

Décision n° 2023 - 2867-RDPI
de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes
et de la distribution de la presse
en date du 19 décembre 2023
se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant, d'une part,
la société towerCast et, d'autre part, la société TDF

AVERTISSEMENT

Le présent document est un document non confidentiel.
Les données et informations protégées par la loi sont présentées
de la manière suivante : [SDA].

L'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (ci-après « l'Arcep » ou « l'Autorité »),

Vu la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen ;

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »), notamment ses articles L. 32, L. 32-1, L. 34-8, L. 36-7, L. 36-8, L. 37-1, L. 38, R. 11-1 et D. 301 et suivants ;

Vu la décision n° 2019-1685 de l'Autorité en date du 10 décembre 2019 modifiée portant adoption du règlement intérieur ;

Vu la décision n° 2022-0931 de l'Autorité en date du 10 mai 2022 portant sur la définition du marché pertinent de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les engagements pris par cet opérateur ;

Vu la demande de règlement de différend, enregistrée à l'Autorité le 25 juillet 2023, présentée par la société towerCast (ci-après « towerCast »), société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège social est situé 46 avenue Théophile Gautier 75016, et immatriculée au registre du Commerce et des Sociétés de Paris sous le numéro 338 628 134 ;

La société towerCast demande à l'Autorité de :

- « constater que la demande d'accès de towerCast est raisonnable et que le refus opposé à towerCast n'est pas justifié ;
- constater que le Partenariat signé entre towerCast et Valocime ne vaut pas réplique par towerCast des sites répliqués par Valocime ;
- constater que le refus d'accès opposé à towerCast par TDF est contraire à la décision n° 2022 - 0931 ;
- ordonner à TDF de communiquer à towerCast l'[offre de référence technique et tarifaire, ci-après l'« ODR »] à jour des sites de Mutzig 1 et Reillanne, ainsi que les ODR de tous les sites n'ayant pas fait l'objet d'une réplique par towerCast lorsque celle-ci en fait la demande dans le cadre d'appels d'offres à venir ».

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes,

towerCast soutient que l'Autorité est compétente en application de l'article L. 36-8 du CPCE pour trancher le différend qui l'oppose à la société TDF (ci-après « TDF »), dans la mesure où le refus de communiquer les offres de référence technique et tarifaire (ci-après les « ODR ») constitue un refus d'accès au sens de l'article L. 36-8, I du CPCE.

towerCast estime que ses demandes sont recevables en raison du refus d'accès opposé par TDF à la demande de communication d'une ODR pour les « sites de Mutzig 1 et Reillanne » dans le cadre de l'appel d'offres lancé par la société MHD7 le 5 avril 2023.

Sur le fond, towerCast soutient en synthèse que le refus opposé par TDF est contraire à la décision n° 2022-0931 de l'Autorité en date du 10 mai 2022 susvisée (ci-après la « décision n° 2022-0931 ») en ce qu'il s'oppose à une demande raisonnable d'accès et aux engagements souscrits par TDF rendus contraignants par la décision n° 2022-0931.

En premier lieu, towerCast soutient que ses demandes de communication de l'ODR ne font peser aucune contrainte économique et technique disproportionnée sur TDF dans la mesure où celui-ci est tenu de préparer ses ODR pour les transmettre à l'Autorité.

En deuxième lieu, towerCast indique que, contrairement à ce qu'indique TDF pour motiver son refus, le partenariat conclu entre towerCast et Valocôme « *ne peut avoir pour effet de limiter les engagements de TDF vis-à-vis de l'Arcep* ».

En troisième lieu, towerCast relève que le fait qu'il n'ait pas sollicité d'offre d'accès sur « les sites de Mutzig 1 et Reillanne » lors du premier tour de l'appel d'offres de MHD7 ne peut pas non plus justifier le refus de TDF.

Par ailleurs, towerCast soutient que TDF a contrevenu au principe de négociation de bonne foi, dans la mesure où il aurait intentionnellement retardé les négociations avec towerCast alors que les motivations avancées pour son refus de communication ne sont pas recevables.

Enfin, towerCast estime également que le refus opposé par TDF va à l'encontre d'une concurrence effective et loyale dans la mesure où il a pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence dans le cadre de l'appel d'offres lancé par la société MHD7 en privant towerCast du choix de la meilleure offre d'accès. towerCast ajoute que, selon lui, TDF souhaite créer un précédent et reproduire cette situation dans les appels d'offres à venir.

Vu les courriers du 25 juillet 2023 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis à la société TDF la demande de règlement de différend de la société towerCast ;

Vu les courriers du 27 juillet 2023 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a transmis aux parties le calendrier prévisionnel de dépôt des mémoires et désigné les rapporteurs ;

Vu la demande de mesure d'instruction à l'attention de l'Autorité, enregistrée à l'Autorité le 4 août 2023, présentée par la société TDF, société par actions simplifiée, dont le siège social est situé 155bis avenue Pierre Brossolette, 92120 Montrouge, et immatriculée au Registre du Commerce et des Sociétés de Nanterre sous le numéro 342 404 399 ;

TDF soutient que dans la mesure où towerCast demande à l'Autorité de constater que l'accord de partenariat « *ne vaut pas réplique par towerCast des sites répliqués par Valocôme* », il apparaît indispensable d'avoir une connaissance exacte des obligations réciproques de towerCast et Valocôme dans le cas particulier où le site de Valocôme réplique un site existant de TDF.

Ainsi, TDF demande à l'Autorité de solliciter auprès de towerCast la communication du partenariat industriel conclu entre towerCast et Valocôme, sur le fondement de l'article 12, II., du Règlement intérieur de l'Autorité.

Vu la réponse de la société towerCast à la demande de mesure d’instruction de la société TDF enregistrée à l’Autorité le 23 août 2023 ;

towerCast soutient qu’une connaissance des obligations réciproques de towerCast et Valocôme au titre du partenariat que ces derniers ont conclu n’aura aucune conséquence sur la manière d’appliquer l’engagement 2.3 au titre duquel TDF est tenue de communiquer les ODR des sites répliqués sur demande d’un diffuseur alternatif n’ayant pas répliqué les sites.

Ainsi, towerCast demande à ce qu’il plaise à l’Autorité de rejeter la demande de TDF de communication du partenariat conclu entre towerCast et Valocôme.

Vu les observations en défense, enregistrées à l’Autorité le 18 septembre 2023, présentées par la société TDF ;

Sur la compétence de l’Autorité et la recevabilité des demandes,

En premier lieu, TDF soutient qu’il n’y a pas lieu de statuer sur les demandes de towerCast tendant à ce que TDF lui communique l’ODR à jour des « *sites de Mutzig 1 et de Reillanne* » dans la mesure où ces demandes seraient sans objet.

S’agissant du « *site de Reillanne* », TDF indique qu’il a déjà publié l’ODR correspondante depuis le 1^{er} juin 2023 et qu’en conséquence, la demande de towerCast tendant à la communication de l’ODR à jour de ce site serait manifestement sans objet. Il ajoute que cette demande est, en outre, privée d’objet au motif que l’ordonnance du juge des référés de Digne-les Bains du 24 août 2023 impose à TDF de procéder au démantèlement du site de Reillanne dans un délai de deux mois à compter de sa signification.

S’agissant du « *site de Mutzig 1* », TDF indique qu’il a perdu l’accès au terrain sur lequel était situé son site historique « *Mutzig 1* » à la suite de l’expiration de son contrat de bail avec la commune de Heiligenberg le 21 mai 2022. Il précise que le nouveau site temporaire de TDF est installé sur un terrain différent et porte le nom de « *Mutzig (Heiligenberg 2)* ». Il en déduit que la demande de towerCast tendant à la communication de l’ODR du « *site Mutzig 1* » serait manifestement sans objet. Il ajoute qu’en tout état de cause, l’attribution de la diffusion du multiplex R7 depuis le site de « *Mutzig* » à towerCast priverait également d’intérêt cette demande de towerCast.

En deuxième lieu, s’agissant des trois premières demandes de towerCast, TDF considère que ces demandes sont des demandes de « *constat* » manifestement irrecevables dans le cadre de la procédure de règlement de différend au regard de la pratique décisionnelle constante de l’Autorité.

En troisième lieu, TDF considère que les demandes de towerCast visant à ce que l’Autorité constate que le partenariat signé entre towerCast et Valocôme ne vaut pas réplique par towerCast des sites répliqués par Valocôme et ordonne à TDF de communiquer à towerCast l’ODR de tous les sites n’ayant pas fait l’objet d’une réplique, lorsque towerCast en fait la demande, ne coïncident pas avec l’objet des négociations, qui ont porté uniquement sur la communication de l’ODR des « *sites de Mutzig 1 et de Reillanne* », et devront en conséquence être considérées comme irrecevables.

Sur le fond,

A titre liminaire, TDF rappelle que la question de l’interprétation de l’accord de partenariat est centrale, et réitère sa demande tendant à ce qu’il plaise à l’Arcep de bien vouloir solliciter auprès de towerCast la communication du partenariat conclu avec Valocôme.

En premier lieu, TDF rappelle que selon lui, l’engagement 2.3 de la décision n° 2022-0931 lui impose de communiquer l’ODR d’un site répliqué à un diffuseur alternatif autre que celui qui a répliqué le site, afin notamment de permettre à cet opérateur de bénéficier d’une visibilité suffisante sur ses coûts sur le marché de gros amont pour pouvoir répondre aux appels d’offres des multiplex sur le marché de gros aval. A cet égard, TDF considère qu’il a pu légitimement déduire des termes du communiqué de presse conjoint de towerCast et Valocôme du 31 mai 2022 relatif à l’accord de partenariat conclu entre

eux que towerCast bénéficie de la mise à disposition d'infrastructures par Valocôme dans les communes de Heiligenberg et de Reillanne et que les sites de TDF situés dans ces deux communes devaient être regardés comme répliqués par towerCast.

TDF estime que towerCast assimilerait la notion de « réplication » à la qualité de propriétaire du site. TDF conteste cette interprétation et considère que la notion de « réplication » serait essentiellement économique et renverrait au fait de « disposer » d'un site pour pouvoir intervenir sur le marché de gros aval. TDF ajoute que la réplication est nécessairement le fait d'un diffuseur et qu'en l'espèce, seul towerCast et non Valocôme a la qualité de diffuseur. TDF poursuit en soulignant que c'est l'offre de towerCast, s'appuyant sur le site construit par Valocôme, qui a été retenue par MHD7 pour assurer la diffusion des émissions de MHD7 dans la zone de Mutzig, et que towerCast ne saurait donc sérieusement prétendre qu'il ne disposera pas de ce site. TDF rappelle également que, parmi les sites figurant dans son ODR, plusieurs pylônes sont la propriété d'un tiers et qu'ainsi, une telle interprétation serait de nature à entraîner le retrait de l'ODR de TDF de plusieurs sites qui y figurent actuellement.

Enfin, TDF indique que si towerCast conservait le droit de se voir communiquer l'ODR de TDF, au seul motif qu'elle n'est pas juridiquement propriétaire des sites mis à disposition par Valocôme, la mise à disposition d'un site par Valocôme présenterait un avantage pour towerCast par rapport à la construction d'un nouveau site, permettant à towerCast de conserver l'accès aux données tarifaires de TDF, et donc d'anticiper l'offre qui pourra être faite par TDF en réponse aux appels d'offres sur le marché de gros aval dans les zones où towerCast sera en concurrence avec TDF.

En second lieu, TDF considère que la demande d'accès formulée par towerCast n'est pas une demande raisonnable d'accès au sens de l'engagement 2.1 de la décision n° 2022-0931. Selon TDF, le caractère raisonnable d'une demande d'accès doit être apprécié au regard des intérêts en présence, à savoir, d'une part, les contraintes techniques et économiques qui en résultent pour TDF, et, d'autre part, le bénéfice attendu pour la résolution d'un problème concurrentiel ou pour le fonctionnement du marché. Or, en l'espèce, TDF estime que, d'une part, la communication des ODR litigieuses à towerCast aurait des conséquences économiques et concurrentielles graves pour TDF et, plus largement, pour le fonctionnement du marché de gros aval de la diffusion hertzienne terrestre dans la mesure où elle donnerait à towerCast des informations stratégiques lui permettant de déterminer le montant de l'offre de TDF dans le cadre d'appels d'offres sur le marché aval, ce qui priverait également les multiplex du bénéfice de la mise en concurrence dans le cadre d'appels d'offres relatifs à ces sites. D'autre part, TDF soutient en synthèse qu'une telle communication ne contribuerait à la résolution d'aucun problème concurrentiel et n'apporterait aucun bénéfice pour le fonctionnement du marché. A cet égard, TDF fait notamment valoir que l'offre de towerCast a été retenue s'agissant du « *site de Mutzig* » et que towerCast a ainsi pu présenter une offre plus compétitive que celle de TDF. TDF ajoute que la demande de towerCast n'est pas justifiée par le caractère indispensable pour lui de l'infrastructure de TDF dès lors qu'il dispose d'ores et déjà d'un site alternatif mis à disposition par Valocôme.

