

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

COUR DE CASSATION  
CHAMBRE COMMERCIALE  
30 mai 2018

Mme MOUILLARD, président  
Pourvoi n° 16-24792

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

Statuant sur le pourvoi formé par

1 / la société TDF, société par actions simplifiée,  
2 / la société TDF Infrastructure Holding, société par actions  
simplifiée,  
3 / la société TDF Infrastructure, société par actions simplifiée, ayant toutes trois leur siège  
Montrouge, contre l'arrêt rendu le 15 septembre 2016 par la cour d'appel de Paris (pôle  
5, chambre 5-7), dans le litige les opposant

1 / au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié  
Paris,

2 / au ministre de l'économie de l'industrie et du numérique, dont le siège est Paris , 3 / à la  
société Outremer Telecom, société par actions simplifiée, dont le siège est Fort-de-France,

4 / à la société Tyrol acquisition 1, société à responsabilité limitée, 5 / à la société Tyrol  
acquisition 1 & cie, société civile agricole, ayant toutes deux leur siège 5 rue Eugène Ruppert  
L-2453, Luxembourg (Luxembourg), défendeurs à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

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

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 15 septembre 2016), que la société Télédiffusions de  
France (la société TDF), qui a disposé du monopole légal de la radiodiffusion et de la

télédiffusion hertzienne jusqu'à ce qu'une loi du 31 décembre 2003 le lui enlève, détenait la majorité des infrastructures nécessaires à la diffusion hertzienne terrestre des chaînes de télévision en métropole et dans les collectivités ultramarines, en mode analogique, sous forme d'un réseau de sites-pylônes, lorsqu'a été mis en oeuvre le déploiement de la télévision numérique terrestre (TNT) dans les territoires d'outre-mer ; qu'à cette occasion, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (l'ARCEP) a mis en place une régulation ex ante sur le marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, consistant, notamment, à garantir l'accès aux sites et aux systèmes antennaires de la société TDF, reconnue comme exerçant une " influence significative ", par l'intermédiaire d'offres d'hébergement et de diffusion ; que le 20 juillet 2010, la société Outremer Télécom a saisi l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) de pratiques mises en oeuvre par la société TDF dans le secteur des services de diffusion hertzienne terrestre de télévision, par voie hertzienne terrestre en mode numérique, dans les départements d'outre-mer, en lui reprochant de l'avoir empêchée de répondre à des appels d'offres lancés en 2010 par la société France Télévisions en vue de l'attribution des marchés de la diffusion de la TNT dans les territoires et collectivités d'outre-mer, en communiquant avec retard puis de façon incomplète son offre de référence Hébergement, pour ses sites-pylônes, nécessaire pour que les sociétés concurrentes puissent élaborer leurs réponses aux appels d'offres dans des conditions équitables ; que par une décision n 15-D-01 du 5 février 2015, l'Autorité a sanctionné la société TDF pour abus de position dominante, sur le double fondement des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), solidairement avec les sociétés Tyrol Acquisition 1 et Tyrol Acquisition 2, devenues respectivement TDF infrastructure holding et TDF infrastructure, prises en leur qualité de sociétés-mères ;

Sur le premier moyen :

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

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

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

de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

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

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

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

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

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

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

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

Attendu, en second lieu, que l'Autorité n'ayant pas sanctionné un refus d'accès à une infrastructure essentielle, mais ayant retenu un abus de position dominante ayant consisté à empêcher des concurrents de répondre à des appels d'offres lancés en vue de l'attribution des marchés de la diffusion de la TNT en outre-mer, en communiquant avec retard, puis de façon incomplète, son offre de référence Hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent

élaborer leurs réponses aux appels d'offres dans des conditions équitables, la cour d'appel a pu retenir un pouvoir de marché de la société TDF sur le marché de gros amont de l'accès aux infrastructures nécessaires à la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, dans un contexte de déploiement de la diffusion de la télévision numérique privilégiant le réseau historique de pylônes utilisés pour la diffusion de la télévision analogique, caractérisant une position dominante de la société TDF, résultant essentiellement de la configuration de son réseau de sites-pylônes, hérité de son ancien monopole, et des barrières économiques et réglementaires importantes observées à l'entrée de ce marché, sans être tenue d'établir le caractère non répliquable dans des conditions économiquement raisonnables de ces infrastructures ;

