



**Décision n° 15-D-10 du 11 juin 2015
relative à des pratiques mises en œuvre par TDF
sur le site de la Tour Eiffel**

L'Autorité de la concurrence (section III),

Vu la lettre, enregistrée le 16 février 2007 sous les numéros 07/0017 F et 07/0018 M, par laquelle la société TowerCast a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société TDF qu'elle estime anticoncurrentielles et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les avis adoptés par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (« CSA ») le 3 avril 2007 et le 7 février 2012 sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du code de commerce ;

Vu les avis n° 2007-0276 et 2012-0077 adoptés par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (« ARCEP ») le 26 avril 2007 et le 24 janvier 2012 sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du code de commerce ;

Vu la décision n° 07-S-02 du 26 juin 2007 par laquelle le Conseil de la concurrence a renvoyé les dossiers enregistrés sous les numéros 07/0017 F et 07/0018 M à l'instruction ;

Vu les observations présentées par la société TowerCast, la société TDF et le commissaire du gouvernement ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 07-DSA-96, 07-DSA-97, 07-DSA-97B, 07-DSA-100, 07-DSA-131, 11-DSA-183, 11-DSA-184, 11-DSA-185, 11-DSA-379, 11-DSA-381, 11-DSA-380, 12-DSA-17, 12-DSA-53, 12-DSA-157, 13-DSA-109, 13-DSA-115, 13-DSA-138, 13-DSA-162, 13-DSA-155, 13-DSA-189, 13-DSA-201, 13-DSA-248, 13-DSA-261, 13-DSA-268, 13-DSA-275, 14-DSA-73, 14-DSA-328 ;

Vu les décisions relatives à une demande d'autorisation d'utilisation de pièces classées en annexe confidentielle n° 07-DECR-20, 07-DECR-20B, 07-DECR-21, 07-DECR-22, 07-DECR-23, 07-DECR-25, 13-DECR-50, 14-DECR-29 ;

Vu les décisions de secret des affaires et de déclassé n° 07-DSADEC-12 et 07-DSADEC-13, 13-DEC-56, 13-DEC-57, 13-DEC-58, 14-DEC-42 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du gouvernement et les représentants des sociétés TowerCast et TDF entendus lors de la séance du 30 janvier 2015 ;

Adopte la décision suivante :

SOMMAIRE

| | |
|--|-----------|
| I. CONSTATATIONS | 9 |
| A. RAPPEL DE LA PROCÉDURE | 9 |
| 1. LA SAISINE DE TOWERCAST | 9 |
| 2. LA DÉCISION DE MESURES CONSERVATOIRES | 9 |
| B. LE SECTEUR | 10 |
| 1. LA CHAÎNE DE VALEUR DU SECTEUR DE L'AUDIOVISUEL..... | 10 |
| 2. LE CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE | 11 |
| a) Le cadre législatif | 11 |
| b) La régulation sectorielle | 12 |
| <i>La régulation de la diffusion audiovisuelle par le CSA</i> | <i>12</i> |
| <i>La régulation de la diffusion audiovisuelle par l'ARCEP</i> | <i>13</i> |
| <i>La définition des marchés retenue par l'ARCEP</i> | <i>13</i> |
| <i>Les principes de régulation mise en œuvre par l'ARCEP</i> | <i>13</i> |
| 3. LE SITE DE LA TOUR EIFFEL | 15 |
| a) L'importance du site | 15 |
| <i>Pour la diffusion des services de télévision analogique et de TNT</i> | <i>15</i> |
| <i>Pour la diffusion des fréquences radiophoniques.....</i> | <i>15</i> |
| b) Les caractéristiques techniques du site..... | 16 |
| C. LES ENTREPRISES DU SECTEUR..... | 16 |
| 1. TOWERCAST..... | 16 |
| 2. TDF | 17 |
| 3. LES AUTRES OPERATEURS DE DIFFUSION | 18 |
| D. LES PRATIQUES RELEVÉES..... | 18 |
| 1. SUR LES PRATIQUES DE TDF DANS LE CADRE DU RENOUVELLEMENT DE LA CONVENTION D'OCCUPATION DOMANIALE PAR LA VILLE DE PARIS..... | 18 |
| a) Le renouvellement de la convention d'occupation domaniale | 18 |
| <i>L'avis d'appel public à concurrence du 31 mars 2006</i> | <i>18</i> |
| <i>Le cahier de consultation du 29 août 2006.....</i> | <i>19</i> |
| <i>La procédure de renouvellement et les recours de TowerCast devant la juridiction administrative</i> | <i>20</i> |
| b) La chronologie des échanges entre les parties et la mairie de Paris au sujet des demandes d'informations adressées par TowerCast à TDF | 20 |
| <i>Echanges relatifs à l'élaboration par la Ville du cahier de consultation.....</i> | <i>20</i> |

| | |
|--|----|
| <i>Échanges postérieurs à la réception par les parties du cahier de consultation</i> | 21 |
| <i>Les offres ultimes remises le 21 décembre 2006 et la décision de la Ville</i> | 30 |
| <i>Conclusion sur les demandes d'informations adressées par TowerCast à TDF</i> | 32 |
| c) La surévaluation du prix des actifs que le futur occupant aurait dû racheter à TDF en cas de succès a l'appel d'offres | 32 |
| <i>Le cadre de l'expertise et le déroulement des travaux</i> | 33 |
| <i>Le périmètre des immobilisations et la méthode de valorisation</i> | 33 |
| <i>Résultats de l'expertise et conclusions</i> | 35 |
| 2. SUR LES PRATIQUES DE TDF LIÉES À LA DEMANDE D'OFFRE DE GROS D'HÉBERGEMENT | 37 |
| a) Sur le comportement de TDF dans le cadre de l'offre d'hébergement | 37 |
| <i>Le contexte du renouvellement des autorisations des radios FM en 2007</i> | 37 |
| <i>La chronologie des échanges relatifs à la demande d'offre d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel</i> | 39 |
| <i>Les contraintes de calendrier s'imposant aux éditeurs de programmes radiophoniques</i> | 43 |
| b) Sur les pratiques tarifaires de TDF dans le cadre de la demande d'offre de gros d'hébergement | 45 |
| <i>Sur le prix de marché des prestations de diffusion depuis le site de la Tour Eiffel</i> | 46 |
| <i>Sur l'offre de gros d'hébergement</i> | 47 |
| <i>Les études</i> | 47 |
| <i>Les prestations de base</i> | 47 |
| <i>Les coûts d'accompagnement sur site</i> | 48 |
| <i>Les travaux d'aménagement du local facturés par TDF</i> | 49 |
| E. LES GRIEFS NOTIFIÉS | 50 |
| II. Discussion | 52 |
| A. SUR LA PROCÉDURE | 52 |
| 1. SUR LA DURÉE DE LA PROCÉDURE | 52 |
| a) Arguments de TDF | 52 |
| b) Le droit applicable | 52 |
| c) Application au cas d'espèce | 53 |
| 2. SUR LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE ET L'EXERCICE DES DROITS DE LA DÉFENSE | 55 |
| a) Observations de TDF | 55 |
| b) Le droit applicable | 55 |
| c) Application au cas d'espèce | 55 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| B. | SUR L'APPLICATION DU DROIT DE L'UE | 56 |
| 1. | ARGUMENTS DE TDF | 56 |
| 2. | LE DROIT APPLICABLE | 56 |
| 3. | APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE | 57 |
| C. | SUR LE BIEN-FONDÉ DES GRIEFS | 59 |
| 1. | SUR LES MARCHÉS PERTINENTS ET LA POSITION DE TDF SUR CES MARCHÉS | 59 |
| a) | Le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale de la Tour Eiffel lancé par la mairie de Paris | 59 |
| | <i>Sur la délimitation du marché pertinent</i> | <i>59</i> |
| | <i>Sur la position de TDF</i> | <i>60</i> |
| b) | Le marché de gros amont des services de diffusion hertzienne de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel | 62 |
| | <i>Sur le marché de produits ou de services</i> | <i>62</i> |
| | <i>Sur le marché géographique</i> | <i>63</i> |
| | <i>Sur la position de TDF</i> | <i>65</i> |
| 2. | SUR LE GRIEF N° 1 | 66 |
| a) | En ce qui concerne la contradiction alléguée entre le grief notifié et les jugements rendus par les juridictions administratives | 67 |
| | <i>Arguments de TDF</i> | <i>67</i> |
| | <i>Appréciation de l'Autorité</i> | <i>67</i> |
| b) | En ce qui concerne l'existence alléguée d'autres solutions que la cession de ses équipements par TDF | 69 |
| | <i>Arguments de TDF</i> | <i>69</i> |
| | <i>Appréciation de l'Autorité</i> | <i>69</i> |
| | <i>Les mêmes informations concernant les actifs et les contrats de maintenance devaient être communiquées en cas de cession ou de location</i> | <i>69</i> |
| | <i>La cession de ses actifs par TDF était la seule solution envisagée par la Ville, en dehors du retrait des équipements et de l'acquisition sans indemnité par la Ville desdits équipements</i> | <i>70</i> |
| | <i>La cession de ses actifs par TDF était la seule solution possible compte tenu des contraintes pesant sur le titulaire de la convention d'occupation et d'un point de vue économique</i> | <i>72</i> |
| | <i>Les autres solutions que la cession n'ont pas été clairement envisagées par TDF et TowerCast</i> | <i>73</i> |
| c) | En ce qui concerne les justifications avancées pour expliquer les conditions dans lesquelles ont été transmises les informations par TDF | 74 |
| | <i>Arguments de TDF</i> | <i>74</i> |
| | <i>Appréciation de l'Autorité</i> | <i>74</i> |

| | |
|---|-----------|
| <i>Sur les raisons invoquées par TDF pour justifier son comportement relatif aux conditions de transmission des informations</i> | 74 |
| ◆ En ce qui concerne le refus initial de communication..... | 74 |
| ◆ En ce qui concerne les délais de transmission des informations | 76 |
| <i>Sur les justifications avancées par TDF relatives à la nature des informations en cause</i> | 77 |
| ◆ En ce qui concerne les actifs | 77 |
| ◆ En ce qui concerne les salariés | 79 |
| ◆ En ce qui concerne les contrats de maintenance | 81 |
| d) En ce qui concerne l'évaluation des actifs de TDF | 83 |
| <i>Arguments de TDF</i> | 83 |
| <i>Appréciation de l'Autorité</i> | 83 |
| <i>Sur le déroulement de l'expertise</i> | 83 |
| <i>À titre subsidiaire, sur les erreurs dont le rapport d'expertise serait entaché</i> | 84 |
| <i>Sur le périmètre des actifs à valoriser</i> | 85 |
| e) En ce qui concerne les effets anticoncurrentiels de la pratique | 87 |
| <i>Arguments de TDF</i> | 87 |
| <i>Rappel sur le standard de preuve</i> | 87 |
| <i>Appréciation de l'Autorité</i> | 87 |
| <i>En ce qui concerne l'inégalité de situation résultant de la position privilégiée de TDF et des barrières à l'entrée</i> | 87 |
| <i>En ce qui concerne l'impossibilité de construire une offre crédible en raison de la communication tardive et incomplète d'informations</i> | 88 |
| f) Sur la durée de la pratique..... | 90 |
| <i>Arguments de TDF</i> | 90 |
| <i>Appréciation de l'Autorité</i> | 90 |
| <i>Conclusion sur le grief n° 1</i> | 90 |
| 3. SUR LE GRIEF N °2 | 91 |
| a) En ce qui concerne le caractère prétendument tardif de la demande d'offre d'hébergement de TowerCast..... | 91 |
| <i>Arguments de TDF</i> | 91 |
| <i>Appréciation de l'Autorité</i> | 92 |
| b) En ce qui concerne l'imprécision alléguée de la demande de TowerCast et les exigences qui y auraient été associées..... | 92 |
| <i>En ce qui concerne l'imprécision alléguée de la demande d'offre sur mesure</i> | 92 |
| <i>En ce qui concerne les prétendues exigences sous-jacentes à la demande de TowerCast</i> | 93 |

| | |
|--|------------|
| c) En ce qui concerne la nature des informations fournies par TDF..... | 94 |
| <i>Arguments de TDF</i> | <i>94</i> |
| <i>Appréciation de l'Autorité</i> | <i>94</i> |
| d) En ce qui concerne les délais de communication des informations par TDF | 96 |
| <i>Arguments de TDF</i> | <i>96</i> |
| <i>Appréciation de l'Autorité</i> | <i>96</i> |
| <i>En ce qui concerne les délais prévus par TDF pour réaliser ses propres travaux.....</i> | <i>96</i> |
| <i>En ce qui concerne les délais prévus par TDF pour réaliser les travaux nécessaires à l'hébergement de TowerCast</i> | <i>97</i> |
| <i>En ce qui concerne l'impossibilité, pour le concurrent, de présenter des propositions commerciales aux éditeurs de radios dans des délais compatibles avec la NEVA.....</i> | <i>97</i> |
| e) En ce qui concerne les effets anticoncurrentiels de la pratique | 99 |
| <i>Rappel sur le standard de preuve</i> | <i>99</i> |
| <i>Appréciation de l'Autorité</i> | <i>99</i> |
| f) Sur la durée de la pratique..... | 100 |
| <i>Argument de TDF.....</i> | <i>100</i> |
| <i>Appréciation de l'Autorité</i> | <i>100</i> |
| <i>Conclusion sur le grief n° 2</i> | <i>100</i> |
| 4. SUR LE GRIEF N° 3 | 100 |
| a) Les critères de qualification d'un effet de ciseau tarifaire | 101 |
| <i>La notion de ciseau tarifaire</i> | <i>101</i> |
| <i>Les éléments de la qualification</i> | <i>102</i> |
| <i>Le test dit « de coûts » ou « de ciseau »</i> | <i>103</i> |
| <i>Les coûts à prendre en compte</i> | <i>103</i> |
| <i>Le niveau de la demande à prendre en compte</i> | <i>104</i> |
| b) Le caractère indispensable, en l'espèce, de la prestation intermédiaire d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel et le test de ciseau tarifaire | 105 |
| <i>Sur le caractère indispensable de la prestation intermédiaire d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel pour l'exercice de la concurrence sur le marché de gros aval des services de diffusion depuis ce site</i> | <i>105</i> |
| <i>Sur l'application du test de ciseau tarifaire aux prix pratiqués par TDF</i> | <i>106</i> |
| <i>En ce qui concerne le volume d'activité d'un diffuseur hébergé par TDF sur le site Tour Eiffel.....</i> | <i>106</i> |

| | |
|--|------------|
| ♦ Sur le volume d'activité maximal d'un diffuseur hébergé par TDF sur le site Tour Eiffel | 107 |
| ♦ Sur le volume d'activité pertinent à prendre en compte pour effectuer le test de ciseau | 108 |
| <i>En ce qui concerne les revenus à prendre en compte</i> | 112 |
| <i>En ce qui concerne les coûts à prendre en compte</i> | 112 |
| ♦ Sur les investissements à réaliser par le diffuseur hébergé | 112 |
| ♦ Le coût des opérations de maintenance | 117 |
| ♦ Sur la durée d'amortissement des équipements de diffusion et le taux de rémunération du capital associé..... | 124 |
| ♦ Sur les frais généraux | 125 |
| <i>Résultats</i> | 127 |
| c) Sur les effets anticoncurrentiels de la pratique | 127 |
| d) Sur la durée de la pratique..... | 127 |
| <i>Observations de TDF</i> | 127 |
| <i>Appréciation de l'Autorité</i> | 127 |
| <i>Conclusion sur le grief n° 3</i> | 128 |
| D. SUR L'IMPUTABILITÉ..... | 128 |
| 1. ARGUMENTS DES PARTIES..... | 128 |
| 2. LE DROIT APPLICABLE | 128 |
| 3. APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE | 130 |
| E. SUR LES SANCTIONS..... | 131 |
| 1. SUR LES SANCTIONS INFLIGÉES AU TITRE DU GRIEF N° 1..... | 132 |
| a) En ce qui concerne la détermination du montant de base..... | 132 |
| <i>S'agissant de la gravité des faits</i> | 132 |
| <i>S'agissant de l'importance du dommage à l'économie</i> | 133 |
| ♦ Sur l'ampleur des pratiques | 134 |
| ♦ Sur les caractéristiques économiques objectives du secteur en cause..... | 134 |
| ♦ Sur les effets des pratiques | 135 |
| <i>Conclusion sur la détermination du montant de base</i> | 135 |
| b) En ce qui concerne la situation individuelle de TDF | 135 |
| <i>Sur la réitération</i> | 135 |
| <i>Sur l'existence et le caractère définitif d'un précédent constat d'infraction</i> | 136 |
| <i>Sur l'identité ou la similitude des pratiques</i> | 136 |
| <i>Conclusion sur la réitération</i> | 137 |
| <i>Sur la vérification du maximum légal applicable</i> | 137 |

| | |
|--|------------|
| 2. SUR LA SANCTION INFLIGÉE AU TITRE DES GRIEFS N° 2 ET N° 3..... | 137 |
| a) Le montant de base | 137 |
| <i>En ce qui concerne la valeur des ventes</i> | <i>138</i> |
| <i>Arguments de TDF et réponse de l’Autorité.....</i> | <i>138</i> |
| <i>En ce qui concerne la gravité des faits</i> | <i>138</i> |
| <i>En ce qui concerne l’importance du dommage à l’économie.....</i> | <i>139</i> |
| ♦ Sur l’ampleur des pratiques | 139 |
| ♦ Sur les caractéristiques économiques du secteur en cause | 140 |
| ♦ Sur les effets des pratiques | 141 |
| <i>En ce qui concerne la durée des pratiques</i> | <i>143</i> |
| <i>Conclusion sur la détermination du montant de base.....</i> | <i>143</i> |
| b) Sur la réitération | 143 |
| <i>Sur l’identité ou la similitude des pratiques</i> | <i>144</i> |
| <i>Conclusion sur la réitération</i> | <i>144</i> |
| c) Sur la vérification du maximum légal applicable..... | 144 |
| 3. FRAIS DE L’EXPERTISE | 144 |
| DÉCISION..... | 145 |

I. CONSTATATIONS

1. Seront successivement présentés ci-après :
 - la procédure (A) ;
 - le secteur concerné (B) ;
 - les entreprises du secteur (C) ;
 - les pratiques dénoncées (D) ;
 - les griefs notifiés (E).

A. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

1. LA SAISINE DE TOWERCAST

2. Le 16 février 2007, le Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil »), devenu, le 2 mars 2009, l'Autorité de la concurrence (ci-après : « l'Autorité »), a été saisi d'une plainte de la société TowerCast (ci-après : « TowerCast ») à propos de pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le cadre de l'appel d'offres lancé par la ville de Paris pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel pour la diffusion hertzienne de programmes de radio-télévision. Cette plainte a été assortie d'une demande de mesures conservatoires.
3. Selon la saisissante, TDF a abusé de sa position dominante en refusant de lui communiquer les données nécessaires à l'élaboration de son offre et en proposant des prix de cession excessifs pour les équipements devant obligatoirement être acquis par un nouvel occupant.
4. Dans ses observations du 4 juin 2007, TowerCast reproche aussi à TDF d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché de gros amont des services de diffusion radiophonique en mode FM depuis le même site.
5. À cet égard, elle invoque le délai trop tardif de communication par TDF de son offre de gros d'hébergement, qui était nécessaire à la finalisation de ses propres offres aux radios dans le cadre de l'appel à candidatures lancé par le CSA auprès des radios privées FM afin de renouveler les autorisations d'usage de fréquences.
6. De surcroît, elle estime que l'offre proposée par TDF est constitutive d'un ciseau tarifaire.

2. LA DÉCISION DE MESURES CONSERVATOIRES

7. Par sa décision n° 07-MC-05 du 11 juillet 2007 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société TowerCast dans sa saisine, le Conseil a enjoint à TDF, à titre conservatoire, de lui transmettre une offre de gros d'hébergement de diffusion radio FM depuis le site de la Tour Eiffel permettant aux diffuseurs alternatifs de concurrencer effectivement, sans subir de ciseau tarifaire, les offres de détail faites par TDF aux radios et de limiter à un an la durée des contrats qu'elle s'apprête à signer avec les radios privées FM pour la diffusion de leurs programmes depuis le site de la Tour Eiffel.

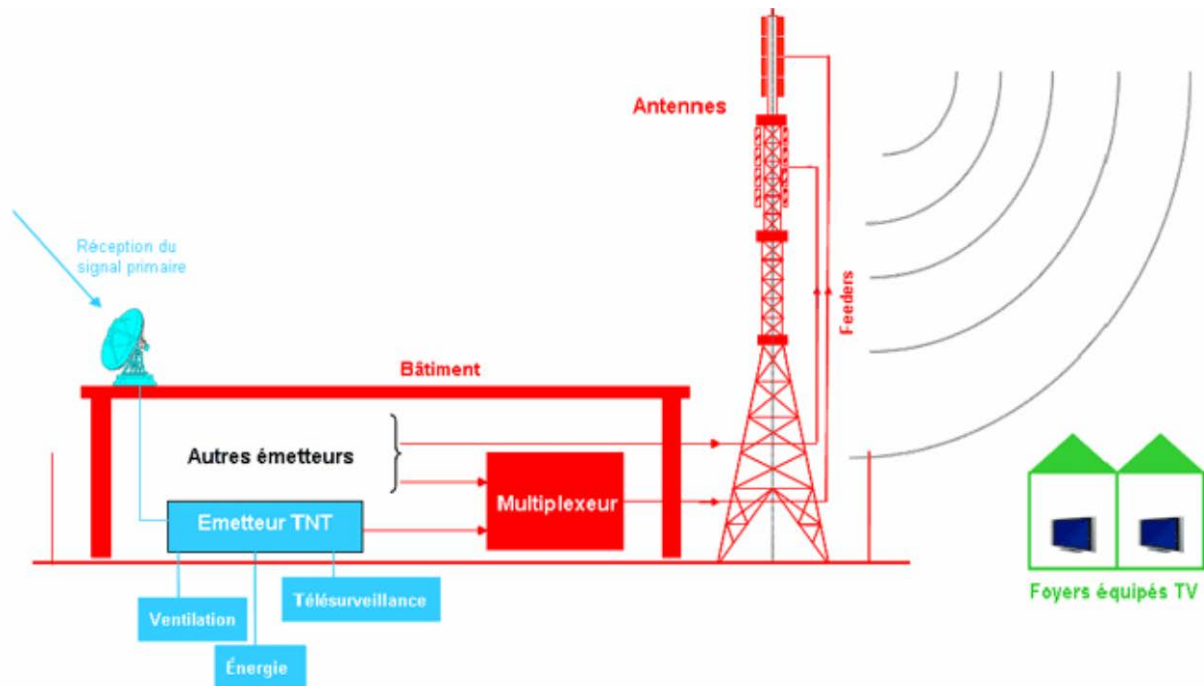
8. L'offre imposée par les mesures conservatoires a été mise à la disposition de TowerCast le 14 août 2007.
9. Cette décision, contestée par TDF, a été confirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 24 août 2007 (n° 2007/13 005). Elle est aujourd'hui définitive.

B. LE SECTEUR

1. LA CHAÎNE DE VALEUR DU SECTEUR DE L'AUDIOVISUEL

10. La chaîne de valeur du secteur audiovisuel, qui comprend notamment les services de radio et de télévision, comporte quatre activités : la production (par exemple par les sociétés de production), l'édition, la commercialisation et la distribution des contenus et enfin l'acheminement du signal du lieu de production aux terminaux du consommateur final (auditeur ou téléspectateur). Les prestations techniques associées à l'acheminement du signal se divisent elles-mêmes en deux catégories : le transport du signal du lieu de production (régie des éditeurs) au(x) site(s) de diffusion et la diffusion du (des) site(s) de diffusion jusqu'au récepteur du consommateur final.
11. Les sites de diffusion sont des points hauts associés généralement à des bâtiments techniques, où la chaîne technique de diffusion fonctionne de la manière suivante :
 - l'ensemble des équipements et installations nécessite une alimentation électrique sécurisée ainsi qu'un système de ventilation et de climatisation (fonctions d'hébergement « pur ») ;
 - les signaux doivent être reçus sur le site, soit par un système de réception sans fil satellitaire ou terrestre, soit par des moyens filaires (fonctions d'alimentation en signal et de traitement du signal) ;
 - une fois les signaux reçus, un émetteur opère leur modulation et leur amplification (fonction d'émission) ;
 - les signaux sont ensuite pris en charge en sortie d'émetteur pour diffusion par voie hertzienne à partir d'antennes situées sur un pylône, une tour ou un bâtiment au moyen de multiplexeurs (les équipements de multiplexage permettent de constituer le spectre de fréquences qui sera diffusé sur un système d'antennes), de guides d'onde et de feeders (ceux-ci permettent de relier les multiplexeurs aux équipements antennaires sur le pylône) et enfin des équipements antennaires. L'ensemble de ces traitements appartient à la catégorie de la diffusion Haute Fréquence (HF).

12. L'image ci-dessous illustre ces différentes fonctions pour la TNT :



Source : tableau de bord de l'ARCEP

13. Qu'il s'agisse de la télévision ou de la radio à laquelle ce schéma est globalement transposable, les activités et équipements décrits ci-dessus n'appartiennent pas aux mêmes catégories et ne sont pas obligatoirement sous la responsabilité des mêmes acteurs. Sont ainsi distinguées les parties « réception du signal », « émission » et « diffusion HF ».
14. Lorsque le diffuseur est accueilli par un hébergeur sur un site de diffusion, ses émetteurs sont généralement interconnectés avec le système antenne de l'hébergeur, c'est ce que l'on appelle l'hébergement Diff HF¹, ci-après l'offre d'hébergement. Les émetteurs sont des équipements qui relèvent de l'activité d'émission et qui sont traditionnellement propriété du diffuseur.

2. LE CADRE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE

a) Le cadre législatif

15. L'article 51 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication a conféré à TDF le monopole de la diffusion et de la transmission des

¹ Depuis quelques années s'est développée, en particulier en TNT, une forme d'hébergement partielle qui consiste pour le diffuseur à faire héberger non seulement ses émetteurs mais également ses propres équipements antennaires par l'hébergeur. Toutefois, cette possibilité n'était pas développée à l'époque des pratiques objets de ce dossier et, en tout état de cause, le site de la Tour Eiffel, comme il sera développé ci-dessous, ne permettait pas, du fait de ses caractéristiques spécifiques, une telle configuration.

programmes des entreprises de radiodiffusion et des chaînes de télévision publiques. Parallèlement, TDF était en situation de concurrence avec d'autres opérateurs pour offrir aux chaînes privées de radio et de télévision des services de diffusion hertzienne terrestre en mode analogique. Ce monopole a ensuite été restreint à la diffusion analogique des programmes des entreprises de radiodiffusion publiques. Enfin, l'abrogation de l'article 51 par la loi du 31 décembre 2003, a fait perdre à la société TDF le monopole de diffusion en mode analogique des programmes des entreprises publiques de radiodiffusion et de télévision.

16. Cette loi a transposé la directive communautaire 2002/77/CE du 16 septembre 2002 qui prévoit, à l'article 2, que : « *les États membres ne peuvent accorder ni maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public. Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires afin de garantir à toute entreprise le droit de fournir des services de communications électroniques ou de mettre en place, d'étendre et d'exploiter des réseaux de communications électroniques. Les États membres font en sorte qu'aucune restriction ne soit imposée ni maintenue à la fourniture de services de communications électroniques sur les réseaux de communications électroniques mis en place par les fournisseurs de services de communications électroniques sur les infrastructures fournies par des tiers, ou au moyen d'un usage partagé de réseaux, d'autres installations ou sites, sans préjudice des dispositions des directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/ 22/CE* ».

b) La régulation sectorielle

La régulation de la diffusion audiovisuelle par le CSA

17. Le CSA est chargé de la gestion des fréquences audiovisuelles conformément aux articles 21 et 22 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.
18. En vertu de ces dispositions, le CSA autorise et délivre les droits d'utilisation des fréquences pour la diffusion de services de communication audiovisuelle.
19. S'agissant de la radio FM, les autorisations sont délivrées pour une période maximale de 5 ans, renouvelable deux fois.
20. La procédure d'autorisation comporte plusieurs étapes. Après éventuelle consultation publique destinée à recenser les besoins en fréquences, à guider les préparations du plan de fréquences et à en optimiser la gestion, le CSA publie un appel à candidatures précisant les zones géographiques, les fréquences pouvant être attribuées et les catégories de radios concernées.
21. Chaque fréquence proposée dans l'appel à candidatures comporte les caractéristiques d'utilisation suivantes : un secteur d'implantation, constitué d'un lieu ou d'un ensemble de lieux à partir duquel la fréquence peut être émise, une altitude maximum au sommet des antennes et une puissance apparente rayonnée (PAR)² maximum.

² La puissance apparente rayonnée (PAR) est une mesure théorique standardisée d'énergie des ondes radioélectriques émises par une antenne exprimée en décibels. Elle résulte de la différence entre les gains et les pertes d'un système de transmission. La PAR prend en compte la puissance de sortie de l'émetteur et les pertes dues aux lignes, connecteurs, le gain et la directivité de l'antenne et les différences de niveau du terrain.

22. Le CSA présélectionne les candidats par zones géographiques, lesquels doivent lui indiquer les sites de diffusion. Il étudie la compatibilité du site de diffusion proposé sur une zone donnée au regard de ses caractéristiques techniques avec celles de la fréquence qui fait l'objet de l'appel à candidatures. Les sites proposés sont agréés par le CSA dans un délai de six mois à compter de la notification de la présélection. Le CSA délivre, sous réserve du début effectif des émissions dans un délai qui court à compter de leur date d'entrée en vigueur, les autorisations d'usage de fréquences qui définissent les obligations des éditeurs de services de radio, ainsi que les conditions techniques d'usage des fréquences. Un éditeur autorisé peut demander au CSA à changer de site de diffusion.
23. Au total, environ 900 radios privées sont ainsi autorisées à émettre dans la bande FM sur 4700 fréquences.

La régulation de la diffusion audiovisuelle par l'ARCEP

24. En vertu des articles L. 37-1 et L. 37-2 du code des postes et des communications électroniques, l'ARCEP détermine les marchés pertinents du secteur des communications électroniques pouvant être soumis à une régulation *ex ante* au moyen d'une analyse concurrentielle de ces marchés. Elle désigne le ou les opérateurs réputés y exercer une influence significative et fixe les obligations imposées à ce ou ces opérateurs.
25. Les bases de la régulation de ce secteur par l'ARCEP ont été posées dans sa décision n° 06-0160 du 6 avril 2006 prise dans le cadre de son premier cycle de régulation (2006-2009).

La définition des marchés retenue par l'ARCEP

26. Dans sa décision du 6 avril 2006, l'ARCEP a distingué cinq marchés de gros pour lesquels il est nécessaire d'étudier la pertinence d'une régulation *ex ante*, dont deux intéressent le site de la Tour Eiffel : les services de diffusion de radio en mode FM et les services de diffusion hertzienne terrestre de télévision.
27. En outre, les marchés de gros « aval », mettant en présence les radios, les chaînes (pour la télévision analogique) ou les multiplexes regroupant les chaînes (pour la télévision numérique) en tant que demandeurs et les diffuseurs en tant qu'offres ont été distingués des marchés de gros « amont », sur lesquels les opérateurs de diffusion achètent, dans les zones où ils ne gèrent aucune infrastructure de diffusion, l'accès aux infrastructures d'un tiers afin d'y installer leurs propres équipements.

Les principes de régulation mise en œuvre par l'ARCEP

28. Dans le cadre de son premier cycle d'analyse, l'ARCEP a écarté la mise en place d'une régulation *ex ante* des services de diffusion hertzienne terrestre de la radio FM, en estimant que « *le droit de la concurrence, seul, est en mesure de remédier aux défaillances éventuelles du marché de gros des services de diffusion en mode FM* » (décisions n°06-0160 et 06-0161 du 6 avril 2006, p. 17).
29. En revanche, elle a décidé d'encadrer les services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique depuis 2006.
30. La régulation mise en œuvre par l'ARCEP sur la TNT porte sur le marché de gros amont (marché dit de l'accès). Elle consiste notamment à garantir aux opérateurs alternatifs l'accès aux sites et systèmes antennaires de TDF, l'opérateur historique reconnu jusqu'à présent comme exerçant une influence significative, par l'intermédiaire d'offres de gros d'hébergement et de diffusion encadrées.

31. À l'issue du premier cycle de régulation (2006-2009), l'ARCEP a dressé le constat d'un degré de concurrence relativement faible sur le marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne numérique, et a renforcé son dispositif de régulation dans le cadre du deuxième cycle (2009-2012) dans l'objectif, notamment, de promouvoir davantage de concurrence en infrastructures.
32. En particulier, considérant que le déploiement d'infrastructures autres que celles de l'opérateur historique dépendait fortement de la typologie des sites nécessaires à la diffusion de la TNT, l'ARCEP a imposé à TDF une obligation d'orientation des tarifs vers les coûts pour les offres d'hébergement correspondant à un certain nombre de sites qu'elle a qualifiés de « non répliquables ». Pour les offres d'hébergement sur les autres sites, dits « répliquables », elle a maintenu la tarification en vigueur dite « non excessive et de non-éviction ».
33. La distinction établie par l'ARCEP entre les sites non répliquables, qui constituent essentiellement le réseau principal, qui couvre près de 85 % de la population, et les sites répliquables, essentiellement le réseau complémentaire, s'appuie sur au moins l'un des deux critères suivants :
 - pour la diffusion de l'un au moins des MUX, la hauteur maximale de fixation de l'antenne utilisée sur le pylône correspondant au site considéré est supérieure ou égale à 50 mètres ;
 - le site considéré présente des conditions d'accès difficiles ou une localisation exceptionnelle, en particulier les sites positionnés sur des emplacements géographiques exceptionnels, pour lesquels la duplication d'un pylône de diffusion n'est économiquement, techniquement ou esthétiquement pas envisageable.
34. La liste ainsi définie en 2009 comporte 66 sites du réseau principal comme non répliquables, dont la Tour Eiffel.
35. Outre ces obligations d'ordre tarifaire, l'ARCEP a imposé à TDF une obligation de faire droit à toute demande raisonnable d'accès, en particulier à ses bâtiments et pylônes et à sa chaîne de diffusion, des obligations de non-discrimination et de transparence quant à la fourniture des offres de gros de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique et une obligation de publier une offre de référence technique et tarifaire des offres de gros de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique.
36. Dans sa décision n° 2012-1137 du 11 septembre 2012 portant sur la définition du marché pertinent de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, l'ARCEP a reconduit la régulation sectorielle pour la période 2012-2015.
37. Le maintien de la régulation sectorielle s'est accompagné d'aménagements visant d'une part à simplifier et alléger la régulation, et, d'autre part à en renforcer la prévisibilité. C'est ainsi que le nouveau dispositif prévoit notamment que les offres de gros fournies par TDF à partir de ses sites qualifiés de « non répliquables » soient soumises à un encadrement tarifaire d'orientation vers les coûts pluriannuels, notamment par le biais d'un modèle technico-économique afin de posséder une référence de coûts qui ne dépende plus uniquement de la comptabilité de TDF. La décision de régulation prévoit, en outre, une clarification de l'obligation de transparence imposée à TDF, notamment en ce qui concerne l'information technique mise à disposition de tout opérateur alternatif qui souhaite accéder à ses infrastructures.

3. LE SITE DE LA TOUR EIFFEL

a) L'importance du site

38. Dans l'avis du 3 avril 2007 rendu au Conseil sur la saisine de la société TowerCast, le CSA souligne l'importance du site de la Tour Eiffel pour les marchés de la diffusion hertzienne :
- « Parmi les principaux sites de diffusion audiovisuelle, celui de la Tour Eiffel se distingue par la couverture particulièrement étendue qu'autorise sa hauteur. Il permet ainsi de couvrir environ 11 millions d'habitants de l'Ile-de-France, soit 18 % de la population métropolitaine. Le site est utilisé pour la diffusion de l'ensemble des services de télévision analogique et de TNT ainsi que de 30 fréquences radiophoniques. En comparaison, le deuxième site d'émission de services radiophoniques en importance, la tour des Mercuriales à Bagnolet, ne diffuse que dix fréquences. Par ailleurs, le site de la Tour Eiffel est utilisé par la Défense nationale et doit servir aux communications du Gouvernement en temps de crise. Il présente donc une très grande importance, pour les pouvoirs publics comme pour les éditeurs de services, au regard de la nécessité de continuité de réception des services audiovisuels ».*

Pour la diffusion des services de télévision analogique et de TNT

39. L'ensemble des chaînes de télévision présentes sur le marché français sont diffusées depuis le site de la Tour Eiffel. Il s'agit de l'ensemble de chaînes constituant les multiplexes de la TNT (5 dans un premier temps et 8 depuis fin 2012 avec le déploiement des réseaux R7 et R8) au nombre desquelles figuraient, au moment des faits litigieux, les six chaînes de TV analogiques (TF1, France 2, France 3, Canal +, France 5/Arte, M6).
40. L'accès aux sites de diffusion de services de télévision en mode numérique, parmi lesquels celui de la Tour Eiffel, est régulé par l'ARCEP dans les conditions, notamment tarifaires, prévues par ses décisions précitées de 2006, 2009 (n° 2009-0484) et 2012 portant sur « *les obligations imposées à TDF en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels* ».
41. Depuis la décision de 2009, le site de la Tour Eiffel est reconnu par l'ARCEP comme un site non répliquable. En conséquence, TDF y est tenue par une obligation d'orientation des tarifs vers les coûts pour ce qui concerne ses offres d'hébergement des diffuseurs de la TNT.

Pour la diffusion des fréquences radiophoniques

42. En matière de services de radiodiffusion FM, l'agglomération parisienne dispose de l'un des paysages radiophoniques les plus riches et diversifiés d'Europe avec 57 services publics ou privés diffusés sur 48 fréquences, ce qui entraîne une pleine occupation de la bande FM.
43. Le site de la Tour Eiffel permet actuellement de diffuser 31 programmes de radios qui représentent 68 % des radios autorisées à Paris par le CSA (France Inter, France Culture, France Musique, France Info, RFI, NRJ, Nostalgie, RTL, RTL2, Europe 1, RFM, RMC, OUI FM, NOVA, etc.).
44. Par ailleurs, la diffusion radiophonique à l'intérieur de l'agglomération parisienne se heurte à des obstacles, comme des difficultés de réception persistantes pour un nombre substantiel de foyers à l'est de Paris, à proximité du site de diffusion des tours Mercuriales.

45. C'est pourquoi, lors de la consultation publique préalable à l'appel général aux candidatures portant sur l'Ile-de-France et sur l'Oise, lancée le 21 février 2006, le CSA a « *estimé souhaitable que le plus grand nombre possible de radios puissent être diffusées depuis la Tour Eiffel et qu'à cet effet, l'ouverture à plusieurs prestataires techniques des infrastructures de diffusion radiophonique en mode FM du site soit garantie, comme c'est déjà le cas pour les équipements de diffusion télévisuelle en mode numérique. C'est dans ce sens que le CSA a écrit au Maire de Paris, le 4 avril 2006, pour appeler son attention sur ces enjeux au moment où la convention d'occupation du domaine public de la Tour Eiffel arrivait à échéance* ».

b) Les caractéristiques techniques du site

46. Des contraintes fortes et particulières pèsent sur le site de la Tour Eiffel, tant du fait de la configuration et de l'exiguïté des locaux que des obligations qui s'imposent à l'occupant compte tenu, d'une part, de l'existence sur ce site d'un service public touristique, et de contraintes de sécurité et de défense nationale, d'autre part.
47. Ainsi, dans son avis du 3 avril 2007 précité, le CSA précise : « *Par ailleurs, pour les opérateurs de diffusion, le site de la Tour Eiffel se caractérise par des contraintes d'exploitation spécifiques. Celles-ci sont d'abord liées à l'activité touristique du monument [...]. La fréquentation importante du monument contraint fortement l'espace susceptible d'être utilisé par les diffuseurs et oblige ceux-ci à protéger et masquer les équipements. Toute modification des installations susceptible d'avoir des conséquences, mêmes minimales, sur le bâtiment nécessite l'autorisation de la ville. En outre l'occupant du site d'émission est soumis à des sujétions liées aux usages précédemment évoqués de défense nationale et de communication gouvernementale en temps de crise* ».
48. Au cours de leur audition du 26 mars 2007, les représentants de la mairie de Paris ont également souligné : « *les modalités d'entretien et de maintenance sont très spécifiques. Le site de la Tour Eiffel est un site contraint en terme d'espace notamment* » (cote 3555, 07/0018M).
49. Enfin l'ARCEP considère, dans l'avis n° 2007-0276 du 26 avril 2007 rendu dans le cadre de l'instruction de la demande de mesures conservatoires, que la Tour Eiffel est un site de diffusion hors du commun. En effet, « *le caractère exigü du site, couplé aux contraintes d'extension particulièrement fortes, ainsi que son implantation dans un milieu urbain dense démultiplient les enjeux liés à la sécurité et à la continuité de diffusion et accentuent les contraintes opérationnelles d'exploitation du site* ».

C. LES ENTREPRISES DU SECTEUR

1. TOWERCAST

50. La société saisissante, TowerCast, filiale à 100 % du groupe NRJ, est à la fois acteur sur le marché de l'hébergement et de la diffusion de la radio et de la TNT. Le groupe NRJ est donc verticalement intégré puisqu'il est éditeur de 4 radios FM (NRJ, Chérie FM, Nostalgie et Rire & Chansons).
51. La diffusion radiophonique constitue le marché historique de TowerCast depuis sa création en 1986.

52. Sur son site Internet, TowerCast indique aujourd'hui se positionner à la fois sur la radio FM et sur la radio numérique. Elle affirme diffuser plus de 1300 fréquences au niveau local, régional et national dont 140 fréquences de Radio France. Elle se prévaut également d'assurer près de 22 % de la diffusion des radios privées en France (hors radios d'autoroutes). Elle indique enfin que 85 % de la population française est couverte à partir de son patrimoine de sites (selon son propre site www.towercast.fr).
53. Dans la région parisienne, TowerCast diffuse actuellement des programmes de radio en mode FM à partir de la tour Mercuriale du Ponant, située à proximité de la porte de Bagnole. Jusqu'en 2007, TowerCast diffusait également deux radios (Chante France et Rire et Chansons) à partir d'un emplacement situé en-dessous du 3^{ème} étage de la Tour Eiffel.
54. Le chiffre d'affaires de TowerCast s'élève à environ 54,3 millions d'euros en 2011, 62,3 millions d'euros en 2012 et 69,9 millions d'euros en 2013.

2. TDF

55. Établissement public à caractère industriel et commercial disposant du monopole de la radiodiffusion et de la télédiffusion hertzienne à sa création, en 1975, TDF est devenue une société anonyme à capital majoritairement public en 1987. Elle a été privatisée en 2004.
56. Cette entreprise a pour activité principale la diffusion des services audiovisuels³. Elle développe également ses activités dans les domaines des services d'information multimédia et de la diffusion sur Internet. S'agissant de la TNT, TDF offre des prestations d'hébergement aux opérateurs de diffusion concurrents ne disposant pas de leurs propres infrastructures de diffusion.
57. Le groupe TDF est l'un des leaders du secteur de la diffusion audiovisuelle en Europe et dispose actuellement de 16 filiales, dont plusieurs fournissent des services de diffusion de la TNT dans d'autres pays d'Europe comme l'Allemagne, la Finlande, l'Estonie, la Hongrie ou encore l'Espagne.
58. Dans la région parisienne, les principaux sites de diffusion de TDF sont :
 - la Tour Eiffel (diffusion de 31 radios FM dont les 8 radios du groupe Radio France), où TDF est le seul diffuseur,
 - la tour de Romainville aux Lilas (diffusion de Radio Courtoisie, France Maghreb, France Culture et France Musique),
 - la tour Mercuriales du Levant, située à proximité de la porte de Bagnole (diffusion des radios Beur FM et Aligre).
59. TDF est la filiale de Tyrol Acquisition 2 (TA2), qui en détient 100 % des parts, elle-même détenue à hauteur de 98,49 % par Tyrol Acquisition 1 S.A.S. (TA1). Tyrol Acquisition 1 S.A.S. est détenue à 100 % par Tyrol Acquisition 1 & Cie SCA (LuxCo2), société en commandite par actions de droit luxembourgeois. Tyrol Acquisition 1 & Cie SCA est détenue à hauteur de 59,6 % par la société Tyrol Acquisition 1 SARL (LuxCo1) de droit luxembourgeois, et par divers fonds d'investissement.

³ Selon la définition du CSA sur son site internet, la communication audiovisuelle regroupe les services de radio, les services de télévision et les services de médias audiovisuels à la demande.

60. Le chiffre d'affaires consolidé du groupe TDF pour l'exercice 2009-2010 s'est élevé à environ 1,5 milliard d'euros dont la moitié réalisée en France et à 1,44 milliard d'euros pour l'exercice 2011-2012 (cote 16 542, 07/0017F).

3. LES AUTRES OPERATEURS DE DIFFUSION

61. En dehors des parties, deux autres opérateurs sont actuellement présents sur les marchés de la diffusion hertzienne de programmes radiophoniques en mode FM.
62. Itas Tim est une société dont l'activité principale est d'offrir des services de diffusion par voie hertzienne, pour la TNT et de la radio analogique. Elle intervient en tant que gestionnaire de sites en fournissant des prestations d'hébergement pour les autres opérateurs sur ses propres pylônes. Son activité ne concerne pas Paris.
63. Le groupe Lagardère Active est éditeur de trois radios FM : Europe 1, Virgin Radio (anciennement Europe 2) et RFM. Ce pôle radio est le quatrième en France, derrière Radio France, NRJ et RTL. Il assure également l'autodiffusion de 24 % de ses fréquences.

D. LES PRATIQUES RELEVÉES

64. Les pratiques relevées concernent le renouvellement de la convention d'occupation domaniale par la Ville de Paris, d'une part (1), et l'offre de gros d'hébergement, d'autre part (2).

1. SUR LES PRATIQUES DE TDF DANS LE CADRE DU RENOUVELLEMENT DE LA CONVENTION D'OCCUPATION DOMANIALE PAR LA VILLE DE PARIS

a) Le renouvellement de la convention d'occupation domaniale

L'avis d'appel public à concurrence du 31 mars 2006

65. Le renouvellement de la convention d'occupation domaniale pour la diffusion hertzienne de programmes de radio-télévision depuis le site de la Tour Eiffel pour lequel la ville de Paris (ci-après : « la Ville ») a publié un avis d'appel public à la concurrence, le 31 mars 2006, concerne plusieurs catégories d'installations (cotes 9205 à 9207, 07/0017F) :
- des locaux semi-enterrés, au pied du pilier Sud de la Tour Eiffel, d'une superficie de 1700 m² répartis sur deux étages au sol et en sous-sol ;
 - divers emplacements supports d'équipement de diffusion, aux étages, et notamment au-dessus du 3^{ème} étage (local technique, plate-forme technique, pylônets) ;
 - des cheminements de câbles entre le sol et le sous-sol.
66. Historiquement, ces installations étaient exploitées par TDF selon des modalités différentes. En effet, d'une part, les parcelles de terrain situées au pied de la Tour Eiffel étaient exploitées dans le cadre de conventions successives signées par la ville de Paris, à partir de 1946, avec Radiodiffusion française, à laquelle ont succédé l'Office de Radiodiffusion Télévision française puis TDF. D'autre part, les emplacements et installations situés sur le monument, inscrits dans le périmètre de la délégation de service

public pour la gestion et l'exploitation de la Tour Eiffel confiée à la Société Nouvelle d'Exploitation de la Tour Eiffel (SNTE) par la Ville en 1981, étaient sous-concédés à TDF en vertu d'une convention d'occupation du domaine public signée en 1982, entre la SNTE et TDF. En 2005, la SNTE a été remplacée par la Société d'Exploitation de la Tour Eiffel (SETE), subrogée dans l'intégralité des droits et obligations de son prédécesseur au titre de ladite convention.

67. En 2006, la Ville a souhaité unifier dans une seule convention le cadre des emprises qu'elle-même et la SNTE ont concédées.
68. L'avis d'appel public à la concurrence précise l'objet du contrat, ainsi que l'obligation pour le cocontractant de verser une redevance annuelle à la Ville :

11.1.3) **Description succincte du contrat de concession:**
Aménagement, entretien et exploitation des installations affectées à la diffusion hertzienne de programmes de radio-télévision sur le site de la Tour Eiffel, édifice propriété de la Ville de Paris, dans le cadre d'une convention d'occupation du domaine public municipal (contrat administratif).
L'occupant devra assurer l'aménagement, l'entretien et l'exploitation des emprises concédées, dans le respect des contraintes techniques et administratives imposées par l'inscription de la Tour Eiffel à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques et par le classement de l'édifice dans la catégorie des établissements recevant du public. Il devra prendre en compte l'éventualité que des emplacements concédés sur la Tour Eiffel soient classés comme installations d'importance vitale pour la Défense nationale française. Il devra assurer le financement de tous travaux à effectuer sur l'ouvrage, qu'il exploitera librement. Il devra verser à la Ville de Paris une redevance forfaitaire annuelle.

69. À la suite de l'appel à candidatures de mars 2006, les sociétés TDF et TowerCast se sont portées candidates le 12 mai 2006. Une troisième, RTE Diffusion, a manifesté son intérêt sans donner suite.

Le cahier de consultation du 29 août 2006

70. Le 29 août 2006, la mairie de Paris a adressé aux deux candidats le cahier de consultation fixant le cadre nécessaire à l'élaboration de leurs offres respectives (cotes 19 à 40, 07/0017F).
71. L'objet de la consultation mentionné dans le cahier de consultation est l'attribution du droit d'occuper des emprises du domaine public municipal parisien comportant un équipement destiné à la diffusion hertzienne de programmes de radiotélévision dans le cadre d'une convention d'occupation privative du domaine public municipal.
72. La future convention couvre un domaine ainsi défini :
 - « une emprise de terrain, d'une superficie au sol de 958,20 m² et au sous-sol de 742,06 m² située 8 avenue Gustave Eiffel, au Champ-de-Mars, à Paris (7^{ème} arrdt), ainsi que les locaux édifiés sur et sous ce terrain, l'ensemble étant ci-après dénommé le bâtiment (...)
 - sur la Tour Eiffel, divers emplacements, listés dans l'annexe 1 ci-après, situés dans les étages et au sommet, ainsi que les cheminements des câbles. Les emplacements comprennent notamment deux plates-formes et une structure support d'aériens nécessaires à la mise en place et à l'exploitation d'installations d'émission et de réception ».
73. L'article 2.6.2 du cahier de consultation prévoit en outre une obligation pour l'opérateur retenu d'assurer la continuité du service de diffusion et précise qu'il est attendu du précédent occupant qu'il négocie de bonne foi les actifs qu'il entendrait céder dans des conditions permettant la continuité du service public.

La procédure de renouvellement et les recours de TowerCast devant la juridiction administrative

74. Initialement prévu le 11 octobre 2006, le dépôt des offres a été reporté au 31 octobre 2006, en raison des demandes d'informations complémentaires des candidats après les visites du site des 21 et 26 septembre 2006. La mairie a alors laissé aux candidats jusqu'au 21 décembre 2006 pour améliorer et remettre leurs offres définitives.
75. Le 12 février 2007, le conseil municipal a autorisé le maire de Paris à signer avec TDF la convention d'occupation domaniale pour la diffusion hertzienne de programmes de radio-télévision depuis le site de la Tour Eiffel. Le même jour, la société TowerCast a saisi le tribunal administratif de Paris en référé aux fins d'annulation de la procédure de renouvellement de la convention d'occupation privative du domaine public. Par une ordonnance du 13 février 2007, le juge des référés a suspendu la signature du contrat jusqu'à ce qu'il soit statué sur la requête formée par TowerCast. Toutefois, la mairie de Paris a informé le juge des référés de la signature du contrat, le même jour, moins d'une heure avant la notification de l'ordonnance en question. Le tribunal administratif a donc prononcé un non-lieu à statuer dans une ordonnance du 5 mars 2007.
76. La société TowerCast a aussi introduit, le 12 avril 2007, une requête au fond tendant l'annulation des délibérations du 12 et 13 février 2007 et de la convention, rejetée par un jugement du tribunal administratif de Paris du 30 octobre 2009. En particulier, le moyen tiré de la violation des obligations de mise en concurrence a été écarté, le juge estimant que TowerCast n'établissait pas que l'obligation de continuité impliquât nécessairement le rachat des équipements de l'ancien occupant, ni que TDF eût surestimé les biens en cause.
77. Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 6 mars 2012. Le Conseil d'État a rendu un arrêt de non-admission du pourvoi formé contre cet arrêt le 3 décembre 2012.

b) La chronologie des échanges entre les parties et la mairie de Paris au sujet des demandes d'informations adressées par TowerCast à TDF

Echanges relatifs à l'élaboration par la Ville du cahier de consultation

78. Le 4 mai 2006, la Ville a adressé par courrier au directeur de sites de TDF, une demande d'informations et de documents jugés « *indispensables pour la rédaction du cahier de consultation qui sera remis à chaque candidat à partir du 15 mai 2006* », et en particulier, s'agissant du matériel intégré à la structure, la répartition des infrastructures entre TDF et le délégataire de service public, la liste des installations existantes et des différents équipements techniques et enfin l'évaluation du prix du matériel intégré à la structure.
79. En réponse, le 9 mai 2006, TDF invoque des contraintes liées aux impératifs de sécurité publique sur les installations et le secret des affaires pour justifier la communication d'une liste succincte des emplacements mis à disposition et d'une liste d'une page de ses équipements (cotes 9819, 12 277 à 12 285, 07/0017F).
80. Le 17 mai 2006, la Ville réitère sa demande à TDF par courriel, en précisant avoir consulté la direction des médias relevant des services du Premier ministre, qui confirme qu'elle peut demander à TDF la liste de tous ses équipements, sauf ceux qui relèvent de la défense nationale (cote 9842, 07/0017F). En l'absence de réponse, la Ville renouvelle sa demande à TDF le 2 juin 2006, considérant que la liste fournie le 9 mai est incomplète (cote 9813, 07/0017F).

81. En réponse à ce courriel du 17 mai, TDF, dans son courrier du 8 juin 2006, envoie à la Ville une liste indicative des équipements et biens utilisés sur le site de la Tour Eiffel à la « seule fin » de lui permettre de « *parfaire [son] évaluation des différentes candidatures* » dans le cadre de l'appel d'offres ». TDF précise que cette liste est destinée « *aux seules personnes de la Ville ayant besoin de la connaître* », les informations en cause constituant « *des éléments stratégiques de [son] fond de commerce [...] voire plus* » et relevant « *du strict secret des affaires* » et en interdit toute copie et/ou transmission, la liste devant lui être retournée par courrier RAR à l'issue de l'appel d'offres. Le document est une liste de 6 pages intitulée « *Liste des équipements et biens propriété de TDF* », qui énumère en 91 lignes, une série d'équipements sans détails sur leurs caractéristiques techniques, ni éléments de valorisation (cotes 9828 à 9835, 07/0017F).
82. En réponse à une note en interne du 21 juin 2006 de la direction des finances de la Ville, la direction des affaires juridiques indique, le 28 juin : « *S'agissant des difficultés auxquelles vous vous heurtez pour obtenir des informations auprès de l'opérateur historique, il importe de veiller à ne pas prendre d'engagements auprès des candidats que la Ville ne pourrait tenir et, en conséquence, de placer TDF devant ses responsabilités en cas d'entrave à l'information susceptible d'entraîner une inégalité des candidats dans la formation de leur offre* ».
83. Entre temps, le 27 juin 2006, la Ville adresse aux deux candidats un courrier pour les informer du retard pris dans l'élaboration du cahier de consultation. Interrogé sur ce courrier, le représentant de la mairie de Paris a indiqué, lors de son audition du 12 juillet 2013 : « *Les éléments que nous avons demandés à TDF dans le courrier initial étant indispensables à la constitution de ce cahier de consultation, sans ces éléments, nous avons pris du retard dans son élaboration* ».
84. Le 29 août 2006, la Ville adresse aux candidats le cahier de consultation. Son annexe 1 comporte la liste des emplacements mis à disposition, qui reprend la liste annexée par TDF à son courrier du 9 mai 2006. L'annexe 2, intitulée « *liste des installations sur les emprises de la Tour Eiffel à l'exception des bâtiments du pilier sud (sur la base des informations fournies par la SA TDF)* », est l'exacte reprise de la liste annexée par TDF à son courrier du 9 mai 2006 et intitulée « *Liste des équipements de la société TDF* ». Il s'agit donc bien de la liste que le concédant jugeait incomplète et pour laquelle il n'a pu, malgré ses multiples tentatives, obtenir de la part de l'occupant TDF les précisions demandées.
85. Interrogé sur la mention « *sur la base des informations fournies par la SA TDF* », le représentant de la Ville a d'ailleurs indiqué, lors de son audition du 12 juillet 2013 : « *C'était une façon de nous couvrir. (...) La liste des équipements sur laquelle nous nous reposions à l'époque était celle élaborée par TDF. Le calendrier est une donnée très importante également ; il était particulièrement court au regard des enjeux techniques et de la complexité du dossier* » (cote 9848, 07/0017F).
86. Ainsi, à la date de l'envoi du cahier de consultation, TDF n'avait toujours pas communiqué à la Ville une liste exhaustive de ses équipements sur le site, ni l'évaluation du prix du matériel intégré à la structure que le concédant lui demandait depuis le 4 mai 2006.