Vu les observations en réplique, enregistrées à l'Autorité le 6 octobre 2023, présentées par la société towerCast, par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

A titre liminaire, towerCast soutient que le refus d'accès opposé par TDF contrevient aux objectifs de la régulation *ex ante* et constitue un manquement aux engagements de TDF rendus opposables par la décision n° 2022-0931. De plus, towerCast fait valoir en substance que la demande de transmission de l'ODR n'était pas déraisonnable, dès lors qu'elle a été formulée sept jours ouvrés après le lancement de l'appel d'offres de la société MHD7.

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, en réponse aux moyens développés par TDF, towerCast complète son argumentation avec les éléments ci-dessous.

Tout d'abord, towerCast considère que ses demandes ne sont pas dépourvues d'objet comme le soutient TDF dans la mesure où, en ne communiquant pas les ODR à jour des sites lui permettant de

répondre à l'appel d'offres lancé par la société MHD7, TDF a manqué à ses obligations au titre des engagements 2.1 et 2.3 de la décision n° 2022-0931 et que ce refus a empêché towerCast d'utiliser l'offre de TDF pour répondre à l'appel d'offres, ce qui a fait naître un différend qu'il revient à l'Autorité de régler. Par ailleurs, s'agissant du site de Reillanne, towerCast considère que la publication de l'ODR le 1^{er} juin 2023 ne change rien et que, dans la mesure où TDF disposait de ce site au moment de la demande de towerCast, le différend est « cristallisé ». De la même manière, s'agissant du « site de Mutzig 1 », towerCast relève que si TDF explique dans ses observations en défense qu'il ne dispose plus de ce site, cette situation n'avait pas été portée à sa connaissance au moment où il a demandé à TDF la communication de l'ODR de ce site et que dans la mesure où il disposait d'un site, même temporaire, permettant de répondre à l'appel d'offres lancé par la société MHD7 le 5 avril 2023, le différend doit également être considéré comme cristallisé pour le « site de Mutzig 1 ».

De plus, towerCast soutient que, dans le contexte particulier de la régulation et de la nécessité de donner de la visibilité aux acteurs sur la portée des engagements pris par TDF, la position de l'Autorité sur la question de l'accès aux sites de TDF par towerCast, dans le contexte du partenariat existant entre towerCast et Valocôme, présente un intérêt suffisant pour que l'Arcep se prononce sur le différend.

Ensuite, s'agissant de la recevabilité de ses demandes, towerCast considère en substance que l'Autorité est compétente pour constater les manquements de TDF à ses obligations réglementaires et à en tirer toutes les conséquences sur la définition des conditions dans lesquelles l'accès aux sites de TDF doit être assuré. towerCast indique qu'à cet égard la seule demande qui ne pourrait pas entrer dans ce cadre est la demande de towerCast de voir constater que le partenariat ne vaut pas réplcation, mais souligne qu'il s'agit d'un point discuté par TDF au fond pour justifier son refus d'accès.

De plus, towerCast indique que TDF ne conteste à aucun moment avoir opposé un refus d'accès aux sites de « *Mutzig 1 et Reillanne* » et soutient en synthèse qu'en mettant en avant le partenariat conclu entre Valocôme et towerCast pour refuser de transmettre l'ODR « *des sites de Mutzig 1 et Reillanne* », le refus de TDF devait s'entendre comme visant d'autres sites que les seuls sites couverts par l'appel d'offres de la société MHD7. towerCast estime par ailleurs que la proposition faite par TDF à towerCast de « *discuter plus avant des conditions dans lesquelles TDF pourrait communiquer des informations techniques et tarifaires qui seraient demandées par towerCast* » confirme le fait que la négociation n'a pas porté uniquement sur les sites de l'appel d'offres de la société MHD7.

Sur le fond, towerCast maintient ses demandes et complète son argumentation avec les éléments ci-dessous.

Tout d'abord, towerCast considère que l'engagement 2.3 de la décision n° 2022-0931 imposait à TDF de lui transmettre les ODR demandées dans la mesure où, si Valocôme a répliqué « *les sites de Mutzig 1 et Reillanne* », le partenariat conclu entre towerCast et Valocôme ne comprend aucune obligation pour Valocôme de proposer ses sites à towerCast ou pour towerCast d'accepter les offres de Valocôme. Or, towerCast indique que, tant qu'il n'a pas accepté l'offre d'accès au site d'un tiers, rien ne permet d'établir qu'il disposerait du site ou l'aurait répliqué et qu'il ne serait donc pas fondé à demander à TDF la communication d'une ODR.

Par ailleurs, towerCast souligne qu'il n'a jamais affirmé que la notion de « réplcation » correspondait à la qualité de propriétaire du site. Il répond également à l'argument de TDF selon lequel, Valocôme ne pourrait pas être considéré comme un diffuseur. A cet égard, towerCast indique que Valocôme, parce qu'il est en mesure de répliquer des sites, doit être considéré comme un acteur *sui generis*.

Ensuite, s'agissant du caractère raisonnable de ses demandes, towerCast souligne qu'au titre de la régulation *ex ante*, il a toujours eu accès aux offres de TDF sans que cela n'empêche le diffuseur historique de remporter la majorité des appels d'offres, ce dernier demeurant par ailleurs le seul diffuseur à disposer d'une infrastructure sur toutes les zones à couvrir en France. Il indique également qu'il n'a pas répliqué « *les sites de Mutzig 1 et Reillanne* » et que lorsqu'il demande la communication de l'ODR de TDF sur ces deux sites, il a pour objectif de faire jouer la concurrence et choisir l'offre la plus concurrentielle au bénéfice de ses clients sur le marché aval.

Enfin, towerCast soutient que TDF refuse à son concurrent sur le marché aval l'accès au marché amont, de manière à le priver de la possibilité de faire l'offre la plus compétitive possible aux multiplex.

Vu les courriers du 9 octobre 2023 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a adressé aux parties le premier questionnaire des rapporteurs ;

Vu la décision n° 2023-2320-RDPI en date du 24 octobre 2023 par laquelle la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction a décidé de proroger le délai dans lequel elle doit se prononcer sur le différend ;

Vu les réponses des parties au premier questionnaire des rapporteurs présentées le 24 octobre 2023, complétées et enregistrées à l'Autorité le 26 octobre 2023 ;

Vu les deuxièmes observations en défense, enregistrées à l'Autorité le 25 octobre 2023, présentées par la société TDF, par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

Au préalable, TDF répond aux observations liminaires du mémoire en réplique de towerCast. Il considère que le champ de l'analyse de l'Autorité n'est pas limité aux objectifs de régulation *ex ante* visés par towerCast mais inclut l'ensemble des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE et souligne qu'en tout état de cause, towerCast ne démontre pas en quoi ces objectifs sont méconnus. Ensuite, il estime que towerCast aurait pu demander la communication des ODR des sites de « *Mutzig 1 et Reillanne* » dès le lancement du premier appel d'offres le 4 juillet 2022.

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, TDF maintient son argumentation et développe les éléments complémentaires ci-après.

Tout d'abord, TDF soutient à nouveau que la disparition de chacun des « *sites de Mutzig 1 et Reillanne* » emporte nécessairement la perte d'objet des demandes de towerCast portant sur ces sites. S'agissant du « *site de Reillanne* », TDF rappelle que l'ODR de ce site a déjà été publiée et précise que les travaux de démantèlement du site doivent débuter le 27 octobre 2023. S'agissant du « *site de Mutzig 1* », TDF souligne qu'en outre, towerCast a remporté l'appel d'offres de la société MHD7 en s'appuyant sur le site mis à disposition par Valocôme et qu'ainsi, la communication de l'ODR de ce site ne présente plus d'intérêt pour towerCast.

Ensuite, en complément et en réponse aux arguments de towerCast, TDF soutient en substance que seules les demandes formulées par les parties délimitent l'objet du différend et que ce dernier ne saurait s'apprécier au regard des motifs mis en avant par TDF pour motiver son refus à la demande d'accès de towerCast. TDF soutient que le motif, selon lequel les « *sites de Mutzig 1 et de Reillanne* » seraient répliqués par towerCast du fait du partenariat conclu avec Valocôme peut être éventuellement valable pour d'autres sites que ceux concernés par la demande de towerCast, ne suffit pas à élargir le périmètre du différend. Par ailleurs, TDF souligne que si, dans son courrier du 31 mai 2023, il indique que « *[d]ans ce contexte particulier, les équipes de TDF sont [...] à la disposition de towerCast pour discuter plus avant des conditions dans lesquelles TDF pourrait communiquer des informations techniques et tarifaires qui seraient demandées par towerCast* », cette proposition de dialogue, formulée en réponse à la demande de towerCast de communiquer l'offre d'accès aux « *sites de Mutzig 1 et de Reillanne* », portait évidemment sur les sites visés dans la demande de towerCast.

Sur le fond, TDF maintient son argumentation et développe des éléments complémentaires.

En premier lieu, s'agissant de l'applicabilité de l'exception prévue par l'engagement 2.3 permettant au « *diffuseur alternatif autre que celui a répliqué* » le site d'avoir la communication de l'ODR d'un site, TDF indique que cet engagement viserait l'objectif précis de donner aux diffuseurs alternatifs « *une visibilité nécessaire sur leurs coûts sur le marché de gros amont afin de pouvoir répondre utilement aux appels d'offres des multiplex sur le marché de gros aval* ». Or, selon TDF, rien ne justifie que l'ODR d'une infrastructure répliquée soit communiquée au diffuseur alternatif ayant répliqué cette infrastructure, ce qui est selon lui l'objet de la demande de towerCast en l'espèce. Ensuite, TDF considère que towerCast doit être regardé comme le diffuseur alternatif ayant répliqué les sites de

TDF dans la mesure où Valocôme n'est pas un diffuseur, contrairement à towerCast qui a, d'une part, la qualité de diffuseur alternatif et, d'autre part, la capacité de disposer des sites construits par Valocôme pour répondre aux appels d'offres des multiplex. Enfin, TDF fait valoir que towerCast affirme désormais, pour la première fois, que le partenariat ne prévoit aucune obligation pour Valocôme de proposer ses sites à towerCast ou pour towerCast d'accepter les offres de Valocôme. Ainsi, TDF souligne, compte tenu des contradictions dans les affirmations de towerCast relatives au contenu de l'accord de partenariat, l'importance que cet accord soit versé à la procédure, comme l'a demandé l'Autorité dans le cadre de son questionnaire du 9 octobre 2023.

En second lieu, s'agissant du caractère raisonnable des demandes d'accès formulées par towerCast, TDF indique en particulier que, compte tenu du taux très élevé d'appels d'offres remportés par towerCast dans les zones où il est présent, il ne fait pas de doute que son absence dans les deux tiers des zones de diffusion résulte de sa seule volonté de ne pas s'y positionner. A cet égard, TDF rappelle que towerCast n'a pas demandé à bénéficier de la prestation « DiffHF-TNT »¹ sur un nouveau site de TDF depuis mai 2016, et n'a pas déployé de points de service sur des nouveaux sites appartenant au réseau complémentaire de TDF depuis 2014. TDF soutient notamment que la connaissance par towerCast du coût d'accès de TDF permettrait à towerCast de connaître le prix minimum de TDF sur le marché aval, tout en disposant d'un site alternatif, mis à sa disposition par Valocôme, et fausserait ainsi le fonctionnement d'appels d'offres organisés par les multiplex, en dégradant le bénéfice que tirent les multiplex de la mise en concurrence.

Vu les courriers du 8 novembre 2023 par lesquels la directrice des affaires juridiques de l'Autorité a adressé aux parties le second questionnaire des rapporteurs ;

Vu les réponses des parties au second questionnaire des rapporteurs présentées le 21 novembre 2023 et enregistrées à l'Autorité à cette même date ;

Vu les troisièmes observations en défense, enregistrées à l'Autorité le 28 novembre 2023, présentées par la société TDF, par lesquelles elle persiste dans ses conclusions et moyens ;

Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes, TDF maintient son argumentation ;

TDF ajoute, s'agissant du site de « *Mutzig (Heiligenberg 1)* », que dans sa réponse au premier questionnaire des rapporteurs, towerCast confirme qu'il « *s'est install[é] sur le site de Valocôme le 9 octobre 2023* » et « *fournit des services de diffusion à partir de ce site depuis le 23 octobre 2023* ». A cet égard, TDF considère que, compte tenu de la confirmation ainsi apportée par towerCast, l'Autorité constatera que la demande de communication de l'ODR du site de TDF est privée de tout effet utile.

Sur le fond, TDF maintient son argumentation et développe des éléments complémentaires.

TDF appelle en particulier l'attention de l'Autorité sur le fait que, selon elle, si les engagements 2.1 et 2.3 sont formellement distincts, ils sont en réalité indissociables et reposent sur une logique commune selon laquelle une demande d'accès à l'infrastructure de TDF ne peut être regardée comme raisonnable que si elle permet de résoudre un problème concurrentiel lié à l'impossibilité, pour le diffuseur alternatif, d'intervenir sur le marché aval sans accéder à l'infrastructure de TDF.

