui en est propriétaire, a lancé une procédure d'appel à candidature. La société TDF et la société Towercast ont proposé des offres. Le 12 février 2007, la Mairie de Paris a retenu l'offre présentée par TDF.

Par ailleurs, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (le CSA) a engagé une procédure de renouvellement des autorisations pour l'exploitation de services de radio par voie hertzienne en mode FM qui arrivent à échéance le 3 septembre 2007. Les radios présélectionnées, dont la liste a été publiée en mai 2007, pouvaient choisir un diffuseur. La société Towercast, souhaitant proposer des offres de diffusion, a demandé à la société TDF une prestation d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel ;

\* \*  
\*

Faisant valoir que la société TDF avait abusé de sa position dominante dans le cadre de l'appel d'offre pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale, la SA TOWERCAST a, le 15 février 2007, saisi le Conseil de la Concurrence, lui demandant, à titre conservatoire, de suspendre les effets de l'appel d'offres, ainsi que tout contrat ou clause contractuelle permettant à TDF d'exploiter de façon durable les infrastructures essentielles, dans l'attente de la décision au fond.

Par observations du 4 juin 2007, soutenant qu'un effet de ciseau tarifaire résultait de l'offre d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel qu'elle avait reçue de la société TDF pour la diffusion de radios FM, elle a, en outre, demandé au Conseil

- de faire injonction à la société TDF d'appliquer de bonne foi les dispositions du cahier des charges lui imposant d'accueillir les diffuseurs de façon non discriminatoire et à des conditions équitables,
- d'enjoindre à la société TDF de limiter à un an la durée des contrats de diffusion signés ou à signer.

Par décision du 11 juillet 2007, le Conseil de la Concurrence a, sur la première mesure conservatoire demandée, retenu que, s'il pouvait adresser une injonction à la société TDF, il ne pouvait ordonner à la Ville de Paris de suspendre l'appel d'offre.

Sur les autres mesures demandées, il a

- à titre conservatoire, enjoint à TDF de lui transmettre, dans un délai qui ne pourra excéder un mois à compter de la notification de la décision, une offre de gros hébergement de diffusion radio FM depuis le site de la Tour Eiffel permettant aux diffuseurs alternatifs de concurrencer effectivement, sans subir de ciseau tarifaire, les offres de détails faites par TDF aux radios,
- à titre conservatoire, enjoint à TDF
  - de limiter à un an la durée des contrats qu'elle s'apprête à signer avec des radios privées FM pour la diffusion de leurs programmes depuis le site de la Tour Eiffel,
  - dans l'hypothèse où certains contrats auraient déjà été signés à la date de la notification de la décision, de proposer aux radios concernées de signer un nouveau contrat d'une durée d'un an annulant celui précédemment signé.

La société TDF a formé un recours en annulation contre cette décision.

**Cela étant exposé, la Cour,**

Vu les moyens exposés par la société TDF dans l'assignation délivrée le 25 juillet 2007 et les conclusions déposées le 17 août 2007,

Vu les conclusions déposées le 13 août 2007 par lesquelles la société Towercast demande à la Cour

- de lui donner acte de ce que le recours de la société TDF ne remet pas en cause les conditions de prononcé des mesures conservatoires, ni l'éventuel abus de position dominante,
- de rejeter la demande d'annulation,
- de condamner la société TDF à lui payer la somme de 20 000 € en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

Vu les observations écrites du Conseil de la Concurrence en date du 2 août 2007 et celles par lesquelles le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, le 13 août 2007, demande à la Cour de rejeter le recours.