Échanges postérieurs à la réception par les parties du cahier de consultation

87. Ces échanges concernent les informations dont TDF estime avoir eu besoin pour présenter une offre.
88. Le 12 septembre 2006, TowerCast adresse à la Ville de Paris une demande d'informations destinée à l'opérateur TDF et sollicite un report de la date de dépôt des offres, fixée au

11 octobre 2006, ajoutant que le court délai imparti favorise l'occupant historique (cote 9210, 07/0017F).

89. Le 13 septembre 2006, TowerCast adresse directement à TDF cette même demande. Pour pouvoir présenter son offre à la Ville, notamment en ce qui concerne le montant de la redevance et le compte de résultat pour les trois premières années, elle indique avoir besoin d'appréhender les coûts d'installation, de travaux, de maintenance et de personnel. Elle souhaite connaître l'intégralité des équipements destinés à demeurer sur le site à l'expiration de la convention objet du renouvellement et notamment les infrastructures et installations appartenant à la Ville. Elle demande aussi à TDF la liste des actifs que celle-ci envisagerait de céder dans le cadre de l'article 2.6.2 du cahier de consultation, les caractéristiques essentielles de ces actifs et les modalités essentielles de leur cession (dont le prix ou les modalités de détermination de ceux-ci), les noms des prestataires chargés de l'entretien de ces actifs, les listes des contrats qui seraient transmises de plein droit à tout nouvel occupant et des salariés que [TDF] emplo[ie] sur le site ainsi que leurs fonctions et rémunérations. Enfin, dans la perspective où elle serait retenue par la Ville et serait donc en situation d'héberger d'autres diffuseurs, elle demande à TDF ses spécifications techniques de diffusion depuis le site de la Tour Eiffel (cotes 1168 et 1169, 07/0018M).
90. Le 18 septembre 2006, TDF oppose à TowerCast un refus au motif que les informations nécessaires figurent dans le cahier de consultation et relèvent de la seule responsabilité de la ville. Elle ajoute s'agissant de « *la continuité des activités, [que] TDF estime que celle-ci peut être assurée de plusieurs façons, notamment par l'hébergement des équipements sur le site, leur cession éventuelle n'étant qu'une modalité parmi d'autres* » (cote 1166, 07/0018M).
91. Le 28 septembre 2006, la mairie de Paris adresse un courrier à TDF en lui demandant de communiquer à la société TowerCast les informations réclamées : « *Pour respecter le principe d'égalité entre les candidats, il vous appartient de communiquer à la société TowerCast les informations utiles à la procédure de renouvellement de la convention d'occupation, à l'exception toutefois des éléments relevant du secret défense ou du secret commercial* » (cote 1339, 07/0018M).
92. Le même jour, la Ville informe aussi les candidats que la date de la remise des offres est reportée au 31 octobre 2006, pour tenir compte des informations complémentaires demandées par les candidats à la suite des deux visites du site les 21 et 26 septembre 2006 (cotes 9211 et 9380, 07/0017F).
93. Le 4 octobre 2006, TowerCast adresse à la Ville un courrier comportant des questions juridiques relatives aux assurances et garanties, techniques sur la sécurité et l'accès du site et les conditions d'exploitation. Elle l'interroge aussi sur l'interprétation de certaines dispositions du cahier des charges, sur des questions liées aux considérations de défense, et lui demande des plans et informations juridiques et techniques relatives aux bâtiments et à la partie supérieure du site (cotes 9225 à 9229, 07/0017F).
94. Le 5 octobre 2006, la Ville adresse aux candidats des éléments de réponse aux questions soulevées à l'occasion des visites du site les 21 et 26 septembre, notamment sur la propriété des équipements, la sécurité du site, la participation aux charges du délégataire de service public pour la gestion et l'exploitation de la Tour Eiffel, l'évacuation des fluides, les habilitations d'accès et les plans communiqués aux candidats.
95. Le 5 octobre 2006, TowerCast conteste auprès de la mairie la position de TDF, selon laquelle l'obligation de continuité de service n'impliquerait pas une cession des

équipements (voir paragraphe 90) et lui demande son aide pour obtenir de TDF les informations demandées le 13 septembre. TowerCast indique ainsi :

« *Nous estimons que la cession de certains équipements est indispensable pour assurer la continuité de service :*

- *Aériens TV Analogique et TV Numérique normal et secours*
- *Aériens FM 1, 2, 3 et 4 + secours*
- *Tous les feeders et cheminements*
- *Alimentation électrique du 6ème étage*
- *Installation électrique des locaux techniques (TGBT....)*
- *Groupes Electrogènes*
- *Transformateurs Moyenne Tension et équipements de gestion*
- *Multiplexeurs RF radio et Télévision*

faute de pouvoir remplacer ceux-ci sans engager des travaux considérables, induisant nécessairement des interruptions de service inconcevables.

Nous avons besoin des éléments d'information que nous avons demandés, étant donné l'obstacle infranchissable que représente l'impossibilité d'intégrer ces données dans la construction de notre offre » (cote 1171, 07/0018M).

96. Dans un courriel du 5 octobre 2006, la Ville adresse à TDF une liste de questions supplémentaires à partir du courrier de TowerCast du 4 octobre 2006, en lui demandant de faire preuve de collaboration pour y répondre.
97. Le 10 octobre 2006, TDF adresse un courrier à TowerCast en réponse à sa demande d'informations du 13 septembre comportant trois annexes. Selon elle, l'annexe 1, relative aux infrastructures ou installations propriétés de la Ville de Paris, reprend et précise l'annexe 1 du Cahier de consultation. L'annexe 2 comporte, « *à titre purement informatif* », la liste des équipements appartenant à TDF dans le bâtiment du Pilier Sud de la Tour Eiffel et dans la Tour elle-même. TDF indique qu'elle complète et précise l'annexe 2 du Cahier de consultation. Il s'agit d'une liste sensiblement identique à celle communiquée à la mairie de Paris le 8 juin 2006 avec interdiction formelle de la diffuser. L'annexe 3 comporte, enfin, une liste de cinq lignes seulement correspondant aux équipements que « *TDF n'exclurait pas de céder* » à un nouvel occupant. À ce sujet, TDF précise : « *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. Je souhaite toutefois, à ce stade, attirer votre attention sur le fait que, selon nous, dans l'hypothèse du choix d'un nouvel occupant par la Ville, il serait nécessaire d'envisager une solution d'utilisation par celui-ci des équipements antennaires sur la Tour, qui resteraient propriété de TDF et dont TDF assurerait l'exploitation, les relations entre opérateurs étant régies sur le site dans le cadre d'appels d'offres réciproques d'hébergement et de diffusion HF » (cotes 1242 à 1247, 07/0018M).*
98. S'agissant de ses salariés, TDF se borne à indiquer qu'elle en emploie une quarantaine sur le site, qui assure des responsabilités de techniciens d'exploitation et de maintenance, de

gardiennage et d'encadrement, indiquant que les autres informations demandées sont des données personnelles qu'elle ne peut fournir.

99. S'agissant enfin des spécifications techniques sollicitées par TowerCast en vue d'une éventuelle demande d'hébergement que TDF serait amenée à lui présenter si celle-ci était retenue, TDF estime que TowerCast a pu effectuer *« deux visites de l'ensemble du site occupé par TDF »* et qu'elle *« est ainsi en mesure d'apprécier l'étendue et les implications techniques d'une demande d'accès qui serait présentée par TDF, TDF devant dans le cadre des contrats en cours pouvoir continuer à fournir ses services dans les conditions d'environnement nécessaires à la qualité de service. Une telle demande ne devrait pas impliquer d'investissements majeurs pour l'accueil lui-même. Cependant, le maintien en conditions opérationnelles pour le fonctionnement des services sur le site nécessite des investissements permanents »*.
100. Le 10 octobre 2006, TDF répond par courriel à la demande de la Ville du 5 octobre 2006. En préambule au document joint, TDF indique être assujettie à *« des règles strictes de confidentialité en matière d'informations ou de renseignements sur les installations, leurs configurations et leur implantation dans les zones d'activité réservées à TDF sur le site de la Tour Eiffel »* lesquelles justifient que *« les réponses apportées se limitent au strict besoin d'en connaître »*.
101. Le 12 octobre 2006, la Ville demande formellement à TDF de répondre au courrier de TowerCast du 4 octobre déjà adressé par la Ville, le 5 octobre par courriel. Elle se réfère au refus initial de TDF de répondre aux questions posées par TowerCast dans son courrier du 13 septembre et à sa propre demande en ce sens du 28 septembre. Elle lui rappelle également le contenu des questions du courrier de TowerCast du 5 octobre 2006 (voir paragraphe 95 de la présente décision), mentionne l'article 2.6.2 du cahier de consultation et lui demande à nouveau de lui communiquer les informations demandées. Ce courrier est adressé également à TDF par télécopie le 13 octobre 2006 avec une mention d'urgence.
102. Le 16 octobre 2006, TDF adresse à la Ville une première réponse à son courrier du 12 octobre (cotes 1120 à 1123, 07/0018M). Elle conteste avoir refusé de répondre à TowerCast et indique avoir, dans son courrier du 18 septembre, *« seulement entendu rappeler qu'il ne lui appartenait pas de décider elle-même des conditions de communication d'informations entre des concurrents dans le cadre d'une procédure diligentée par la Ville »*. À cet égard elle précise avoir répondu le 10 octobre à TowerCast, après autorisation par la Ville le 28 septembre.
103. Sur la question de la cession de certains équipements à un nouvel occupant, TDF précise :
- « Comme je vous l'avais indiqué précédemment, TDF considère que la continuité du service peut être assurée dans des conditions résultant de l'application du droit des communications électroniques sans qu'il soit nécessaire de procéder à la cession d'équipements de communication comme ceux évoqués par TowerCast.*
- Afin de faciliter l'information que vous sollicitez à l'égard de TowerCast, je vous communique ci-joint, dans le prolongement de nos précédents courriers, des éléments relatifs à des équipements d'environnement qui figurent dans la liste que vous nous avez transmise (ventilation/climatisation, groupes électrogènes, transformateurs MT/BT, TGBT, monte charge, caméras de surveillance, détection incendie). Ces équipements permettent d'assurer la fourniture d'énergie et de climatisation nécessaires à l'activité de diffusion. Cependant, TDF est bien sûr prête à assurer elle-même ces prestations pour le compte d'un éventuel nouvel occupant, dans le cadre d'un contrat de prestations de services.*

L'évaluation globale, à ce stade, des équipements cités en annexe, intégrant le montant des travaux des aménagements réalisés sur le site, s'élève à environ 15 M€.

Les autres équipements listés dans votre courrier en référence (aériens, feeders multiplexeurs RF) nous semblent pouvoir rester propriété de TDF, et être traités vis-à-vis d'un éventuel nouvel occupant du site par des offres d'hébergements et de diffusion HF ».

104. Les équipements situés dans le bâtiment du pilier sud de la Tour Eiffel, pouvant être éventuellement cédés à un nouvel occupant, cités en annexe de ce courrier, concernent la ventilation et la climatisation, l'électricité et la sécurité.
105. Si ce courrier contient une évaluation globale et approximative, à hauteur de 15 millions d'euros, d'une partie des équipements nécessaires à la continuité du service (les équipements dits d'environnement), aucune évaluation n'est fournie concernant les équipements aériens, feeders et multiplexeurs, dont TDF affirme qu'ils peuvent rester sa propriété et faire l'objet, vis-à-vis d'un nouvel occupant du site, d'offres d'hébergement et de diffusion HF.
106. Le 17 octobre 2006, la Ville adresse à TowerCast un courrier en réponse à sa demande d'informations datée du 4 octobre 2006 qui reprend en particulier les réponses apportées par TDF dans le document joint à son courriel du 10 octobre 2006.
107. Le 23 octobre 2006, la Ville répond au courrier de TDF du 16 octobre 2006 dans lequel TDF ne donnait aucune évaluation du prix de cession des équipements de diffusion (aériens, feeders, multiplexeurs, etc.) en précisant qu'elle n'entend pas dissocier le droit d'occupation de celui d'exploitation attribué au futur occupant en référence à l'article 1 du cahier de consultation et ajoute que, si TDF n'était pas retenue, elle devrait remettre les lieux occupés en bon état d'entretien, faute de quoi la ville en deviendrait propriétaire. Elle demande à TDF de lui indiquer « *dans les plus brefs délais [ses] conditions de cession des équipements de diffusion* » (cotes 9251, 07/0017F).
108. Le 23 octobre 2006, la Ville communique à TowerCast la liste des équipements d'environnement fournie par TDF le 16 octobre 2006, dont le montant a été évalué à 15 millions d'euros et l'informe de la demande d'informations complémentaires qu'elle adresse à TDF sur les conditions et le montant de cession des équipements de diffusion.
109. Le 23 octobre 2006, TDF fournit à la Ville une « *évaluation globale* », « *de l'ordre de 12 millions d'euros* » des équipements de diffusion suivants : aériens TV analogique et TV numérique, aériens FM, feeders et guide d'ondes, et multiplexeurs RF radio et TV. Elle précise que ce montant tient compte de la valeur des matériels intégrés dans un environnement exceptionnellement complexe, et de la conception et l'ingénierie de ces matériels uniques précisant que ces équipements doivent rester sa propriété (cote 1125, 07/0018M).
110. Le jour de réception de ce courrier, le 26 octobre 2006, la Ville transmet les informations qu'il contient à TowerCast.
111. Le 27 octobre 2006, TowerCast répond aux courriers de la Ville des 23 et 26 octobre. Elle considère que les montants estimés par TDF dans le cas de la cession à l'attributaire de la concession des équipements aériens, feeder, guide d'ondes et multiplexeur pour 12 M€ et des équipements d'environnement pour une somme de 15 M€ soit un montant global de 27 M€, sont surévalués. Selon elle, ils constituent « *une barrière à l'entrée, faute d'être orienté vers leurs coûts réels* » et elle estime, de ce fait, ne pas avoir été en mesure, à ce stade, d'élaborer son offre dans « *des conditions respectueuses de l'égalité de traitement*

réputée devoir être assurée entre tous les candidats ». Elle demande à la Ville de s'assurer que le prix proposé est bien orienté vers les coûts réels.

112. Le 31 octobre 2006, les deux candidats ont chacun déposé leur offre.
113. À défaut d'informations plus précises relatives notamment à l'acquisition des équipements, le montant de la redevance proposé par TowerCast à la mairie de Paris fait l'objet de six simulations en fonction des différentes hypothèses de prix d'acquisition des équipements de TDF envisagées. Il est compris entre 1,15 et 3,1 millions d'euros, pour un prix d'acquisition respectivement compris entre 26 et 19,5 millions d'euros pour la fourchette la plus haute et inférieur à 5 millions d'euros pour la fourchette la plus basse. Constant la première année, ce montant doit baisser ensuite en raison de l'arrêt de la télévision analogique. TowerCast est disposée « *à acquérir l'ensemble des équipements nécessaires à la continuité de service à des conditions transparentes et raisonnables* ». Elle considère toutefois ne pas être en mesure de construire une « *équation financière rentable* » (cote 124, 07/0017F).
114. L'offre financière de TDF dépend quant à elle des modalités de versement de la redevance à la mairie de Paris. Elle propose une offre principale avec une redevance annuelle fixe de 3,5 millions d'euros par an, une offre principale avec une redevance plus élevée la première année de 12,5 millions d'euros et de 2,5 millions d'euros l'année suivante ou enfin une offre variante comportant une part fixe de 2,5 millions d'euros et une part variable composée d'un pourcentage du chiffre d'affaires réalisé par TDF sur le site (cotes 1417 et 1418, 07/0018M).
115. Le 3 novembre 2006, la Ville écrit à TDF pour lui demander de produire des documents explicitant ses estimations globales à 27 millions d'euros de ses équipements.
116. Le 14 novembre 2006, la Ville, faisant suite aux offres déposées le 31 octobre, adresse aux deux candidats des questions complémentaires. Elle souhaite notamment obtenir de TowerCast des informations sur 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 de service lors de la phase de transition, le degré de recours à la sous-traitance, le chiffrage par postes du programme de travaux, un calendrier prévisionnel de ce programme de travaux et un compte de résultat prévisionnel plus détaillé sur 10 ans.
117. Le 15 novembre 2006, TDF répond aux questions de la mairie de Paris concernant son actionnariat, ses contrats de travail, les garanties apportées sur la surveillance des champs électromagnétiques, les sites de secours, les modalités de rachat des équipements par la Ville en fin de concession, le détail des propositions en matière de partage des installations, l'audit des supports et équipements antennaires, l'inventaire des installations et équipements, le programme de travaux et son calendrier prévisionnel, son compte de résultat détaillé sur 2007-2016, la marge, les conséquences économiques du *switch over* et l'indice d'indexation de la redevance. Sont joints à ce courrier une note théorique sur les modalités de calcul de la valeur nette économique d'un bien, un programme des travaux envisagés sur le site et un compte de résultat prévisionnel pour le site de la Tour Eiffel.
118. Au sujet de l'audit des supports et équipements antennaires, TDF se prévaut d'une connaissance parfaite des équipements en place, indiquant à la Ville :
« TDF ne prévoit pas de réaliser un audit, au sens strict, des supports et équipements antennaires sur la Tour Eiffel, dans la mesure où TDF connaît parfaitement l'essentiel de ces supports (en particulier le pylônet sommital) et équipements antennaires, pour les avoir financés, conçus, fait réaliser et installer » (cote 9264, 07/0017F).

119. À la question de savoir si elle pourrait procurer à la Ville un inventaire des installations et équipements à l'entrée en vigueur de la future convention, elle répond :
- « *TDF serait en mesure de fournir à la Ville de Paris, dans les conditions de confidentialité adéquates, un inventaire des installations et équipements à l'entrée en vigueur de la future convention* » (cote 9264, 07/0017F).
120. Le 17 novembre 2006, TowerCast répond à son tour aux questions posées par la mairie de Paris dans son courrier du 14 novembre 2006. Elle indique qu'elle emploiera en contrats à durée indéterminée entre 20 et 30 personnes selon l'éventail des qualifications des personnels de TDF à reprendre. En ce qui concerne la reprise des salariés de l'ancien concessionnaire, elle ajoute, en se référant au courrier de TDF du 10 octobre (voir paragraphe 98) n'avoir reçu de TDF aucune information lui permettant d'estimer le nombre et les qualifications des salariés susceptibles d'être transférés.
121. Le 23 novembre 2006, TowerCast adresse un courrier à TDF. Elle y réaffirme sa position quant à la nécessaire cession d'une partie des équipements installés sur le site pour assurer la continuité du service, dont l'ensemble des systèmes antennaires de diffusion radio et de télévision numérique ou analogique, l'ensemble des systèmes de multiplexage, les équipements électriques et les groupes de froid. Elle y conteste également l'estimation faite par TDF des équipements installés sur le site, recourant à des arguments similaires à ceux développés dans son courrier à la mairie de Paris du 27 octobre. Elle invoque la vétusté de certains équipements et la prise en compte d'équipements de diffusion de la télévision analogique, dont le gouvernement a programmé l'arrêt en 2011. Elle demande à TDF de lui fournir les documents lui permettant de vérifier la pertinence du chiffrage effectué : un inventaire exhaustif et détaillé des équipements concernés par cette proposition, les principales caractéristiques techniques de chacun de ces équipements, le prix et la valeur nette comptable de chacun de ces équipements, qui ont déjà été demandés par la mairie de Paris dans sa lettre du 3 novembre dernier. Elle demande à TDF de lui confirmer que les matériels compris dans le périmètre de sa lettre du 10 octobre dernier sont à eux seuls nécessaires et suffisants pour assurer cette continuité de service, dès lors que la mairie de Paris lui a fait savoir que les chemins de câbles et les systèmes antennaires ne peuvent être dupliqués. Elle renouvelle sa demande initiale concernant la liste des salariés employés sur le site et susceptibles de lui être transférés conformément aux dispositions de l'article L.122-12 du code du travail, ainsi que leur fonction et rémunération exactes. Il est demandé à TDF de répondre au plus tard avant le 30 novembre.
122. Le 24 novembre 2006, TDF répond à la demande d'informations de la Ville du 3 novembre sur la justification des estimations réalisées. TDF y indique que la méthodologie utilisée pour ces estimations est la valeur nette économique des biens concernés et précise dans une note annexe que : « *Dans le cas d'un parc comprenant de nombreux biens dont la nature et les durées de vie résiduelles sont très dispersées, même lorsqu'il s'agit du même domaine technique, il nous semble raisonnable de considérer qu'en moyenne la durée de vie résiduelle est égale à la moitié de la durée de vie économique du domaine technique considéré* » (cotes 197 à 200, 07/0017F).
123. Le 30 novembre 2006, dans sa réponse au courrier de TowerCast du 23 novembre, TDF indique à nouveau que, selon elle, la continuité du service n'implique pas la cession des biens de TDF à un nouvel occupant et que les dispositions de l'article 2-6-2 du cahier de consultation n'imposent pas une telle obligation. Elle transmet à TowerCast une copie du courrier adressé à la mairie de Paris pour expliciter la méthode retenue pour estimer les équipements du site de la Tour Eiffel.

124. Sur la question du caractère « *nécessaire[s] et suffisant[s]* » des équipements inclus dans le périmètre du courrier du 10 octobre pour assurer le principe de continuité de service, TDF indique : « *Je ne peux que vous indiquer que ces matériels sont ceux que TDF juge utile de mettre en œuvre localement et actuellement pour assurer la réalisation de ses prestations dans une configuration de réseau utilisant les ressources de l'entreprise à travers notamment ses services techniques communs à l'ensemble des sites. J'attire votre attention sur le fait qu'il n'y a pas identité entre les biens figurant dans la liste de l'annexe 2 et ceux intégrés dans les valorisations* ». La dernière phrase de ce paragraphe indique qu'il existe des différences entre la liste que TDF a jointe en annexe 2 de son courrier du 10 octobre 2006 à TowerCast précité et, les équipements valorisés par TDF pour un montant de 27 millions d'euros. Aucune indication n'est donnée sur la nature de ces différences.
125. Sur les coûts salariaux, TDF, qui indique ne pouvoir fournir que des données non nominatives, précise que l'ensemble des charges liées au personnel affecté à la Tour représente un montant annuel de 1.622 K€ pour 31 salariés (cotes 1350-1351, 07/0018M).
126. Le 1^{er} décembre 2006, la Ville demande aux candidats de lui fournir pour le 8 décembre 2006, leur proposition financière : « *selon deux hypothèses suivantes ;*
Sur la durée totale souhaitée de la convention, un engagement de votre part sur un montant de redevance forfaitaire annuel indexé ainsi que le montant plafonné de reprise des investissements non amortis en fin de contrat ;
Un engagement ne s'inscrivant pas sur la durée totale de la convention mais intégrant une clause de revoyure cinq ans après l'entrée en vigueur du contrat, prenant en compte l'extinction de l'analogique (switch-over) prévue en 2011 ».
127. Le 1^{er} décembre 2006, la Ville écrit à TDF pour lui demander d'autoriser une nouvelle visite du site, demandée par TowerCast afin d'analyser la nature et les prix des matériels pouvant être cédés par le concessionnaire et de lui adresser les informations demandées par TowerCast au sujet des personnels employés par 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. Elle indique aussi à TDF qu'elle peut répondre directement à TowerCast.
128. Le 4 décembre 2006, TDF répond à la demande de la Ville du 1^{er} décembre 2006 qu'elle accepte une nouvelle visite et ne s'oppose pas à la transmission à TowerCast d'une copie de son courrier du 24 novembre 2006. Elle transmet aussi un tableau relatif à la masse salariale de 2006 chargée, non environnée des salariés TDF affectés au site, par classification et par type d'emplois (cotes 9799 à 9801, 07/0017F).
129. Le 5 décembre 2006 par fax, puis le 7 par courrier, la mairie de Paris confirme à TowerCast le principe d'une nouvelle visite du site, lui transmet le courrier de TDF du 24 novembre 2006 relatif aux « *modalités de calcul du prix de cession des équipements indispensables à la continuité de service* » et le tableau reçu de la part de TDF concernant le détail de sa masse salariale sur le site.
130. Le 8 décembre 2006, la mairie de Paris demande à chaque candidat de préciser, pour le 14 décembre 2006, son offre du 31 octobre 2006 : à TDF, sur ses engagements en matière de sécurité du site et de coordination avec le délégataire de service public sur ce même sujet, à TowerCast, sur ces deux points et sur la description de l'équipe mise en place, les garanties apportées par le candidat sur les produits et prestations et le programme d'investissements.

131. Le 8 décembre 2006, TowerCast et TDF envoient chacune à la Ville, à sa demande, une nouvelle proposition tarifaire composée de deux offres, sans ou avec clause de rendez-vous au bout de cinq ans.
132. Pour TowerCast, *« La première comporte un engagement sur un montant de redevance annuelle de 1,938 million d'euros, indexé à 2 % par an, soit un montant global de 21,219 millions d'euros sur dix ans effectifs, ainsi qu'une proposition de plafonnement du prix de rachat par la Ville de Paris, en 2017, des investissements indispensables pour assurer la continuité des services de diffusion sur la Tour, pour un montant de 8,8 millions d'euros. »*
- La seconde comporte un engagement sur un montant de redevance fixe et indexé sur la première période de cinq ans du contrat, suivi d'une « clause de rendez-vous » à la fin de la cinquième année, soit en 2011 [...] un montant de redevance annuelle en année 1 de 2,450 millions d'euros indexé à 2 % et une redevance cumulée qui pourrait être de 23,167 millions d'euros, ainsi qu'une proposition de prix de rachat par la Ville de Paris, en 2017, des investissements indispensables pour assurer la continuité des services de diffusion sur la Tour, pour un montant de 6,8 millions d'euros ».*
133. TDF confirme sa proposition d'une redevance annuelle fixe, indexée de 3,5 M€ sans clause de rendez-vous. En outre, elle évalue le montant plafonné de reprise des immobilisations non amorties en fin de convention à 7,6 M€ pour la partie hébergement à 14,0 M€ pour la partie « diff HF » (système antenne). Avec une clause de rendez-vous, elle propose un montant de la redevance fixe annuel identique sur les cinq premières années, avec la même clause d'indexation et un montant plafonné de reprise des investissements revu à la baisse à 6,7 M€ pour la partie hébergement et 8,2 M€ pour la partie « diff HF » selon le calendrier du *switch over*.
134. Le 8 décembre 2006, la mairie de Paris demande à TDF par courriel de fournir, *« 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...) ainsi que leur classification CCNT ».*
135. Le 11 décembre 2006, TDF répond à la mairie de Paris par courriel sur les questions de répartition de la masse salariale. Elle indique vouloir, dans la répartition fournie, séparer les salariés et la masse salariale, selon les trois domaines d'activités déjà évoqués lors de leurs réunions : hébergement, émission et diffusion HF. Elle ajoute que c'est une première approximation à affiner et que l'identification des salariés réalisant principalement des tâches liées à l'hébergement est possible, pour le site, il est plus difficile de distinguer les activités d'émission, et de diffusion HF les mêmes techniciens travaillant sur les deux domaines (cote 9807, 07/0017F).
136. La mairie de Paris retransmet le jour même à TowerCast ces éléments d'information.
137. Le 11 décembre 2006, TDF transmet à la mairie de Paris une note de la société TERA Consultants sur la méthodologie de calcul des valeurs de reprise.
138. Le 13 décembre 2006, TDF répond à la demande d'informations complémentaires de la mairie de Paris du 8 décembre, en réaffirmant son engagement quant à la sécurité du site et fournit une annexe comportant notamment le plan des investissements programmés dans ce but.
139. Le même jour, TowerCast répond à cette même demande d'informations de la Ville.

140. Le 20 décembre 2006, la mairie de Paris adresse formellement par courrier à TowerCast les mêmes éléments d'information que ceux transmis dans son courriel du 11 décembre, au sujet de la masse salariale de TDF.
141. Le 21 décembre 2006, date limite de remise des offres ultimes, TDF adresse à la Ville, en réponse à sa demande téléphonique qui serait datée du 19 décembre 2006, une décomposition de la valeur de reprise des équipements mentionnés dans ses courriers des 23 octobre et 24 novembre 2006 (cotes 9323 et 9424, 07/0017F). Cette décomposition est la suivante :

Répartition de la Valeur de Reprise

| | Valeur de reprise (M€) |
|--|------------------------|
| Antennes de Réception | |
| Télévision | 0,24 |
| Radio FM | 0,03 |
| Autres Equipements de liaison | 0,17 |
| Multiplexeurs & Filtres | 0,04 |
| Télévision | 4,14 |
| Radio FM | 3,18 |
| Digital Audio Broadcasting | 0,93 |
| Antennes de Diffusion & Feeders | 0,02 |
| Télévision | 7,67 |
| Radio FM | 4,06 |
| Radiocomms | 3,49 |
| | 0,12 |
| TOTAL DIFFUSION HF | 12,04 |
| Energie hors secours | |
| Secours Energie (Groupe Electrogène) | 2,03 |
| Sécurité, Défense, Incendie & Malveillance | 0,76 |
| Production de froid, Climatisation & Ventilation | 0,79 |
| Bâtiment Technique | 2,28 |
| Gros Œuvre | 9,17 |
| Second Œuvre | 6,59 |
| TOTAL HEBERGEMENT | 2,58 |
| | 15,03 |

142. Interrogée sur le point de savoir si cette information lui avait été transmise avant qu'elle ne dépose son offre ultime à la Ville, TowerCast a répondu négativement, ce qui a été confirmé par la Ville.

Les offres ultimes remises le 21 décembre 2006 et la décision de la Ville

143. TowerCast indique au concédant que son premier scénario reste inchangé (voir paragraphe 132). S'agissant de la seconde offre avec clause de rendez-vous, elle propose en revanche une augmentation de 200 000 euros par an du montant de la redevance forfaitaire fixe et indexée et un plafonnement de la redevance à l'issue de la clause de rendez-vous, à 1,9 million d'euros.

144. Pour préciser les modalités selon lesquelles elle entend intéresser la ville au succès de la négociation à venir avec TDF pour le rachat des ses biens indispensables à la continuité des services de diffusion, elle présente plusieurs hypothèses en retenant comme valeur de référence théorique un montant de 17 millions d'euros, étant rappelé que l'évaluation fournie par TDF était de 27 millions d'euros. TowerCast précise à cet égard : *« Nous rappelons que la valeur de 17 millions d'euros ne constitue en rien une référence à une valeur raisonnable du matériel à céder par TDF. Dans un contexte d'incertitude sur le prix d'acquisition de ce matériel, elle constitue seulement une valeur de référence théorique, permettant de modéliser notre offre et nos plans d'affaires, mais qui reste très supérieure aux estimations que nous pouvons être amenés à faire et que nous affinons actuellement, quant à la valeur réelle des matériels permettant d'assurer la continuité de service à partir de la Tour Eiffel »*. Elle explique que si les biens cédés par TDF lui étaient facturés pour un prix compris entre 0 et 15 millions d'euros, elle reverserait une part de l'économie à ses clients et un complément forfaitaire de redevance à la Ville compris entre 60 000 et 175 000 euros par an en fonction de ce prix, avec un plafonnement dû aux investissements de remplacement nécessaires en deçà d'un montant de 9 millions d'euros.
145. Dans un courrier non daté mais faxé le 22 janvier 2007, TowerCast s'adresse à la mairie de Paris au sujet des offres ultimes remises par les candidats le 21 décembre 2006 (cotes 208 et 209, 07/0017F). Elle indique :
- « A cette occasion, nous avons attiré votre attention sur le fait que notre offre, constituée pour répondre au mieux à vos attentes et à l'attente des chaînes de télévision et des stations de radio, était élaborée dans un contexte d'incertitude quant au prix de rachat du matériel appartenant à TDF, indispensable pour assurer la continuité des services de diffusion.*
- Nous souhaitons, par la présente, souligner que dans l'hypothèse où TDF aurait soumissionné en ne prenant pas, de façon équitable, comme base de valeur, le montant de 27 M€ (montant imposé par TDF, après des obstructions destinées à retarder l'information de la Société TowerCast), la procédure d'appel d'offres pourrait être entachée d'irrégularités, car elle traduirait un abus de position dominante de TDF et constituerait une rupture d'égalité entre les parties.*
- En effet, d'une part, l'égalité doit être assurée entre les participants à l'appel d'offres, et la Société TowerCast sait que vos services sont très attentifs à cette question. D'autre part, ces installations constituent des infrastructures essentielles dont seule TDF dispose.*
- TDF, en fixant unilatéralement la valorisation des installations à 27 M€, valeur éminemment contestable et prohibitive, a élevé à un niveau exorbitant la contrainte s'imposant à toute offre concurrente.*
- Ainsi, ce procédé de survalorisation, étranger au coût réel, a pour effet de constituer une barrière à l'accès au marché, si TDF s'est affranchie de cette contrainte, en proposant un montant de reprise à la Ville de Paris, incluant le matériel actuel et celui qui sera installé pendant le cours du contrat, inférieur à celui affiché pour TowerCast et/ou découlant d'une méthode d'évaluation différente. Ceci ne pourrait que placer irrémédiablement la Société TowerCast, dans une situation d'inégalité et d'infériorité, altérant, par là même, le processus d'appel d'offres.*
- De telles pratiques, si elles permettaient à TDF d'être attributaire du marché, relèveraient de la compétence des juridictions administratives et du Conseil de la Concurrence »*.
146. TDF propose à la Ville deux options, sans et avec clause de rendez-vous pour la redevance. Elle propose une redevance annuelle fixe et indexée d'un montant de 3,7 M€ sur dix ans et

une diminution du montant plafonné de reprise des immobilisations par la Ville de Paris en fin de convention à 5,6 M€ pour la partie hébergement et 10,4 M€ pour la partie « diffusion HF » (système antenne). Pour l'option avec clause de rendez-vous, elle propose une redevance fixe sur les cinq premières années portée à 3,7 M€ par an avec la même clause d'indexation et une révision à la baisse du montant plafonné de reprise des investissements à 4,5 M€ pour la partie Hébergement et 5,5 M€ pour la partie « diffusion HF », dans le cas où le *switch over* n'interviendrait qu'à une date postérieure à la fin de la convention, et ne nécessiterait pas de coûts propres d'investissement (CAPEX) spécifiques pendant la durée de la convention. Ce montant sera revu lors du rendez-vous si le *switch over* est prévu pendant la deuxième partie de la durée de la convention.

147. En vue de la prochaine consultation que la Ville organisera, TDF attire l'attention de celle-ci sur l'intérêt de donner aux acteurs une visibilité suffisante au moins un an avant l'expiration de la convention.
148. Le conseil municipal a finalement autorisé, par délibération du 12 février 2007, le maire de Paris à signer avec TDF, candidate retenue, la convention d'occupation domaniale pour la diffusion hertzienne de programmes audiovisuels depuis le site de la Tour Eiffel.

Conclusion sur les demandes d'informations adressées par TowerCast à TDF

149. Il résulte de ce qui précède que TDF a tout d'abord opposé un refus aux demandes d'informations de TowerCast relatives notamment aux actifs physiques présents sur le site de la Tour Eiffel, à la liste du personnel employé sur le site et aux contrats de maintenance en cours.
150. TDF a ensuite communiqué, de façon à la fois étalée dans le temps et incomplète, les informations demandées.
151. Au jour de la remise des offres ultimes par les candidats, le 21 décembre 2006, TowerCast n'était toujours pas en possession de la liste complète des équipements présents sur le site, la liste complète des équipements dont TDF envisageait la cession, l'évaluation décomposée de la valeur des équipements dont la cession était envisagée par TDF, la liste anonymisée des personnels susceptibles d'être repris par TowerCast ainsi que leur emploi, leur qualification et leur rémunération et enfin la liste des contrats de maintenance en cours.

c) La surévaluation du prix des actifs que le futur occupant aurait dû racheter à TDF en cas de succès à l'appel d'offres

152. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, TDF a évalué les actifs qu'elle serait susceptible de céder à un nouvel occupant en application de l'article 2.6.2 du cahier de consultation à un montant global de 27 millions d'euros, dont 15,03 millions d'euros pour les équipements dits d'hébergement et 12,04 millions d'euros pour les équipements dits de diffusion. Cette valorisation a été décomposée en dernier lieu par TDF dans un document (reproduit au paragraphe 141) adressé à la Ville le 21 décembre 2006.
153. Dans le cadre de l'instruction au fond de ce dossier, les services d'instruction ont considéré qu'une expertise était nécessaire pour évaluer la pertinence de l'allégation de la saisissante quant à une surévaluation par TDF de ses actifs sur le site de la Tour Eiffel.
154. Par une décision du 6 décembre 2011, la rapporteure générale de l'Autorité a désigné comme expert M. X..., expert-comptable, expert financier près la Cour d'appel de Paris et

agréé par la Cour de cassation, secondé par M. Bernard Y..., sapiteur, ingénieur spécialiste des télécoms et également expert judiciaire.

Le cadre de l'expertise et le déroulement des travaux

155. La décision du 6 décembre 2011 prévoit que l'expert doit se prononcer sur le périmètre des actifs du site de la Tour Eiffel, susceptibles d'être cédés par TDF à TowerCast en cas de non-renouvellement de la convention d'occupation domaniale, sur la pertinence des différentes méthodes de valorisation en identifiant la plus pertinente et sur l'évaluation des actifs de TDF au regard de ces méthodes. La valorisation de ces actifs doit être faite à la date de l'appel à candidature publié par la mairie de Paris, soit le 24 mars 2006.
156. La décision précise également que le sapiteur doit éclairer l'expert sur les aspects techniques du dossier, en particulier sur les questions d'inventaire de matériels, sur le caractère indispensable ou non des équipements au regard des obligations de sécurité et de continuité de service, sur la valeur à neuf et la durée de vie de ceux-ci et sur l'éventuelle obsolescence technologique de certains équipements. La mission s'exerce dans le cadre des articles L. 463-8 et R. 463-16 du code de commerce, relatifs au contradictoire et à la prise en compte des observations des parties.
157. L'expert, secondé par le sapiteur, a mené ses travaux de décembre 2011 à juin 2012.
158. Le sapiteur a d'abord examiné la liste valorisée des immobilisations transmise par TDF dans sa version confidentielle et apporté un avis technique à propos de chaque immobilisation, en particulier sur son caractère indispensable pour assurer la continuité du service, sur sa durée de vie et notamment de son obsolescence éventuelle à la date de passage au numérique, et sur le montant de sa valeur brute. Le sapiteur s'est alors prononcé sur le quantum du poste (travaux non retenus, journées d'hélicoptères écartées...). Il a rendu une note comportant des explications générales et reprenant les 1028 lignes d'immobilisations de la liste proposée par TDF, sans se prononcer sur leur valorisation.
159. L'expert a ensuite effectué des retraitements sur les données fournies par TDF pour tenir compte des remarques du sapiteur sur l'appartenance des actifs au périmètre de cession, leur durée de vie et leur valeur brute et pour procéder à la valorisation des immobilisations. Il a également émis un avis sur la méthode de valorisation pertinente.
160. L'expert a adressé aux parties une note de synthèse le 9 mai 2012 afin de recueillir leurs observations pour le 25 mai 2012, délai ensuite rallongé d'une semaine au 31 mai. Il a rendu son rapport aux services d'instruction et aux parties le 15 juin 2012.

Le périmètre des immobilisations et la méthode de valorisation

161. S'agissant du périmètre des immobilisations, les travaux de l'expert se sont basés sur la liste comportant 1028 lignes fournies par TDF à l'appui de sa valorisation de 27 millions d'euros, dont il a demandé au sapiteur de ne retenir que les équipements indispensables à assurer la continuité du service public.
162. L'expert a ainsi pu identifier quatre catégories d'immobilisations à exclure du périmètre de cession, qui se sont vu attribuer une valeur de zéro : les immobilisations non indispensables à la continuité du service public (code « IC »), celles dont le caractère réel n'a pas pu être vérifié (code « E »), celles hors périmètre (code « HP ») et enfin les dépenses non immobilisables (code « Non immob »).
163. Le sapiteur a examiné la valeur brute des immobilisations et des frais de personnels figurant dans le fichier communiqué par TDF et y a apporté certaines corrections (code VB). Un certain nombre d'immobilisations pour lesquelles il a considéré ne pas disposer

d'assez d'informations de la part de TDF pour se prononcer, malgré les demandes adressées à celle-ci, se sont vu attribuer le code MI. L'expert les a isolées dans ses tableaux de valorisation afin de permettre à l'Autorité de décider de les inclure ou non.

164. S'agissant de la méthode de valorisation, TDF a préconisé la méthode des coûts courants économiques et TowerCast la méthode des coûts historiques.
165. Pour l'expert, la méthode de valorisation devait poursuivre deux objectifs : d'une part, déterminer un prix permettant au nouvel entrant de proposer à la Ville un loyer compétitif par rapport à l'opérateur en place et au vendeur de récupérer le montant de la valeur nette de son investissement et, d'autre part, indemniser le vendeur des coûts subis (rémunération du capital investi et amortissement).
166. Il a d'abord écarté les méthodes fondées respectivement sur la prise en compte d'une provision pour des dépenses futures, non pertinente dans un contexte de cession et sur la valeur de remplacement (dite « *make and buy* »), considérant qu'un arbitrage entre acheter ou reconstruire les actifs de TDF n'était pas envisageable, en raison du caractère non répliquable et de l'objectif recherché, qui était de permettre à TowerCast d'exploiter le matériel en place.
167. Les trois méthodes restantes étaient :
- la méthode des coûts historiques, fondée sur un amortissement linéaire de la valeur brute de l'immobilisation sur sa durée de vie,
 - la méthode des coûts courants comptables (CCC), fondée sur un amortissement linéaire de la valeur de remplacement de l'immobilisation sur sa durée de vie,
 - la méthode des coûts courants économiques (CCE), fondée sur une annuité (amortissement + coût de financement de l'actif) constante.
168. L'expert a considéré que seules les deux dernières étaient théoriquement envisageables, devaient être analysées plus avant et comparées au regard des deux objectifs ci-dessus (paragraphe 165).
169. Pour l'expert, la méthode des CCC a pour inconvénient de ne pas prendre en compte les frais de financement des immobilisations et, de ce point de vue, n'indemnise pas totalement le vendeur, sauf à ce que celui-ci déduise ces frais des loyers versés à la Ville. En comparaison, la méthode des CCE a le mérite d'indemniser le vendeur à la fois du prix d'achat de ses immobilisations diminué de leur usure ainsi que de la valeur actuelle du coût résiduel de financement de ces immobilisations. Elle a, en revanche, pour inconvénient de conduire à une augmentation de la valeur des immobilisations au fur et à mesure de cessions successives entre différents exploitants du fait des coûts de financement. Ainsi, elle remplit parfaitement le premier objectif d'indemnisation du vendeur mais peut conduire à une diminution des loyers proposés à la Ville par l'acquéreur, ce qui n'atteint pas parfaitement le second objectif.
170. Pour le coût moyen pondéré du capital ou WACC⁴, l'expert a retenu, par référence à la comptabilité réglementaire, le taux de 12,10 % que l'ARCEP applique également pour les années antérieures à 2008.

⁴ Le coût moyen pondéré du capital (CMPC), ou *weighted average cost of capital* (WACC) en anglais, est « le taux de rentabilité minimum que doit dégager les investissements de l'entreprise afin que celle-ci puisse satisfaire à la fois l'exigence de la rentabilité des créanciers (soit le coût de l'endettement net). Le coût du capital est donc le coût de financement global de l'entreprise. »

171. Le taux de progrès technique de 2 % retenu par TDF a, quant à lui, été repris tel quel par l'expert.
172. L'expert a conclu que la méthode la plus pertinente était celle des CCE mais a présenté également celle des CCC pour l'exhaustivité des débats.
173. À l'issue du débat contradictoire avec les parties, l'expert a maintenu cette position mais a tenu compte de la remarque de TDF concernant les biens à durée de vie indéterminée. TDF indiquait que, pour ces biens, la méthode des CCE conduisait à une valeur nulle pour les biens entièrement amortis alors que ces biens peuvent conserver une valeur de marché. Pour ces biens (certains actifs parmi les antennes et feeders), dont l'usure est inexistante, la valeur de l'actif est toujours égale au coût d'achat d'un bien similaire, augmentée des taux d'inflation monétaire et de progrès technique. L'expert a donc introduit pour ces actifs un correctif sur la valorisation, soit le remplacement de leur valeur nette par leur valeur de remplacement à neuf.
174. Sur la mise en œuvre de la méthode de valorisation, l'expert a rejoint la position de l'ARCEP dans son avis n° 2007-0276 du 26 avril 2007 rendu dans le cadre de l'instruction de la demande de mesures conservatoires. Il a estimé que TDF avait à tort utilisé de manière systématique la moitié de la durée de vie économique comme âge de l'ensemble des biens pour calculer la valeur nette économique des biens, sans tenir compte de leur âge propre au vu de leur date d'acquisition et de leur durée de vie économique. Selon l'expert, la méthode de valorisation des CCE doit être appliquée en considération de l'âge réel des biens.
175. Pour les biens à durée de vie indéterminée, l'expert a tenu compte de la remarque de TDF en les valorisant selon la méthode des coûts de remplacement. Ce correctif a conduit à augmenter la valorisation globale des équipements de 1 902 839 euros dans le cadre de la méthode des CCE et de 2 055 539 euros selon la méthode des CCC.
176. En outre, les immobilisations pour la diffusion télévisuelle en mode analogique étant devenues obsolètes le 8 mars 2011, leur durée de vie a été réduite en conséquence à cette date limite (code N). Répondant à la critique de TDF selon laquelle la date du 8 mars 2011 pouvait être anticipée, l'expert, s'appuyant sur un document de l'ARCEP daté d'octobre 2005, a indiqué que les entreprises du secteur savaient que l'extinction de l'analogique était programmée pour fin 2010 et que son choix de se fonder sur la date effective d'extinction était de ce point de vue favorable à TDF.

Résultats de l'expertise et conclusions

177. Les résultats obtenus par l'expert à l'issue du débat contradictoire ont été présentés dans les deux tableaux ci-dessous. Le premier fournit une évaluation des actifs selon les différentes méthodes discutées, en ne tenant pas compte des immobilisations pour lesquelles le sapiteur a considéré ne pas disposer d'assez d'informations de la part de TDF, c'est-à-dire les MI. Ces dernières sont évaluées dans le second tableau. La dernière ligne correspond à la somme des totaux des deux tableaux et donc à une évaluation des actifs incluant l'ensemble des immobilisations.

8. Présentation des résultats obtenus en EUR

• Hors MI : (avec WACC à 12,10%)

| En EUR | | | | | |
|---|----------------------|----------------------------|--|----------------------------|-----------------------------|
| Composante de coût | Valeur brute (1) | Valeur nette comptable (2) | Valeur nette coûts courants comptables (3) | Valeur de remplacement (4) | Valeur nette économique (5) |
| Antennes | 1 931 731,60 | 909 170,65 | 964 043,02 | 2 048 985,78 | 997 335,60 |
| Energie EDF | 1 640 611,38 | 197 923,44 | 200 033,34 | 1 727 576,03 | 157 953,13 |
| Environnement-bâtiment | 6 294 342,67 | 2 943 563,85 | 3 096 209,81 | 6 650 022,67 | 4 640 533,96 |
| Feeder | 2 470 950,19 | 1 056 092,63 | 1 120 038,79 | 2 621 475,73 | 1 277 749,94 |
| Frais de personnel immobilisés | 4 805 370,33 | 2 184 418,09 | 2 233 346,74 | 4 884 360,90 | 2 921 947,92 |
| Multiplexeur | 1 083 660,86 | 358 427,14 | 375 187,10 | 1 144 103,04 | 445 960,78 |
| Secours énergie | 779 371,94 | 0,00 | 0,00 | 827 075,74 | 0,00 |
| Correctif global sur immobilisations à durée de vie indéterminée ⁵ | | | 2 055 538,52 | | 1 902 838,84 |
| Total | 19 006 038,97 | 7 649 595,80 | 10 044 397,31 | 19 903 599,89 | 12 344 320,16 |

• MI :

| En EUR | | | | | |
|--------------------------------|----------------------|----------------------------|--|----------------------------|-----------------------------|
| Composante de coût | Valeur brute (1) | Valeur nette comptable (2) | Valeur nette coûts courants comptables (3) | Valeur de remplacement (4) | Valeur nette économique (5) |
| Antennes | 229 942,45 | 70 061,75 | 73 839,77 | 243 463,18 | 87 488,10 |
| Energie EDF | 237 452,54 | 142 716,53 | 146 830,45 | 246 898,45 | 112 227,53 |
| Environnement-bâtiment | 2 684 301,05 | 1 687 761,70 | 1 773 203,36 | 2 830 020,66 | 2 350 305,32 |
| Feeder | 734 371,40 | 322 531,93 | 337 381,97 | 774 460,73 | 381 909,53 |
| Frais de personnel immobilisés | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| Multiplexeur | 208 856,18 | 162 312,57 | 163 428,35 | 212 178,33 | 159 883,63 |
| Secours énergie | 12 571,44 | 447,44 | 474,82 | 13 340,91 | 0,00 |
| Total | 4 107 495,06 | 2 385 831,92 | 2 495 158,72 | 4 320 362,27 | 3 091 814,11 |
| Total | 23 113 534,03 | 10 035 427,72 | 12 539 556,03 | 24 223 962,16 | 15 436 134,27 |

Commentaires :

(1) : Il s'agit de la valeur brute du bien considéré

(2) : Il s'agit de la valeur brute diminuée des amortissements à la date du 24 mars 2006 (cf. définition en page 18 du présent rapport). Le montant des amortissements correspond donc à la différence (1) - (2).

(3) : cf. définition de la méthode en page 18 du présent rapport.

(4) : cf. définition de la méthode en page 19 du présent rapport.

(5) : cf. définition de la méthode en page 20 du présent rapport.

178. Selon l'expertise contradictoire, les actifs de TDF sur la Tour Eiffel ont été surévalués par TDF, que l'on retienne la méthode de valorisation des coûts courants comptables, ou celle des coûts courants économiques. Si l'on retient la méthode des coûts courants économiques que l'expert préconise, le montant des actifs de TDF sur la Tour Eiffel indispensables au respect du principe de continuité du service s'élève à 12 344 320,16 euros, ou à 15 436 134,27 euros en incluant les MI.
179. TDF ayant dénoncé sept erreurs matérielles dans ses observations en réponse à la notification de griefs, l'expert en a rectifié deux dans sa note du 30 avril 2014. Mais il n'a pas remis en cause la surévaluation constatée.

2. SUR LES PRATIQUES DE TDF LIÉES À LA DEMANDE D'OFFRE DE GROS D'HÉBERGEMENT

a) Sur le comportement de TDF dans le cadre de l'offre d'hébergement

Le contexte du renouvellement des autorisations des radios FM en 2007

180. Le 7 novembre 2006, le CSA a lancé un appel à candidatures pour le renouvellement de la plupart des autorisations d'émettre des radios FM de la zone du ressort du comité technique radiophonique (CTR) de Paris, dans la perspective de l'arrivée à échéance, dans la nuit du 3 au 4 septembre 2007 de ces autorisations. Inscrit dans le cadre du nouveau plan de fréquences FM 2006, cet appel à candidatures portait, pour le département de Paris, sur 33 fréquences, dont 20 avaient pour secteur d'implantation la Tour Eiffel.
181. Les fréquences faisant l'objet d'un renouvellement d'autorisation et le nom des radios autorisées à les utiliser jusqu'au 3 septembre 2007 étaient les suivants : 90.4 (France Inter), 91.3 (Chérie FM), 94.3 (Orient), 96.0 (Skyrock), 96.9 (Voltage), 100.3 (NRJ), 100.7 (N.D./ Fréq Protestante), 101.1 (Classique), 101.5 (Nova), 101.9 (Fun Radio) 102.3 (Oui FM), 102.7 (MFM), 103.1 (RMC Info), 103.6 (Europe 2), 103.9 (RFM), 104.3 (RTL), 104.7 (Europe 1), 105.9 (RTL 2), 97.4 (Rires et chansons) et 89.9 (TSF).
182. Techniquement, 16 fréquences avaient une puissance apparente rayonnée (PAR : voir paragraphe 21) de 10 kW et 4 une PAR de 4 kW.
183. Une seule (89.9) de ces 20 fréquences était diffusée auparavant sur un autre site, les Tours Mercuriales Est à Bagnolet. Toutes ces fréquences étaient diffusées par TDF, sauf deux, 90.9 (Chante France) et 97.4 (Rire et Chansons) qui l'étaient par TowerCast, dans le cadre d'une convention de location conclue avec la SETE pour un emplacement réduit situé au-dessous du 3^{ème} étage de la Tour Eiffel. Du fait du manque d'énergie et d'espace disponible, ce dernier ne permettait de diffuser que des radios à une puissance de 1 kW. Aussi, cet emplacement n'a-t-il plus été utilisé lorsqu'en 2007, dans le cadre du nouveau plan de fréquences FM 2006, ces radios ont été autorisées à passer à une puissance de 4 kW.
184. Le tableau ci-dessous donne des précisions sur l'ensemble des fréquences autorisées sur le site de la Tour Eiffel à compter du 3 septembre 2007 (sources : avis du CSA du 3 avril 2007, cote 2042, 07/0018M et décision n° 2006-648 du 7 novembre 2006 relative à un appel aux candidatures pour l'exploitation de services de radio par voie hertzienne en modulation de fréquence à temps complet ou partagé dans le ressort du comité technique radiophonique de Paris, cotes 9421 à 9434, 07/0017F).

| Fréquence | Radio utilisant cette fréquence avant le 3 septembre 2007 | Site d'émission avant le 3 septembre 2007 | Puissance autorisée avant / après le 3 septembre 2007 | Diffuseur avant le 3 septembre 2007 | Fréquence concernée par l'appel à candidatures de 2007 | Secteur d'implantation fixé dans l'appel à candidatures de 2007 |
|-----------|---|---|---|-------------------------------------|--|---|
| 87.8 | France Inter | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | non | |
| 89.0 | RFI | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | non | |
| 90.4 | Nostalgie | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 91.3 | Chérie FM | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 91.7 | France Musiques | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | non | |
| 92.1 | Le Mouv' | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | non | |
| 93.5 | France Culture | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | non | |
| 94.3 | Orient | Tour Eiffel | 1/4 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 96.0 | Skyrock | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 96.4 | BFM | Tour Eiffel | 1/10 | TDF | non | |
| 96.9 | Voltage | Tour Eiffel | 1/4 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 99.9 | Sport O'FM ⁵ | Tour Eiffel | 1/4 | TDF | non | |
| 100.3 | NRJ | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 100.7 | N.D/Fréq Protestante | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 101.1 | Classique | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 101.5 | Nova | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 101.9 | Fun Radio | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 102.3 | Oui FM | Tour Eiffel | 1/4 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 102.7 | MFM | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 103.1 | RMC Info | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 103.5 | Europe 2 | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 103.9 | RFM | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 104.3 | RTL | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 104.7 | Europe 1 | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 105.1 | FIP | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | non | |
| 105.5 | France Info | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | non | |

⁵ La radio Sport O'FM a été autorisée à passer à une puissance de 4 kW le 11 décembre 2007 et est alors devenue Sport MX (Décision n° 2007-1167 du 11 décembre 2007 modifiant la décision n° 2005-02 du 5 janvier 2005 modifiée autorisant la SAS Sport FM à exploiter un service de radio de catégorie D par voie hertzienne terrestre en modulation de fréquence intitulé Sport MX).

| | | | | | | |
|-------|--------------------|-----------------|-------|-----------|-----|-------------|
| 105.9 | RTL2 | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |
| 107.1 | Fr Bleue – La City | Tour Eiffel | 10/10 | TDF | non | |
| 90.9 | Chante France | Tour Eiffel | 1/4 | Towercast | non | |
| 97.4 | Rire et Chansons | Tour Eiffel | 1/4 | Towercast | oui | Tour Eiffel |
| 89.9 | TSF | Mercuriales Est | 4/10 | TDF | oui | Tour Eiffel |

185. En termes de procédure (voir paragraphes 19 et suivants) le CSA a arrêté la liste des radios présélectionnées le 10 mai 2007, et l'a publiée le 14 mai 2007. À partir de la notification de leur présélection, les radios présélectionnées disposaient d'un délai de quinze jours pour indiquer le ou les site(s) de diffusion qu'elles étaient en mesure d'utiliser, ainsi que les caractéristiques précises de l'émetteur, et d'un délai de huit semaines pour signer avec le CSA la convention portant sur les caractéristiques des programmes diffusés.
186. Les autorisations délivrées par le CSA entraînent en vigueur dans la nuit du 3 au 4 septembre 2007, dite nuit d'entrée en vigueur des autorisations (ou NEVA), date à laquelle les radios devaient pouvoir diffuser leurs programmes.
187. L'appel à candidatures du CSA de novembre 2006 a été l'occasion d'une mise en concurrence des diffuseurs par les éditeurs radios. Pour les fréquences autorisées depuis le site de la Tour Eiffel en 2007, les diffuseurs devaient soit être titulaires de la convention d'occupation du domaine public, soit être hébergés par ledit titulaire.
188. Or, la convention d'occupation domaniale de la Tour Eiffel, réattribuée, le 12 février 2007, à TDF, occupant historique du site, prévoit, dans son article 11, que le nouvel occupant est dans l'obligation de proposer des offres d'hébergement aux diffuseurs qui en font la demande. Le paragraphe 11.1 pose le principe de non-exclusivité pour les liaisons sans fil auxquelles la Tour est susceptible de servir de support. Le paragraphe 11.2 stipule que « *La société occupante s'engage à répondre favorablement à toute demande d'accès pour l'exercice d'activités de communication électronique, intégrant, le cas échéant, l'hébergement dans les locaux, émanant d'un opérateur tiers et à mettre en œuvre les moyens nécessaires dans la mesure des possibilités techniques. La société occupante répondra aux demandes d'accès par une offre adaptée et sur mesure et transmettra copie de cette offre à l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et de la Poste (ARCEP) et à la Ville de Paris, dans le respect du secret des affaires* » (cotes 1322 et 1323, 07/0018M).
189. Dans le cadre de cette convention, TowerCast devait donc, pour proposer des offres de diffusion aux éditeurs de programmes radiophoniques en mode FM autorisés sur le secteur de Paris-Tour Eiffel, être hébergée par TDF.

