

COUR DE CASSATION

Audience publique du **10 juin 2020**

Rejet non spécialement
motivé

M. GUÉRIN, conseiller doyen
faisant fonction de président

Décision n° 10140 F

Pourvoi n° U 17-27.524

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

DÉCISION DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 10 JUIN 2020

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

2°/ la société TDF infrastructure Holding, société par actions simplifiée unipersonnelle, anciennement dénommée Tyrol Acquisition 1,

3°/ la société TDF Infrastructure, société par actions simplifiée unipersonnelle, anciennement dénommée Tyrol Acquisition 2,

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

ont formé le pourvoi n° U 17-27.524 contre l'arrêt rendu le 12 octobre 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 5 - chambre 7), dans le litige les opposant :

1°/ à la société Towercast, société par actions simplifiée, dont le siège est 46-50 avenue Théophile Gautier, 75016 Paris,

2°/ à la société Tyrol Acquisition 1, société à responsabilité limitée,

3°/ à la société Tyrol Acquisition 1 & Cie SCA,

ayant toutes deux leur siège 5 rue Eugène Ruppert, L-2453 Luxembourg (Luxembourg),

4°/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

5°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, domicilié TELEDON 252 - DGCCRF, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller, les observations écrites de la SCP Piwnica et Molinié, avocat des sociétés TDF, TDF infrastructure Holding et TDF Infrastructure, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la société Towercast, et l'avis de M. Debacq, avocat général, après débats en l'audience publique du 3 mars 2020 où étaient présents M. Guérin, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller rapporteur, Mme Darbois, conseiller, et Mme Jouanneau, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu la présente décision.

1. Les moyens de cassation annexés, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

2. En application de l'article 1014, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, il n'y a donc pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce pourvoi.

EN CONSÉQUENCE, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés TDF, TDF infrastructure Holding et TDF Infrastructure aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par les sociétés TDF, TDF infrastructure Holding et TDF Infrastructure et les condamne à payer à la société Towercast la somme globale de 3 000 euros et au président de l'Autorité de la concurrence la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, prononcé en l'audience publique du dix juin deux mille vingt et signé par Mme Darbois, conseiller, qui en a délibéré en remplacement de M. Guérin.

MOYENS ANNEXES à la présente décision

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

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les recours des sociétés TDF S.A.S., TDF Infrastructure Holding (anciennement Tyrol Acquisition I S.A.S.) et TDF Infrastructure S.A.S. (anciennement Tyrol Acquisition 2 S.A.S.) en annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 15-D-10 du 11 juin 2015 relative à des pratiques mises en oeuvre par TDF sur le site de la Tour Eiffel et d'avoir, en conséquence, confirmé la décision déferée en ce qu'elle a dit qu'il était établi que la société TDF SAS, en tant qu'auteur des pratiques, et les sociétés Tyrol Acquisition 1 SAS et Tyrol Acquisition 2 SAS, en leur qualité de sociétés mères de la société TDF SAS, ont enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en fournissant des informations tardives et incomplètes et, s'agissant du prix des actifs nécessaires à la continuité du service, un montant surévalué et non vérifiable à ses concurrents, tous éléments indispensables pour que lesdits concurrents puissent répondre de façon crédible à l'appel d'offre de la mairie de Paris pour le renouvellement de la convention domaniale d'occupation du site de la Tour Eiffel et leur a solidairement infligé une sanction pécuniaire de 5 000.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur les moyens propres au grief n°1

56. A titre liminaire, la cour relève que les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure ne contestent pas que la société TDF détenait à la date des faits, une position dominante sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la tour Eiffel.

QUE sur l'incidence des décisions des juridictions administratives sur la présente procédure (...)

60. Mais, d'une part, il appartenait aux juridictions administratives de déterminer si la Ville de Paris, autorité délégante, avait violé les règles de concession du domaine public, et non d'apprécier si la société TDF avait abusé de sa position dominante. A l'inverse, l'Autorité et, sur recours, la cour, doivent rechercher si la société TDF a commis un abus de position dominante. Or l'absence de faute de la part d'une autorité délégante ne suffit pas à exclure qu'un abus de position dominante ait été commis par l'un des candidats à l'occasion de l'appel d'offres, a fortiori lorsque, comme en l'espèce, est en question non pas le respect de l'obligation pesant sur

l'autorité délégante d'assurer un égal traitement à tous les candidats, mais le respect, par un candidat en position dominante, de l'obligation de communiquer aux autres candidats des informations dont l'autorité délégante n'a elle-même pas connaissance.

61. D'autre part, les juridictions administratives ont statué au vu des seuls éléments de preuves produits par, respectivement, la société towerCast, partie demanderesse, la Ville de Paris et la société TDF, parties défenderesses, l'Autorité n'étant pas partie à la procédure ; en revanche, le collège de l'Autorité a statué au vu de l'instruction approfondie menée par les rapporteurs, qui jouissent de pouvoirs d'investigation étendus, et la cour, saisie du présent recours, se prononcera au vu du même dossier d'instruction.

62. Il découle de ce qui précède que les décisions administratives intervenues en l'espèce n'ont pas d'incidence sur l'analyse qu'il convient de mener sur l'abus de position dominante retenu à l'encontre de la société TDF.

QUE Sur l'obligation pour la société TDF de céder ses actifs au bénéficiaire de la convention d'occupation domaniale

63. En premier lieu, la cour rappelle que la procédure d'appel d'offres était caractérisée par l'impérieuse nécessité — que la société TDF ne conteste d'ailleurs pas — que l'éventuel changement de concessionnaire n'entraîne pas une interruption dans la diffusion des chaînes de télévision et de radio depuis le site de la tour Eiffel.

64. La décision de l'ancien occupant de retirer l'ensemble des équipements aussitôt que la concession aurait été attribuée à un concurrent serait apparue sans conteste comme un abus de position dominante, puisqu'une telle menace aurait obligé les autorités publiques à lui renouveler la concession. La société TDF n'a d'ailleurs jamais exercé une telle menace.

65. Dans la mesure où il était techniquement impossible à l'éventuel nouvel occupant de remplacer, dès la prise d'effet de la concession d'occupation, l'ensemble des équipements, propriété de l'ancien occupant, présents sur le site de la tour Eiffel, dont certains avaient été conçus spécifiquement pour y prendre place, il apparaissait indispensable de prévoir, fût-ce temporairement, la poursuite de l'exploitation au moyen des équipements déjà en place.

66. La cour constate que, dans ses échanges avec la Ville de Paris et avec la société towerCast à l'époque des faits, la société TDF admettait au moins implicitement une telle nécessité, écrivant notamment, dans un courrier à la société towerCast en date du 18 septembre 2006, que, s'agissant de « la continuité des activités, TDF estime que celles-ci peuvent être assurées de plusieurs façons ».

67. Dans la décision attaquée, l'Autorité a considéré qu'il découlait tant de l'article 6 de l'arrêté d'autorisation d'occupation du site de la tour Eiffel en

date du 27 décembre 2006 que du cahier de consultation l'obligation juridique pour la société TDF, au cas où elle ne serait pas attributaire de la convention d'occupation, de céder ses actifs présents sur le site de la tour Eiffel.

68. Toutefois, rien dans cet arrêté ou dans ce document n'excluait la possibilité, par exemple, d'une location par la société TDF au nouvel occupant de tout ou partie des équipements dont elle était propriétaire.

69. D'une part, l'article 6 de l'arrêté prévoyait certes l'obligation pour la société TDF d'enlever la totalité de ses installations dans un délai de trois mois, sous peine de voir ceux-ci devenir la propriété de la Ville de Paris. La cour relève au passage l'inanité de la sanction prévue, alors qu'il ne fait aucun doute que les autorités auraient refusé à la société TDF le droit d'enlever ses installations dans un délai de trois mois dans la mesure où cela n'aurait pu que conduire à une interruption de la diffusion de la quasi-totalité des chaînes de télévision et de radio en Ile-de-France.

70. Mais, d'autre part, l'article 2.6.2 du cahier de consultation prévoyait expressément que « l'occupant prendra les lieux libres de toutes les installations appartenant à l'occupant précédent [c'est-à-dire la société TDF] sauf accord passé avec ce dernier ». Or, les modalités de cet accord ne sont pas précisées dans ce document, de sorte qu'il était loisible à l'ancien et au nouvel occupant de convenir d'une location ou d'une cession des équipements, ou encore d'une location d'une partie d'entre eux et d'une cession du reste.

71. Cette interprétation n'est en rien infirmée par la dernière phrase du point 2.6.2., aux termes de laquelle « compte tenu du contexte nouveau d'ouverture à la concurrence il est attendu du précédent occupant qu'il négocie de bonne foi la cession des actifs dont il entendrait se défaire dans des conditions permettant la continuité du service public sans aucune interruption ». Le fait que la Ville de Paris ait spécifiquement envisagé la possibilité d'une cession n'interdisait pas à l'ancien et au nouvel occupant de convenir de tout autre arrangement à leur convenance.

72. De surcroît, l'emploi, dans cette même phrase, des termes « la cession des actifs dont il entendrait se défaire », et notamment l'usage du conditionnel, démontre sans équivoque que le précédent occupant était laissé libre de refuser de céder les équipements dont il avait la propriété.

73. Certes, l'article 2.5.2 du cahier de consultation visait « le droit d'utilisation des emplacements sur la tour Eiffel [...] qui sera accordé à l'occupant pour lui permettre d'y exploiter ses installations », mais une telle stipulation n'avait ni pour objet ni pour effet de déterminer les modalités juridiques de détention des installations par l'occupant, rien n'interdisant à celui-ci de louer, plutôt que d'acheter, les équipements qu'il entendait exploiter sur le site de la tour Eiffel.

74. Il est encore vrai que, dans un courrier à la société TDF en date du 23 octobre 2006, cité au point 368 de la décision attaquée, la Ville de Paris a indiqué qu'elle « n'entend pas dissocier le droit d'occupation de celui d'exploitation attribué au futur occupant ». Mais une telle dissociation n'aurait

pas eu lieu si le nouvel occupant avait fait le choix de louer les installations propriété de l'ancien occupant, rien, ainsi qu'il a été dit, ne lui interdisant d'exploiter le site de la tour Eiffel au moyen d'équipements loués plutôt qu'achetés. D'ailleurs, comme le rappelle justement la société TDF, lors de leur audition en 2007 par les services d'instruction, les représentants de la mairie de Paris ont indiqué que, « pour nous, la cession des équipements n'était pas la seule solution envisagée. La clause relative à l'hébergement des tiers que nous avons inséré dans le cahier de consultation permettait de négocier d'autres solutions (cession partielle, location, sous-hébergement, etc.) » (cote 3653, 07/0018M).

75. La cour ajoute, à titre surabondant, que, à supposer même que la Ville de Paris ait entendu imposer à la société TDF l'obligation de céder les équipements présents sur le site de la tour Eiffel, une telle exigence aurait manifestement constitué une atteinte illicite au droit de propriété de cette dernière, droit de valeur constitutionnelle.

76. C'est donc à tort que, dans la décision attaquée, l'Autorité a considéré que la société TDF aurait eu l'obligation de céder les équipements indispensables à la continuation du service public si la concession d'occupation avait été attribuée à la société towerCast, et la société TDF fait valoir à juste titre que d'autres solutions étaient envisageables.

77. L'Autorité fait encore valoir que la cession de ses actifs par la société TDF était en tout état de cause la seule solution possible d'un point de vue économique, l'alternative étant soit le démontage et l'enlèvement des équipements, que la société TDF n'aurait pas pu utiliser sur un autre site, puisqu'ils avaient été conçus spécifiquement pour celui de la tour Eiffel, soit leur abandon sur place entraînant leur appropriation par la Ville de Paris.

78. Mais, si le caractère non économiquement viable pour la société TDF de ces solutions alternatives ne fait aucun doute, la cour constate que la solution d'un démontage et d'un enlèvement des équipements aurait été encore plus dommageable pour le nouvel occupant que pour la société TDF — et d'ailleurs inacceptable pour les autorités publiques —, puisque, compte tenu de la complexité du site, elle aurait impliqué l'interruption de toute diffusion depuis le site de la tour Eiffel pendant plusieurs semaines, voire plusieurs mois, de sorte que la société TDF aurait été en mesure d'imposer la solution de la location si elle avait décidé de ne pas céder tout ou partie de ses actifs.

79. La cour relève, à titre surabondant, que, au moins pour les équipements dévolus à la télévision analogique, dont la cessation de la diffusion était programmée pour 2011, leur location pouvait apparaître économiquement plus intéressante que leur achat pour le nouvel occupant.