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

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

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

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

2 / que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et réglementaires afférentes à leur activité ou aux décisions prises pour en assurer la mise en oeuvre ; que la sanction, par l'ARCEP d'un exploitant de réseau ou un fournisseur de services qui ne se conforme pas dans les délais fixés à une décision prise en application de l'article L. 36-8 du CPCE est subordonnée à une mise en demeure préalable ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence pouvait sanctionner au titre de l'abus de position dominante la méconnaissance par TDF de son obligation réglementaire de publication d'une offre

d'hébergement sans que l'ARCEP n'ait constaté une telle violation, la cour d'appel a violé les articles L. 36-7, L. 36-10 et L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques dans leur rédaction applicable en la cause, ainsi que les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

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

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

5 / qu'en considérant que la publication tardive, le 13 avril 2010, d'une offre d'hébergement soi-disant encore incomplète, qu'elle aurait dû publier le 3 mars 2010 au plus tard constituait un abus de position dominante dans la mesure où les " les autres diffuseurs se sont retrouvés privés de la possibilité de chiffrer correctement, même de façon approximative, le recours à ces équipements et ont, par voie de conséquence, été empêchés de formuler des offres commerciales précises au stade de l'ouverture de la phase de dialogue compétitif, puis des offres définitives " après avoir admis qu'un opérateur qui veut faire une offre concurrente sur le marché aval doit disposer d'un délai minimum de trois mois entre la publication de l'offre de référence par TDF et la réponse à l'appel d'offre, et qu'en l'espèce l'appel d'offre avait été lancé le 2 février 2010, la procédure de dialogue compétitif avait été ouverte le 3 mars 2010 et les offres définitives devaient au plus tard être déposées le 28 avril 2010, délai éventuellement repoussé au 10 mai 2010, ce qui démontrait qu'à supposer même que la société TDF ait publié son offre d'hébergement en temps utile au plus tard le 3 mars 2010, les opérateurs n'auraient pas disposé d'un délai suffisant pour participer efficacement au dialogue compétitif et formuler des offres définitives dans les délais qui leur étaient impartis, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

6 / qu'en considérant que " la société Outremer Telecom a déposé une offre dont la crédibilité n'est pas sérieusement contestée, s'est impliquée dans le dialogue compétitif et a effectué de nombreuses démarches qui démontraient son intérêt pour les marchés en cause, sans que

soient établies sa prétendue " légèreté " ou impréparation ", après avoir constaté que la société Outremer Télécom n'avait jamais demandé en temps utile à la société TDF de communiquer son offre d'hébergement et ne s'était pas non plus interrogée sur les différences pouvant exister entre la métropole et les outre-mer, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt relève que la société TDF était propriétaire d'un réseau incontournable pour assurer la diffusion de la TNT dans les territoires d'outre-mer et que la pratique qui lui est reprochée a consisté à publier tardivement les conditions d'accès à ce réseau, en l'occurrence le 13 avril 2010, cependant qu'elle-même disposait de la maîtrise des données en cause, qu'elle a valorisées au mieux de ses intérêts en déposant son offre détaillée dès le 3 mars 2010, de telle sorte que ses concurrents sur le marché de la diffusion n'ont pu concourir dans des conditions équitables aux appels d'offres lancés par la société France Télévisions ; qu'il constate que la particularité de l'abus reproché à la société TDF tient à ce que les informations indispensables revêtaient la forme d'une offre de référence d'hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent répondre aux appels d'offres de la société France Télévisions, dont la publication était imposée par la réglementation sectorielle ; qu'il rappelle que, pour l'appréciation d'un tel abus, la circonstance que le marché en cause soit régulé doit être prise en considération dès lors que la réglementation relative au secteur des télécommunications définit le cadre juridique applicable à celui-ci et que, ce faisant, elle contribue à déterminer les conditions de concurrence dans lesquelles une entreprise exerce ses activités sur les marchés concernés ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne l'a déjà jugé (CJUE, 14 octobre 2010, C-280/08 aff. Deutsche Telekom) ; qu'il retient que l'Autorité pouvait se fonder sur la décision Cycle II de l'ARCEP pour apprécier le comportement de la société TDF et en déduit, à bon droit, que si l'ARCEP n'a pas engagé de procédure de sanction contre la société TDF pour manquement à ses obligations sectorielles, l'appréciation de l'autorité de régulation ne saurait lier l'Autorité de la concurrence qui applique une législation différente, ni faire obstacle à la qualification d'abus retenue ; qu'il ajoute que la procédure en cause n'a pas pour objet de sanctionner un manquement sectoriel, mais un abus autonome, au sens du droit de la concurrence ; qu'en cet état, c'est sans méconnaître les conséquences de ses constatations que la cour d'appel a retenu la compétence de l'Autorité de la concurrence ;