La chronologie des échanges relatifs à la demande d'offre d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel

190. Le 29 mars 2007, TowerCast demande par courriel à TDF de la rencontrer pour connaître les modalités techniques, juridiques et commerciales de l'hébergement sur le site de la Tour Eiffel qu'elle doit proposer, en vertu de la convention, pour la diffusion de programmes radios FM autorisés par le CSA.

191. Le 6 avril 2007, une réunion entre TowerCast et TDF a lieu au sujet de l'hébergement de TowerCast par TDF sur le site de la Tour Eiffel, au cours de laquelle TowerCast a remis en main propre à TDF son cahier des charges pour une prestation d'hébergement de diffuseur sur le site de la Tour Eiffel, c'est-à-dire sa demande d'offre d'hébergement. TDF, dans ses observations, indique quant à elle que TowerCast a pris contact avec elle le 6 avril mais n'a formalisé sa demande que le 10 avril 2007.
192. Le 10 avril 2007, TowerCast envoie à TDF une demande d'offre d'hébergement où figure son cahier des charges, transmise par fax le 11 avril 2007. Elle y rappelle ses contraintes de calendrier du fait de la procédure en cours de renouvellement des autorisations d'émettre de la plupart des radios d'Ile-de-France. Elle y fournit un tableau générique précisant ses besoins, en termes de surface notamment, pour une radio « type », en distinguant les puissances 4 kW et 10 kW. Elle estime le nombre d'équipements de diffusion par radio (baies de traitement audio et gestion, émetteur, secours, baie de refroidissement), l'emprise au sol de ceux-ci, et enfin la surface des locaux servant d'atelier, de bureau et de stockage pour exercer son activité de diffuseur. Cette surface des locaux dédiés à son personnel est estimée entre 20 à 30 m². Dans son cahier des charges, TowerCast indique les fréquences d'émission de PAR 4 kW et 10 kW, pour lesquelles elle souhaite obtenir une offre d'hébergement. Presque toutes les fréquences autorisées à être diffusées depuis le site de la Tour Eiffel sont mentionnées dans cette liste, même celles ne faisant pas l'objet d'un renouvellement au 3 septembre 2007, soit un total de 30 fréquences FM. Elle y demande aussi la mise à disposition d'un local dédié pour installer ses équipements de diffusion.
193. Le 13 avril 2007, TDF accuse réception du courrier de TowerCast et lui indique être en mesure de lui fournir les premiers éléments de réponse à sa demande dans un délai de deux semaines.
194. Le 18 avril 2007, TowerCast adresse un courrier au Conseil de la concurrence, dans le cadre de sa saisine et de sa demande de mesures conservatoires, où elle souligne l'enjeu représenté par le renouvellement des autorisations d'usage de fréquences par le CSA et les contraintes calendaires imposées par cet organisme (voir paragraphe 185).
195. Le 27 avril 2007, TDF adresse à TowerCast un courrier (et un courriel) où elle indique qu'elle lui fournira, dans un délai d'une semaine, les documents d'expression de besoins lui permettant de passer rapidement ses commandes d'études et, dans un délai de deux semaines, une offre sur mesure d'hébergement et de diffusion HF sur le site de la Tour Eiffel.
196. Ce courrier s'accompagne d'un document de six pages (cotes 2721 à 2726, 07/0018M), intitulé « *Premiers éléments de réponse au cahier des charges pour une prestation d'hébergement de diffuseur FM par TDF sur le site de la Tour Eiffel – Version 1.0* » où TDF propose une surface de la salle dédiée de 14m² ou 27 m², dont les conditions d'accès seraient précisées ultérieurement, dans l'offre sur mesure. Ce document énumère les grandes catégories de prestations incluses dans l'offre d'hébergement (mise à disposition d'emplacement et salle dédiée, énergie, ventilation, climatisation, refroidissement, raccordements, accès et sécurité) sans en détailler le contenu ni les conditions tarifaires. Pour la rubrique « Ventilation, Climatisation, refroidissement », il précise que la salle mise à disposition serait équipée, pour le refroidissement des émetteurs, de vannes d'arrivée d'eau glacée. Il ne contient aucune condition tarifaire sauf pour les études d'implantation et de réalisation, d'une part, et de raccordement au système antenne, d'autre part, études dont TDF indiquait pouvoir transmettre les résultats dans un délai maximum d'un mois à compter de la réception de la commande de TowerCast.

197. Le 4 mai 2007, TDF complète son envoi du 27 avril 2007 par un courriel (puis par courrier le 9 mai suivant) comprenant deux modèles d'expression de besoins, sans éléments tarifaires, l'un sur l'offre sur mesure d'hébergement, l'autre sur l'offre sur mesure de diffusion hautes fréquences (DiffHF), qui doivent permettre à TowerCast de « *commander les Études d'Implantation et de Réalisation ainsi que les Études de Raccordement au Système Antennaire dans le cadre de l'Offre sur mesure d'accès FM au site de la Tour Eiffel* ». TDF propose à nouveau deux surfaces de salle dédiée : 14m² ou 27 m² (cotes 2727 à 2733, 07/0018M).
198. Le 11 mai 2007, TDF transmet à TowerCast par courriel un document intitulé « *Offre sur mesure « Tour Eiffel Service d'Accès FM 2006* », précisant le contenu de la prestation d'hébergement, mais sans proposition technique et commerciale (cote 2746, 07/0018M). Le document précise en effet qu'en fonction des expressions de besoin et suite à réalisation de l'étude de raccordement au système antennaire de diffusion FM de TDF et à l'étude d'implantation et de réalisation, TDF élabore, conformément au présent document, la proposition technique et commerciale pour l'offre sur mesure, adressée en même temps que les études. Cette proposition décrit des aménagements ou travaux spécifiques qui pourront, le cas échéant, être nécessaires, en s'appuyant sur les résultats desdites études, et seront réalisés par TDF aux frais de TowerCast. Les annexes A1 (Tarifs) et A4 à A10 (annexes techniques)⁶ ne sont pas jointes, alors que TDF elle-même les présente dans l'offre sur mesure comme des documents constitutifs de celle-ci (cote 2750, 07/0018M). Seules les annexes contenant les modèles d'expression de besoin ont été adressées à cette date. D'ailleurs, dans son courriel en date du 11 mai 2007, TDF indique que : « *un projet de contrat reprenant notamment les éléments substantiels de la présente offre sur mesure, complétée par les conditions techniques, tarifaires et juridiques vous sera communiqué d'ici à deux semaines* ».
199. Le 14 mai 2007, le CSA a officiellement communiqué la présélection des radios FM autorisées à renouveler leur autorisation en Ile-de-France, et donc notamment depuis le site de la Tour Eiffel, ouvrant ainsi le délai de quinze jours aux radios pour faire part au CSA du site de diffusion retenu et, à titre indicatif, d'un prestataire de diffusion éventuelle. Le 14 mai 2007, les radios ne disposaient plus que de 3 mois et demi avant la NEVA (voir paragraphe 186).
200. Le 15 mai 2007, TowerCast écrit à TDF pour lui dire que les informations dont elle dispose sont incomplètes et ne lui permettent donc pas de proposer aux éditeurs une alternative aux services de diffusion de TDF. Elle souligne que la surface d'occupation dédiée proposée est insuffisante pour héberger l'ensemble des équipements nécessaires à la diffusion des fréquences pour lesquelles elle avait demandé une offre d'hébergement. Elle déplore également que le coût et la date des travaux nécessaires à la mise à disposition de la salle dédiée ne soient pas explicités. Elle ajoute que le système de ventilation et de climatisation par eau glacée proposé ne répond pas à sa demande, qui portait sur des émetteurs refroidis par air, ce qui devrait la conduire à adopter des émetteurs de type et de la marque retenue par TDF. Elle relève enfin que les éléments transmis par TDF le 11 mai 2007 ne comportent aucun élément financier sauf sur le coût des études

⁶ Cahier des charges de l'offre sur mesure (Annexe A4), Cahier des charges des travaux réalisés par TowerCast (Annexe A5), Cahier de recette et contrôle d'hébergement et de fourniture d'énergie sur le site de la Tour Eiffel de l'offre sur mesure (Annexe A6), Cahier de recette et de contrôle de diffusion hautes fréquences sur le site de la Tour Eiffel de l'offre sur mesure (Annexe A7), Procédures (Annexe A8), Règles d'accès (Annexe A9), Cahier des charges de la fourniture d'énergie sécurisée (Annexe A10).

préalables à la fourniture des tarifs. Elle demande donc à TDF de lui faire parvenir les éléments financiers manquants dans un délai de 72 heures.

201. Le 16 mai 2007, TDF répond à ce courrier, contestant les retards qui lui sont reprochés, et adresse à TowerCast l'annexe A1 « *tarifs* », sur les tarifs annuels des prestations de base pour les activités de diffusion et de transport, et y ajoute les tarifs des accompagnements du personnel de TowerCast sur le site. En revanche, les tarifs des aménagements spécifiques ne sont pas précisés, TDF évoquant seulement des montants potentiellement importants, eu égard aux besoins particuliers de TowerCast et aux caractéristiques du site (cotes 2513 à 2519, 07/0018M).
202. Le 24 mai 2007, TowerCast envoie à TDF l'expression de ses besoins de services d'accès FM sur le site, sans mentionner la surface des locaux qu'elle retient. Elle y référence encore la quasi-intégralité des fréquences des radios privées et publiques autorisées par le CSA en mai 2007 ainsi que d'autres radios ne faisant pas l'objet d'un renouvellement, soit 30 fréquences au total. Elle réitère ses interrogations quant à la technologie d'émetteurs imposée par TDF, en précisant qu'aucun industriel ne peut fournir des équipements de refroidissement par eau glacée à des conditions de marché et de délai en phase avec le besoin, un seul indiquant des délais d'environ 6 mois pour sortir les premières versions non encore éprouvées. Elle sollicite en outre une réunion avec TDF.
203. Le 25 mai 2007, TDF écrit à TowerCast pour lui indiquer que les études de raccordement aux systèmes antennaires répondant à ses besoins formulés le 24 mai 2007 sont lancées et l'alerte sur la nécessité de réaliser 30 études d'hébergement différentes pour répondre à ses demandes, ce qui aboutirait à des délais de réalisation incompatibles avec ceux qu'elle a demandés (cote 2525, 07/0018M). TDF rappelle le coût potentiellement élevé d'une offre sur mesure et fournit une première estimation des travaux à effectuer, y compris ingénierie, se situant, hors adductions avec le prestataire de télécommunication retenu par TowerCast et sur la base d'un refroidissement à eau, dans une fourchette comprise entre 200 k€HT et 300 k€HT pour une salle dédiée de 14 m² et entre 300 k€HT et 400 k€HT pour une salle dédiée de 27 m². Elle ajoute que ces montants seront précisément établis dans l'étude d'implantation et de réalisation (cote 2526, 07/0018M). Elle rappelle en outre que le système de refroidissement à eau est celui qui lui paraît techniquement le plus adapté pour ce site dans une salle dédiée, mais s'engage à rechercher de nouveau la possibilité d'autres solutions et à en communiquer les résultats à TowerCast dès que possible. Ce courrier s'accompagne des annexes techniques précisant les conditions de l'offre sur mesure et certaines clauses générales du futur contrat associé à cette offre sur mesure. Il se termine par une proposition de réunion le 29 mai 2007.
204. Lors de cette réunion du 29 mai 2007, TowerCast modifie sa demande initiale et envisage une salle commune pour ses installations. Elle demande si les travaux d'aménagement seraient moins élevés que pour une salle dédiée, et s'ils incluent le déménagement/réaménagement des équipements de TDF situés dans la salle commune. Selon TDF, une salle dédiée est la solution la plus rationnelle et les travaux dans une salle commune pourraient se révéler tout aussi onéreux, le prix au m² de l'hébergement étant de même ordre dans les deux types de salles. Elle apporte des détails sur les travaux inclus dans ses premières estimations, sans pour autant être en mesure d'estimer la part de chacun des postes de coûts dans le montant total avant la réalisation de l'étude d'implantation. TowerCast a aussi fait part des difficultés à déployer des émetteurs refroidis par eau glacée (voir paragraphe 202). TDF répond que les propositions de TowerCast d'utiliser des émetteurs refroidis par air ou de déployer des ventilo-convecteurs ne sont pas envisageables à ce stade, mais qu'elle va faire réaliser des études afin de rechercher des

solutions alternatives de refroidissement, comme déjà suggéré dans son courrier du 25 mai 2007. Enfin, les deux entreprises reconnaissent que la date d'entrée en vigueur des nouvelles autorisations d'émettre pourrait ne pas être tenue, en raison des délais de réalisation des travaux. Face à ce risque, TDF propose d'étudier la possibilité de mettre en œuvre des solutions transitoires aux frais de TowerCast. D'après le compte-rendu de la réunion réalisé par TowerCast, TDF aurait alors prédit des coûts importants, mais sans les estimer.

205. Dans ses observations du 4 juin 2007, transmises dans le cadre de l'instruction de la demande de mesures conservatoires, TowerCast indique toujours attendre des données techniques de TDF lui permettant d'estimer la faisabilité technique d'une diffusion depuis le site de la Tour Eiffel, au-delà des incertitudes tarifaires et des délais de mise en œuvre, en relevant qu'elle n'a pu proposer une offre de diffusion même à « Rires et Chansons », la radio de son groupe, pourtant déjà sa cliente.

206. Le 15 juin 2007, TDF envoie à TowerCast les 30 études techniques de raccordement aux systèmes antennaires de diffusion FM de la Tour Eiffel en réponse à sa demande du 24 mai 2007, facturées 12 082 euros HT, conformément aux montants indiqués dans son courrier du 27 avril 2007. Dans ce courrier, TDF informe ainsi TowerCast : « (...) nous engagerons l'étude d'implantation et de réalisation dès commandes de votre part de celle-ci et communication d'une expression de besoin Hébergement précisant vos besoins effectifs.

Dès réalisation de cette étude d'implantation et de réalisation, TDF pourra établir une proposition commerciale relative à l'ensemble des prestations composant l'offre sur mesure « Tour Eiffel Service d'accès FM 2006 ». Celle-ci précisera notamment les montants précis des travaux spécifiques à réaliser pour répondre à votre besoin.

Comme précisé dans les études jointes, le délai de réalisation des prestations de diffusion HF est de deux mois à compter de la commande par TowerCast de l'ensemble des prestations relevant de la présente offre sur mesure (...) » (cote 10216, 07/0017F).

207. Le 22 juin 2007, TowerCast transmet un courrier à TDF où elle indique que les conditions financières de l'offre d'hébergement de TDF l'empêchent d'entrer sur le marché faute de pouvoir couvrir ses coûts propres. Elle ajoute que TDF propose d'ores et déjà des offres commerciales comme diffuseur et souligne à ses clients la nécessité pour eux de signer au plus vite leurs nouveaux contrats de diffusion pour qu'ils soient opérationnels le 3 septembre suivant. Elle mentionne que plusieurs éditeurs lui ont indiqué que les prix proposés par TDF diminuaient par rapport à ceux pratiqués antérieurement. Elle demande en conséquence à TDF de revoir significativement les conditions de son offre et de lui en adresser une nouvelle d'ici le 29 juin 2007. Elle lui rappelle également qu'elle attend toujours des informations sur la faisabilité d'une mise en œuvre d'émetteurs refroidis par air, sur le détail des travaux estimés globalement, et sur l'impact financier du montant des travaux d'aménagement, de l'installation des équipements de TowerCast dans une salle commune. À cette date, elle ne dispose toujours d'aucun chiffrage précis du montant de ces travaux d'aménagement.

Les contraintes de calendrier s'imposant aux éditeurs de programmes radiophoniques

208. Les huit groupes éditant un total de 18 programmes radiophoniques en mode FM autorisés à être diffusés depuis le site de la Tour Eiffel à partir du 3 septembre 2007, ont tous

indiqué en réponse au questionnaire des services d'instruction du 26 juin 2007⁷ avoir déjà reçu un contrat de diffusion de TDF mais aucune proposition de la part de TowerCast, malgré parfois des sollicitations répétées, de la part des groupes RTL, pour les 3 programmes RTL, Fun Radio et RTL2 ou Lagardère Active Média.

209. En réponse au questionnaire des services d'instruction du 26 juin 2007, TDF confirme avoir envoyé des propositions commerciales et tarifaires à l'ensemble des radios concernées par l'appel à candidatures du CSA et avoir reçu en retour, à la date du 28 juin 2007, deux propositions signées (cote 2856, 07/0018M). Concrètement, toutes les propositions de TDF ont été adressées aux éditeurs entre le 22 mai 2007 (à Skyrock) et le 19 juin 2007 (à TSF) (cote 2855, 07/0018M).
210. Or, dans leurs réponses, des éditeurs soulignent que, compte tenu des délais d'approvisionnement et d'installation des équipements devant être supportés par un diffuseur alternatif, et du fait de l'importance stratégique et commerciale que revêt pour eux la Tour Eiffel, signer un contrat de diffusion avec un opérateur alternatif à TDF moins de deux mois avant la date d'entrée en vigueur des nouvelles autorisations paraît très risqué, voire inenvisageable. C'est le cas du groupe Lagardère pour lequel « *Le délai nécessaire pour un autre opérateur que TDF est d'ores-et-déjà probablement dépassé, compte-tenu des délais d'approvisionnement et d'installation nécessaires* » (cote 3368, 07/0018M) et RTL (cotes 3363 et 3364, 07/0018M).
211. En outre, certains éditeurs indiquent que TDF elle-même leur a imposé une date limite de signature des contrats de diffusion depuis le site de la Tour Eiffel. Éditeur de la radio « Rires et chansons », jusqu'alors diffusée par TowerCast, le groupe NRJ Group déclare ainsi que : « *La principale URGENCE concerne RIRE et CHANSONS qui doit absolument pouvoir être diffusé avec une PAR de 4 KW le 3 septembre prochain lors de la NEVA et donc de l'arrêt de l'émetteur de MONTLHERY-LONGJUMEAU. À ce jour, sans offre de TowerCast pour une PAR de 4 KW, nous allons devoir nous engager avec TDF pour 5 ans sans avoir pu faire jouer la concurrence. (...) Nous avons besoin très vite et a priori avant le 30 juin (date butoir de TDF) de prendre une position pour RIRE et CHANSONS car le délai pour être opérationnel le 3 septembre arrive à son terme* » (cote 3354, 07/0018M). Le groupe éditeur de « Radio Nova » et « TSF Jazz » mentionne quant à lui que pour « Radio Nova », déjà installée, TDF souhaite une réponse rapide, sans préciser de date limite, mais que pour « TSF », qui arriverait comme nouvelle radio sur le site, TDF demande un bon de commande avant août et l'avertit « *que la faisabilité d'une prestation à un instant T n'était pas une garantie de faisabilité ultérieure, et qu'il convenait de réserver sa place rapidement, les choses pouvant évoluer selon les contrats des autres clients (...)* » (cote 3385, 07/0018M). De son côté, le groupe RTL a indiqué, le 29 juin 2007 : « *La date fixée par TDF pour la signature des contrats de diffusion est la fin du mois de juin, ce pour les 3 programmes RTL, Fun Radio et RTL2* » (cote 3368, 07/0018M).
212. L'existence d'un délai de trois mois entre la signature du contrat et la mise en service des radios est également évoquée, par le groupe éditeur de « Skyrock » et « Chante France » (cote 3390, 07/0018M) et même dans l'offre de diffusion adressée par TDF à MFM en mai 2007 : « *Compte tenu de la complexité du site, le délai de réalisation à compter de la date*

⁷ Il s'agit des groupes NRJ Group, éditant les radios NRJ, Chérie FM, Nostalgie, Rire & Chansons (cotes 3353 à 3355, 07/0018M), Radio Notre Dame (cotes 3357 à 3359, 07/0018M), RTL, éditant les radios RTL, Fun Radio et RTL2 (cotes 3362 à 3364, 07/0018M), Lagardère Active, éditant les radios Europe 1, Europe 2, RFM (cotes 3367 à 3368, 07/0018M), Radioclassique (cote 3372, 07/0018M), Novapress, éditant les radios Radio Nova et TSF Jazz (cotes 3384 à 3385, 07/0018M), Orbus, éditant les radios Skyrock et Chante France (cotes 3389 et 3390, 07/0018M), Nextradio, éditant les radios RMC et BFM (cotes 3393-3394, 07/0018M).

économique suffisant pour fournir une prestation de diffusion » (cote 3450, 07/0018M) dès la première année d'exploitation.

216. D'après TDF, selon les deux hypothèses de volumétrie retenues dans cette étude (8 radios autorisées à émettre à une puissance de 10 kW dans le premier scénario, 2 radios autorisées à émettre à 4 kW et 6 radios autorisées à émettre à 10 kW dans le second scénario), les tarifs de son offre sur mesure laissaient à TowerCast un espace économique suffisant pour lui permettre de couvrir ses coûts propres dès 2007 et lui assurait une rémunération du capital de 10 voire 14 %.
217. L'appréciation de l'espace économique laissé à un opérateur entrant nécessite de calculer une marge et donc de comparer :
- d'une part, le prix de détail proposé par TDF aux éditeurs de programmes radio FM depuis le site de la Tour Eiffel sur le marché de gros aval de la diffusion,
 - d'autre part, le coût moyen encouru, pour la fourniture de services de diffusion radio FM depuis le site de la Tour Eiffel, par un opérateur aussi efficace que TDF. Ce coût moyen comprend le prix de la prestation d'hébergement proposée par TDF (montant global de l'offre sur mesure, avec toutes les prestations facturées par TDF à un opérateur tiers hébergé) et les coûts propres d'un opérateur hébergé qui serait aussi efficace que TDF.
218. Dans son étude « *retail minus* », TDF présente les résultats de son calcul de la marge qu'un opérateur entrant hébergé sur le site de la Tour Eiffel aurait pu réaliser au cours de sa première année d'exploitation, en considérant un volume d'activité de l'opérateur entrant limité du fait de la surface mise à disposition.

Sur le prix de marché des prestations de diffusion depuis le site de la Tour Eiffel

219. Le prix de marché des contrats proposés par TDF aux éditeurs dans le cadre du renouvellement des autorisations d'émettre depuis la Tour Eiffel, est de 195 000 €HT par an hors options pour une radio de PAR 10 kW et 125 000 €HT par an hors options pour une radio de PAR 4 kW, comme en conviennent TowerCast et TDF, notamment dans son étude « *retail minus* ».
220. Ces prix ne tiennent cependant pas compte des remises pratiquées par TDF. Le prix moyen après remise, soit 187 679 € par fréquence de PAR 10 kW avant le renouvellement des autorisations, est inférieur à celui proposé aux éditeurs lors de ce renouvellement en septembre 2007, comme le montre le tableau établi par TDF et reproduit au paragraphe 213. Comme l'explique TDF en réponse au questionnaire des services d'instruction du 22 février 2008, les remises proposées, remises commerciales et sur le volume, étaient « *assises sur le chiffre d'affaires généré par TDF auprès des radios et (...) applicables à toutes les radios éligibles* » (cote 1106, 07/0017F). Le taux de ces remises variait entre 2 et 9 % (cote 1107, 07/0017F).
221. À compter du 4 septembre 2007, le chiffre d'affaires engendré par les services de diffusion depuis le site de la Tour Eiffel n'a plus été pris en compte dans le calcul des remises commerciales et des remises de volume (cote 2052, 07/0017F), les prestations de diffusion depuis ce site ayant été exclues des contrats cadres et des accords site à site qui définissent les dispositifs de remises. TDF a indiqué aux services d'instruction que ce changement est intervenu « *dans le cadre d'une procédure en cours* » et qu'il est présenté ainsi dans la proposition commerciale adressée aux éditeurs (cote 3951, 07/0017F).

222. Les éditeurs font également état de cette modification. Par exemple, le groupe Lagardère déclare : « *L'offre de diffusion reçue de la part de TDF en mai 2007 ne prévoyait pas que le site de la Tour Eiffel soit exclu du périmètre du contrat cadre. À cette date il n'en était pas question. Cela est arrivé après, lorsque le contrat Tour Eiffel a été limité à une durée d'un an. TDF nous a indiqué en septembre 2007 qu'à compter de ce moment-là le site de la Tour Eiffel était exclu du contrat cadre et des remises correspondantes. Cela n'a pas fait l'objet de précisions sur le contrat. Nous n'avions d'autre choix à l'époque, que d'accepter* » (cote 9551, 07/0017F).
223. Ce changement montre que, sans intervention du Conseil, il est probable que les remises appliquées jusqu'alors par TDF au prix des prestations de diffusion depuis le site de la Tour Eiffel auraient été maintenues. Ainsi, on ne peut exclure que le prix de marché des prestations de diffusion depuis le site de la Tour Eiffel aurait été inférieur à 195 000 euros HT pour une puissance de 10 kW et 125 000 euros HT pour une puissance de 4 kW.

Sur l'offre de gros d'hébergement

224. L'offre d'hébergement proposée par TDF correspond aux frais d'hébergement facturés par TDF aux diffuseurs hébergés et se décompose en quatre catégories :
- les frais liés aux études et aux travaux d'implantation et de raccordement aux systèmes antennaires,
 - les tarifs des prestations de base,
 - le coût des prestations additionnelles d'accompagnement sur site (auquel s'ajoute le coût des badges d'accès additionnels),
 - le montant des travaux d'aménagement du site dédié, réalisés et facturés par TDF.

Les études

225. Le tarif des études d'implantation et de réalisation de l'hébergement qui portent sur la faisabilité, le délai et le coût des travaux spécifiques pour la réalisation des prestations d'hébergement, est de 7 874 euros HT pour le site. Celui des études de raccordement aux systèmes antennaires et de diffusion FM de TDF, qui servent à produire les documents appelés « diagrammes de rayonnement » vertical et horizontal pour chacune des fréquences sur le ou les systèmes antennaires les plus adaptés, est de 1 555 euros HT pour la première fréquence et de 363 euros HT par fréquence supplémentaire.

Les prestations de base

226. Les prestations de base de l'offre sur mesure de mai 2007 recouvrent (cote 2751, 07/0018M):
- l'hébergement sur le site des équipements de diffusion et matériels associés,
 - l'alimentation en énergie secourue par groupe électrogène de ces équipements,
 - la diffusion des signaux HF à l'aide d'un système antenne FM de diffusion de TDF,
 - la fourniture en eau glacée pour le refroidissement des émetteurs,
 - la fourniture d'une prestation de traitement d'air ambiant.
227. Dans sa présentation des tarifs annuels du 16 mai 2007 (cotes 2513 à 2519, 07/0018M), s'agissant des prestations de base, TDF chiffre la mise à disposition d'une salle dédiée à

42 000 euros HT pour 14 m2 et à 81 000 euros HT pour 27 m2. La prestation d'hébergement par fréquence, pour une diffusion avec un émetteur de puissance nominale de 10 kW et 4 kW, s'élève à 125 000 euros HT et à 80 000 euros HT respectivement.

228. Les prestations de base incluent les accompagnements nécessaires pour l'installation des équipements de TowerCast et 5 forfaits d'accompagnement de base « jour » par an. Elles comprennent aussi la mise à disposition des badges temporaires nécessaires à TowerCast et ses sous-traitants pour l'installation des équipements de TowerCast et la mise à disposition de 10 badges d'accès nominatifs pour l'opérateur, la fourniture de badges supplémentaires devant être facturée en sus.

Les coûts d'accompagnement sur site

229. Au-delà du 5^{ème} forfait, les accompagnements sur site du personnel de l'opérateur hébergé sont facturés, en heures ouvrées, selon un forfait de base « jour », à 321 euros HT en semaine et à 426 euros HT le week-end et hors heures ouvrées, selon un forfait de base « soirée et nuit », à 426 euros HT de 18h à 8h (J+1) et à 491 euros HT aux mêmes heures les dimanches et jours fériés.
230. En 2007, TowerCast évalue ainsi le nombre d'accès au site nécessaire pour assurer les actions de maintenance préventive et curative des émetteurs et des équipements d'environnement (groupes de froid, installation électrique, système de télésurveillance, lien de TELECOM, etc.) (cote 3402, 07/0018M) :

- **Frais d'accès au site pour le personnel de maintenance :**

- Pour 10 radios : 4 accès mois de jour + 4 accès mois de jours week end + 2 accès mois de nuit semaine + 2 accès mois de nuit week end
- Pour 4 radios : 3 accès mois de jour + 1 accès mois de jours week end + 3 accès mois de nuit semaine + 1 accès mois de nuit week end
- Pour 1 radio : 1 accès mois de jour + 1 accès mois de jours week end + 1 accès mois de nuit semaine + 1 accès mois de nuit week end

soit 144 accès par an pour 10 radios diffusées, 96 pour 4 radios et 48 pour une seule.

231. De son côté, TDF retient, dans l'étude « *retail minus* », les hypothèses suivantes : pour la maintenance préventive, 3 visites par an d'une durée d'un jour pour moins de 5 émetteurs et d'un jour et demi pour plus de cinq et, pour la maintenance corrective, 0,2 visite par an par émetteur suite à une panne, d'une durée d'un jour et 2 interventions par an causées par des dysfonctionnements liés à l'énergie.
232. Ces hypothèses correspondent donc à un nombre d'accès par an d'une durée d'un jour qui varie selon le nombre de radios diffusées de : 8,5 pour 10 radios, 5,8 pour 4 radios et enfin 5,2 pour une radio. Dans la mesure où les prestations de base facturées par TDF dans le cadre de l'offre sur mesure incluent 5 forfaits d'accompagnement, elles impliquent un nombre total d'accès facturés de 3,5 pour 10 radios, 0,8 pour 4 radios et 0,2 pour une radio.
233. TowerCast justifie quant à elle son estimation du nombre d'accès par la nécessité d'au moins une visite préventive par semaine sur un tel site et considère que l'hypothèse de 8,5 accès annuels retenue par TDF ne serait éventuellement crédible que sur un petit site.
234. De son côté, TDF indique, en réponse au questionnaire des services d'instruction du 2 juillet 2007, avoir fondé son estimation sur les données du constructeur des équipements et ne pas comprendre les données fournies par TowerCast (cote 3418, 07/0018M).

Les travaux d'aménagement du local facturés par TDF

235. Comme le précise TDF, les travaux pour aménager les salles mises à disposition devaient être « *spécifiquement réalisés pour le compte de TowerCast pour permettre la fourniture de la prestation de raccordement au circuit d'eau glacée de TDF, au système d'énergie secourue de TDF, ainsi que les déménagements/réaménagements nécessaires pour libérer les surfaces* » (cote 3446, 07/0018M).
236. Ces travaux, décrits dans l'offre sur mesure de mai 2007, consistent notamment à réaliser une extension pour faire passer la salle de 14 m² à 27 m², laquelle implique, selon TDF, la suppression d'une cloison, ainsi que le déménagement et la remise en œuvre de l'atelier de réparation de TDF présent actuellement à cet endroit (cote 2751, 07/0018M). Cependant, TDF indique, dans sa réponse au questionnaire complémentaire à l'audition de juillet 2011, que la surface de 13,5 m² correspondait à une salle de réunion, et celle de 27 m² à cette surface et à celle du bureau mitoyen, de l'assistante de gestion. Dans ses réponses complémentaires à l'audition du 15 mai 2013, elle explique qu'entre 2007 et 2011, l'atelier est devenu une salle de réunion alors que bureau de l'assistante de gestion n'a pas changé d'affectation (cote 9466, 07/0017F).
237. La nature des travaux est précisée par TDF dans ses réponses complémentaires à l'audition du 15 mai 2013 de la manière suivante (cote 9467, 07/0017F) :

Les frais de travaux de 350 000€ comprennent les 8 postes suivants :

- L'aménagement du local TowerCast (dépose cloison, placard, faux plafond, reprise de l'éclairage, peinture, condamnation porte et mise en place anti panique avec alarme, réfection du sol, détection incendie et raccordement sur DI...) et déplacement des locaux TDF (cloison, peinture, éclairage, réseaux),
- Le contrôle d'accès et caméras (contrôle d'accès porte local Towercast, caméras de surveillance dans les couloirs),
- L'énergie (création départ pour TowerCast dans TGBT, câble d'alimentation sécurisé par GE vers le local dédié, mise à disposition d'un coffret coupure avec inter, qualimètre et report d'alarme, comptage, ceinturage de terre du local),
- La ventilation – Climatisation (amenée des deux réseaux eau glacée dans le local, travaux bâtiment pour les trémies et la structure du bureau étude, capteurs pour télégestion, renvoi d'alarme et contrôleur débit, traitement d'ambiance du local à l'aide d'un ventilo-convecteur),
- La Réception satellite (mise à disposition dans le local dédié des BIS de Astra et AB3, installation des réceptions satellite y compris fournitures, fourniture et pose support satellite, démarches administratives pour les autorisations),
- Liaisons Louées et Fibres optiques (mise à disposition dans le local dédié d'une TB avec câble reliés au répartiteur général du site sur une TB spécifique et d'une arrivée fibres optiques avec brassages optiques à chaque extrémité),
- Faisceaux hertziens (ramener les signaux dans le local),
- Liaisons vers multiplexeurs (trémies et cheminement, liaisons feeders et raccordement de nuit).

238. Estimant le montant des travaux très élevé, TowerCast informe TDF, lors de la réunion du 29 mai 2007, qu'une salle commune peut être envisagée. TDF lui répond que les travaux pourraient s'y révéler aussi importants et que la demande initiale de salle dédiée est sans doute la plus rationnelle (cotes 3251 et 3253, 07/0018M).

239. Les premières estimations du montant des travaux fournies par TDF sont comprises entre 200 k€ et 300 k€ pour la salle dédiée de 14 m² et entre 300 k€ et 400 k€ pour celle de 27 m² (cote 2526, 07/0018M). Dans l'étude « *retail minus* », TDF retient aussi une hypothèse de 350 000 euros pour une salle de 27 m² (cote 3282, 07/0018M). En outre, d'après le tableur support de l'étude « *retail minus* », le montant des travaux dépend non du nombre de fréquences mais de la surface de la salle mise à disposition de l'opérateur hébergé.
240. TowerCast présente comme hypothèses les propositions de TDF : 350 000 euros de frais de travaux pour une salle de 27 m² et 250 000 euros pour une salle de 14 m² (cote 3403, 07/0018M).

E. LES GRIEFS NOTIFIÉS

241. Le 13 novembre 2013, une notification de griefs a été adressée à la société TDF SAS ainsi qu'aux sociétés TYROL ACQUISITION 2 SAS, TYROL ACQUISITION 1 SAS, TYROL ACQUISITION 1 & Cie SCA et TYROL ACQUISITION 1 SARL.
242. Les griefs suivants ont été notifiés :

« Les trois griefs suivants sont retenus à l'encontre de la société TDF SAS et des sociétés TYROL ACQUISITION 2 SAS, TYROL ACQUISITION 1 SAS, TYROL ACQUISITION 1 & Cie SCA et TYROL ACQUISITION 1 SARL :

Grief n° 1

Il est fait grief 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.

Cette pratique est de nature à et susceptible d'avoir faussé le jeu de la concurrence sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale de la Tour Eiffel lancé par la mairie de Paris en 2006.

Elle s'est étendue du 4 mai 2006, date de la première demande d'informations adressée par la Mairie de Paris à TDF, jusqu'au 13 février 2007, date de signature de la nouvelle convention d'occupation domaniale entre la ville et TDF.

Elle a produit ses effets, à tout le moins potentiels, sur toute la durée de la convention, soit dix années. Les effets, à tout le moins potentiels, de la pratique en cause sont donc toujours d'actualité au jour de l'envoi de la notification de griefs.

Elle contrevient aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE.

Grief n° 2

Il est fait grief à la société TDF SAS d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché de gros amont des services de diffusion radiophonique en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel en fournissant tardivement et de façon incomplète des informations indispensables à TowerCast pour être en mesure de construire son offre de diffusion à destination des éditeurs radios.

Cette pratique est de nature à et susceptible d'avoir faussé le jeu de la concurrence sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel.

Elle s'est étendue du 6 avril 2007, date de la demande de TowerCast à TDF d'une offre sur mesure d'hébergement pour la diffusion de radios FM depuis le site de la Tour Eiffel, à tout le moins jusqu'au 29 mai 2007, date des dernières réponses de TDF.

La pratique aurait produit ses effets, à tout le moins potentiels, durant au moins 5 ans si le Conseil de la concurrence n'était intervenu, le 11 juillet 2007, en prononçant une décision de mesures conservatoires obligeant TDF à adresser une nouvelle offre d'hébergement à TowerCast dans un délai d'un mois.

Grief n° 3

Il est fait grief à la société TDF SAS d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché de gros amont des services de diffusion radiophonique en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel en imposant des prix inéquitables à ses concurrents sous la forme d'un ciseau tarifaire entre le prix de détail sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel et le prix de l'accès au marché de gros amont de ces services.

Cette pratique est de nature à et susceptible d'avoir faussé le jeu de la concurrence sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel.

Elle s'est étendue du 31 octobre 2006 au 11 juillet 2007.

La pratique aurait produit ses effets, à tout le moins potentiels, durant au moins 5 ans si le Conseil de la concurrence n'était intervenu, le 11 juillet 2007, en prononçant une décision de mesures conservatoires obligeant TDF à adresser une nouvelle offre d'hébergement à TowerCast dans un délai d'un mois.

Elle contrevient aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE. »

II. Discussion

243. Seront successivement abordés ci-après :

- la procédure (A) ;
- le droit applicable (B) ;
- le bien-fondé des griefs notifiés (C) ;
- l'imputabilité des pratiques (D) ;
- les sanctions (E).

A. SUR LA PROCÉDURE

244. Seront examinés ci-après les arguments TDF relatifs à la durée de la procédure (1) et au respect du principe du contradictoire et de l'exercice des droits de la défense (2).

1. SUR LA DURÉE DE LA PROCÉDURE

a) Arguments de TDF

245. TDF soutient que la durée de la procédure a excédé le délai raisonnable prescrit par l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CEDH). Elle fait valoir que cette durée lui a causé des préjudices importants et a porté une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à ses droits de la défense, dans la mesure où les personnels susceptibles d'apporter les explications nécessaires ont quitté l'entreprise avant l'envoi de la notification de griefs et où elle n'a pu présenter les preuves matérielles utiles en raison du démontage d'un nombre important d'actifs avant la désignation de l'expert, intervenue tardivement. Elle ajoute qu'elle est confrontée aux mêmes difficultés pour contester l'existence du ciseau tarifaire.

b) Le droit applicable

246. Aux termes d'une jurisprudence constante, le délai raisonnable prescrit par l'article 6-1 de la CEDH doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de l'affaire. La sanction qui s'attache à la violation par l'Autorité de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi, sous réserve, toutefois, que le délai écoulé durant la phase d'instruction, en ce compris la phase non contradictoire, devant l'Autorité n'ait pas causé à chacune des entreprises, formulant un grief à cet égard, une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à son droit de se défendre (voir les arrêts de la Cour de cassation du 23 novembre 2010, Beauté Prestige International, n° 09-72031, de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International, n° 2010/23 945, p. 19 et du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord, n° 2011/03298, p. 30).

247. En ce qui concerne l'appréciation du caractère raisonnable de la durée de la procédure au regard de l'ampleur et de la complexité de l'affaire en cause, la cour d'appel de Paris a précisé que « *nonobstant les exigences de rapidité de la vie des affaires, l'application des règles de fond de droit de la concurrence exige toujours une lourde mise en œuvre des normes de la légalité économique largement indéterminées, nécessitant pour leur application technique l'élaboration de critères précis passant par une appréciation des effets économiques des pratiques contestées et requérant une analyse économique en profondeur des marchés concernés* » (arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2012 précité).
248. Par ailleurs, en ce qui concerne les atteintes alléguées à la possibilité pour les entreprises de se défendre utilement contre les griefs notifiés compte tenu de la durée de la procédure, la cour a précisé que « *la réalité d'une telle violation s'apprécie nécessairement à l'aune du devoir général de prudence incombant à chaque opérateur économique qui se doit de veiller à la bonne conservation de ses livres et archives comme de tous éléments permettant de retracer la licéité de ses pratiques en cas d'actions judiciaire ou administrative* » (même arrêt).
249. S'agissant plus particulièrement de la question de la conservation des preuves, la Cour de cassation a jugé que les entreprises incriminées par l'Autorité de la concurrence « *sont responsables de la déperdition éventuelle des preuves qu'elles entendaient faire valoir tant que la prescription (...) n'était pas acquise* » (arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1999, n° 97-13125). En vertu d'un devoir général de prudence, il incombe en effet aux entreprises mises en cause de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription fixée par l'article L. 462-7 du code de commerce, dont le délai a été porté de trois à cinq ans par l'ordonnance du 4 novembre 2004 (arrêts de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2012 précité et du 11 octobre 2012 précités, p. 32).

c) Application au cas d'espèce

250. En l'espèce, TowerCast a déposé une plainte assortie d'une demande de mesures conservatoires au Conseil le 16 février 2007, et complété sa saisine par ses observations du 4 juin 2007. Le Conseil a pris une décision relative à une demande de mesures conservatoires n° [07-MC-05](#) le 11 juillet 2007. La notification des griefs a été envoyée le 13 novembre 2013.
251. En premier lieu, la durée de la procédure n'apparaît pas excessive au regard des circonstances de l'espèce, eu égard à la complexité et aux caractéristiques techniques du dossier.
252. Les pratiques qui ont fait l'objet de la notification de griefs portent sur deux marchés, distincts et très spécifiques. En effet, le marché de l'appel d'offre du renouvellement de la convention d'occupation du domaine public du site de la Tour Eiffel lancé par la Ville a été créé en raison du choix effectué par celle-ci d'ouvrir à la concurrence un secteur jusque-là occupé par TDF, l'opérateur historique en situation de monopole. C'est pourquoi, une analyse juridique, économique et technique approfondie a été conduite par les services d'instruction. Elle a donné lieu en particulier à la mise en œuvre d'une procédure d'expertise, décidée le 6 décembre 2011 pour évaluer précisément et contradictoirement les actifs que TDF était susceptible de céder. Par ailleurs, sur le marché de gros amont des services de diffusion radiophonique en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel, l'évaluation des différentes variables permettant de conclure à l'existence d'une pratique

de ciseau tarifaire a constitué une tâche particulièrement technique et induit de très nombreux calculs économiques pour traiter l'ensemble des données communiquées.

253. En outre, la nature des pratiques reprochées aux griefs 1 et 2, à savoir la fourniture tardive et partielle d'informations indispensables au concurrent pour se positionner sur les marchés concernés, a impliqué une analyse très détaillée de la chronologie et du contenu précis des très nombreux échanges, surtout épistolaires et téléphoniques, entre la Ville, TDF et TowerCast, dans un dossier comportant environ 20 000 cotes.
254. En second lieu et en tout état de cause, TDF ne saurait se prévaloir d'une déperdition de preuves ou du départ des dirigeants opérationnels pouvant témoigner à décharge à la date de la notification de griefs, ni plus généralement d'une atteinte à son droit de se défendre.
255. En effet, compte tenu de la procédure de demande de mesures conservatoires introduite concomitamment à la procédure au fond par la saisine de TowerCast, TDF savait, immédiatement après les résultats de l'appel d'offres, qu'elle aurait besoin de se défendre y compris sur le fond, des allégations de pratiques anticoncurrentielles de TowerCast. Dans le cadre de l'instruction des mesures conservatoires, TDF a reçu plusieurs questionnaires, les 16 mars, 6 avril, 26 juin, 1^{er} juillet et 2 juillet 2007. Elle a également été entendue le 2 avril 2007 sur les différents aspects du dossier par les services d'instruction. Elle ne pouvait donc ignorer qu'elle devait conserver toute preuve de nature à éclairer l'Autorité sur les pratiques dénoncées jusqu'à l'expiration du délai de prescription, et notamment jusqu'à la fin de la procédure ouverte devant le Conseil puis l'Autorité.
256. Il est à noter qu'en ce qui concerne la valorisation de ses actifs, TDF a fait réaliser une expertise privée par M. Z... en février 2008 pour laquelle elle a réuni les informations nécessaires à la valorisation de ses équipements sur le site.
257. En outre, TDF se borne à affirmer que les salariés ayant quitté l'entreprise bien avant la notification de griefs ne sont plus à même d'apporter au dossier des éléments à décharge sans le justifier. À cet égard, plusieurs des personnes énumérées par TDF ont effectivement été entendues dans le cadre de l'instruction. C'est le cas par exemple de M. Gérard A..., Mme Emmanuelle B..., M. René C..., le 2 avril 2007. De même, M. Jacques D... a été entendu le 12 juillet 2011 (cote 3945 VNC, 07/0017F) et a assisté, aux côtés de TDF aux réunions d'expertise, en particulier celle du 16 décembre 2011 (cote 5518, 07/0017F).
258. Sur l'existence d'un ciseau tarifaire, TDF fait état de difficultés pour apporter des éléments à décharge sans étayer cette affirmation. Il est à noter que, pour établir l'existence d'un ciseau tarifaire, la décision se fonde en grande partie, dans une démarche conservatrice, sur les déclarations de TDF elle-même.
259. Au surplus, un contentieux administratif en cours jusqu'en 2012, parallèlement à la procédure instruite devant le Conseil puis l'Autorité, nécessitait également de TDF qu'elle conserve les éléments de preuve dont elle disposait pour faire valoir sa position.
260. Il résulte de tout ce qui précède que la durée de la procédure, qui n'apparaît pas déraisonnable, n'a pas, en tout état de cause, porté aux droits de la défense de TDF une atteinte effective et irrémédiable qui serait seule de nature à justifier une annulation de la procédure.

2. SUR LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE ET L'EXERCICE DES DROITS DE LA DÉFENSE

a) Observations de TDF

261. TDF soutient que les rapporteurs, en se référant à la durée des pratiques puis à ses effets potentiels, ont retenu, dans l'énoncé des griefs, une durée alternative des infractions l'empêchant d'apprécier, en vue d'exercer ses droits de la défense, la durée des infractions qui lui sont reprochées. Elle ajoute que seuls les effets réels d'une pratique permettent de déterminer la durée d'une infraction.

b) Le droit applicable

262. La jurisprudence définit un grief comme « *un ensemble de faits juridiquement qualifiés et imputés à une entreprise* » et précise « *qu'il faut et il suffit que la formulation des griefs permette d'informer précisément les entreprises poursuivies des pratiques qui leur sont reprochées* » (arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 janvier 2011, SFR, n° 2010/08945, p. 8).

263. Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que l'appréciation du respect du contradictoire et des droits de la défense, s'agissant de la compréhension des griefs, doit se faire à la lumière non seulement de la lettre des griefs notifiés mais aussi à celle du corps de la notification de griefs dont ils constituent la formulation finale d'accusation (arrêt de la cour d'appel de Paris du 27 décembre 2011, France Travaux, n° 2006/06913, p. 18).

c) Application au cas d'espèce

264. Dans les trois griefs, la notification des griefs précise non seulement la durée de la matérialité de la pratique mais également la durée des effets de celle-ci afin que les droits de la défense de TDF puissent s'exercer de la façon la plus complète possible. Pour les trois griefs, elle précise les dates exactes du début et de la fin des pratiques.

265. Par ailleurs, pour que l'entreprise soit informée de façon précise sur l'étendue de ce qui lui est reproché, la durée des effets potentiels est également précisée dans les griefs : dix ans pour le premier grief, cinq ans pour les deux autres. En effet, le premier grief porte sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale, du site de la Tour Eiffel, pour une durée de dix ans. Les deuxième et troisième griefs ont pour conséquence l'impossibilité, pour le concurrent, de présenter une offre de diffusion à destination des éditeurs de radios et la conclusion, par TDF de tous les contrats de diffusion avec les radios dont les autorisations de fréquence étaient à renouveler, d'une durée de cinq ans. Pour ces deux griefs, il est précisé que la décision de mesures conservatoires y a mis un terme. La notification de griefs fournit toutes les explications nécessaires à la compréhension de ces différentes durées.

266. En conséquence, la formulation des griefs notifiés n'a pas porté atteinte aux principes des droits de la défense et du respect du contradictoire.

267. La question relative à la prise en compte des effets réels ou potentiels pour apprécier la durée de pratiques anticoncurrentielles relève de l'appréciation du bien-fondé des griefs et sera traitée aux paragraphes 478 et suivants.

B. SUR L'APPLICATION DU DROIT DE L'UE

1. ARGUMENTS DE TDF

268. TDF conteste l'application de l'article 102 du TFUE, dès lors que selon elle, le commerce entre États membres n'est ni affecté de manière sensible ni susceptible de l'être, en raison de la taille limitée des marchés et de la valeur des accords concernés, inférieurs au seuil *de minimis* de 40 millions d'euros fixé par la Commission européenne.

2. LE DROIT APPLICABLE

269. L'article 102 TFUE dispose qu'« *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».

270. La jurisprudence de l'Union comme celle des juridictions internes prévoit, comme le rappelle la communication de la Commission européenne portant lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JO 2004, C 101, p. 81 et suivantes), que trois éléments doivent être réunis pour établir que des pratiques sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres : l'existence d'échanges entre États membres portant sur les produits ou les services en cause, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette possible affectation.

271. En ce qui concerne le premier critère, les lignes directrices précitées précisent que la notion de commerce « *n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et services, mais a une portée plus large qui recouvre toute activité économique internationale, y compris l'établissement* » (point 19). En outre, « *les articles 81 et 82 sont également applicables dans des cas concernant une partie d'un État membre, à condition toutefois que l'affectation du commerce soit sensible* (point 21). « *L'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause, car le commerce entre États membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational* » (point 22).

272. S'agissant du deuxième critère, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt France Télécom du 31 janvier 2012 que les termes « susceptibles d'affecter » énoncés par les articles 101 et 102 TFUE « *supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire* » (Cass. com. 31 janvier 2012, n° 10-25.772, 10.-25.775 et 10-25.882, p. 6).

273. Pour apprécier le critère de l'affectation du commerce entre États membres, il n'est pas *a fortiori* nécessaire de calculer le volume de commerce intracommunautaire affecté par la pratique (point 27 des lignes directrices).

274. Les lignes directrices précisent que : « *L'appréciation au regard du critère de l'affectation du commerce résulte de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants. Les facteurs pertinents sont la nature de l'accord ou de*

la pratique, la nature des produits concernés par l'accord ou la pratique, et la position et l'importance des entreprises en cause » (point 28).

275. Pour s'assurer de l'affectation du commerce entre États membres, il peut également y avoir lieu de prendre en considération les conditions concrètes de fonctionnement du marché et les effets réels ou potentiels des pratiques en cause sur la structure de la concurrence dans la Communauté. En effet, comme la Commission l'a indiqué dans ses lignes directrices, « *la notion de commerce englobe aussi les cas où des accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché. Ainsi, les accords et pratiques qui affectent cette structure à l'intérieur de la Communauté en éliminant ou en menaçant d'éliminer un concurrent qui y opère peuvent tomber sous le coup des règles communautaires de concurrence* » (point 20). Il en est d'autant plus ainsi lorsque le ou les concurrents sont originaires d'autres États membres, dans la mesure où leur éviction actuelle ou potentielle est susceptible d'aller à l'encontre de la réalisation du marché unique, qui constitue un objectif des règles de concurrence communautaires (voir l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 10 juin 2009, GlaxosmithKline Services/Commission, point 61).
276. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que le commerce entre États membres peut être affecté par une mesure qui empêche une entreprise de s'établir dans un autre État membre pour y fournir des services sur le marché en cause (voir arrêt du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, Rec. p. I-8089, point 49). Dans une décision n° 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, le Conseil de la concurrence, approuvé par la Cour d'appel de Paris par un arrêt du 6 mai 2008, a de même, considéré que des pratiques dont l'objet et l'effet étaient d'évincer du marché corse les cimentiers européens, notamment grecs et italiens, au profit des deux cimentiers français, étaient susceptibles d'affecter le courant des échanges intracommunautaires.
277. Concernant le troisième critère, les lignes directrices de la Commission précitées rappellent que : « *Si la position dominante couvre une partie d'un État membre qui constitue une partie substantielle du marché commun et si l'abus de cette position rend plus difficile aux concurrents d'autres États membres l'accès au marché sur lequel l'entreprise est dominante, le commerce entre États membres doit normalement être considéré comme susceptible d'être affecté de manière sensible* » (point 97). Elles précisent les conditions auxquelles le commerce intracommunautaire pourrait ne pas être susceptible d'être affecté : « (...) *il est possible que le commerce ne soit pas susceptible d'être sensiblement affecté si l'abus de position dominante est purement local ou ne concerne qu'une partie négligeable des ventes de l'entreprise dominante* » (point 99).

3. APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE

278. Tout d'abord, les pratiques en cause sont mises en œuvre par TDF, opérateur de diffusion actif dans huit pays européens, jouissant d'une position d'opérateur historique dans plusieurs États membres. A travers ses 16 filiales, TDF fournit des services de diffusion de la TNT par exemple en Allemagne, Finlande, Estonie, Hongrie et en Espagne. Elle indique elle-même être leader européen de la diffusion (cote 9383, 07/0017F) et figurer parmi les plus grands opérateurs de diffusion dans le monde (cote 1047, 07/0018M).
279. En France, TDF est l'opérateur historique de la diffusion des services audiovisuels, anciennement détentrice d'un monopole légal. Son réseau d'infrastructures couvre l'intégralité du territoire national.

280. Elle a conservé, sur les marchés de gros amont de l'accès à la Tour Eiffel, qu'il s'agisse du marché de gros amont des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM ou de celui des programmes de télévision, une part de marché de 100 %. Elle détenait en outre, jusqu'à la nuit d'entrée en vigueur des nouvelles autorisations de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel (3-4 septembre 2007), 93 % des parts du marché de gros aval, exprimées en nombre de clients éditeurs. Depuis le mois de septembre 2007, elle diffuse l'intégralité des fréquences de radios FM autorisées depuis ce site, qui elles-mêmes représentent 68 % de l'ensemble des radios autorisées à Paris par le CSA, soit 100 % des radios de service public et 86 % des radios commerciales à vocation nationale.
281. Ensuite, le site de diffusion de la Tour Eiffel présente des caractéristiques particulières suffisamment fortes pour être considéré, à l'instar de certains ports ou aéroports, comme couvrant une partie d'un État membre qui constitue une partie substantielle du marché commun.
282. L'importance du site de la Tour Eiffel, au niveau tant national qu'européen, a été soulignée par l'ARCEP, dans son avis du 26 avril 2007 : « *Le site de la Tour Eiffel est le principal site français de diffusion hertzienne terrestre analogique et numérique en termes de population desservie, avec plus de 10 millions de personnes. Il constitue également l'un des sites les plus importants d'Europe, en termes de bassin de population couvert, de nombre de services de télévision et de radio diffusés et de concentration d'émetteurs de forte puissance. (...) deux tiers des radios parisiennes sont diffusés à partir de la Tour Eiffel* », ce qui représente, comme TDF le reconnaît elle-même, près de 20 % de la population française et l'ensemble des centres de décision du pays pour les principaux services audiovisuels. La population couverte par la diffusion du site de la Tour Eiffel est supérieure à celle de 16 pays de l'Union européenne et équivaut approximativement à celle du Portugal ou de la République tchèque.
283. En outre, les pratiques en litige sont susceptibles d'avoir entravé l'entrée et l'expansion des acteurs sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel et sur le marché de gros amont des services de diffusion radiophonique en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel. Elles sont ainsi de nature à affaiblir, voire à évincer, des concurrents sur les marchés pertinents identifiés et à rendre plus difficile, voire impossible, l'entrée de nouveaux concurrents provenant notamment des autres États membres de l'Union européenne.
284. À cet égard, TDF a elle-même déclaré dans le cadre de l'instruction de la demande de mesures conservatoires, puis le 12 juillet 2011, que l'opérateur espagnol Abertis était susceptible de déposer une offre à la mairie de Paris pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale (cotes 2060, 07/0018M, 3948, 07/0017F). La circonstance que la société espagnole Abertis ne se soit pas portée candidate à l'appel d'offres ne permet pas de considérer que le critère de l'affectation du commerce entre États membres ne serait pas rempli, dès lors que n'est pas exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire (arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2012, Orange Caraïbe précité).
285. Enfin, l'argument tiré de l'absence du dépassement du seuil de 40 millions d'euros fixé dans la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) du 22 décembre 2001(2001/C 368/07), ne peut en tout état de cause qu'être écarté comme

inopérant, dès lors que ladite communication ne concerne pas les infractions notifiées sur le fondement de l'article 102 du TFUE.

286. Il résulte de ce qui précède que les pratiques en cause sont susceptibles d'avoir affecté sensiblement le commerce entre États membres au sens de l'article 102 du TFUE. Ces dernières doivent donc être analysées au regard des règles de concurrence tant internes que de l'Union.

C. SUR LE BIEN-FONDÉ DES GRIEFS

287. Après avoir défini les marchés pertinents et présenté la position de TDF sur les marchés en cause (1), l'Autorité examinera successivement les pratiques visées au grief n° 1 (2), puis au grief n° 2 (3) et enfin au grief n° 3 (4).

1. SUR LES MARCHÉS PERTINENTS ET LA POSITION DE TDF SUR CES MARCHÉS

288. Dans sa communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence n° 97/C 372/03 du 9 décembre 1997, la Commission européenne a rappelé que le marché de produits « *comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeable ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* ».
289. Suivant la même approche, l'Autorité a rappelé, dans sa décision n° [09-D-36](#) du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, que « *se situent sur un même marché les produits et services dont on peut raisonnablement penser que les acheteurs les regardent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* » (paragraphe 187).
290. Le marché géographique, quant à lui, comprend « *le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* » (communication de la Commission sur la définition du marché en cause précitée, point 8).

a) Le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale de la Tour Eiffel lancé par la mairie de Paris

Sur la délimitation du marché pertinent

291. Comme l'a rappelé le Conseil de la concurrence, « *il est de jurisprudence constante qu'un marché public ou un appel d'offres pour une délégation de service public constitue un marché pertinent sur lequel se rencontrent la demande de la collectivité publique concernée et les offres des entreprises souhaitant y répondre (...). Ainsi le marché instantané de la mise en jeu d'un appel d'offres, qui est circonscrit à la période pendant laquelle la collectivité propose à des entreprises d'exploiter l'activité qu'elle envisage de concéder, peut être considéré comme un marché pertinent à part entière* »

(décision n° [09-D-10](#) relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, paragraphes 106-108).

292. Dans son rapport annuel de 2012, l'Autorité de la concurrence a également souligné : « *qu'il s'agisse de marchés publics ou privés, chaque marché passé sur appel d'offres constitue un marché pertinent, sur lequel se rencontrent la demande du donneur d'ordres et les propositions des candidats qui soumissionnent à l'appel d'offres* » (p. 155).
293. Au cas d'espèce, le marché pertinent retenu est donc le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale de la Tour Eiffel.

Sur la position de TDF

294. TDF conteste se trouver en position dominante sur ce marché. Elle estime que les informations dont elle disposait concernant les équipements présents sur le site et les contraintes d'exploitation spécifiques de celui-ci n'étaient pas de nature à lui conférer un avantage concurrentiel suffisant pour caractériser une position dominante. Elle ajoute que sa puissance au niveau national en matière de diffusion de programmes audiovisuels ne lui procure aucun avantage particulier. Enfin, elle considère que l'exigence de continuité de service public prévue par la Ville ne la favorise pas en tant qu'opérateur historique en place.
295. La position des opérateurs sur ce marché doit être examinée au regard de leurs capacités, éventuellement asymétriques, à répondre à l'appel d'offres. Le caractère contestable d'un marché d'appel d'offres, et par voie de conséquence le pouvoir de marché du sortant, dépendent notamment de l'importance de l'avantage dont bénéficie le sortant sur ses concurrents et, plus généralement, de l'existence de barrières à l'entrée.
296. Pour apprécier l'existence de la position dominante de la société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) sur le marché du renouvellement de la délégation de service public entre Marseille et la Corse, le juge a ainsi estimé que « *la SNCM, qui assurait déjà cette délégation de service public presque seule (...) ne subissait pas de réelle pression concurrentielle et était devenue un opérateur incontournable pour la desserte de la Corse (...) parce qu'elle était incontestablement la seule à avoir la disposition immédiate de la quasi-totalité des navires spécifiques indispensables à l'exécution du marché ; Qu'il s'agit, en l'espèce de bien plus que de l'avantage découlant habituellement de la situation d'opérateur sortant (...) et cela en raison du contexte particulier du transport maritime et spécialement des lignes de la Corse (coût élevé des navires, marché de l'occasion quasi inexistant, contraintes portuaires ...)* » (arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 mars 2010, SNCM, n° 2009/07930, p. 6)
297. En premier lieu, TDF a elle-même souligné que la gestion du site de la Tour Eiffel nécessite des compétences uniques, compte tenu des particularités de ce site. En préambule à sa réponse à l'appel d'offres de la mairie de Paris en date du 31 octobre 2006, TDF indiquait en effet : « (...) *le site de la Tour Eiffel n'a pas été conçu au départ pour la diffusion. Cela génère des contraintes techniques lourdes et nécessite une expertise pointue, notamment pour la conception et l'installation de matériels et systèmes ad hoc que l'on ne retrouve sur aucun autre site* » (cote 1380, 07/0018M). Dans l'étude TERA de juin 2007, TDF mentionne que : « (...) *TDF est l'exploitant « sortant » du site de la Tour Eiffel et présente probablement un avantage concurrentiel qualitatif (du fait notamment de son expérience et de son savoir-faire technique)* » (cote 2656, 07/0018M).
298. La décision de mesures conservatoires n° [07-MC-05](#), confirmée par la cour d'appel de Paris, indique que : « (...) *la Tour Eiffel présente, parmi l'ensemble des sites de diffusion*

hertzien, un caractère très spécifique lié notamment à l'exiguïté des locaux dédiés à la diffusion hertzienne, à la vocation touristique du site et à son utilisation pour la défense civile et nationale. Dans ces conditions, la société TDF, occupant historique des lieux, détenait nécessairement par rapport aux autres candidats, un avantage lié à sa connaissance des contraintes d'exploitation du site et des coûts y afférents » (cote 3699, 07/0017F).

299. Le CSA, dans son avis du 28 février 2012 mentionne également cet avantage : « (...) *bien que le fait d'être titulaire sortant ne permette pas en lui-même d'établir une position dominante, la connaissance par la société TDF d'informations techniques et financières relatives au site de la Tour Eiffel et aux équipements de diffusion a pu lui conférer un avantage concurrentiel dans le déroulement de l'appel d'offres* » (cote 5221, 07/0017F).
300. Le fait que TDF, en tant que titulaire sortant et ancien monopole historique, ait été la seule à développer une connaissance approfondie de ce site unique, dont les équipements sont en grande partie dédiés, lui conférait donc, par définition, un avantage sur ses concurrents.
301. Cet avantage, dû à l'expérience de la gestion du site, est d'autant plus important que le concédant subit une dissymétrie d'information. Comme le souligne l'Autorité à propos des marchés d'appel d'offres, « *(l)es moyens mis en œuvre pour faciliter le transfert des actifs et permettre au marché d'être contestable suppose que les asymétries d'information entre la puissance publique délégante et l'offreur sortant soient minimales, de manière à ce que l'autorité organisatrice de l'appel d'offres puisse évaluer avec précision l'avantage du candidat sortant* » (rapport annuel 2011, page 96).
302. En l'espèce, la Ville ne connaissait pas aussi bien les équipements en place que l'offreur sortant, ce qui ressort clairement des déclarations de M. E..., alors chargé de l'appel d'offres en cause : « *Ce dossier était d'une complexité technique particulière. En effet, il nous était difficile d'appréhender la nature et la consistance technique des installations techniques en place (...). Toutefois, nous n'étions pas toujours en mesure de savoir si nous faisons le tour du sujet, si les informations reçues de l'occupant en place étaient suffisantes ou non* » (cote 9846, 07/0017F).
303. En outre, la circonstance que les concurrents de TDF n'aient pas utilisé les informations transmises par elle ne signifie pas que TDF ne bénéficiait pas d'une asymétrie d'information contribuant à lui conférer une position dominante. La dominance est définie dans les lignes directrices de la Commission relatives à la définition du marché comme « *une situation fournissant à une entreprise ou un groupe d'entreprises, la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* » (lignes directrices du 9 décembre 1997, 97/C 372 /03, paragraphe 10). Par ailleurs, l'absence d'utilisation des informations en cause est une conséquence de la pratique d'éviction.
304. En conséquence, il existait bien une asymétrie d'information entre le titulaire du marché et ses concurrents, qui ne pouvait être réduite sans que l'opérateur sortant fournisse lui-même à ses concurrents les informations pertinentes.
305. En deuxième lieu, l'expérience acquise par TDF, en tant que monopole historique, notamment en matière de gestion de sites non répliquables, a été de nature à lui conférer un avantage sur ses concurrents, limitant de fait la capacité de ses rivaux à la concurrencer pour l'obtention de la convention d'occupation domaniale de la Tour Eiffel. Les compétences et expériences en matière de gestion des grands sites dont TDF se prévaut dans son projet remis à la mairie de Paris sont à cet égard révélatrices : « *TDF gère un parc de plus de 6 600 sites radioélectriques en France. Parmi eux, 140 sites stratégiques du*

réseau principal de diffusion de TDF se caractérisent d'une part par un impact client majeur (plusieurs dizaines de services diffusés ; desserte TV de plusieurs millions de foyers), et d'autre part par un dimensionnement des infrastructures significativement plus important que la moyenne des autres sites (surfaces techniques supérieures à 500 m² ; pylône d'une hauteur supérieure à 100 m, etc...).(...) L'expérience de TDF sur ce type de sites complexes atteste de l'importance pour l'opérateur de site d'être en mesure d'exercer une responsabilité globale sur l'ensemble des infrastructures (bâtiment, supports hertziens, environnement technique,...) tant sur le plan de l'ingénierie, que de l'exploitation ou de l'entretien-maintenance » (cote 1406, 07/0018M).

306. En troisième lieu, la continuité du service est également apte à conférer un avantage à l'occupant historique. Le Conseil de la concurrence l'a dit dans la décision de mesures conservatoires n° 07-MC-05, « (...) les nombreuses difficultés, notamment en termes de continuité du service public et de sécurité, que n'aurait pas manqué de susciter le remplacement de l'occupant historique par un nouvel occupant, étaient également de nature à conférer au précédent titulaire un avantage important » (cote 3699, 07/0018M).
307. Ce point est également souligné par l'ARCEP dans son avis du 4 janvier 2012 : « (...) le cahier de consultation prévoit une exigence de continuité de service, qui fait peser des contraintes particulières sur les opérateurs ne disposant pas des équipements présents sur le site. Toutefois, le cahier de consultation n'apporte aucune précision sur les modalités devant être mises en œuvre pour assurer le respect de la continuité du service » (cote 5107, 07/0017F).
308. L'exigence de continuité est posée par la Ville elle-même, à l'article 2.6.2 de son cahier de consultation, et réaffirmée ultérieurement. TDF, dans son offre du 31 octobre 2006 à la Ville reconnaît l'importance de cette contrainte pour l'occupant du site (cote 1061, 07/0018M). Celle-ci ne pèse donc pas sur TDF uniquement au titre de ses contrats, comme elle le prétend.
309. Les arguments de TDF sur l'impossibilité pour elle de démonter ses équipements et la position de force dans laquelle se serait trouvé un autre opérateur ayant remporté l'appel d'offre, eu égard à l'obligation d'assurer la continuité du service, ne remettent pas en cause l'avantage indéniable que représente la présence d'équipements déjà installés sur le site pour l'occupant historique, qui joue en amont, au moment de l'élaboration des offres.
310. Il résulte de l'ensemble de ces éléments que TDF occupait une position dominante sur le marché pertinent constitué de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel lancé par la ville de Paris en mars 2006.

b) Le marché de gros amont des services de diffusion hertzienne de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel

Sur le marché de produits ou de services

311. Dans le cadre de leur analyse des marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle, en application de l'article L. 37-1 du code des postes et communications électroniques, le Conseil de la concurrence et l'ARCEP ont distingué cinq marchés de gros des services de diffusion audiovisuelle dont le marché de gros des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM (voir paragraphes 26 et 27).
312. L'ARCEP exclut du champ de l'analyse de substituabilité les services de radio par câble, ADSL et satellite ainsi que la radio numérique pour se limiter aux services de diffusion hertzienne terrestre de programmes radiophoniques en mode analogique. Elle conclut à

l'absence de substituabilité entre les offres de gros de diffusion de services de radio en modes FM et AM, estimant que la plupart des opérateurs de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM n'étaient pas à même d'entrer sur le marché de gros de diffusion de programmes radiophoniques en mode AM sans avoir à consentir des investissements coûteux de modification de réseau. En outre, du point de vue de la demande, les radios disponibles en mode FM n'étaient pas systématiquement disponibles en mode AM (décision n° 06-0160 du 6 avril 2006 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, p. 11 et 12).

313. Ce marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes radiophoniques en mode FM se subdivise en deux marchés :
- le marché de gros amont, qui concerne les relations entre diffuseurs s'appuyant sur des infrastructures physiques ; il s'agit donc d'un marché de « l'accès » comprenant les prestations offertes par un diffuseur hébergeur à un autre diffuseur ;
 - le marché de gros aval, qui concerne les prestations que les diffuseurs offrent aux éditeurs de contenu.
314. En l'espèce, les pratiques concernent les conditions d'hébergement proposées par un diffuseur hébergeur, TDF, à un autre diffuseur, TowerCast. Le marché de services pertinent est le marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes radiophoniques en mode FM.

Sur le marché géographique

315. La demande d'accès à des sites de diffusion hertzienne terrestre de programmes radiophoniques en mode FM que peuvent adresser des diffuseurs à d'autres diffuseurs dépend des autres choix possibles de sites de diffusion et des caractéristiques de la demande aval des éditeurs.
316. Sur le segment aval du marché de gros, comme le souligne l'ARCEP, « (...) *les radios nationales privées ont un objectif commercial de couverture maximale de la population et Radio France supporte, quant à elle, des obligations de couverture de l'ensemble du territoire figurant dans son cahier des charges, en particulier au regard de ses missions d'alerte de la population et de communications gouvernementales* »⁸.
317. Or, Paris et l'Ile-de-France, qui comptaient, en 2006, près de 11 millions d'habitants, représentent la plus grande part d'audience pour les éditeurs.
318. Les radios cherchant à être diffusées en région parisienne doivent s'adresser à des diffuseurs implantés sur des sites qui se trouvent dans cette zone et y disposer d'autorisations d'usage de fréquence, délivrées par le CSA⁹ (voir paragraphe 21).

⁸ Avis n° [12-A-13](#) du 8 juin 2012 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels, points 27 et 29.

⁹ Cote 9426, 07/0017F (Décision n° 2006-648 du 7 novembre 2006 relative à un appel aux candidatures pour l'exploitation de services de radio par voie hertzienne terrestre en modulation de fréquence à temps complet ou partagé dans le ressort du comité technique radiophonique de Paris).

319. Compte tenu de la saturation du plan de fréquences en région parisienne, ces autorisations contraignent fortement les radios dans leur choix de site de diffusion. Pour la zone de Paris, le CSA distingue deux secteurs d'implantation : Paris, qui comprend plusieurs sites de diffusion, et Paris-Tour Eiffel¹⁰, pour le seul site de la Tour Eiffel. Toutefois, du point de vue des éditeurs, ces sites ne sont pas substituables sur le marché de gros aval, et, par conséquent, du point de vue des diffuseurs, sur le marché de gros amont.
320. En effet, du fait de sa situation et de sa hauteur (plus de 300 mètres), le site de la Tour Eiffel couvre un bassin de population d'environ 11 millions d'habitants, soit 18 % de la population métropolitaine. Il constitue un site unique, comme l'indique par exemple le groupe Lagardère Active : « *Paris étant un bassin, le positionnement de la Tour Eiffel en centre de ce bassin lui confère un caractère de site inégalable, capable de couvrir toute la région parisienne et d'assurer une continuité de réception aux auditeurs en mobilité qui représentent 33 % de l'audience* » (cote 5817, 07/0017F).
321. En outre, l'appel à candidatures lancé par le CSA en novembre 2006 ayant imposé que toutes les fréquences autorisées à une PAR de 10 kW soient diffusées depuis le site de la Tour Eiffel et toutes les radios concernées souhaitant être diffusées à cette puissance, cette contrainte du plan de fréquences rend le site de la Tour Eiffel incontournable pour celles-ci.
322. De surcroît, 31 fréquences en région parisienne, qui correspondent à des radios privées à vocation nationale, aux radios de service public et à des radios locales ou régionales, y compris des radios ayant une PAR de 4 kW, ne peuvent être obtenues qu'en étant diffusées depuis le site de la Tour Eiffel. À supposer même qu'un site comparable existe, un éditeur devrait alors, pour être diffusé depuis ce site, être prêt à changer de fréquence, ce qui n'est pas envisageable eu égard au risque de perte d'audience et au coût de communication lié à ce changement, comme l'ont souligné plusieurs éditeurs (cotes 9552, 7789 et 5796, 07/0017/F). Cela explique que, « *lors des appels à candidature en FM, les éditeurs ne raisonnent qu'en fréquence* » (cote 9552, 07/0017F).
323. Dès lors, la couverture exceptionnelle qu'offre le site de la Tour Eiffel, conjuguée au coût important que représente, pour un éditeur, un changement de fréquence, rend ce site incontournable.
324. Ceci explique, comme l'ont indiqué plusieurs éditeurs et comme l'a mentionné TDF elle-même, que les prix des services de diffusion depuis le site de la Tour Eiffel proposés par TDF aux éditeurs de programmes radiophoniques en mode FM ne sont pas négociables. TDF le reconnaît elle-même en répondant au questionnaire du Conseil de la concurrence du 26 juin 2007 : « *À ce jour, deux radios ont retourné la proposition commerciale signée (...). Aucune négociation n'est en cours à proprement parler : le prix proposé par TDF est ferme et ne peut donner lieu à discussion* » (cote 2856, 07/0018M). Plusieurs éditeurs, comme les groupes RTL et Lagardère font état de cette impossibilité de négocier.
325. Dans le cadre de l'instruction, le CSA a qualifié le site de « *difficilement répliquable* » (cote 2038, 07/0018M). L'ARCEP a également défini ce site en 2009 comme un site non répliquable dans le cadre de son analyse de marché relative à la TNT, en se fondant sur des critères de hauteur d'antenne et de caractéristiques spécifiques du site, transposables au cas d'espèce. De même, les diffuseurs ont souligné qu'il n'était pas envisageable en termes

¹⁰ Cotes 9429 et 9430 en particulier, 07/0017F (Décision n° 2006-648 du 7 novembre 2006 citée à la note précédente).

d'autorisation et en termes financiers d'implanter un site concurrent de celui de la Tour Eiffel (par exemple cote 5827, 07/0017F).

326. Il n'y a donc pas de site substituable à celui de la Tour Eiffel grâce auquel les éditeurs de radio autorisés sur ce site et dont les fréquences parisiennes habituelles sont associées à ce site pourraient faire jouer la concurrence sur le marché de gros aval des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes radiophoniques en mode FM en région parisienne.
327. Ainsi, la grande majorité des fréquences FM est diffusée depuis la tour Eiffel. Les autres sites d'émission de la zone de Paris diffusent une à trois fréquences, voire 10 pour Bagnolet-les Mercuriales, alors que le site de la Tour Eiffel en diffuse 30, sur 48 au total.
328. La demande de diffusion en région parisienne des radios FM autorisées sur le site de la Tour Eiffel ne pouvant être satisfaite que par des diffuseurs présents sur ce site, il est possible d'isoler un marché pertinent de gros aval des services de diffusion des radios FM autorisées depuis le site de la Tour Eiffel. En effet, un opérateur diffusant sur ce site est en mesure de s'abstraire de la concurrence des autres sites parisiens.
329. Cette segmentation géographique du marché de gros aval se reflète dans la délimitation du marché de gros amont. En effet, sur le marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes radiophoniques en mode FM dans la zone de Paris, sur lequel se rencontrent la demande de diffuseurs cherchant à être hébergés sur un ou éventuellement plusieurs sites et celle des diffuseurs déjà occupants d'un site et susceptibles de proposer de telles prestations d'hébergement, l'offre d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel ne peut être substituée par aucune autre, dès lors que ces autres sites de diffusion n'autorisent, de par leurs caractéristiques propres, qu'un accès à une demande de la part des éditeurs bien plus restreinte que celle accessible à partir du site de la Tour Eiffel et que les éditeurs de radio ne peuvent pas substituer à la diffusion à partir de la Tour Eiffel une diffusion à partir d'un autre site. Ainsi, à supposer qu'un diffuseur ne puisse être hébergé sur le site de la Tour Eiffel mais qu'il parvienne à être hébergé sur les autres sites implantés à Paris, il ne serait alors susceptible de répondre à la demande que de 17 radios (contre 31 à partir du site de la Tour Eiffel), dont certaines sont en outre des radios d'envergure locale.
330. Le marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel constitue donc le marché pertinent sur lequel la position de TDF doit être appréciée.

Sur la position de TDF

331. En 2007 et jusqu'à ce jour, TDF était occupant exclusif du site de la Tour Eiffel, de sorte que sa part de marché sur le segment amont du marché de gros en cause était de 100 %.
332. D'autres éléments, conjugués à sa part de marché sur le marché de gros amont, permettent de considérer que TDF occupe une position dominante sur le marché de gros amont de l'accès au site de la Tour Eiffel.
333. Comme le soulignait le Conseil de la concurrence dans sa décision de mesures conservatoires du 11 juillet 2007, « *s'agissant de la diffusion radiophonique, TDF ne proposait pas (...) d'offre d'hébergement avant le renouvellement de la convention d'occupation domaniale de la Tour Eiffel* » (cote 3682, 07/0017F). Par conséquent, le statut d'occupant du site de la Tour Eiffel permettait à TDF de disposer d'un accès exclusif à ce site non répliquable, incontournable dans la zone de Paris.

334. Pour les diffuseurs concurrents de TDF sur le marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes radiophoniques en mode FM à partir du site de la Tour Eiffel, la barrière à l'entrée que constitue l'accès au site de la Tour Eiffel était renforcée par les caractéristiques mêmes du site en question, qui en rendent l'exploitation complexe.
335. Le site de la Tour Eiffel est en effet décrit par TDF elle-même comme atypique et comportant de fortes contraintes. Celles-ci sont liées au manque de place sur le pylône et dans les bâtiments (cote 1395, 07/0018M), à la destination initiale différente de l'édifice, ce qui entraîne la mise en œuvre de techniques lourdes nécessitant une expertise et des équipements spécifiques et enfin à ses multiples usages, en particulier touristiques, et se traduisant notamment par des obligations de sécurité et des impératifs esthétiques et une concertation permanente entre des acteurs multiples (cote 1380, 07/0018M).
336. Ces contraintes requièrent, d'après TDF, des compétences et « *un savoir-faire très spécifique[s]* » (cote 1397, 07/0018M), qui admet, dans l'étude TERA de juin 2007, qu'en tant qu'exploitant sortant, elle « *présent[ait] probablement un avantage concurrentiel qualitatif (du fait notamment de son expérience et de son savoir-faire technique)* » (cote 2656, 07/0018M). Posséder une telle expertise constitue par conséquent une barrière à l'entrée supplémentaire pour les diffuseurs concurrents.
337. En outre, TDF détenait, sur le segment aval du marché de gros de la diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel, une part de marché de plus de 93 % (28 fréquences radio FM sur les 30 autorisées) puis, postérieurement à la nuit du 3 au 4 septembre 2007, de 100 % (les 31 fréquences autorisées).
338. En conclusion, il ressort de l'analyse des parts de marché de TDF sur le marché de gros amont des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel, d'une part, et de l'examen des barrières à l'entrée de diffuseurs concurrents sur ledit marché, d'autre part, que TDF détenait à l'époque des pratiques et détient encore une position dominante sur ce marché. Cette position dominante est également établie sur le marché de gros aval des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel.

2. SUR LE GRIEF N° 1

339. Il est fait grief à TDF 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.
340. Les éléments exposés dans la partie « Constatations » montrent que, dans le cadre du renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel, TDF a tout d'abord opposé un refus aux demandes d'informations de TowerCast relatives notamment aux actifs physiques présents sur le site de la Tour Eiffel, à la liste du personnel employé sur le site et aux contrats de maintenance en cours, puis a communiqué, de façon à la fois étalée dans le temps et incomplète, les informations demandées. Au jour de la remise des offres ultimes par les candidats, le 21 décembre 2006, TowerCast n'était toujours pas en possession de la liste complète des équipements présents sur le site, la liste

complète des équipements dont TDF envisageait la cession, l'évaluation décomposée de la valeur des équipements dont la cession était envisagée par TDF, la liste anonymisée des personnels susceptibles d'être repris par TowerCast ainsi que leur emploi, leur qualification et leur rémunération et enfin la liste des contrats de maintenance en cours. Par ailleurs, les actifs indispensables à la continuité de service sur la Tour Eiffel ont été surévalués par TDF.

341. Seront examinés ci-après :

- la contradiction alléguée par TDF entre le grief notifié et les jugements rendus par les juridictions administratives (a) ;
- l'existence alléguée par TDF d'autres solutions que la cession des actifs (b) ;
- les justifications avancées pour expliquer les conditions dans lesquelles ont été transmises les informations (c) ;
- l'évaluation des actifs (d) ;
- les effets anticoncurrentiels de la pratique (e) ;
- la durée de la pratique (f).

a) En ce qui concerne la contradiction alléguée entre le grief notifié et les jugements rendus par les juridictions administratives

Arguments de TDF

342. TDF soutient qu'en vertu des principes de sécurité juridique et de bonne administration et d'unité de la justice, l'Autorité ne saurait condamner TDF à un abus de position dominante, alors que la juridiction administrative a jugé que la Ville de Paris n'a pas permis à TDF d'abuser de sa position dominante et que TowerCast a été en mesure de remettre valablement son offre. Elle estime en outre qu'il existe des contradictions entre les décisions des juridictions administratives et le grief notifié et que les périmètres d'investigation des juridictions administratives et de l'Autorité n'étaient pas différents.

Appréciation de l'Autorité

343. La cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 19 janvier 2010, que la procédure conduite devant l'Autorité de la concurrence ne s'analysait pas en une instance au sens des procédures civiles, pénales et administratives et qu'en conséquence, l'autorité de la chose jugée attachée aux jugements rendus par les juridictions civiles, pénales ou administratives ne s'imposait pas à elle : « [...] *sur un plan formel et procédural, que la procédure administrative qui se déroule devant l'autorité (anciennement le Conseil) de la concurrence n'est pas une instance au sens des codes de procédure civile, pénale ou administrative ; que l'issue d'une telle instance, qu'il s'agisse d'une condamnation, d'une transaction ou d'une décision d'incompétence, serait donc indifférente à l'Autorité* » (arrêt rendu par la cour d'appel de Paris à l'occasion d'un recours contre la décision n° [09-D-07](#) du Conseil de la concurrence du 12 février 2009. Il en résulte que « *la décision rendue dans un litige opposant des particuliers est sans effet sur celle que le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, investie du pouvoir de sanctionner les*

*pratiques anticoncurrentielles, est amenée à rendre dans l'exercice des fonctions qui lui sont dévolues ».*¹¹

344. Au surplus, les trois conditions cumulatives d'identité d'objet, identité de cause et identité de parties ne sont pas remplies.
345. L'article 1351 du Code civil dispose que : « *L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité* ».
346. S'agissant de l'identité de l'objet, le recours devant le juge administratif formé par TowerCast sollicitait l'annulation de la délibération du conseil municipal de la Ville de Paris des 12 et 13 février 2007 autorisant le maire à signer la convention d'occupation avec la société TDF et l'annulation de ladite convention.
347. La question posée à l'Autorité par la saisine de TowerCast est de savoir si la société TDF a mis en œuvre une pratique unilatérale d'abus de position dominante à l'occasion du renouvellement de la convention d'occupation domaniale sur le site de la Tour Eiffel. L'Autorité doit se prononcer sur la conformité, au regard des règles de concurrence, du comportement unilatéral d'un opérateur économique privé, ici la société TDF.
348. Ainsi la condition d'identité d'objet n'est pas remplie.
349. S'agissant de l'identité de la cause, c'est-à-dire celle du terrain juridique sur lequel les demandes se placent, le juge administratif est amené à se prononcer sur la légalité de la convention au regard notamment du respect des règles de mise en concurrence par l'autorité publique concédante. Quant à l'Autorité, elle doit statuer sur le respect des règles de droit de la concurrence par une entreprise privée, candidate à un appel d'offres.
350. Il n'y a donc pas davantage identité de la cause.
351. S'agissant de l'identité des parties qui doivent figurer dans la nouvelle instance en la même qualité que dans la précédente, les parties devant le tribunal administratif étaient TowerCast, en tant que requérante, et la Ville de Paris, en tant que défendeur, TDF étant présente à l'instance. Les parties au dossier devant l'Autorité sont la société TowerCast en qualité de saisissante et la société TDF en qualité de mise en cause.
352. L'identité des parties fait également défaut.
353. En l'absence de réunion des trois identités d'objet, de cause et de parties, TDF ne peut utilement soutenir que les jugements administratifs qu'elle invoque font obstacle à ce qu'un abus de position dominante lui soit reproché par l'Autorité.
354. Ainsi, le fait que le tribunal administratif et la cour administrative d'appel de Paris aient pu considérer que la Ville de Paris n'avait pas favorisé un abus de position dominante de la société TDF à l'occasion du renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel n'emporte aucune conséquence juridique dans le cadre de la présente affaire.
355. De même, la circonstance que dans certains cas, le juge administratif et le juge civil tiennent compte de l'efficacité de leurs jugements respectifs dans des cas d'espèces où

¹¹ Cour d'appel de Paris, arrêt du 9 décembre 1997 rendu à l'occasion d'un recours contre la décision [96-D-72](#) du 19 novembre 1996 du Conseil de la concurrence. Voir aussi l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 17 mars 1998 à l'occasion d'un recours contre la décision [97-D-22](#) du 8 avril 1997 du Conseil de la concurrence.

ces décisions ne peuvent être considérées comme étant revêtues de l'autorité de la chose jugée, la présente décision ne prive pas d'efficacité les jugements rendus par la juridiction administrative.

356. Enfin, l'Autorité a la faculté et non l'obligation, de tenir compte, dans ses décisions, des constatations opérées par les juridictions administratives et civiles : « *il est loisible au Conseil [de la concurrence] de retenir des faits et constatations utilisés par la cour d'appel pour fonder sa décision et les apprécier au regard de la pratique dénoncée* » (décision [08-D-27](#) du 20 novembre 2008 du Conseil de la concurrence, § 43).
357. Au surplus, les périmètres d'investigation étaient différents. Le juge administratif apprécie, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, l'éventuel risque de distorsion de concurrence dû à l'activité de la Ville de Paris, en fonction des mémoires et pièces produits par TowerCast, le requérant et la Ville de Paris, le défendeur. Il statue sur les seuls moyens soulevés par le requérant, à l'exception des moyens soulevés d'office, alors que l'Autorité, saisie *in rem*, se prononce au terme d'investigations approfondies, sur le fonctionnement concurrentiel d'un marché.
358. Par conséquent, les arguments présentés par TDF seront écartés.

b) En ce qui concerne l'existence alléguée d'autres solutions que la cession de ses équipements par TDF

Arguments de TDF

359. TDF soutient que, dans l'hypothèse où la société TowerCast aurait remporté l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale sur le site de la Tour Eiffel, la cession de ses équipements installés sur le site n'était pas la seule solution possible.
360. Elle considère que la location permettait tout aussi bien de satisfaire aux exigences du cahier de consultation, et qu'elle aurait été pertinente économiquement. Elle affirme que TowerCast aurait toujours refusé d'envisager les solutions alternatives à une cession des équipements, et que la Ville ne lui aurait pas non plus demandé de préciser ces scénarii.

Appréciation de l'Autorité

Les mêmes informations concernant les actifs et les contrats de maintenance devaient être communiquées en cas de cession ou de location

361. À supposer même que la location des équipements ait été une solution envisageable, la transmission des informations détenues par TDF à TowerCast était indispensable pour permettre à cette dernière de présenter son offre. Dans la décision de mesures conservatoires, le Conseil de la concurrence a ainsi estimé que : « (...) *Toutefois, l'évaluation du montant des loyers, indispensable à la construction d'une offre par TowerCast, passait obligatoirement par l'élaboration d'une liste précise des équipements concernés et leur valorisation, le loyer d'un bien étant lié à la valeur de ce dernier. Dans ces conditions, d'une part, le délai que TDF a jugé nécessaire pour transmettre à TowerCast une évaluation chiffrée exploitable de la valeur des équipements ne laissait plus à TowerCast le temps d'explorer l'hypothèse d'une location, et d'autre part, la question du niveau jugé excessif de cette valorisation se posait, dans le cas d'une cession comme dans celui d'une location* » (décision n° [07-MC-05](#), paragraphe 137).

362. Ainsi, en cas d'achat ou de location des actifs, les mêmes informations auraient dû être communiquées, y compris concernant les contrats de maintenance attachés aux actifs en cause.

La cession de ses actifs par TDF était la seule solution envisagée par la Ville, en dehors du retrait des équipements et de l'acquisition sans indemnité par la Ville desdits équipements

363. L'arrêté d'autorisation d'occupation pris par la Ville le 27 décembre 2006, permettait à TDF d'occuper les emprises de la Tour Eiffel du 1^{er} janvier 2007 au 28 février 2007, alors que la procédure de mise en concurrence pour le renouvellement de l'occupation du domaine public de la Tour Eiffel était en cours et qu'il était nécessaire d'assurer la continuité du service et de l'exploitation de la Tour Eiffel.
364. À l'expiration de la convention, cet arrêté prévoyait le retrait par TDF de la totalité de ses équipements dans un délai de trois mois à compter de la notification adressée par la Ville. Passé ce délai, les équipements en cause seraient devenus propriété de la Ville :

ARTICLE 6 -

A l'expiration de la présente autorisation - si celle-ci n'est pas expressément renouvelée ou en cas de retrait - le permissionnaire doit remettre les lieux en bon état d'entretien. Il s'engage à enlever la totalité de ses installations et à remettre en état et à ses frais les emplacements énumérés à l'article 6. Le permissionnaire disposera d'un délai de trois mois (à compter de la notification qui devra lui être adressée par la Ville de Paris par lettre recommandée avec accusé de réception) pour libérer les lieux. Passé ce délai, le permissionnaire est redevable envers la Ville de Paris d'une pénalité de 213 euros par jour de retard.

Par ailleurs, si dans le délai précité de trois mois, le permissionnaire n'a pas débarrassé les lieux des biens mobiliers qui s'y trouvent, ceux-ci seront réputés comme étant devenus la propriété de la Ville de Paris.

365. Ces dispositions se combinent avec celles du cahier de consultation élaboré par la Ville dans le cadre de la procédure de mise en concurrence et envoyé le 29 août 2006 ¹²:

2.6.2 Continuité de service et modalités de rachat des installations existantes

Le futur occupant précisera les délais d'installation prévus et le dispositif envisagé pour prévenir toute interruption de service ou baisse de qualité pour la population actuellement couverte par les installations situées au sein de la tour Eiffel. Il précisera à cet effet un planning d'installation coordonné avec celui de l'éventuel retrait des installations existantes.

L'occupant prendra les lieux libres de toutes les installations appartenant à l'occupant précédent sauf accord passé avec ce dernier. 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.

366. Ainsi, au vu de ces deux documents, au moment de la procédure de mise en concurrence, seules trois situations étaient envisagées pour les actifs de TDF sur le site (en-dehors des équipements d'émission), au cas où un autre concurrent remporterait l'appel d'offres :

¹² Contrairement à ce que suggère la dernière phrase de l'article 2.6.2, l'activité de diffusion exercée par la société TDF depuis le site de la Tour Eiffel ne revêt pas le caractère d'une mission de service public, point rappelé par le tribunal administratif de Paris pour juger que le litige portait sur un titre d'occupation du domaine public, et non sur une délégation de service public.

- la remise en état du site, et donc le retrait des équipements, dont TDF reste propriétaire ;
- à défaut, les équipements devenaient propriété du concédant, c'est-à-dire de la Ville, sans indemnisation pour l'ancien propriétaire TDF ;
- ou un accord entre le nouvel occupant et TDF comprenant la possibilité pour celle-ci de vendre ses actifs à son successeur selon les modalités prévues à l'article 2.6.2. précité du cahier de consultation.

367. L'arrêté du 27 décembre 2006 et le cahier de consultation ne prévoyaient aucunement la location ou le sous-hébergement. Au contraire, l'article 2.5.2 cahier de consultation tient pour acquis que l'occupant exploitera « ses » installations, ce qui implique qu'il les possède : *« Le droit d'utilisation des emplacements sur la Tour Eiffel visés à l'annexe I, qui sera accordé à l'occupant pour lui permettre d'y exploiter ses installations, ne pourra lui garantir, dans le cadre des rapports conventionnels à venir, aucune exclusivité dans le domaine des liaisons sans fil auxquelles la Tour est susceptible de servir de support, qu'elles intéressent notamment la radio, la télévision, les communications électroniques, les relations hertziennes ou autres »* (cote 27, 07/0017F).

368. La Ville s'est prononcée sur l'absence de pertinence d'autres solutions. Ainsi, en réponse au courrier du 16 octobre 2006 de TDF où celle-ci *« considère que la continuité du service peut être assurée dans des conditions résultant du droit des communications électroniques sans qu'il soit nécessaire de procéder à la cession d'équipements de communication comme ceux évoqués par TowerCast »* (cotes 1120-1121, 07/0018M VNC), elle a, dans son courrier du 23 octobre 2006, clairement opposé un refus à TDF de demeurer propriétaire de ses installations en cas de perte de l'appel d'offres et d'absence de démontage des équipements. Elle rappelle l'article 1 du cahier de consultation relatif à l'absence de possibilité de dissociation entre le droit d'occupation et celui d'exploitation par le futur occupant. Il est ainsi clair que l'occupant du site est destiné à l'exploiter avec des équipements qu'il possède en propre.

Par courrier en date du 16 octobre, vous avez bien voulu, à la demande de la Ville, m'indiquer les conditions de cession d'équipements d'environnement (ventilation/climatisation, groupes électrogènes, transformateurs, monte charge, caméras de surveillance, détection incendie) envisagées par la société TDF, dans l'hypothèse où elle ne serait pas attributaire de la convention d'occupation en cours de renouvellement.

Vous ne vous prononcez cependant pas sur le montant de cession des équipements de diffusion dont la liste vous a été précisée dans le courrier adressé par la Ville le 12 octobre (aériens, feeders et cheminements, multiplexeurs...). Vous proposez uniquement une offre d'hébergement et de diffusion à vos concurrents. Cependant comme indiqué dans l'article 1 du cahier de consultation, la Ville de Paris, n'entend pas dissocier le droit d'occupation de celui d'exploitation attribué au futur occupant.

A l'issue de l'autorisation d'occupation en vigueur, la société TDF, si elle n'est pas retenue, devra remettre les lieux occupés en bon état d'entretien. Faute de pouvoir enlever les biens mobiliers, la Ville de Paris en deviendra propriétaire en application de l'article 6 de l'autorisation d'occupation en vigueur.

Soucieux de garantir le respect des règles de concurrence dans le cadre de la procédure de consultation engagée, je vous remercie de bien vouloir m'indiquer dans les plus brefs délais vos conditions de cessions pour les équipements de diffusion mentionnés ci-dessus.

Je vous prie de croire, Monsieur le Directeur, à l'assurance de ma considération distinguée.

369. Il résulte de ce qui précède que, pour la Ville, l'occupation, l'exploitation et la propriété des équipements reviennent au titulaire de la convention d'occupation du site de la Tour Eiffel. Si sa position a pu évoluer sur la question d'autres solutions que la cession postérieurement à l'appel d'offres¹³, cela ne reflète pas celle qui figure dans le cahier de consultation ni celle qu'elle avait au moment où les candidats à l'appel d'offres ont concouru.
370. C'est pourquoi, la location et le sous-hébergement, invoqués par TDF, ne constituaient pas des solutions possibles. Elles auraient impliqué que la société TDF, alors qu'elle avait échoué à l'appel d'offres, fût néanmoins en droit de continuer à bénéficier d'un droit de propriété sur les équipements en place et à en tirer des revenus.
371. Enfin, TDF ne saurait soutenir que l'absence de dissociation entre l'occupation, l'exploitation et la propriété des équipements de diffusion est incompatible avec la mise en place d'une offre d'hébergement par TowerCast. En effet, l'offre d'hébergement en question concerne des équipements de diffusion uniquement et est expressément prévue à l'article 2.5.2. du cahier de consultation, qui pose une obligation, pour le futur titulaire de la convention d'occupation domaniale, d'assurer l'hébergement de diffuseurs concurrents, ce qui inclut leurs équipements d'émission.

La cession de ses actifs par TDF était la seule solution possible compte tenu des contraintes pesant sur le titulaire de la convention d'occupation et d'un point de vue économique

372. En premier lieu, le démontage ou le retrait des équipements était incompatible avec l'obligation de continuité du service posée par la Ville, posée notamment à l'article 2.6.2. du cahier de consultation (voir paragraphe 365).
373. Comme l'a relevé la décision de mesures conservatoires du 11 juillet 2007 : « (...) la plupart des équipements installés sur le site de la Tour Eiffel ne sont pas duplicables du fait de l'exiguïté des lieux et des contraintes de poids. De plus, si le remplacement de ces équipements est techniquement possible, il le serait dans des conditions de délais incompatibles avec le calendrier de changement de titulaire envisagé par la ville de Paris et la contrainte de continuité du service public » (paragraphe 128).
374. L'ARCEP, dans son avis du 24 janvier 2012, partage la même analyse : « pour répondre à l'exigence de continuité du service prévue par la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel, un diffuseur alternatif tel que TowerCast n'avait d'autre choix que de racheter les équipements installés par TDF sur les emplacements de la Tour Eiffel objets de la convention d'occupation domaniale, ou à tout le moins une partie significative de ces équipements » (cotes 5107-5108, 07/0017F).
375. Ainsi, compte tenu du caractère non répliquable de la plupart des équipements, de l'exigence de continuité de service et des délais contraints imposés par la Ville pour l'appel d'offre, le démontage de ses équipements par TDF n'était pas réaliste.
376. En deuxième lieu, il n'était pas économiquement viable pour TDF de démonter ses équipements ou de les laisser en place car ils seraient alors revenus à la Ville sans indemnité.

¹³ En particulier lors de l'audition de 2007, les représentants de la mairie de Paris avaient indiqué : « De plus, pour nous, la cession des équipements n'était pas la seule solution envisageable. La clause relative à l'hébergement des tiers que nous avons insérée dans le cahier de consultation permettait de négocier d'autres solutions (cession partielle, location, sous-hébergement etc.) » (cote 3653, 07/0018M).

377. En effet, selon TDF elle-même, la plupart des équipements installés sur le site n'étaient pas redéployables parce qu'il s'agissait de « *matériels uniques* » et « *systèmes ad hoc que l'on ne retrouve sur aucun autre site* » (cotes 9251, 1380, 07/0017F).
378. L'abandon des biens à la Ville sans indemnité n'avait pas de sens économiquement pour TDF, compte tenu de la possibilité de les vendre à son successeur pour un montant de plusieurs millions d'euros.
379. TDF elle-même exprime à plusieurs reprises ce point de vue : « *l'échec de la négociation aurait eu des conséquences inacceptables pour TDF, l'obligeant, soit à retirer ses équipements et à supporter toutes les conséquences d'une rupture des services de diffusion, soit à abandonner gratuitement les biens à la Ville* » (cote 14641, 07/0017F). « *Or, TowerCast aurait été en position de force pour négocier à la baisse le prix d'acquisition des équipements dans la mesure où l'échec de cette négociation aurait eu des conséquences inacceptables pour TDF, l'obligeant, soit à retirer ses équipements et à supporter toutes les conséquences d'une rupture des services de diffusion, ce qui était inenvisageable, soit à abandonner gratuitement les biens à la Ville de Paris. En effet, il convient de rappeler que la Ville de Paris serait ipso facto devenue propriétaire sans indemnité à l'issue du délai de trois mois laissé par l'ancienne autorisation d'occupation si aucun accord n'avait été trouvé entre les parties. Il convient de souligner que ce dernier élément, pourtant essentiel, est passé sous silence dans la Notification de Grieffs* » (point 540, cote 19 097, 07/0017F).
380. Il ressort ainsi clairement des déclarations de TDF que des trois solutions que TDF reconnaît comme les seules possibles, à savoir la cession, le retrait ou l'abandon sans indemnité à la Ville, seule la première était réaliste.

Les autres solutions que la cession n'ont pas été clairement envisagées par TDF et TowerCast

381. La société TDF avance qu'il existait plusieurs solutions alternatives à la cession des actifs. Dans son courrier du 18 septembre 2006 précité, elle indiquait : « *S'agissant de la continuité des activités, TDF estime que celle-ci peut être assurée de plusieurs façons, notamment par l'hébergement des équipements sur le site, leur cession éventuelle n'étant qu'une modalité parmi d'autres* » (cote 1166, 07/0018M). Cependant, elle ne fait que mentionner « d'autres » modalités, sans plus de précisions.
382. En outre, c'est seulement dans le cadre de l'instruction du dossier devant l'Autorité que TDF a abordé de façon plus concrète les solutions alternatives à une cession de ses équipements : l'installation par TowerCast de ses propres équipements (avec comme solution temporaire la location des équipements de TDF), la location des équipements de TDF par TowerCast ou encore l'hébergement par TowerCast des équipements installés par TDF. Elle n'a cependant pas fourni la moindre analyse juridique de la faisabilité de ces solutions.
383. Enfin, TowerCast n'a jamais manifesté d'intérêt pour d'autres solutions que l'acquisition des équipements de TDF nécessaires à la mise en place de son activité de diffusion, au cas où elle aurait été choisie par la Ville.
384. Il résulte de tout ce qui précède que TDF aurait été conduite à céder ses équipements à l'entreprise concurrente qui aurait remporté l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel.

c) En ce qui concerne les justifications avancées pour expliquer les conditions dans lesquelles ont été transmises les informations par TDF

Arguments de TDF

385. En premier lieu, TDF invoque plusieurs raisons pour expliquer son refus initial de transmettre les informations demandées, comme des contraintes liées aux impératifs de sécurité publique, le respect du principe d'égalité, le respect du droit de la concurrence et le secret des affaires. Au final, TDF estime que TowerCast a de toute façon reçu en temps utile les informations nécessaires pour lui permettre de répondre à l'appel d'offres de la Ville le 21 décembre 2006.
386. En second lieu, TDF estime avoir fourni des informations suffisamment complètes et fiables pour que TowerCast puisse répondre à l'appel d'offres. Elle fait valoir que les informations sur la décomposition du prix des actifs n'étaient pas nécessaires et que TowerCast a pu obtenir de nombreux renseignements lors de ses visites sur place. Elle avance que les informations concernant les salariés de TDF, qui n'étaient pas davantage indispensables à TowerCast, ont été fournies à celle-ci. Elle ajoute que les informations relatives aux contrats de maintenance ne pouvaient pas être fournies à TowerCast et ne lui étaient pas nécessaires.

Appréciation de l'Autorité

Sur les raisons invoquées par TDF pour justifier son comportement relatif aux conditions de transmission des informations

◆ En ce qui concerne le refus initial de communication

387. En premier lieu, TDF soutient qu'elle pouvait légitimement refuser de communiquer certaines informations pour préserver le secret des affaires et respecter des impératifs de défense nationale. Elle invoque en particulier l'article 80 III du Code des marchés publics qui dispose : « *Le pouvoir adjudicateur ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation : a) Serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial ; b) Serait contraire à l'intérêt public ; c) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques* ».
388. L'article 80-III du Code des marchés publics n'a pas pour vocation d'établir des limites à la transmission d'informations par un soumissionnaire à un appel d'offres mais vise à empêcher le pouvoir adjudicateur à l'origine d'un appel d'offres de communiquer aux soumissionnaires des informations contraires aux intérêts commerciaux légitimes de ces derniers, à l'intérêt public ou aux règles de concurrence. Cette interprétation a été confirmée par le Conseil d'État : « *il résultait des dispositions précitées du code des marchés publics que, en communiquant au groupement SAS Bellin – EURL MUTP des informations relatives au prix et au délai d'exécution sur lesquels s'engageaient les autres sociétés candidates retenues pour présenter une offre, [le pouvoir adjudicateur] avait faussé l'application des règles du jeu de la concurrence et, ce faisant, manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence* » (CE, 20 octobre 2006, n° 278 601, Syndicat des Eaux de Charente-Maritime).
389. En l'espèce, la Ville n'a pas méconnu ces dispositions.
390. S'agissant des impératifs de défense nationale, lors de la préparation du cahier de consultation, la Ville a sollicité la direction des médias (DDM) à Matignon pour s'assurer de la possibilité d'une communication des actifs présents sur le site. La DDM lui a

confirmé qu'elle était bien en droit de demander à TDF de lui fournir « *la liste de l'ensemble des équipements et installations de la SA TDF, à l'exception de ceux relevant de la Défense Nationale* », ce qu'elle a indiqué à TDF dès le 17 mai 2006, puis à nouveau le 2 juin 2006 (cotes 9842 et 9813, 07/0017F).

391. TDF a elle-même communiqué à son expert privé, comme à l'expert missionné par les services d'instruction, une liste de 1028 lignes d'immobilisations alors que ces personnes ne sont pas habilitées à connaître de secrets de la défense nationale.
392. En outre, comme il est expliqué aux paragraphes 412 et suivants, il était impossible à un concurrent de construire une offre, à la fois techniquement et financièrement, sans disposer de ces informations sur les actifs de TDF. En tant que monopole historique présent sur le site de la Tour Eiffel, TDF ne pouvait invoquer le secret des affaires pour refuser que la liste de ses équipements communiquée à la Ville le 8 juin 2006 (cote 9828, 07/0017F) le soit aussi à ses concurrents.
393. En second lieu, TDF soutient que c'est par souci du respect des règles de concurrence et du principe d'égalité entre les candidats qu'elle a refusé, dans un premier temps, de fournir les informations demandées.
394. Concernant le respect des règles de concurrence, TDF ne saurait se prévaloir d'une jurisprudence qui prohibe les échanges d'informations entre concurrents préalablement au dépôt des offres lorsque cet échange est de nature à diminuer l'incertitude qui doit prévaloir entre entreprises sur le comportement de leurs concurrents dans le cadre d'un appel d'offres.
395. En effet, les demandes d'informations du 13 septembre 2006 formulées par TowerCast, qui font suite aux tentatives infructueuses de la Ville d'obtenir les mêmes renseignements au moment de l'élaboration du cahier de consultation (cote 9847) ne portent pas sur la réponse de TDF dans le cadre de l'appel d'offres et ne sont donc pas de nature à dévoiler la stratégie ou les propositions de TDF dans ce cadre. Il s'agit uniquement d'informations directement nécessaires aux candidats en vue de la construction d'une offre et que TDF détient du fait de son statut d'occupant en titre. TowerCast avait adressé à la Ville, le 12 septembre 2006 (cote 9210, 07/0017F), la copie du courrier qu'elle allait envoyer le lendemain à TDF (cotes 9786 à 9788, 07/0017F), ce qui traduit une démarche effectuée en toute transparence vis-à-vis du concédant et non d'un échange à caractère secret entre candidats.
396. Les arguments relatifs au caractère prétendument anticoncurrentiel d'un tel échange doivent donc être écartés.
397. Concernant l'égalité entre les candidats, il vient d'être rappelé que la demande d'informations adressée par TowerCast à TDF le 13 septembre 2006 avait aussi été transmise la veille à la Ville (paragraphe 395). Parfaitement informé de la démarche de TowerCast, le concédant aurait, en cas de réponse de TDF, immédiatement fait circuler cette réponse le cas échéant aux autres concurrents, d'autant qu'il attendait lui-même la plupart de ces informations depuis le mois de mai afin de les intégrer à son cahier de consultation.
398. Au contraire, dans son courrier du 1^{er} décembre 2006, la Ville invitait TDF à rétablir une égalité entre les candidats en communiquant les informations qui lui étaient demandées et dont elle seule avait connaissance : « *Je vous indique enfin que rien ne s'oppose à ce que vous communiquiez directement à vos concurrents des informations visant à rétablir une égalité dans la compétition, même si la Ville de Paris, garante de la procédure, peut servir d'intermédiaire* » (cote 9803, 07/0017F).