80. En second lieu, nonobstant les considérations qui précèdent, il appartenait à la société TDF de fournir une évaluation de la valeur des équipements nécessaires à la continuité du service.

81. D'une part, la cour relève qu'à aucun moment, la société TDF n'a exprimé un refus clair de céder quelque équipement que ce soit.

82. C'est ainsi que, par courrier du 10 octobre 2006 à la société towerCast, la société TDF, se plaçant dans l'hypothèse où la concession d'occupation domaniale serait attribuée à un nouvel occupant, écrit: « TDF n'a pas encore défini, à ce stade, la liste des équipements qu'elle déciderait éventuellement de céder dans une telle hypothèse. Il est évident que cette liste ne pourrait être établie qu'après une discussion approfondie avec le nouvel occupant. Cependant, si la cession de certains biens était envisagée, sous toutes réserves et sans que cela vaille engagement de TDF d'une quelconque manière, TDF n'exclurait pas de céder les équipements listés en annexe 3 qui pourrait être revue dans le cadre de négociations ». Ce courrier était accompagné d'une annexe 3 comportant une liste d'équipements de cinq lignes.

83. De même, dans un courrier à la Ville de Paris en date du 16 octobre 2006, la société TDF opère une distinction entre les « équipements qui permettent d'assurer la fourniture d'énergie et de climatisation nécessaires à l'activité de diffusion » et les « autres équipements listés dans [le] courrier [de la Ville de Paris du 12 octobre 2006] (aériens, feeders, multiplexeurs, FR) ». Si, pour les premiers, la société TDF se dit « prête bien sûr à assurer elle-même ces prestations pour le compte d'un nouvel occupant, dans le cadre d'un contrat de prestations de services », elle n'exclut pas formellement leur cession et évalue leur valeur globale à 15 millions d'euros. A l'inverse, pour les seconds, elle précise qu'« [ils] nous semblent pouvoir rester propriété de TDF et être traités vis-à-vis d'un éventuel nouvel occupant du site par des offres d'hébergement et de diffusion HF », et ne fournit aucune évaluation les concernant.

84. Compte tenu du flou sur les intentions de la société TDF quant à la cession d'une partie au moins de ses actifs, il était indispensable à la société towerCast, qui souhaitait acquérir l'ensemble des équipements nécessaires à la continuité du service public, d'obtenir une évaluation précise desdits équipements.

85. D'autre part, et en tout état de cause, ainsi que l'a justement souligné l'Autorité au point 361 de la décision attaquée, quelles qu'aient pu être les modalités visant à assurer la continuité du service public en cas de changement d'occupant, il appartenait à la société TDF de fournir une évaluation de la valeur des équipements nécessaires, celle-ci étant évidemment un paramètre essentiel de fixation du montant des loyers, en cas de conclusion d'un contrat de location, ou du coût de la prestation, en cas de conclusion d'un contrat de prestation de services.

86. Ainsi, bien qu'aucune obligation de cession de ses actifs ne pesât sur la société TDF, elle devait néanmoins fournir à la société towerCast une information complète et précise sur les caractéristiques et la valeur des équipements nécessaires à la continuité du service public, ainsi que cela lui avait été réclamé à maintes reprises au cours de la procédure de renouvellement de la convention d'occupation domaniale, et ce, dans des délais suffisants pour permettre à la société towerCast d'exploiter ces informations dans le cadre de l'élaboration de son offre.

QUE Sur le caractère incomplet, tardif et erroné des informations communiquées à la société towerCast

87. A titre liminaire, la cour constate que, si le refus initial de la société TDF de communiquer à la Ville de Paris les informations indispensables pour permettre à cette dernière d'élaborer le cahier de consultation, a indubitablement retardé la procédure d'appel d'offres — la Ville de Paris n'ayant remis le cahier de consultation à chaque candidat que le 29 août 2006, alors qu'elle comptait le faire dès le 15 mai 2006 (décision attaquée, point 404) —, il n'est pas établi que ce retard s'est répercuté sur le délai dont a bénéficié la société towerCast pour remettre son offre.

88. En effet, il ne résulte d'aucun des éléments de la procédure d'appel d'offres que la Ville de Paris aurait été tenue de respecter une date butoir pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale et aurait donc été obligée de réduire le délai dont disposaient les candidats pour présenter leur offre. A cet égard, la cour rappelle que la précédente convention d'occupation domaniale, arrivée à échéance le 31 décembre 2005, avait été prolongée jusqu'au 31 décembre 2006 par un premier arrêté d'autorisation d'occupation temporaire (cote 3552, 07/0018M) et l'a de nouveau été jusqu'au 28 février 2007 par un second arrêté d'autorisation d'occupation temporaire (décision attaquée, point 363), ce qui a permis à la société TDF d'occuper les emprises de la tour Eiffel jusqu'à cette dernière date, sans que rien ne permette de douter que la Ville de Paris aurait pu décider, si nécessaire, d'une troisième prolongation. La Ville de Paris a d'ailleurs prolongé les délais initialement fixés dans le cahier de consultation, reportant du 11 au 31 octobre 2006 le dépôt des offres, puis accordant aux candidats un délai supplémentaire jusqu'au 21 décembre 2006 pour améliorer les offres initiales, faisant ainsi preuve de souplesse par rapport au calendrier initial.

89. C'est donc au 29 août 2006, date de remise du cahier de consultation aux deux candidats et point de départ du délai de dépôt des offres, et non au 4 mai 2006, date de la demande d'informations adressée par la Ville de Paris à la société TDF, qu'il convient de se placer pour apprécier les délais de transmission par la société TDF des informations qu'elle détenait.

90. Pour autant, l'Autorité a à juste titre considéré que cet épisode illustre la réticence de la société TDF à communiquer les informations en sa possession.

91. A cet égard, la société TDF ne pouvait se prévaloir de son secret industriel et commercial à l'égard de la Ville de Paris, dès lors que celle-ci était légalement tenue de veiller au respect de ce secret. En effet, aux termes de l'article 80111a) du code des marchés publics, alors applicable, « [l]e pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ». De surcroît, la société TDF reconnaît qu'elle a finalement transmis à la Ville de Paris tout ou partie des informations demandées par cette dernière, ce qui suffit à prouver le mal-fondé de son refus initial (...);

127. À titre liminaire, il convient de rappeler que la notion d'« exploitation abusive » est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence (TUE, arrêt du 29 mars 2012, Telefónica et Telefónica de España/Commission, T-336/07, point 170; CJUE, arrêts du 6 décembre 2012, AstraZeneca/Commission, C-457/10 P, point 74, et du 16 juillet 2015, Huawei Technologies, C-170/13, point 45).

128. S'il est vrai que la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique par elle-même aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, le comportement d'une telle entreprise, du fait que la structure concurrentielle du marché est déjà affaiblie, peut donner lieu à une exploitation abusive de sa position dominante (CJUE, arrêt Post Danmark, précité, point 70).

129. C'est pourquoi pèse sur l'entreprise qui détient une position dominante la responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun (TUE, arrêts Telefónica et Telefónica de España/Commission, précité, point 171, et du 17 décembre 2015, Orange Polska/Commission, T-486/11, point 177 ; CJUE, arrêts du 2 avril 2009, France Télécom/Commission, C-202/07 P, point 105 ; Post Danmark, précité, point 71, et du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, point 135).

130. De plus, dans la mesure où la structure concurrentielle du marché est déjà affaiblie par la présence de l'entreprise dominante, toute restriction supplémentaire de cette structure concurrentielle est susceptible de constituer une exploitation abusive de position dominante (TUE, arrêt du 12 juin 2014, Intel/Commission, T-286/09, point 116 ; CJUE, arrêt Post Danmark, précité, point 72).

131. A cet égard, si tout opérateur économique, y compris lorsqu'il jouit d'une position dominante, a en principe droit au respect de son secret des affaires, en l'espèce, la rétention par la société TDF des informations techniques et financières relatives au site de la tour Eiffel, qu'elle seule détenait, aurait empêché tout autre opérateur de la concurrencer utilement à l'occasion de l'appel public à la concurrence pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale.

132. Dans la mesure où la communication de ces informations par la société TDF à ses concurrents éventuels était l'unique moyen d'ouvrir ce marché, tout refus de sa part de les transmettre, fussent-elles couvertes par le secret des affaires, aurait constitué une exploitation abusive de sa position dominante. Au demeurant, la société TDF a implicitement admis que pesait sur elle une obligation de communication : elle a en effet transmis un certain

nombre d'informations que, dans un autre contexte, elle aurait pu refuser de communiquer en se prévalant de la protection du secret des affaires.

133. La cour ajoute surabondamment que la société TDF n'a jamais démontré que ladite communication lui a — pour les informations effectivement transmises — ou lui aurait — pour les informations non transmises — causé un préjudice ou permis le dévoilement d'informations sensibles pour elle.

134. Dès lors, il convient de vérifier si les informations transmises par la société TDF l'ont été dans un délai permettant le maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale et, à l'inverse, si la rétention d'autres éléments d'information, à la supposer établie, a affaibli ledit degré de concurrence.

135. En premier lieu, la cour juge que l'ensemble des informations sollicitées par la société towerCast lui étaient indispensables pour construire l'offre la plus compétitive possible.

136. Tel était d'abord le cas des informations sur les équipements tant d'environnement (ventilation/climatisation, groupes électrogènes, transformateurs, monte charges, caméras de surveillance, détection incendie) que de diffusion (aériens, feeders, multiplexeurs) installés sur le site, leurs spécificités techniques et leur valorisation.

137. Ainsi que le fait justement valoir l'Autorité, la construction d'un plan d'investissement et d'un compte de résultat prévisionnel, sans lesquels la société towerCast n'aurait pas été en mesure de faire une offre précise à la Ville de Paris, exigeait que cette société disposât d'une connaissance fine de l'ensemble des équipements nécessaires à la continuation du service, au cas où elle serait attributaire de la concession domaniale.

138. Le coût du rachat de ces équipements, ou de leur location, ou encore de la conclusion d'un contrat de prestation de services avec la société TDF, aurait représenté un poste financier très important, que la société towerCast avait besoin d'évaluer le plus précisément possible. A cet égard, la communication d'une valeur globale des équipements ne pouvait satisfaire la société towerCast, qui avait besoin de vérifier, pour chaque matériel, le sérieux de la valorisation retenue par la société TDF.

139. Les caractéristiques des équipements, et notamment leur âge, étaient également indispensables, ne serait-ce que pour permettre à la société towerCast de déterminer les coûts de leur maintenance et les délais dans lesquels ils devraient être remplacés.

140. Sans des informations très précises sur tous ces points, la société towerCast se trouvait en difficulté pour calculer la redevance à proposer à la Ville de Paris, étant dans l'impossibilité d'apprécier finement quels coûts elle devrait supporter pendant la durée de la concession.

141. La cour ajoute que l'affirmation des sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure, selon laquelle des informations aussi détaillées étaient inutiles à la société towerCast, sont contredites par l'insistance avec laquelle, dans ses rapports avec la Ville de Paris, la société

TDF a souligné sa parfaite connaissance des équipements présents sur le site de la tour Eiffel.

142. Quant à l'argument selon lequel la société towerCast ayant elle-même envisagé une transition de six mois avec l'ancien occupant pour assurer la continuité du service, elle n'avait pas besoin de connaître en détail les caractéristiques de chacun des actifs avant le résultat de l'appel d'offres pour donner des garanties au concédant sur le principe de continuité du service, il ne peut qu'être écarté. En effet, les informations étaient indispensables à la société towerCast avant le dépôt de son offre à la fois pour évaluer ses coûts, évaluation sans laquelle elle ne pouvait proposer une offre compétitive, et démontrer à la Ville de Paris, qu'elle était apte à assurer la continuité du service, garantie sans laquelle ses chances d'être choisie par le concédant étaient nulles.

143. Ensuite, la société towerCast avait également besoin des informations relatives au personnel employé par la société TDF sur le site de la tour Eiffel.

144. Les conditions d'application de l'article L. 122-12 du code du travail (devenu article L. 1224-1 du même code), aux termes duquel « [s] 'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise », se seraient trouvées réunies au cas où la société towerCast serait devenue le nouvel occupant du site de la tour Eiffel.

145. En effet, il résulte de cet article que les contrats de travail sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, et que constitue une entité économique un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre, que celle-ci soit principale ou accessoire.

146. Tel était bien le cas de l'ensemble organisé constitué par la société TDF pour l'exploitation du site de la tour Eiffel.