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

Attendu, en troisième lieu, qu'il résulte des conclusions d'appel de la société TDF qu'au soutien de sa demande d'annulation, elle se bornait à se prévaloir du fait que la pratique n'avait eu aucun effet dans la mesure où le retrait de la candidature de la société Outremer

Telecom était intervenu pour des raisons étrangères au retard de publication de l'offre de référence ; que cette société n'ayant pas soutenu qu'indépendamment de son comportement, les opérateurs n'auraient pas pu disposer d'un délai suffisant pour participer efficacement au dialogue compétitif et formuler des offres définitives dans les délais impartis, le grief de la cinquième branche est nouveau et mélangé de fait et de droit ;

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

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

Sur le troisième moyen :

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

1 / qu'en affirmant que " l'Autorité souligne à juste titre qu'elle n'a pas sanctionné la société TDF sur le fondement d'une obligation réglementaire, mais eu égard à sa responsabilité particulière d'entreprise en position dominante de communiquer à ses concurrents les informations indispensables pour leur permettre de concourir avec elle sur un marché aval ", après avoir constaté que " la particularité de l'abus reproché en l'espèce à la société TDF tient à ce que les informations indispensables revêtaient la forme d'une offre de référence d'hébergement, nécessaire pour que ses concurrents puissent répondre aux appels d'offres de la société France Télévisions, dont la publication était imposée par la réglementation sectorielle (...) que cette obligation, résultant de sa responsabilité particulière d'opérateur en position dominante (est) imposée par la régulation sectorielle ", que la société TDF était soumise à " une obligation réglementaire de publication " ou encore " qu'il est évident que la communication tardive de l'offre de référence d'hébergement, contraire aux préconisations du régulateur sectoriel, ne pouvait que pénaliser, freiner ou empêcher la société Outremer Telecom de concourir ", la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2 / que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut sanctionner les manquements qu'elle constate, de la part des exploitants de réseaux ou des fournisseurs de services de communications électroniques, aux dispositions législatives et

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

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

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

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

Attendu, en deuxième lieu, qu'après avoir rappelé que le communiqué du 16 mai 2011 publié par l'Autorité relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires prévoit non seulement la faculté d'adapter la méthode traditionnelle de calcul lorsque celle-ci aboutit à un résultat ne reflétant manifestement pas de façon appropriée l'ampleur économique de l'infraction ou le poids relatif de chaque entreprise, mais également, de manière expresse, une

méthode spécifique en ce qui concerne les pratiques mises en oeuvre à l'occasion d'appel d'offres, et relevé que l'Autorité avait exposé les raisons pour lesquelles elle s'était écartée du mode traditionnel de calcul, l'arrêt retient que l'application d'un mode de calcul différent n'était pas inédite puisqu'elle était déjà intervenue dans le secteur des ententes dans les marchés publics et que le même raisonnement peut être étendu aux pratiques abusives en matière d'appels d'offres, pour lesquelles la valeur des ventes ne constitue pas un indicateur approprié de l'ampleur économique en cause ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que le mode de détermination de la sanction infligée à la société TDF était raisonnablement prévisible, c'est sans méconnaître les textes invoqués par la troisième branche que la cour d'appel a retenu que l'Autorité avait justifié l'application d'une méthode de calcul différente du point 23 du communiqué du 16 mai 2011, s'inspirant exactement de l'exception prévue au Titre V de celui-ci ;