399. Le principe d'égalité entre les candidats ne risquait donc en aucun cas d'être violé.
400. Les raisons avancées par TDF pour justifier son refus initial de fournir les informations demandées ne peuvent donc être accueillies.

◆ En ce qui concerne les délais de transmission des informations

401. TDF estime avoir répondu dans des délais raisonnables aux demandes d'informations de la Ville de Paris, rapportant notamment ses délais de réponse au délai de plus d'un mois et demi qu'aurait pris la Ville avant de transmettre le cahier de consultation aux candidats le 29 août 2006.
402. S'agissant des informations demandées par la Ville à TDF pour établir son cahier de consultation, TDF admet elle-même avoir dû être relancée par le concédant : « *après deux relances de la Ville de Paris pour obtenir des compléments d'informations, TDF a communiqué une liste détaillée des équipements et biens utilisés sur le site de la Tour Eiffel, en précisant que cette liste relève du secret des affaires et ne doit donc pas être transmise à destination des tiers. TDF n'a pas communiqué l'évaluation du prix des équipements estimant que leur cession n'était pas nécessaire à la poursuite de l'activité de diffusion* » (paragraphe 186 de ses observations à la notification de griefs, cote 14611, 07/0017F).
403. En outre, il n'appartenait pas à TDF, en tant que candidat, de subordonner la communication des informations demandées par la Ville pour rédiger son cahier de consultation à sa propre appréciation des modalités de mise en concurrence. Par cette attitude, TDF se réservait, dans le cadre de la procédure à venir, une information dont elle privait ses concurrents.
404. La comparaison effectuée par TDF entre ses délais de réponse aux demandes de la Ville et la période de temps utilisée par la Ville pour établir son cahier de consultation n'est pas pertinente. Contrairement au concédant, TDF avait une maîtrise complète de l'information. En raison de la complexité du dossier et des difficultés rencontrées par la Ville à recueillir auprès de TDF les informations nécessaires à l'élaboration du cahier de consultation, un délai s'est écoulé avant l'envoi du cahier de consultation initialement prévu pour le 15 mai 2006 (cotes 9352, 07/0017F). Ce point a été confirmé par M. E..., lors de son audition : « *Le 27 juin 2006, nous étions dans une situation où nous n'étions pas en état de fournir le cahier de consultation. Les éléments que nous avons demandés à TDF dans le courrier initial étant indispensables à la constitution de ce cahier de consultation, sans ces éléments, nous avons pris du retard dans son élaboration* » (cote 9847, 07/0017F). TDF ne saurait reprocher à la Ville un délai dont elle est en partie responsable.
405. Comme cela a été démontré (paragraphe 397 et 398), l'argument relatif à la nécessité d'une autorisation de la Ville pour communiquer les informations demandées par TowerCast se heurte au constat que la demande des informations en cause émanait initialement de la Ville elle-même qui en avait besoin pour préparer son cahier de consultation. Or TDF n'y avait pas davantage fait droit.
406. Dans son tableau récapitulatif, qui met en rapport les délais dans lesquels TDF a répondu aux questions posées par TowerCast et celui dont disposait cette dernière pour les intégrer dans sa réponse finale à la demande de Paris (cote 14615, 07/0017F), TDF dissocie les informations demandées par la Ville et celles demandées par TowerCast.
407. Toutefois, pour apprécier le caractère tardif des réponses de TDF, le point de départ à prendre en compte doit être la demande d'informations adressée par la Mairie de Paris à TDF le 4 mai 2006 et non les demandes de TowerCast du 13 septembre 2006, qui

reprennent pour l'essentiel les mêmes demandes. De surcroît, le tableau n'est pas exhaustif. Par exemple, la réponse de TDF du 21 décembre 2006 sur la décomposition de la valeur de reprise des équipements, qui n'a jamais pu être retransmise à TowerCast, n'y figure pas. Enfin, ce tableau se contente de mettre en rapport des dates de demandes avec des dates de réponse, sans considération de contenu. Or, comme il sera plus amplement développé ci-dessous, les réponses de TDF étaient non seulement tardives mais incomplètes et cet état de fait a perduré jusqu'à la date du dépôt par les concurrents de leur offre ultime, le 21 décembre 2006.

408. Au surplus, contrairement à ce qu'indique TDF, le délai de vingt jours supplémentaires (du 11 au 31 octobre 2006), dont les parties ont disposé pour remettre leur offre initiale à la mairie de Paris, n'a en rien pu compenser le retard pris par TDF dans la transmission des informations demandées par TowerCast pour construire son offre, dès lors que les procédés mis en œuvre par TDF se sont poursuivis tout au long de la phase de négociation entre les candidats et la Ville.
409. Ainsi, l'ARCEP concluait à une absence de diligence de la part de TDF : « *L'Autorité constate que TDF n'a pas fait preuve de diligence pour répondre à la demande initiale de TowerCast tendant à obtenir la liste et le prix de cession des équipements nécessaires à l'exigence de continuité de service prévue à l'article 2.6.2 du cahier de consultation* » (avis n° 2012-0077 du 24 janvier 2012 précité, cote 5108, 07/0017F). Elle indique aussi que « *Ces atermoiements semblent contraires à la disposition de l'article 2.6.2 du cahier de consultation qui prévoit que TDF doit négocier « de bonne foi » la cession de ces équipements* » (avis n° 2007-0276 du 26 avril 2007, cote 2378, 07/0018M). De façon plus affirmative encore, elle ajoute : « *Ainsi, TowerCast a dû attendre le 24 novembre, soit quasiment trois mois après sa demande initiale, pour avoir une estimation générale de la valeur des équipements de TDF présents sur le site de la Tour Eiffel. Il apparaît que ce manque de diligence a constitué un obstacle pour TowerCast dans la construction de son offre* » (avis n° 2012-0077 du 24 janvier 2012 précité, cote 5109, 07/0017F).
410. Le Conseil de la concurrence dressait la même conclusion : « [...] *l'examen des échanges intervenus entre septembre et décembre 2006 montre que TDF a tardé à communiquer les éléments demandés* » (décision n° 07-MC-05, points 118 et 121).
411. Au regard de tout ce qui précède, les arguments développés par TDF ne sont pas de nature à remettre en cause le caractère tardif de la transmission par TDF des informations nécessaires à une concurrence effective dans le cadre de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel.

Sur les justifications avancées par TDF relatives à la nature des informations en cause

◆ En ce qui concerne les actifs

412. TDF considère que les informations sur la décomposition du prix de ses équipements n'étaient pas nécessaires pour permettre à TowerCast de construire son offre et que celle-ci a demandé la ventilation du prix par équipement dans le but de remettre en cause l'estimation qu'elle a formulée et de négocier le prix de reprise de ses actifs avant l'issue de l'appel d'offres. Elle estime que les informations fournies étaient suffisantes à TowerCast pour construire son offre. Enfin, elle ajoute que TowerCast a eu l'occasion d'évaluer les équipements lors de ses nombreuses visites sur le site.
413. En premier lieu, disposer des informations détaillées sur la valorisation de ses actifs par TDF était indispensable à TowerCast pour construire son offre.

414. Les concurrents de TDF devaient être en position de connaître de façon précise les actifs qu'ils auraient été amenés à acquérir pour des raisons à la fois techniques et financières. En effet, techniquement, les concurrents devaient donner des garanties au concédant sur leur capacité à assurer la transition avec l'ancien occupant et la continuité du service, garantie exigée des candidats par le concédant. Financièrement, la construction d'un plan d'investissements et d'un compte de résultat prévisionnel impliquait une connaissance fine des équipements à reprendre. Les représentants de TowerCast ont à cet égard indiqué : « [...] pour établir le plan de financement sur 10 ans ; nous avons en effet besoin des marques, de l'âge des équipements, des conditions de garantie associées aux équipements ; sans l'accès à cet inventaire détaillé (par exemple l'âge des matériels), il était impossible d'établir un plan de financement précis, prévoyant par exemple les coûts de maintenance des équipements ou leur échéance de remplacement » (procès-verbal du 10 juillet 2013, cote 9775, 07/0017F).
415. La cession des équipements était, comme démontré ci-dessus (aux paragraphes 359 et suivants), la seule solution envisageable, et devait intervenir dans un calendrier particulièrement contraint, le cahier de consultation ayant été diffusé le 29 août 2006, la première offre devant être déposée le 11 puis le 31 octobre et l'offre définitive le 21 décembre 2006. Par conséquent, il aurait été cohérent qu'une négociation de cession puisse s'engager avant le résultat de l'appel d'offres.
416. D'un point de vue technique, l'exigence de continuité imposait d'organiser la transition en amont des résultats de l'appel d'offres pour prévenir toute interruption de service, en application de l'article 2.6.2 du cahier de consultation. En outre, l'article 3.2.2 dudit cahier présentait comme un critère d'appréciation des offres le : « calendrier d'aménagement et de mise en service de l'équipement » (cote 32, 07/0017F). La Ville avait aussi demandé expressément à TowerCast, dès la réunion du 8 novembre 2006 entre celle-ci et ses services, d'engager des négociations avec TDF : « il revient à TowerCast : [...] b) d'entamer, dès maintenant, la négociation commerciale privée avec TDF visant à obtenir un prix d'acquisition de ses équipements plus favorable que les 27 M€ annoncés » (cote 9905, 07/0017F).
417. TDF invoque un délai de transition de 6 mois pour assurer la continuité du service. Or, ce délai de 6 mois avait simplement été mentionné par TowerCast dans sa réponse à l'appel d'offres de la Ville, et ne reposait sur aucune base légale. Cet argument ne permet donc pas de remettre en cause la nécessité de transmettre les informations relatives aux actifs.
418. En deuxième lieu, les informations transmises n'étaient pas suffisamment détaillées, alors que TDF possédait les documents nécessaires.
419. Dans le cadre de sa candidature, TDF se targuait auprès du concédant de disposer d'une connaissance parfaite des équipements en place sur le site, comme elle l'explique elle-même le 15 novembre 2006 à la Ville : « TDF ne prévoit pas de réaliser un audit, au sens strict, des supports et équipements antennaires sur la Tour Eiffel, dans la mesure où TDF connaît parfaitement l'essentiel de ces supports (en particulier le pylônet sommital) et équipements antennaires, pour les avoir financés, conçus, fait réaliser et installer.[...] TDF serait en mesure de fournir à la Ville de Paris, dans les conditions de confidentialité adéquates, un inventaire des installations et équipements à l'entrée en vigueur de la future convention » (cote 9264, 07/0017F).
420. Plus encore, TDF disposait, pour ses besoins propres, dans son système d'information, du document comptable détaillé de 1028 lignes. Dans la note intitulée « Description de l'étude de valorisation des systèmes antennaires et équipements d'environnement de la Tour Eiffel » et dont l'objet était de « détailler l'étude ayant mené aux montants de 12 M€ et

15M€», communiquée le 22 mars 2007 à l’Autorité, TDF indiquait 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 [...]* » et fournissait des indications sur ce que comportait le listing utilisé (cote 1585, 07/0018M)

421. De même, dans son rapport d’expertise du 30 juillet 2008 portant précisément sur l’évaluation des actifs susceptibles d’être cédés à un nouvel occupant du site de la Tour Eiffel commandé par TDF, M. Z... indiquait s’être servi du document comptable de 1028 lignes d’immobilisations (cote 3462, 07/0017F).
422. Ainsi, alors que TDF disposait pour ses besoins propres, dans son système d’information, d’un document détaillé de 1028 lignes, l’information la plus fournie sur ce point qui a été communiquée à la Ville par TDF le 21 décembre 2006, est une répartition sommaire tenant sur une demi-page A4 reproduite au paragraphe 141.
423. Non seulement ce document ne comportait aucune liste exhaustive des actifs concernés ni d’indication de nature à éclairer la valorisation de chacun de ces équipements, mais il a été adressé par TDF à la Ville le jour même de la remise par les candidats de leur offre ultime et n’a donc pas pu être transmis par la Ville à TowerCast, qui a donc remis sa dernière offre à la mairie de Paris sans même disposer de cette information partielle.
424. La circonstance que TowerCast se soit fondée sur une valeur de rachat nettement inférieure ne saurait en rien permettre de démontrer, comme le prétend TDF, qu’elle n’avait pas besoin des informations sur les actifs de TDF ni exonérer TDF de l’obligation, qui lui incombait, de fournir ces renseignements.
425. Enfin, si TDF se prévaut des visites sur sites organisées par le concédant pour considérer que l’information a pu être complétée, elle n’assortit cette assertion d’aucun document permettant de l’établir. En outre, ce n’est pas sans contradiction que TDF soutient à la fois avoir légitimement protégé ses secrets d’affaires et que les visites du site ont permis de mettre à la disposition de la Ville et des candidats l’intégralité des informations en cause.
426. Au regard de ce qui précède, les informations sur la valorisation des actifs, nécessaires à TowerCast pour construire son offre, ne lui ont été communiquées que très tardivement et de manière incomplète par TDF, si bien que TowerCast n’a pas pu les exploiter pour bâtir son offre.

◆ En ce qui concerne les salariés

427. En premier lieu, TDF soutient qu’en l’absence de « *transfert d’une entité économique conservant son identité* » au sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, l’article L. 122-12 du code du travail (devenu article L. 1224-1) qui dispose que : « *[l]orsque survient une modification dans la situation juridique de l’employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l’entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l’entreprise* » n’était pas applicable en cas de changement d’occupant du domaine public sur le site de la Tour Eiffel.
428. TowerCast a, le 13 septembre 2006, demandé à TDF, dans le cadre de l’obligation légale de reprise des personnels prévue à l’article L. 122-12 du code du travail, la liste de l’ensemble des salariés travaillant sur le site, leurs fonctions et leurs rémunérations (cote 1169, 07/0018M).

429. Si la reprise des salariés ne figurait pas dans les questions de la Ville à TDF dans le cadre de la préparation du cahier de consultation, ni dans le cahier de consultation lui-même, le concédant a estimé applicable l'article L. 122-12 du code du travail. TDF, qui disposait pourtant de toutes les informations nécessaires pour trancher cette question, n'a quant à elle jamais exclu de façon catégorique l'application de l'article L. 122-12 durant la procédure de renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel, se bornant à émettre des doutes sur son application.
430. De surcroît, la Ville ne subordonnait pas le caractère indispensable des informations en cause à la seule obligation de reprise des salariés. En effet, dès son courrier du 28 septembre 2006, la Ville a demandé à TDF de répondre aux questions de TowerCast dont celles concernant les salariés. Dans son courrier du 1er décembre 2006, elle a précisé qu'elle estimait ces informations nécessaires à TowerCast pour que celle-ci puisse présenter une offre crédible : *« Je vous saurais par ailleurs gré de m'adresser les informations sur les personnels indispensables à TowerCast pour présenter une offre crédible, au regard notamment de ses obligations résultant de l'article L.122.12 du code du travail. En l'espèce, je vous demande de me communiquer avant lundi 4 décembre 15h00, la masse salariale non environnée par catégories et par âges ainsi que la répartition entre les contrats à durée déterminée ou indéterminée des personnels susceptibles d'être transférés au nouvel occupant »* (cote 9803, 07/0017F). L'utilisation de l'adverbe « notamment » signifie que la Ville ne conditionnait pas le caractère indispensable des informations en cause à la seule obligation de reprise des salariés.
431. En outre, les précisions demandées par la Ville à TowerCast après avoir examiné son offre du 31 octobre 2006, ne concernaient pas que la reprise des salariés et impliquaient que celle-ci pût disposer préalablement des renseignements précis et détaillés demandés à TDF sur ses salariés. Ainsi, le 14 novembre 2006, la Ville a demandé à TowerCast de : *« Préciser la nature des contrats de travail des personnes qui seraient employées sur le site (CDI, CDD, temps plein ou temps partiel, missions) et l'évolution de la masse salariale non environnée envisagée lors des 10 années de la convention 2) Quelle politique est envisagée par le candidat quant à la reprise des salariés de l'ancien concessionnaire ?(...) 5) Justifier le degré de recours à la sous-traitance par la société candidate »* (cote 9272, 07/0017F). Dans son courrier du 8 décembre 2006, la Ville demandait également à TowerCast des précisions sur la description de l'équipe mise en place de l'offre, en explicitant pour les différentes prestations, l'entreprise qui en aura la responsabilité (cote 9309, 07/0017F).
432. Si TDF ne pouvait effectivement communiquer aucune information nominative sur ses personnels, en vertu de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, rien ne lui interdisait de communiquer à TowerCast une liste anonymisée mais précise et exhaustive des différents postes occupés sur le site, afin que TowerCast puisse intégrer cette information à son offre, à la fois en termes de coûts de personnels, pour formuler sa proposition technique et envisager précisément quel recours à la sous-traitance lui serait nécessaire.
433. En deuxième lieu, TDF soutient que, nonobstant la question de l'applicabilité de l'article L. 122-12 du code du travail, des informations détaillées ont été communiquées, qui remplissent les standards fixés par le Conseil d'État concernant l'obligation d'information sur la masse salariale des salariés à reprendre, qui pèse sur les collectivités territoriales lors du renouvellement d'un contrat public et qui, bien qu'approximatives, étaient suffisamment fiables pour répondre aux questions posées par la Ville de Paris.

434. Mais tout d'abord, la procédure devant l'Autorité ne porte pas sur l'appréciation du comportement de la Ville telle qu'elle découle de la jurisprudence administrative, mais uniquement sur celui de TDF, en sa qualité d'opérateur sortant en situation de position dominante et soumis à ce titre à une responsabilité particulière.
435. Ensuite, TDF a fourni des informations très différentes sur le nombre de ses salariés, au cours du seul mois d'octobre 2006. Dans son courrier du 10 octobre 2006 (paragraphe 98), TDF a indiqué à TowerCast qu'elle employait une quarantaine de personnes sur le site de la Tour Eiffel : « *TDF emploie actuellement une quarantaine de personnes sur le site qui assurent des responsabilités de techniciens d'exploitation et de maintenance, de gardiennage et d'encadrement. Leurs missions s'inscrivent dans le cadre de l'organisation de l'entreprise notamment en filières techniques* » (cote 1242, 07/0018M). Dans son offre à la Ville du 31 octobre 2006, elle indiquait employer seulement 31 personnes : « *TDF emploie actuellement 31 personnes à temps plein sur le site de la Tour Eiffel. Ces personnes assurent des responsabilités de maintenance et d'exploitation, de surveillance et de gestion du site* » (cote 1064, 07/0018M).
436. Ainsi, au moment où TowerCast a déposé son offre initiale à la mairie de Paris le 31 octobre 2006, elle disposait, de la part de TDF, d'informations erronées sur les personnels employés par l'occupant du site.
437. En définitive, TowerCast n'a obtenu que tardivement des informations incomplètes. En effet, TDF n'a pas répondu à la demande de TowerCast dans son courrier du 13 septembre 2006, et n'a pas communiqué d'informations exploitables sur les salariés. Faute pour TowerCast de disposer des informations sources de la part de TDF pour répondre en particulier aux précisions demandées par la Ville le 14 novembre 2006, celle-ci a dû relayer la demande de TowerCast de façon appuyée dans son courrier du 1^{er} décembre 2006 et demander à nouveau des précisions à TDF dans son courriel du 8 décembre 2006 (cote 9807, 07/0017F).
438. Ainsi, TowerCast n'a jamais obtenu une liste exhaustive non nominative des emplois sur le site, alors que cette information était disponible. Les premiers éléments partiels exploitables (type d'emplois, classification dans la convention nationale des télécommunications et masse salariale chargée) transmis par TDF sur ce sujet l'ont été dans son courrier du 4 décembre 2006, soit près de 3 mois après la demande de TowerCast et à un stade très avancé des négociations, près de 2 semaines avant la date de dépôt des offres ultimes par les candidats. Ce n'est que le 11 décembre 2006 que TowerCast a pu disposer, aux dires mêmes de TDF, d'« *une première approximation qui demanderait à être affinée* » du nombre de salariés et de la masse salariale par domaine d'activités (cote 9807, 07/0017F). Jusqu'au dépôt par les candidats de leurs offres ultimes le 21 décembre 2006, cette information n'a jamais été affinée.
439. En conséquence, les informations transmises par TDF sur les salariés, pourtant nécessaires à TowerCast pour construire son offre, étaient à la fois incomplètes et tardives.

◆ En ce qui concerne les contrats de maintenance

440. TDF soutient qu'en vertu de la jurisprudence administrative, elle n'était pas tenue de communiquer ses contrats de maintenance. Elle ajoute que lesdits contrats étaient négociés au niveau national et qu'elle n'a pas souhaité dévoiler à l'un de ses concurrents directs les conditions commerciales accordées par ses prestataires. Enfin, elle conteste que des habilitations spécifiques auraient été nécessaires pour les intervenants en charge de la maintenance compte tenu de la complexité exceptionnelle du site et des impératifs de

sécurité nationale. Elle ajoute que TowerCast avait déjà une activité sur le site et donc des contrats de maintenance et qu'elle n'a jamais relancé TDF pour obtenir cette information.

441. Dans son courrier du 4 mai 2006, la mairie de Paris demandait à TDF, au titre des informations et documents « *indispensables pour la rédaction du cahier de consultation qui sera remis à chaque candidat* » (cotes 9375 et 9376, 07/0017F), une copie des contrats de maintenance en cours.
442. TowerCast, dans son courrier du 13 septembre 2006, demandait, elle, des renseignements à la fois sur le nom des prestataires, pour pouvoir les contacter et sur les contrats transmissibles de plein droit : « *Nous souhaiterions également connaître le nom des prestataires chargés de l'entretien des matériels, installations ou infrastructures qui seraient ainsi laissés ou cédés, afin de nous permettre d'envisager de bénéficier des garanties qui seraient en cours et de l'expérience de ces entreprises, toujours dans le souci d'assurer la continuité de service mentionnée à l'article 2.6.2. La liste des contrats qui seraient transmis de plein droit à tout nouvel occupant est également une donnée structurante pour notre réponse* » (cote 1169, 07/0018M).
443. Dans sa réponse du 10 octobre 2006, TDF s'est bornée à répondre à la deuxième partie de la question : « *En toute hypothèse, aucun contrat, n'est à ma connaissance susceptible d'être transmis de plein droit à un nouvel occupant (3). La plupart des contrats ne sont pas propres au site de la Tour Eiffel, étant conclus au plan national : leur transmission est donc inenvisageable* » (cote 1242, 07/0018M).
444. Le fait que les contrats soient nationaux et éventuellement « *non transmissibles de plein droit* » ne signifie pas que TDF ne devait transmettre aucune information sur ces contrats.
445. En effet, si le concédant estimait que la transmission des contrats de maintenance était nécessaire à TowerCast pour pouvoir construire son offre, cette exigence était justifiée à la fois par le souci d'assurer la continuité du service, la négociation de bonne foi, par TDF, des actifs qu'elle entendrait céder et enfin par la complexité et la singularité du site.
446. TDF relevait elle-même dans son offre à la mairie de Paris du 31 octobre 2006 la complexité technique exceptionnelle du site (cote 1102, 07/0018M), soumis en outre à des sujétions particulières de défense pouvant impliquer des habilitations accordées aux personnels de maintenance ayant accès au site (cote 2051, 07/0018M). Au cours de leur audition du 26 mars 2007, les représentants de la Ville avaient souligné, au sujet du site de la Tour Eiffel, que « *les modalités d'entretien et de maintenance sont très spécifiques* » (décision du Conseil n° 07-MC-05 précitée, paragraphe 28). En outre, d'après les propres déclarations de TDF, certains prestataires doivent en particulier recevoir une habilitation des autorités de défense.
447. La circonstance que TowerCast disposait déjà d'installations beaucoup plus modestes sur le site, à un autre étage, et aux caractéristiques différentes et moins complexes n'est pas de nature à justifier l'absence de transmission d'informations par TDF sur ses contrats de maintenance.
448. Ainsi, le contexte très spécifique de cet appel d'offres justifiait sinon une transmission des contrats de maintenance au nouvel occupant, à tout le moins que les concurrents de TDF soient mis en mesure, comme le demandait TowerCast, de prendre l'attache des entreprises concernées pour apprécier les modalités de conclusion de contrats similaires sinon identiques avec des personnels qualifiés et, le cas échéant, habilités.
449. La fourniture d'informations précises sur ces contrats revêtait ainsi un caractère essentiel dans le cadre de l'appel d'offres en cours. La mairie de Paris n'était pas en mesure de

fournir cette information à TowerCast puisque TDF la lui avait refusée. Il incombait donc à TDF, en tant qu'opérateur dominant et soumis à ce titre à une responsabilité particulière, de la rendre disponible pour le concédant et pour ses concurrents à l'appel d'offres.

450. Au regard de ce qui précède, TDF ne peut sérieusement contester la nécessité de transmettre des informations sur les contrats de maintenance et le caractère incomplet desdites informations.

d) En ce qui concerne l'évaluation des actifs de TDF

Arguments de TDF

451. Selon TDF, le rapport d'expertise sur lequel les services d'instruction se sont fondés pour conclure au caractère erroné de l'évaluation des actifs communiquée par TDF à TowerCast et à la Ville lors de la consultation de 2006 doit être écarté.
452. TDF soutient que les conditions dans lesquelles s'est déroulée la procédure d'expertise ne sont pas satisfaisantes. Le délai de plus de cinq ans qui s'est écoulé entre le lancement de l'appel d'offres et le lancement de l'expertise aurait conduit l'expert à fortement minorer la valorisation des actifs et TDF aurait été dans l'incapacité de prouver sa propre valorisation. TDF remet également en cause la présence des rapporteurs lors de la première réunion d'expertise et l'impartialité du sapiteur.
453. À titre subsidiaire, TDF avance que le rapport de l'expert est entaché de graves erreurs de calcul et de méthode de délimitation du périmètre des actifs à céder.

Appréciation de l'Autorité

Sur le déroulement de l'expertise

454. En premier lieu, sur le lancement prétendument tardif de l'expertise, il est renvoyé aux développements ci-dessus concernant l'allégation par TDF de violation du principe du délai raisonnable (paragraphe 245 et suivants), en particulier à propos de la procédure de mesures conservatoires introduite concomitamment à la procédure au fond par la saisine de TowerCast du 16 février 2007, et des informations nécessaires à la valorisation de ses équipements sur le site que TDF a forcément réunis pour l'étude que TDF a fait réaliser pour son compte par M. Z... en février 2008. Dans ces circonstances, TDF ne pouvait exclure qu'une expertise soit diligentée par l'Autorité. Dès lors, TDF ne saurait tenir l'Autorité pour responsable de ne pas avoir conservé dans ses archives les documents nécessaires à l'évaluation de ses actifs, en particulier ceux relatifs à la télévision analogique.
455. En outre, c'est à tort que TDF prétend que le sapiteur a demandé à TDF de justifier l'existence de chaque actif présent par une photographie, sous peine d'exclusion du périmètre de valorisation. En effet, dans le courrier annexé à la note produite par l'expert le 30 avril 2014 en réponse aux critiques soulevées par TDF, le sapiteur rappelle que TDF n'a produit que 148 illustrations photographiques alors que 1028 lignes d'immobilisations ont été analysées : « *J'ai demandé des photographies parce que c'est là ma méthode de travail. Mais je n'ai obtenu que 148 photos pour 1028 lignes d'immos. Nous sommes contradictoirement convenus en début d'expertise que j'utiliserais tout ce que je pourrais utiliser (et pas seulement les photos [...]) J'ai admis tout ce qui pouvait raisonnablement être présumé (...)* Je n'ai écarté que les actifs dont je n'avais aucun élément sur leur matérialité en 2006 (...) Il y avait 148 photographies pour 1028 lignes d'immobilisation. Si les propos tenus ici étaient fondés, c'est quelques 880 lignes qui auraient été codées « E » » (cotes 14957-14959, 07/0017F).

456. En deuxième lieu, TDF ne saurait sérieusement se prévaloir de la plus grande fiabilité du rapport Mathieu de 2008, au motif qu'il a été réalisé à une époque plus proche des faits. Il s'agit d'une expertise privée que TDF a commandée à ses frais pour les besoins de sa propre défense, contrairement au rapport produit par M. X..., issu d'une expertise indépendante, diligentée par la rapporteure générale, pour disposer d'une évaluation présentant toutes les garanties d'objectivité, afin de mieux respecter les droits des parties, tant pour l'établissement des faits que pour la mise en œuvre du principe du contradictoire.
457. En troisième lieu, s'agissant de la participation des rapporteurs à la première réunion d'expertise, ni l'article R. 463-16 du code de commerce ni aucun autre article dudit code ne l'interdisent. Au surplus, et en tout état de cause, TDF se borne à invoquer une irrégularité sans même l'expliquer.
458. Le manque d'impartialité allégué du sapiteur n'est étayé par aucune preuve suffisante. TDF se réfère uniquement à un courrier du 31 mai 2012 où elle se plaint d'une prise de position jugée intempestive sur le périmètre des actifs, que l'expert n'a au demeurant pas prise en compte, et d'une prétendue hostilité liée à l'impossibilité de prendre des photographies, alors même que TDF n'a pas fourni les photographies demandées (cotes 5484 et 5485/07/0017F). Le sapiteur a été choisi en qualité d'expert judiciaire, et est à ce titre soumis à des règles déontologiques et de professionnel du secteur des télécommunications (voir paragraphe 154 et cotes 5427, 07/0017F). La circonstance qu'il ait exercé auparavant une activité salariée pour TDF, comme pour d'autres opérateurs du secteur, est une preuve de son professionnalisme. D'ailleurs, TDF ne s'est pas opposée à la nomination, en qualité de sapiteur, de M. Y..., alors qu'elle connaissait son parcours professionnel.

À titre subsidiaire, sur les erreurs dont le rapport d'expertise serait entaché

459. Dans sa note du 30 avril 2014, l'expert a fourni les explications suivantes sur les allégations d'erreurs matérielles formulées par TDF (cotes 14 926 à 14 952, 07/0017F). En réponse au mémoire de TDF à la notification des griefs où elle maintient ses affirmations, l'expert a confirmé sa position dans une nouvelle note du 7 janvier 2015 (cotes 19 222 à 19 226, 07/0017F).
460. L'expert a reconnu deux erreurs matérielles.
461. La première erreur a été commise dans la saisie de la formule de la valeur nette économique (VNE), du fait de l'ajout de parenthèses au calcul de la VNE. La correction de cette erreur a conduit à ajouter à l'évaluation figurant dans le rapport, 1,23 million d'euros pour les immobilisations hors MI et 1,58 million d'euros pour les immobilisations incluant les MI. La seconde erreur concerne l'omission des actifs relevant de l'analogique qui a été rectifiée par l'ajout de 0,2 million d'euros à l'évaluation effectuée.
462. Sur tous les autres points, l'expert a récusé l'existence d'erreurs.
463. S'agissant du taux de rémunération régulé défini postérieurement à la date de valorisation, l'expert a maintenu qu'il convenait de retenir une structure d'endettement cible et non la structure d'endettement propre à TDF et spécifique à sa structure de financement. Sur le retraitement de la valeur brute de certains actifs, selon l'expert, le sapiteur « *a recherché des valeurs brutes corrigées des actifs à partir des valeurs comptables correspondant à leur coût historique corrigé des abattements éventuels correspondant aux valeurs intrinsèques à l'origine. Ce faisant, il donne un avis impartial de professionnel sur les valeurs d'utilité à l'origine de ces matériels sans nécessairement adhérer aux valeurs enregistrées dans la comptabilité notamment lorsque ces valeurs brutes incorporent des*

dépenses effectuées par TDF dont il est possible à un professionnel d'apprécier la valeur d'utilité » (cote 14945, 07/0017F). Pour le calcul de la valeur de remplacement à neuf, l'expert a repris la formule de calcul préconisée par TDF elle-même « *considérant qu'il s'agissait d'approximations correctes* ». Pour le calcul de l'âge des actifs dans la formule de la VNE, la solution simplificatrice consistant à retenir une année de 360 jours au lieu de 365 jours est, quant à elle, parfaitement admise par l'administration fiscale. En ce qui concerne les valeurs de remplacement négatives, les valeurs contestées par TDF portent sur quatre actifs et ont été communiquées par TDF elle-même dans le fichier d'immobilisations sur lequel l'expert a travaillé. De surcroît, il s'avère que les montants en cause sont non significatifs.

464. Se fondant sur les analyses de l'expert, l'Autorité retient les observations formulées par TDF sur la formule de la valeur nette économique et sur l'intégration nécessaire des actifs relevant de l'analogique mais rejette les autres critiques.
465. L'évaluation des actifs corrigée des deux erreurs relevées est dès lors la suivante :
- montant excluant les actifs dont, selon le rapport d'expertise, la matérialité physique n'a été ni prouvée ni présumée par les éléments du dossier autres que le tableau d'immobilisations fourni par TDF (évaluation dite « hors MI ») : 14,1 millions d'euros ;
 - montant incluant les actifs dont, selon le rapport d'expertise, la matérialité physique n'a été ni prouvée ni présumée par les éléments du dossier autres que le tableau d'immobilisations fourni par TDF (évaluation dite « hors MI + MI ») : 17,2 millions d'euros.
466. Pour rappel, TDF avait, pour sa part, évalué les actifs qu'elle serait susceptible de céder à un nouvel occupant à un montant global de 27,07 millions d'euros, ce qui fait apparaître une surévaluation des actifs de près de 10 millions d'euros, même en retenant l'hypothèse très conservatrice incluant les équipements dont la matérialité n'a pas été prouvée. En excluant des équipements dont la matérialité n'a pas été prouvée, la surévaluation atteint près de 13 millions d'euros.

Sur le périmètre des actifs à valoriser

467. TDF reproche à l'expert d'avoir, en estimant que certains actifs n'étaient pas indispensables à la continuité du service de radiodiffusion, valorisé un périmètre totalement différent de celui que la Ville et TowerCast lui avaient demandé de valoriser en 2006.
468. La mission confiée à l'expert était de déterminer quels actifs auraient dû être cédés par TDF à son successeur dans des conditions permettant d'assurer la continuité du service, conformément à l'article 2.6.2 du cahier de consultation.
469. Dans son courrier du 5 octobre 2006 à la Ville, TowerCast a dressé une liste de types d'équipements qu'elle estimait devoir être cédés par TDF pour garantir la continuité du service au cas où elle remporterait l'appel d'offres (reproduite au paragraphe 95), elle ne savait pas exactement quels matériels étaient absolument nécessaires. À cet égard, elle a demandé à TDF de lui donner cette information essentielle, notamment dans son courrier du 23 novembre 2006, où elle lui demande de lui confirmer « *que les matériels compris dans le périmètre de votre lettre du 10 octobre dernier sont à eux seuls nécessaires et suffisants pour assurer cette continuité de service* » (cote 1174, 07/0018M).

470. La réponse de TDF du 30 novembre 2006 ne laisse aucun doute sur la compréhension qu'elle avait de la question posée et sur son absence délibérée de réponse : « *Vous me demandez, en outre, si les matériels compris dans le périmètre de notre lettre du 10 octobre sont à eux seuls nécessaires et suffisants pour assurer cette continuité de service. Je ne peux que vous indiquer que ces matériels sont ceux que TDF juge utile de mettre en œuvre localement et actuellement pour assurer la réalisation de ses prestations dans une configuration de réseau utilisant les ressources de l'entreprise à travers notamment ses services techniques communs à l'ensemble des sites. J'attire votre attention sur le fait qu'il n'y a pas identité entre les biens figurant dans la liste de l'annexe 2 et ceux intégrés dans les valorisations* » (cote 195, 07/0017F).
471. Pourtant, en tant qu'occupante en titre, ancien monopole public, en situation de position dominante et soumise, en cela, à une responsabilité particulière, seule TDF avait la maîtrise complète de l'information et savait précisément quels actifs étaient indispensables au respect du principe de continuité. En outre, en 2006, au moment où TDF évaluait ses actifs et n'en communiquait qu'une estimation globale, elle connaissait à la fois l'article 2.6.2 du cahier de consultation et la question posée par son concurrent et relayée par la Ville.
472. Les équipements figurant sur la liste dressée par TDF correspondent à 1028 lignes comptables (paragraphe 158 et 161), dont le détail valorisé a été communiqué, seulement au stade de l'expertise, à l'expert et à son sapiteur, de manière confidentielle, TowerCast n'ayant eu accès qu'à une version non valorisée.
473. La circonstance que l'étude du sapiteur se soit basée sur un document comptable de 1028 lignes qui correspond aux équipements dont TDF a fait une liste globale, sans être sûre qu'ils correspondent au périmètre des actifs dont l'acquisition était nécessaire pour garantir la continuité du service, ne signifie aucunement que les actifs correspondant à toutes les lignes comptables devaient être automatiquement intégrés dans ledit périmètre.
474. Contrairement à TowerCast, le sapiteur, qui disposait d'un document très détaillé et fort de son expertise, était capable de déterminer exactement lesquels des actifs devaient être cédés et ne devaient pas l'être. En effet, la seule écriture comptable d'un actif ne suffit pas à attester de son existence ni de son appartenance au périmètre des actifs défini selon le critère de la continuité du service.
475. Le sapiteur a parfaitement motivé les raisons qui justifiaient d'écarter certaines immobilisations du périmètre des actifs à céder (cotes 5460 à 5464, 07/0017F). Les immobilisations non indispensables à la continuité du service public (code IC), désignent des immobilisations qui existent, possèdent une valeur, sont utilisées par TDF mais que le repreneur, n'étant pas obligé d'utiliser pour assurer le même service, n'a pas l'obligation d'acheter. Les immobilisations dont l'existence n'est pas établie (code E) sont celles dont le sapiteur n'a pu vérifier le caractère réel, soit parce que les spécifications ne correspondent pas au type d'immobilisations qu'il serait logique de trouver dans une installation de ce type, soit parce qu'il s'agit de travaux ayant eu lieu à des dates qui ne correspondent pas aux dates des tranches de travaux engagées. Les immobilisations hors périmètre (code HP) désignent tous les équipements liés à l'activité d'émission qui ne font pas partie de la mission du repreneur. À cet égard, TDF indique elle-même que son propre expert, n'a retenu que 947 des 1028 lignes, en excluant 81 lignes considérées comme relatives à des activités spécifiques d'émission. Enfin, certaines dépenses incluses dans le périmètre de cession ont été écartées en raison de leur caractère non immobilisable (code Non immob.) et correspondent la plupart du temps à des dépenses d'entretien courant et de réparation qui ont pour but de remettre en l'état l'immobilisation sans lui apporter de valeur supplémentaire.

476. En conséquence, les arguments de TDF relatifs à la différence de périmètre entre celui évalué en 2006 et celui retenu par l'expert doivent être écartés. Le caractère largement surévalué et non vérifiable du montant des actifs fourni par TDF est démontré.

e) En ce qui concerne les effets anticoncurrentiels de la pratique

Arguments de TDF

477. TDF soutient que l'évaluation des biens selon ses propres modalités n'a pas entraîné un effet d'éviction, d'une part, parce que TowerCast a construit son offre sur une hypothèse très inférieure, anticipant le résultat des négociations avec TDF en cas de succès de l'appel d'offres, et d'autre part, parce que, quelle que soit l'hypothèse retenue, l'offre de TowerCast demeurerait largement moins compétitive que celle de TDF. Elle rejette les arguments concernant la surévaluation du prix de cession des équipements comme inopérants et contredits par les éléments au dossier. Enfin, elle estime que TowerCast n'a jamais fourni de justifications sérieuses pour expliquer l'écart de son offre avec celle de TDF.

Rappel sur le standard de preuve

478. Aux fins de l'établissement d'une violation des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés. Il suffit de démontrer qu'il tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, qu'il est de nature à ou susceptible d'avoir un tel effet. Par conséquent, lorsqu'une entreprise en position dominante met effectivement en œuvre une pratique générant un effet d'éviction de ses concurrents, la circonstance que le résultat escompté n'est pas atteint ne suffit pas à écarter l'application de l'article 102 TFUE (arrêts de la Cour de justice, *TeliaSonera Sverige AB/Commission*, C-52/09, points 61 à 65, et du Tribunal du 17 décembre 2003, *British Airways/Commission*, T-219/99, Rec. p. II-5917 ; points 293-294, 297).

479. En l'espèce, l'Autorité doit apprécier si la communication tardive et partielle d'informations de TDF a eu pour effet, potentiel ou avéré, de restreindre la concurrence sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel.

Appréciation de l'Autorité

En ce qui concerne l'inégalité de situation résultant de la position privilégiée de TDF et des barrières à l'entrée

480. Selon la Cour de Justice se prononçant sur les conditions garantissant le principe d'égalité de traitement qui s'applique en matière de marchés publics : « *une personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, fournitures ou services relatifs à un marché public (ci-après une « personne ayant effectué certains travaux préparatoires ») ne se trouve pas nécessairement, s'agissant de la participation à la procédure d'attribution de ce marché, dans la même situation qu'une personne qui n'a pas effectué de tels travaux. En effet, d'une part, la personne ayant participé à certains travaux préparatoires peut se trouver favorisée pour formuler son offre en raison des informations qu'elle a, en effectuant lesdits travaux préparatoires, pu obtenir au sujet du marché public en cause. Or, tous les soumissionnaires doivent disposer des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres (voir, en ce sens, arrêt*

du 25 avril 1996, *Commission/Belgique, C-87/94, Rec. p. I-2043, point 54*) » (Arrêt de la CJCE du 3 mars 2005, *Fabricom SA contre État belge, affaires jointes C-21/03 et C-34/03, Rec. 2005 p. I-1559, points 28 et 29*).

481. TDF, héritière d'un monopole légal, titulaire sortante de la convention d'occupation du site de la Tour Eiffel, connaissait précisément l'ensemble des actifs présents sur le site, leur date d'acquisition et leur état, ce dont elle se targuait lors de sa réponse à l'appel d'offres de la Ville, comme exposé aux paragraphes 118 et 419 ci-dessus : « *TDF ne prévoit pas de réaliser un audit, au sens strict, des supports et équipements antennaires sur la Tour Eiffel, dans la mesure où TDF connaît parfaitement l'essentiel de ces supports (en particulier le pylône sommital) et équipements antennaires, pour les avoir financés, conçus, fait réaliser et installer* ». Elle a ainsi été en mesure de bâtir utilement et dans les temps son plan de financement et partant son compte de résultat prévisionnel.
482. Or, le caractère unique du site de la Tour Eiffel à de nombreux égards ne permettait pas à un autre opérateur, quelles que soient son expertise technique et son expérience, de raisonner par simple comparaison avec d'autres sites de diffusion. TDF reconnaît d'ailleurs ce caractère unique du site et « *l'avantage concurrentiel qualitatif* » probable d'être l'exploitant sortant (étude TERA de juin 2007, voir paragraphes 297 et 336). Cette situation était constitutive d'une barrière à l'entrée.
483. Le contexte du renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel était ainsi caractérisé par une asymétrie d'information et une inégalité structurelle des candidats, préjudiciables au concurrent à qui TDF a refusé la communication d'informations nécessaires à la construction de son offre. TowerCast était donc totalement tributaire du bon vouloir de TDF et n'avait pas les mêmes chances que TDF de pouvoir construire et formuler son offre.

En ce qui concerne l'impossibilité de construire une offre crédible en raison de la communication tardive et incomplète d'informations

484. En premier lieu, comme il a été démontré ci-dessus, la fourniture tardive d'informations partielles et erronées par TDF sur les caractéristiques des actifs et des personnels présents sur le site de la Tour Eiffel et l'absence de renseignements sur les contrats de maintenance ont renforcé l'asymétrie d'informations entre elle et ses concurrents, en ne permettant pas à ces derniers d'apprécier, d'un point de vue tant technique que tarifaire, leurs coûts d'investissements et d'exploitation. Ce comportement a entravé l'accès au marché de l'appel d'offres pour la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel et donc perturbé le jeu concurrentiel sur ce marché.
485. En empêchant ses concurrents d'utiliser les informations indispensables à l'élaboration d'une offre crédible pour concurrencer celle-ci sur le marché de l'appel d'offres relatif au renouvellement de la convention d'occupation domaniale sur le site de la Tour Eiffel, TDF a artificiellement élevé les barrières à l'entrée sur un marché déjà caractérisé par une forte asymétrie d'informations.
486. Ainsi, TowerCast n'a pu présenter son offre à la mairie de Paris que sous la forme de simulations dépendant de la valeur de reprise des équipements. Le montant de la redevance proposée par TowerCast dans ses offres a nécessairement intégré une prime de risque liée au contexte de forte incertitude dans lequel elle se trouvait placée, incertitude qui se retrouve jusque dans son offre ultime (voir paragraphes 132 et 143).
487. La circonstance que TowerCast ait bâti son offre sur une valeur des actifs inférieure à celle que TDF a avancée ne constitue en aucune manière une preuve que les pratiques mises en

œuvre par TDF, dont la matérialité a été établie, n'auraient pas eu d'effets anticoncurrentiels.

488. Les pratiques de TDF ne peuvent s'expliquer que par une stratégie d'éviction adoptée pour préserver une situation historique de monopole sur le site de la Tour Eiffel. Cette stratégie a eu pour conséquence immédiate de permettre à l'opérateur historique de préserver sa situation d'occupant sur le site de la Tour Eiffel.
489. En deuxième lieu, TDF ne saurait se fonder sur le montant inférieur de la redevance proposé par TowerCast dans son offre pour soutenir que la surévaluation par TDF du prix de cession de ses actifs n'aurait pas eu d'effets anticoncurrentiels.
490. À titre préalable, il convient de rappeler que ce n'est pas l'évaluation excessive des actifs qui est considérée à elle seule comme abusive mais, également, le fait d'avoir fourni tardivement des informations indispensables à la construction de l'offre.
491. Dans la mesure où l'offre de TowerCast est endogène aux pratiques, elle ne peut constituer un contrefactuel fiable qui permet d'apprécier l'effet des pratiques de TDF sur tout concurrent potentiel. L'argument n'est donc pas recevable.
492. De plus, le montant de la redevance proposé n'est pas le seul critère à l'aune duquel la Ville a opéré sa sélection. Les quatre critères d'appréciation des offres adressées à la Ville, non hiérarchisés, figurant dans le cahier de consultation au paragraphe 3.2.2 « *Critères d'appréciation des offres* » étaient en effet les suivants (cote 32, 07/0017F) :

« Sans hiérarchie :

- *Garanties professionnelles, techniques et financières du candidat de nature à assurer les activités proposées par le candidat ;*
- *Calendrier d'aménagement et de mise en service de l'équipement ;*
- *Engagements en matière de sécurité du site et notamment du public fréquentant la tour Eiffel et de coordination avec le délégataire de service public désigné par la ville de Paris pour la gestion, l'entretien et l'exploitation touristique du monument ;*
- *Niveau de redevance versé à l'autorité concédante. »*

493. TDF reconnaît d'ailleurs elle-même que : « *pour la ville de Paris, le montant de la redevance n'est qu'un des quatre critères de choix du concessionnaire* » (cote 2645, 07/0018M).
494. Par conséquent, à la supposer même possible, la seule comparaison des niveaux de redevance proposés par les différents candidats ne peut être utilisée à elle seule pour apprécier les effets de la pratique.
495. Le deuxième critère, à savoir le critère de calendrier d'aménagement et de mise en service de l'équipement dépendait clairement des informations à la disposition des candidats concernant la nature et la valeur des équipements en place, cette dernière ayant nécessairement un impact sur le montant d'investissements additionnels à entreprendre. En outre, il était également nécessaire aux candidats concurrents d'avoir des informations sur les personnels et les contrats de maintenance pour pouvoir organiser la mise en service de leurs équipements dans le respect de la continuité du service.

496. Ainsi, le comportement de TDF a eu pour effet, au moins potentiel, d'empêcher ses concurrents de pouvoir déposer une offre remplissant les critères figurant dans le cahier de consultation et notamment celui du calendrier d'aménagement et de mise en service.
497. Enfin, les arguments sur les justifications que TowerCast aurait dû fournir pour expliquer l'écart de son offre avec celle de TDF sont inopérants, dès lors qu'ils ne concernent pas les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par TDF.
498. Il résulte de ce qui précède que TDF a abusé de sa position dominante en violation des dispositions des articles L. 402-2 du code de commerce et 102 du TFUE.

f) Sur la durée de la pratique

Arguments de TDF

499. TDF soutient que le point de départ de cette pratique ne peut être antérieur au 13 septembre 2006, date de la première demande d'informations de TowerCast et ne peut remonter au 4 mai 2006, date de la première demande d'informations émanant de la Ville. Elle ajoute que de la date de fin des pratiques alléguées ne peut être postérieure au 21 décembre 2006, date à laquelle les offres ultimes ont été remises à la Ville par TDF et TowerCast.

Appréciation de l'Autorité

500. S'agissant de la date de début des pratiques, les pratiques d'éviction reprochées à TDF doivent être regardées comme dirigées à l'encontre de tous ses concurrents potentiels, et pas spécifiquement de TowerCast. Ainsi, en ne fournissant pas à la Ville les informations que celle-ci considérait comme indispensables à la rédaction du cahier de consultation, lequel, par définition, était destiné à l'ensemble des candidats à l'appel d'offres, TDF a mis en œuvre une stratégie abusive à l'encontre de l'ensemble de ses concurrents dès le 4 mai 2006.
501. S'agissant de la date de fin des pratiques, celles-ci ont pris fin le 21 décembre 2006, date à laquelle les offres ont été remises à la Ville par TDF et TowerCast.
502. Cependant, la durée peut s'apprécier d'une façon spécifique en fonction de la nature particulière des pratiques reprochées ou du marché où celles-ci se sont déroulées. Ainsi, en matière de marchés publics ou privés, puisqu'un appel d'offres est par nature un marché instantané, la durée de l'infraction n'est pas celle du déroulement de l'appel d'offres lui-même mais celle de son exécution (arrêt de la cour d'appel de Paris, société Allez et Cie e.a. du 28 mars 2013, 2011/20 125, p. 32). En outre, la cour d'appel a jugé que « *pour avoir un sens, l'appréciation de la durée de mise en œuvre ne saurait être déconnectée de celle des effets de la pratique, lorsque ceux-ci ont perduré au-delà des faits en cause* » (arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 décembre 2014, société Sanofi SA, n° 2013/12 370, p. 22).
503. En l'occurrence, conformément à cette jurisprudence, il sera tenu compte de la durée d'exécution de la convention d'occupation domaniale, signée par la Ville et TDF le 13 février 2007 pour 10 ans. La pratique a produit des effets, à tout le moins potentiels, sur toute la durée de la convention.

Conclusion sur le grief n° 1

504. TDF a abusé, en violation des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce, de sa 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 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.

505. Cette pratique, qui s'est étendue du 4 mai 2006 au 21 décembre 2006, a produit des effets anticoncurrentiels, à tout le moins potentiels, sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale, durant toute la durée de la convention, soit dix années.

3. SUR LE GRIEF N °2

506. Il a été fait grief à TDF d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché de gros amont des services de diffusion radiophonique en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel en fournissant tardivement et de façon incomplète des informations indispensables à TowerCast pour être en mesure de construire son offre de diffusion à destination des éditeurs radios.

507. Les éléments exposés dans la partie « Constatations » montrent que TDF n'a communiqué une première estimation chiffrée des différents éléments constitutifs de l'offre de gros d'hébergement pour les prestations de diffusion FM sur le site de la Tour Eiffel que le 25 mai 2007, alors que TowerCast lui en avait fait la demande le 29 mars 2007. Dans le même temps, TDF a fait valoir la contrainte de calendrier de la NEVA, qui impliquait le démarrage de la diffusion dans la nuit du 3 au 4 septembre 2007, auprès des radios pour les inciter à signer très rapidement les propositions de contrat de diffusion qu'elle leur a adressées.

508. Seront examinés ci-après :

- le caractère prétendument tardif de la demande d'offre d'hébergement de TowerCast (a) ;
- l'imprécision alléguée par TDF de la demande de TowerCast et les exigences qui y auraient été associées (b) ;
- la nature des informations fournies par TDF (c) ;
- les délais de communication des informations par TDF (d) ;
- les effets anticoncurrentiels de la pratique (e) ;
- la durée de la pratique (f).

a) En ce qui concerne le caractère prétendument tardif de la demande d'offre d'hébergement de TowerCast

Arguments de TDF

509. TDF reproche à TowerCast d'avoir retardé la construction d'une offre sur mesure d'hébergement en formulant sa demande d'offre d'hébergement le 6 avril 2007, soit près de deux mois après la date de renouvellement de la convention d'occupation domaniale à TDF, le 12 février 2007.

Appréciation de l'Autorité

510. Toutefois, TDF ne saurait invoquer la date prétendument tardive à laquelle TowerCast a effectué sa demande d'offre d'hébergement et son manque de prévoyance pour justifier son propre retard à y répondre. En effet, comme il sera démontré ci-dessous aux paragraphes 528 à 532, TDF possédait les informations nécessaires à TowerCast dès le 31 octobre 2006, soit antérieurement à la demande de TowerCast, et aurait donc dû lui répondre tout de suite.
511. Au surplus, la position de TDF est paradoxale : elle consiste en effet à affirmer à la fois que le délai entre la date de renouvellement de la convention d'occupation domaniale et la demande d'offre d'hébergement formulée par TowerCast le 6 avril 2007 était significatif « *au regard du calendrier imposé par le CSA* » (cote 14 655, 07/0017F, point 423) et que la transmission par TDF d'une offre d'hébergement le 25 mai 2007 permettait à TowerCast de « *dispos[er] de tout le temps nécessaire pour prospecter les radios dans la perspective de la Neva en 2007* » (cote 14 665, 07/0017F, point 486). Qualifier de « *significatif* » le délai de près de deux mois entre la date de l'attribution de la convention d'occupation domaniale à TDF et la date de la demande d'offre d'hébergement de TowerCast relève d'une appréciation subjective et contradictoire avec le fait de considérer que le délai de plus d'un mois et demi entre la date de la demande de TowerCast le 6 avril 2007, retenue par TDF dans ses observations (cote 14 655, 07/0017F, point 422), et la date à compter de laquelle TowerCast a pu disposer, d'après TDF, des « *éléments financiers nécessaires à la construction d'une offre de diffusion à destination des éditeurs de radios* », le 25 mai 2007 (cotes 14660 et 14661, 07/0017F, point 460), est raisonnable. Le délai d'un mois et demi est d'autant plus long que TDF disposait de toutes les informations nécessaires pour fournir une réponse rapide.

b) En ce qui concerne l'imprécision alléguée de la demande de TowerCast et les exigences qui y auraient été associées

512. TDF soutient que le délai de transmission des informations est dû à l'imprécision de la demande du cahier des charges de TowerCast, en particulier quant au nombre de clients induisant le nombre d'émetteurs qu'elle souhaitait installer, et aux exigences de TowerCast, notamment d'avoir une salle dédiée, combinées avec les contraintes particulières du site.

En ce qui concerne l'imprécision alléguée de la demande d'offre sur mesure

513. Concernant le montant des travaux d'aménagement spécifiques, TDF indiquait, à propos des tarifs de l'offre sur mesure communiqués le 16 mai 2007 : « *Votre cahier des charges initial ne nous permet de vous indiquer ni le montant de ces travaux ni leur délai de réalisation puisqu'il ne précise pas vos besoins effectifs* » ; « *Ces tarifs ne peuvent anticiper les travaux spécifiques générés par la réalisation de l'offre sur mesure pour TowerCast sans connaître précisément votre besoin notamment en terme de fréquences FM effectivement diffusées, de puissances admissibles sur les antennes, de puissance appelée en énergie, de consommation électrique et du nombre d'émetteurs effectivement installés* » (cotes 2514 et 2516, 07/0018M).
514. Pourtant, la plupart des conditions d'accès imposées par TDF étaient indépendantes du nombre de clients diffusés. C'est le cas par exemple du tarif de la prestation de base, des tarifs d'accompagnement sur le site, ou encore de la surface de la salle disponible, dont TDF a maintes fois indiqué qu'elle correspondait au seul local dédié pouvant être libéré.

Le délai de transmission de ces informations ne peut donc pas être expliqué par une imprécision de la demande de TowerCast.