A cet égard, tout d'abord, TDF soutient qu'en l'espèce, towerCast a bien bénéficié de la mise à disposition des sites construits par Valocôme pour répondre à l'appel d'offres lancé par la société MHD7 le 5 avril 2023 et que towerCast doit en conséquence être regardé comme le diffuseur alternatif ayant répliqué les sites de TDF. TDF relève notamment que la version non confidentielle de l'accord communiqué par towerCast ne confirme en rien la description faite par towerCast du contenu de cet accord selon laquelle le partenariat prévoirait la mise à disposition de « certaines » et non de toutes

¹ La prestation « DiffHF-TNT » est une offre « active » qui correspond à une prestation globale de diffusion qui permet d'utiliser l'ensemble de la chaîne technique de diffusion de TDF (pylône, antenne, feeder, etc.) à condition que le diffuseur alternatif installe ses équipements, essentiellement l'émetteur, à proximité du pylône de TDF.

les infrastructures de towerCast et de Valocôme et que Valocôme peut refuser de mettre à disposition de towerCast une infrastructure si celui-ci n'est pas d'accord avec la rémunération proposée [SDA]. Par ailleurs, TDF constate que la version non-confidentielle de l'accord de partenariat comprend de nombreuses occultations et qu'à défaut pour towerCast de communiquer les clauses de cet accord qui confirmeraient que la mise à disposition des sites de Valocôme à towerCast serait assujettie à des conditions, l'Autorité devrait considérer que le partenariat organise bien la mise à disposition des sites de Valocôme pour towerCast. TDF relève qu'en tout état de cause, si Valocôme pouvait refuser l'accès à certains de ses sites, en l'espèce, towerCast a bénéficié de la mise à disposition des sites de Reillanne et Mutzig par Valocôme. TDF en déduit que rien ne justifierait que towerCast conserve le droit de se voir communiquer l'ODR alors qu'elle dispose concrètement de la capacité d'inclure ces sites dans ses offres de diffusion.

Ensuite, TDF rappelle que la demande d'accès formulée par towerCast n'est pas une demande raisonnable d'accès au sens de l'engagement 2.1 dans la mesure où, d'une part, towerCast n'avait pas besoin d'accéder à l'infrastructure de TDF pour pouvoir répondre à l'appel d'offres de MHD7 et où, d'autre part, la communication de l'ODR des « sites de Mutzig (Heiligenberg 1) et Reillanne » impliquerait des contraintes économiques et concurrentielles graves pour TDF, et, plus largement, pour le fonctionnement du marché de gros aval de la diffusion hertzienne terrestre. TDF relève que selon lui, la structure du partenariat démontre que l'objectif de cet accord n'est pas de fixer la rémunération de Valocôme par rapport aux coûts réels qui seraient supportés par ce dernier, mais de fixer le prix d'accès de towerCast à l'infrastructure de Valocôme en fonction du comportement de TDF, afin de permettre à towerCast de se positionner dans le cadre de réponses aux appels d'offres des multiplex, en fonction de la stratégie adoptée par TDF.

Vu les courriers du 24 novembre 2023, par lesquels les sociétés towerCast et TDF ont été invitées à participer à une audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité (ci-après la formation « RDPI ») le 12 décembre 2023, et informées que la clôture d'instruction de la présente affaire était fixée au 1^{er} décembre 2023 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Après avoir entendu le 12 décembre 2023, lors de l'audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité, composée de Mme Laure de La Raudière, présidente, Mme Joëlle Cottenye, M. Serge Abiteboul et M. Emmanuel Gabla, membres de l'Autorité, et en la présence des agents des services et des représentants de towerCast et de TDF :

- le rapport de Mme Coralie Perrault présentant les conclusions des parties ;
- les observations des représentants de la société towerCast ;
- les observations des représentants de la société TDF.

Sur la publicité de l'audience,

L'article 14 du règlement intérieur susvisé prévoit que « l'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe, la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité en délibère ».

Les sociétés towerCast et TDF ont indiqué par courrier électronique respectivement en date du 6 décembre 2023 et du 7 décembre 2023 s'opposer à ce que l'audience soit publique.

En conséquence, l'audience n'a pas été publique.

Vu la note en délibéré transmise par la société TDF à la suite de l'audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité, enregistrée à l'Autorité le 13 décembre 2023 ;

Vu les éléments complémentaires transmis par la société towerCast à la suite de l'audience devant la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité, enregistrés à l'Autorité le 13 décembre 2023 ;

La formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'Autorité (composée de Mme Laure de La Raudière, présidente, Mme Joëlle Cottenye, M. Serge Abiteboul et M. Emmanuel Gabla, membres de l'Autorité), en ayant délibéré le 19 décembre 2023 en la seule présence de ses membres, adopte la présente décision.

Table des matières

1	Contexte général	11
1.1	Le marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels 11	
1.2	Présentation des parties	12
1.3	Contexte concernant les zones de Mutzig 1 et de Reillanne, objets du différend	13
2	Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes	14
2.1	Sur la compétence de l'Autorité.....	14
2.1.1	S'agissant de la quatrième demande de towerCast.....	15
2.1.2	S'agissant des trois premières demandes de towerCast.....	15
2.2	Sur la recevabilité des demandes d'injonction de towerCast et l'existence d'un objet de celles-ci	16
2.2.1	S'agissant de la demande visant à la communication de l'ODR de TDF sur les sites desservant la zone de Mutzig 1 et la zone de Reillanne	17
2.2.2	S'agissant de la demande visant la communication de l'ODR de tous les sites n'ayant pas fait l'objet d'une réplique par towerCast lorsque celui-ci en fait la demande dans le cadre d'appels d'offres à venir	20
3	Rappel du cadre juridique applicable	21
4	Sur la demande de towerCast visant à la communication de l'ODR sur la zone de Mutzig 1	22
4.1	Arguments des parties	22
4.2	Appréciation de l'Autorité.....	26
4.2.1	Appréciation sur la réplique du site desservant la zone de Mutzig 1, indépendamment de l'interprétation de la portée de l'accord de partenariat.....	26
4.2.2	Au surplus, sur la question de la réplique du site de TDF desservant la zone de Mutzig 1 au regard de l'accord de partenariat entre towerCast et Valocôme	28
4.3	Conclusion générale	30

1 Contexte général

La demande de règlement de différend formulée par la société towerCast porte sur le marché de gros amont des services de diffusion de la télévision numérique terrestre (TNT).

1.1 Le marché de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels

En matière de diffusion de la TNT, on distingue deux marchés :

- le marché de gros « aval » sur lequel les diffuseurs proposent des offres de diffusion aux chaînes de télévision (regroupées en multiplex).
Le marché de gros aval des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels est structuré autour des appels d'offres organisés par les multiplex² pour sélectionner, pour une durée comprise entre trois et huit ans (très généralement cinq ans), leur prestataire technique de diffusion. La mise en concurrence est réalisée par point de service. Lors d'un appel d'offres, les contrats de diffusion sur plusieurs points de service sont mis en concurrence par les multiplex durant plusieurs tours, entre deux et quatre selon l'importance des zones de diffusion visées ;
- le marché de gros « amont » sur lequel les diffuseurs achètent l'accès aux infrastructures de diffusion d'un tiers afin d'y installer leurs propres équipements.

L'Arcep régule de manière *ex ante* le marché de gros amont depuis 2006.

Deux opérateurs sont présents sur ce marché à date : TDF, le diffuseur historique de la télévision en France et towerCast, le diffuseur alternatif.

Ce marché était initialement inclus dans le marché de gros des services de radiodiffusion listé par la Commission européenne comme un marché *a priori* pertinent pour une régulation *ex ante*³.

Depuis 2007, il ne figure plus dans les recommandations adoptées par la Commission européenne⁴. Toutefois, plusieurs autorités de régulation nationales, dont l'Arcep, ont choisi de maintenir une régulation *ex ante*.

Ces autorités ont depuis lors notifié leurs projets de décision d'analyse du marché en démontrant la pertinence de la régulation *ex ante*, en s'appuyant systématiquement sur le test « des trois critères », défini par la Commission européenne qui consiste en une vérification de :

- l'existence de barrières élevées et non transitoires à l'entrée sur le marché considéré ;
- l'absence de perspectives d'évolution vers une situation de concurrence effective ;
- l'insuffisance du droit de la concurrence seul pour remédier aux défaillances du marché.

² Entité représentant les chaînes de la TNT qui se partagent une même fréquence et chargée de conclure des contrats de diffusion pour le compte de celles-ci.

³ Recommandation n° 2003/311/CE en date du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.

⁴ Recommandation n° 2007/879/CE en date du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques. Pour rappel, en 2007, la Commission européenne avait motivé le retrait de ce marché notamment par le fait que l'hétérogénéité des situations de marché dans les Etats membres et du développement de la concurrence entre plateformes ne permettait pas de définir une politique commune de régulation.

L'Arcep a ainsi été amenée à conduire un deuxième cycle de régulation, de 2009 à 2012⁵, un troisième cycle, de 2012 à 2015⁶, puis un quatrième cycle, de 2015 à 2018⁷, prolongé jusqu'au 17 décembre 2020⁸.

A date, le cinquième cycle de régulation est en cours depuis le 17 mai 2022, date d'entrée en vigueur de la décision n° 2022-0931⁹.

Dans ce cadre de régulation, étant désigné comme un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, TDF propose un accès à ses infrastructures (pylônes, antennes, feeders) au diffuseur alternatif.

Deux prestations sont actuellement disponibles pour accéder aux infrastructures de TDF :

- une offre « active » « DiffHF-TNT » qui correspond à une prestation globale de diffusion qui permet d'utiliser l'ensemble de la chaîne technique de diffusion de TDF (pylône, antenne, feeder, etc.) à condition que le diffuseur alternatif installe ses équipements, essentiellement l'émetteur, à proximité du pylône de TDF ;
- une prestation d'hébergement d'équipements (prestation « Hébergement-TNT ») qui permet aux diffuseurs alternatifs d'installer, sur le site de TDF, plusieurs types d'équipements.

L'analyse de marché opère la distinction entre les sites « non-répliquables » listés en annexe 2 de la décision n° 2022-0931 et les sites « répliquables » effectivement répliqués ou non par un diffuseur alternatif.

La décision d'analyse de marché en cours¹⁰ a rendu opposable à TDF les engagements que ce dernier avait proposés à l'Arcep en application de l'article L. 38-1-1 du CPCE. Ces engagements portent notamment sur les conditions de transparence et d'accès aux infrastructures de TDF relevant du marché de gros amont.

1.2 Présentation des parties

TDF est le diffuseur historique autrefois en situation de monopole légal¹¹. Il dispose d'au moins une infrastructure sur quasiment toutes les zones de diffusion de la TNT.

⁵ Décision n° 2009-0484 de l'Arcep en date du 11 juin 2009 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres 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.

⁶ Décision n° 2012-1137 de l'Arcep en date 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.

⁷ Décision n° 2015-1583 de l'Arcep en date du 15 décembre 2015 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.

⁸ Décision n° 2019-0555 de l'Arcep en date du 16 avril 2019 de prolongation de la décision n° 2015-1583 en date du 15 décembre 2015 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.

⁹ Décision n° 2022-0931 de l'Arcep en date du 10 mai 2022 portant sur la définition du marché pertinent de gros des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les engagements pris par cet opérateur.

¹⁰ Décision n° 2022-0931 précitée.

¹¹ En abrogeant l'article 51 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 a mis fin au monopole légal de TDF sur la diffusion de chaînes publiques.

A l'occasion de la décision n° 2022-0931, l'Autorité a, comme elle l'avait déjà fait lors des quatre cycles de régulation précédents¹², désigné TDF comme étant un opérateur exerçant une influence significative sur le marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels. En outre, la décision n° 2022-0931 a rendu opposables les engagements souscrits par TDF pour une durée de cinq ans.

towerCast, filiale à 100 % du groupe NRJ, propose des services de diffusion de radio FM et, depuis son lancement en mars 2005¹³, des services de diffusion de la TNT. Il est le seul diffuseur alternatif depuis le rachat d'Itas Tim par TDF en 2016. Dans sa saisine, towerCast indique qu'il « opère 29,1 % du marché de la diffusion audiovisuelle TNT auprès des multiplex »¹⁴ (à savoir le marché de gros aval). Il précise également avoir conclu, le 31 mai 2022, « un accord de partenariat avec Valocôme » dont « l'objet [...] porte sur la mise à disposition réciproque de certaines infrastructures de towerCast et Valocôme, dans certaines conditions, aux fins de commercialisation par ces dernières de leurs offres de diffusion ou de télécom respectives »¹⁵.

1.3 Contexte concernant les zones de Mutzig 1 et de Reillanne, objets du différend

Pour rappel, sur le marché de gros aval, les diffuseurs assurent la fourniture de leurs services aux multiplex à partir de différents sites permettant de couvrir les zones de diffusion définies par l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ci-après « Arcom »). Afin de choisir le diffuseur sur chacune de ces zones, les multiplex procèdent à des appels d'offres.