147. Si la société TDF a soutenu, devant l'Autorité et dans le cadre du présent recours, que, même en cas de perte de la convention d'occupation domaniale, elle aurait conservé son personnel aux fins de poursuivre son activité de diffusion pour ses clients, en étant hébergée sur le site de la tour Eiffel par la société towerCast, force est de constater qu'elle n'a pas été aussi affirmative au cours de la procédure d'appel d'offres, n'excluant pas l'application de l'article L. 122-12 du code du travail.

148. A cet égard, il n'est pas vraisemblable que la société TDF, qui, en 2006, outre sa qualité de concessionnaire du site de la tour Eiffel, était déjà le diffuseur de vingt-huit des trente radios alors diffusées depuis ce site, aurait eu besoin de la totalité du personnel qu'elle employait après la perte de la concession.

149. Quoi qu'il en soit, la société towerCast était tenue d'envisager l'hypothèse, hautement plausible, qu'au cas où elle deviendrait le nouveau

concessionnaire, elle soit tenue de reprendre tout ou partie des salariés jusque-là employés par la société TDF. La Ville de Paris elle-même l'y invitait, l'interrogeant, par courrier du 14 novembre 2006, sur la politique envisagée de reprise des salariés de l'ancien concessionnaire.

150. Subsidiairement, à supposer même que l'article L. 122-12 du code du travail fût inapplicable en l'espèce, la société towerCast n'en avait pas moins besoin des mêmes informations.

151. En effet, afin de pouvoir bâtir l'offre la plus compétitive, elle devait impérativement être en mesure de déterminer précisément les moyens notamment humains qu'elle devrait affecter à l'exploitation du site de la tour Eiffel, et leur coût. D'où la nécessité d'obtenir communication de la masse salariale par catégories et par âges, les types d'emplois, leur classification dans la convention nationale des télécommunications, la répartition entre les contrats à durée déterminée ou indéterminée, à temps plein ou à temps partiel, etc.

152. Le caractère indispensable de ces informations pour tout nouvel occupant résultait encore de l'obligation pesant sur ce dernier de poursuivre, sans solution de continuité, l'exploitation du site. Il lui fallait donc connaître avec la plus grande précision le nombre et les fonctions de chacun des salariés employés par l'ancien occupant — TDF — afin que, dans l'hypothèse où ce dernier aurait conservé à son service l'ensemble de son personnel affecté au site de la tour Eiffel, il puisse recruter de nouveaux salariés jouissant de toutes les compétences requises, ce qui supposait évidemment d'obtenir ces informations plusieurs mois avant l'entrée en vigueur de la nouvelle convention d'occupation domaniale.

153. En tout état de cause, les informations sollicitées par la société towerCast lui étaient indispensables afin de pouvoir répondre aux questions que lui avaient posées la Ville de Paris, par courrier du 14 novembre 2006, et qui concernaient notamment la nature des contrats de travail des personnes qui seraient employées sur le site, la politique envisagée de reprise des salariés de l'ancien concessionnaire, les garanties apportées pour assurer la continuité du service et le degré de recours à la sous-traitance. Il doit être souligné que ces questions ont été posées à un moment où les services de la Ville de Paris examinaient les offres déposées le 31 octobre 2006 par les sociétés TDF et towerCast, de sorte qu'une absence de réponse ou des réponses incomplètes ne pouvait qu'affaiblir l'offre du candidat.

154. Enfin, les informations relatives aux contrats de maintenance des équipements sollicitées par la société towerCast lui étaient tout aussi nécessaires.

155. La nécessité impérieuse, pour tout successeur de la société TDF sur le site de la tour Eiffel, d'assurer la continuité du service — ainsi que de justifier dans son offre de son aptitude à le faire lui imposait d'organiser la mise en place d'un système de maintenance dès le premier jour de la concession.

156. Or il est constant que le site de la tour Eiffel présente de nombreuses particularités, au point qu'un certain nombre d'équipements ont été conçus spécifiquement pour lui. Dans ces conditions, il était à l'évidence important pour tout candidat de pouvoir prendre attache avec les entreprises chargées par la société TDF de la maintenance de ses équipements, qui étaient celles qui connaissaient le mieux les besoins en maintenance du site, peu important que les contrats de maintenance passés par la société TDF fussent des contrats nationaux et non des contrats spécifiques au site de la tour Eiffel.

157. En outre, ainsi que le fait valoir l'Autorité, il ressortait des propres déclarations de la société TDF devant les enquêteurs que les entreprises de maintenance pouvaient avoir besoin d'une « habilitation en terme de défense » pour intervenir sur le site (cote 2051, 07/0018M VNC) — hypothèse également prévue dans un courrier de la société TDF à la Ville de Paris en date du 13 décembre 2006 (cote 9304, 0710017F)— ce qui était de nature à contraindre le nouvel occupant de conserver les mêmes prestataires, au moins dans un premier temps.

158. En deuxième lieu, force est de constater que les informations transmises par la société TDF sont restées incomplètes.

159. S'agissant d'abord des équipements présents sur le site de la tour Eiffel, la société TDF a, le 10 octobre 2006, adressé à la société towerCast un courrier dont, notamment, l'annexe 2 comportait « à titre purement informatif » une liste des équipements sensiblement identique à la liste de six pages et 91 lignes qui avait été communiquée à la Ville de Paris le 8 juin 2006, mais jamais été transmise par celle-ci à la société towerCast.

160. Or la liste communiquée à la Ville de Paris le 8 juin 2006 était, selon les propres termes de la société TDF, une liste indicative et elle ne comportait aucun détail sur les caractéristiques techniques des équipements recensés, et aucun élément de valorisation.

161. Quant aux informations sur la valorisation des équipements présents sur le site de la tour Eiffel, la société TDF a fourni, par courriers des 16 octobre et 23 octobre 2006, adressés à la Ville de Paris et transmis par celle-ci à la société towerCast, une évaluation globale de 15 millions d'euros des équipements d'environnement (ventilation/climatisation, groupes électrogènes, transformateurs, monte charges, caméras de surveillance, détection incendie), et une évaluation globale de 12 millions d'euros des équipements de diffusion (aériens, feeders, multiplexeurs), sans aucun détail permettant à la société towerCast de vérifier le bien-fondé de ces évaluations ni de connaître l'estimation individualisée de chaque équipement.

162. De surcroît, dans un courrier du 30 novembre 2006 à la société towerCast, la société TDF a indiqué qu'il n'y avait pas identité entre les biens figurant dans la liste de l'annexe 2 au courrier du 10 octobre 2006, et ceux intégrés dans les valorisations de, respectivement, 15 et 12 millions d'euros, sans expliciter ces différences, rendant plus difficile encore l'exploitation des informations transmises.

163. Finalement, l'information la plus complète fournie par la société TDF l'a été par courrier du 21 décembre 2006 à la Ville de Paris Ainsi que l'Autorité l'a justement relevé au point 423 de la décision attaquée, ce document ne comportait aucune liste exhaustive des actifs concernés, ni d'indication de nature à éclairer la valorisation de chacun de ces équipements. Au surplus, cette information, parvenue trop tard à la Ville de Paris, n'a pas pu être portée à la connaissance de la société towerCast avant le dépôt de son offre définitive.

164. Pourtant, ainsi que l'a souligné l'Autorité, au point 420 de la décision attaquée, la société TDF disposait, pour ses besoins propres, d'un document comptable détaillé de 1028 lignes et a indiqué, dans sa note communiquée le 22 mars 2007 à l'Autorité, avoir utilisé pour son évaluation « une extraction de toutes les lignes de biens comptables répertoriées dans la base des immobilisations sur l'IG [Implantation Géographique] de la Tour Eiffel, complétés par les biens dûment immobilisables », ce qui suffit à démontrer qu'elle détenait des informations bien plus précises que celles qu'elle a communiquées à la Ville de Paris et à la société towerCast, s'agissant tant de la liste et des caractéristiques des équipements que de la valorisation de chacun d'entre eux.

165. S'agissant, ensuite, des informations sur le personnel, l'Autorité relève à juste titre, au point 438 de la décision attaquée, que la société towerCast n'a jamais obtenu une liste exhaustive non nominative des emplois localisés sur le site de la tour Eiffel, alors même que cette information était disponible ; en effet, l'information la plus détaillée sur ce point, à savoir celle communiquée le 11 décembre 2006, n'était, aux dires même de la société TDF qu'« une première approximation qui demanderait à être affinée » du nombre de salariés et de la masse salariale par domaine d'activité.

166. En outre, ainsi que l'a souligné l'Autorité au point 435 de la décision attaquée, les informations transmises par la société TDF étaient contradictoires et, partant, sujettes à caution : dans son courrier du 10 octobre 2006, la société TDF indiquait à la société towerCast qu'elle employait une quarantaine de personnes sur le site de la tour Eiffel, tandis que, dans son offre du 31 octobre 2006 adressée à la Ville de Paris, elle faisait état de trente et une personnes employées à temps plein.

167. La circonstance que les informations effectivement transmises auraient dépassé les standards fixés par le Conseil d'Etat concernant l'obligation d'information sur la masse salariale des salariés à reprendre, qui pèse sur les collectivités territoriales lors du renouvellement d'une délégation de service public, n'est pas de nature à démontrer qu'elles suffisaient à la société towerCast pour construire son offre dans le contexte particulier d'une mise en concurrence l'opposant à l'entreprise en position dominante.

168. Enfin, s'agissant des contrats de maintenance, il est constant que la société TDF n'a jamais communiqué à la société towerCast le nom des entreprises chargées de la maintenance des équipements, empêchant cette dernière de prendre attache avec elles pour apprécier les modalités de

conclusion de contrats de maintenance identiques ou similaires à ceux que la société TDF avait passés avec elles et évaluer les coûts afférents.

169. La société TDF ne saurait se prévaloir de ce que la société towerCast aurait finalement fait le choix de recourir à deux prestataires avec lesquelles elle était en relation depuis dix ans, alors que son refus de communiquer toute information sur ses propres prestataires de maintenance peut suffire à expliquer un tel choix.

170. En troisième lieu, la cour constate que les informations effectivement transmises par la société TDF l'ont été avec beaucoup de retard.

171. La cour rappelle, à titre liminaire, qu'il s'est écoulé moins de quatre mois entre la remise du cahier de consultation aux deux candidats, le 29 août 2006, et la date ultime qui leur avait été accordé pour améliorer leur offre, le 21 décembre 2006.

172. La brièveté du délai dont ont bénéficié les candidats, délai dont la Ville de Paris a reconnu qu'il était particulièrement court au regard des enjeux techniques et de la complexité du dossier, a accentué l'inégalité entre les deux candidats, puisque la société TDF connaissait parfaitement le site, dont les nombreuses spécificités ont été rappelées, et les équipements qui y étaient installés, tandis que la société towerCast les a découverts pour la première fois lors de la visite du 21 septembre 2006, la circonstance que cette société diffusait déjà deux radios à partir d'un emplacement réduit situé en-dessous du 3ème étage de la tour Eiffel, n'ayant pas été de nature à lui donner la connaissance du site tout entier, et notamment des locaux semi-enterrés au pied du pilier sud qui en constituent la partie essentielle.

173. Pesait donc sur la société TDF, en position dominante sur le marché pertinent, la responsabilité particulière de communiquer avec la plus grande diligence les informations indispensables à la société towerCast pour lui permettre de construire une offre concurrentielle.

174. Force est de constater que la société towerCast a eu le plus grand mal à les obtenir, malgré le soutien de la Ville de Paris, alors même que la société TDF disposait des informations réclamées et pouvaient les communiquer aussitôt qu'elles lui étaient demandées.

175. A cet égard, est mal fondé l'argument selon lequel le refus de la société TDF de répondre directement aux demandes d'informations de la société towerCast était justifié par l'obligation pour la société TDF de respecter les règles de concurrence et le principe d'égalité entre les candidats. En effet, d'une part, la prohibition des échanges entre concurrents ne s'appliquait évidemment pas à la communication d'informations qui ne dévoilaient pas la stratégie de la société TDF dans le cadre de l'appel d'offres et sans lesquelles les candidats à l'appel d'offres n'étaient pas en mesure de concurrencer utilement la société TDF. D'autre part, la Ville de Paris avait expressément invité la société TDF à répondre directement à la société towerCast, dont la société TDF ne pouvait ignorer, par ses échanges avec l'autorité déléguée, qu'elle était sa seule concurrente.

176. S'agissant, tout d'abord, des équipements, le cahier de consultation ne renseignait pas la société towerCast de façon complète sur la liste des

équipements présents sur le site, leurs caractéristiques techniques et leur valorisation, seule la liste incomplète d'une page fournie par la société TDF à la Ville de Paris par courrier du 9 mai 2006 y ayant été annexée.