515. Par ailleurs, il était impossible à TowerCast de préciser le nombre et les caractéristiques des clients qu'elle aurait dans son portefeuille avant de leur avoir proposé des offres de diffusion et, *a fortiori*, avant de disposer de l'offre complète de TDF. TDF est d'ailleurs parfaitement consciente de cette caractéristique : « *La détermination des conditions techniques prend du temps puisque « l'expression de besoins » des opérateurs est généralement imprécise et qu'il y a lieu d'étudier la faisabilité technique. Il est difficile pour les opérateurs de remettre une « expression de besoins » suffisamment fine alors qu'ils ne savent pas s'ils vont être retenus et par quels éditeurs. Ce type de négociation prend environ de 6 mois à 1 an (conditions générales, aspects particuliers, juridique, tarifs) »* (cote 3950 VNC, 07/0017F).
516. En outre, en réponse à l'expression de besoins adressée par Lagardère Active le 26 juin 2007, qui incluait pourtant la liste précise des fréquences FM que cette entreprise envisageait de diffuser, TDF a adressé une offre sur mesure ne contenant pas non plus le tarif des aménagements spécifiques induits par cette offre (cote 9675, 07/0017F).
517. Enfin, dans l'offre sur mesure adressée par TDF à TowerCast le 14 août 2007, en application de la décision de mesures conservatoires précitée, le tarif des travaux et aménagements spécifiques était précisément chiffré et ne dépendait pas des besoins exprimés par 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. En effet, la formule retenue par TDF était la suivante : « *Plafonnement (exprimé en €HT) = 2 400 * surface salle mise à disposition (exprimée en m²) 44 400 »* (cote 3499, 07/0018M).
518. Ainsi, le montant des travaux d'aménagement spécifiques était donc parfaitement chiffrable sur la base de la seule connaissance de la surface mise à disposition de l'opérateur hébergé.
519. Le délai de transmission par TDF du montant des travaux d'aménagements spécifiques à l'offre sur mesure de TowerCast ne pouvait donc aucunement s'expliquer par l'imprécision de la demande de TowerCast.

En ce qui concerne les prétendues exigences sous-jacentes à la demande de TowerCast

520. Le délai de transmission par TDF des informations relatives au montant des travaux d'aménagements spécifiques ne peut pas non plus être dû au fait que TowerCast, comme Lagardère Active, avait demandé à être hébergée dans une salle dédiée.
521. En effet, si TDF a souligné les contraintes particulières induites selon elle par cette demande, elle s'est engagée à proposer une solution pour répondre à cette demande, dans son courrier du 27 avril 2007 : « *Nous souhaitons exprimer des réserves quant au caractère techniquement raisonnable de votre demande sur ce site en ce qui concerne la surface de la salle dédiée demandée alors même que la société TowerCast en connaît particulièrement bien les locaux notamment grâce aux quatre dernières visites réalisées ces derniers mois. Comme vous l'avez demandé, nous avons cependant recherché la mise en œuvre d'une salle dédiée dans la limite actuelle de capacité de ce site. Cette réalisation nécessitera des travaux et des réaménagements »* (cote 2510, 07/0018M).
522. Par ailleurs, lors de la réunion entre TDF et TowerCast du 29 mai 2007, TDF a précisé : « *les travaux dans une salle commune pourraient se révéler tout aussi important*

mais qu'en l'absence d'étude, il est impossible de s'engager plus avant sur un quelconque montant notamment de par la multiplicité de configurations qu'il faudrait envisager » (cote 2839, 07/0018M), mais sans fournir de conditions tarifaires plus précises.

523. TDF a aussi reconnu, lors de cette réunion, que : « (...) *la demande initiale de salle dédiée est sans doute la plus rationnelle en dehors des questions de faisabilité qui restent à déterminer* » (cote 2840, 07/0018M). TDF avait donc vraisemblablement anticipé la solution de la salle dédiée lorsqu'elle a mis au point l'ensemble des éléments techniques, économiques et juridiques qu'elle considérait disponibles à la date du 31 octobre 2006.
524. Dans la mesure où cette solution impliquait le même tarif d'hébergement et les mêmes coûts de travaux d'aménagement que la solution d'hébergement dans une salle commune, la demande de TowerCast de disposer d'une salle dédiée ne pouvait donc pas apparaître à TDF comme une exigence surprenante.
525. En outre, la surface demandée ne peut avoir été considérée par TDF comme une aspiration invraisemblable puisque celle-ci a elle-même indiqué à plusieurs reprises que la surface maximale disponible pour l'hébergement d'équipements de diffusion radio FM sur le site de la Tour Eiffel était de 27 m².
526. L'incomplétude et le délai de la réponse de TDF à TowerCast ne peuvent donc s'expliquer par la demande d'hébergement dans une salle dédiée.

c) En ce qui concerne la nature des informations fournies par TDF

Arguments de TDF

527. TDF soutient que TowerCast disposait des éléments financiers nécessaires à la construction d'une offre de diffusion à destination des éditeurs radios le 25 mai 2007.

Appréciation de l'Autorité

528. À titre liminaire, il convient de rappeler que les informations demandées devaient être fournies par TDF, qui en disposait depuis le 31 octobre 2006.
529. En vertu de l'article 11 de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel signé entre la Ville et TDF le 12 février 2007, celle-ci devait proposer des offres d'hébergement aux diffuseurs qui en feraient la demande (voir paragraphe 188). Pour pouvoir proposer des contrats de diffusion aux éditeurs depuis le site de la Tour Eiffel, TowerCast devait en effet, au préalable, disposer d'une offre d'hébergement de la part de TDF comprenant, notamment, la surface et les conditions d'utilisation des locaux dans lesquels elle aurait pu installer ses équipements de diffusion, le montant éventuel des travaux à réaliser, et le contenu et le tarif de la prestation d'hébergement.
530. La connaissance des coûts d'accès et du montant de la prestation d'hébergement était indispensable à l'élaboration de propositions commerciales à l'attention des éditeurs, comme l'ont indiqué les parties elles-mêmes, lors de la réunion du 29 mai 2007 (cote 3251, 07/0018M).
531. TDF disposait des informations nécessaires pour bâtir l'offre sur mesure destinée à TowerCast dès le 31 octobre 2006, date à laquelle elle a déposé sa proposition à la mairie de Paris dans le cadre de la procédure de renouvellement de la convention d'occupation domaniale de la Tour Eiffel. L'un des éléments clés était : « *Une offre d'hébergement destinée aux opérateurs tiers, incluant les offres déjà faites pour la télévision numérique (chaînes nationales et locales), et élargie à la diffusion FM* » (cote 1372, 07/0018M). Elle

précisait en effet : « TDF ne dispose pas actuellement d'offre type pour l'accès d'opérateurs tiers aux sites qu'elle exploite s'agissant de la fourniture de service de diffusion autres que la diffusion TNT. Toutefois, s'agissant du site de la Tour Eiffel et compte tenu de l'importance du plan de redéploiement des fréquences FM par le CSA connu sous le nom de FM 2006, TDF entend anticiper le traitement de toute demande d'accès qui 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. TDF s'engage donc, dès à présent, à répondre à une demande d'accès dans le cadre d'une offre adaptée aux conditions particulières du site, notamment celles qui portent sur sa sécurité et à transmettre copie de cette offre à l'ARCEP » (cote 1407, 07/0018M).

532. Le CSA précise, dans son avis du 3 avril 2007 : « Le CSA note également que TDF, en sus de l'article 11 de la convention d'occupation susmentionné, s'est engagé auprès de lui, dans une lettre du 31 octobre 2006, à « répondre à toute demande d'accès qui serait faite par un de ses concurrents à des fins de diffusion de programmes radio en FM sur le site de la tour Eiffel dans le cadre d'une offre sur mesure adaptée aux conditions particulières du site ». « Il importe toutefois au CSA qu'une telle offre soit formulée dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires, ce qui suppose la publication des conditions, y compris financières, d'accueil sur le site de la tour Eiffel des autres prestataires de diffusion de services de radio » (cote 2036, 07/0018M).
533. TDF admet que les informations nécessaires à TowerCast pour construire son offre de diffusion n'ont pas été mises à sa disposition avant le 25 mai 2007 (mémoire en réponse de TDF, cote 19127, 07/0017F, point 719). Des informations supplémentaires ont été apportées par TDF lors de la réunion du 29 mai 2007.
534. Cependant, l'offre d'hébergement la plus aboutie du 29 mai 2007 demeurait incomplète. En particulier, le montant des travaux d'aménagement indiqué était resté très approximatif puisqu'il s'agissait, aux dires mêmes de TDF, d'une « fourchette indicative » (cote 3446, 07/0018M) comprise entre 200 000 euros et 300 000 euros pour une salle de 14m² ou de 300 000 euros et 400 000 euros pour une salle de 27m². Or, le différentiel de 100 000 euros représente 1/3 du prix total des travaux pour la première fourchette et 1/4 de ce prix pour la seconde. L'affirmation de TDF selon laquelle un tel différentiel ne représenterait pas un poste de coût significatif, compte tenu de son amortissement sur une longue période, n'est nullement étayée.
535. En outre, le détail de ces travaux n'a jamais été communiqué, alors que les montants en jeu étaient substantiels et auraient donc mérité une justification et d'autant que ces travaux avaient nécessairement été anticipés par TDF dès avant le 31 octobre 2006 (voir paragraphe 531).
536. En conséquence, TowerCast s'est retrouvée privée de la possibilité de chiffrer avec exactitude le coût total de la prestation d'hébergement et a dû se contenter d'un chiffrage approximatif la mettant dans l'incapacité de déterminer précisément les coûts associés à l'activité de diffusion, alors que TDF de son côté disposait pour ses besoins propres d'une information complète sur ses coûts de diffusion.

d) En ce qui concerne les délais de communication des informations par TDF

Arguments de TDF

537. TDF soutient avoir répondu aux demandes de TowerCast en temps utile pour lui permettre de formuler utilement une offre de diffusion aux radios en adressant une offre d'hébergement le 25 mai 2007, soit plus de trois mois avant la date de mise en service des fréquences renouvelées.

Appréciation de l'Autorité

En ce qui concerne les délais prévus par TDF pour réaliser ses propres travaux

538. Comme le reconnaît TDF dans ses observations et sa réponse au rapport (cote 18 476, 07/0017F, paragraphe 701), sa proposition commerciale type comprenait les mentions suivantes : « *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 trois mois (...) 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* » (exemple de proposition commerciale à MFM : cotes 480, 07/0017F, voir paragraphe 212). Par ailleurs, la validité de cette proposition était fixée au 31 août 2007.
539. Pour TDF, « *Bien qu'elle soit mentionnée dans toutes les offres types, la date du 30 juin 2007 ne concernait que les seules radios dont les conditions d'autorisation étaient modifiées lors de la NEVA, en l'occurrence 5 radios sur les 20 présélectionnées par le CSA* » (cote 18 476, 07/0017F, paragraphe 702), à savoir Voltage, Orient, Rire & Chansons, Oui FM (modification de la PAR pour ces quatre radios) et TSF (changement de site). De fait, le groupe NRJ évoque l'urgence de se positionner pour Rire et Chansons avant le 30 juin « *date butoir fixée par TDF* » pour que cette radio puisse être diffusée avec une PAR de 4 kW (cote 3354, 07/0018M).
540. Cependant, la mention de cette date du 30 juin dans toutes les offres, y compris celles qui étaient destinées aux radios qui sollicitaient seulement leur renouvellement de contrat, sans modification de la PAR ou changement de site, est de nature à introduire une grande confusion quant à la date effective où les radios devaient signer avec le diffuseur. TDF est également susceptible d'avoir incité les éditeurs à signer pour le 30 juin. Ainsi, le groupe RTL a-t-il indiqué que : « *La date fixée par TDF pour la signature des contrats de diffusion est la fin du mois de juin, ce pour les 3 programmes RTL, Fun Radio et RTL2* » (cote 3363, 07/0018M). De surcroît, le délai de trois mois requis par TDF pour effectuer les travaux nécessaires à accueillir des radios dont la PAR est modifiée ou qui changent de site et la fixation du point de départ de ce délai au 30 juin n'est pas cohérent avec la date de diffusion de la nuit de la NEVA du 3 au 4 septembre 2007.
541. Surtout, pour les cinq radios concernées, TowerCast ne pouvait matériellement pas proposer d'offre dans un délai utile aux éditeurs, dès lors que, ni au 25 mai ni au 15 juin 2007 (voir paragraphe 542 ci-dessous), TDF ne lui avait fait d'offre sur mesure suffisamment complète pour qu'elle puisse elle-même élaborer ses offres à destination des éditeurs, puis faire à temps les travaux nécessaires, compte tenu des délais de réalisation des travaux prévus par TDF pour ces cinq radios.

En ce qui concerne les délais prévus par TDF pour réaliser les travaux nécessaires à l'hébergement de TowerCast

542. Le délai de réalisation des prestations qu'il incombait à TDF d'effectuer pour héberger des diffuseurs était déjà, à lui seul, de deux mois. TDF a en effet indiqué à TowerCast, dans un courrier daté du 15 juin 2007 : « *Conformément aux éléments échangés lors de notre réunion du 29 mai 2007, nous engagerons l'étude d'implantation et de réalisation dès commande de votre part de celle-ci et communication d'une expression de besoin d'Hébergement précisant vos besoins effectifs. Dès réalisation de cette étude d'implantation et de réalisation, TDF pourra établir une proposition commerciale relative à l'ensemble des prestations composant l'offre sur mesure « Tour Eiffel Service d'accès FM 2006 ». Celle-ci précisera notamment les montants précis des travaux spécifiques à réaliser pour répondre à vos besoins. (...) Comme précisé dans les études jointes, le délai de réalisation des prestations de diffusion HF est de deux mois à compter de la commande par TowerCast de l'ensemble des prestations relevant de la présente offre sur mesure* » (cotes 10216 et 10217, 07/0017F).
543. Dans ce courrier, TDF reconnaît elle-même qu'elle n'a pas fourni tous les éléments de son offre sur mesure et a fait dépendre explicitement la communication d'informations supplémentaires de données (« *besoins effectifs* ») dont TowerCast ne disposait pas, puisque TowerCast ne pouvait faire des propositions d'hébergement aux radios sans avoir l'offre sur mesure complète. TDF ne précise pas non plus le délai nécessaire entre la commande de l'étude d'implantation et de réalisation et la communication d'une expression de besoin d'hébergement pour TowerCast, d'une part, et la réalisation de ladite étude, d'autre part. Or, il a déjà fallu trois semaines à TDF pour envoyer les trente études techniques (jointes au courrier) commandées par TowerCast le 24 mai précédent. Ainsi, compte tenu de l'élaboration de l'étude d'implantation et de réalisation, un délai nettement supérieur à deux mois aurait été nécessaire pour réaliser les travaux, à compter au plus tôt du 15 juin 2007.
544. TDF est d'ailleurs tout à fait consciente, dès le 29 mai 2007, que les délais dont dispose TowerCast sont trop réduits pour qu'elle puisse être opérationnelle à la date de la NEVA. En effet, elle indique, dans son mémoire en réponse au rapport, que lors de la réunion du 29 mai 2007 entre les deux opérateurs, elle aurait accepté d'envisager des solutions transitoires avec TowerCast dans l'hypothèse où les délais de réalisation de ces travaux seraient trop importants pour permettre à cette dernière de disposer d'une salle dédiée à compter du 4 septembre 2007. Or, elle omet de préciser que ces solutions transitoires auraient été « *aux frais de TowerCast* » et que la recherche de solutions transitoires « *ne garantit pas le démarrage de toutes les radios dans les conditions nominales, notamment celles soumises à modification* » (cotes 3252 et 3253, 07/0018M). Ainsi, commercialement et techniquement, la proposition de TDF ne pouvait être satisfaisante pour TowerCast. L'évocation de solutions transitoires lors de la réunion du 29 mai 2007 ne saurait donc en aucun cas exonérer TDF.

En ce qui concerne l'impossibilité, pour le concurrent, de présenter des propositions commerciales aux éditeurs de radios dans des délais compatibles avec la NEVA

545. La durée des travaux annoncée de trois mois par TDF pour accueillir des radios déjà présentes sur le site de la Tour Eiffel et changeant seulement de PAR n'est pas non plus cohérente avec la durée de deux mois de travaux annoncée pour permettre à TowerCast d'installer ses émetteurs. En effet, pour un diffuseur nouvel entrant, la signature de contrats de diffusion avec des radios ne pouvait, par définition, s'apparenter à un renouvellement de contrat et aurait impliqué des travaux liés à la modification des conditions de diffusion des

éditeurs, au premier rang desquelles le changement de diffuseur, mais aussi de la technologie des émetteurs et de leur emplacement. Or, de telles modifications substantielles des conditions de diffusion auraient justifié, à tout le moins, le délai de réalisation de trois mois mentionné par TDF elle-même dans ses offres de diffusion aux éditeurs.

546. Un diffuseur nouvel entrant n'aurait donc en aucun cas pu proposer un délai inférieur à deux mois et demi entre la date de signature de son offre de diffusion et celle de la mise en service, fixée par le CSA au 3-4 septembre 2007, sans faire courir un risque opérationnel important à ses clients éditeurs. Or, ainsi qu'il a été montré aux paragraphes 528 et suivants et 542-543, l'ensemble des éléments financiers de l'offre sur mesure de TDF n'a jamais été mis à disposition de TowerCast, ni au mois de mai 2007 ni au 15 juin 2007, le montant des travaux d'aménagement de la seule salle pourtant disponible n'ayant été communiqué que de façon très approximative. L'impossibilité, pour TDF, de présenter des propositions commerciales aux éditeurs de radio trouve donc son origine dans le caractère à la fois tardif et incomplet des informations fournies par TowerCast, dans des conditions incompatibles avec les délais imposés aux éditeurs de radio par le CSA dans le cadre de la NEVA.
547. En tout état de cause, ce délai ne permettait pas à un quelconque concurrent de TDF d'adresser des propositions commerciales aux éditeurs au même moment que TDF. Toutes les propositions commerciales de TDF ont en effet été adressées aux éditeurs de programmes radio diffusés depuis la Tour Eiffel entre le 22 mai 2007 et le 19 juin 2007. En outre, deux radios avaient déjà accepté la proposition commerciale de TDF avant la fin juin 2007 (voir paragraphe 209).
548. En outre, comme l'ont indiqué plusieurs éditeurs et TDF elle-même, les prix des services de diffusion depuis le site de la Tour Eiffel proposés par TDF aux radios n'étaient et ne sont toujours pas négociables. La réponse de TDF au questionnaire des services d'instruction du 26 juin 2007 est sur point particulièrement explicite : « *Aucune négociation n'est en cours à proprement parler : le prix proposé par TDF est ferme et ne peut donner lieu à discussion* » (cote 2856, 07/0018M).
549. Les éditeurs de radios eux-mêmes se sont inquiétés de ne pas recevoir de propositions commerciales de la part de la concurrente TowerCast et ont fait état des risques encourus, compte tenu notamment de leurs propres contraintes (NEVA), notamment de calendrier, à faire appel à un diffuseur concurrent. Ainsi, RTL explique le 29 juin 2007, qu' « *Étant donné les travaux envisagés dans la proposition de TDF, la complexité du site et l'aspect stratégique de l'émetteur de Paris Tour Eiffel, qui représente 25 % de notre audience nationale, nous estimons que les contrats de diffusion doivent être signés le 13 juillet au plus tard, ce pour les 3 programmes RTL, Fun Radio et RTL2. Cette date reculée représente cependant un risque opérationnel certain, notamment en cas de changement d'opérateur de diffusion* » (cote 3364, 07/0018M). Par exemple, le 29 juin 2007, le groupe Lagardère Active, qui s'auto-diffuse et connaît donc particulièrement bien les contraintes de cette activité, estime que : « *Le délai nécessaire pour un autre opérateur que TDF est d'ores-et-déjà probablement dépassé compte-tenu des délais d'approvisionnement et d'installation nécessaires* » (cote 3368, 07/0018M). Dans le procès-verbal d'audition du 27 juin 2013, le groupe Lagardère Active a déclaré : « *Il faut au moins 6 mois pour monter une diffusion sur un site aussi important et délicat que la Tour Eiffel* » (cote 9551, 07/0017F).
550. Dès lors, le fait que le groupe Lagardère Active et RTL ont sollicité TowerCast pour une offre de diffusion le 5 juin 2007 (cotes 3326 et 3329, 07/0018M, réponse au questionnaire

des services d'instruction du 26 juin 2007), ou ont déclaré, le 28 juin 2007, être toujours en attente d'une proposition commerciale de TowerCast, et en cours de discussion avec TDF, ne prouve pas qu'à cette date, une offre de diffusion de TowerCast aurait véritablement concurrencé ou pu concurrencer TDF. Cette circonstance permet seulement de constater que le groupe Lagardère Active et RTL n'avaient pas reçu d'offre de TowerCast à la date du 28 juin 2007 et souhaitaient avoir au moins la possibilité de négocier avec TDF sur la base d'une autre proposition. C'est par un raisonnement erroné que TDF prétend que l'attente ou la demande, de la part des éditeurs de radios, d'une offre concurrente, montre que cette offre pouvait être proposée par TowerCast, dès lors que celle-ci dépendait elle-même uniquement des informations trop incomplètes et tardives fournies par TDF à TowerCast.

551. Il résulte de ce qui précède que la fourniture par TDF des informations indispensables à TowerCast pour être en mesure de construire son offre de diffusion à destination des éditeurs radios a été à la fois tardive, puisqu'elle n'a eu lieu qu'en mai 2007, et incomplète.

e) En ce qui concerne les effets anticoncurrentiels de la pratique

Rappel sur le standard de preuve

552. Ainsi qu'il a été rappelé aux paragraphes 478 et 479, pour établir la violation de l'article 102 TFUE, il suffit de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante tend à restreindre la concurrence ou est de nature à ou susceptible d'avoir un tel effet, notamment quand l'entreprise met en œuvre une pratique générant un effet d'éviction. En outre, il a déjà été démontré que l'accès au site de la Tour Eiffel est indispensable à l'exercice d'une concurrence en aval entre diffuseurs de programmes radiophoniques en mode FM.

Appréciation de l'Autorité

553. Pour pouvoir construire son offre à destination des éditeurs radios, TowerCast était tributaire des informations fournies par TDF. En effet, en tant que titulaire de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel, TDF qui s'était engagée à rendre possible l'hébergement d'autres diffuseurs sur le site, se devait de répondre à toute demande d'offre sur mesure. À ce titre et, également comme diffuseur principal sortant depuis le site, TDF était la seule à détenir les informations relatives à la nature des travaux nécessaires, à leur coût et aux délais requis pour les mettre en œuvre. Cette situation révèle une asymétrie d'information au détriment des concurrents, en particulier de TowerCast.
554. En raison du caractère non répliquable du site de la Tour Eiffel et de leurs contraintes commerciales et relatives au respect du principe de continuité du service, les éditeurs ne pouvaient se passer de contrats de diffusion avec un diffuseur présent et opérationnel sur le site de la Tour Eiffel.
555. Dans le contexte du calendrier contraint imposé par le CSA pour le renouvellement des autorisations de fréquence (lors de la NEVA du 3 au 4 septembre 2007), les pratiques de TDF consistant en la fourniture tardive et partielle d'informations ont été constitutives de barrières à l'entrée car elles n'ont pas permis à son concurrent de construire une offre crédible susceptible de la concurrencer. Elles ont donc eu pour effet, au moins potentiel, de fausser la concurrence sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel.

f) Sur la durée de la pratique

Argument de TDF

556. TDF soutient que doit être retenue comme point de départ de la pratique la date à laquelle TDF a accusé réception de la demande de TowerCast, soit le 13 avril 2007 et non la date du 6 avril 2007, date d'envoi de ladite demande.

Appréciation de l'Autorité

557. En amont de l'envoi par TowerCast du courrier du 10 avril dont TDF a accusé réception le 13 avril, TowerCast avait déjà transmis en mains propres son cahier des charges lors de la réunion du 6 avril 2007, ce qu'admet TDF dans ses observations à la notification de griefs (cote 14 655, 07/0017F, paragraphe 422) et de manière très explicite, dans son mémoire en réponse : « *Il ressort de ce qui précède que TDF a répondu de manière suffisamment diligente aux demandes d'accès de TowerCast, les délais de réponse en pouvant s'apprécier qu'au regard de la date à laquelle TDF a reçu la demande de TowerCast, soit le 6 avril 2007 et pas avant* » (cote 18 471, 07/0017F, point 674).
558. Ainsi, la date du 6 avril 2007 marque bien le point de départ de l'infraction, date de la demande de TowerCast à TDF d'une offre sur mesure d'hébergement pour la diffusion de radios FM depuis le site de la Tour Eiffel.
559. La pratique a été interrompue le 11 juillet 2007, date à laquelle le Conseil de la concurrence a prononcé une décision de mesures conservatoires obligeant TDF à adresser une nouvelle offre d'hébergement à TowerCast dans un délai d'un mois. Le 11 juillet 2007 sera donc retenu pour marquer la fin des pratiques reprochées par le grief n° 2.
560. Dans la mesure où le contrat d'hébergement devait permettre à TowerCast d'adresser la demande de diffusion des éditeurs dont les autorisations d'émettre allaient être renouvelées pour cinq ans à compter du 3 septembre 2007 (cote 2750, 07/0018M), la pratique aurait produit des effets, à tout le moins potentiels, durant au moins 5 ans si les mesures conservatoires n'étaient pas intervenues.

Conclusion sur le grief n° 2

561. TDF a abusé, en violation des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE, de sa position dominante sur le marché de gros amont des services de diffusion radiophonique en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel en fournissant tardivement et de façon incomplète des informations indispensables à TowerCast pour être en mesure de construire son offre de diffusion à destination des éditeurs radios.
562. Cette pratique, qui s'est étendue du 6 avril 2007 au 11 juillet 2007, a produit des effets anticoncurrentiels, au moins potentiels sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel. Elle aurait produit des effets, à tout le moins potentiels, durant au moins 5 ans si le Conseil de la concurrence n'était intervenu, le 11 juillet 2007, en prononçant une décision de mesures conservatoires.

4. SUR LE GRIEF N° 3

563. Il a été fait grief à TDF d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché de gros amont des services de diffusion radiophonique en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel en imposant des prix inéquitables à ses concurrents sous la forme d'un ciseau tarifaire entre le

prix de détail sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel et le prix de l'accès au marché de gros amont de ces services.

564. Seront abordés ci-après :

- Les critères pour qualifier une pratique de ciseau tarifaire (a) ;
- le caractère indispensable, en l'espèce, de la prestation intermédiaire d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel et le test de ciseau (b) ;
- les effets anticoncurrentiels de la pratique (c) ;
- la durée de la pratique (d).

a) Les critères de qualification d'un effet de ciseau tarifaire

565. Au nombre des abus de position dominante figure la pratique dite de ciseau tarifaire, ou encore de compression des marges. La pratique décisionnelle tant nationale que communautaire a précisé les contours de cette infraction.

La notion de ciseau tarifaire

566. La Commission européenne présente ainsi le ciseau tarifaire : « *au lieu d'opposer un refus de fourniture, une entreprise dominante peut fixer, pour le produit vendu en amont, un prix qui, comparé à celui qu'elle pratique en aval, ne permet pas, même à un concurrent aussi efficace, d'exercer rentablement et durablement des activités sur le marché en aval (« compression des marges »)* » (Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes du 9 février 2009, paragraphe 80). Elle a indiqué que le ciseau tarifaire est caractérisé « *lorsque la différence entre les prix de détail d'une entreprise qui domine le marché et le tarif des prestations intermédiaires pour des prestations comparables à ses concurrents est soit négative soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'opérateur dominant pour la prestation de ses propres services aux abonnés sur le marché aval* » (arrêt du Tribunal de l'Union du 10 avril 2008, Deutsche Telekom/Commission, T-271/03). Ces pratiques sont qualifiables d'abus de position dominante au sens des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce, en ce qu'elles consistent en la fixation de prix non équitables pour l'accès des concurrents aux prestations intermédiaires.

567. Le Conseil de la concurrence a estimé que les pratiques de ciseau tarifaire : « *rendent plus difficiles l'entrée et le développement de concurrents sur les marchés aval [...] et « s'interprètent donc comme des barrières artificielles à l'entrée* » (étude thématique sur les pratiques de ciseau tarifaire du rapport annuel 2008 de l'Autorité de la concurrence, page 168).

568. Le tribunal de l'Union européenne a confirmé que cette pratique constituait un abus autonome : « *c'est la compression des marges qui est, en l'absence de toute justification objective, susceptible, en elle-même, de constituer un abus au sens de l'article 82 CE* » (arrêt du TPIUE du 29 mars 2012, T-336/07, Telefonica SA/Commission, point 187).

569. En outre, il n'est pas nécessaire d'établir la preuve que le prix de gros est excessif ou que le prix de détail est prédateur : « *Le caractère non équitable, au sens de l'article 102 TFUE, d'une telle pratique tarifaire étant lié à l'existence même de la compression des marges et non à son écart précis, il n'est nullement nécessaire d'établir que les prix de gros pour les prestations RNA intermédiaires aux opérateurs ou les prix de détail pour les*

prestations de connexion à haut débit aux clients finals sont en eux-mêmes abusifs en raison, selon le cas, de leur caractère excessif ou prédateur » (arrêt Deutsche Telekom/Commission, précité, points 167 et 183).

570. Enfin, les pratiques sont examinées par rapport à des concurrents aussi efficaces, actuels ou potentiels : « *l'article 82 CE interdit, notamment, à une entreprise en position dominante de se livrer à des pratiques tarifaires produisant des effets d'éviction pour ses concurrents aussi efficaces, actuels ou potentiels* » (arrêt du Tribunal de l'Union du 29 mars 2012, Telefonica SA/Commission, précité, point 189).

Les éléments de la qualification

571. Plusieurs conditions doivent être satisfaites pour qu'une pratique de compression des marges constitutive d'un ciseau tarifaire puisse être qualifiée d'abus de position dominante.
572. L'opérateur intégré doit être en position dominante sur le marché de gros amont (arrêt de la CJUE du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige AB/Commission, C-52/09), sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une position dominante sur le marché aval (arrêt du TPIUE du 30 novembre 2000, Industrie des Poudres Sphériques, T-5/97 et décision de la Commission du 4 juillet 2007 Telefonica, COMP38/784, point 284). En effet, la jurisprudence de la Cour admet que les circonstances particulières, prises dans leur ensemble, qui justifient l'application de l'article 102 du TFUE à un comportement constaté sur un marché non dominé, mais connexe au marché dominé et produisant des effets sur le marché non dominé (arrêt de la CJCE du 14 novembre 1996, Tetra Pak/ Commission, C-333/94, points 27 à 31) est applicable dans le cas des pratiques de ciseau tarifaire. Celles-ci « *trouvent leur source en amont et leurs effets en aval. Le lien de causalité entre la pratique et l'effet d'éviction en aval provient de l'intégration verticale de l'opérateur dominant et de la nécessité du bien intermédiaire pour construire des offres de détail attractives* » (étude thématique du rapport annuel 2008 précitée, p. 158)
573. La CJUE a considéré que l'absence de toute obligation réglementaire de fournir les prestations intermédiaires sur le marché de gros n'avait aucune incidence sur le caractère abusif de la pratique tarifaire d'effet de ciseau (arrêt de la CJUE du 17 févr. 2011, TeliaSonera précité, point 114).
574. S'agissant de la démonstration des effets de la pratique, selon la Cour de cassation : « (...) *une pratique de « ciseau tarifaire » a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du « ciseau tarifaire » leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval* » (arrêt de la Cour de cassation, du 3 mars 2009, Tenor, p. 5).
575. Pour établir le caractère abusif d'une telle pratique, la démonstration d'un effet anticoncurrentiel potentiel de nature à évincer les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise en position dominante, suffit (arrêt de la CJUE du 17 févr. 2011, TeliaSonera précité, point 64).
576. La Cour de justice a jugé que « *lorsque l'accès à la fourniture du produit de gros est indispensable pour la vente du produit de détail, les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise qui domine le marché de gros ne pouvant opérer sur le marché de détail qu'à perte ou, en tout état de cause, à des conditions de rentabilité réduites subissent un désavantage concurrentiel sur ce marché de nature à empêcher ou à restreindre leur accès*

à celui-ci ou le développement de leurs activités sur ce dernier (voir, en ce sens, arrêt *Deutsche Telekom/Commission*, précité, point 234). Dans un tel cas, l'effet anticoncurrentiel, au moins potentiel, d'une compression des marges est probable » (arrêt de la CJUE du 17 février 2011, *TeliaSonera* précité, points 70 et 71). La Cour de justice ajoute qu'« il y a lieu de vérifier le niveau de la compression des marges des concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise dominante. En effet, si la marge est négative, c'est-à-dire que, en l'occurrence, le prix de gros pour les prestations RNA intermédiaires est supérieur au prix de détail pour les prestations aux clients finals, l'effet d'éviction au moins potentiel est probable, compte tenu du fait que, dans une telle situation, les concurrents de l'entreprise dominante, même s'ils sont aussi efficaces, voire plus efficaces, qu'elle-même, seraient obligés de vendre à perte. Si, en revanche, une telle marge reste positive, il conviendra alors de démontrer que l'application de cette pratique tarifaire était, en raison, par exemple, d'une réduction de rentabilité, susceptible de rendre au moins plus difficile pour les opérateurs concernés l'exercice de leurs activités sur le marché concerné » (arrêt de la CJUE du 17 février 2011 précité, points 73 et 74).

Le test dit « de coûts » ou « de ciseau »

577. Pour apprécier l'existence d'une pratique de compression des marges, les autorités de concurrence tant française qu'européenne effectuent un test de coûts dit « test de ciseau ». Le test adéquat pour établir le ciseau tarifaire consiste « à établir si un concurrent ayant la même structure de coûts que celle de l'activité en aval de l'entreprise verticalement intégrée serait en mesure d'offrir des services en aval sans enregistrer des pertes si ladite entreprise verticalement intégrée devait payer le prix d'accès en amont facturé à ses concurrents » (arrêt du Tribunal de l'Union du 29 mars 2012 précité, point 194, confirmant la décision de la Commission du 4 juillet 2007 COMP/38784, points 312 et 315). Il s'agit donc de comparer la différence entre les recettes dégagées sur le marché aval par l'opérateur en place et les coûts qu'il supporte sur ce même marché avec le prix de gros qu'il facture à ses concurrents pour l'accès au bien intermédiaire.
578. Aussi, 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 : « 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 obligée d'acquitter des propres prix de gros pour les prestations intermédiaires » (voir notamment arrêt du Tribunal de l'Union du 29 mars 2012 précité, points 190 à 193).
579. Le choix de retenir les coûts de l'opérateur dominant permet d'assurer que celui-ci a en sa possession tous les éléments nécessaires pour vérifier la légalité de son comportement et se justifie par le principe général de sécurité juridique (voir arrêt du TPICE du 10 avril 2008, *Deutsche Telekom/Commission* précité, point 192).

Les coûts à prendre en compte

580. Pour réaliser un test de ciseau tarifaire, la Commission préconise de se référer au coût moyen incrémental ou coût marginal moyen de long terme (CMILT ou CMMLT) : « Dans les cas de compression des marges, le critère de référence sur lequel se fondera généralement la Commission pour déterminer les coûts supportés par un concurrent aussi efficace sera le CMMLT de la division en aval de l'entreprise dominante intégrée »

(Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes du 9 février 2009, paragraphe 80).

581. Le CMILT correspond à la moyenne de tous les coûts variables et fixes supportés pour exercer l'activité en cause : « *le coût moyen incrémental de long terme comprend tous les coûts associés à la production du volume total d'un produit donné ; il s'obtient comme la différence entre les coûts totaux effectivement supportés pour la production de l'ensemble des biens et services commercialisés en aval et les coûts qui seraient engagés si le produit considéré n'était plus fabriqué, la production demeurant constante pour les autres produits. Ce coût comprend non seulement les coûts directs associés au produit considéré, qu'ils soient fixes ou variables en fonction des quantités, mais aussi la part des coûts communs imputables à l'activité en question* » (étude thématique du rapport annuel 2008 précitée, page 150).
582. Le Tribunal de l'Union juge également que « *le coût incrémental à long terme du produit devait comprendre non seulement tous les coûts fixes et variables directement liés à la production du produit concerné, mais également une proportion des coûts communs liés à cette activité* ». De surcroît, « *Dès lors qu'il n'existait pas d'estimation fiable de l'affectation effective de l'équipe commerciale de Telefónica à la commercialisation de produits de détail à haut débit, en termes de somme totale allouée à ladite commercialisation par rapport au temps consacré par l'équipe commerciale à ceux-ci (considérants 472 et 473 de la décision attaquée), la Commission n'a pas excédé sa marge d'appréciation en considérant comme une approximation raisonnable des CMILT de commercialisation la partie des coûts que Telefónica imputait elle-même à l'activité de détail ADSL [confidentiel] dans sa comptabilité de 2005. Il convient en effet de relever à cet égard que la règle d'assignation utilisée par Telefónica jusqu'en 2004 avait été considérée comme inadéquate par la CMT, car elle ne se basait pas sur l'assignation du coût total de commercialisation au prorata du temps consacré par le personnel commercial aux produits de détail de la large bande* » (arrêt du Tribunal de l'Union du 29 mars 2012, Telefónica SA/ Commission précité, paragraphes 238 et 244).
583. Dès lors, un test de ciseau tarifaire consiste à comparer la différence entre les prix en aval et en amont de l'opérateur intégré et les coûts moyens incrémentaux de long terme (CMILT) en aval de cet opérateur.
584. Aussi, « *les trois composantes d'un test de ciseau (recettes amont, recettes aval, coût incrémental en aval) peuvent dépendre de manière complexe des quantités produites ou consommées* » (étude thématique du rapport annuel 2008 précitée, page 152). La délimitation du périmètre pertinent de la demande est donc importante.

Le niveau de la demande à prendre en compte

585. Les recettes à prendre en compte pour effectuer le test de ciseau tarifaire doivent comprendre l'ensemble des sources de revenus accessibles à un concurrent potentiel d'efficacité égale sur le marché aval. Par exemple, dans l'affaire Telefonica, le test de ciseau a été effectué en tenant compte des différents services commercialisés par l'opérateur dominant sur le marché de détail, dans la mesure où ses concurrents pouvaient aussi proposer ces services. En revanche, dans l'affaire Deutsche Telekom, la Commission, confirmée par le Tribunal et la Cour, a exclu du périmètre des recettes certains revenus au motif que leur prise en compte ne serait pas cohérente avec les principes de libéralisation du secteur.
586. Par ailleurs, s'agissant plus particulièrement de l'importance de la demande s'adressant au nouvel entrant, le Conseil de la concurrence a relevé que les tarifs proposés par un

opérateur dominant peuvent contraindre l'opérateur entrant à n'être profitable que s'il parvient à adresser une demande suffisamment importante : « *Concernant la structure du tarif de l'offre ADSL Connect ATM, il résulte de ce qui précède que l'importante dégressivité du prix d'accès par accès en fonction du nombre de clients par plaque, (...), a conduit à une hausse artificielle des coûts d'accès pour des opérateurs entrants ne disposant que d'un faible nombre d'abonnés. Cet "effet volume" constitue une barrière à l'entrée en contradiction avec l'injonction* ». Le Conseil en avait alors déduit que « *le tarif de l'offre ADSL Connect ATM proposé aux opérateurs le 1er décembre 2000, du fait de sa structure et de son niveau, ne permettait pas à ceux-ci de concurrencer de manière effective les offres de France Télécom destinées aux FAI* » (décision n° [04-D-18](#) du 13 mai 2004 concernant l'exécution de la décision n° [00-MC-01](#) du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau paragraphes 124 et 125).

b) Le caractère indispensable, en l'espèce, de la prestation intermédiaire d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel et le test de ciseau tarifaire

Sur le caractère indispensable de la prestation intermédiaire d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel pour l'exercice de la concurrence sur le marché de gros aval des services de diffusion depuis ce site

587. Comme exposé plus haut, le marché de gros amont de la diffusion de radios FM pertinent pour l'analyse de la pratique de ciseau tarifaire est géographiquement circonscrit au site de la Tour Eiffel, auquel l'accès est indispensable pour concurrencer le ou les opérateur(s) déjà présent(s) sur le marché de gros aval des services de diffusion de la Tour Eiffel.
588. Ainsi qu'il a déjà été précisé, le site de la Tour Eiffel est un site de diffusion incomparable en raison de sa hauteur et de son emplacement au centre de la région Ile-de-France, qui lui permet de couvrir un bassin de population de 11 millions d'habitants, bien plus large que les autres sites de diffusion de la zone de Paris (voir paragraphes 38 et 320).
589. Ce site est également exceptionnel du fait du nombre et de la puissance des fréquences autorisées à y être diffusées, soit 30 des 48 fréquences disponibles dans la zone de Paris en avril 2007, contre 10 pour le deuxième de la région Ile-de-France (voir paragraphe 38). En outre, du fait des contraintes du plan de fréquence FM 2006 élaboré par le CSA, la Tour Eiffel est le seul site de cette zone où la diffusion de fréquences de 10 kW est possible et autorisée.
590. Surtout, 30 fréquences en région parisienne (avant la NEVA), qui correspondent à des radios privées à vocation nationale, aux radios de service public et à des radios locales ou régionales, y compris des radios ayant une PAR de 4 kW, ne peuvent être obtenues qu'en étant diffusées depuis le site de la Tour Eiffel. À supposer même qu'un site comparable existe, un éditeur devrait alors, pour être diffusé depuis ce site, être prêt à changer de fréquence, ce qui n'est pas viable commercialement (voir paragraphes 321 et 322).
591. L'accès au site de la Tour Eiffel par des diffuseurs est donc indispensable à l'exercice d'une concurrence sur le marché de gros aval de la diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis ce site.
592. En outre, même si aucune disposition réglementaire n'encadre la diffusion technique des services de radio FM, le CSA a estimé que le moyen de résoudre les difficultés de diffusion dans l'Est parisien est de permettre au plus grand nombre possible de radios d'être diffusées depuis la tour Eiffel et, pour ce faire, de garantir l'ouverture à plusieurs

prestataires des infrastructures de diffusion radiophonique en mode FM du site (cote 2035, 07/0018M). Consulté par la ville de Paris au sujet du renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de diffusion de la Tour Eiffel, le CSA a conseillé d'exiger du futur occupant qu'il héberge des diffuseurs concurrents sur ce site.

593. La Ville a donc précisé, à l'article 2.5.2. du cahier de consultation, que « *le droit d'utilisation des emplacements sur la Tour Eiffel [...], qui sera accordé à l'occupant pour lui permettre d'y exploiter ses installations, ne pourra lui garantir, [...], aucune exclusivité dans le domaine des liaisons sans fil auxquelles la tour est susceptible de servir de support (...) le futur occupant exposera les mesures prises pour permettre l'accès à ses concurrents, notamment dans le marché (...) de diffusion radiophonique.* » (cote 27, 07/0017F et voir paragraphe 367). Elle a aussi prévu, à l'article 11 de la convention d'occupation du domaine public du site de la Tour Eiffel, réattribuée le 12 février 2007 à TDF, occupant historique du site, que le nouvel occupant est dans l'obligation de proposer des offres d'hébergement aux diffuseurs en faisant la demande en posant le principe de non-exclusivité pour les liaisons sans fil auxquelles la Tour est susceptible de servir de support et l'obligation pour la société occupante de répondre favorablement à toute demande d'accès d'un diffuseur tiers demandant à être hébergé et à formuler une offre adaptée et sur mesure (cotes 1322 et 1323, 07/0018M et voir paragraphe 188).
594. Comme l'indique aussi le CSA dans son avis du 3 avril 2007, TDF s'est engagée auprès de lui dans une lettre du 31 octobre 2006, à répondre à toute demande d'accès faite par un concurrent pour la diffusion de programmes radio en FM sur le site dans la cadre une offre sur mesure. Dans cet avis, le CSA souligne que, du fait du « *caractère pratiquement irremplaçable du site de la tour Eiffel pour l'ensemble des radios FM parisiennes* », il importe « *qu'une telle offre soit formulée dans des conditions équitables, transparentes et non discriminatoires (...)* » (cote 2036, 07/0018M et voir paragraphe 532).
595. En conséquence, bien que n'ayant pas d'obligation réglementaire de fournir la prestation intermédiaire d'accès au site de la Tour Eiffel, TDF en avait l'obligation contractuelle et s'y était aussi formellement engagée auprès du régulateur, en raison du caractère indispensable de cette prestation pour l'exercice de la concurrence en aval entre diffuseurs de radios FM depuis ce site.
596. L'accès au site de la Tour Eiffel est ainsi un intrant indispensable à l'exercice d'une concurrence sur le marché de gros aval des services de diffusion des radios FM autorisées depuis ce site.

Sur l'application du test de ciseau tarifaire aux prix pratiqués par TDF

597. Dans le cadre du test de ciseau tarifaire, seront successivement considérés le volume d'activité qu'un diffuseur hébergé sur le site de la Tour Eiffel est susceptible de réaliser, les revenus ainsi générés et les différents coûts qu'il supporte. Les résultats du test de ciseau seront ensuite présentés.

En ce qui concerne le volume d'activité d'un diffuseur hébergé par TDF sur le site Tour Eiffel

598. Les recettes tirées des prestations proposées aux clients éditeurs de programmes radio FM et les coûts encourus pour leur fourniture par les diffuseurs dépendent des hypothèses faites sur le « volume » et la puissance d'émission des clients éditeurs. Les hypothèses de volumétrie sont donc centrales dans la réalisation du calcul de marge. Sont successivement présentés le volume d'activité maximal d'un diffuseur hébergé par TDF sur le site de la Tour Eiffel et les volumes d'activité pertinents pour la réalisation du test de ciseau.

◆ Sur le volume d'activité maximal d'un diffuseur hébergé par TDF sur le site Tour Eiffel

599. Le nombre de clients éditeurs qu'un opérateur nouvel entrant hébergé sur le site de la Tour Eiffel aurait pu diffuser en 2007 est d'abord déterminé par la surface limitée mise à disposition par TDF sur le site. Aussi, il importe d'abord d'évaluer le nombre de radios susceptibles d'être diffusées à partir des salles dédiées mises à disposition par TDF, qui dépendent des équipements requis pour la diffusion et de la surface au sol qu'ils occupent.

600. Pour rappel, TDF propose deux surfaces, de 14 ou 27 m², dans l'offre sur mesure de mai 2007 (cote 2751, 07/0018M).

601. D'après TowerCast, les équipements occupant la surface au sol que la salle dédiée doit pouvoir accueillir sont (cotes 9094, 9501 et 9502 07/0017) :

- des émetteurs (hydrauliques), installés dans des baies, dites baies HF ; chaque baie HF pouvait accueillir un émetteur de puissance 10 kW ou 2 émetteurs de puissance 4 kW ; chaque émetteur permet de diffuser une radio ;
- des baies de « *process* » incluant les équipements de supervision, les équipements de traitement de son et de codage RDS, dites baies BF ; environ 0,2 baie BF est nécessaire par radio, soit 1 baie BF pour 5 radios et 2 baies BF pour 10 radios ;
- des équipements de refroidissement des émetteurs, dits groupes de froid, installés dans des baies ; chaque baie peut accueillir un groupe de froid ; une baie « froid » est nécessaire pour 5 baies HF ;
- un tableau de distribution électrique, dit TGBT, quel que soit le nombre de radios ;
- un transformateur d'isolement, dit TI, quel que soit le nombre de radios.

602. S'y ajoutent les surfaces de dégagement nécessaires au bon fonctionnement et à la maintenance des différents équipements.

603. De son côté, en 2007, TDF indique, concernant la surface nécessaire pour diffuser une seule radio en utilisant un émetteur double drive refroidi par eau glacée (cote 3448, 07/0018M) :

TDF dans ce cas, examinerait la meilleure solution technique possible répondant à un tel besoin. La diffusion d'une seule radio nécessite deux baies aussi bien pour une puissance de 10 kW que pour une puissance de 4 kW (1 baie émetteur intégrant les éléments nécessaires au traitement du signal (800x1000mm largeur x profondeur) + 1 baie refroidissement (800x1000mm). Une surface de l'ordre de 4 m² pourrait permettre l'hébergement de tels équipements (en prenant en compte les dégagements nécessaires en avant (600mm) et en arrière (1100 mm) des baies). Cette surface est indépendante du type de local dédié ou non.

604. TDF ne tient donc pas compte de la nécessité d'installer également les baies de « *process* » et les équipements électriques (TGBT et TI), pourtant indispensables pour assurer une prestation de diffusion radio FM.

605. Sur ce point, les déclarations de TDF ont changé au cours de l'instruction puisqu'elle déclare, dans ses réponses complémentaires à l'audition du 15 mai 2013 :

« pour ce qui est de l'émission, il faut un émetteur, un équipement de réception du signal, un système de refroidissement et un équipement de traitement du son (donc les baies BF sont incluses). Lorsque l'émetteur est refroidi par de l'eau, il y a un circuit primaire

intégré à l'émetteur et un circuit secondaire qui peut être à air ou à eau pour refroidir le circuit primaire et qui s'ajoute au système intégré.

Au niveau de l'énergie l'opérateur peut vouloir secourir l'énergie avec des groupes énergie secours, comme cela se fait sur la majorité des autres sites où l'on héberge des opérateurs tiers. Dans le cas de la Tour Eiffel, il n'y aurait peut-être pas eu suffisamment de place sur le site pour installer un tel secours d'énergie » (cote 9508, 07/0117F).

606. Aussi, en tenant compte de la surface occupée par ces équipements, TDF fait état, dans ses dernières déclarations du 14 juin 2013, d'un nombre maximal de baies HF de 3 dans la surface de 14 m² et de 8 dans celle de 27 m² (cotes 9501 et 9502, 07/0017F). L'Autorité retient ces hypothèses de nombre maximal de baies HF.
607. Dans le nouveau plan de fréquence FM 2006 élaboré par le CSA, sur un total de 20 fréquences, 16 disposent d'une autorisation de PAR 10 kW et 4 d'une autorisation de PAR 4 kW.
608. Ainsi, en mai 2007, compte tenu des contraintes d'occupation de surface des équipements et de puissance des émetteurs, les scénarii envisageables se limitent à un maximum de :
- pour la surface de 14 m² : 3 émetteurs de 10 kW ou 2 émetteurs de 10 kW + 2 émetteurs de 5 kW¹⁴, ou 1 émetteur de 10 kW + 4 émetteurs de 5 kW ;
 - pour la surface de 27 m² : 8 émetteurs de 10 kW, ou 7 émetteurs de 10 kW + 2 émetteurs de 5 kW, ou 6 émetteurs de 10 kW + 4 émetteurs de 5 kW.
- ♦ Sur le volume d'activité pertinent à prendre en compte pour effectuer le test de ciseau
609. Être hébergé dans une salle dédiée n'assure pas au diffuseur concerné un nombre de clients égal au nombre maximum d'émetteurs pouvant y être installés.
610. Par ailleurs, en raison de l'appartenance de TowerCast au groupe NRJ, qui possède 4 radios, 3 de PAR 10 kW et 1 de PAR 4 kW (voir paragraphe 50), le scénario de 4 radios, dont 3 de PAR 10 kW et 1 de PAR 4 kW, peut constituer un « plancher » pour TowerCast, mais pas nécessairement pour un autre opérateur.
611. Dans son étude « *retail minus* », TDF a raisonné à partir d'une première hypothèse de 8 points de service de PAR 10 kW et d'une seconde hypothèse correspondant à 6 points de service de PAR 10 kW et 2 points de service de PAR 4 kW (cote 3289, 07/0018M). En 2013, TDF a aussi indiqué que, compte tenu de l'appartenance de la société TowerCast au groupe NRJ, celle-ci aurait au moins pu diffuser les quatre radios FM du groupe. Enfin, dans son étude économique du 10 octobre 2014 (cote 18592, 07/017F), TDF raisonne à partir d'une volumétrie de 10 émetteurs.
612. Cependant, un test de ciseau fondé sur une volumétrie de 10 émetteurs revient à exiger de l'opérateur alternatif qu'il diffuse 10 fréquences sur les 20 renouvelées par le CSA, soit 50 % de celles-ci (autodiffusion éventuelle incluse), dont la totalité des fréquences dotées d'une PAR 4 kW. La décision de mesures conservatoires n° 07-MC-05 du 11 juillet 2007 précitée relevait déjà qu'exiger d'un diffuseur de remporter, dès sa première année de présence à la Tour Eiffel, « *près d'un tiers des contrats* », *a fortiori* 50 %, constituerait « *une très forte barrière à l'entrée qui rendrait toute mise en concurrence de la diffusion depuis la Tour Eiffel illusoire* ». La décision relevait que « *les résultats du test de ciseau*

¹⁴ Une fréquence radio nécessitant une PAR de 4 kW implique l'installation d'un émetteur de 5 kW.

tarifaire pour un nombre de radios diffusées inférieur à 10 (quatre dans les résultats présentés ici) seront donc pris en compte afin d'apprécier l'effet d'éviction des conditions financières de l'offre de gros d'hébergement proposée par TDF » (paragraphe 164 et suivants de ladite décision).

613. En effet, attendre d'un nouveau diffuseur qu'il exploite, dès sa première année de présence à la Tour Eiffel, 10 points de service, et prendre alors en compte cette volumétrie dans un test de ciseau, est irréaliste et disproportionné en raison des désavantages de coûts subis par un concurrent et des parts de marché qu'un nouveau diffuseur est susceptible d'atteindre sur le site de la Tour Eiffel. La volumétrie à prendre en compte ne saurait donc dépasser 8 émetteurs.

- Sur les désavantages de coûts de nouveaux entrants sur le site

614. Premièrement, contrairement à TDF, un opérateur alternatif, qui ne dispose pas du statut d'hébergeur sur le site, ne peut se prévaloir auprès de ses clients d'une présence permanente de techniciens sur ce site, sauf à engager des coûts spécifiques qui ne seront pas pris en compte dans le test de ciseau, dans la mesure où ils ne correspondent pas à des coûts évitables pour TDF. À l'inverse, dans une offre faite à France Inter en juin 2007 intitulée « *Nouvelle offre de diffusion FM à la Tour Eiffel Le service à 360°* », TDF vante « *une offre de services inégalée pour une sécurisation maximale de votre diffusion. [...] Un niveau de service unique en France 24 h sur 24 et 365 jours par an vous garantissant un rétablissement ultra – rapide. [...] Une équipe permanente sur place. Un effectif de quarante personnes à plein temps sur le site assure l'exploitation et la maintenance, le gardiennage et l'encadrement* » (cotes 5856-5890, 01/0017F). Or, en raison notamment de la population importante qu'il permet de couvrir et de l'absence de sites alternatifs, le site de la Tour Eiffel est stratégique pour les radios émettrices, soumises en outre à une obligation de continuité du service. Celles-ci sont donc particulièrement sensibles aux garanties concernant les pannes que peut leur offrir le prestataire ayant en charge leur diffusion. À cet égard, TDF détient donc un avantage concurrentiel sur ses éventuels concurrents s'ils ne sont pas, comme elle, en mesure d'assurer une présence permanente sur le site et cet avantage est de nature à limiter le nombre de clients que les opérateurs concurrents de TDF sont susceptibles de conquérir.

615. Deuxièmement, la progression des marges du concurrent aussi efficace que TDF avec le nombre de radios diffusées et l'effet de seuil qui en découle résultent pour partie des coûts fixes entraînés par la structure tarifaire de l'offre d'accès proposée par TDF. La décision de mesures conservatoires précitée relevait ainsi que : « *la plupart des coûts supportés par un diffuseur hébergé sur un site sont variables en fonction de son volume d'activités, comme c'est le cas en l'espèce : un émetteur est acquis pour chaque radio ; les charges d'accès au système antennaire sont facturées dans l'offre sur mesure par radio ; les charges d'exploitation sont variables en fonction du nombre de radios* ». Elle relevait cependant que « *les coûts fixes indivisibles sont ceux des études et des travaux d'aménagement de la salle dédiée, les frais de mise à disposition de la salle dédiée, et les travaux pour l'aménagement de cette salle dont Towercast estime qu'ils ne sont pas compris dans l'offre d'hébergement et restent à sa charge (installation des câbles et électricité). Hormis ce dernier poste, qui n'a pas été contesté par TDF, les autres postes de coûts fixes indivisibles sont donc compris dans l'offre sur mesure de TDF qui en a fixé le tarif et c'est ce tarif qui est à l'origine de l'effet de seuil constaté dans les simulations.* » (point 165).