Un appel d'offres a été lancé par la société MHD7 le 5 avril 2023 en vue d'assurer la diffusion du multiplex R7¹⁶ sur les zones de « Mutzig 1 » et « Reillanne » telles que définies par l'Arcom¹⁷.

Afin de répondre à cet appel d'offres, towerCast a demandé à TDF de lui communiquer son ODR pour les sites de diffusion de ce dernier sur les deux zones concernées – Reillanne et Mutzig 1.

S'agissant de la zone de Mutzig 1, TDF disposait d'un site historique dénommé « Mutzig (Heiligenberg 1) ». La mairie de la commune d'Heiligenberg n'a pas renouvelé le bail du terrain sur lequel était installé ce site à l'expiration du bail le 21 mai 2022, et a choisi de conclure un nouveau bail avec Valocôme. TDF a installé un nouveau site qu'il indique « temporaire », dénommé « Mutzig (Heiligenberg 2) » situé dans la même commune le 4 mai 2022¹⁸ afin de poursuivre la diffusion des multiplex R1, R2, R3, R4, R6 et R7 sur la zone de Mutzig 1 et a démantelé son site « historique ». L'Arcom a autorisé ces multiplex à changer de site de diffusion à cette même date¹⁹. Valocôme a repris le bail du terrain sur lequel se situait le site « historique » de TDF et a installé un

¹² Décision n° 2006-0160 de l'Arcep en date du 6 avril 2006 ; Décision n° 2009-0484 de l'Arcep en date du 11 juin 2009 ; Décision n° 2012-1137 de l'Arcep en date du 11 septembre 2012 et Décision n° 2015-1583 de l'Arcep en date du 15 décembre 2015.

¹³ Dans sa saisine towerCast indique 1986 comme date de création.

¹⁴ Saisine de towerCast, page 8, point 19.

¹⁵ Saisine de towerCast, page 8, point 20.

¹⁶ La société MHD7 est l'opérateur de multiplex du réseau R7 de la TNT, comprenant les chaînes Chérie 25, TF1 série films, l'Equipe, RMC story, RMC découverte.

¹⁷ Voir notamment la décision par laquelle « l'Arcom a autorisé les multiplex R1, R2, R3, R4, R6 et R7 à changer de site de diffusion sur la zone de Mutzig 1 à compter du 4 mai 2022 » : <https://www.arcom.fr/nos-ressources/espace-juridique/decisions/modifications-de-caracteristiques-techniques-de-diffusion-tnt-7>; et la décision par laquelle « l'Arcom a autorisé les multiplex R1, R2, R4, R6 et R7 à changer de site de diffusion dans la zone de Reillanne (Alpes-de-Haute-Provence) » : <https://www.arcom.fr/nos-ressources/espace-juridique/decisions/modifications-de-caracteristiques-techniques-de-diffusion-tnt-23>

¹⁸ Réponse de TDF à la question 8 du premier questionnaire des rapporteurs.

¹⁹ <https://www.arcom.fr/nos-ressources/espace-juridique/decisions/modifications-de-caracteristiques-techniques-de-diffusion-tnt-7>

nouveau pylône sur ce terrain. Le 3 juillet 2023, towerCast a remporté l'appel d'offres lancé par la société MHD7 pour la zone de Mutzig 1. Le 9 octobre 2023, towerCast a déployé sa propre antenne de diffusion sur le pylône installé par Valocôme. Le 19 octobre 2023, l'Arcom a autorisé le multiplex R7 à changer de site de diffusion sur la zone de Mutzig 1 à partir du 23 octobre 2023²⁰, permettant ainsi à towerCast de diffuser le multiplex R7 à partir du pylône de Valocôme.

S'agissant de la zone de Reillanne, TDF disposait également d'un site historique. La mairie de la commune de Reillanne n'a pas renouvelé le bail du terrain sur lequel était installé ce site à l'expiration de ce dernier le 21 juillet 2022 et a choisi d'en conclure un nouveau avec Valocôme. Le 24 juillet 2023, TDF a remporté l'appel d'offres lancé par la société MHD7 pour cette zone. Le 27 octobre 2023, à la suite d'une ordonnance d'expulsion du tribunal de Digne-les-Bains en date du 24 août 2023, TDF s'est installé sur un nouveau site détenu par la société Totem et situé sur la commune voisine de Villemus²¹ afin d'assurer la diffusion des multiplex R1, R2, R4, R6 et R7 sur la zone de Reillanne. L'Arcom a publié le 16 novembre 2023 l'autorisation pour les multiplex R1, R2, R4, R6 et R7 de changer de site de diffusion dans la zone de Reillanne²² permettant à TDF de diffuser ces multiplex à partir du site détenu par Totem et situé sur la commune de Villemus.

2 Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes

towerCast a saisi la formation RDPI de l'Autorité de quatre demandes visant à :

- *« constater que la demande d'accès de towerCast est raisonnable et que le refus opposé à towerCast n'est pas justifié ; [ci-après la « première demande »]*
- *« constater que le Partenariat signé entre towerCast et Valocime ne vaut pas répliation par towerCast des sites répliqués par Valocime ; [ci-après la « deuxième demande »]*
- *« constater que le refus d'accès opposé à towerCast par TDF est contraire à la décision n° 2022-0931 ; [ci-après la « troisième demande »]*
- *« ordonner à TDF de communiquer à towerCast l'ODR à jour des sites de Mutzig 1 et Reillanne, ainsi que les ODR de tous les sites n'ayant pas fait l'objet d'une répliation par towerCast lorsque celle-ci en fait la demande dans le cadre d'appels d'offres à venir [ci-après la « quatrième demande »] ».*

2.1 Sur la compétence de l'Autorité

Conformément aux dispositions du I de l'article L. 36-8 du CPCE, l'Autorité peut être saisie pour se prononcer sur un différend « [e]n cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques [...]. Sa décision est motivée et précise les conditions équitables, d'ordre technique et financier, dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés ».

²⁰ <https://www.arcom.fr/nos-ressources/espace-juridique/decisions/modifications-de-caracteristiques-techniques-de-diffusion-tnt-21>

²¹ Réponse de TDF à la question 7 du premier questionnaire des rapporteurs ; Réponse de TDF à la question 12 du deuxième questionnaire des rapporteurs.

²² <https://www.arcom.fr/nos-ressources/espace-juridique/decisions/modifications-de-caracteristiques-techniques-de-diffusion-tnt-23>

2.1.1 S'agissant de la quatrième demande de towerCast

La quatrième demande de towerCast porte sur la communication à towerCast par TDF, de « *l'ODR à jour des sites de Mutzig 1 et Reillanne, ainsi que [des] ODR de tous les sites n'ayant pas fait l'objet d'une réplique par towerCast lorsque celle-ci en fait la demande dans le cadre d'appels d'offres à venir* ».

TDF ne conteste pas la compétence de l'Autorité sur cette demande de communication d'une ODR, laquelle est indissociablement liée aux modalités de l'accès, en ce qu'elle permet aux opérateurs tiers d'avoir connaissance des modalités techniques et tarifaires de l'accès aux infrastructures de TDF et de solliciter, le cas échéant, la conclusion ultérieure d'une convention d'accès.

Ainsi, l'Autorité est compétente pour statuer sur la demande principale de towerCast visant à ce que l'Autorité ordonne « à TDF de communiquer à towerCast l'ODR à jour des sites de Mutzig 1 et Reillanne, ainsi que les ODR de tous les sites n'ayant pas fait l'objet d'une réplique par towerCast lorsque celle-ci en fait la demande dans le cadre d'appels d'offres à venir ».

2.1.2 S'agissant des trois premières demandes de towerCast

S'agissant des trois premières demandes, TDF considère dans ses observations en défense que « *les demandes de la société towerCast tendant à ce que l'ARCEP réalise des « constats » sont manifestement irrecevables et ne pourront qu'être rejetées* »²³.

Dans son mémoire en réplique, towerCast répond que « *dans le cadre de règlement de différend, l'Arcep est non seulement habilitée mais doit constater les manquements allégués lorsque ceux-ci ne sont pas justifiés, et c'est bien cette demande qui est formulée par towerCast. Dans ces conditions à partir du moment où l'Arcep considérerait que le refus est contraire à la réglementation, elle ne pourrait que constater qu'il est infondé. A aucun moment towerCast n'a demandé à l'Arcep de se prononcer sur des actes déclaratifs mais uniquement sur des manquements* ». towerCast indique également que « *[l]e seul point qui pourrait poser une difficulté concerne la demande de towerCast de voir constater que le Partenariat ne vaut pas réplique ; étant précisé qu'il s'agit d'un point discuté par TDF au fond car il fonde toute sa thèse pour justifier son refus d'accès* »²⁴.

Dans ses deuxième observations en défense, TDF réitère son argumentation selon laquelle « *une demande, formellement présentée à l'ARCEP et distincte des autres réclamations du requérant, tendant à ce que l'ARCEP constate un manquement, est irrecevable dans le cadre du règlement de différend* » et souligne par ailleurs que towerCast est « *contrainte de reconnaître que sa demande tendant à ce que l'ARCEP « constate [...] que le Partenariat signé entre towerCast et Valocôme ne vaut pas réplique par towerCast des sites répliqués par Valocôme » ne porte sur aucun manquement* » et que cette demande « *a ainsi incontestablement pour objet d'obtenir que l'ARCEP se prononce par un « acte déclaratif », et doit donc être regardée comme irrecevable* »²⁵.

La procédure de règlement de différend définie à l'article L. 36-8 du CPCE vise à préciser « *les conditions équitables d'ordre technique et financier dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés* ». Dès lors, dans le cadre de cette procédure, l'Arcep n'est pas habilitée à se prononcer sur les conclusions des parties par des actes déclaratifs²⁶.

²³ Observations en défense de TDF, point 42, page 12.

²⁴ Mémoire en réplique de towerCast, points 40 et suivants, page 9.

²⁵ Deuxième observations en défense de TDF, points 16 et suivants, page 6 et 7.

²⁶ CA Paris, 30 mai 2006, Western Telecom c/ France Telecom, n° 2005/24129, Ct0175 : « *Mais considérant que la demande de Western Telecom, formellement présentée à l'Arcep et distincte de ses autres réclamations, ne relève pas de la procédure prévue par l'article L. 36-8 du CPCE dès lors qu'elle impute à France Telecom un manquement à des obligations réglementaires sur l'interconnexion, l'ARCEP n'étant au surplus pas habilitée à se prononcer par des actes déclaratifs ;* ».

Toutefois, la Cour d'appel de Paris a eu l'occasion de reconnaître que des demandes pouvaient être recevables en ce qu'elles constituaient « *un préalable nécessaire à l'examen des demandes d'injonction et n'avai[ent] ni la nature d'une demande de simple constat ni la portée générale des décisions rendues sur le fondement de l'article L. 36-6 du CPCE* »²⁷.

De la même manière, si les demandes de constat de manquement à des obligations ne relèvent pas de la procédure prévue à l'article L. 36-8 du CPCE, laquelle est distincte de la procédure prévue à l'article L. 36-11 du CPCE²⁸, l'Arcep peut néanmoins être amenée, dans le cadre d'une décision de règlement de différend, à apprécier le respect d'une obligation réglementaire pour en tirer les conséquences sur la détermination des conditions équitables d'ordre technique et tarifaire dans lesquelles la prestation d'accès doit être assurée et qui font l'objet des demandes d'injonction²⁹.

En l'espèce, les trois premières demandes de towerCast ne relèvent de la compétence de l'Arcep qu'en tant qu'elles viennent au soutien de ses demandes d'injonction visant à obtenir de TDF la communication de « *l'ODR à jour des sites de Mutzig 1 et Reillanne, ainsi que [des] ODR de tous les sites n'ayant pas fait l'objet d'une réplique par towerCast lorsque celle-ci en fait la demande dans le cadre d'appels d'offres à venir* » (et donc qu'en tant que préalable à l'examen de ces demandes d'injonction). Prises isolément, en tant que demandes distinctes des demandes d'injonction, ces demandes ne relèvent pas de la compétence de l'Arcep en application de l'article L. 36-8 du CPCE.

2.2 Sur la recevabilité des demandes d'injonction de towerCast et l'existence d'un objet de celles-ci

Dans le cadre de l'appréciation de la recevabilité du différend dont elle est saisie, il revient à l'Autorité de s'assurer que la condition tenant à l'échec des négociations prévue à l'article L. 36-8 du CPCE est remplie, et ce, au regard des échanges intervenus entre les parties avant sa saisine. L'Autorité rappelle à cet égard que « *l'appréciation de la réalité d'un tel échec [des négociations] dépend [...] des circonstances propres à chaque affaire* »³⁰.

Il convient également d'apprécier en l'espèce, au regard des arguments développés par TDF, si les demandes d'injonction de towerCast conservent un objet, et par suite, s'il y a lieu de statuer sur ces demandes.

TDF soutient en substance dans ses écritures que les conclusions de towerCast tendant à ce que l'Arcep ordonne la communication de l'ODR sur les sites desservant les zones de Reillanne et de Mutzig 1 sont privées d'objet dans la mesure où « *il n'y a pas lieu de se prononcer sur une demande lorsque celle-ci est d'ores et déjà satisfaite* »³¹.

