

Grosses délivrées  
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE PARIS**

**1ère Chambre - Section H**

**ARRÊT DU 12 SEPTEMBRE 2006**

(n° **26**, 8 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2006/07121**

Décision déferée à la Cour : n° **06-0350** rendue le **21 mars 2006** par l'**AUTORITÉ DE RÉGULATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET DES POSTES**

**DEMANDEUR AU RECOURS :**

**- La société TDF S.A.**

Agissant poursuites et diligences de son représentant légal  
dont le siège social est : 10, rue d'Oradour sur Glane 75732 PARIS

représentée par la SCP FISSELIER-CHILOUX-BOULAY, avoués associés près la Cour  
d'Appel de PARIS  
assistée de Maître Martine GEORGES-NAIM, avocat au barreau de PARIS  
SCP BERSAY & ASSOCIES  
31, avenue Hoche  
75008 PARIS

**DÉFENDEUR AU RECOURS :**

**- la société ANTALIS-TV, S.A.**

Prise en la personne de son représentant légal  
dont le siège social est : 5-7, rue de la Gare 92130 ISSY LES MOULINEAUX

assistée de Maître Frédérique DUPUIS-TOUBOL, avocat au barreau de PARIS  
cabinet BIRD & BIRD,  
Centre Edouard VII  
3, square Edouard VII  
75009 PARIS

**EN PRÉSENCE DE :**

**- l'AUTORITÉ DE RÉGULATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES  
ET DES POSTES**

7, Square Max Hymans  
75730 PARIS CEDEX 15

assistée de Maître Virginie DELANNOY, avocate au barreau de PARIS  
cabinet KLEIN GODDARD ASSOCIES  
toque K 110  
44, avenue des Champs Elysées 75008 PARIS

17

**COMPOSITION DE LA COUR :**

L'affaire a été débattue le 04 juillet 2006, en audience publique, devant la Cour composée de :

- Mme Alice PEZARD, Présidente
- M. Christian REMENIERAS, Conseiller
- Mme Agnès MOUILLARD, Conseillère

qui en ont délibéré

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

**MINISTÈRE PUBLIC :**

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. Hugues WOIRHAYE, qui a fait connaître son avis.

**ARRÊT :**

- contradictoire
- prononcé publiquement par Mme Alice PEZARD, Présidente
- signé par Mme Alice PEZARD, présidente et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier présent lors du prononcé.

\* \* \* \*

A la suite de l'introduction de la télévision numérique terrestre (ci après TNT) qui emprunte les réseaux hertziens existants, le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel a organisé son déploiement en cinq phases, en précisant, pour chacune d'elles, les zones géographiques couvertes. Ces zones correspondent aux sites de diffusion hertzienne de la société Télédiffusion de France, ci après TDF, opérateur de diffusion, qui détenait jusqu'au 31 décembre 2003 le monopole de la diffusion et de la transmission des programmes des chaînes du service public. Le lancement de la première phase, qui permet la couverture de 35 % de la population métropolitaine à partir de 17 zones de diffusion, a eu lieu le 1<sup>er</sup> mars 2005 pour les chaînes gratuites et le 1<sup>er</sup> septembre 2005 pour les chaînes payantes. La deuxième phase de déploiement, qui comprend 15 zones et permet d'atteindre une couverture de 50 % de la population, a débuté le 1<sup>er</sup> septembre 2005 et le 1<sup>er</sup> mars 2006. L'ouverture de la troisième phase a été programmée pour le 15 juin 2006 sur 19 sites et celle de la quatrième phase pour le 15 octobre 2006 sur 24 sites, ce qui permettra alors de couvrir les deux tiers de la population.

En application de l'article 30-1 de la loi N°86- 1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, les chaînes de diffusion télévisuelle, titulaires des droits d'usage de la ressource radioélectrique, sont tenues de susciter pour la diffusion de la TNT la création d'un "opérateur de multiplexe" auquel le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel accorde l'autorisation d'exploitation de cette ressource. Pour chaque site accueillant les infrastructures de diffusion, cet opérateur doit s'assurer, par le biais d'un appel d'offres, les services d'un "diffuseur technique" d'images, de sons et de données. Ces diffuseurs, dont ANTALIS TV, sont conduits, dans la plupart des cas, pour des raisons techniques et financières, à utiliser les infrastructures déjà existantes de TDF.