177. Certes, la Ville de Paris a fait le choix de ne pas annexer audit cahier de consultation la liste de six pages et 91 lignes — liste au demeurant incomplète —, que la société TDF lui avait communiquée par courrier du 8 juin 2006. Mais force est de constater que la raison de cette omission ressort des termes mêmes de ce courrier : la société TDF y précise que ladite liste est destinée « aux seules personnes de la Ville ayant besoin de la connaître », que les informations qu'elle contient constituent « des éléments stratégiques de [son] fonds de commerce [...] voire plus » et relèvent « du strict secret des affaires », et en interdit toute copie et/ou toute transmission.

178. Finalement, alors que, par courrier du 13 septembre 2006, la société towerCast a réclamé à la société TDF toutes les informations sur les équipements et que, par courriers des 28 septembre et 5 octobre 2006, la Ville de Paris a demandé à la société TDF de communiquer à la société towerCast les informations sollicitées par cette dernière, ce n'est, ainsi qu'il a déjà été dit, que le 10 octobre 2006, vingt et un jours avant la date limite de dépôt des offres initiales, que la société TDF a adressé à la société towerCast une liste des équipements plus détaillée que celle annexée au cahier de consultation, mais néanmoins incomplète.

179. Quant à l'évaluation globale des équipements, elle n'a été fournie par la société TDF que par deux courriers adressés à la Ville de Paris les 16 et 23 octobre 2006, et transmis par celle-ci à la société towerCast les 23 et 26 octobre suivant, soit, respectivement, huit et cinq jours avant la date limite de dépôt des offres initiales.

180. Enfin, le courrier transmettant l'information la plus développée — quoique toujours incomplète — sur les équipements, adressé à la Ville de Paris le 21 décembre 2006, jour même du dépôt des offres définitives, n'a même pas pu être communiqué à la société towerCast.

181. Pourtant, l'ensemble de ces informations était disponible depuis le premier jour de la procédure d'appel d'offres et leur communication sans délai n'aurait représenté aucun effort particulier pour la société TDF.

182. S'agissant des informations sur le personnel employé par la société TDF sur le site de la tour Eiffel, malgré une première demande d'information de la société towerCast, par courrier du 13 septembre 2006 adressé directement à la société TDF, demande relayée par un courrier de la Ville de Paris du 28 septembre 2006, ce n'est que le 10 octobre 2006, vingt et un jour avant la date limite de dépôt des offres initiales, que la société TDF a fourni quelques éléments de réponse.

183. Certes, la société TDF a répondu dès le 30 novembre 2006 à une nouvelle demande d'informations que la société towerCast lui avait adressée par courrier du 23 novembre 2006, mais sa réponse a été jugé à ce point insuffisante par la Ville de Paris que, par courriers des 2 et 8 décembre 2006, celle-ci lui a demandé de lui adresser, d'abord, les informations demandées par la société towerCast au sujet des personnels employés par

la société TDF pouvant être transférés, en particulier la masse salariale par catégories et par âges, ainsi que la répartition entre les contrats à durée déterminée ou indéterminée, ensuite, pour chacune des activités de diffusion et d'hébergement développées sur le site, les effectifs salariés et la masse salariale chargée non environnée par catégorie d'emplois (agents de contrôle de sécurité, techniciens, etc.) ainsi que leur classification CCNT. Les réponses de la société TDF en date des 5 et 11 décembre 2006, seront transmises à la société towerCast le jour même de leur réception, soit, respectivement, seize et dix jours avant le 21 décembre 2006, date du dépôt des offres définitives.

184. Là encore, il n'est pas contesté que la société TDF disposait d'emblée de l'ensemble de ces informations.

185. Il résulte donc du rappel de la chronologie des échanges qui précède que la société TDF n'a transmis qu'avec retard des informations dont elle disposait avant même l'appel d'offres et qui étaient indispensables pour permettre à la société towerCast de bâtir son offre.

186. En dernier lieu, l'incomplétude des informations transmises par TDF sur des sujets techniques et de coûts n'a pu que gêner la société towerCast dans la construction de son offre.

187. S'agissant, en particulier, des actifs présents sur le site de la tour Eiffel, à supposer même que leur évaluation à 27 millions d'euros transmise par la société TDF soit exacte, la société towerCast n'a pas été placée en mesure d'apprécier quels équipements elle reprendrait, et pour quel coût unitaire, faute d'une liste exhaustive des équipements et d'une évaluation individualisée de chacun d'eux. Il convient d'ajouter que la seule comparaison entre la liste de 91 lignes figurant en annexe 2 au courrier de la société TDF du 10 octobre 2006, qui est la plus complète fournie à la société towerCast, et celle de 1028 lignes que la société TDF a produite, une fois qu'elle a gagné le marché, dans le cadre de l'enquête menée par les services de l'instruction afin de justifier son évaluation de 27 millions d'euros, suffit à démontrer la légitimité des doutes de la société towerCast quant à cette évaluation, dont la société TDF admet qu'elle ne correspondait pas à la valeur des seuls équipements portés à sa connaissance.

188. Ainsi que le fait justement valoir l'Autorité, les interrogations persistantes sur les coûts d'investissement et d'exploitation que la société towerCast aurait à supporter si elle remportait l'appel d'offres ne pouvait que l'obliger à intégrer une prime de risque dans le montant de la redevance proposée à la Ville de Paris, ce qui s'est répercuté sur sa compétitivité.

189. Par ailleurs, l'incertitude où s'est trouvée la société towerCast en raison de ce manque d'informations, s'est traduite dans son offre déposée le 31 octobre 2006 : six simulations en fonction des différentes hypothèses de prix d'acquisition des équipements de la société TDF y sont envisagées. Dans son offre définitive déposée le 21 décembre 2006, elle a encore dû envisager divers scénarios.

190. Or, une telle présentation n'a pu qu'affaiblir les offres successives de la société towerCast aux yeux de la Ville de Paris, en ce qu'elle révélait une

moindre maîtrise des questions techniques et financières, comparé à la société TDF.

191. Cette asymétrie dans la détention des informations, à soi seule préjudiciable à la compétitivité de l'offre de la société towerCast, s'est trouvée aggravée par le retard avec lequel cette société a reçu les informations qui lui ont été transmises.

192. Ainsi qu'il résulte des constatations qui précèdent, la société towerCast n'a reçu les informations transmises par TDF sur les équipements que, respectivement, vingt et un jours avant la date limite de dépôt des offres initiales, en ce qui concerne la liste — d'ailleurs incomplète — des équipements, et huit et cinq jours avant cette même date, en ce qui concerne l'évaluation — non ventilée — des équipements. Quant aux informations sur le personnel, un certain nombre d'informations lui ont été transmises vingt et un jours avant la date limite de dépôt des offres initiales.

193. S'agissant de prendre en compte et d'intégrer dans la construction de son offre initiale des informations relatives à des postes de coûts d'une particulière importance, la société towerCast a été nécessairement handicapée par des délais aussi courts.

194. Ces délais doivent de surcroît être rapprochés du délai dont a pleinement bénéficié la société TDF, soit deux mois — du 29 août au 31 octobre 2006.

195. Le délai supplémentaire dont ont bénéficié les candidats jusqu'au 21 décembre 2006 pour améliorer leur offre initiale n'a pas pu effacer le handicap qu'a subi la société towerCast lors du dépôt de l'offre initiale, ne serait-ce que parce que, s'agissant des informations sur le personnel, la société towerCast n'a reçue des informations complémentaires — mais toujours incomplètes — que, respectivement, seize et dix jours avant le 21 décembre 2006, date du dépôt des offres définitives.

196. Il est indifférent que la société towerCast ait été en mesure de déposer une offre, le 31 octobre 2006, puis une offre améliorée, le 21 décembre 2006, la question étant de savoir si elle disposait de toutes les informations qui lui étaient nécessaires pour proposer l'offre la plus compétitive qu'elle était capable de produire. Tel n'a pas été le cas, pour les raisons qui viennent d'être exposées.

197. Il s'ensuit qu'en n'ayant pas communiqué sans délai l'ensemble des informations indispensables à la société towerCast pour construire l'offre la plus compétitive, la société TDF a amélioré sa position concurrentielle sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la concession d'occupation domaniale. Ce faisant, elle a encore affaibli la structure de concurrence sur ce marché, sur lequel elle détenait une position dominante, et ce par des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites.

198. Ce constat suffit à établir la réalité du grief n° 1, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que, à défaut d'une communication sans délai de l'ensemble des informations nécessaires à la société towerCast, l'offre de cette dernière aurait été choisie par la Ville de Paris.

199. Il résulte des considérations qui précèdent que le bien-fondé du grief n° 1 est établi, quand bien même la valorisation des actifs à 27 millions d'euros, transmise par la société TDF en octobre 2006, serait exacte.

200. Dès lors que les moyens des sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure concernant la mise en cause par l'Autorité de cette évaluation, même à les supposer fondés, ne sont pas de nature à entraîner l'annulation de la décision attaquée, la cour ne les examinera pas.

201. Les demandes d'annulation de la décision attaquée en tant qu'elle a dit établi le grief n° 1 seront donc rejetées ;

1°) ALORS QUE seul un grief clair, précis, préalablement notifié dans les mêmes termes et sur lequel les parties ont pu présenter leurs observations peut être retenu à leur encontre par la formation de jugement ; qu'ainsi, ni l'Autorité de la concurrence, ni la cour d'appel de Paris ne peut modifier les faits et les qualifications juridiques retenus par le grief notifié, pour condamner le destinataire de la notification des griefs ; que le premier grief notifié reproche « à la société TDF SAS d'avoir abusé de la position dominante qu'elle détient sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel en fournissant tardivement et partiellement des informations indispensables à ses concurrents pour que ceux-ci soient en mesure de répondre de façon crédible à l'appel d'offres de la Mairie de Paris et, pour ce qui concerne les actifs indispensables à la continuité de service que TDF aurait eu à céder au futur occupant, en fournissant un montant largement surévalué et non vérifiable (...) » ; qu'ainsi ce grief était exclusivement fondé sur la seule hypothèse d'une cession obligatoire des actifs de la société TDF ; que dès lors en affirmant que « bien qu'aucune obligation de cession de ses actifs ne pesait sur la société TDF » contrairement à ce que la décision déférée a retenu, elle devait néanmoins fournir à la société towerCast une information complète et précise sur les caractéristiques et la valeur des équipements nécessaires à la continuité du service public » (§86), pour lui permettre de connaître « le coût du rachat de ces équipements, ou de leur location » (§138) ou encore qu'il « appartenait à la société TDF de fournir une évaluation de la valeur des équipements nécessaires, celle-ci étant évidemment un paramètre essentiel de fixation du montant des loyers, en cas de conclusion d'un contrat de location » (§85), la cour d'appel qui a ajouté à la notification des griefs a violé les articles 6 § 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L 463-2 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE le premier grief notifié reprochait « à la société TDF SAS d'avoir abusé de la position dominante qu'elle détient sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel (...) pour ce qui concerne les actifs indispensables à la continuité de service que TDF aurait eu à céder au futur occupant, en fournissant un montant largement surévalué et non vérifiable

(...) » ; que dès lors en affirmant que « le bien-fondé du grief n° 1 est établi, quand bien même la valorisation des actifs à 27 millions d'euros, transmise par la société TDF en octobre 2006, serait exacte » (§199), la cour d'appel qui a modifié le grief notifié a violé les articles 6 § 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L 463-2 du Code de commerce ;

3°) ALORS QUE lorsqu'elle occupe une position dominante, une entreprise reste toujours en droit de préserver ses secrets d'affaires ; qu'en affirmant au contraire que tout refus de la société TDF de transmettre à ses concurrents éventuels des informations « fussent-elles couvertes par le secret des affaires » (§132) constituerait une exploitation abusive de sa position dominante, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE l'obligation d'information d'un concurrent qui pèse sur un opérateur historique dans le cadre d'un appel d'offres est limitée aux seuls éléments pour lesquels son concurrent ne dispose d'aucune solution alternative et qui lui sont absolument indispensables pour répondre à l'appel d'offre ; qu'en reprochant à la société TDF de ne pas avoir communiqué sans délai l'ensemble des informations indispensables à la société towerCast portant sur les équipements (§136), le personnel employé par TDF sur le site (§143), les contrats de maintenance (§154), pour « compenser l'asymétrie d'informations » et lui permettre de « construire l'offre la plus compétitive possible» (§151 et s., 167, 191 et 197), la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