A cet égard, towerCast soutient tout d'abord dans son mémoire en réplique qu'un différend persiste entre les parties et que « *la position de l'Arcep sur la question de l'accès aux sites de TDF par towerCast, dans le contexte du partenariat existant entre towerCast et Valocôme [...], présente un intérêt suffisant pour que l'Arcep se prononce sur le différend* »³². Il avance ensuite que TDF méconnaît le champ d'application *ratione temporis* du présent différend, dès lors qu'en application de l'article L. 36-8 du

²⁷ CA Paris 20 avril 2023 n° 2020/18253.

²⁸ CA Paris 30 janvier 2007 n° 2006/07964.

²⁹ Voir notamment : CA Paris 26 mai 2009 n° 2008/16665.

³⁰ CA Paris, 23 juin 2011, France Télécom c/ NC Numéricable, RG n° 2010-23690, page 12.

³¹ Observations en défense de TDF, point 30, page 10.

³² Mémoire en réplique de towerCast, points 6 et suivants, pages 4 et 5 : towerCast fait notamment valoir que la décision de l'Arcep n° 2018-0435-RDPI en date du 12 avril 2018, prise pour exemple par TDF au soutien de ses arguments relatifs au caractère sans objet des demandes de communication de l'ODR sur les sites desservant les zones de Reillanne et de Mutzig, est distincte de l'affaire en cause.

CPCE, un règlement de différend naît à la date à laquelle la contestation a été formellement élevée par l'une des parties pour la première fois ; or towerCast a soulevé sa contestation auprès de TDF dès le 18 avril 2023³³. Enfin, towerCast fait valoir que les justifications avancées par TDF sur le caractère sans objet de la demande de communication de l'ODR sur les sites desservant les zones de Reillanne et Mutzig 1 sont nouvelles et n'avaient pas été soulevées à l'occasion des faits ayant donné naissance au différend sur la période du 18 au 21 avril 2023. Il en conclut que ces justifications sont sans effet ni objet sur la caractérisation du différend existant entre les parties³⁴.

En réponse, TDF soutient dans ses deuxièmes observations en défense que « *contrairement à ce que prétend towerCast, le non-lieu n'est nullement réservé aux situations dans lesquelles les parties trouvent finalement un accord en cours d'instance* » mais que « *[l]e non-lieu peut également être prononcé lorsque l'ARCEP constate que la demande ne présente plus « aucune portée utile » ou lorsque l'infrastructure objet de la demande d'accès a elle-même disparu* ». Il indique également que « *la décision de l'ARCEP doit « produire effet », c'est-à-dire avoir des effets de droit sur la situation des parties* »³⁵.

A cet égard, l'**Autorité** relève, au préalable, que des circonstances intervenues postérieurement aux négociations entre les parties peuvent être prises en compte pour apprécier s'il y a toujours lieu de statuer sur les demandes. Par ailleurs, le champ d'application *ratione temporis* d'un différend permet de déterminer à partir de quelle date l'Autorité peut, à la demande de la partie qui l'a saisie, décider de faire rétroagir sa décision, étant rappelé que cette date ne peut être antérieure à la date à laquelle la contestation a été formellement élevée par l'une des parties pour la première fois et, en tout état de cause, que cette date ne peut être antérieure de plus de deux ans à sa saisine. En conséquence, l'appréciation du champ d'application *ratione temporis* d'une décision de règlement de différend est sans lien avec les éléments avancés par TDF selon lesquels il n'y aurait pas lieu de statuer sur les demandes de communication de l'ODR, car celles-ci seraient devenues sans objet.

2.2.1 S'agissant de la demande visant à la communication de l'ODR de TDF sur les sites desservant la zone de Mutzig 1 et la zone de Reillanne

Dans leurs écritures, les parties ne remettent pas en cause le fait que **les négociations ont porté sur la communication de l'ODR de TDF relative à ces sites**.

En l'espèce, par courrier électronique en date du 17 avril 2023, towerCast a interrogé TDF pour connaître la date à laquelle il était prévu de « *mettre à jour et communiquer l'ODR* » lui permettant de répondre à l'appel d'offres lancé par la société MHD7 le 5 avril 2023³⁶ sur les zones de Mutzig 1 et Reillanne.

Par courrier électronique daté du même jour, TDF a répondu que son ODR était à jour et que la prochaine publication était prévue le 1^{er} juin 2023³⁷.

Par courrier électronique en date du 18 avril 2023, towerCast a répondu que l'ODR publiée par TDF n'était pas à jour dans la mesure où les deux sites objets de l'appel d'offres lancé par la société MHD7 le 5 avril 2023 « *n'apparaissent pas dans cette dernière et que towerCast n'a pas répliqué ces infrastructures* ». Il a, à cette occasion, réitéré sa demande de transmission de l'ODR pour ces deux sites³⁸.

³³ Mémoire en réplique de towerCast, points 9 et suivants, page 5.

³⁴ Mémoire en réplique de towerCast, points 13 et suivants, page 6.

³⁵ Deuxièmes observations en défense de TDF, points 8 et 9, page 4 et 5.

³⁶ Saisine de towerCast, pièce n° 5.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

Par courrier électronique en date du 20 avril 2023, towercast a indiqué à TDF qu'il considérait son absence de réponse *« comme un refus de communiquer les offres d'accès de ces deux sites contrairement à ce qu'implique la Décision 2022-0931 de l'ARCEP »*³⁹.

Par courrier électronique du 21 avril 2023, TDF s'est étonné du caractère tardif de la demande *« pour obtenir une offre d'accès sur 2 sites à 3 jours de la réponse à l'appel d'offres R7 »*, et a relevé *« qu'un appel d'offres sur ces [deux] sites avait déjà été lancé en juillet 2022 et que towerCast n'avait pas sollicité TDF pour obtenir une offre d'accès »*. Il a indiqué s'interroger sur *« le caractère raisonnable de la demande de towerCast »* et a précisé que *« concernant la non-publication de ces [deux] sites dans l'ODR [...] TDF considère que les sites répliqués dans le cadre du partenariat industriel entre towerCast et Valocime n'ont pas vocation à être communiqués à towerCast et à Valocime »*⁴⁰.

Par courrier envoyé le 12 mai 2023 en recommandé avec accusé de réception, towerCast rappelle les échanges de courriels qui ont précédé. Il indique qu'en conséquence de ces échanges, TDF a refusé de lui communiquer une ODR pour des sites sur lesquels towerCast ne dispose d'aucune infrastructure et a empêché que towerCast dépose une demande d'accès aux infrastructures de TDF avant *« le 20 avril 2023, jour de clôture de l'appel d'offres »*. towerCast poursuit en considérant que cet acte matérialise un refus d'accès aux infrastructures de TDF en violation de son engagement 2.1⁴¹.

Par courrier envoyé le 31 mai 2023 en recommandé avec accusé de réception, TDF indique que la demande de communication de l'ODR sur les *« sites de Mutzig 1 et de Reillanne »* n'est ni raisonnable ni justifiée. Il soutient d'une part, que towerCast n'a pas demandé communication de l'ODR à l'occasion du premier appel d'offres et ne l'a fait que lors du deuxième appel d'offres de la société MHD7, à trois jours de la date de sa clôture, dans des délais incompatibles avec le processus de publication des offres de référence et de réponse aux appels d'offres par les diffuseurs. Il se prévaut, d'autre part, de ce que l'ODR n'avait pas à être transmise au regard de l'engagement 2.3 de la décision n° 2022-0931 dès lors que towerCast doit être regardé comme un diffuseur alternatif ayant répliqué les sites desservant les zones de Mutzig 1 et de Reillanne. Il conclut son courrier en indiquant rester *« à la disposition de towerCast pour discuter plus avant des conditions dans lesquelles TDF pourrait communiquer des informations techniques et tarifaires qui seraient demandées par towerCast »*⁴².

Sur le site desservant la zone de Reillanne, TDF estime par ailleurs en substance dans ses écritures en défense qu'il n'y a plus lieu pour l'Arcep de statuer sur la demande de règlement de différend, dès lors que **l'ODR a été publiée** sur son site internet **le 1^{er} juin 2023** et que ce site est démantelé et n'existe plus⁴³.

Dans son mémoire en réplique, towerCast considère que la *« publication tardive de l'ODR n'a pas pour effet de rendre sans objet le différend qui porte sur le refus de transmission de TDF en violation des engagements 2.1 et 2.3 mentionnés dans la Décision n° 2022-0931 dans le cadre de l'appel d'offres MHD7 »*⁴⁴.

Dans ses deuxième observations en défense, TDF indique notamment que *« si l'Arcep devait « ordonner à TDF de communiquer à towerCast l'ODR à jour [du site] de Reillanne », comme le*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Saisine de towerCast, pièce n° 7.

⁴² Saisine de towerCast, pièce n° 8.

⁴³ Observations en défense de TDF, points 32 et suivants, pages 10 et 11 ; voir également dans le même sens, Deuxièmes observations en défense de TDF, points 11 et suivants, page 5 ; Troisièmes observations en défense de TDF, point 13, page 4.

⁴⁴ Mémoire en réplique de towerCast, points 18 et suivants, pages 6 et 7.

demande towerCast, cette injonction n'aurait aucun effet utile en pratique et ne produirait aucun effet de droit, l'ODR du site de Reillanne étant d'ores et déjà publique »⁴⁵.

L'Autorité relève, au regard des éléments qui précèdent, que, dans le cadre des négociations, towerCast a demandé la communication de l'ODR du site de Reillanne de TDF, qui était alors en service avant son démantèlement, et que l'ODR de ce site a été publiée le 1^{er} juin 2023.

En conséquence, et sans qu'il ne soit besoin de se prononcer sur l'échec des négociations sur la demande de communication de l'ODR de TDF sur le site de Reillanne, l'Autorité estime, dans les circonstances de l'espèce, qu'il n'y a plus lieu de statuer sur cette demande d'injonction en application de l'article L. 36-8 du CPCE.

Sur le site desservant la zone de Mutzig 1, TDF considère qu'il n'y a plus lieu de statuer sur la demande, dès lors que TDF ne dispose plus de ce site et que towerCast a remporté l'appel d'offres lancé par la société MHD7 le 5 avril 2023 dans la zone de Mutzig 1⁴⁶. TDF indique en particulier dans ses premières observations en défense avoir « *perdu l'accès au terrain sur lequel était situé son site historique Mutzig 1 suite à l'expiration de son contrat de bail avec la commune de Heiligenberg le 21 mai 2022. Le nouveau site temporaire de TDF est installé sur un terrain différent et porte le nom de Mutzig (Heiligenberg 2)* » et en déduit que « *[l]a demande de towerCast tendant à la communication de l'ODR du site de Mutzig 1 est donc manifestement sans objet, dès lors que TDF ne dispose plus de ce site* »⁴⁷.

Dans son mémoire en réplique, towerCast rappelle d'abord que « *[j]amais avant de déposer son mémoire devant l'Arcep, TDF n'avait fait part de cette difficulté à towerCast, préférant se placer sur un autre terrain pour refuser de répondre à la demande d'accès présentée par cette dernière* », et qu'« *[e]n tout état de cause, TDF précise disposer d'un site temporaire sur un autre terrain qui couvre la zone sur laquelle portait l'Appel d'offres MHD7 : Mutzig (Heiligenberg 2). Or, le 17 avril 2023, towerCast a précisément demandé à TDF de lui communiquer « l'ODR [lui] permettant de répondre à [l'Appel d'offres MHD7] » [Pièce n° 5 du mémoire en demande de towerCast du 20 juillet 2023] ; ce que le nouveau site de TDF permettait* »⁴⁸.

Dans les réponses au premier questionnaire des rapporteurs, TDF indique que le site historique desservant la zone de Mutzig 1 a été démonté le 4 mai 2022 et que la diffusion depuis le pylône temporaire du site de Mutzig (Heiligenberg 2) a débuté le 4 mai 2022⁴⁹. De son côté, towerCast confirme qu'il a remporté l'appel d'offres sur la zone de Mutzig 1 le 3 juillet 2023, qu'il s'est installé sur le pylône de Valocîme le 9 octobre 2023 et qu'il « *fournit des services de diffusion à partir de ce site depuis le 23 octobre 2023* »⁵⁰.

A cet égard, lors de l'audience, towerCast a précisé que, dans le cadre des négociations, la demande de communication de l'ODR portait sur le site historique de TDF, dit Mutzig (Heiligenberg 1), permettant de répondre à l'appel d'offre de la société MHD7 sur la zone de Mutzig 1, en faisant valoir qu'il ignorait que ce site avait été démantelé et que TDF avait installé un nouveau site temporaire sur un autre terrain, dit Mutzig (Heiligenberg 2). Si la demande de towerCast devait s'entendre comme portant sur la communication de l'ODR sur le site historique de TDF, alors celle-ci devrait être considérée comme privée d'objet dès lors que ce site n'existe plus. Toutefois, il ressort des échanges

⁴⁵ Deuxièmes observations en défense de TDF, point 11, page 5.