616. À ces différents coûts fixes s'ajoutent des forfaits d'accompagnement pour chaque visite effectuée par l'opérateur hébergé sur le site de la Tour Eiffel, dont le coût est fixe quels que soient la durée de la visite et le nombre d'émetteurs exploités par cet opérateur. Leur

montant, compris entre 321 euros et 491 euros par visite selon la période d'intervention, représente, pour les seules visites de contrôle quotidiennes, plus de 117 000 euros (soit 7 % des revenus engendrés par 10 émetteurs). À ces forfaits d'accompagnement (qui ne sont plus facturés dans les offres d'hébergement postérieures à la décision de mesures conservatoires) s'ajoutent donc les coûts des travaux d'aménagement de la salle dédiée (soit entre 200 000 et 300 000 euros pour une salle de 14 m² ou entre 300 000 et 400 000 euros pour une salle de 27 m²), les frais de mise à disposition de cette salle (42 000 euros pour une salle de 14 m² et 81 000 euros pour une salle de 27 m²) et le coût des études de raccordement (1 555 euros pour la première fréquence) et de faisabilité (7 874 euros). Annualisés et amortis sur 8,75 années au taux de 10 % (voir ci-dessous), le coût des travaux est compris entre 53 034 euros et 70 712 euros pour une salle de 27 m² permettant d'installer au plus 10 émetteurs, soit entre 3,17 % et 4,23 % des revenus. Les frais de mise à disposition de cette salle représentent 4,85 % des revenus et le coût des études de raccordement et de faisabilité 0,57 %. Au final, les coûts fixes de l'offre de gros de TDF et le coût des travaux sont donc compris entre 15,6 % et 16,7 % des revenus engendrés par l'exploitation de 10 émetteurs. Comme le relevait déjà la décision 07-MC-05 précitée, l'effet de seuil constaté dans le test de ciseau résulte donc notamment de la structure et du montant de l'offre d'hébergement de TDF.

617. Troisièmement, comme la Commission européenne le souligne dans sa communication précitée, « *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* » (point 24). Au cas d'espèce, par rapport à TDF, un opérateur nouvel entrant sur ce marché pâtit 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. Or, ce désavantage ne résulte pas d'une inefficacité intrinsèque du nouvel entrant par rapport à TDF mais de la position d'ancien monopole de droit dont bénéficie cette dernière et, en partie, des pratiques anticoncurrentielles qu'elle a mises en œuvre lors du renouvellement de la convention d'occupation du site de la Tour Eiffel et visées par le grief 1.
618. Plus précisément, en tant qu'hébergeur et opérateur historique de diffusion, TDF est assurée de conserver sur le site de la Tour Eiffel un certain volume d'activité postérieurement à l'entrée éventuelle de concurrent(s). En effet, en ne mettant à disposition de ses concurrents qu'un espace permettant d'installer un maximum de 10 émetteurs, TDF est assurée de diffuser au moins 10 des 20 fréquences renouvelées, lesquelles s'ajoutent aux 11 fréquences déjà diffusées. TDF est ainsi assurée de continuer de diffuser 21 des 31 fréquences diffusées à partir du site de la Tour Eiffel, soit plus des deux tiers. Par ailleurs, sur le site de la Tour Eiffel, TDF peut mutualiser divers coûts entre ses différentes activités. En tant qu'hébergeur et diffuseur de télévision analogique (voir paragraphes 30 à 32), elle bénéficie ainsi de la présence permanente de salariés sur le site dont les tâches peuvent à la fois relever de l'activité d'hébergement proprement dite, de l'activité de diffusion de chaînes TV, notamment analogiques, ou de l'activité de diffusion FM. L'offre faite à France Inter par TDF (voir paragraphe 614) mentionne par exemple 40 personnes présentes quotidiennement sur le site. Du fait de cette mutualisation, plusieurs des coûts engagés par TDF pour son activité de diffusion FM sur le site de la Tour Eiffel soit ne sont pas évitables au sens de la jurisprudence, soit ont un niveau de coûts évitables associés difficile à estimer. Les dépenses mutualisées entre les différentes activités, comme les

coûts salariaux liés aux actions de vérification des émetteurs par exemple (voir ci-dessous) seront ainsi de toute façon engagées, ou du moins engagées dans une certaine proportion difficile à estimer, même si TDF diffuse 10 émetteurs de moins du fait de la concurrence de Towercast ou d'un autre diffuseur.

619. Dès lors, TDF est en mesure de pratiquer des prix inférieurs à ceux d'un nouvel entrant, incapable de procéder à la même mutualisation des coûts.
620. Or, cet avantage dont bénéficie TDF du fait de ses activités ne résulte pas d'une concurrence par les mérites. La position d'hébergeur qu'occupe TDF sur le site de la Tour Eiffel est ainsi la conséquence, pour une part qui ne peut être mesurée, des pratiques visées par le grief n° 1. S'agissant de l'activité de diffusion de télévision analogique, TDF était en monopole de droit jusqu'en 2011. Enfin, le fait que TDF soit assurée de continuer de diffuser 21 des 31 fréquences émises depuis la Tour Eiffel résulte de sa position d'hébergeur d'une part, de sa position d'ancien monopole historique sur le site de la Tour Eiffel d'autre part.
621. Un nouvel entrant sur le site de la Tour Eiffel subit donc un désavantage de coût qui n'est ni lié à son efficacité intrinsèque, ni le résultat d'une concurrence par les mérites. Exiger de lui qu'il soit en mesure de conquérir, dès sa première année de présence sur ce marché et en dépit des désavantages de coûts qu'il supporte, une part de marché en volume de 50 % paraît irréaliste et disproportionné et aurait pour conséquence de perpétuer le désavantage qu'il subit par rapport à l'occupant historique, en l'empêchant de bâtir progressivement une offre susceptible de bénéficier d'économies de gamme et d'échelle.
- Sur la part de marché qu'un nouveau diffuseur est susceptible d'atteindre sur le site de la Tour Eiffel selon TDF
622. Selon TDF, « pour un opérateur raisonnablement efficace, qui ne peut être que Towercast sur le site de la Tour Eiffel, le nombre pertinent de radios à prendre en compte pour apprécier l'effet de ciseau ne peut être 4, comme cela figure dans la décision de mesures conservatoires. Nous souhaitons rappeler en effet, que le groupe NRJ compte 4 radios qui auraient été nécessairement acquises à Towercast du fait de l'intégration verticale du groupe. Une hypothèse serait de se baser sur la part de marché de Towercast sur la diffusion au niveau national, soit 21 % d'après l'avis du CSA. Cette part s'élève à 33 % hors autodiffusion. C'est sur cette dernière base que pourraient être appréciées les opportunités commerciales de Towercast dans une vision dynamique du marché. À l'époque, deux tiers des radios, soit 20 radios étaient renouvelées » (cote 9191, 07/0017F). À supposer le chiffre de 33 % exact, l'application de cette part de marché à un marché adressable de 16 fréquences (20 fréquences renouvelées – 4 fréquences dont les radios détentrices appartiennent au groupe NRJ, également propriétaire de Towercast et supposé disposé à choisir Towercast comme diffuseur) conduirait à ce que TowerCast puisse diffuser 9,3 radios (33 % x 16 radios + 4 radios autodiffusées = 9,3).
623. Cependant, la part de marché hors autodiffusion de 33 % mentionnée par TDF n'est pas étayée ; elle apparaît en outre contre-intuitive puisque l'exclusion des radios autodiffusées devrait *a priori* diminuer la part de marché en volume de Towercast. Elle ne tient pas non plus compte des désavantages subis par un nouvel entrant sur le site de la Tour Eiffel. Enfin, une pratique d'éviction ne s'apprécie pas par rapport à un opérateur concurrent particulier (voir paragraphe 567). En l'espèce, le site de la Tour Eiffel a d'ailleurs intéressé d'autres opérateurs que TowerCast (voir paragraphe 284). Il ne peut donc être supposé que l'opérateur concurrent étudié dispose d'une clientèle assurée de 4 radios.

- Sur la prétendue validation d'un test de ciseau à 10 émetteurs

624. S'agissant de l'argument de TDF relatif à une validation par le Conseil de la concurrence de sa nouvelle offre d'hébergement sur une base de 10 fréquences diffusées, le paragraphe 890 de la notification de griefs auquel fait référence TDF n'est pas de nature à définir la volumétrie pertinente pour un test de ciseau puisque cette analyse est uniquement utilisée pour dater la fin des pratiques, non pour établir une qualification de pratique anticoncurrentielle.

- Conclusion

625. Il résulte de ce qui précède que la volumétrie pertinente à prendre en compte pour le test de ciseau ne saurait excéder 8 émetteurs, hypothèse sur laquelle TDF a elle-même fondé son étude « *retail minus* », et qui lui est très favorable.

En ce qui concerne les revenus à prendre en compte

626. Les revenus associés aux différentes volumétries sont ceux indiqués dans l'étude « *retail minus* » de TDF, soit 125 000 euros HT pour les radios de PAR 4 kW et 195 000 HT pour celles de PAR 10 kW (cote 3281, 07/0017F). Comme rappelé ci-dessus (voir paragraphe 213), ils sont estimés sur la base des prix non remisés pratiqués par TDF en situation de monopole. Cette hypothèse est conservatrice, et donc favorable à TDF, compte tenu des remises pratiquées par TDF jusqu'à l'intervention du Conseil de la concurrence, et ce d'autant que plusieurs clients éditeurs ont aussi mentionné des pratiques commerciales assimilables à des remises, telles que des mois de gratuité (cotes 5819 et 5831, 07/0017F).

En ce qui concerne les coûts à prendre en compte

627. Un opérateur hébergé aussi efficace que TDF supporte différents coûts pour son activité de diffuseur FM, correspondant aux investissements qu'il doit réaliser pour lancer cette activité, aux opérations de maintenance et de vérification qu'il doit effectuer pendant cette activité, et à des frais généraux. L'amortissement nécessaire de certaines de ces dépenses est également discuté.

- ◆ Sur les investissements à réaliser par le diffuseur hébergé

628. TDF et Towercast ont toutes deux énuméré les investissements à réaliser par le diffuseur hébergé. Plusieurs divergences opposent TDF et Towercast sur la nature et le montant des investissements dont il doit être tenu compte dans le test de ciseau, plus particulièrement sur la technologie des émetteurs utilisés, sur le stock de pièces de rechange, sur les travaux d'installation électrique et d'aménagement de la salle. Enfin, il ne sera pas tenu compte de certains postes de coûts en raison de leur caractère non évitable pour un opérateur aussi efficace que TDF.

- Sur les différents investissements à réaliser et les coûts y afférents

629. D'après TowerCast, les investissements à réaliser par le diffuseur hébergé portent sur les équipements de diffusion suivants (cotes 3403, 07/0018M et 7387, 07/0017F) :

- des émetteurs double drive à eau, pour un montant de 115 000 euros par émetteur de PAR 10 kW et de 60 000 euros par émetteur de PAR 4 kW, installation comprise ;
- des matériels de remplacement en cas de panne des émetteurs (« *spare* »), d'un montant de 50 000 euros ;

- des armoires, appelées baies, permettant la mise en place des équipements de supervision et de gestion de la salle et des émetteurs, d'un montant unitaire de 3 500 euros, à raison de deux baies pour 10 radios diffusées ;
- des groupes de froid (ou baies de refroidissement), sur la base d'un seul à 60 000 euros installation comprise, indispensable pour refroidir jusqu'à 4 baies et de 2 au-delà de 4 radios diffusées (pour l'hypothèse 10 radios) ;
- des équipements de surveillance des émetteurs, des locaux et de l'installation électrique, qui coûtent entre 15 000 euros et 40 000 euros selon le nombre de radios ;
- des câbles de supervision, des câbles HF et brassage, d'un montant compris entre 17 000 euros et 75 000 euros selon le nombre de radios.

630. TowerCast y ajoute des « travaux d'aménagement électrique et transformateur d'isolement » des travaux d'aménagement du local mis à disposition (cheminement de câble, etc.), dont les montants varient également en fonction du nombre de radios diffusées, respectivement entre 15 000 euros et 50 000 euros et 15 000 euros et 70 000 euros.

631. TDF quant à elle considère qu'un opérateur entrant hébergé tel que TowerCast aurait eu à réaliser les investissements de diffusion suivants :

- des émetteurs double drive à eau, pour un montant de 101 864 euros par émetteur de puissance apparente rayonnée (PAR) de 10 kW et de 52 827 euros par émetteur de PAR 4 kW, hors coût d'installation. Les prix des émetteurs (et des groupes de froid) retenus par TDF sont ceux proposés par le fournisseur Ecreso dans un devis correspondant à une commande de 5 émetteurs, dont un de PAR 10kW et 4 de PAR 4 kW (cotes 3435 à 3437, 07/0018M) ;
- le coût d'installation des émetteurs pour un montant de 13 000 euros pour le premier émetteur et 7 000 euros pour chaque émetteur suivant (cote 3283, 07/0018M) ;
- des coûts d'ingénierie et d'installation interne des émetteurs, évalués en homme jour (HJ) à 13 pour les premiers émetteurs de 5 kW et 10 kW, et pour chaque émetteur suivant, à 1 pour les émetteurs de 5 kW et 2 pour les émetteurs de 10 kW ;
- des équipements supplémentaires : sonde de mesure, récepteur FM de contrôle, codeur RDS et distributeur de données. Le prix de chaque équipement est indiqué par point de service, c'est-à-dire par fréquence¹⁵, et s'élève à 790 euros par sonde de mesure, 1 500 euros par récepteur FM de contrôle, 1 200 euros par codeur RDS et 90 euros par distributeur de données (cote 3284, 07/0018M) ;
- des groupes de froid dont le montant, d'après le devis d'Ecreso, s'élève à 53 500 euros par groupe de froid et qui peuvent chacun assurer le refroidissement de 5 émetteurs (10 kW et/ou 4 kW). Dans l'hypothèse où TowerCast diffuserait 4 radios, un seul groupe de froid serait donc nécessaire. Dans l'hypothèse où TowerCast diffuserait 8 radios, 2 groupes de froid seraient nécessaires ;
- le coût d'installation des groupes de froid (systèmes de refroidissement à eau) de 16 000 euros par groupe de froid ;

¹⁵ Définition de l'ARCEP : « Un point de service correspond à une fréquence (utilisée par un multiplex) sur un site de diffusion. » (Décision n° 2012-1137 de l'ARCEP du 11 septembre 2012 précitée p. 7).

- un stock de modules de rechange (matériels de remplacement) dont le montant dépend, selon TDF, du type et du nombre d'émetteurs utilisés ;
 - des systèmes de contrôle et de télégestion, dont le coût se décompose en 2 parties : le coût d'un serveur central de surveillance, équipement mutualisable entre les différents sites de diffusion, estimé par TDF à 38 000 euros auquel s'ajoutent 70 euros par site et le coût d'un gestionnaire de station, équipement propre à chaque site estimé par TDF à 7000 euros + 300 euros par site (cote 3285, 07/0018M).
- Sur la technologie d'émetteurs

632. Une divergence oppose TDF et TowerCast sur la technologie des émetteurs de diffusion. En effet, TowerCast indique, dans le cahier des charges transmis le 10 avril 2007 à TDF, vouloir disposer d'arrivée d'air afin d'installer des émetteurs refroidis par air. Or, dans l'offre sur mesure de mai 2007, TDF fait uniquement mention d'arrivées d'eau glacée pour installer des émetteurs refroidis par eau glacée, ce qui revient à imposer cette technologie (cote 2751, 07/0018M).
633. Le choix de cette technologie est justifié par TDF auprès de TowerCast par les dimensions de la salle dédiée, considérées comme trop limitées pour accueillir d'autres types d'émetteurs (cote 2515, 2526, 2839, 07/0018M). Techniquement, TDF l'explique ainsi : « *Aucun émetteur à air n'aurait pu être installé ni dans la salle de 14 m², ni dans celle de 27 m². En effet, le débit d'air nécessaire en 2007 pour refroidir un émetteur à air 10 kW Eresco est de 3000m³/h, alors que le débit d'air disponible dans ces salles est au maximum de 50m³/h (...) Nous n'aurions pas pu mettre d'émetteurs à tube dans cette salle parce que les émetteurs à tube n'étaient plus commercialisés à cette époque. (...) [A]ucun émetteur à transistor à air n'aurait pu être installé dans ces salles » (cote 9763, 07/0017F). Cette contrainte liée au débit d'air est confirmée par la note d'expert sur le système de refroidissement des émetteurs FM de la Tour Eiffel fournie par TDF (cote 3275, 07/0018M).*
634. TDF elle-même a choisi de ne remplacer, entre 2007 et 2010, ses émetteurs à tube refroidis par air que par des émetteurs refroidis par eau glacée, comme elle l'indique en 2013 (cote 9465, 07/0017F).
635. Les émetteurs refroidis par eau glacée sont donc une contrainte endogène pour les opérateurs entrants. C'est cette hypothèse de technologie d'émetteur qui est retenue pour effectuer le test de ciseau tarifaire.
636. S'agissant du système de sécurisation des émetteurs, les devis demandés par TDF en février 2007 au fabricant d'émetteurs refroidis par eau glacée portent sur des émetteurs « double drive » (DD), c'est-à-dire des émetteurs dont seul le pilote est redondé, semblables à ceux qu'elle a elle-même installés.
637. Cette hypothèse de système de sécurisation des émetteurs est donc retenue, même si elle est conservatrice puisqu'ils sont moins sécurisés que les émetteurs dits 1+1 et même N+1, pour lesquels le pilote mais aussi l'amplificateur sont redondés.
638. En conséquence, l'hypothèse d'investissement en émetteurs « double drive » refroidis par eau glacée au prix facturé à TDF soit, hors coût d'installation, 101 864 euros par émetteur de PAR de 10 kW et 52 827 euros par émetteur de PAR 4 kW sera retenue. Le coût d'installation est de 13 000 euros pour le premier émetteur et 7 000 euros pour chacun des suivants. Le coût unitaire d'un groupe de froid est de 53 500 euros et celui de l'installation de 16 000 euros.

- Sur le montant du stock de pièces de rechange

639. Dans l'étude « *retail minus* » (cote 3287, 07/0018M), TDF évalue le montant du stock de pièces de rechange à 44 000 euros pour 8 émetteurs. Mais, dans ses déclarations du 15 mai 2013, TDF indique un montant nettement inférieur.
640. L'écart entre les deux estimations est considérable et la réévaluation à la baisse n'est pas justifiée par TDF. Le montant initialement déclaré par TDF et qu'elle utilise dans son propre calcul de marge, soit 44 000 euros pour 8 émetteurs, est donc retenu.
641. TDF estime par ailleurs que l'inclusion des stocks dans le test du ciseau tarifaire engendre un double comptage avec le coût des pièces détachées utilisées lors des opérations de maintenance, qui seul devrait être pris en compte.
642. Cependant, la création puis le maintien, d'un stock de pièces de rechange par l'opérateur entrant est indispensable à la bonne maintenance des appareils qu'il utilise pour son activité et ne relève aucunement du double comptage. Le fait que l'opérateur entrant puise ses pièces de rechange dans son stock lors des opérations de maintenance implique en effet qu'il ait constitué un tel stock et que celui-ci soit maintenu au cours du temps. Par conséquent le coût du stock doit bien être inclus dans le test du ciseau tarifaire.

- Sur les travaux d'installation électrique et d'aménagement de la salle

643. Une divergence oppose TDF et TowerCast sur les travaux d'installation électrique et d'aménagement de la salle dédiée et le poste « achat de câbles ».
644. Les travaux d'installation électrique et d'aménagement de la salle sont estimés par TowerCast à un montant compris entre 80 000 euros et 120 000 euros, selon la surface utilisée.
645. TDF ne mentionne pas ces travaux dans son étude « *retail minus* ». Aux services d'instruction, elle répond, en juillet 2007 : « *TDF ne peut apprécier la pertinence de ces postes de coûts sans plus de précision. TDF relève néanmoins que certains postes de coûts pourraient correspondre à des prestations déjà fournies par TDF dans le cadre de son offre sur mesure* » (cote 3418, 07/0018M).
646. Or, l'offre sur mesure de mai 2007 prévoit bien que : « *Dans le cadre de cette prestation, TowerCast s'engage à mettre en place les équipements suivants :*
Un transformateur d'isolement entre sa distribution d'énergie et le départ énergie fourni par TDF,
Un dispositif de protection de type disjoncteur (...) » (cote 2753, 07/0018M).
647. L'installation électrique dans la salle figure aussi dans les offres sur mesure ultérieures, notamment celles d'août 2007 (cote 3482, 07/0018M) et de 2011, ci-dessous (cote 4802, 07/0017F) :

TowerCast est responsable de :

- L'installation électrique dans les salles dédiées, qui doit être réalisée dans le respect des normes en vigueur et qui fera l'objet d'une vérification par un organisme de contrôle agréé préalablement à sa mise en service.

648. De même, absents de l'étude « *retail minus* », les câbles et leur installation sont mentionnés dans la réponse de TDF au questionnaire du 1^{er} juillet 2007 comme des coûts propres de l'opérateur hébergé (cote 3415, 07/0018M).

649. Par ailleurs, l'offre sur mesure de mai 2007, précise, à propos des installations réalisées par TowerCast, que TDF se réserve le droit de contrôler le cheminement des câbles électriques ou coaxiaux (cote 2760, 07/0018M), ce qui suggère que ces équipements et leur installation relèvent des coûts propres à l'opérateur hébergé. Elle indique aussi que TowerCast est responsable de l'installation d'un système de détection incendie propre à ses équipements, en complément du dispositif d'ambiance mis en place par TDF (cote 3482, 07/0018M).
650. La nécessité pour un opérateur entrant hébergé sur le site de la Tour Eiffel d'acquérir et d'installer des équipements additionnels à ceux mentionnés par TDF dans son étude « *retail minus* » est, par la suite, confirmée par TDF dans ses réponses complémentaires à l'audition du 15 mai 2013 (cote 9468, 07/0017F). TDF détaille ainsi :
- « TDF fournit l'énergie secourue dans la salle dédiée, l'opérateur doit ensuite installer un transformateur d'isolement pour séparer ses installations de celles de TDF, ainsi qu'un tableau de distribution d'énergie pour alimenter les différents équipements. Ces installations sont à la charge de l'opérateur tiers. TDF évalue cette installation à*
- 19 k€ pour 4 émetteurs (la fourniture d'un transformateur 50kVA s'élève à 5 k€, l'armoire à 8 k€ et l'installation des câbles et le raccordement des équipements à 6 k€),*
- 30 k€ pour 8 émetteurs (la fourniture d'un transformateur 100kVA s'élève à 8 k€, l'armoire à 12 k€ et l'installation et le raccordement des équipements à 10 k€) »*
- (cote 9469, 07/0017F).
651. Le coût est donc compris entre 3 750 euros et 4 750 euros par émetteur.
652. TDF confirme également que l'installation d'un système de détection incendie, en complément de son propre dispositif d'ambiance est nécessaire (cote 9470 VC, 07/0017) et estime qu'une centrale de détection incendie installée avec double détection coûte 18 k€ pour 4 émetteurs et 25 k€ pour 8 émetteurs, soit entre 3 125 euros et 4 500 euros par émetteur.
653. Il sera donc tenu compte des coûts associés à l'acquisition des équipements électriques sus mentionnés (transformateur d'isolement, tableau de distribution d'énergie, installation des câbles et raccordement des équipements) et à leur installation, de même que des coûts associés à l'acquisition et à l'installation d'un système de détection incendie.
654. Les montants planchers indiqués par TDF, soit 3 750 euros par émetteur pour les équipements électriques et 3 125 euros par émetteur pour le système de détection incendie, seront retenus pour effectuer le test de ciseau.
- Sur les postes de coûts dont il ne sera pas tenu compte pour le test de ciseau tarifaire
655. Les coûts associés aux équipements de surveillance/télégestion et les coûts d'ingénierie et d'installation interne des émetteurs ne relèvent pas des coûts que l'opérateur en place aurait pu éviter si une partie de son activité avait été réalisée par un concurrent entrant. Ils ne doivent donc pas être retenus, ou pas intégralement, dans le calcul de la marge qu'aurait réalisée un concurrent en servant une part restreinte de la demande.
656. Plus précisément, le coût du système local de contrôle/télégestion du site de la Tour Eiffel relève bien d'investissements additionnels qu'un opérateur entrant aurait à supporter du fait de son activité de diffuseur sur le site, et doit être intégré dans le calcul de la marge. Le montant de ces investissements en équipements « locaux » de contrôle/télégestion

(gestionnaire de station, module de télégestion, routeur) retenu par l'Autorité est celui indiqué par TDF, à savoir 7 300 euros.

657. En revanche, le coût du système central de contrôle/télégestion d'un opérateur entrant n'est pas induit par le développement d'une activité de diffuseur depuis le site de la Tour Eiffel et n'est pas évitable. Pour un diffuseur, les investissements associés à la mise en place et au fonctionnement du système central de contrôle/télégestion ne sont pas altérés par l'entrée sur un nouveau site. Aussi, à l'exception du montant de la licence (70 euros), qui est dû par site, les autres composantes de ce coût ne doivent pas figurer dans le calcul de la marge.
658. Concernant les coûts d'ingénierie et d'installation interne des émetteurs, TDF, précise, lors de son audition du 15 mai 2013, qu'ils correspondent à « *la prestation réalisée par le diffuseur en amont de l'installation de l'émetteur par le fournisseur. Elle consiste à concevoir son système de diffusion depuis le site et à en déduire le plan d'occupation au sol de l'émetteur, le raccordement à l'électricité, etc. (...) cette prestation inclut également l'intégration dans l'environnement des émetteurs à installer, notamment pour l'énergie et le type de refroidissement* » (cote 9470, 07/0017F).
659. Dans son étude « *retail minus* », TDF inclut, dans les investissements de diffusion propres à un opérateur entrant, ces coûts d'ingénierie et d'installation interne des émetteurs, évalués en HJ (cote 3284, 07/0018M).
660. Or, ces coûts ne constituent pas, pour TDF, des coûts additionnels. Ce ne sont donc pas des coûts évitables et ils ne doivent pas être pris en compte dans le calcul de la marge qu'un opérateur aussi efficace réaliserait en diffusant une partie de la clientèle.
661. L'Autorité ne retiendra donc pas les coûts d'ingénierie et d'installation interne des émetteurs dans le calcul de la marge laissée à un opérateur entrant hébergé dans 27 m².

◆ Le coût des opérations de maintenance

662. L'opérateur hébergé sur la Tour Eiffel doit réaliser deux types d'opérations de maintenance, préventive et curative. À celles-ci s'ajoutent des actions de vérification des émetteurs. Le coût de ces opérations dépend notamment du nombre et de la nature des forfaits d'accompagnement nécessaires.
- Sur les opérations de maintenance préventive
663. Pour TDF, les actions de maintenance préventive sont à programmer à une périodicité donnée en fonction des recommandations du fournisseur et de la politique interne du diffuseur. Elle indique, dans ses réponses complémentaires à l'audition du 15 mai 2013 : « *Pour les émetteurs à eau, la maintenance préventive effectuée tous les 18 mois comprend une maintenance sur chaque émetteur, et une maintenance annuelle sur chaque groupe hydraulique. Là aussi, chaque type de maintenance dure quelques heures* » (cote 9472, 07/0017F).
664. Dans les contrats de diffusion proposés entre mai et juin 2007 aux éditeurs de programmes de radio FM, TDF précise que ces opérations sont réalisées exclusivement de nuit (par exemple, dans celui envoyé à « France Inter », cote 5859, 07/0017F) afin de perturber le moins possible la diffusion des programmes radio. Comme l'offre sur mesure de TDF n'inclut que des forfaits de base « jour », les coûts externes relatifs à l'accès au site pour réaliser la maintenance préventive ne peuvent pas être considérés comme « *déjà comptabilisés dans les coûts d'accès à la salle dédiée* », comme le soutient TDF dans l'étude « *retail minus* » de 2007.

665. En outre, le nombre d'interventions de maintenance préventive, estimé par TDF en 2007, semble inférieur à celui figurant dans ses déclarations du 10 juin 2013, qui rajoute des interventions sur le système de refroidissement et de climatisation des émetteurs à eau glacée : « *Concernant la production d'eau glacée et la climatisation, la maintenance préventive est externalisée et représente 3 jours par mois sur l'ensemble du site pour tout le système de refroidissement et de climatisation* » (cote 9472, 07/0017F), soit 36 visites d'une journée par an.
666. TDF considère cependant que les 36 jours relatifs à la maintenance préventive des systèmes de production d'eau glacée et de climatisation ne doivent pas être comptabilisés dans les coûts incombant à l'opérateur hébergé car ils relèvent du périmètre de son offre d'hébergement (cotes 18 572 à 18 577 et 18 496 à 18 498, 01/0017F). Selon elle, seules les opérations de maintenance des groupes hydrauliques, situés dans les locaux de l'opérateur hébergé, incombent à ce dernier. TDF considère que 3 visites par an d'une durée unitaire, selon le nombre d'émetteurs présents sur le site, de 1 (moins de 5 émetteurs) à 1,5 jour (plus de 5 émetteurs) sont nécessaires à l'opérateur hébergé pour assurer ces opérations de maintenance des groupes hydrauliques. Sur ce point, l'Autorité retient les observations formulées par TDF en réponse au rapport et ne prendra pas en compte les 36 visites annuelles de maintenance de la production d'eau glacée et de climatisation du test de ciseau.
667. S'agissant du coût des visites de maintenance préventive restantes, une incertitude demeure quant aux coûts associés à la maintenance préventive des groupes hydrauliques. En effet, si celle-ci est externalisée, comme c'est le cas pour celle des systèmes de production d'eau glacée et de climatisation, le coût de ces opérations incorpore non seulement celui des forfaits d'accompagnement mais aussi le coût de la main-d'œuvre associée à ces opérations de maintenance. L'hypothèse la plus favorable à TDF, c'est-à-dire celle correspondant à un coût en main d'œuvre nul, sera retenue pour le test de ciseau.

- Sur les opérations de maintenance curative

668. Les opérations de maintenance curative portent sur les émetteurs et les autres équipements. S'agissant des émetteurs, dans l'étude « *retail minus* », TDF s'appuie, pour évaluer le nombre d'interventions de maintenance corrective, sur la moyenne de temps entre deux pannes (MTBF) annoncée par les constructeurs, qui s'élève à 11,3 années pour un émetteur 10 kW double drive (DD) et 9 années pour un émetteur 4 kW, à condition que ces émetteurs fassent l'objet de maintenance préventive (cote 3291, 07/0018M).
669. TDF retient alors un nombre moyen de pannes, et donc d'interventions correctives, de 0,2 intervention annuelle par émetteur.
670. À la demande des services d'instruction, TDF a fourni, en complément de l'audition du 15 mai 2013, un tableau récapitulatif du « *nombre d'interventions curatives effectuées en 2006 sur les équipements liés à la FM* » selon l'origine des pannes (cote 9473, 07/0017F) :

| Origine de la panne | Transport des données | des Emetteurs FM | EDF | Travaux | Pannes intervenues lors d'interruptions programmées |
|-------------------------------|-----------------------|------------------|-----|---------|---|
| Nb. d'interventions curatives | 3 | 19 | 41 | 21 | 102 |

671. Le nombre d'interventions de maintenance curative effectivement réalisées sur les émetteurs par TDF en 2006 s'élève à 19 par an pour l'ensemble des 28 émetteurs alors en service, ce qui correspond à près de 0,7 intervention par émetteur et par an contre 0,2 dans l'étude « *retail minus* ». Cet écart peut s'expliquer par la plus grande vétusté des émetteurs utilisés par TDF en 2006 comparés à ceux qu'un opérateur aussi efficace aurait utilisés s'il avait été hébergé en 2007 et par leur technologie différente (à refroidissement par air).
672. L'hypothèse avancée par TDF de 0,2 intervention de maintenance curative due à des pannes d'émetteurs est donc retenue, en précisant qu'elle ne peut être respectée que si des actions de maintenance préventive sont réalisées. Selon l'étude « *retail minus* », les opérations de maintenance corrective dues à des pannes d'émetteur coûtent, en moyenne, 1 000 euros par visite en pièces détachées (cotes 3287 et 3287, 07/0018M).
673. S'agissant des autres équipements, si l'on exclut du tableau ci-dessus les 19 interventions dues à des pannes d'émetteurs déjà analysées, et les 3 interventions causées par des problèmes de transport de données, cette activité n'étant pas incluse dans la prestation de diffusion, 164 autres interventions de maintenance curative ont eu lieu en 2006, à comparer aux 2 retenues dans l'étude « *retail minus* » pour des dysfonctionnements liés à l'énergie. Or, d'une part, les interventions de maintenance relevées en 2013 pour 2006 ne concernent pas que des pannes d'émetteurs et des dysfonctionnements liés à l'énergie et, d'autre part, pour ceux-ci, le nombre avancé en 2013 est de 41 (et non de 2).
674. Par conséquent, le nombre retenu d'interventions curatives réalisées par an et par fréquence diffusée, sur les autres équipements que les émetteurs retenus par les services d'instruction au stade de la notification des griefs et de leur rapport est de 5,85 (164/28).
675. Cependant, la base de données « Esther », qui recense les incidents survenus sur l'ensemble des équipements de diffusion (points de service), situés sur les sites exploités par TDF, y compris la Tour Eiffel, qui a été produite par TDF au stade de sa réponse au rapport, et dont la fiabilité est attestée par un expert près la Cour d'appel, sera prise en compte pour évaluer le nombre d'interventions curatives qu'un opérateur alternatif aussi efficace que TDF devra réaliser.
676. Cette base de données montre en effet que le nombre de faits générateurs de pannes ne se confond pas avec le nombre de pannes, certains faits générateurs pouvant causer plusieurs pannes simultanées qui peuvent alors être corrigées en une seule visite.
677. S'agissant des pannes EDF, la base de données « Esther » recense, en 2006, 41 incidents qui ont nécessité des interventions de maintenance curative sur 3 jours, soit 3 visites. Selon TDF ces chiffres accréditent l'hypothèse de 2 visites retenue dans l'étude « *retail minus* » (cote 3287, 07/0018M). La valeur probante de la base « Esther », supérieure aux simples déclarations de TDF, par ailleurs divergentes, conduit à retenir le chiffre de 3 visites.
678. S'agissant des interventions à la suite des travaux sur le site, la base « Esther » recense 21 incidents en 2006 qui correspondent à 2 faits générateurs nécessitant donc 2 interventions (cote 18579, 07/0017F). TDF souligne qu'il s'agit de petites interventions occasionnées par deux types de travaux, soit dans la salle mise à disposition de l'opérateur hébergé, soit sur l'infrastructure d'hébergement exploitée par TDF dont les effets peuvent se répercuter sur les émetteurs de l'opérateur hébergé. Elle indique que l'opérateur hébergé ne sera pas touché, dans le premier cas, du fait qu'il est très peu probable qu'il réalise de nouveaux travaux après son installation, et dans le second cas, parce que TDF s'exposerait à l'indemniser du coût de l'intervention curative que cette panne aurait engendré. TDF conclut que le coût des interventions consécutif à des travaux sur le site à la charge de

l'opérateur hébergé est nul, ce que retient aussi l'Autorité, en tenant compte de l'analyse de la base « Esther », dans le sens indiqué par TDF.

679. Enfin, s'agissant des interventions dues à des interruptions programmées, la base de données « Esther » recense 102 incidents en 2006 qui ont engendré 59 interventions. Selon TDF, 90 % de ces 102 incidents, à savoir les opérations de test (18) et les basculements sur les émetteurs de secours (74), n'ont pas nécessité de pièces détachées. Elle en conclut que « *le coût des interventions de maintenance curative des émetteurs suite à des interruptions programmées est nul, puisque le coût des personnels de maintenance est déjà comptabilisé au titre des opérations de maintenance programmée* » (cote 18580, 07/0017F). À titre conservateur, et compte tenu de l'influence marginale de ce poste de coût sur le résultat du test de ciseau tarifaire, l'Autorité ne prendra pas en compte ces interventions et se référera donc en totalité aux données « Esther » et analyses présentées par TDF.
680. Ainsi, 0,2 visite de maintenance curative annuelle par émetteur pour les pannes intrinsèques aux émetteurs et 3 visites annuelles de maintenance curative pour l'ensemble des émetteurs dues à des pannes EDF seront finalement retenues.

- Sur les actions de vérification

681. Dans son étude « *retail minus* », TDF ne tient pas compte des actions de vérification réalisées sur le site pour contrôler le bon fonctionnement des équipements de diffusion FM. Or, ces actions de vérification sont quotidiennes, comme l'indique TDF en juin 2013 : « *TDF dispose de personnel sur le site de la Tour Eiffel : ce sont donc ces personnes qui effectuent une vérification quotidienne lors de la tournée journalière qui est réalisée sur l'ensemble du site. Si certains paramètres qui sont relevés lors de cette visite s'avèrent anormaux, une intervention curative est alors programmée (...)* » (cote 9472, 07/0017F).
682. La présence sur le site du personnel de TDF pour assurer la supervision des équipements est d'ailleurs un argument avancé par TDF auprès de ses clients éditeurs (cote 9472, 07/0017F) :

Une équipe permanente sur place

Un effectif de quarante personnes à plein temps sur le site assure l'exploitation et la maintenance, le gardiennage et l'encadrement. L'équipe d'intervention de la Tour Eiffel est composée au minimum de :

- 1 gardien et 2 techniciens qui sont présents 24h/24 tout au long de l'année dans le bâtiment du Pilier Sud,
- une permanence d'encadrement d'intervention, disponible 24 h/24 durant toute l'année.

L'ensemble des équipements de transport et de diffusion sont supervisés. Les secours disponibles se déclenchent automatiquement et l'équipe peut ainsi intervenir au plus vite pour rétablir la situation nominale.

683. Compte tenu de l'importance que revêt le site pour les éditeurs et donc pour les diffuseurs (qui doivent verser des pénalités importantes en cas de défaillance), du fait qu'une vérification à distance, grâce à la télégestion, pourrait ne pas être satisfaisante pour les clients éditeurs, ni, par conséquent, pour les diffuseurs hébergés, soucieux d'anticiper toute perturbation éventuelle de la diffusion par des contrôles préventifs récurrents et qu'enfin, TDF a elle-même choisi d'être présente sur le site pour assurer la supervision des équipements, argument qu'elle avance auprès de ses clients, le nombre de visites qu'un diffuseur hébergé par TDF sur le site de la Tour Eiffel aurait à réaliser correspond au

nombre d'actions de vérification que TDF indique elle-même réaliser sur le site, soit une par jour (365 par an).

684. TDF soutient qu'un opérateur aussi efficace que TDF n'aurait pas à effectuer autant d'actions de vérification quotidiennes qu'elle, en raison du grand nombre d'équipements et d'infrastructures qu'elle opère par ailleurs et qui sont très peu télégérés et d'un recours plus facile à la télégestion pour les émetteurs à eau de l'opérateur hébergé, plus modernes que les émetteurs à tube (ou à air) qu'elle exploite. Elle rappelle que TowerCast elle-même considèrerait que 135 visites de contrôle suffisaient. Enfin, elle estime que la durée de ces actions de vérification ne saurait excéder une heure pour dix émetteurs.
685. Mais l'argument de TDF, selon lequel la technologie plus récente des émetteurs à eau glacée qu'aurait à exploiter TowerCast nécessiterait moins de maintenance que ses propres émetteurs à tubes, ne peut être retenu du fait de la nécessaire référence à l'opérateur aussi efficace dans le test du ciseau tarifaire. En outre, TDF elle-même se sert des deux modes de contrôle, un système de télégestion et une tournée journalière du personnel sur le site de la Tour Eiffel, qui ne sont donc pas substituables. Ce choix est sans doute lié à la particularité du site de la Tour Eiffel et à son importance stratégique pour les diffuseurs.
686. Ensuite, les déclarations de TDF mentionnent des visites de contrôle quotidiennes. Par exemple, en juin 2013, elle indique : « *TDF dispose de personnel sur le site de la Tour Eiffel : ce sont donc ces personnes qui effectuent la vérification quotidienne lors de la tournée journalière qui est réalisée sur l'ensemble du site (...)* » (cote 9472, 07/0017F). Alors que la question posée l'y invitait, TDF n'a pas distingué le contrôle des émetteurs de celui des autres équipements, la vérification quotidienne concernant donc aussi les émetteurs, ce que corroborent ses observations à la notification de griefs : « *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'environnements et de diffusion situés sur le site de la Tour Eiffel. 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).
687. TDF utilise aussi ses actions de vérification quotidiennes comme argument commercial auprès de ses clients. Par exemple dans sa nouvelle offre de diffusion à France Inter en juin 2007, elle vante « *une offre de services inégalée pour une sécurisation maximale de votre diffusion. [...] Un niveau de service unique en France 24 h sur 24 et 365 jours par an vous garantissant un rétablissement ultra – rapide. [...] Une équipe permanente sur place. Un effectif de quarante personnes à plein temps sur le site assure l'exploitation et la maintenance, le gardiennage et l'encadrement. (...) L'ensemble des équipements de transport et de diffusion sont supervisés (...)* » (cotes 5856 à 5890, 07/0017F). Dès lors, le contrôle quotidien des équipements de diffusion doit être pris en compte dans le test de ciseau tarifaire et le nombre de visites de contrôle des équipements de diffusion radio FM qu'un diffuseur hébergé sur le site de la tour Eiffel aurait à réaliser sera donc d'une visite par jour.
688. En plus des forfaits d'accompagnement, le coût évitable associé à ces visites de vérification pourrait également comprendre le coût en personnel. La durée de ces visites de vérification est, selon la base de données « Esther », d'environ une heure pour 10 émetteurs installés. Dans le test de ciseau qu'elle propose en réponse au rapport, TDF considère que le coût en personnel associé à cette vérification est d'un dixième homme-jour (en considérant 1 heure sur une journée de 10 heures et non 7).
689. Selon la note économique soumise par TowerCast, la perte de 10 fréquences radio permettrait à TDF d'éviter d'employer 5 techniciens, soit 306 000 euros de masse salariale

(cote 14316, 07/0017F). TowerCast affirme que le site de la Tour Eiffel serait actuellement exploité par une équipe de maintenance TDF dédiée de 19 personnes (contre 31 en 2007). Elle ajoute que depuis, 2007, TDF a accru sa part de marché en FM en diffusant trois radios de plus et que, même si la télévision analogique s'est arrêtée en mars 2011, 4 nouveaux multiplexes TNT ont été lancés depuis 2007. Selon elle, l'évolution de la masse salariale de TDF entre 2007 et 2014 valide sa propre analyse sur l'évolution des coûts de maintenance de TDF et permet de démontrer l'effet de ciseau tarifaire postérieur aux mesures conservatoires (mémoire en réponse, cotes 18327 et 18328, 07/0017F).

690. Mais les hypothèses sur lesquelles s'appuie cette évaluation demeurent insuffisamment étayées pour être retenues, notamment celle concernant la répartition du temps de travail des personnels de maintenance proportionnelle au nombre d'émetteurs TV et radio.
691. En effet, l'évolution de la masse salariale de TDF telle qu'indiquée peut aussi bien provenir d'une amélioration de l'efficacité de TDF que d'une réduction du nombre de ses émetteurs, laquelle est d'ailleurs peu étayée. L'étude produite ne permet donc pas de calculer le montant des coûts évitables associés à la diminution des actions de vérification dans l'éventualité de l'arrêt de la diffusion par TDF de 10 fréquences ou moins. S'il n'est pas exclu qu'une partie des frais de personnel liés aux actions de vérification, dont la durée totale est proportionnelle au nombre d'émetteurs, est évitable, ces coûts ne sont pas inclus dans le test de ciseau tarifaire, faute, pour l'Autorité, de disposer d'une estimation fiable. Une telle hypothèse est favorable à TDF.

- Sur le nombre et la nature des forfaits d'accompagnement nécessaires

692. L'opérateur hébergé, lorsqu'il se rend sur le site de la Tour Eiffel, pour y effectuer des actions de maintenance ou de vérification, doit s'acquitter auprès de TDF de forfaits d'accompagnements. Lors de l'audition du 12 juillet 2011, TDF justifie la facturation de l'accompagnement sur site prévue dans l'offre sur mesure de mai 2007 ainsi : « *Le site de la Tour Eiffel a des contraintes particulières, donc implique des contraintes supplémentaires qui justifiaient à l'époque un accompagnement de TowerCast et de ses sous-traitants jusqu'à leur salle dédiée* » (cote 3952, 07/0017F).
693. Or, dans les offres sur mesure postérieures à la décision de mesures conservatoires d'août 2007, de 2010 et de 2011, les coûts d'accompagnement sur site ne sont plus comptabilisés en sus des tarifs de prestations de base mais sont inclus dans celle-ci et ne sont pas facturés (cotes 3488, 07/0018M et 3747, 4778, 07/0017F), alors que les particularités du site, notamment en matière de sécurité, sont aussi soulignées.
694. Les contraintes particulières du site de la Tour Eiffel n'ayant pas changé entre 2007 et 2011, la justification de la facturation au client de l'accompagnement sur site prévue dans l'offre sur mesure de mai 2007 suscite des interrogations.
695. En tout état de cause, en prenant en compte l'hypothèse de visites de vérification quotidiennes et les 5 forfaits de base dans son offre sur mesure, TDF considère que 298 forfaits en jours ouvrés et 62 en jours non ouvrés, soit un total de 360, doivent être retenus pour effectuer le test de ciseau (cotes 18585 et 18586, 07/0017F).
696. Les calculs du test de ciseau tarifaire par l'Autorité retiennent l'hypothèse de répartition des forfaits d'accompagnement présentée dans le tableau ci-dessous, en considérant qu'une année se décompose en 52 dimanches, 11 jours fériés, et 302 jours ouvrés et qu'une journée se décompose en 10 heures ouvrées (8h - 18h) et 14 heures non ouvrées.

| <i>Période</i> | <i>Répartition annuelle</i> | <i>Forfait d'accompagnement correspondant</i> |
|------------------------------------|-----------------------------|---|
| Heure ouvrée jour ouvré | 0,345 | 321€ |
| Heure ouvrée dimanche et férié | 0,072 | 426€ |
| Heure non ouvrée jour ouvré | 0,483 | 426€ |
| Heure non ouvrée dimanche et férié | 0,101 | 491€ |

| <i>Période</i> | <i>Répartition</i> | <i>Forfait d'accompagnement correspondant</i> |
|--------------------------------|--------------------|---|
| Heure ouvrée jour ouvré | 0,827 | 321€ |
| Heure ouvrée dimanche et férié | 0,173 | 426€ |

| <i>Période</i> | <i>Répartition</i> | <i>Forfait d'accompagnement correspondant</i> |
|------------------------------------|--------------------|---|
| Heure non ouvrée jour ouvré | 0,827 | 426€ |
| Heure non ouvrée dimanche et férié | 0,173 | 491€ |

697. S'agissant de la répartition par période des différents types de visites (de contrôle, préventives et curatives), les hypothèses suivantes sont retenues.
698. Les visites de maintenance curative des équipements de diffusion se répartissent équitablement entre les différentes périodes. Par exemple, la probabilité qu'une panne nécessitant une visite de maintenance curative survienne un jour ouvré à une heure ouvrée est égale à 0,345. Les visites de maintenance préventive des équipements de diffusion ont lieu aux heures non ouvrées, conformément à la pratique de TDF (cote 5766, 07/0017F) et aux jours ouvrés et non ouvrés. Les visites de contrôle quotidien des équipements de diffusion se répartissent, par définition, entre les jours ouvrés et les jours non ouvrés, et selon une hypothèse conservatrice, uniquement aux heures ouvrées. Les 5 «forfaits de base « jour » annuels inclus dans l'offre sur mesure d'hébergement de TDF (cote 2518, 07/0017F) se répartissent équitablement entre les jours ouvrés et non ouvrés.
699. Il convient de retenir, pour l'application du test de ciseau tarifaire, un nombre de forfaits d'accompagnement légèrement supérieur à celui obtenu par TDF, soit 369, ce qui correspond à 374 interventions pour maintenance et actions de vérification moins les 5 forfaits d'accompagnement inclus dans l'offre sur mesure. Comme les opérations de maintenance curative ne sont par définition pas prévisibles, elles peuvent intervenir à n'importe quel moment. Considérer que plusieurs forfaits d'accompagnement puissent être comptabilisés certains jours, si de la maintenance curative est nécessaire en dehors de la période couverte par le forfait de base « jour » durant laquelle les actions de vérification sont réalisées, est donc réaliste, contrairement à ce que soutient TDF.

- Conclusion sur le nombre de visites nécessaire

700. Le tableau suivant présente, selon le motif de l'intervention, le nombre d'accompagnements sur site d'un diffuseur de programmes radiophoniques en mode FM hébergé sur le site de la Tour Eiffel

| Motif de l'intervention | Hypothèses de TDF | Nombre de visites retenu par l'Autorité |
|---|--|---|
| <i>Maintenance préventive programmée</i> | 3 visites / an (pour moins de 5 émetteurs) ; 4,5 visites / an (pour plus de 5 émetteurs) | 3 visites / an (pour moins de 5 émetteurs) ; 4,5 visites / an (pour plus de 5 émetteurs) |
| <i>Maintenance corrective</i> | 0,2 visite / émetteur / an + 2 visites / an | 0,2 visite / émetteur / an + 3 visites / émetteur / an |
| <i>Contrôle / Actions de vérification</i> | 0 selon l'étude « <i>retail minus</i> », 135 selon l'étude économique soumise par TDF en réponse au rapport | 365 visites par an |

♦ Sur la durée d'amortissement des équipements de diffusion et le taux de rémunération du capital associé

714. En dernier lieu, plusieurs des investissements énumérés *supra* nécessitent d'être amortis sur plusieurs années. Il en va ainsi des frais d'études et travaux spécifiques, des équipements de diffusion et des modules de rechange. Le taux de rémunération du capital utilisé pour le test de ciseau nécessite également d'être discuté.

- S'agissant des études et travaux spécifiques

715. TDF propose de retenir une durée d'amortissement des prestations « *one shot* », tant études que travaux spécifiques, égale à la durée de la convention d'occupation (soit 5 ans) mais en tenant compte du fait que la probabilité de reconduction des contrats de diffusion est élevée, de l'ordre de 75 % (cote 3447, 07/0018M). Selon cette hypothèse, la durée d'amortissement à retenir sera donc de 8,75 ans ($5 + (0,75 \times 5)$).

716. L'étude « *retail minus* » mentionne une durée d'amortissement des travaux d'aménagement de la salle dédiée égale à 8,75 ans, calculée selon la même méthode (cote 3282, 07/0018M).

- S'agissant des équipements de diffusion

717. TDF considère qu'idéalement, la durée d'amortissement des équipements d'émission nécessaires à la diffusion FM à retenir doit être supérieure à 10 ans et plutôt proche de 15 ans. Elle avance plusieurs arguments pour la justifier.

718. D'abord, elle fait valoir que les autorisations des radios sont automatiquement reconduites au moins deux fois, ce qui porte à 15 ans la durée de celles-ci. Ensuite, les équipements d'émission nécessaires à la diffusion FM ont une durée de vie technique supérieure à 15 ans, de sorte que la durée de leur amortissement comptable est de 15 ans, durée d'ailleurs validée par les commissaires aux comptes. TDF estime alors que la durée de vie comptable de 15 ans, doit être retenue, conformément à l'avis de la Commission européenne dans l'affaire Telefonica et à la validation par ses commissaires aux comptes. Enfin, TDF souligne que les émetteurs sont des équipements démontables parfois déplacés et réutilisés ailleurs (cotes 3452 et 3453, 07/0018M).

719. Cependant, une durée d'amortissement de 10 ans, que TDF a elle-même retenue dans son étude « *retail minus* », est plus justifiée. Tout d'abord, d'autres diffuseurs que TDF ont déclaré amortir leurs équipements de diffusion sur une durée, comprise entre cinq ans, pour Lagardère Active (cote 5814, 07/0017F), et dix ans, pour TowerCast (cote 7389, 07/0017F). Ensuite, compte tenu de leur technologie particulière, les équipements de diffusion qu'un diffuseur hébergé sur le site de la Tour Eiffel aurait dû installer n'auraient pu être réutilisés sur un autre site en cas de perte de contrats de diffusion (cote 3711, 07/0017F). Ces équipements à technologie de refroidissement par eau glacée n'ont jamais été utilisés depuis sur aucun autre site de diffusion en France (voir les déclarations d'Ecreso, cotes 9459-9460, 07/0017F). Enfin, dans la mesure où la durée d'amortissement des équipements de diffusion et le taux de rémunération du capital se complètent pour apprécier les risques associés à un investissement, retenir une durée d'amortissement égale à la durée de vie réelle (15 ans) nécessiterait de prendre une hypothèse de coût du capital tenant compte des risques de non-reconduction des contrats de diffusion, soit a minima un taux de 12,1 %. A contrario, comme le relevait TDF elle-même, « *le fait que des contrats de 5 ans présentent des risques de non-reconduction est pris en compte en prenant une durée d'amortissement de 10 ans pour des matériels d'une espérance de vie d'au moins 15 ans (...). Le caractère aléatoire de la reconduction est, lui, pris en compte par l'opérateur de diffusion à travers le coût du capital qui intègre la prise en compte de ce facteur de risque* » (cote 3272, 07/0018M).
720. Une durée d'amortissement de 10 ans (cote 3284, 07/0018M), combinée à un taux de rentabilité du capital de 10 % (voir ci-dessous), sera donc retenue pour le test de ciseau tarifaire.
- S'agissant des modules de rechange
721. Pour les modules de rechange, TDF retient une durée d'amortissement de 20 ans, inférieure à la durée de vie technique de ces équipements de maintenance. Elle précise que ces équipements peuvent être utilisés pour d'autres sites. L'Autorité retiendra également une durée de 20 ans.
- Sur le taux de rémunération du capital
722. La méthode d'amortissement retenue par TDF dans l'étude « *retail minus* » et dans l'étude « *Reconstitution du compte de résultat diffusion radio de TowerCast sur le site de la Tour Eiffel* » (cotes 3296 et 3297, 07/0018M) et rappelée notamment dans la réponse au questionnaire du 1^{er} juillet 2007 est la méthode d'« *amortissement économique prenant un taux de rémunération du capital de 10 à 14 %* » (cote 3415, 07/0018M).
723. La méthode retenue pour le test de ciseau tarifaire est donc celle de l'amortissement économique, aussi employée par l'opérateur en place, avec un taux de rémunération du capital de 10 %, ce qui correspond à l'hypothèse la plus conservatrice.
- ◆ Sur les frais généraux
724. S'agissant des coûts commerciaux et des frais généraux liés à l'activité de diffusion FM, mentionnés dans son étude « *retail minus* », TDF indique que les taux retenus pour en calculer le montant sont issus de ceux qui sont constatés chez elle (cote 3287, 07/0018M). Plus précisément, dans l'étude « *retail minus* » pour l'offre sur mesure 2006, elle distingue, dans cette catégorie de coûts, les frais généraux affectables et non affectables, qu'elle évalue ainsi (cote 9524, 07/0017F) :

- les frais généraux affectables sont calculés comme un pourcentage (4,6 %) du montant des coûts d'investissement (CAPEX) ;
- une part des frais généraux non affectables (commerciaux et « *corporate* ») est calculée comme un pourcentage (11,42 %) du coût annuel des équipements et des coûts d'exploitation ;
- une autre part des frais généraux non affectables (commerciaux et « *corporate* ») est calculée comme un pourcentage (1,80 %) du coût annuel de l'hébergement et des travaux.