5°) ALORS QU'en affirmant que la communication des informations par TDF ne dévoilait pas sa stratégie dans le cadre de l'appel d'offre tout en reprochant à la société TDF de ne pas avoir communiqué sans délai l'ensemble des informations indispensables à la société towerCast portant sur les équipements (§136), le personnel employé par TDF sur le site (§143), les contrats de maintenance (§154), pour « compenser l'asymétrie d'informations » et lui permettre de « construire l'offre la plus compétitive possible» (§151 et s., 167, 191 et 197), la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

6°) ALORS QUE l'obligation d'information d'un concurrent qui pèse sur un opérateur historique dans le cadre d'un appel d'offres est limitée aux seuls éléments pour lesquels son concurrent ne dispose d'aucune solution alternative et qui lui sont absolument indispensables pour répondre à l'appel d'offre ; qu'en affirmant que « les informations relatives aux contrats de maintenance des équipements sollicitées par la société towerCast lui étaient tout aussi nécessaires » tout en constatant que « la société towerCast aurait finalement fait le choix de recourir à deux prestataires avec lesquelles elle était en relation depuis dix ans », ce dont il résulte qu'il existait une solution

alternative si bien que l'information sur les contrats de maintenance n'était pas indispensable, 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 ;

7°) ALORS QU'en reprochant à la société TDF son retard dans la communication des informations à son concurrent compte tenu de la brièveté des délais de remise des offres imposée par la ville de Paris (§170 et s.), tout en constatant que la ville de Paris n'était pas tenue de respecter une date butoir pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale, qu'elle aurait même pu décider, si nécessaire, d'une troisième prolongation (§88) ou encore que la Ville de Paris a fait le choix de ne pas annexer au cahier de consultation la liste des équipements communiquée par TDF le 8 juin 2006 (§177), ce dont il résulte que l'autorité adjudicataire est seule responsable de la brièveté des délais de consultation et qu'elle aurait pu facilement pallier à cette difficulté, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les recours des sociétés TDF S.A.S., TDF Infrastructure Holding (anciennement Tyrol Acquisition I S.A.S.) et TDF Infrastructure S.A.S. (anciennement Tyrol Acquisition 2 S.A.S.) en annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 15-D-10 du 11 juin 2015 relative à des pratiques mises en oeuvre par TDF sur le site de la Tour Eiffel et d'avoir, en conséquence, confirmé la décision déferée en ce qu'elle a dit que la société TDF SAS en tant qu'auteur des pratiques, et les sociétés Tyrol Acquisition 1 SAS et Tyrol Acquisition 2 SAS, en leur qualité de sociétés mères de la société TDF SAS, ont enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, d'une part, en fournissant tardivement et de façon incomplète des informations indispensables à son concurrent pour qu'il puisse construire son offre de diffusion à destination des éditeurs radios et, d'autre part, en lui imposant des prix inéquitables sous la forme d'un ciseau tarifaire et leur a infligé, à ce titre une sanction pécuniaire de 660.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur les moyens propres au grief n°2

237. A titre liminaire, la cour relève qu'il n'est pas contesté qu'un délai de cinq mois avant la NEVA était suffisant pour permettre à la société TDF d'informer un diffuseur des modalités techniques, juridiques et financières de son offre sur mesure d'hébergement sur le site de la tour Eiffel, tout en laissant à ce dernier le temps d'élaborer une offre de diffusion, contracter avec les éditeurs et faire procéder aux travaux nécessaires. Dès lors, il est indifférent que la société towerCast n'ait approché la société TDF que le 29

mars 2007 pour connaître les modalités de l'hébergement sur le site de la tour Eiffel en vue de la diffusion de programmes radios FM.

238. En premier lieu, la cour relève que, dans son courrier du 18 avril 2007 (cote 2510, 07/0018M), la société TDF écrivait à la société towerCast : « Une offre sur mesure d'hébergement et de diffusion HF sur le site de la Tour Eiffel vous sera adressé d'ici à deux semaines dans une perspective de contractualisation de notre prestation. » la société TDF ajoutait : « Des documents d'expression de besoins vous seront communiqués dès la semaine prochaine afin de vous permettre de passer rapidement les commandes d'études. »

239. Il ressort sans équivoque de ce courrier que la transmission d'une offre sur mesure d'hébergement et de diffusion était décarrelée des résultats des études de raccordement aux systèmes antennaires FM et des études d'implantation et de réalisation, destinées à apprécier le coût des travaux éventuellement nécessaires.

240. Ainsi, devaient être chiffrés séparément, d'une part, le coût de la prestation d'hébergement et de diffusion hors travaux de raccordement et d'aménagement éventuels et, d'autre part, le montant des travaux spécifiques éventuellement nécessaires.

241. Une telle interprétation est confirmée par le contenu de l'offre faite par la société TDF le 31 octobre 2006, dans le cadre du renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la tour Eiffel, où elle écrivait : « TDF entend anticiper le traitement de toute demande d'accès qui lui serait faite par un de ses concurrents à des fins de diffusion de programmes radio en FM Elle a donc mis au point l'ensemble des éléments techniques, économiques et juridiques qui lui permettent de présenter une offre sur mesure répondant aux exigences et aux particularités du site complexe de la Tour Eiffel. » Il en ressort que, à cette date, la société TDF disposait déjà d'un ensemble d'informations, notamment tarifaires, dont la communication à un diffuseur permettait à ce dernier de connaître le coût exact, hors travaux, de l'offre sur mesure répondant à sa demande d'hébergement spécifique, et à tout le moins d'en avoir une estimation fine.

242. Elle l'est encore au seul vu de la chronologie des échanges entre les sociétés TDF et towerCast, la première ayant effectivement adressé à la seconde une offre sur mesure à un moment où aucune étude n'avait été lancée.

243. A cet égard, contrairement à ce qui avait été annoncé par la société TDF dans son courrier du 18 avril 2007 — la transmission d'une offre sur mesure d'hébergement « d'ici à deux semaines » ce n'est que le 11 mai 2007, après plus de trois semaines, qu'elle a transmis à la société towerCast, par courriel (cote 2512, 07/0018M), un document intitulé « Offre sur mesure 'Tour Eiffel Service d'Accès FM 2006' ».

244. De surcroît, si ce document précisait le contenu de la prestation d'hébergement, il ne comportait aucune proposition technique et commerciale. Faisaient notamment défaut les annexes A1 (Tarifs) et A4 à

A10 (Annexes techniques), pourtant présentées par la société TDF dans son offre sur mesure comme des documents constitutifs de celle-ci. La société towerCast s'est d'ailleurs plainte, dans son courrier du 15 mai 2007, de ce que les éléments transmis le 11 mai, ne comportaient aucun élément financier, sauf sur le coût des études préalables à la fourniture des tarifs.

245. Ce n'est que le 16 mai 2007 que la société TDF a transmis à la société towerCast l'annexe A1 (Tarifs) de son offre sur mesure, soit près d'un mois et demi après avoir pris connaissance de la demande d'offre d'hébergement de la société towerCast, lors de la réunion du 6 avril 2007, et plus d'un mois après avoir formellement reçu cette même demande, par courrier du 11 avril 2007.

246. Dès lors que la société TDF disposait, avant même de recevoir la demande de la société towerCast, à tout le moins des éléments d'information concernant le contenu et les tarifs, hors travaux éventuels, de la prestation d'hébergement, elle aurait dû les communiquer aussitôt après avoir reçu cette demande, le 11 avril 2007.

247. Les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure échouent à justifier ce retard, qui est entièrement imputable à la société TDF.

248. En deuxième lieu, force est de constater que la société towerCast a exprimé ses besoins de service d'accès FM — de un à trente émetteurs — dès la réunion du 6 avril 2007, au cours de laquelle elle a remis à TDF son cahier des charges pour une prestation d'hébergement de diffuseur sur le site de la tour Eiffel.

249. Dès ce moment, et à tout le moins dès le 11 avril 2007, date à laquelle elle a formellement reçu de la société towerCast une demande d'offre d'hébergement incluant le même cahier des charges, la société TDF était en mesure de lancer les trente études de raccordement aux systèmes antennaires de diffusion FM.

250. Or ce n'est que 25 mai 2007, un mois et demi plus tard, que la société TDF a lancé lesdites études.

251. C'est en vain que les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure arguent de ce qu'ayant reçu de la société towerCast l'expression de ses besoins de services d'accès FM sur le site de la tour Eiffel le 24 mai 2007, la société TDF ne pouvait pas lancer avant cette date les études de raccordement au système antenne de diffusion FM.

252. D'une part, si on ne saurait reprocher à la société TDF d'avoir voulu rationaliser ses rapports avec les diffuseurs souhaitant être hébergés sur le site de la tour Eiffel, en établissant un modèle d'expression de besoins, elle ne pouvait, eu égard à la proximité de la NEVA, refuser de traiter une demande d'offre d'hébergement au seul motif que son auteur n'avait pas eu recours à ce modèle, a fortiori lorsque ledit modèle n'avait pas été communiqué au diffuseur. A cet égard, il n'est pas allégué par les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure que la demande de la société towerCast reçue le 11 avril 2007 était incomplète en ce qui concerne l'expression de ses besoins de services d'accès FM, la société

towerCast ayant d'emblée indiqué le nombre — trente — et la fréquence des radios pour lesquelles elle sollicitait une offre d'hébergement, ainsi qu'un ensemble de spécifications techniques. Au demeurant, à supposer même que toutes les précisions nécessaires à la société TDF pour présenter son offre sur mesure n'aient pas figurées dans la demande de la société towerCast reçue le 11 avril 2007, il appartenait à la société TDF, qui était seule en mesure de connaître les éléments d'informations dont elle estimait avoir besoin, de les réclamer rapidement, au lieu de laisser s'écouler un délai de plus de trois semaines.

253. D 'autre part, en effet, ce n'est que le 4 mai 2007, plus de trois semaines après avoir reçu la demande de la société towerCast, que la société TDF lui a adressé le modèle d'expression de besoin relatif à l'offre sur mesure de diffusion hautes fréquences (DiffHF) ; or un tel retard est injustifiable, alors qu'il ne s'agissait que d'adresser à la société towerCast un imprimé à remplir.

254. Certes, la société towerCast n'a pas elle-même fait preuve de diligence, en laissant passer vingt jours entre la réception, le 4 mai, du modèle d'expression de besoin relatif à l'offre sur mesure de diffusion hautes fréquences, et le renvoi, le 24 mai 2007, de l'expression de ses besoins à la société TDF. Mais, ayant transmis à la société TDF dès le 11 avril, sinon dès le 6 avril 2007, l'essentiel, voire la totalité, des informations nécessaires, elle a pu légitimement juger de peu de conséquence le fait de ne pas renvoyer immédiatement les mêmes informations sur le modèle d'expression des besoins fourni par la société TDF. En tout état de cause, son comportement ne saurait dédouaner la société TDF du retard que cette dernière a mis à traiter sa demande d'hébergement.

255. C'est tout aussi vainement que les sociétés TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure arguent du caractère irréaliste de la demande de la société towerCast — tenant à l'impossibilité de remporter tous les contrats de diffusion radio à l'occasion de la NEVA — et de son imprécision, qui n'aurait pas permis à la société TDF de connaître les besoins réels de la société towerCast, de sorte qu'elle aurait été fondée à lui demander de préciser le nombre d'émetteurs dont elle souhaitait disposer ainsi que leur puissance, pour décider de la superficie de la salle qui lui serait allouée.

256. Outre que la société TDF n'avait pas à se faire juge du caractère réaliste ou non de la demande de la société towerCast, la cour relève que cela ne l'a pas dissuadée de faire réaliser, et de facturer à la société towerCast, trente études de raccordement aux systèmes antennaires de diffusion FM.

257. Au demeurant, la cour n'a aucun doute que la société towerCast était consciente de l'impossibilité de remporter l'ensemble des contrats de diffusion radios mis en concurrence à l'occasion de la NEVA, mais elle constate que la demande d'une offre d'hébergement pour trente radios a permis à la société towerCast d'obtenir une évaluation du coût du raccordement aux systèmes antennaires spécifique à chacune d'elle, ce qui

lui aurait été utile si elle avait été en mesure de démarcher les éditeurs radios et suffit à expliquer la teneur de cette demande.

258. L'établissement des études de raccordement aux systèmes antennaires de diffusion FM ayant pris une vingtaine de jours (du 25 mai au 15 juin 2007), sans qu'il soit démontré que ce délai aurait pu être plus court, la société towerCast aurait pu les recevoir au tout début du mois de mai 2007, si la société TDF avait fait diligence.