⁴⁶ Observations en défense de TDF, points 36 et suivants, page 11 ; voir également dans le même sens, Deuxièmes observations en défense de TDF, points 13 et suivants, pages 5 et 6 ; Troisièmes observations en défense de TDF, point 12, page 4.

⁴⁷ Observations en défense de TDF, point 36, page 11.

⁴⁸ Mémoire en réplique de towerCast, points 25 et suivants, page 7.

⁴⁹ Réponse de TDF à la question 8 du premier questionnaire des rapporteurs.

⁵⁰ Réponse de towerCast à la question 5 du premier questionnaire des rapporteurs.

dans le cadre des négociations que towerCast cherchait à obtenir l'ODR du site de TDF existant à la date où il a formulé sa demande en vue de répondre à l'appel d'offres lancé par la société MHD7 le 5 avril 2023 sur la zone de Mutzig 1 ; or, à cette date (de même qu'au jour de la présente saisine en règlement de différend), le seul site de TDF en service sur la zone de Mutzig 1 correspondait (et correspond toujours) au site de Mutzig (Heiligenberg 2). Dès lors, la demande de towerCast peut être entendue comme portant sur le site de TDF permettant de couvrir la zone de Mutzig 1 et donc sur le site de Mutzig (Heiligenberg 2).

En conséquence, au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, l'Autorité estime, dans les circonstances de l'espèce, que l'échec des négociations sur la demande de communication de l'ODR de TDF sur le site de Mutzig (Heiligenberg 2) est avéré, que cette demande d'injonction de towerCast est, par suite, recevable et qu'il y a lieu de statuer sur cette dernière.

2.2.2 S'agissant de la demande visant la communication de l'ODR de tous les sites n'ayant pas fait l'objet d'une réplique par towerCast lorsque celui-ci en fait la demande dans le cadre d'appels d'offres à venir

Dans ses observations en défense, TDF relève qu'il ressort « *clairement des termes des courriels de towerCast précités que ses demandes de communication d'ODR portaient uniquement sur les deux sites visés par l'appel d'offre MHD7, à savoir les sites de Mutzig 1 et de Reillanne* ». TDF poursuit en soulignant qu'« [à] supposer qu'il puisse être considéré, dans ce contexte particulier, que TDF ait opposé à towerCast un « refus d'accès », un tel refus porterait uniquement sur l'accès aux sites de Mutzig 1 et de Reillanne, ce qui est confirmé par les termes du courriel de towerCast du 20 avril 2023 et de sa lettre recommandée du 12 mai 2023 »⁵¹.

Dans son mémoire en réplique, towerCast indique que dans la mesure où dans son courrier électronique en date du 21 avril 2023, TDF a mis en avant le partenariat conclu entre Valocôme et towerCast pour lui opposer son refus d'accès et que towerCast a répondu à cet argument dans son courrier recommandé avec accusé de réception en date du 12 mai 2023, TDF ne pouvait plus « *ignorer que towerCast faisait une réclamation qui ne couvrait plus seulement les seuls sites de l'Appel d'offres MHD7* »⁵². towerCast soutient également que la proposition de TDF dans son courrier en date du 31 mai 2023, de « *discuter plus avant des conditions dans lesquelles TDF pourrait communiquer des informations techniques et tarifaires qui seraient demandées par towerCast* » confirme que les négociations ont porté sur les autres sites ayant fait l'objet d'une réplique.

TDF répond à l'argument soulevé par towerCast que « *les demandes formulées par towerCast auprès de TDF étaient strictement limitées à la communication de l'offre de référence des sites de Reillanne et de Mutzig 1* », que « [l]a seule circonstance que towerCast a fait référence à l'accord de partenariat dans sa lettre recommandée n'est évidemment pas de nature à modifier l'objet du différend, tel que défini par les demandes de towerCast » et enfin que « *la proposition de dialogue de TDF, formulée en réponse à la demande de towerCast de communiquer l'offre d'accès aux sites de Mutzig 1 et de Reillanne, portait donc évidemment sur les sites visés dans la demande de towerCast* »⁵³.

En l'espèce, il apparaît dans les courriers électroniques échangés entre les parties entre le 17 avril 2023 et le 21 avril 2023, ainsi que dans les courriers en date du 12 mai 2023 et du 31 mai 2023, que sont visés alternativement « *les deux sites de l'appel d'offres [i.e. l'appel d'offres lancé par la société MHD7 le 5 avril 2023]* »⁵⁴ ou « *les sites de Mutzig 1 et de Reillanne (les « sites concernés »)* »⁵⁵. Le fait que TDF

⁵¹ Observations en défense de TDF, points 47 et suivants, page 14.

⁵² Mémoire en réplique de towerCast, point 48, page 9.

⁵³ Deuxièmes observations en défense de TDF, points 19 et suivants, pages 7 et 8.

⁵⁴ Courrier électronique adressé par towerCast à TDF le 18 avril 2023.

⁵⁵ Courrier adressé par towerCast à TDF le 12 mai 2023.

ait opposé l'existence d'un partenariat entre Valocôme et towerCast pour refuser de communiquer l'offre de référence ne suffit pas à considérer que la demande de towerCast aurait un champ plus large que les seuls sites desservant les zones de Mutzig 1 et Reillanne et s'étendrait à tous les autres sites n'ayant pas fait l'objet d'une réplique.

Il ressort des éléments du dossier que la communication de l'ODR de TDF pour « *tous les sites n'ayant pas fait l'objet d'une réplique par towerCast lorsque celle-ci en fait la demande dans le cadre d'appels d'offres à venir* » n'a pas fait l'objet d'une demande de la part de towerCast au cours des négociations qui se sont tenues entre les parties.

Par conséquent, l'Autorité ne peut que constater l'absence d'échec des négociations et rejeter comme irrecevables les conclusions de towerCast tendant à ordonner la communication d'une ODR sur les autres sites ayant fait l'objet d'une réplique dans le cadre des appels d'offres à venir.

*

* *

Ainsi, l'Autorité considère que seules les conclusions de towerCast tendant à la communication de l'offre de référence de TDF sur le site desservant la zone de Mutzig 1 sont recevables et qu'il y a lieu de statuer sur ces dernières.

3 Rappel du cadre juridique applicable

En application de l'article L. 37-1 du CPCE, l'Arcep « *détermine, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, et après avis de l'Autorité de la concurrence, les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2.*

Après avoir analysé l'état et l'évolution prévisible de la concurrence sur ces marchés, l'autorité établit, après avis de l'Autorité de la concurrence, la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés, au sens des dispositions de l'alinéa suivant. [...] ».

Par ailleurs, en application de l'article L. 38-1-1 du CPCE, l'Autorité « *peut accepter des engagements souscrits auprès d'elle par les opérateurs, réputés exercer une influence significative sur un ou plusieurs marchés pertinents en application de l'article L. 37-1 relatifs au co-investissement ou aux conditions d'accès à leurs réseaux lorsqu'elle établit que ces engagements sont de nature à contribuer à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 et notamment au développement d'une concurrence effective dans le secteur des communications électroniques. [...]* », et peut décider « *de rendre contraignant tout ou partie de ces engagements, pour une période donnée qui ne peut dépasser la durée proposée par l'opérateur* ».

C'est sur le fondement de ces dispositions que l'Arcep a désigné, dans sa décision n° 2022-0931 susvisée, la société TDF comme opérateur exerçant une influence significative sur le marché pertinent de gros amont des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, et a rendu opposables les engagements proposés par TDF.

En particulier, sont annexées à la décision n° 2022-0931 les engagements suivants auxquels la société TDF est ainsi tenue de se conformer :

L'engagement 2.1 de la décision n° 2022-0931 prévoyant que : « *TDF s'engage à faire droit à toute demande raisonnable d'accès à des éléments de réseau ou à des ressources qui y sont associées portant sur la fourniture de prestations sur le marché de gros amont de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, à l'exception des demandes d'accès relatives à la fourniture d'une prestation d'hébergement d'antennes d'émission spécifique TNT sur ses pylônes* ».

L'engagement 2.3 de la décision n° 2022-0931 prévoyant notamment que : « *TDF s'engage à publier une offre de référence technique et tarifaire d'accès aux prestations relevant du marché de gros amont des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, relatives à l'hébergement ou à la diffusion, respectant les présentes dispositions. [...]*

Par exception au premier alinéa du paragraphe 2.3, TDF ne s'engage pas à publier une offre de référence s'agissant des caractéristiques de ses sites ou de ses antennes ayant fait l'objet d'une réplique. Toutefois, TDF s'engage à transmettre ces informations à l'ARCEP et, le cas échéant, sur demande, à un diffuseur alternatif autre que celui qui a répliqué son infrastructure ».

Ces engagements s'inscrivent dans la continuité des obligations de la précédente décision d'analyse de marché⁵⁶.

L'exception à l'obligation de publication de l'ODR de TDF lorsqu'un site est répliqué par un diffuseur alternatif, figurant aujourd'hui dans l'engagement 2.3, a été ajoutée à l'occasion de la décision d'analyse de marché n° 2015-1583. Dans cette décision, il est notamment indiqué qu'il « *n'apparaît néanmoins pas justifié que TDF continue à publier les caractéristiques de ses sites dans le cas particulier où ils sont répliqués par un diffuseur alternatif : en effet, cela donnerait des informations stratégiques à ce diffuseur et pourrait fausser le jeu de la concurrence. Pour les mêmes raisons, il ne semble pas pertinent d'imposer à TDF de publier les informations relatives à sa chaîne technique de diffusion lorsque son antenne a été répliquée par un concurrent* »⁵⁷.

4 Sur la demande de towerCast visant à la communication de l'ODR sur la zone de Mutzig 1

Pour rappel, towerCast demande à l'Autorité d'« *ordonner à TDF de communiquer à towerCast l'ODR à jour [du site] de Mutzig 1* ».

A titre liminaire, la demande, objet du présent différend, porte sur la communication d'une ODR de TDF. A cet égard, la décision n° 2022-0931 contient un engagement spécifique, à savoir l'engagement 2.3, pour encadrer les conditions dans lesquelles TDF est tenu de communiquer son offre de référence.

Ainsi, c'est au regard de l'engagement 2.3 qu'il y a lieu d'examiner si la demande de communication de l'offre de référence sur le site desservant la zone de Mutzig 1 est fondée et raisonnable.

4.1 Arguments des parties

D'une part, towerCast considère que « *[l]e Partenariat mentionné par TDF dans son courriel du 21 avril 2023, ne peut avoir pour effet de limiter les Engagements de TDF vis-à-vis de l'Arcep* »⁵⁸, car selon towerCast, celui-ci n'a pas répliqué le site de TDF et « *le fait que deux acteurs indépendants encadrent leurs relations et l'accès à leurs infrastructures ne peut en aucun cas venir circonscrire des engagements pris par un tiers et rendus contraignants par une décision de l'Arcep relevant du pouvoir réglementaire* »⁵⁹.

Pour démontrer qu'il n'a pas répliqué le site de TDF, towerCast indique que « *[lorsqu'il] sollicite une ODR auprès de TDF lui permettant de répondre à un appel d'offres, towerCast ne « dispose » pas encore*

⁵⁶ Décision n° 2015-1583 précitée.

⁵⁷ Décision n° 2015-1583 précitée, page 70.

⁵⁸ Saisine de towerCast, point 61, page 13.

⁵⁹ *Ibid.*

du site de TDF. Ce n'est qu'une fois que towerCast accepte l'ODR qu'[il] est en capacité de l'inclure dans son offre de diffusion aux multiplex. Le même raisonnement s'applique aux relations entre towerCast et Valocôme. towerCast ne dispose, a priori, d'aucun site de Valocôme en ce sens qu'[il] doit demander à Valocôme de lui proposer une offre qu'[il] peut choisir d'accepter ou refuser. Le Partenariat ne modifie en rien cette relation puisqu'il ne prévoit aucune obligation pour Valocôme de proposer ses sites à towerCast ou pour towerCast d'accepter les offres de Valocôme »⁶⁰. towerCast précise également que « Valocôme étant capable d'offrir des prestations d'accès aux diffuseurs présent[s] sur l'aval, [il] est un acteur sui generis du marché de gros amont de la diffusion hertzienne en capacité de reproduire des sites »⁶¹ et que c'est bien Valocôme qui doit être considéré comme ayant répliqué les sites de TDF⁶².

En outre, towerCast relève que si « TDF soutient que l'engagement 2.3. s'applique uniquement à « la situation dans laquelle le diffuseur alternatif ne dispose d'aucune infrastructure alternative [...] et n'est donc pas en mesure de répondre utilement aux appels d'offres des multiplex », « [c]ette affirmation est fausse puisque dans son avis 21-A-17 l'Autorité a justement visé les « diffuseurs alternatifs, déjà présents sur le marché et n'ayant pas encore répliqué certaines infrastructures de TDF ». Elle ne vise en aucun cas les diffuseurs n'ayant aucune autre alternative aux infrastructures de TDF »⁶³.