Et attendu, en troisième lieu, qu'après avoir rappelé que la décision Cycle II de l'ARCEP énonce qu'il est nécessaire, pour l'équilibre économique des nouveaux entrants, que ceux-ci disposent d'une bonne visibilité sur les conditions techniques et tarifaires proposées par la société TDF lors de l'élaboration de leurs plans d'affaires et de leur stratégie technique et commerciale, l'arrêt retient qu'au regard de cet objectif, clairement affiché, la société TDF était consciente de la responsabilité qui pesait sur elle en tant qu'entreprise dominante sur le marché de gros ; qu'il relève que celle-ci a choisi de publier une offre de référence pour l'outre-mer, distincte de celle qu'elle avait publiée pour la métropole, et ajoute que le Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'ARCEP considèrent tous deux que l'offre de référence, pour l'outre-mer, en matière d'hébergement, aurait pu être publiée dans des délais plus brefs ; qu'il retient que la preuve de l'impossibilité dans laquelle se trouvait la société TDF de communiquer son offre avant la fin de la procédure de dialogue compétitif n'est pas rapportée et constate que celle-ci a remis, dès le 3 mars 2010, une offre très avancée qui démontre qu'elle aurait pu, à ce moment, remettre les éléments ayant servi à l'élaboration de son offre à ses concurrents, ce comportement étant à l'origine d'une asymétrie d'informations entre ses concurrents et elle-même ; qu'il ajoute encore que la communication tardive de l'offre de référence d'hébergement, contraire aux préconisations du régulateur sectoriel, ne pouvait que pénaliser, freiner ou empêcher la société Outremer Telecom de concourir et retient que cette situation s'est traduite par des conditions d'accès dégradées aux infrastructures, tandis que la société TDF disposait de son côté de la maîtrise complète des coûts et des données en cause, qu'elle pouvait valoriser au mieux de ses intérêts, ce qu'elle a fait en déposant une offre détaillée dès le 3 mars 2010 ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que le comportement anticoncurrentiel de la société TDF avait été adopté de sa propre initiative, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la société TDF n'établissait pas les circonstances atténuantes qu'elle invoquait, tirées du fait que le comportement reproché aurait été encouragé ou validé par les pouvoirs publics et serait la conséquence d'une impréparation du passage à la TNT en outre-mer par ces derniers ;

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

Sur le quatrième moyen :

Attendu que les mêmes sociétés font grief à l'arrêt de rejeter la demande de mise hors de cause des sociétés TDF Infrastructure holding et TDF infrastructure, alors, selon le moyen, que si la détention de la totalité du capital d'une filiale par une société mère laisse présumer que cette dernière exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale, cette présomption d'imputabilité à une société mère du comportement d'une filiale n'est

pas irréfragable et ne dispense pas le juge de motiver spécialement sa décision, lorsqu'il apparaît la société mère n'est qu'un holding purement financier ou encore un holding non opérationnel ; qu'en se bornant à affirmer, pour imputer aux sociétés holdings Tyrol Acquisition SAS devenue la société TDF INFRASTRUCTURES SAS le comportement de la société TDF, qu'elles n'avancent aucun élément de nature à renverser la présomption réfragable relative à l'absence d'autonomie de leur filiale, qui pèse sur elles, leur seule qualité de holding Financière ne démontrant pas en soi l'autonomie de leur filiale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

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

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

**PAR CES MOTIFS**

**REJETTE** le pourvoi ;

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

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

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

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