259. L'argument selon lequel la société towerCast n'avait pas besoin d'attendre le résultat des études de raccordement aux systèmes antennaires pour démarcher les clients, est sans valeur. Au point 3.2.1.2 du document « Offre Sur Mesure 'Tour Eiffel Service d'accès FM 2006' », transmis le 11 mai 2007, il est indiqué que « 'Etude de Raccordement au Système Antennaire FM de TDF, réalisée par TDF, permet, pour chaque fréquence de diffusion souhaitée, de se prononcer sur la faisabilité et le contenu des aménagements spécifiques à réaliser pour fournir les prestations [de prise en charge et diffusion du signal HF] », Le point 3.2.1.3. du même document précise que « [d] es aménagements ou travaux spécifiques peuvent, le cas échéant, être nécessaires », « sont décrits dans la Proposition Technique et Commerciale, en s'appuyant sur les résultats de l'étude de raccordement au système antenne de diffusion FM de TDF et de l'étude d'implantation et de réalisation, et sont réalisés par TDF aux frais de towerCast ». Il s'ensuit que les résultats des études de raccordement au système antenne étaient indispensables à la société towerCast pour connaître le montant exact des travaux éventuellement mis sa charge.

260. En troisième lieu, concernant les besoins d'hébergement exprimés par la société towerCast, les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure font valoir que la demande de la société towerCast, qui réclamait, dans son cahier des charges remis les 6 et 11 avril 2007, une salle dédiée de 20m² à 30m² pour y héberger de un à trente émetteurs, était également irréaliste, compte tenu de l'impossibilité de diffuser trente radios depuis un local de 30 m².

261. Mais, tout d'abord, la cour constate que la société towerCast n'envisageait pas de diffuser trente radios depuis une salle dédiée de 30 m² : il ressort en effet du point 2.1 de son cahier des charges que la salle dédiée réclamée par la société towerCast n'était pas destinée à héberger les émetteurs, mais exclusivement les « équipements de réception, traitement du signal, amplification, modulation », ainsi qu'« un poste de travail technique et administratif ainsi que pour le stockage de matériel de secours ».

262. Quant à la surface dont la société towerCast aurait eu besoin pour ses émetteurs, le même cahier des charges contenait toutes les informations dont la société TDF avait besoin pour proposer une offre sur mesure à la société towerCast et évaluer le coût des éventuels travaux d'aménagement : il y était en effet précisé qu'un émetteur d'une puissance de 10 kW occuperait une baie, d'un encombrement de « 600 (largeur) x 800 (profondeur) », et qu'un émetteur de 5kW occuperait une demi-baie, la

société towerCast n' ayant exprimé aucune préférence quant à l'installation de ces émetteurs dans une salle commune ou dans une salle dédiée.

263. La société TDF n'a pas pu se méprendre sur les besoins de la société towerCast, qui n'étaient pas irréalistes.

264. Il s'ensuit que la société TDF pouvait lancer dès le 11 avril 2006 les études d'implantation et de réalisation afin de chiffrer les éventuels coûts d'aménagement. S'agissant en particulier de l'espace nécessaire aux émetteurs, des lors que les radios pour lesquelles la société towerCast demandait une offre d'hébergement sur mesure représentaient la quasi-totalité - trente sur trente et une - des fréquences diffusées à partir du site de la tour Eiffel, la société TDF, qui avait une parfaite connaissance des lieux, était en mesure d'apprécier les surfaces correspondantes, à savoir la quasi-totalité des espaces pouvant être dévolus à la diffusion.

265. Il est donc indifférent que la société towerCast n'ait jamais rempli le modèle d'expression de besoins relatif à l'offre sur mesure d'hébergement, que la société TDF lui avait transmis le 4 mai 2007. A cet égard, la cour renvoie aux développements qu'elle a consacrés ci-dessus au modèle d'expression de besoin relatif à l'offre sur mesure de diffusion hautes fréquences (DiffHF).

266. Ensuite, s'agissant plus particulièrement de la demande de salle dédiée, la société TDF n'ayant cessé de répéter qu'elle était uniquement en mesure de proposer à la société towerCast soit une salle de 14 m² soit une salle de 27m², et seule la seconde répondant à la demande de la société towerCast d'un local dédié de 20 à 30 m², il n'existait aucune imprécision quant à la salle dédiée pouvant être allouée à la société towerCast, et à sa superficie.

267. Enfin, s'agissant du coût des travaux d'aménagement, d'une part, la « fourchette indicative » comprise entre 300 000 et 400 000 euros pour le seul aménagement d'une salle dédiée de 27 m², communiquée à la société towerCast le 25 mai 2007, était bien trop approximative. Outre que le détail du calcul ayant permis à la société TDF d'aboutir à cette fourchette de prix n'a pas été communiqué, c'est à juste titre que l'Autorité souligne qu'un différentiel de 100 000 euros, représentant un quart du montant total des travaux, n'est pas négligeable au regard du niveau de marge qu'un diffuseur hébergé peut raisonnablement escompter.

268. D'autre part, l'impossibilité d'un chiffrage plus précis du coût des travaux d'aménagement d'une salle dédiée est contredite par le contenu de l'offre sur mesure que celle-ci a adressée à la société towerCast le 14 août 2007, en application de la décision de mesures conservatoires n° 07-MC-05.

269. L'Autorité a relevé, au point 517 de la décision attaquée, que, dans cette offre sur mesure, le tarif des travaux et aménagements spécifiques était précisément chiffré et ne dépendait pas des besoins exprimés par la société towerCast en termes de fréquences effectivement diffusées, de puissance admissible sur les antennes, de puissance appelée en énergie, de consommation électrique et de nombre d'émetteurs installés, la formule retenue par la société TDF dans ladite offre étant la suivante: «Plafonnement

(exprimé en euros HT ') 2 400 x surface salle mise à disposition (exprimée en m²) 44 400 ».

270. Force est de constater que les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure ne contestent pas cette analyse de l'Autorité ni n'allèguent que cette formule, utilisée en août 2007, n'aurait pas pu l'être en avril ou mai 2007.

271. Ainsi, dès le 11 avril 2007— en tout cas au plus tard le 27 avril 2007, date à laquelle elle était déjà en mesure de proposer à la société towerCast une salle dédiée de 27m², proposition réitérée le 16 mai 2007 -, la société TDF était en mesure de calculer le coût des travaux d'aménagement spécifiques sur la seule base de la surface de cette salle.

272. A supposer même que, contrairement à l'analyse de l'Autorité, la formule «Plafonnement (exprimé en EHT) = 2 400 x surface salle mise à disposition (exprimée en m²) +44 400» ne permette pas de chiffrer le montant exact des travaux d'aménagement, mais serve seulement à déterminer le montant maximal de la contribution du diffuseur client de la société TDF à la réalisation des travaux et aménagements spécifiques nécessaires pour lui permettre de fournir le service aux éditeurs, la preuve n'en est pas moins rapportée que la société TDF aurait pu communiquer à la société towerCast, au plus tard le 27 avril 2007, le montant maximal susceptible de rester à sa charge au titre des travaux d'aménagement de la salle dédiée de 27 m², ce qui aurait grandement aidé cette dernière à construire sa propre offre de diffusion, grâce à la meilleure connaissance des coûts de la prestation d'hébergement fournie par la société TDF.

273. A cet égard, la cour relève que pour une salle dédiée de 27 m², le montant maximal de la contribution de la société towerCast aux travaux d'aménagement aurait été de 109 200 euros (2 400 x 27 = 64 800 + 44 400 = 109 200), montant très inférieur à la fourchette de 300 000 à 400 000 euros annoncée à la société towerCast.

274. En partant du postulat que la réalisation des études d'implantation et de réalisation aurait nécessité le même délai d'une vingtaine de jour que les études de raccordement, la société towerCast aurait pu les recevoir au début du mois de mai 2007, si la société TDF avait fait diligence.

275. Il ressort des constatations qui précèdent que les informations transmises par la société TDF à la société towerCast l'ont été avec plus d'un mois de retard et que, de surcroît, s'agissant des coûts éventuels d'implantation que la société towerCast aurait eu à supporter, les informations transmises, outre leur caractère tardif, étaient imprécises, voire inexactes.

276. N'ayant jamais reçu l'information complète qu'elle était en droit d'attendre sur les coûts de la prestation d'hébergement, travaux compris, proposée par la société TDF en réponse à sa demande d'offre d'hébergement sur mesure, la société towerCast s'est trouvée dans l'impossibilité de construire une offre de diffusion, a fortiori une offre concurrentielle.

277. Même à supposer qu'elle ait finalement reçu les informations suffisantes pour lui permettre d'élaborer une offre de diffusion à destination des éditeurs, la tardiveté de leur communication ne lui aurait pas permis de concourir à armes égales avec la société TDF, compte tenu du calendrier très contraint qui s'imposait aux éditeurs.

278. Ainsi qu'il a été constaté ci-dessus, la société towerCast aurait pu et dû être en possession au plus tard dans la première quinzaine du mois de mai 2007, de la totalité des éléments, notamment de coût, dont elle avait besoin pour construire son offre de diffusion, ce qui lui aurait laissé un délai suffisant pour démarcher les éditeurs radios, conclure des contrats de diffusion avec certains d'entre eux, et faire réaliser l'ensemble des travaux et aménagements nécessaires pour assurer la diffusion desdites radios à partir de la NEVA.

279. N'ayant obtenu les tarifs de l'offre d'hébergement sur mesure que le 16 mai 2007, l'information sur les coûts éventuels d'aménagement le 25 mai 2007 et le montant des coûts de raccordement aux systèmes antennaires le 15 juin 2007, et quand bien même l'information sur les coûts d'aménagement aurait été complète, la société towerCast n'aurait pas pu proposer aux éditeurs une offre de diffusion avant la seconde moitié du mois de juin, à une date déjà trop tardive pour pouvoir concurrencer à armes égales la société TDF auprès des éditeurs radios.

280. En effet, la société TDF indiquait elle-même, dans son offre de diffusion adressée à l'éditeur de MFM, sous le titre «Délais de réalisation», «compte tenu de la complexité du site, le délai de réalisation à compter de la date de votre confirmation de commande est de 3 mois », ajoutant que, « [compte tenu de la proximité de la date de la NEVA prévue par le CSA (dans la nuit du 4 au 5 septembre 2007) et de l'organisation des travaux préalables nécessaires, TDF vous assure que pour toute commande reçue avant le 30 juin, votre programme sera diffusé dans les conditions nouvelles de son autorisation dès la NEVA » (cotes 480 et 481, 0710017F). Au-delà de la contradiction entre ces deux affirmations, il peut en être déduit qu'à tout le moins un délai de neuf à dix semaines — correspondant au délai courant entre le 30 juin et le 4 septembre 2007 — était jugé nécessaire par la société TDF elle-même pour garantir à MFM la diffusion de ses programmes à partir de la NEVA.

281. Or, MFM était déjà diffusée par la société TDF et n'a connu ni changement de PAR ni changement de site de diffusion lors du renouvellement des autorisations de diffusion.

282. Même en admettant qu'un changement de diffuseur n'entraîne aucun allongement de la durée des travaux, comme l'affirme la société TDF, cela signifiait, pour la société towerCast, qu'elle aurait dû achever l'élaboration de son offre de diffusion, démarcher les éditeurs radios et finaliser les négociations par la passation d'un contrat en bonne et due forme, le tout entre le 16 et le 30 juin 2007, du moins pour les radios ne connaissant ni changement de PAR ni changement de site de diffusion, et ce dans un contexte de très forte concurrence de la part de la société TDF, qui avait

commencé à démarcher les éditeurs radios à compter du 22 mai 2007, près d'un mois plus tôt.

283. Dans un tel contexte, et avec un calendrier à ce point contraint, les chances de la société towerCast de convaincre un éditeur de contracter avec elle plutôt qu'avec la société TDF étaient, à tout le moins, très faibles. A fortiori étaient-elles nulles s'agissant des radios faisant l'objet d'un changement de PAR ou de site de diffusion (dont la radio Rire et Chansons, jusque-là diffusée par la société towerCast), puisque la société TDF reconnaît qu'un tel changement avait des répercussions sur le délai nécessaire pour garantir une diffusion dans les conditions nouvelles dès la NEVA.

284. Il ne saurait être reproché à la société towerCast de ne pas avoir ordonné le lancement des travaux nécessaires dès le 15 juin 2007, alors qu'elle ne savait pas encore combien d'éditeurs, et lesquels, lui confieraient la diffusion de leurs radios.

285. Enfin, l'Autorité souligne à juste titre que la proposition faite par la société TDF à la société towerCast, le 29 mai 2007, d'étudier des solutions transitoires, dans l'hypothèse où les délais de réalisation des travaux auraient été trop importants n'était pas de nature à rétablir une concurrence non faussée, alors que ces solutions transitoires, au demeurant jamais précisées, auraient été « aux frais de towerCast » et n'auraient de toute façon pas garanti le démarrage de toutes les radios ayant confié leur diffusion à la société towerCast dans les conditions nominales ».