TDF considère quant à lui que « la société towerCast ne saurait bénéficier de l'exception qui permet au « diffuseur alternatif autre que celui qui a répliqué » le site d'avoir la communication de l'ODR d'un site répliqué »⁶⁴, dans la mesure où il a pu légitimement déduire du communiqué de presse publié par Valocôme et towerCast le 31 mai 2022, relatif au partenariat conclu entre eux, « que towerCast bénéficie de la mise à disposition d'infrastructures par Valocôme dans les communes de Heiligenberg et de Reillanne, et que les sites de TDF situés dans ces deux communes devaient être regardés comme répliqués par towerCast »⁶⁵. TDF relève que, si towerCast affirme « que le partenariat ne prévoit aucune obligation pour Valocôme de proposer ses sites à towerCast ou pour towerCast d'accepter les offres de Valocôme », cette présentation « entre en contradiction avec les informations communiquées précédemment par les parties sur le contenu de l'accord de partenariat »⁶⁶. De plus, TDF considère que, dans la mesure où Valocôme n'a pas la qualité de diffuseur alternatif, « c'est bien towerCast qui doit être regardé comme le diffuseur alternatif ayant répliqué les sites de TDF au sens de la régulation ex ante du marché de gros amont de la diffusion hertzienne terrestre de la TNT »⁶⁷.

A la suite de la communication par towerCast d'une version non-confidentielle du partenariat conclu entre towerCast et Valocôme le 31 mai 2022, TDF souligne que ce dernier « ne confirme en rien la description faite par towerCast du contenu de cet accord »⁶⁸. Il relève que « l'accord de partenariat organise [...] la mise à disposition de towerCast d'infrastructures construites par Valocôme, sans que cette mise à disposition soit assujettie à des conditions »⁶⁹ et qu'« [e]n tout état de cause, et à supposer même que Valocôme puisse, en théorie, refuser l'accès à certains de ses sites dans certains cas, il ressort clairement des réponses de towerCast au questionnaire n° 1 de l'ARCEP qu'en l'espèce, towerCast a

⁶⁰ Mémoire en réplique de towerCast, points 68 et 69, page 12.

⁶¹ Mémoire en réplique de towerCast, points 73 et suivants, pages 12 et 13.

⁶² Mémoire en réplique de towerCast, point 78, page 13.

⁶³ Mémoire en réplique de towerCast, points 76 et 77, page 13.

⁶⁴ Observations en défense de TDF, point 55, page 15.

⁶⁵ Observations en défense de TDF, point 60, page 17 ; également dans le même sens, deuxièmes observations en défense de TDF, point 28, page 9.

⁶⁶ Deuxièmes observations en défense de TDF, point 28, page 9.

⁶⁷ Observations en défense de TDF, point 65, page 18 ; également dans le même sens, deuxièmes observations en défense de TDF, point 27, page 9.

⁶⁸ Troisièmes observations en défense de TDF, point 19, page 6.

⁶⁹ Troisièmes observations en défense de TDF, point 20, page 7.

bien bénéficié de la mise à disposition de sites construits par Valocîme dans les communes d'Heiligenberg et de Reillanne »⁷⁰.

Par ailleurs, selon TDF, l'exception prévue par l'engagement 2.3, permettant à un diffuseur qui n'a pas répliqué le site de TDF d'obtenir la communication de l'ODR à sa demande, a pour objectif *« notamment de permettre à cet opérateur de bénéficier d'une visibilité suffisante sur ses coûts sur le marché de gros amont afin de pouvoir répondre aux appels d'offres des multiplex sur le marché de gros aval »⁷¹, et que « cet objectif renvoie à la situation dans laquelle le diffuseur alternatif ne dispose d'aucune infrastructure alternative, qu'il en soit propriétaire ou non, et n'est donc pas en mesure de répondre utilement aux appels d'offres des multiplex »⁷². Or, TDF considère que, dans le cas d'espèce, « la mise à disposition des sites par Valocîme permet d'ores et déjà à towerCast de disposer de la visibilité sur ses coûts sur le marché de gros amont et de répondre aux appels d'offres des multiplex sur le marché de gros aval, ce qui est confirmé par l'attribution de la diffusion sur le site de Mutzig à towerCast par MHD7 »⁷³.*

D'autre part, towerCast estime que *« le refus de faire droit à la demande d'accès de towerCast est contraire au principe de concurrence effective et loyale en ce qu'il a pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence dans le cadre de l'Appel d'offres de MHD7 en privant towerCast du choix de la meilleure offre d'accès »⁷⁴. Il ajoute que selon lui, « [l]e refus opposé par TDF limite le choix de towerCast lorsqu'un site a été répliqué par Valocîme. Il traduit l'objectif de TDF de freiner les effets de la concurrence par les infrastructures alors que cette dernière est la forme de concurrence la plus à même de faire baisser les prix sur les marchés de gros aval. En refusant l'accès à ses sites lorsqu'ils ont été répliqués par Valocîme, en violation des Engagements 2.1. et 2.3., TDF empêche towerCast de bénéficier des effets d'une concurrence accrue sur les sites répliqués par Valocîme ou par un autre acteur »⁷⁵. Par ailleurs, towerCast relève que « la communication d'une ODR n'implique aucun coût supplémentaire pour TDF puisqu'elle est tenue de préparer les ODR concernant les sites répliqués pour les transmettre à l'Arcep » et qu'en tant que destinataire de l'appel d'offres de la société MHD7, « [elle] disposait de toutes les informations afférentes à celui-ci, notamment quels sites étaient concernés et le délai du dépôt de la réponse »⁷⁶.*

TDF soutient quant à lui que *« towerCast ne fait état d'aucun « problème concurrentiel particulier » qui résulterait de l'absence de communication de l'ODR pour l'accès aux sites de Mutzig et de Reillanne [...]. En effet, towerCast dispose, dans le cadre du partenariat qui la lie à Valocîme, de l'accès à des sites alternatifs dans chacune de ces deux zones, lui permettant de candidater à des appels d'offres organisés par des multiplex et de remporter de tels appels d'offres. TDF constate que, dans le cadre de l'appel d'offres organisé par MHD7 en avril 2023, towerCast a pu présenter une offre malgré l'absence de communication de l'ODR de TDF, en s'appuyant sur les sites dont elle dispose dans ces zones dans le cadre du partenariat qui la lie à Valocîme. L'offre de towerCast a été retenue s'agissant du site de Mutzig »⁷⁷.*

TDF fait également valoir que la communication de son offre de référence *« fausserait le jeu de la concurrence sur le marché de gros aval au détriment de TDF et irait à l'encontre de l'objectif de la*

⁷⁰ Troisièmes observations en défense de TDF, point 12, page 7.

⁷¹ Observations en défense de TDF, point 59, page 16 ; également dans le même sens, deuxièmes observations en défense de TDF, point 26, page 8.

⁷² Observations en défense de TDF, point 70, page 19.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Saisine de towerCast, point 74, page 15.

⁷⁵ Saisine de towerCast, point 76, page 15.

⁷⁶ Saisine de towerCast, point 60, page 13.

⁷⁷ Observations en défense de TDF, point 89, page 24.

*régulation lié à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale [...] »⁷⁸. TDF rappelle que l'Autorité a « identifié le risque que la communication des données tarifaires d'un site répliqué au diffuseur ayant répliqué ce site » donne [...] des informations stratégiques à ce diffuseur et [fausse] le jeu de la concurrence » (cf. *Décision n° 2015-1583, p. 70*) » et que « [c]'est précisément pour cette raison que l'ARCEP a décidé, dans sa [d]écision n° 2015-1583, que « TDF n'est [...] pas tenu de publier dans l'offre de référence les caractéristiques de ses sites et de ses antennes ayant fait l'objet d'une réplication » »⁷⁹. A cet égard, TDF considère qu'en l'espèce, la communication de son ODR à towerCast « donnerait à towerCast des informations stratégiques »⁸⁰ et « entraverait le bon fonctionnement de la concurrence sur le marché de gros aval et priverait les multiplex du bénéfice de la mise en concurrence dans le cadre d'appels d'offres relatifs à ces sites »⁸¹. En ce sens, TDF considère en particulier, à la lecture de la version non confidentielle de l'accord de partenariat transmis par towerCast en réponse au premier questionnaire des rapporteurs, que « la structure même de l'accord de partenariat démontre que l'objectif de cet accord n'est pas de fixer la rémunération de Valocôme par rapport aux coûts réels qui seraient supportés par ce dernier, mais de fixer le prix d'accès de towerCast à l'infrastructure de Valocôme en fonction du comportement de TDF, afin de permettre à towerCast de se positionner dans le cadre de réponses aux appels d'offres de multiplex en fonction de la stratégie adoptée par TDF »⁸².*

TDF argue du fait que la connaissance du prix de l'offre de TDF, à travers la communication de son ODR, donnerait à towerCast « la possibilité d'anticiper le prix minimum que pourrait proposer TDF sur le marché de gros aval en réponse à l'appel d'offres de MHD7, et le cas échéant, de se positionner en-dessous de ce prix minimum pour remporter l'appel d'offres »⁸³. Dans ses deuxièmes observations en défense, il schématise la composition du prix de diffusion pour démontrer que dès lors que le prix de diffusion est majoritairement composé des coûts d'accès, la connaissance des coûts d'accès aux infrastructures du concurrent 1 par un concurrent 2 permet à ce dernier « d'anticiper avec précision le niveau de prix que pourra proposer TDF [le concurrent 1] sur le marché de gros aval »⁸⁴. Par conséquent, « la connaissance par towerCast du coût d'accès de TDF [...] fausserait [...] le fonctionnement d'appels d'offres organisés par les multiplex, en dégradant le bénéfice que tirent les multiplex de la mise en concurrence »⁸⁵.

towerCast remet en cause l'impact de la connaissance des coûts sur le fonctionnement concurrentiel du marché tel que décrit par TDF. En réponse au premier questionnaire des rapporteurs, il estime ainsi, en premier lieu, que dans la mesure où TDF doit « publier ses ODR sur les sites non-répliqués et communiquer les ODR des sites répliqués aux diffuseurs autres que celui l'ayant répliqué [...], towerCast a, en tout état de cause, accès aux ODR de TDF et peut donc estimer le prix minimum d'hébergement que TDF est en mesure de proposer aux multiplex sur le marché aval »⁸⁶. En deuxième lieu, bien que TDF soutienne que la « connaissance du tarif d'accès au site de TDF [permettrait à towerCast d'] anticiper avec précision le niveau de prix que pourra proposer TDF sur le marché de gros aval »⁸⁷, towerCast soutient que « la fourchette que représente la part amont du prix de diffusion est beaucoup plus large » que ce qu'avance TDF et qu'ainsi « toute tentative de modélisation du prix de prestation

⁷⁸ Observations en défense de TDF, point 79, page 21.

⁷⁹ Observations en défense de TDF, point 78, page 21 ; également dans le même sens, deuxièmes observations en défense de TDF, point 40, page 14.

⁸⁰ Observations en défense de TDF, points 80 et suivants, pages 21 et 22.

⁸¹ Observations en défense de TDF, points 85 et suivants, pages 22 et 23.

⁸² Troisièmes observations en défense de TDF, point 33, page 11.

⁸³ Observations en défense de TDF, point 83, page 22.

⁸⁴ Deuxièmes observations en défense, point 37, page 13.

⁸⁵ Deuxièmes observations en défense, point 38, page 14.

⁸⁶ Réponse de towerCast à la question 16 du premier questionnaire des rapporteurs.

⁸⁷ Deuxièmes observations en défense de TDF, point 30, page 10.

d'émission pour connaître avec précision le prix minimum de diffusion proposé par son concurrent sur le marché aval est vaine »⁸⁸. De plus, towerCast soutient que TDF, en tant qu'opérateur historique détenant « des infrastructures sur la quasi-totalité des zones de diffusion à couvrir », a « une parfaite connaissance des coûts induits par la construction d'une infrastructure de diffusion et peut, avec précision, estimer les prix pratiqués par towerCast sur les sites qu'elle a répliqué[s] »⁸⁹.

Dans son mémoire en réplique, towerCast avance que lorsqu'il « demande la communication de l'ODR de TDF sur ces deux sites, [il] a bien pour objectif de faire jouer la concurrence et choisir l'offre la plus concurrentielle au bénéfice de ses clients sur le marché aval »⁹⁰. Il estime que TDF lui reproche « de vouloir faire jouer la concurren[c]e entre TDF et Valocôme afin de diminuer les prix sur le marché aval, [alors qu']il existe un réel intérêt pour le marché à mettre en concurrence les infrastructures, seul vrai vecteur de concurrence, afin de permettre aux diffuseurs de faire baisser leurs offres sur le marché aval »⁹¹.

Enfin, **TDF indique** que « [l]a diffusion de deux multiplex par un même diffuseur à partir de deux sites différents entraîne bien un coût additionnel pour le diffuseur en raison d'un phénomène de démutualisation des coûts fixes de diffusion »⁹². **towerCast** explique que « [l]'économie de la diffusion repose majoritairement sur des économies d'échelles [et que si] un opérateur est amené à exploiter deux diffusions depuis des sites différents, alors tous ces éléments de mutualisation seront à dupliquer »⁹³.