C'est dans ces conditions que, sur la base d'une "offre cadre" de gros intitulée "DigiSiTV", ANTALIS TV a conclu en 2004 avec TDF des contrats particuliers déterminant les conditions commerciales et tarifaires applicables aux sites relevant des phases 1 et 2 du déploiement de la TNT.

L'offre "DigiSiTV" comprenait :

- une prestation de base d'hébergement comportant notamment la voie d'accès au terrain de TDF, la mise à disposition d'un local dédié dans un bâtiment avec accès sécurisé, l'accès au site et au bâtiment ainsi que l'utilisation d'un emplacement sur le pylône ou la tour hertzienne,
- une prestation optionnelle d'accès au système antenne de TDF.

A partir de 2005, en raison du déploiement des phases 3 et suivantes de la TNT, les relations des parties ont été fixées dans le cadre de deux offres distinctes:

- une offre "Hébergement TNT" comprenant la mise à disposition de locaux et d'équipements ainsi que l'entretien et la maintenance des infrastructures utilisées,
- une offre d'accès au système antenne "Diff HF TNT" comprenant la prise en charge et la diffusion du signal HF ainsi que plusieurs prestations connexes, dont l'exploitation et l'entretien des moyens techniques contribuant à la fourniture du service.

L'offre "DigiSiTV" et les autres conventions comportaient une clause de révision annuelle des tarifs d'accès combinant l'indice du coût de la main d'oeuvre des industries mécaniques et électriques, l'indice du coût des produits et services divers, catégorie C, dit PSDC, applicable à l'électronique et, enfin, l'indice du coût de la construction. A la suite de la suppression en juillet 2004 de l'indice PSDC, TDF a notifié 31 mai 2005 à sa partenaire le remplacement du panel initial d'indices par une nouvelle formule pondérée fondée sur les indices suivants: 72 % de l'indice énergie, biens intermédiaires et biens d'équipement; 20 % de l'indice services de transport, communication et hôtellerie, cafés, restauration et 8% de l'indice du coût de la construction.

ANTALIS TV qui avait contesté à plusieurs reprises le niveau des tarifs fixés en vertu des contrats des phases 1 et 2 et qui avait demandé sans succès à TDF de supprimer ou de modifier la clause de révision, a alors saisi l'ARCEP, ci après l'Autorité, d'une demande de règlement d'un différend enregistrée le 23 septembre 2005 afin, notamment:

- d'enjoindre à TDF de réduire ses prix pour l'accès à 33 sites sur les 51 premiers sites de diffusion de la TNT (phases 1 à 3 de déploiement) à des niveaux qu'elle définit,
- d'ordonner à TDF de supprimer la clause de révision annuelle des prix insérée dans les contrats passés entre TDF et ANTALIS TV alors qu'elle même doit s'engager sur des prix fermes auprès de ses clients opérateurs de multiplexe.

Concernant les tarifs d'accès aux sites de TDF, après avoir constaté que le changement de mode de tarification avait été l'occasion pour cette entreprise d'une augmentation de marge qui n'était pas techniquement justifiée, l'ARCEP a estimé qu'il était nécessaire que TDF diminue ses tarifs de gros applicables aux sites de la phase 3, afin de réaliser une marge équivalente à celle qui a été dégagée pendant les deux premières phases de déploiement de la TNT.

S'agissant de la clause de révision annuelle des prix, l'Autorité a relevé, d'une part, que le caractère imprévisible de la formule de révision des prix ainsi que l'augmentation consécutive aux changements d'indice retenus apparaissent de nature à empêcher un fonctionnement normal du marché intermédiaire et, d'autre part, que cette formule était contradictoire avec les déclarations et évaluations de TDF sur le progrès technique applicable aux éléments de son réseau de diffusion TNT.