1- Considérant que la société TDF fait valoir, en premier lieu, que la décision du Conseil de la Concurrence doit être annulée en ce qu'elle porte sur des pratiques qui n'entrent pas dans le champ de sa saisine, exposant

- que la saisine du 15 février 2007 portait exclusivement sur des pratiques constatées lors de la procédure de renouvellement de la convention d'occupation du site de la Tour Eiffel,
- que, si des pratiques non dénoncées dans la saisine initiale peuvent être sanctionnées, c'est aux conditions, notamment, qu'elles aient été commises sur le même marché et antérieurement à la saisine,
- que le grief de ciseau tarifaire dénoncé par la société Towercast dans ses observations du 4 juin 2007 ne concerne pas le marché d'attribution du site de la Tour Eiffel, mais le marché de gros aval mettant en présence les diffuseurs et les éditeurs,
- que ce grief porte sur l'offre d'accès remise par la société TDF à la société Towercast en mai 2007, postérieurement à la saisine du Conseil,
- que ce grief n'a pas fait l'objet d'une saisine d'office du Conseil ;

Considérant que la société Towercast répond que la décision contestée concerne des mesures conservatoires pour lesquelles le Conseil de la Concurrence dispose de larges pouvoirs d'appréciation ; qu'elle a, dans la saisine initiale, rapporté des faits commis dans le cadre de la procédure de renouvellement de la convention d'occupation de la Tour Eiffel et indiqué que ces faits affectaient le marché de la concession domaniale, mais également le marché de la diffusion des programmes de radio FM, compte tenu spécialement de la procédure lancée par le CSA ; qu'ayant dès l'origine dénoncé des pratiques sur les deux marchés, la demande de mesures conservatoires formées le 4 juin 2007 ne concerne pas des faits nouveaux ;

Considérant que, saisi des pratiques affectant le fonctionnement d'un marché, le Conseil de la Concurrence peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir des pratiques qui ont le même effet que celles qui ont été dénoncées dans la saisine et se sont poursuivies après cette saisine ;

Considérant qu'en l'espèce, la société Towercast a, dans la saisine, dénoncé un abus de position dominante de la société TDF et les conséquences de ce comportement, notamment sur le marché de la diffusion ; que les observations faites le 4 juin 2007, portent sur des faits intervenus par la suite dans le cadre du marché de la diffusion des programmes de radio FM ; qu'en prenant les mesures conservatoires discutées, le Conseil de la Concurrence n'a pas excédé sa saisine ;

2 - Considérant que la société TDF soutient ensuite que le Conseil de la Concurrence a violé les dispositions de l'article R 463-9 du code de commerce qui lui imposent de communiquer à certaines autorités indépendantes, en l'espèce le CSA et l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP), toute saisine entrant dans leur champ de compétence ; qu'elle fait valoir que ces autorités n'ont été saisies que des pratiques visées dans la saisine initiale, à savoir lors de la procédure d'appel d'offre de la Ville de Paris, alors qu'elles auraient dû être saisies également des pratiques dénoncées sur le marché de gros hébergement ;

Considérant qu'il a été relevé ci-dessus que les conséquences sur le marché de la diffusion des programmes de radio FM du comportement dénoncé de la société TDF étaient comprises dans la saisine initiale ;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier que le Conseil de la Concurrence a, sur la saisine initiale, demandé l'avis au CSA et à l'ARCEP qui ont reçu ces demandes le 9 mars 2007 et ont adressé leur avis respectivement les 3 et 26 avril 2007 ; que la procédure est régulière ;

3 - Considérant, sur le fond, que la société TDF estime, dans ses dernières écritures, que les mesures conservatoires prononcées par le Conseil de la Concurrence sont imprécises (A) et qu'il existe une impossibilité matérielle d'exécuter l'injonction visant à lui imposer de diffuser l'ensemble des radios depuis le site de la Tour Eiffel pendant une période d'un an (B) ; qu'elle ne reprend pas le grief de disproportion évoqué dans son assignation ;