286. Le recours des sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure en annulation de la décision attaquée en tant que celle-ci a dit le grief n° 2 établi, seront rejetés ;

ET AUX MOTIFS QUE 304. En premier lieu, la cour souligne que c'est à juste titre que, aux points 609 à 613 de la décision attaquée, l'Autorité a analysé le volume d'activité à prendre en compte pour effectuer le test de ciseau par référence au nombre de fréquences renouvelées par le CSA — vingt — et non par référence au nombre total de radios pouvant être hébergées sur le site de la tour Eiffel — trente et une.

305. En effet, si l'appel à candidatures du CSA de novembre 2006 a été l'occasion d'une mise en concurrence des diffuseurs par les éditeurs radios dont les autorisations d'émettre étaient renouvelées, il n'est pas allégué, ni a fortiori démontré, par la société TDF que les éditeurs radios non concernés étaient en mesure de mettre fin au contrat liant chacun d'eux avec un diffuseur pour contracter avec un nouveau diffuseur (...);

1°) ALORS QUE le détenteur d'une infrastructure essentielle n'est pas tenu d'anticiper les demandes d'information de ses concurrents mais seulement d'y répondre dans un délai raisonnable ; qu'en décidant que la société TDF aurait dû communiquer à la société TowerCast les éléments d'information concernant le contenu et les tarifs, hors travaux éventuels, de la prestation d'hébergement radio, immédiatement après avoir reçu la demande

d'hébergement, le 11 avril 2007, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE le détenteur d'une infrastructure essentielle n'est tenu de répondre aux demandes d'information de l'un de ses concurrents que si cette information est nécessaire à l'élaboration d'une offre concurrente de la sienne ; qu'en affirmant que « la société TDF n'avait pas à se faire juge du caractère réaliste ou non de la demande d'hébergement de la société towerCast » (§256) portant sur 30 émetteurs, tout en constatant que l'appel à candidatures du CSA de novembre 2006 qui a été l'occasion d'une mise en concurrence des diffuseurs par les éditeurs radios dont les autorisations d'émettre étaient renouvelées ne portait que sur 20 fréquences (§304 et 305), la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE le détenteur d'une infrastructure essentielle n'est tenu de répondre qu'aux demandes précises de ses concurrents ; qu'en considérant que la société TDF aurait dû répondre immédiatement à une demande d'hébergement de la société TowerCast portant sur « 1 à 30 émetteurs », la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE le détenteur d'une infrastructure essentielle n'est tenu de répondre qu'aux demandes précises d'un concurrent sans être obligé de se renseigner pour suppléer ses carences ; qu'en affirmant, au contraire, « qu'à supposer même que toutes les précisions nécessaires à la société TDF pour présenter son offre sur mesure n'aient pas figurées dans la demande de la société towerCast reçue le 11 avril 2007, il appartenait à la société TDF, qui était seule en mesure de connaître les éléments d'informations dont elle estimait avoir besoin, de les réclamer rapidement, » (§252), la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce ;

5°) ALORS QU'en affirmant que la société TDF aurait dû lancer les trente études de raccordement au système antenne de diffusion FM dès le 11 avril 2007 et non le 25 mai 2007, tout en constatant que la société towerCast n'a pas elle-même fait preuve de diligence, en ne renvoyant le modèle d'expression de besoin relatif à l'offre sur mesure de diffusion hautes fréquences, que le 24 mai 2007 (§249 et 254), la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (ciseau tarifaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les recours des sociétés TDF S.A.S., TDF Infrastructure Holding (anciennement Tyrol Acquisition I S.A.S.) et TDF Infrastructure S.A.S. (anciennement Tyrol Acquisition 2 S.A.S.) en annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 15-D-10 du 11

juin 2015 relative à des pratiques mises en oeuvre par TDF sur le site de la Tour Eiffel et d'avoir, en conséquence, confirmé la décision déferée en ce qu'elle a dit que la société TDF SAS en tant qu'auteur des pratiques, et les sociétés Tyrol Acquisition 1 SAS et Tyrol Acquisition 2 SAS, en leur qualité de sociétés mères de la société TDF SAS, ont enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, d'une part, en fournissant tardivement et de façon incomplète des informations indispensables à son concurrent pour qu'il puisse construire son offre de diffusion à destination des éditeurs radios et, d'autre part, en lui imposant des prix inéquitables sous la forme d'un ciseau tarifaire et leur a infligé, à ce titre une sanction pécuniaire de 660.000 euros ;

AUX MOTIFS QUE (...) sur les moyens propres au grief n°3

303. A titre liminaire, la cour souligne qu'il convient de raisonner en se plaçant dans l'hypothèse où l'opérateur aussi efficace que TDF a reçu de celle-ci l'ensemble des informations nécessaires pour construire son offre de diffusion et ce, dans un délai lui permettant de la proposer utilement aux éditeurs.

304. En premier lieu, la cour souligne que c'est à juste titre que, aux points 609 à 613 de la décision attaquée, l'Autorité a analysé le volume d'activité à prendre en compte pour effectuer le test de ciseau par référence au nombre de fréquences renouvelées par le CSA — vingt — et non par référence au nombre total de radios pouvant être hébergées sur le site de la tour Eiffel — trente et une.

305. En effet, si l'appel à candidatures du CSA de novembre 2006 a été l'occasion d'une mise en concurrence des diffuseurs par les éditeurs radios dont les autorisations d'émettre étaient renouvelées, il n'est pas allégué, ni a fortiori démontré, par la société TDF que les éditeurs radios non concernés étaient en mesure de mettre fin au contrat liant chacun d'eux avec un diffuseur pour contracter avec un nouveau diffuseur.

306. Ainsi, les éditeurs dont un opérateur nouvel entrant hébergé sur le site de la tour Eiffel pouvait espérer gagner la clientèle en 2007 n'étaient qu'au nombre de vingt.

307. En second lieu, pour justifier son choix de procéder au test de ciseau sur une volumétrie de huit radios diffusées, l'Autorité retient, d'une part, que la salle dédiée de 27 m² que la société TDF proposait à la société towerCast ne pouvait recevoir que huit émetteurs au maximum et, d'autre part, qu'il n'est pas réaliste qu'un diffuseur nouvel entrant conquière, dès la première année, 50 % des contrats de diffusion remis en jeu, compte tenu des désavantages de coûts subi par un concurrent et des parts de marché qu'un nouvel entrant est susceptible d'atteindre sur le site de la tour Eiffel.

308. Toutefois, ainsi qu'il a déjà été dit dans le cadre de l'examen du grief n° 2, la salle dédiée dont la société towerCast réclamait l'attribution dans sa demande d'offre de gros d'hébergement, ne fournit aucun indice sur le nombre de radios que cette société aurait pu diffuser.

309. Par ailleurs, et surtout, ainsi que le rappelle l'Autorité, au point 578 de la décision attaquée, le test de ciseau tarifaire ne fait intervenir que les tarifs et les coûts de l'entreprise dominante, et non la situation spécifique de ses concurrents, actuels ou potentiels (sauf circonstances très particulières), en application du critère de l'opérateur aussi efficace.

310. En effet, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence des juridictions de l'Union, afin d'apprécier la licéité de la politique de prix appliquée par une entreprise dominante, il convient, en principe, de se référer à des critères de prix fondés sur les coûts encourus par l'entreprise dominante elle-même et sur la stratégie de celle-ci. En particulier, s'agissant d'une pratique tarifaire aboutissant à la compression des marges, l'utilisation de tels critères d'analyse permet de vérifier si cette entreprise aurait été suffisamment efficace pour proposer ses prestations de détail aux clients finals autrement qu'à perte, si elle avait été préalablement obligée d'acquitter ses propres prix de gros pour les prestations intermédiaires (CJUE, arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, points 41 et 42 ; TUE, arrêt *Telefónica et Telefónica de España/Commission*, précité, points 190 et 191).

311 Il s'ensuit que le concurrent aussi efficace est un concurrent théorique, qui se définit exclusivement par référence aux coûts de l'entreprise dominante verticalement intégrée : il est, littéralement, l'entreprise verticalement intégrée placée, contrairement à sa situation réelle, dans l'obligation de supporter ses propres prix de gros.

312. Dans ces conditions aucune des particularités empruntées aux concurrents réels de l'entreprise dominante n'a à être prise en compte, sauf à fausser le résultat du test, dont la finalité est de mesurer l'atteinte éventuelle à la concurrence dans le but de maintenir le plus haut degré de concurrence possible, dans un contexte où celle-ci est déjà limitée par la présence de l'entreprise dominante, et non dans le but de protéger tel ou tel concurrent.

313. C'est la raison pour laquelle il n'y a pas lieu de postuler que le concurrent aussi efficace que la société TDF est un diffuseur nouvel entrant, quand bien même la société towerCast l'aurait été en 2007 (affirmation d'ailleurs discutable, puisque cette société diffusait déjà deux radios depuis le site de la tour Eiffel). Au surplus, il y a une contradiction à postuler, comme le fait la décision attaquée aux points 614 à 621 que le concurrent aussi efficace, c'est-à-dire le « concurrent ayant la même structure de coûts que celle de l'activité en aval de l'entreprise verticalement intégrée » (TUE, arrêt *Telefónica et Telefónica de España/Commission*, précité, point 194), est en même temps un nouvel entrant sur le marché pertinent et subit, à ce titre, des désavantages de coûts.

314. De la même manière, il n'y a pas lieu, contrairement à ce que soutiennent les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure, de postuler que le concurrent aussi efficace appartient à un groupe détenteur de fréquences radios et pourrait auto-diffuser les radios de ce groupe. Là encore, le test de ciseau tarifaire doit être fondé sur la situation d'un opérateur aussi efficace que TDF, c'est-à-dire un opérateur

hypothétique qui n'appartient pas à un groupe détenteur de fréquences radios.

315. Certes, ainsi que l'a rappelée l'Autorité, au point 617 de la décision attaquée, dans la communication de la Commission (2009/C 45/02) intitulée « orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes », publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 24 février 2009 (ci-après les « orientations sur les pratiques d'éviction abusives »), la Commission, après avoir affirmé, au point 23 que, « [pour éviter l'éviction anticoncurrentielle, la Commission n'interviendra normalement que lorsque les pratiques considérées ont déjà entravé ou sont de nature à entraver la concurrence d'entreprises considérées comme aussi efficaces que l'entreprise dominante », elle ajoute, au point 24: « La Commission reconnaît cependant que, dans certaines circonstances, un concurrent moins efficace peut également exercer une contrainte qui doit être prise en considération lorsqu'il s'agit de déterminer si un comportement déterminé en matière de prix entraîne une éviction anticoncurrentielle. Elle examinera cette contrainte d'une manière dynamique, étant donné qu'en l'absence d'une pratique abusive ce concurrent peut bénéficier d'avantages liés à la demande, tels que les effets de réseau et d'apprentissage, qui tendront à renforcer son efficacité. » .

316. Cette citation, ainsi que les développements figurant aux points 618 à 621 de la décision attaquée, auraient pu, le cas échéant, être analysés comme des indices que l'Autorité a voulu s'inscrire dans l'hypothèse visée au point 24 des orientations sur les pratiques d'éviction abusive et s'est employée à rechercher si les pratiques tarifaires de la société TDF n'étaient pas abusives, quand bien même elles n'évinceraient pas un concurrent aussi efficace, mais moins efficace que cette société. La cour constate toutefois que l'Autorité n'a pas cherché à démontrer et, a fortiori, n'a pas établi que, dans le cas d'espèce, étaient réunies des circonstances justifiant de sauvegarder la contrainte concurrentielle exercée par un concurrent moins efficace que la société TDF. Au surplus, la cour relève que l'Autorité n'a pas cessé de rappeler que le test mis en oeuvre aux fins d'établir la réalité du grief n° 3 était un test de ciseau tarifaire bâti par référence à un opérateur aussi efficace que la société TDF.

317. Dès lors, le choix d'une volumétrie de huit radios pour le test de ciseau ne saurait être justifié par référence aux surfaces susceptibles d'être mises à la disposition d'un concurrent par la société TDF ou au désavantage que subit un nouvel entrant en raison de l'absence de mutualisation de ses coûts sur le site de la tour Eiffel et des moindres économies d'échelles ou de gamme qui en résultent.

318. Mais, si la notion de « concurrent aussi efficace » renvoie à un opérateur hypothétique, en revanche les marchés amont et aval dans lesquels s'insèrent les pratiques dont le test vise à apprécier le caractère anticoncurrentiel, sont des marchés réels, dont les caractéristiques

intrinsèques ne sauraient être ignorées lorsque sont arrêtés les paramètres du test de ciseau.