C'est ainsi que, par décision n° 06-0350 du 21 mars 2006, l'ARCEP a décidé:

*"Article 1<sup>er</sup> : La société TDF devra modifier ou supprimer les clauses de révision des prix actuellement en vigueur dans les contrats conclus au titre des conventions "DigiSiTV", "Hébergement TNT" et "Diff HF TNT" afin que la hausse annuelle des tarifs de gros ne dépasse pas l'augmentation annuelle de l'IPC ( l'indice des prix à la consommation),*

*Article 2 : L'augmentation des tarifs de gros imposée par la société TDF au 1<sup>er</sup> janvier 2006 est annulée. TDF dispose d'un mois pour faire connaître à ANTALIS TV les nouvelles conditions de révision des tarifs pour l'année 2006. Ces conditions devront être compatibles avec les principes exposés à l'article 1<sup>er</sup>. Les sommes trop perçues au titre de l'ancienne formule de révision des prix seront reversées à ANTALIS TV.*

*Article 3 [...] Pour mémoire*

*Article 4 [...] Pour mémoire.*

*Article 5 : La société TDF devra baisser les tarifs de ses offres "Hébergement TNT" et "Diff HF TNT" s'appliquant aux sites de la troisième phase de déploiement de la TNT et visés par la saisine d'ANTALIS TV. Cette baisse doit lui permettre de réaliser sur ces sites une marge au plus équivalente à celle dégagée pour les deux premières phases de déploiement [...]"*

## LA COUR

Vu le recours formé par TDF le 24 avril 2006;

Vu le mémoire déposé le 23 mai 2006 par cette société à l'appui de son recours, soutenu par son mémoire en réponse déposé le 29 juin 2006, par lequel elle demande à la cour:

- en ce qui concerne les articles 1 et 2 de la décision, à titre principal, de dire que la clause de révision est équitable, qu'il n'y a pas lieu d'en plafonner les effets et de réformer la décision en décidant:

- qu'il n'y a pas lieu de modifier ni de supprimer les clauses de révision des prix actuellement en vigueur dans les contrats conclus au titre de conventions "DigiSiTV", "Hébergement TNT" et "Diff HF TNT",

- qu'il n'y a pas lieu d'annuler l'augmentation des tarifs de gros de TDF au 1<sup>er</sup> janvier 2006 ni donc de reverser à ANTALIS TV les sommes perçues par TDF au titre de la formule de révision des prix,

- à titre subsidiaire, de dire que:

*"La société TDF devra compléter les clauses de révision des prix dans les contrats conclus au titre des conventions "DigiSiTV", "Hébergement TNT" et "Diff HF TNT" par une disposition prévoyant que, chaque année, l'application cumulée des indices contractuels sur la durée déjà écoulée du contrat ne conduit pas à une hausse des tarifs supérieure à celle résultant de l'application cumulée de l'IPC sur la même période",*

- en ce qui concerne l'article 5 de la décision, de modifier comme suit la première phrase:

*"La société TDF devra baisser les tarifs de ses offres "Hébergement TNT" et "Diff HF TNT" s'appliquant aux sites de la troisième phase de déploiement de la TNT visés par la saisine d'ANTALIS TV et utilisés par cette société."*

Vu les observations, déposées le 13 juin 2006, par lesquelles la société ANTALIS TV prie la cour de rejeter le recours et de condamner TDF à lui payer la somme de 10 000 € en application de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile;

Vu les observations écrites de l'ARCEP, déposées le 19 juin 2006, tendant au rejet du recours;

Vu les observations écrites du ministère public, mises à la disposition des parties à l'audience;

Où à l'audience publique du 4 juillet 2006, en leurs observations orales, les conseils des parties, chacun ayant été mis en mesure de répliquer;

### **SUR CE,**

#### **En ce qui concerne la clause de révision des tarifs et l'augmentation des tarifs**

Considérant que TDF prétend, en premier lieu, que l'Autorité s'est fondée sur un motif erroné en estimant que la formule contractuelle de révision des prix avait un caractère imprévisible alors que cette formule, établie sur des indices non manipulables, présente nécessairement le même degré de prévisibilité pour les deux parties et que l'augmentation des prix intervenue en 2006 ne résulte pas d'une quelconque modification de sa part; qu'elle ajoute que les hausses intervenues sur les prix de gros ont bien été prévues par ANTALIS TV qui avait anticipé un taux annuel d'augmentation de ses prix d'au moins 3 % en moyenne;