A - Considérant que la société TDF fait valoir que la formulation très générale de la première injonction qui lui est faite, sans fixer les critères sur la base desquels elle doit définir son offre, la met dans l'impossibilité de l'exécuter sans risquer d'y manquer ; qu'elle souligne que les modalités d'exécution sont également imprécises, le communiqué mis en ligne sur le site du Conseil de la Concurrence, indiquant que la société TDF doit proposer une nouvelle offre à la société Towercast, contrairement à la décision qui dispose que l'offre doit être présentée au Conseil lui-même ;

Considérant que la société Towercast rappelle que, dans le cadre de son offre à la Mairie de Paris, la société TDF avait indiqué qu'elle entendait anticiper le traitement de toute demande d'accès d'un concurrent à des fins de diffusion de programmes radios en FM et avait mis au point l'ensemble des éléments techniques, économiques et juridiques permettant de présenter une offre répondant aux exigences du site ; qu'elle ajoute que, dans les motifs de sa décision, le conseil a détaillé chacun des éléments de l'offre tarifaire pour aboutir à la conclusion que l'offre faite ne permettait pas la concurrence ; qu'il a ensuite donné à la société TDF l'injonction précise de faire une offre permettant une concurrence effective ;

Considérant que, dans sa décision, le Conseil de la Concurrence, après avoir rappelé la définition jurisprudentielle du ciseau tarifaire, a constaté qu'il existait un consensus sur les différents types de coûts que devrait supporter un diffuseur alternatif pour assurer la diffusion d'une ou plusieurs radios depuis la Tour Eiffel ; qu'il a énuméré ces coûts, a examiné les points de divergence apparus et, arrivant à la conclusion que les éléments réunis permettaient de considérer que la société TDF était susceptible d'avoir mis en oeuvre une pratique de ciseau tarifaire, lui a fait l'injonction de faire un offre permettant une concurrence effective ;

Considérant que, dans ce contexte, la société TDF est mal fondée à soutenir que l'injonction qui lui a été faite de transmettre une offre permettant aux diffuseurs alternatifs de la concurrencer sans subir de ciseau tarifaire entre les versements qu'ils devraient lui faire au titre de cette offre et les prix de détail proposés par elle aux radios est imprécise ;

Considérant, sur les modalités d'exécution, que seule la décision du Conseil de la Concurrence est applicable, le communiqué mis en ligne étant sans incidence sur ce point ;

B - Considérant que la société TDF n'avait pas soulevé devant le Conseil de la Concurrence l'objection selon laquelle elle ne pourrait accueillir l'ensemble des radios si elle était contrainte de ne renouveler les contrats que pour un an, alors que cette demande était faite par la société Towercast ; que, devant la Cour, elle ne produit aucun élément de preuve à l'appui de cette objection qui sera rejetée ;

4 - Considérant, sur les demandes de la société Towercast, qu'il ne sera pas fait droit à la demande de donner acte ; qu'en effet, si elle a précisé que son appel ne portait pas sur les faits relatifs à l'appel d'offre pour le renouvellement de la convention d'occupation de la Tour Eiffel qui n'ont pas donné lieu à injonction, la société TDF a indiqué qu'elle se réservait la possibilité, lors de l'instruction au fond, de contester l'existence de pratiques anticoncurrentielles ;

Considérant qu'une somme de 2000 € sera allouée à la société Towercast en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile ;

**Par ces motifs, la Cour,**

Rejette le recours formé par la société TDF à l'encontre de la décision n° 07-MC-05 rendue le 11 juillet 2007 par le Conseil de la Concurrence,

Condamne la société TDF à payer à la société Towercast une somme de 2000 € en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile,

Condamne la société TDF aux dépens.

LE GREFFIER,

LA PRÉSIDENTE,

En conséquence, la République Française mande et ordonne à tous Huissiers de Justice sur ce requis de mettre le présent arrêt à exécution. Aux Procureurs Généraux, aux Procureurs de la République près des Tribunaux de Grande Instance d'y tenir la main. A tous Commandants et Officiers de la force publique d'y prêter main forte, lorsqu'ils en seront légalement requis.