319. Or, ainsi qu'il ressort des points 50, 63 et 184 de la décision attaquée, parmi les vingt radios ayant conclu un nouveau contrat de diffusion à l'occasion du renouvellement des autorisations de diffusion, quatre appartenaient au groupe NRJ (NRJ, Chérie FM, Nostalgie et Rire & Chansons) et trois au groupe Lagardère Active (Europe 1, Europe 2 — devenue depuis Virgin Radio — et RFM). Il est établi qu'à l'époque des faits, ces groupes pratiquaient l'autodiffusion.

320. Ainsi que l'a expliqué le groupe Lagardère Active, lors de son audition par les services d'enquête de l'Autorité : « Une prestation d'hébergement permet d'économiser près de 20 % par rapport à une prestation globale de diffusion. L'achat de matériel uniformisé permet notamment de négocier de meilleurs tarifs. Les prestations complémentaires de TDF (achat des traitements de son, des codeurs RDS, des traitements satellite) sont très chères. En faisant nos propres investissements, nous réalisons d'importantes économies » (cote 5814, 07/0017F, reproduite au point 835 de la décision attaquée).

321. Au vu des avantages considérables pour un groupe de radio capable d'auto-diffuser ses propres fréquences, tels les groupes NRJ et Lagardère Active, l'internalisation de la diffusion peut résulter de choix stratégiques ne dépendant pas uniquement des prix.

322. Dans le cas d'espèce, sept radios, soit 35 % des vingt radios concernées par la conclusion d'un nouveau contrat de diffusion, étaient susceptibles d'être auto-diffusées. Dans ces conditions, l'hypothèse dans laquelle la société TDF et un concurrent aussi efficace que la société TDF diffuseraient, ensemble, 100% de ces vingt radios, soit 10 radios diffusées par chacun d'eux, n'est pas vraisemblable.

323. Dès lors, bâtir le test de ciseau sur une volumétrie de dix radios, soit 50 % des vingt radios concernées, serait effectivement irréaliste et disproportionné.

324. Vainement serait-il objecté qu'en 2007, à l'arrivée de la NEVA, l'ensemble des éditeurs radios, y compris ceux appartenant aux groupes NRJ et Lagardère Active, ont fait le choix de confier la diffusion de leurs fréquences à la société TDF. En effet, d'une part, la société towerCast, qui appartient au groupe NRJ, a cherché de façon active à souscrire une offre de gros d'hébergement auprès de TDF, et le groupe Lagardère Active, lui-même, a adressé à la société TDF l'expression de ses besoins (décision attaquée, points 516 et 520). D'autre part, les pratiques objets du grief n° 2, dont l'Autorité a constaté qu'elles avaient été, à tout le moins partiellement, les mêmes dans les rapports de la société TDF avec le groupe Lagardère active (décision attaquée, point 516), suffisent à expliquer qu'aucune des fréquences appartenant à ces deux groupes n'ait été auto-diffusée.

325. Au regard des spécificités du marché de gros aval des services de diffusion depuis le site de la tour Eiffel en 2007, caractérisée par le fait que les éditeurs de sept des vingt radios concernées appartenaient à un groupe

intégré, il est approprié de retenir, pour le test de ciseau, une volumétrie de huit radios diffusées à compter de la NEVA par un opérateur aussi efficace hébergé sur le site, ce chiffre représentant plus de la moitié (61,5%) des treize (20 - 7) radios insusceptibles d'autodiffusion, et 40 % de l'ensemble des vingt radios pour lesquelles une mise en concurrence a eu lieu.

326. C'est au demeurant cette même hypothèse d'une volumétrie de huit radios que la société TDF a retenu dans son étude « retail minus », dont le but déclaré était de « vérifier, à partir des prix de diffusion de TDF, qu'un opérateur alternatif de diffusion, compte tenu des prestations achetées auprès de TDF (accès au système antenne, hébergement dans un local dédié, énergie, climatisation, ..) et de ses propres coûts (émetteurs, télégestion et maintenance de ces derniers) ne réalise pas des pertes » (cote 3280, 0710018M), ce qui en conforte le bien-fondé.

327. La cour ajoute surabondamment que, si, comme la société TDF l'avait suggéré devant l'Autorité (décision attaquée, point 622), avait été retenue la part de marché de la société towerCast dans la diffusion nationale en 2006, soit 21 %, l'application de cette part de marché à un marché de vingt fréquences aurait conduit à un volume d'activité pertinent à prendre en compte pour le test de ciseau de 4,2 radios diffusées (20 radios x 21 %), soit un chiffre inférieur à celui, plus avantageux pour la société TDF, de huit radios diffusées retenu dans le test. Il est vrai que la société TDF proposait de retenir, non pas ce pourcentage de 21 %, mais celui de 33 %, correspondant selon elle, à la part de marché de la société towerCast hors autodiffusion ; mais elle n'a jamais justifié de l'exactitude de ce chiffre de 33 %.

328. En troisième lieu, c'est à juste titre que, s'agissant, d'une part, des visites de maintenance curative (ou corrective), l'Autorité a retenu, pour les interventions curatives réalisées sur les émetteurs, un nombre de visite de 0,2 par an et par émetteur (soit le chiffre retenu par la société TDF dans son étude « retail minus » comme dans l'étude du 10 octobre 2014) et, pour les interventions curatives réalisées sur les autres équipements que les émetteurs, un nombre de trois visites par an (contre deux dans l'étude du 10 octobre 2014).

329. En effet, ainsi qu'il résulte du point 677 de la décision attaquée, l'Autorité s'est fondée sur la base de données « Esther » de la société TDF, qui recense les pannes intervenues en 2006, dont il ressort que, cette aimée-là, quarante et un incidents ont nécessité des interventions de maintenance curative sur trois jours, soit trois visites.

330. Force est de constater que les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure ne contestent pas l'exactitude de cette information tirée de la base « Esther ».

331. S'agissant, d'autre part, des visites de contrôle (ou actions de vérification), dans son étude « retail minus », TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure soulignent que les personnes dont la société TDF dispose sur le site de la tour Eiffel « effectuent une vérification quotidienne lors de la tournée journalière qui est réalisée sur l'ensemble du

site ». Questionnée par l'Autorité, la société TDF a précisé, en juin 2013, que « chaque jour un employé de TDF réalise une ronde d'environ 2 à 3 heures pour contrôler la bonne marche de l'ensemble des équipements d'environnement et de diffusion situés sur le site de la Tour Eiffel » et que, « dans le cadre de cette visite de contrôle quotidienne, l'employé contrôle le bon fonctionnement des émetteurs situés sur le site de la Tour Eiffel » (cote 14670, 07/0017F).

332. Ainsi que l'Autorité l'a exactement relevé aux points 682 et 687 de la décision attaquée, la société TDF fait de cette vérification quotidienne, qui porte à la fois sur les équipements d'environnement et sur ceux de diffusion, un argument commercial auprès de ses clients éditeurs. Or, eu égard à l'importance que revêt pour les éditeurs le site de la tour Eiffel, une telle supervision quotidienne par un personnel présent sur place, en apportant une garantie supplémentaire que les pannes éventuelles seront évitées ou qu'il y sera immédiatement remédié, est susceptible de constituer un argument déterminant au moment où ils choisissent leur diffuseur.

333. Dans ces conditions, l'opérateur aussi efficace que TDF est celui qui propose à ses clients le même niveau de vérification des équipements de diffusion, de sorte que la question de savoir si, s'agissant de ces équipements, un opérateur tel que la société towerCast aurait techniquement pu recourir à la télégestion n'est pas pertinente.

334. La cour ajoute, subsidiairement, qu'en tout état de cause, ainsi que l'Autorité l'a rappelé au point 685 de la décision attaquée, la société TDF elle-même se sert de deux modes de contrôle, un système de télégestion et une tournée journalière de son personnel sur le site de la tour Eiffel, ce qui suffit à démontrer que, s'agissant à tout le moins du site de la tour Eiffel et en 2006, ces deux modes de contrôle n'étaient pas substituables et la télégestion, notamment des équipements de diffusion, ne pouvait pas remplacer les actions de vérification sur place.

335. Le fait que la société towerCast ait elle-même évalué ses besoins à 144 accès annuels (tous types de visites confondus) pour dix émetteurs, n'est pas de nature à remettre en cause les constatations qui précèdent. D'une part, ainsi qu'il résulte de l'examen des griefs n° 1 et n° 2, la société towerCast ne jouissait pas de toutes les informations nécessaires. D'autre part, et surtout, le test de ciseau n'est pas effectué au regard des choix stratégiques de la société towerCast, mais par référence à la situation d'un opérateur hypothétique aussi efficace que TDF.

336. Dès lors, c'est à juste titre que l'Autorité a retenu le chiffre de 365 visites de contrôle par an.

337. En dernier lieu, s'agissant des autres erreurs dont serait entaché le test de ciseau mené par l'Autorité, les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure se bornent à renvoyer à l'étude du 10 octobre 2014 produite par la société TDF.

338. Cette étude était destinée à répondre au rapport des rapporteurs. Or, dans la décision attaquée, l'Autorité a fait droit à une partie des objections figurant dans ladite étude, modifiant en conséquence les paramètres du test

de ciseau dont elle a fait application, et a rejeté les autres objections par une motivation particulièrement développée, que la cour fait sienne, et à laquelle les sociétés TDF, TDF Infrastructure Holding et TDF Infrastructure n'opposent aucune contradiction.

339. Il convient dès lors de rejeter l'ensemble des moyens visant à l'annulation du grief n° 3.

1°) ALORS QUE les parties avaient l'une et l'autre considéré que le test de ciseau tarifaire devait être réalisé sur une base de 10 émetteurs pour le nouvel entrant ; qu'en décidant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement procéder au test de ciseau sur une volumétrie de huit radios diffusées, la cour d'appel, qui a méconnu les termes du litige, a violé l'article 4 du Code de procédure civile ;

2°) ALORS QU'en décidant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement procéder au test de ciseau sur une volumétrie de huit radios diffusées, tout en constatant que la décision attaquée est entachée d'une contradiction en postulant « aux points 614 à 621 que le concurrent aussi efficace, c'est-à-dire le « concurrent ayant la même structure de coûts que celle de l'activité en aval de l'entreprise verticalement intégrée » (TUE, arrêt Telefemica et Telefonica de Esparia/Commission, précité, point 194), est en même temps un nouvel entrant sur le marché pertinent et subit, à ce titre, des désavantages de coûts» ou encore que contrairement à ce que l'Autorité de la concurrence a retenu « la salle dédiée dont la société towerCast réclamait l'attribution dans sa demande d'offre de gros d'hébergement, ne fournit aucun indice sur le nombre de radios que cette société aurait pu diffuser », 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 QUE dans son mémoire récapitulatif en duplique, la société TDF avait expressément souligné que selon la notification des griefs « si une salle commune avait été utilisée, la demande adressable aurait été plus large puisque 20 autorisations d'émettre à partir de ce site arrivaient à échéance en septembre 2007, et que 11 autres autorisations étaient amenaient à être renouvelées ultérieurement (de sorte qu') à moyen terme, la demande adressable dans un local commun était donc potentiellement de 31 radios » (mémoire §352) ; qu'en affirmant au contraire, pour dire que c'est à juste titre que, l'Autorité a analysé le volume d'activité à prendre en compte pour effectuer le test de ciseau par référence au nombre de fréquences renouvelées par le CSA — vingt — et non par référence au nombre total de radios pouvant être hébergées sur le site de la tour Eiffel — trente et une, qu'il « n'est pas allégué, ni a fortiori démontré, par la société TDF que les éditeurs radios non concernés étaient en mesure de mettre fin au contrat liant chacun d'eux avec un diffuseur pour contracter avec un nouveau

diffuseur » (§304 et 305), la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QU'en affirmant que, pour réaliser le test de ciseau tarifaire, l'Autorité de la concurrence a retenu à juste titre le chiffre de 365 visites de contrôle par an dans la mesure où « le test de ciseau n'est pas effectué au regard des choix stratégiques de la société towerCast, mais par référence à la situation d'un opérateur hypothétique aussi efficace que TDF » (§335 et 336), tout en constatant que cette vérification quotidienne n'était qu'un « argument commercial » de TDF auprès de ses clients éditeurs (§332), ce dont il résulte qu'un concurrent pouvait être aussi efficace sans nécessairement procéder à des visites sur site aussi fréquentes, la cour d'appel a violé de plus fort les articles 102 du TFUE et L 420-2 du code de commerce.