Considérant que, concernant le principe même de la révision annuelle des prix des offres de gros de TDF, l'ARCEP a exactement rappelé que l'insertion d'une clause de révision des prix qui, en soi, n'est ni inéquitable ni discriminatoire, est cependant susceptible de le devenir lorsque l'augmentation tarifaire à laquelle elle conduit n'était pas prévisible ;

Or considérant qu'au cas d'espèce, l'Autorité a constaté qu'étaient intervenues en 2006 des hausses de 3,4230 % pour DigiSiTV, de 3,4783 % pour Hébergement TNT et de 3,6057 % pour l'offre Diff HT-TNT qui résultaient exclusivement de la modification des indices utilisés par TDF ;

Que TDF n'a pas contesté que cette modification, qui ne résulte pas d'une négociation intervenue entre les parties conformément aux clauses de leurs accords, a été notifiée unilatéralement à sa partenaire par courrier du 31 mai 2005;

Qu'à ce sujet, ANTALIS TV est de surcroît fondée à faire valoir à la requérante, qui prétend que la DGCCRF aurait préconisé le remplacement de l'indice PSD par un indice combinant les trois indices imposés, que le communiqué de cette administration qu'elle lui oppose laisse au contraire le choix aux cocontractants de déterminer les formules d'indexation adaptées à leur besoin en procédant, pour cela, soit à une approche "globale" soit à une approche "sur mesure" leur permettant de "choisir par eux mêmes les indicateurs de prix de matières, produits et services caractéristiques des coûts de la prestation";

Considérant, dès lors, que c'est par des appréciations pertinentes, que la cour fait siennes, que l'ARCEP a retenu que ANTALIS TV, privée de possibilité d'anticipation, ne pouvait pas prévoir les hausses substantielles critiquées, susceptibles par ailleurs d'aboutir à des pratiques de tarifs intermédiaires d'éviction et susceptibles également de conduire à une vente à perte;

D'où il suit que ce moyen n'est pas fondé;

Considérant que TDF soutient, en deuxième lieu, que contrairement à ce qu'a relevé l'Autorité par un autre motif erroné, les parties n'ont pas admis une stabilité dans la fonction de coûts de ses prestations et que l'ARCEP s'est fondée sur une corrélation, inexistante, entre l'évolution des coûts de ses moyens de production et l'évolution de l'indice des prix à la consommation pour plafonner l'évolution des prix en fonction de cet indice;

Mais considérant que les réponses qui ont été apportées par TDF au questionnaire de l'ARCEP confirment que la requérante a bien reconnu qu'il n'y a pas eu en l'espèce de progrès technique ayant eu un impact significatif sur les coûts des équipements considérés de son réseau ou sur le coût des prestations ;

Que l'Autorité a exactement analysé ces réponses en relevant, en effet, que les parties s'accordent à considérer que le progrès technique réel est nul pour l'ensemble des éléments du réseau de diffusion et en observant que, la majeure partie des coûts d'exploitation étant considérée comme proportionnelle aux coûts d'investissement, il en résultait que l'évolution des coûts de diffusion numérique, en monnaie réelle, était nulle;

Que ce moyen s'avère dès lors inopérant;

Considérant que TDF fait valoir, en troisième lieu, que la décision attaquée, qui porte une atteinte non justifiée, non raisonnable et disproportionnée à la liberté contractuelle, fixe des conditions inéquitables et injustifiées, d'une part en ce qu'elle a retenu l'indice IPC, sans rapport avec l'évolution de ses coûts et sans pertinence pour les prestations en cause et, d'autre part, en ce que, quelles que soient les hypothèses d'évolution respective des indices retenues, la solution imposée par l'Autorité aboutit à des résultats qui lui sont systématiquement défavorables;

Mais considérant que l'Autorité, qui ne procède pas au choix d'une formule d'indexation particulière sur la base de tel ou tel indice, se borne seulement à imposer à la requérante un plafonnement pour la révision de ses prix de gros, afin que celle-ci ne dépasse pas l'augmentation annuelle de l'indice des prix à la consommation;

Qu'au surplus, la mission régulatrice confiée par la loi à l'ARCEP lui donne notamment le pouvoir d'imposer aux opérateurs relevant de son autorité des prescriptions et des injonctions ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions et de restreindre ainsi, pour des motifs d'ordre public économique, le principe de la liberté contractuelle dont ils bénéficient;

Que ce moyen sera également rejeté;