725. Dans les observations produites dans le cadre de la présente procédure, TDF considère cependant que présenter le montant des frais généraux affectables et non affectables comme un pourcentage d'une grandeur (montant des investissements pour les frais généraux affectables, coût annuel des équipements et coût annuel d'exploitation ou coût annuel de l'hébergement et des travaux pour les frais généraux non affectables) ne permet pas de conclure quant à la part des coûts communs que TDF pourrait éviter en restreignant son volume d'activité. Pour TDF, les frais généraux affectables et non affectables ne seraient pas des coûts évitables au regard de la faible part des revenus engendrés par ses 31 émetteurs FM exploités sur le site de la Tour Eiffel, soit 5,6 millions d'euros, qui représentent 0,6 % du total de son chiffre d'affaires de 945 millions d'euros. Elle en conclut que leur intégration dans le test de ciseau tarifaire n'est pas fondée (cotes 18499, 18590 et 18591, 07/0017F).
726. Toutefois, le fait que le chiffre d'affaires de TDF réalisé au travers de l'exploitation d'émetteurs FM sur la Tour Eiffel soit effectivement faible relativement à l'ensemble de son activité ne permet pas de déduire que la perte de tout ou partie de ces points de service n'entraînerait qu'une variation négligeable des coûts communs commerciaux et généraux. En effet, pour une entreprise importante présente sur plusieurs marchés, même une faible réduction, en proportion, de son activité peut, le cas échéant, être de nature à diminuer, en niveau, le montant des coûts communs de façon relativement significative.
727. Or, en l'espèce, dans l'étude « *retail minus* » de 2007, « *qui vise à déterminer le montant plafond de prix d'accès au site de la Tour Eiffel permettant à un opérateur alternatif efficace de recouvrer ses coûts en proposant un prix de diffusion égal au prix de marché* » (cote 3280, 07/0018M), TDF a pris en compte ces coûts. Elle y précise que, quand les coûts sont mutualisés entre plusieurs fréquences, des clés de répartition sont utilisées en fonction du nombre de fréquences pour les études d'implantation et de réalisation de l'hébergement, les études de raccordement, les accès sur site pour intervention, la maintenance et la télégestion, en fonction de la surface pour la mise à disposition des locaux techniques, les travaux spécifiques et enfin des clés proportionnelles au chiffre d'affaires de diffusion pour les autres postes de coûts communs (cote 3287 et 3288, 07/0018M).
728. TDF a ainsi elle-même calculé la part de ses coûts communs devant être engagés par un nouvel entrant aussi efficace qu'elle : 4,6 % des CAPEX hors hommes-jours (« *Frais généraux affectables* »), 11,42 % des coûts annuels des équipements et des coûts d'exploitation et 1,80 % du coût annuel de l'hébergement et des travaux (« *Frais Généraux Non Affectables (Commerciaux & Corporate)* ») (cote 9524, 01/0017F).
729. La part des frais généraux évaluée par TDF elle-même dans son étude « *retail minus* » sera donc prise en compte dans le test de ciseau tarifaire.

Résultats

730. En prenant en compte dans le test de ciseau tarifaire une partie des observations de TDF telles qu'elles viennent d'être admises, ce test produit les résultats suivants :

| | Nombre de fréquences FM | | | | |
|-----------------------------------|-------------------------|-----------------|-----------------|----------------|----------------|
| | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 |
| <i>Puissance 10kW</i> | 3 | 3 | 4 | 5 | 8 |
| <i>Puissance 4kW</i> | 1 | 2 | 2 | 2 | 0 |
| Revenus | 710 000 | 835 000 | 1 030 000 | 1 225 000 | 1 560 000 |
| Coûts propres | 165 375 | 184 974 | 234 238 | 266 579 | 324 405 |
| <i>dont coûts d'amortissement</i> | 83 215 | 94 664 | 125 405 | 144 835 | 180 226 |
| <i>dont coûts d'exploitation</i> | 82 160 | 90 310 | 108 833 | 121 744 | 144 179 |
| Revenus - Coûts propres | 544 625 | 650 026 | 795 762 | 958 421 | 1 235 595 |
| Prix de gros | 724 651 | 804 795 | 930 594 | 1 055 738 | 1 270 881 |
| Ecart | -180 026 | -154 768 | -134 832 | -97 317 | -35 286 |
| Ecart par point de service | -45 007 | -30 954 | -22 472 | -13 902 | -4 411 |
| Taux de marge | -25.36% | -18.54% | -13.09% | -7.94% | -2.26% |

731. Ainsi, les marges sur coût évitable réalisées par l'opérateur hébergé sont négatives, caractérisant un effet de ciseau dans les 5 hypothèses retracées - pour les raisons expliquées plus haut - dans le tableau ci-dessus.

c) Sur les effets anticoncurrentiels de la pratique

732. Conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus (voir paragraphes 574 à 576), l'effet anticoncurrentiel de la pratique de ciseau tarifaire est présumé dès lors que la prestation intermédiaire d'hébergement sur le site de la Tour Eiffel est indispensable aux concurrents de TDF pour la concurrencer sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel et qu'un opérateur aussi efficace que TDF ne peut entrer sur ledit marché qu'en subissant des pertes.

733. Par conséquent, la pratique de ciseau tarifaire mise en œuvre par TDF a eu pour effet, au moins potentiel, d'empêcher ses concurrents d'entrer sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel.

d) Sur la durée de la pratique

Observations de TDF

734. TDF soutient qu'il convient de retenir la date du 13 avril 2007 comme point de départ des pratiques.

Appréciation de l'Autorité

735. Pour les raisons développées aux paragraphes 557 à 559 à propos du grief 2, la date du début des pratiques retenue est le 6 avril 2007 et celle de la fin des pratiques le 11 juillet 2007.

736. En effet, le 6 avril 2007 est celle de la demande de TowerCast à TDF d'une offre sur mesure d'hébergement pour la diffusion de radios FM depuis le site de la Tour Eiffel. À cette date, TDF disposait déjà des données nécessaires à l'offre sur mesure susceptibles d'être transmises aux concurrents, comme elle le dit elle-même (cote 1407, 07/0018M). La

date de fin des pratiques est celle de la décision de mesures conservatoires qui impose à TDF de proposer une nouvelle offre en gros d'hébergement « *permettant aux diffuseurs alternatifs de concurrencer effectivement, sans subir de ciseau tarifaire, les offres de détail faites par TDF aux radios* » (décision n° 07-MC-05 du 11 juillet 2007 précitée, p. 41).

737. La pratique aurait produit ses effets, à tout le moins potentiels, durant au moins 5 ans si le Conseil de la concurrence n'était intervenu, le 11 juillet 2007, en prononçant une décision de mesures conservatoires obligeant TDF à adresser une nouvelle offre d'hébergement à TowerCast dans un délai d'un mois.

Conclusion sur le grief n° 3

738. TDF a abusé, en violation des dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE, de sa position dominante sur le marché de gros amont des services de diffusion radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel en imposant des prix inévitables à ses concurrents sous la forme d'un ciseau tarifaire entre le prix de détail sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel et le prix de l'accès au marché de gros amont de ces services.
739. Cette pratique, qui s'est étendue du 31 octobre 2006 au 11 juillet 2007, a eu des effets anticoncurrentiels, au moins potentiels, sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel. Elle aurait produit des effets, à tout le moins potentiels, durant au moins 5 ans si le Conseil de la concurrence n'était intervenu, le 11 juillet 2007, en prononçant une décision de mesures conservatoires.

D. SUR L'IMPUTABILITÉ

1. ARGUMENTS DES PARTIES

740. Les sociétés Tyrol Acquisition 1 (TA1) et Tyrol Acquisition 2 (TA2), de droit français, soutiennent qu'elles ne sont que des holdings financières qui n'interviennent pas dans l'activité économique de la filiale TDF.
741. Les sociétés LuxCo1 et LuxCo2, de droit luxembourgeois, soutiennent que LuxCo1 ne saurait se voir imputer les pratiques, dès lors qu'elle ne détient pas la totalité ou la quasi-totalité du capital. Elles affirment que la présomption d'imputabilité applicable à LuxCo2 doit être renversée du fait qu'elle n'exerce pas d'influence déterminante sur TDF. À titre subsidiaire, elles invoquent également la méconnaissance du principe d'égalité de traitement par rapport aux précédentes sociétés mères, du principe de bonne administration de la justice et l'impossibilité de leur imputer des pratiques antérieures au 31 janvier 2007, date de leur entrée au capital de TDF.

2. LE DROIT APPLICABLE

742. Le juge de l'Union a précisé que la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, du point de vue juridique, celle-ci est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales (arrêts de la Cour de justice du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08 P, Rec. 2009 p. I-8237, point 55,

du 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C-201/09 P et C-216/09 P, Rec. 2011 p. I-2239, point 95, du 29 septembre 2011, Elf Aquitaine/Commission, C-521/09 P, non encore publié au Recueil, point 53, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 18).

743. C'est cette entité économique qui doit, lorsqu'elle enfreint les règles de concurrence, répondre de cette infraction, conformément au principe de responsabilité personnelle (arrêts Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 56, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., précité, point 95, Elf Aquitaine/Commission, précité, point 53, et Lacroix Signalisation e.a., précité, pp. 18 et 20), sur lequel repose le droit de la concurrence de l'Union (arrêt de la Cour de justice du 20 janvier 2011, General Química e.a./Commission, C-90/09 P, Rec. p. I-1, point 52).
744. La jurisprudence européenne retient le principe de la responsabilité personnelle de l'entreprise : « *Lorsqu'une telle entité économique enfreint les règles de la concurrence, il lui incombe, selon le principe de la responsabilité personnelle, de répondre à cette infraction* » (arrêt de la Cour de justice du 20 janvier 2011, General Química e.a./Commission, précité point 36).
745. Le juge européen prévoit ainsi la possibilité, mais non l'obligation, d'imputer à la société mère le comportement de sa fille : « *l'imputation de l'infraction à la société mère est une faculté laissée à l'appréciation de la Commission* » (arrêt du Tribunal du 13 juillet 2011, Eni c/Commission, T-39/07, voir, également en ce sens, arrêt de la Cour de justice du 24 septembre 2009, Erste Group Bank e.a. / Commission, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P et C-137/07 P, Rec. p. I-8681, points 76-83)
746. Ainsi, au sein d'un groupe de sociétés, le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques (arrêts Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 58, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., précité, point 96, Elf Aquitaine/Commission, précité, point 54, et Lacroix Signalisation e.a., précité, pp. 18 et 19). Dans le cas particulier où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il existe une présomption selon laquelle cette société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale (arrêts de la Cour de justice, Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 60, General Química e.a./Commission, précité, points 2 et 42, du 29 septembre 2011, Arkema/Commission, C-520/09 P, point 42, et de la cour d'appel de Paris, Lacroix Signalisation e.a., précité, p. 19).
747. Dans cette hypothèse, il suffit pour l'autorité de concurrence de rapporter la preuve de cette détention capitalistique pour imputer le comportement de la filiale auteur des pratiques à la société mère (arrêts Akzo Nobel e.a./Commission, précité, point 61, Elf Aquitaine/Commission, précité, point 57, et Lacroix Signalisation e.a., précité, p. 19).
748. À cet égard, il n'est pas exigé, pour imputer à une société mère les actes commis par sa filiale, de prouver que la société mère ait été directement impliquée dans les pratiques, ou ait eu connaissance des comportements incriminés. Ainsi que le relève le juge de l'Union, « *ce n'est pas une relation d'instigation relative à l'infraction entre la société mère et sa*

filiale ni, à plus forte raison, une implication de la première dans ladite infraction, mais le fait qu'elles constituent une seule entreprise au sens de l'article (101 du TFUE) qui permet à la Commission d'adresser la décision imposant des amendes à la société mère d'un groupe de sociétés » (arrêts du Tribunal du 12 décembre 2007, Akzo Nobel e.a./Commission, T-112/05, Rec. 2007 p. II-5049, point 58, et du 27 octobre 2010, Alliance One International e.a./Commission, T-24/05, Rec. 2010 p. II-5329, point 169).

749. Il est possible à la société mère de renverser cette présomption en apportant des éléments de preuve susceptibles de démontrer que sa filiale détermine de façon autonome sa ligne d'action sur le marché. Si la présomption n'est pas renversée, l'autorité de concurrence sera en mesure de tenir la société mère pour solidairement responsable pour le paiement de la sanction infligée à sa filiale (arrêts Arkema/Commission, précité, points 40 et 41, et Lacroix Signalisation e.a., précité, p. 20).
750. Dans le cas où une société mère ne détient pas, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il est nécessaire de vérifier que la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de sa filiale (arrêt Alliance One International e.a./Commission, précité, point 126). Dans un tel cas, afin d'établir si une filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, il convient de prendre en compte l'ensemble des éléments pertinents propres aux circonstances de l'espèce, relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent la filiale à la société mère (même arrêt, points 126 et 171).

3. APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE

751. Au cas d'espèce, les pratiques ont été commises par la société TDF SAS, dont le capital est détenu à 100 % par la société Tyrol Acquisition 2, elle-même détenue à hauteur de 98,3 % par TYROL Acquisition 1. Tyrol Acquisition 1 S.A.S. est détenue à 100 % par Tyrol Acquisition 1 & Cie SCA (LuxCo2), elle-même détenue à hauteur de 59,6 % par Tyrol Acquisition 1 SARL (LuxCo1).
752. S'agissant des sociétés Tyrol Acquisition 1 et Tyrol Acquisition 2, la seule affirmation, sans aucun commencement d'argumentation, qu'elles seraient des sociétés holding financières dont l'objet ne serait pas de s'impliquer dans la gestion de l'activité économique de leur filiale, est insuffisant pour renverser la présomption d'influence déterminante. Au demeurant, la Cour de Justice rappelle de manière constante que la seule qualité de holding est indifférente (voir l'arrêt de la Cour du 5 mars 2015, Versalis, aff. C-93/13P et C-213/13P).
753. En conséquence, les pratiques de TDF sont imputées aux sociétés Tyrol Acquisition 1 SAS et Tyrol Acquisition 2 SAS, qui sont présumées exercer sur TDF SAS une influence déterminante.
754. S'agissant des sociétés LuxCo1 et LuxCo2, compte tenu des dates et durées des infractions (voir paragraphes 500 à 502, 557 à 559 et 735 et 736), la question de l'imputabilité des pratiques de TDF à ces sociétés ne se pose que pour les griefs n° 2 et 3.
755. S'agissant de LuxCo1, elle ne détient que 59,6 % de LuxCo2. Compte tenu de cet élément, la présomption d'imputabilité ne peut pas jouer à son égard et la preuve de l'exercice d'une influence déterminante sur TDF n'a pas été rapportée.

756. S'agissant de LuxCo2, il ne s'agit, dans ce cas particulier, que d'une structure intermédiaire entre LuxCo1 et Tyrol Acquisition 1 S.A.S., constituée à seule fin de préserver des sûretés. Dans ces conditions, dans un souci de bonne administration, et conformément à la jurisprudence européenne rappelée au paragraphe 745 selon laquelle l'imputation de l'infraction à une société mère est une faculté laissée à l'appréciation de l'autorité de concurrence, il n'y a pas lieu d'imputer les pratiques à LuxCo2 dès lors que l'on ne peut remonter la chaîne des responsabilités jusqu'à LuxCo1.
757. Il y a donc lieu de mettre hors de cause les sociétés Tyrol Acquisition 1 SARL, dite (LuxCo1), et Tyrol Acquisition 1&Cie SCA, dite (LuxCo2), auxquelles ne peut être imputé le grief notifié à TDF.

E. SUR LES SANCTIONS

758. Les dispositions du I de l'article L. 464-2 du code de commerce et de l'article 5 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO 2003, L 1, p. 1) habilite l'Autorité à imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que par les articles 101 TFUE et 102 TFUE.
759. En premier lieu, l'Autorité peut imposer à chaque entreprise ou organisme en cause plusieurs sanctions dans l'hypothèse où l'intéressé a commis plusieurs infractions (arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007, Bouygues Télécom e.a., n° 07-10303, 07-10354 et 07-10397), comme c'est le cas en l'occurrence, en déterminant chacune d'elles en fonction des critères prévus par le code de commerce (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2011, Lafarge e.a., n° 10-17482 et 10-17791) et en vérifiant qu'aucune d'entre elles n'excède le maximum légal applicable. Néanmoins, il lui est aussi loisible, si elle l'estime opportun eu égard à l'identité ou à la connexité des secteurs ou des marchés en cause, d'une part, et à l'objet général des pratiques, d'autre part, d'infliger une seule sanction au titre de plusieurs infractions (arrêts de la Cour de cassation du 22 novembre 2005, Dexxon Data Media e.a., n° 04-19102, et de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 2009, EPSE Joué Club e.a., n° 2008/00255, p. 20).
760. En l'espèce, la pratique visée par le grief n° 1 a pour but d'empêcher des concurrents d'entrer sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel. Les pratiques visées par les griefs n° 2 et n° 3 concourent à un même objectif général, consistant à entraver l'entrée de concurrents sur le marché de gros amont des services de diffusion radiophonique en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel.
761. Eu égard à ces éléments l'Autorité imposera, d'une part, une sanction pécuniaire au titre du grief n° 1 et, d'autre part, une sanction pécuniaire unique au titre des griefs n° 2 et 3.
762. En deuxième lieu, le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, relatif aux critères de détermination des sanctions pécuniaires, dispose que : « Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le [titre VI du livre IV du code de commerce]. Elles sont

déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. »

763. L'Autorité apprécie, en général, les critères légaux énoncés au paragraphe 762 ci-dessus selon les modalités décrites dans son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (ci-après le « communiqué sanctions »).
764. En l'espèce, pour les griefs n° 2 et n° 3, l'Autorité appréciera ces critères légaux selon les modalités pratiques décrites dans son communiqué sanctions.
765. En revanche, la méthode décrite dans ledit communiqué n'est pas adaptée pour le grief n° 1. En effet, il n'existe pas de valeur des ventes de TDF sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel. Sur ce marché, TDF ne réalise pas de ventes mais doit, en tant qu'occupant du domaine public du site de la Tour Eiffel, acquitter une redevance, dont le montant s'élevait à 3,7 millions d'euros (article 24 de la convention d'occupation domaniale signée entre TowerCast et la Ville le 13 février 2007, cote 1330, 07/0018M). Les seules ventes réalisées par TDF se situent sur le marché de gros aval des services de diffusion audiovisuelle et atteignent environ 16,1 millions d'euros pour l'exercice clos en 2008.
766. Enfin, TDF a été mise en mesure de formuler des observations sur les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles, selon les services d'instruction de l'Autorité, d'influer sur la détermination des sanctions pouvant lui être infligée. La présentation de ces différents éléments ne préjuge pas de l'appréciation du collège sur les déterminants des sanctions, qui relève de sa seule compétence.

1. SUR LES SANCTIONS INFLIGÉES AU TITRE DU GRIEF N° 1

767. En application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, le montant de la sanction imposée aux entreprises en cause sera déterminé en fonction, tout d'abord, de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui se rapportent tous deux à la pratique constatée, avant de prendre en compte la situation et le comportement individuels de TDF (arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., n° 2011/03298, p. 68).
768. Faute de pouvoir mesurer les ventes réalisées par TDF sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel, le montant de base de la sanction sera défini de manière forfaitaire, en fonction des deux critères légaux rappelés ci-dessus.

a) En ce qui concerne la détermination du montant de base

S'agissant de la gravité des faits

769. L'Autorité apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce. La nature de la pratique en cause ainsi que la situation du secteur dans lequel elle a été mise en œuvre et la nature des personnes susceptibles d'être affectées seront ici prises en compte.
770. Il est de jurisprudence constante que les pratiques qui tendent à élever artificiellement les barrières à l'entrée sont d'une particulière gravité en ce qu'elles empêchent les concurrents de se développer sur le marché en dépit de leurs mérites propres. En outre, si toute entreprise en situation de position dominante doit veiller à ne pas abuser de son pouvoir de

marché, cette responsabilité est d'autant plus lourde que cette position n'est pas le fruit d'une concurrence par les mérites mais héritée d'un monopole légal (arrêt de la CJUE du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, point 275, arrêt du Tribunal de l'Union du 29 mars 2012 Telefonica SA/Commission, point 382 et suivants, arrêts de la cour d'appel de Paris du 4 juillet 2013, Société Digicel Antilles française Guyane, n° 2012/05160, p. 32 et du 6 novembre 2014 Société nationale des chemins de fer français, n° 2013/01128, p. 62).

771. En l'espèce, les pratiques ont été commises par la société TDF SAS, aujourd'hui privée, mais ancien opérateur historique et héritière d'un monopole d'État pour la diffusion hertzienne de programmes de radio-télévision sur le site de la Tour Eiffel. Le site n'étant pas reproductible, TDF est détentrice d'un patrimoine unique et était, en cette qualité, la seule entreprise à disposer des informations indispensables à la mise en concurrence par la Ville.
772. De plus, la circonstance de l'ouverture à la concurrence d'un marché engendre dans le chef de l'opérateur historique une responsabilité additionnelle. Il en va également de sa présence sur l'ensemble des marchés concernés. Le Conseil de la concurrence a ainsi souligné dans sa décision n° [05-D-59](#) du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit, concernant la gravité des pratiques, que : « *France Télécom est l'opérateur historique dans le secteur des télécommunications. [...] Cette position donne à France Télécom une responsabilité particulière sur les marchés concernés, dans le contexte général de l'ouverture du secteur des télécommunications à la concurrence et dans le cadre particulier du développement de nouvelles technologies et de nouveaux services, comme l'Internet et l'ADSL. La présence de France Télécom sur l'ensemble des marchés des communications électroniques, tant en ce qui concerne les marchés de gros que les marchés de détail, accroît encore cette responsabilité* ».
773. En l'espèce, la Ville de Paris venait de décider de mettre pour la première fois en concurrence le renouvellement de la convention d'occupation domaniale qui était jusque-là systématiquement renouvelé de gré à gré au profit de TDF.
774. Les arguments avancés par TDF ne sont pas de nature à remettre en cause ces appréciations.
775. En effet, TDF ne saurait contester la gravité des faits en arguant qu'ils ne sont pas établis ou en prétendant que la procédure d'appel d'offre aurait respecté le principe d'égalité, comme l'a jugé le juge administratif. Le premier argument revient à remettre en cause, au stade de la sanction, la réalité de l'infraction. Concernant le deuxième, il a déjà été démontré, aux paragraphes 343 et suivants, qu'il ne peut être reconnu d'autorité de la chose jugée aux jugements administratifs invoqués par TDF, qui ne portent au demeurant pas sur la question du principe d'égalité des candidats. Au surplus, l'Autorité a également montré que TDF s'était servi d'un risque allégué de méconnaissance du principe d'égalité pour retarder la fourniture d'informations à TowerCast, alors que la Ville lui demandait précisément de répondre directement aux sollicitations de TowerCast par souci du respect de ce principe (voir notamment les paragraphes 397 et 398).

S'agissant de l'importance du dommage à l'économie

776. Le critère légal de l'importance du dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale qu'elles sont de nature à engendrer pour l'économie (voir, par exemple, arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2008, SNEF, n° 2007/18 040, p. 4).

777. L'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause. L'existence du dommage à l'économie ne saurait donc être présumée (arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, Orange France e.a., n° 09-12984, 09-13163 et 09-65940).
778. En se fondant sur une jurisprudence établie, l'Autorité tient notamment compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée en particulier par sa couverture géographique ou par la part de marché de l'entreprise sanctionnée sur le marché concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques du secteur concerné. Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910).

◆ Sur l'ampleur des pratiques

779. En premier lieu, comme rappelé ci-dessus, la Tour Eiffel est un site stratégique pour les radios FM, notamment du fait de la population importante qu'il permet de couvrir. L'accès à ce site est par conséquent également déterminant pour les diffuseurs qui offrent des services de diffusion aux radios. L'ampleur de l'infraction s'apprécie donc au regard de l'importance stratégique de ce site, pour lequel le choix de l'occupant par la Ville lors de son appel d'offre a été privé de l'exercice d'une concurrence par les seuls mérites.
780. Pour la télévision, sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes télévisuels, la part de marché de TDF s'élevait, en 2007 et jusqu'à ce jour, à 100 %, TDF demeurant le seul diffuseur à fournir des services aux opérateurs de multiplex depuis le site de la Tour Eiffel (cote 5188, 07/0017F).
781. En second lieu, en tant qu'occupant historique exploitant le site de la Tour Eiffel, TDF était la seule entreprise à disposer de l'ensemble des informations nécessaires pour répondre à l'appel d'offre de la mairie de Paris. En privant les opérateurs alternatifs de l'exhaustivité des informations qui leur aurait permis de la concurrencer efficacement lors du renouvellement de la convention d'occupation domaniale pour la diffusion hertzienne de programmes de radiotélévision depuis le site de la Tour Eiffel, et en l'absence d'autres possibilités vers lesquelles ces opérateurs auraient pu se tourner pour obtenir ces informations, TDF a privé ses concurrents d'éléments essentiels, sinon indispensables, pour la concurrencer.

◆ Sur les caractéristiques économiques objectives du secteur en cause

782. Les particularités et la complexité de l'exploitation du site de la Tour Eiffel nécessitent des compétences et un savoir-faire uniques, du fait que ce site n'était pas initialement prévu pour la diffusion, et compte tenu de l'exiguïté des locaux et donc du caractère non répliquable du site. Cette compétence et ce savoir-faire constituent des barrières à l'entrée sur le marché de l'appel d'offres pour le renouvellement de la convention d'occupation domaniale de la Tour Eiffel et, par voie de conséquence, sur les marchés de gros amont des services de diffusion audiovisuelle que cet appel d'offres devait permettre d'ouvrir à la concurrence.
783. L'avantage dont bénéficie le titulaire sortant, héritier d'un monopole historique, du fait de ces barrières à l'entrée, est d'autant plus grand qu'existe, en l'espèce, une asymétrie

d'information en défaveur du concédant, tributaire des informations fournies par cet opérateur pour organiser une ouverture à la concurrence du marché dans le respect de l'égalité entre les candidats. En l'occurrence, la Ville était dépendante des informations fournies par TDF (voir paragraphes 301 et suivants), de même que les concurrents de TDF, comme TowerCast.

784. En outre, d'autres obstacles techniques à l'arrivée de concurrents de l'opérateur sortant tiennent à l'exigence de continuité de service posée par la Ville à tout nouvel occupant. Dans ce contexte, la présence de ses propres équipements pour TDF constituait un avantage et une barrière à l'entrée pour un nouveau concurrent. C'est ce qui a été souligné dans la décision de mesures conservatoires précitée et rappelé par l'ARCEP dans son avis du 4 janvier 2012 : « (...) *le cahier de consultation prévoit une exigence de continuité de service, qui fait peser des contraintes particulières sur les opérateurs ne disposant pas des équipements présents sur le site* » (voir paragraphes 306 à 308).

◆ Sur les effets des pratiques

785. L'Autorité a démontré l'existence d'une inégalité d'informations résultant de la position privilégiée de TDF et des barrières à l'entrée rappelées ci-dessus. TDF, héritière d'un monopole légal, détenait des informations nécessaires à TowerCast pour que celle-ci puisse construire son offre. Le comportement de TDF a eu pour effet, au moins potentiel, d'empêcher ses concurrents de présenter une offre satisfaisant les critères figurant dans le cahier de consultation, alors même que cet appel d'offres était le seul moyen d'instituer une concurrence entre TDF et d'autres opérateurs sur le marché de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel, site stratégique pour la concurrence sur les marchés de gros amont de la diffusion de programmes audiovisuels.

786. Même si les pratiques se sont étendues sur une courte période, elles ont un impact sur la structure et le fonctionnement concurrentiel du marché bien au-delà de leur seule période de commission, puisque le contrat d'occupation domaniale pour la diffusion hertzienne de programmes audiovisuels depuis le site de la Tour Eiffel, signé entre la Ville et TDF le 13 février 2007, à l'issue des pratiques, est d'une durée de dix ans.

Conclusion sur la détermination du montant de base

787. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que, eu égard à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques en cause et à la durée de l'infraction, le montant de base de la sanction pécuniaire est fixé à 4 000 000 euros.

b) En ce qui concerne la situation individuelle de TDF

Sur la réitération

788. La réitération, visée de façon autonome par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, constitue une circonstance aggravante que l'Autorité peut prendre en compte en augmentant le montant de la sanction de manière à lui permettre d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme de s'affranchir des règles de concurrence (décision n° [07-D-33](#) du Conseil du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paragraphe 112). La jurisprudence de l'Union va dans le même sens (arrêt de la Cour de justice du 8 février 2007, Groupe Danone/Commission, C-3/06 P, Rec. p. I-1331, point 47).

789. Il est possible de retenir l'existence d'une réitération lorsque quatre conditions sont réunies (paragraphe 51 du communiqué du 16 mai 2011) : une précédente infraction au droit de la concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la commission de la nouvelle pratique ; la nouvelle pratique doit être identique ou similaire, par son objet ou ses effets, à celle ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ; ce dernier doit avoir acquis un caractère définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur la nouvelle pratique ; le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début de la nouvelle pratique est pris en compte pour apporter une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence, étant indiqué que la réitération ne sera ainsi pas retenue lorsque le délai en question est supérieur à quinze ans.

Sur l'existence et le caractère définitif d'un précédent constat d'infraction

790. En l'espèce, TDF a été condamnée pour abus de position dominante sur le marché de la diffusion télévisuelle par voie hertzienne par la décision du Conseil de la concurrence n° [99-D-14](#) du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France, qui est aujourd'hui devenue définitive.

791. Dans la présente décision, il a été établi que TDF a mis en œuvre, postérieurement à ce constat d'infraction, une pratique d'éviction constitutive d'un abus de position dominante à compter du 4 mai 2006.

792. Elle est donc intervenue sept ans après le constat d'infraction du comportement de TDF aux règles de concurrence par la décision datée de février 1999. Dans ces conditions, il y a lieu de retenir la réitération.

Sur l'identité ou la similitude des pratiques

793. TDF conteste l'existence de pratiques identiques ou similaires qui pourraient donner lieu à une situation de réitération. Elle fait ainsi valoir que l'infraction qui a été sanctionnée dans la décision n° 99-D-14, précitée, portait sur des pratiques de refus d'accès au foncier et au bâtiment, des pratiques contractuelles et des pratiques de couplage, différentes de celle en cause dans la présente affaire. TDF prétend également que les pratiques ont été mises en œuvre sur des marchés différents, puisque l'entreprise saisissante, la société Emettel, n'était pas diffuseur et qu'elle intervenait à la demande des collectivités locales et non des chaînes comme vendeur, installateur et prestataire de maintenance de matériels.

794. Mais la notion de réitération a pour objet d'appréhender les cas dans lesquels un organisme ou une entreprise précédemment sanctionnés pour avoir enfreint les règles de concurrence viole de nouveau ces règles par des pratiques identiques ou similaires par leur objet, critère qui renvoie pour l'essentiel à la base légale utilisée pour les qualifier, ou en raison de leurs effets, critère qui s'attache davantage à la finalité des comportements poursuivis.

795. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans deux arrêts récents, a précisé que les conditions de la réitération étaient réunies dès lors que l'entreprise avait été précédemment sanctionnée pour avoir commis « *une infraction de même type* » et que « *la qualification de la réitération n'exige pas que les infractions commises soient identiques quant à la pratique mise en œuvre ou quant au marché concerné, qu'il s'agisse du marché de produits ou services ou du marché géographique, et qu'elle peut être retenue pour de nouvelles pratiques identiques ou similaires, par leur objet ou leurs effets, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction* » (Cass com 6 janvier 2015 et 20 janvier 2015).

796. Ainsi, des pratiques d'entente et des comportements unilatéraux peuvent rechercher le même effet d'éviction à l'égard de concurrents sur un marché, sans pour autant relever du même régime de prohibition (voir, en ce sens, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France e.a., confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, précité). De même, le fait que les premières pratiques portent sur des marchés ou des zones géographiques différents ou plus restreints de ceux concernés par les secondes ne fait pas obstacle à ce que soit constatée l'existence d'une situation de réitération (arrêt Adecco France e.a., précité).
797. En l'occurrence, dans la décision n° 99-D-14, précitée, le Conseil de la concurrence avait considéré que TDF, qui détenait le monopole de la diffusion hertzienne des chaînes nationales publiques et une position dominante sur les marchés de la diffusion hertzienne des chaînes nationales privées et de la maîtrise d'œuvre pour le compte des collectivités territoriales, avait mis en œuvre des pratiques visant à limiter l'accès de ses concurrents au marché des prestations d'installation et de maintenance de matériels de réémission choisis par des collectivités territoriales en refusant, dans des conditions discriminatoires et non transparentes, d'autoriser l'installation de ces matériels sur les sites qu'elle exploitait.
798. La pratique reprochée à TDF dans le grief n° 1 est donc similaire à celle condamnée en 1999, en ce que cette dernière consistait déjà, pour TDF, à abuser de sa position dominante pour empêcher ou entraver l'accès à ses infrastructures.

Conclusion sur la réitération

799. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de considérer que TDF se trouve dans une situation de réitération justifiant, dans les circonstances de l'espèce, une majoration de 25 % de sa sanction, portant donc celle-ci à un montant de 5 000 000 euros.

Sur la vérification du maximum légal applicable

800. Conformément aux articles L. 464-2 - I paragraphe 4 et L. 464-2 - III du code de commerce, le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par le groupe TDF, qui consolide les comptes de TDF SAS, est de 1 629 402 005 euros au cours de l'exercice clos au 31 mars 2009. Le montant maximum de la sanction s'élève à 162 940 200 euros. Ce montant est supérieur au montant mentionné au paragraphe précédent.

2. SUR LA SANCTION INFLIGÉE AU TITRE DES GRIEFS N° 2 ET N° 3

a) Le montant de base

801. En application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, le montant de base de la sanction sera déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui se rapportent tous deux aux pratiques constatées. Les appréciations de l'Autorité à cet égard trouveront une traduction chiffrée dans le choix d'une proportion de la valeur des ventes, démarche qui permettra de proportionner l'assiette de la sanction à la réalité économique des infractions d'une part, et au poids relatif sur le secteur concerné de TDF, d'autre part.
802. La durée de la pratique, qui constitue un facteur pertinent pour apprécier tant la gravité des faits (arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, Orange France, n° 11-22144) que l'importance du dommage causé à l'économie (arrêt de la Cour de cassation du

12 juillet 2011, Lafarge ciments e.a., n° 10-17482 et 10-17791), fera l'objet d'une prise en compte sous ce double angle.

En ce qui concerne la valeur des ventes

803. La valeur des ventes réalisées par TDF en relation avec l'infraction commise pourra être utilement retenue comme assiette de la sanction.
804. Selon le paragraphe 33 du communiqué du 16 mai 2011, « *La référence prise par l'Autorité pour donner une traduction chiffrée à son appréciation de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie est la valeur de l'ensemble des catégories de produits ou de services en relation avec l'infraction, ou s'il y a lieu avec les infractions, vendues par l'entreprise ou l'organisme concerné durant son dernier exercice comptable complet de participation à celle(s)-ci, sous réserve du point 37 ci-dessous. La qualification de l'infraction ou des infractions effectuée par l'Autorité, au regard de leur objet ou de leurs effets anticoncurrentiels, détermine ces catégories de produits ou de services* ».
805. En l'espèce, les pratiques ont eu pour objet et pour effet d'empêcher l'entrée de concurrents sur le marché de gros des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel.
806. Le marché pertinent retenu en l'espèce est le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel. Il convient donc de retenir comme valeur des ventes l'ensemble des ventes de services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel réalisées par TDF au cours de la période considérée.
807. La valeur des ventes à retenir au titre de ce grief correspond donc aux ventes réalisées par TDF sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel pour l'exercice 2007-2008, soit 5 355 267 euros.

Arguments de TDF et réponse de l'Autorité

808. TDF estime que la valeur des ventes ne devrait pas prendre en compte l'ensemble des ventes de service de diffusion radiophoniques réalisées depuis le site de la Tour Eiffel mais seulement celles correspondant aux 20 radios concernées par le renouvellement de l'autorisation de diffusion par le CSA.
809. Mais, comme le rappelle le communiqué du 16 mai 2011 (paragraphe 804), confirmé sur ce point par la jurisprudence, c'est l'ensemble des catégories de services en relation avec l'infraction qui doit être pris en compte pour servir d'assiette au montant de base de la sanction. L'argument de TDF doit donc être écarté.

En ce qui concerne la gravité des faits

810. Il est renvoyé aux paragraphes 769 et suivants pour les développements sur la gravité des pratiques qui tendent à élever artificiellement les barrières à l'entrée et la responsabilité particulière de l'opérateur historique.
811. En l'espèce, l'article 11 de la convention d'occupation domaniale du site de la Tour Eiffel conclue le 12 février 2007 entre TDF et la Ville posait le principe de non-exclusivité pour les liaisons sans fil auxquelles la Tour est susceptible de servir de support et prévoyait l'obligation pour le nouvel occupant de proposer des offres d'hébergement aux diffuseurs en faisant la demande (voir paragraphe 188). En outre, le CSA a précisé, dans son avis

du 3 avril 2007 que TDF s'est engagée auprès de lui, dans une lettre du 31 octobre 2006, à répondre à toute demande d'accès formulée par des concurrents dans le cadre d'une offre sur mesure et indique qu'une telle offre implique la publication des conditions, y compris financières, d'accueil sur le site de la tour Eiffel des autres prestataires de diffusion de services de radio (voir paragraphe 532).

812. Hébergeur historique reconduit dans le cadre de la signature de la convention avec la ville et par ailleurs aussi héritière d'un monopole historique en matière de diffusion sur le site de la Tour Eiffel, TDF avait, dans le cadre de la mise en concurrence sur le marché de gros amont de la diffusion, une responsabilité particulière, doublée d'un engagement formel auprès du CSA, de proposer des offres sur mesure transparentes et opérationnelles aux candidats qui souhaiteraient être hébergés sur le site.
813. Les concurrents étaient dépendants de TDF pour l'installation de leurs émetteurs, TDF étant la seule à pouvoir procéder aux travaux d'aménagement et aux raccordements nécessaires à l'installation d'émetteurs d'un diffuseur tiers.
814. Cette responsabilité était d'autant plus grande que, dans le même temps, le CSA procédait au renouvellement des autorisations d'émettre pour les fréquences diffusées sur le site de la Tour Eiffel selon un calendrier serré. Or, pour la plupart des éditeurs de radios présents en région parisienne, le site de la Tour Eiffel est incontournable. En l'absence de concurrence, et du fait qu'aucune interruption de diffusion n'est possible, ils sont contraints d'accepter les conditions posées par le diffuseur en place.
815. En outre, il a été démontré que l'offre de TDF était constitutive d'un ciseau tarifaire. L'existence cumulée des deux griefs est ainsi de nature à renforcer la gravité des pratiques.

En ce qui concerne l'importance du dommage à l'économie

816. Sur la méthode d'appréciation du dommage à l'économie, il est renvoyé aux paragraphes 776 à 778.

◆ Sur l'ampleur des pratiques

817. Les infractions ont été mises en œuvre par une société anciennement en position de monopole historique sur le plan national, qui a conservé, sur le marché de gros amont des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM une part de marché de 100 %.
818. TDF détenait, jusqu'à la NEVA des 3-4 septembre 2007, 93 % des parts, exprimées en nombre de clients éditeurs, du marché de gros aval, puis 100 % puisqu'elle diffuse l'intégralité des fréquences de radios FM autorisées depuis ce site, qui représentent 68 % des radios autorisées à Paris mais 100 % des radios de service public et 86 % des radios commerciales à vocation nationale (voir paragraphe 280).
819. Cette position de monopole, tant sur le marché de gros amont que sur le marché de gros aval de la diffusion de services radiophoniques depuis le site de la Tour Eiffel, confère à l'infraction une portée d'autant plus grande que le site n'est pas répliquable et revêt une importance considérable pour les marchés de la diffusion hertzienne, dépassant très largement le cadre régional, comme l'ont notamment rappelé l'ARCEP (cote 2335, 07/0018M) et le CSA (voir paragraphe 38).
820. TDF elle-même a largement insisté sur l'importance et la spécificité du site, en soulignant qu'il constitue une référence technique et commerciale à très forte notoriété et dont l'image est essentielle. Elle a précisé que l'enjeu associé aux marchés de la diffusion depuis le site de la Tour Eiffel était d'ordre national : « *La Tour Eiffel revêt un intérêt particulier car*

elle constitue la meilleure vitrine disponible sur le marché français de la diffusion de télévision et respectivement de la radio. Le prestige associé à ce site fait que la société qui l'exploite peut concéder une moindre rentabilité sur ce site particulier » (cote 2656, 07/0018M).

821. Les pratiques visées par les griefs 2 et 3 ont concerné le marché de gros amont des services de diffusion radiophonique en mode FM depuis le site le plus important de France et l'un des plus importants d'Europe en termes de nombre de services de télévision et de radios diffusés, de concentration d'émetteurs de forte puissance et aussi de population desservie. Dès lors, par effet de diffusion sur le marché aval, où se rencontrent les éditeurs et les diffuseurs de programmes, les pratiques ont concerné des services considérés par les éditeurs comme incontournables, tant l'audience qu'ils leur permettent d'atteindre est importante, en termes absolus, c'est-à-dire en nombre d'auditeurs, comme en termes relatifs, c'est-à-dire en proportion du total de leur audience nationale. Ainsi, à titre d'exemple, le groupe RTL, qui est l'un des deux plus grands groupes en France (cote 5794, 07/0017F) et qui édite trois programmes radio FM à vocation nationale (RTL, Fun Radio et RTL2) a indiqué en 2007 que la diffusion depuis le site de la Tour Eiffel représentait 25 % de son audience nationale (cote 3363, 07/0018M). La diffusion à partir de ce site est associée à d'importantes recettes publicitaires pour les radios. TDF elle-même a souligné l'importance que revêt le site de la Tour Eiffel pour les clients éditeurs en ces termes : « *Dans le cas du site de la Tour Eiffel, comme celui-ci couvre près de 20 % de la population française et l'ensemble des centres de décision du pays pour les principaux services audiovisuels, son bon fonctionnement est critique non seulement pour des problématiques économiques pour les éditeurs mais aussi pour des problématiques politiques de fiabilité de la desserte hertzienne* » (cote 2654, 07/0018M).

◆ Sur les caractéristiques économiques du secteur en cause

822. L'Autorité a déjà relevé que, de manière générale, les opérateurs du secteur de la radio, tant les éditeurs nationaux que les diffuseurs, se heurtent à des « *difficultés comparables à celles rencontrées sur la TNT s'agissant de la répliquabilité d'un certain nombre de sites de diffusion principaux (...)* », « *(...) dont une grande partie sont historiquement les principales infrastructures de diffusion de TDF également utilisées en TNT* ». Elle a également souligné que « *les éditeurs [indiquaient] être captifs de l'offre de TDF pour une part importante de leur activité* »¹⁶.
823. Les diffuseurs concurrents de TDF sur le marché de gros amont des prestations de diffusion FM à partir du site de la Tour Eiffel se heurtent à plusieurs autres obstacles. Il existe sur ce marché de nombreuses contraintes d'exploitation liées aux particularités du site de la Tour Eiffel, qui appellent des compétences et un savoir-faire très spécifiques pour fournir un service de diffusion répondant aux exigences de continuité et de qualité des clients éditeurs de la zone de Paris. Ces contraintes viennent aussi de la saturation de la ressource spectrale dans la bande FM¹⁷ et du manque d'espace disponible sur le site de la Tour Eiffel, qui limitent, de fait, la demande adressable par des diffuseurs concurrents. En outre, ces contraintes exogènes auraient obligé les diffuseurs nouveaux entrants à adopter

¹⁶ Voir note précédente.

¹⁷ Voir sur ce point l'avis n° [12-A-13](#) du 8 juin 2012 de l'Autorité de la concurrence relatif à une demande d'avis de l'Autorité de la régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes audiovisuels, paragraphes 27 et 29.

une technologie d'émetteurs inédite à l'époque des faits, et qui reste particulière à ce site (la technologie d'émetteurs à eau glacée).

824. Par ailleurs, l'absence d'autre choix que le site de la Tour Eiffel et son caractère inégalable en termes de bassin de population couverte limitent de fait, sur le marché de gros aval, le pouvoir de négociation des éditeurs, contraints par leurs objectifs commerciaux de couverture maximale de la population ou, pour Radio France, par des obligations de couverture de l'ensemble du territoire figurant dans son cahier des charges. Aussi, les prestations de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel peuvent-elles être considérées comme des achats inévitables pour les éditeurs autorisés à être diffusés depuis ce site.
825. De même, l'accès au site est indispensable aux diffuseurs alternatifs à l'opérateur en place pour entrer en concurrence avec lui sur le marché de gros amont de services de diffusion des fréquences de la zone de Paris attachées à ce site.
826. Ce caractère inévitable de l'accès à la Tour Eiffel, tant pour les diffuseurs que pour les éditeurs, limite de fait leur pouvoir de négociation face à l'opérateur en place sur ce site, indépendamment de son comportement, ce qui est de nature à amplifier les conséquences dommageables des pratiques constatées.

◆ Sur les effets des pratiques

- L'éviction de diffuseurs concurrents a empêché une baisse des tarifs pour les éditeurs

827. En empêchant l'entrée de ses concurrents diffuseurs sur le marché de gros aval des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis la Tour Eiffel, TDF a entravé la baisse des tarifs des prestations de base payées par les éditeurs qu'aurait nécessairement entraînée l'arrivée de concurrents sur le site. Comme le souligne un éditeur : « *Du point de vue de la diffusion, il y a une négociation du tarif de diffusion au moment du choix du site, qui a lieu s'il y a concurrence sur le site. Lorsqu'il n'y a pas de concurrents sur un site, nous ne pouvons négocier le tarif de diffusion* » (cote 5798, 07/0017F).
828. Ainsi, le fait d'avoir deux offres concurrentes de diffuseurs sur un même site incontournable peut faire baisser les prix de l'ordre de 30 % comme l'indique Nextradio à propos du site de Marseille (cote 8131, 07/0017F).
829. Sur le site de la Tour Eiffel, l'effet attendu de l'ouverture à la concurrence du marché de gros aval était d'autant plus important que le prix non négociable des prestations de diffusion est considéré par les éditeurs comme élevé. L'éditeur de Oui FM a, par exemple, souligné que les contrats avec TDF sont tous indexés en termes de coûts par rapport à la hauteur mais pas celui de la Tour Eiffel. Si cette indexation était appliquée sur le site de la Tour Eiffel, le tarif serait plus faible (cote 5750, 07/0017F). L'éditeur Lagardère Active, a indiqué : « *Nous sommes condamnés à payer le prix fort, notamment sur la Tour Eiffel sur laquelle aucune pression concurrentielle ne s'exerce* » (cote 5820, 07/0017F).
830. TDF reconnaît elle-même que la concurrence entre diffuseurs conduit automatiquement à une baisse des tarifs des prestations de diffusion sur le marché aval : « *S'agissant de la radio FM, il convient de noter que TDF a pris en considération des hypothèses prudentes de pertes de revenus induites par en partie des baisses de prix et en partie des pertes de part de marché en diffusion, et donc, à cette occasion, au passage de la vente de*

prestations de diffusion à la vente de prestations d'accueil sur site » (cote 2567, 07/0018M).

831. L'absence de pression concurrentielle sur un site aussi incontournable que la Tour Eiffel a donc un effet dommageable sur le niveau des prix.
832. Les pratiques ont eu également des effets sur les tarifs des prestations complémentaires et des options.
833. L'ARCEP, dans son avis n°2007-0276 du 26 avril 2007, a précisé que le mode de diffusion de la radio FM se caractérise par des spécificités : « *une fonction traitement de son avant codage stéréo est importante pour les radios qui choisissent en fonction des auditeurs ciblés la « couleur sonore » de leurs programmes (radios musicales par exemple) ; Une fonction d'insertion de données (RDS par exemple)* » (cote 2373, 07/0018M).
834. Parmi les concurrents de TDF sur le marché de gros aval figurent des éditeurs intégrés verticalement, c'est-à-dire capables de s'auto-diffuser, comme le groupe NRJ, éditeur de quatre programmes radiophoniques et qui détient TowerCast et le groupe Lagardère Active, qui édite trois programmes radiophoniques et auto-diffuse 24 % de ses fréquences sur l'ensemble du territoire.
835. L'impact de la pratique d'éviction est ainsi décrit par Lagardère Active : « *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).
836. Plusieurs éditeurs, y compris faisant appel à une prestation globale de diffusion, ont aussi indiqué que TDF ne leur permettait pas d'installer leurs propres équipements de traitement de son. C'est le cas de Oui FM (cote 5751, 07/0017F) et de Lagardère Active, qui explique : « *Les options (par exemple un système de secours) proposées par TDF sont extrêmement coûteuses. Nous ne pouvons négocier les prix de ces options avec TDF que lorsque TowerCast les propose également (ce fut le cas en Alsace Lorraine). En prestation globale de diffusion, TowerCast nous donne la possibilité de mettre nos propres équipements de traitement de son et de codage RDS sur ses sites. Cela constitue une vraie différence et une économie très importante. TDF refuse quant à elle de nous permettre d'apporter nos équipements sur ses sites* » (cote 5815, 07/0017F).
837. En tendant à évincer des concurrents verticalement intégrés, les pratiques en cause ont empêché la réalisation de gains d'efficience, qui se traduisent par des baisses de coûts et une amélioration de la qualité de service due à la maîtrise de choix techniques tels que les équipements de traitement de son et de codage RDS. Elles ont aussi eu pour effet d'empêcher les éditeurs faisant appel à une prestation globale de diffusion de bénéficier de la baisse des tarifs des prestations complémentaires attendue de la concurrence et de maîtriser les équipements, de traitement de son notamment, participant à leur différenciation auprès des auditeurs.
- La position de monopole a limité les incitations de TDF à investir et améliorer la qualité des services rendus
838. La concurrence influence aussi la qualité du service, facteur déterminant pour les consommateurs finaux, c'est-à-dire les auditeurs. En lui assurant une situation de monopole sur le marché de gros aval, les pratiques de TDF ont limité son incitation à

renouveler ses équipements et à améliorer la qualité du service proposé à ses clients éditeurs.

839. Certains éditeurs diffusés par TDF depuis le site de la Tour Eiffel ont ainsi relevé que la mauvaise qualité du service qui leur était délivré existait en 2007. Lagardère Active a ainsi indiqué en 2013 : « *Sur le site de la Tour Eiffel, comme nous vous l'avons indiqué, nous avons de gros problèmes de qualité de diffusion (...) Ces dysfonctionnements existaient déjà en 2007. Je me rappelle en particulier de l'incident sur le relais coaxial qui avait généré une coupure de 20 minutes en pleine matinale* » (cote 9551, 074/0017F).
840. Or, une mauvaise qualité de diffusion est, par définition, directement dommageable aux auditeurs et affecte également les éditeurs.
841. Ainsi, l'effet d'éviction, au moins potentiel, des pratiques notifiées aux griefs 2 et 3 s'est traduit par l'absence de toute concurrence pour la diffusion des radios FM sur le site de la Tour Eiffel, empêchant la concurrence par les prix et la qualité du service rendu de s'exercer, ce qui a été préjudiciable pour les éditeurs et, au final, les auditeurs.

En ce qui concerne la durée des pratiques

842. L'Autorité a répondu aux arguments soulevés par TDF quant à la durée de la pratique aux paragraphes 557 à 559 pour le grief n° 2 et 735 et 736 pour le grief n° 3.
843. Pour le grief n° 2, les pratiques débutent le 6 avril 2007, jour de la réunion où TowerCast a transmis en mains propres de son cahier des charges à TDF pour une demande d'offre sur mesure d'hébergement. Elles se sont achevées le 11 juillet 2007, date à laquelle, le Conseil de la concurrence a prononcé une décision de mesures conservatoires obligeant TDF à adresser une nouvelle offre d'hébergement à TowerCast dans un délai d'un mois.
844. Pour le grief n° 3, les pratiques débutent à la même date, TDF disposant déjà des données nécessaires à l'offre sur mesure susceptibles d'être transmises aux concurrents et se terminent également le 11 juillet 2007 pour les raisons exposées au paragraphe précédent.
845. Les pratiques auraient produit des effets, à tout le moins potentiels, durant au moins 5 ans si le Conseil de la concurrence n'était intervenu, le 11 juillet 2007, en prononçant une décision de mesures conservatoires.

Conclusion sur la détermination du montant de base

846. Compte tenu de l'appréciation qui vient d'être faite de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retiendra, pour déterminer le montant de base, une proportion de 10 % de la valeur des ventes réalisée par TDF sur le marché des services de diffusion de programmes radiophoniques en mode FM depuis le site de la Tour Eiffel. Le montant de base de la sanction pécuniaire est donc fixé à 535 527 euros.

b) Sur la réitération

847. S'agissant de la définition de la réitération comme circonstance aggravante par le code de commerce, des quatre conditions cumulatives devant être réunies pour la caractériser, de l'existence et du caractère définitif d'un précédent d'infraction, il est renvoyé aux paragraphes 788 à 792.

Sur l'identité ou la similitude des pratiques

848. S'agissant des critères pour déterminer l'identité ou la similitude des pratiques l'infraction commise par TDF sanctionnée dans la décision n° 99-D-14 précitée, il est renvoyé aux paragraphes 793 à 797.
849. Les pratiques reprochées à TDF dans les griefs n° 2 et 3 sont similaires à celle condamnée en 1999, en ce que cette dernière consistait déjà, pour TDF, à abuser de sa position dominante pour empêcher ou entraver l'accès à ses infrastructures.

Conclusion sur la réitération

850. Il résulte de ce qui précède que TDF se trouve dans une situation de réitération justifiant, dans les circonstances de l'espèce, une majoration de 25 % de sa sanction, portant donc celle-ci au montant de 669 408 euros, arrondis à la baisse à 660 000 euros.

c) Sur la vérification du maximum légal applicable

851. Conformément aux articles L. 464-2 – I paragraphe 4 et L. 464-2 – III du code de commerce, le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par le groupe TDF, qui consolide les comptes de TDF SAS, est de 1 629 402 005 euros au cours de l'exercice clos au 31 mars 2009. Le montant maximum de la sanction s'élève à 162 940 200 euros. Ce montant est supérieur au montant mentionné au paragraphe précédent.

3. FRAIS DE L'EXPERTISE

852. Aux termes de l'article L. 463-8, troisième alinéa, du code de commerce : « *Le financement de l'expertise est à la charge de la partie qui la demande ou à celle de l'Autorité dans le cas où elle est ordonnée à la demande du rapporteur. Toutefois, l'Autorité peut, dans sa décision sur le fond, faire peser la charge définitive sur la ou les parties sanctionnées dans des proportions qu'[elle] détermine* ».
853. En l'espèce, les frais de l'expertise décidée, dans les conditions exposées aux paragraphes 152 à 154 ci-dessus, par la rapporteure générale par décision du 6 décembre 2011 et acquittés par l'Autorité de la concurrence, qui se montent à la somme de 65 202 euros TTC, sont mis à la charge de TDF.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est 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.

Article 2 : Il est 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, 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.

Article 3 : Les sociétés Tyrol Acquisition 1 SARL et Tyrol Acquisition 1 et Cie SCA sont mises hors de cause.

Article 4 : Au titre des pratiques visées à l'article 1^{er}, il est infligé solidairement à TDF SAS, Tyrol Acquisition 1 SAS et Tyrol Acquisition 2 SAS, une sanction pécuniaire de 5 000 000 euros.

Article 5 : Au titre des pratiques visées à l'article 2, il est infligé solidairement à TDF SAS, Tyrol Acquisition 1 SAS et Tyrol Acquisition 2 SAS, une sanction pécuniaire de 660 000 euros.

Article 6 : Les frais de l'expertise, d'un montant de 65 202 euros, sont mis solidairement à la charge des sociétés TDF SAS, Tyrol Acquisition 1 SAS et Tyrol Acquisition 2 SAS qui devront les rembourser à l'Autorité de la concurrence.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Lauriane Lépine-Sarandi, et M. Gautier Duflos, rapporteurs, et l'intervention orale de Mme Juliette Théry-Schultz, rapporteur général adjoint, par Mme Laurence Idot, membre de l'Autorité, président de séance, Mme Reine-Claude Mader-Saussaye et M. Olivier d'Ormesson, membres.

La secrétaire de séance,
Béatrice Déry-Rosot

Le président de séance,
Laurence Idot