Considérant que la requérante prétend, en dernier lieu, que la décision déférée à la cour est entachée d'une erreur de droit, en ce que, prise en violation des dispositions de l'article L 36- 8 du Code des postes et des communications, elle ne justifie pas la dérogation au principe de non rétroactivité des décisions administratives qui a été apportée en l'espèce;

Mais considérant que, investie par la loi du pouvoir de régler les différends opposant les opérateurs de communications électroniques, qualité non contestée en l'espèce de TDF et de ANTALIS TV, sur les conditions financières des prestations d'interconnexion pour lesquelles ils ont conclu des conventions, l'Autorité a fait une exacte application de ses prérogatives en fixant, pour l'ensemble de la période litigieuse, qui démarrerait avant la date de sa saisine, les méthodes permettant de déterminer les tarifs des prestations en cause et en ordonnant le reversement des sommes trop perçues;

Qu'il s'ensuit que ce moyen n'est pas non plus fondé;

Considérant, enfin, que TDF demande à la cour, à titre subsidiaire, de compléter les clauses de révision des prix par une disposition prévoyant que, chaque année, l'application cumulée des indices contractuels sur la durée déjà écoulée du contrat ne peut conduire à une hausse des tarifs supérieure à celle résultant de l'application cumulée de l'indice des prix à la consommation sur la même période; qu'elle soutient, en effet, en se fondant sur un graphique illustrant sa thèse, que "la méthode de comparaison annuelle, qui conduit à retenir annuellement l'IPC lorsqu'il est supérieur à l'indice panélisé contractuel et à l'écartier lorsqu'il augmente plus que l'indice panélisé contractuel, ne reflète en rien la réalité de l'évolution des coûts et est gravement inéquitable en ce sens qu'elle peut conduire à plafonner les évolutions de prix d'accès pratiqués par TDF bien en dessous de l'évolution de l'IPC"; qu'elle soutient également que compte tenu du caractère pluriannuel des contrats, un éventuel plafonnement doit s'apprécier au vu de l'évolution cumulée des indices, depuis le début du contrat et non pas annuellement, seule modalité d'application permettant d'approcher au mieux l'évolution tendancielle de l'IPC durant les années d'exécution;

Mais considérant que l'Autorité s'est contentée de fixer un plafond à la hausse annuelle des tarifs de gros, qui ne doit pas dépasser l'augmentation annuelle de l'IPC, sans faire référence à la méthode de comparaison annuelle entre les indices avancée par la requérante;

Qu'au surplus, comme le rappelle l'Autorité dans ses observations écrites, la décision ne prive pas TDF de la liberté de pratiquer des évolutions tarifaires inférieures à celles de l'IPC;

Que dès lors, la demande de TDF, qui repose sur une interprétation erronée de la décision déférée, doit être rejetée;

**En ce qui concerne la baisse des tarifs des offres Hébergement TNT et Diff HT-TNT sur les sites de la troisième phase de déploiement de la TNT**

Considérant que TDF soutient que la candidature d'ANTALIS TV n'ayant été retenue que sur certains des sites visés par l'Autorité, la décision de cette dernière serait également entachée d'une erreur de droit en ce que elle lui imposerait l'obligation de baisser le prix des prestations fournies à des tiers;

Mais considérant que la saisine d'ANTALIS TV visant toute une série de sites de la phase 3 de déploiement de la TNT, pour lesquels elle avait alors présenté sa candidature, l'ARCEP était tenue de fixer un tarif pour l'ensemble de ces sites, peu important que certains d'entre eux ne lui aient finalement pas été attribués au terme de la procédure d'appel d'offres ;

Que la décision critiquée étant seulement dépourvue d'effet sur ce point et son caractère superfétatoire ne faisant nullement grief à TDF, le moyen s'avère dès lors inopérant;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'Autorité n'a commis ni d'erreur d'appréciation ni d'erreur de droit dans sa mission de règlement du différend opposant TDF à ANTALIS TV;

Que le recours doit, en conséquence, être rejeté;

### PAR CES MOTIFS

Rejette le recours,

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile,

Déboute la société ANTALIS TV de sa demande au titre de ses frais irrépétibles,

Condamne la société TDF aux dépens.

LE GREFFIER,

LA PRÉSIDENTE,