4.2 Appréciation de l'Autorité

4.2.1 Appréciation sur la réplication du site desservant la zone de Mutzig 1, indépendamment de l'interprétation de la portée de l'accord de partenariat

Tout d'abord, l'Autorité relève que towerCast avait demandé à obtenir la communication de l'ODR dans le cadre des négociations avec TDF en vue de répondre à l'appel d'offres de la société MHD7 lancé en avril 2023. Or, il ressort des réponses aux questionnaires que towerCast a remporté l'appel d'offres de la société MHD7 sur la zone de Mutzig 1 et qu'il a installé son système antenneur sur le pylône de Valocôme à partir duquel il diffuse depuis le 23 octobre 2023. Dès lors, il apparaît que le refus de communication de l'offre de référence de TDF n'a pas fait obstacle à l'exercice de la concurrence dans le cadre de la réponse à l'appel d'offres de la société MHD7 sur cette zone⁹⁴. **Ensuite**, comme indiqué

⁸⁸ Réponse de towerCast à la question 16 du premier questionnaire des rapporteurs.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Mémoire en réplique de towerCast, point 86, page 14.

⁹¹ Mémoire en réplique de towerCast, point 91, page 15.

⁹² Réponse de TDF à la question 14 du deuxième questionnaire des rapporteurs.

⁹³ Réponse de towerCast à la question 14 du deuxième questionnaire des rapporteurs.

⁹⁴ Au demeurant, l'instruction a fait ressortir que le site déployé par TDF sur la zone de Mutzig 1 en remplacement de son site historique est un site temporaire, dont l'installation fait l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif, et qui a vocation à être remplacé par un site pérenne pour l'implantation duquel de nombreux recours sont en cours.

précédemment, towerCast a accepté l'offre d'accès au site de Valocôme⁹⁵, y a installé son propre système antenne et diffuse à partir de ce site⁹⁶.

Pour rappel, l'engagement 2.3 de la décision n° 2022-0931 prévoit que « [p]ar exception au premier alinéa du paragraphe 2.3, TDF ne s'engage pas à publier une offre de référence s'agissant des caractéristiques de ses sites ou de ses antennes ayant fait l'objet d'une réplique. Toutefois, TDF s'engage à transmettre ces informations à l'ARCEP et, le cas échéant, sur demande, à un diffuseur alternatif autre que celui qui a répliqué son infrastructure ».

Compte tenu des éléments qui précèdent, il apparaît que, au jour où l'Autorité se prononce sur la présente saisine en règlement de différend en application de l'article L. 36-8 du CPCE, towerCast a accès au pylône de Valocôme sur lequel il a installé son propre système antenne et à partir duquel il diffuse. Dès lors, et sans qu'il besoin de revenir sur les arguments des parties relatifs à la propriété du site, l'Autorité estime que towerCast a répliqué l'infrastructure de TDF sur la zone de Mutzig 1 au sens de l'engagement 2.3 de la décision n° 2022-0931.

A cet égard, il convient de rappeler que l'exception à la communication de l'ODR a été introduite parmi les obligations imposées à TDF à l'occasion de la décision d'analyse de marché n° 2015-1583, et reprise dans l'engagement 2.3 précité proposé par TDF à l'Autorité, rendu opposable par la décision d'analyse de marché n° 2022-0931, en considérant qu'« [i]l n'apparaît [...] pas justifié que TDF continue à publier les caractéristiques de ses sites dans le cas particulier où ils sont répliqués par un diffuseur alternatif : en effet, cela donnerait des informations stratégiques à ce diffuseur et pourrait fausser le jeu de la concurrence »⁹⁷. Dans ces conditions, towerCast aurait la capacité d'élaborer l'offre qu'il propose aux multiplex sur le marché de gros aval non pas de manière autonome mais en tenant compte des coûts de son concurrent.

Au surplus, les parties reconnaissent que la diffusion de deux multiplex par un même diffuseur à partir de deux sites différents entraînerait un coût additionnel pour le diffuseur par rapport à une diffusion de ces multiplex à partir d'un unique site⁹⁸. Dès lors, il ne serait pas efficace économiquement pour un opérateur qui a déployé un système antenne sur un site de diffuser depuis un autre site. Ainsi, l'intérêt de la communication de l'offre de référence du site de Mutzig (Heiligenberg 2) par TDF à towerCast n'est pas démontré.

Par conséquent, au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, et au vu en particulier de l'engagement 2.3 inscrit dans la décision d'analyse de marché n° 2022-0931 du 10 mai 2022 et des objectifs de régulation mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE, en particulier celui de « [l]'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques », l'Autorité considère, au jour où elle se

⁹⁵ En complément des réponses apportées lors de l'audience en date du 12 décembre 2023, towerCast indique, dans un courriel en date du 13 décembre 2023, qu'il a signé un contrat avec Valocôme l'autorisant à installer et exploiter ses équipements sur le site de Valocôme sur la zone de Mutzig 1. Par ailleurs, en ayant indiqué envisager d'émettre depuis les infrastructures de Valocôme à l'appel d'offres lancé le 4 juillet 2022 ainsi qu'à l'appel d'offres lancé le 5 avril 2023, il apparaît que towerCast avait engagé des négociations pour obtenir l'accès aux sites de Valocôme en vue d'installer une antenne sur ses infrastructures. Cela résulte notamment des pièces communiquées par towerCast dans lesquelles il apparaît, qu'à la suite du lancement du deuxième tour d'appel d'offres le 24 mai 2023, la société MHD7 avait en effet sollicité auprès de towerCast « des informations sur [sa] relation avec Valocôme telles que la durée de [leurs] contrats, le type d'hébergement et les garanties ayant un impact direct sur [leur multiplex]. » En réponse, towerCast a indiqué que « comme pour toutes [ses] diffusions hébergées sur des infrastructures d'un opérateur tiers, [elle] dispose de contrats d'hébergement pour [lui] permettre d'exercer, avec toutes les conditions nécessaires que cela implique, [son] métier de diffuseur TNT [...] » (Réponse de towerCast au premier questionnaire des rapporteurs, Pièce n° 12(b)).

⁹⁶ Réponse de towerCast à la question 10 du deuxième questionnaire des rapporteurs.

⁹⁷ Décision n° 2015-1582 précitée, page 70.

⁹⁸ Réponses de TDF et de towerCast à la question 14 du deuxième questionnaire des rapporteurs.

prononce, qu'il n'est ni justifié ni proportionné de faire droit à la demande towerCast visant à la communication de l'offre de référence de TDF pour le site desservant la zone de Mutzig 1.

4.2.2 Au surplus, sur la question de la répliation du site de TDF desservant la zone de Mutzig 1 au regard de l'accord de partenariat entre towerCast et Valocôme

a) Description de l'accord de partenariat et arguments des parties

Sur la description de l'accord de partenariat

Au préalable, il convient de préciser que la conclusion de cet accord de partenariat a fait l'objet d'une communication sur laquelle échangent les parties au différend. Un communiqué de presse en date du 31 mars 2022 annonçant la signature d'un partenariat industriel entre Valocôme et towerCast indique qu'« *en nouant un partenariat avec towerCast, Valocôme mettra à disposition son futur patrimoine d'infrastructures passives (pylônes) pour héberger towerCast, qui y exercera son métier de diffuseur en TV et Radio. De son côté, towerCast mettra à disposition son patrimoine de sites afin que Valocôme les commercialise auprès des opérateurs de téléphonie mobile. [...] towerCast qui opère près de 5.500 fréquence[s] en France souhaite poursuivre le développement de ses parts de marché en diversifiant ses sources d'accès aux infrastructures et réduisant ainsi sa dépendance à l'opérateur historique* »⁹⁹.

L'accord de partenariat, transmis par towerCast dans sa version non confidentielle en réponse au premier questionnaire des rapporteurs, intègre notamment les clauses suivantes :

[SDA].

Comme indiqué précédemment, dans son mémoire en réplique, **towerCast** soutient que « [l]e partenariat [...] ne prévoit aucune obligation pour Valocôme de proposer ses sites à towerCast ou pour towerCast d'accepter les offres de Valocôme »¹⁰⁰. Dans ses réponses au deuxième questionnaire des rapporteurs, il précise que « [c]ette affirmation s'articule avec les mentions figurant dans les cas 1 à 2 bis listés dans la partie 3.1. du Partenariat en ce que ces « cas » ne sont que des illustrations des différentes hypothèses dans lesquelles le Partenariat peut s'appliquer si towerCast et Valocôme le souhaitent et trouvent un accord. Ces illustrations des situations qui entrent dans le champ d'application du Partenariat ne représentent aucunement des obligations pour les parties au Partenariat »¹⁰¹.

De plus, towerCast a indiqué en réponse au premier questionnaire des rapporteurs que « [l]e Partenariat prévoit la rémunération de Valocôme pour la mise à disposition des sites. [SDA] »¹⁰². towerCast a confirmé lors de l'audience que cette clause était prévue dans l'accord.

Par ailleurs, towerCast soutient que l'accord de partenariat ne trouve pas systématiquement à s'appliquer. A cet égard, il indique que « *certaines infrastructures de towerCast et de Valocôme ne peuvent pas accueillir certains opérateurs ou activités d'opérateurs pour des raisons techniques, en particulier :*

- *certaines infrastructures n'ont pas la disponibilité linéaire permettant à un opérateur d'exercer son activité ;*
- *certaines infrastructures ne disposent pas d'une charge antennaire suffisante pour qu'un opérateur puisse y exercer son activité ; et*

⁹⁹ Demande de mesure d'instruction de TDF, pièce n° 2.

¹⁰⁰ Mémoire en réplique de towerCast, point 69, page 12.

¹⁰¹ Réponse de towerCast à la question 13 du deuxième questionnaire des rapporteurs.

¹⁰² Réponse de towerCast à la question 12 du premier questionnaire des rapporteurs.

- certains baux excluent l'exercice d'activités sur un site donné.

Lorsque ces situations se produisent, le Partenariat ne trouvent pas à s'appliquer. [...] L'exercice d'une nouvelle activité sur une infrastructure, que ce soit chez towerCast ou Valocôme, n'est donc jamais mise en œuvre automatiquement. Enfin, le Partenariat ne prévoyant aucune obligation pour towerCast ou Valocôme de demander une offre [...] ou d'être hébergé chez l'autre, aucune infrastructure n'est systématiquement incluse dans le champ du partenariat »¹⁰³.

De son côté, TDF considère qu'« [SDA] TDF n'identifie aucune autre clause dans la version non-confidentielle de l'accord de partenariat qui permettrait à Valocôme de ne pas mettre à la disposition de towerCast un site entrant dans le « cas 1 Bis » »¹⁰⁴.

De plus, TDF soutient que « la structure même de l'accord de partenariat démontre que l'objectif de cet accord n'est pas de fixer la rémunération de Valocôme par rapport aux coûts réels qui seraient supportés par ce dernier, mais de fixer le prix d'accès de towerCast à l'infrastructure de Valocôme en fonction du comportement de TDF, afin de permettre à towerCast de se positionner dans le cadre de réponses aux appels d'offres des multiplex en fonction de la stratégie adoptée par TDF »¹⁰⁵.

b) Appréciation de l'Autorité

Tout d'abord, l'Autorité relève, au regard de ce qui précède, que l'objet de l'accord de partenariat conclu entre Valocôme et towerCast est d'utiliser les sites de Valocôme aux fins de fourniture par towerCast de ses services de diffusion TNT. Si towerCast soutient que l'accord de partenariat n'implique ni une obligation pour Valocôme de donner accès à ses sites à towerCast, ni une obligation pour towerCast de diffuser à partir des sites de Valocôme et si l'accord de partenariat prévoit la conclusion de conventions particulières d'accès ultérieures, l'Autorité note que l'accord de partenariat prévoit un engagement de Valocôme à l'égard de towerCast, notamment au regard de l'indication de towerCast, en réponse au second questionnaire des rapporteurs [SDA]¹⁰⁶, ce qui a été confirmé par towerCast lors de l'audience.

Ensuite, il apparaît – ce que towerCast ne conteste pas – que l'accord de partenariat organise les conditions de mise à disposition des infrastructures de Valocôme au profit de towerCast et encadre les conditions d'utilisation desdites infrastructures par towerCast pour ses activités de diffusion TNT.

Par ailleurs, l'Autorité note qu'aux termes de l'article 3.1 de l'accord de partenariat, lorsque Valocôme [SDA]. Ainsi, il semblerait que, en vertu de l'accord, le principe soit la diffusion par towerCast sur le pylône de Valocôme, sauf lorsque towerCast dispose déjà d'une infrastructure sur la zone.

Dans les cas mentionnés ci-dessus où towerCast diffuse sur le site de Valocôme, l'accord de partenariat prévoit que towerCast est chargé des différents raccordements (y compris l'installation d'un système antenne) et des travaux nécessaires à la commercialisation des offres de diffusion depuis les pylônes de Valocôme.

Compte tenu de ce qui précède, il apparaît que, dans la zone de Mutzig 1, zone où towerCast n'était pas déjà présent avant de remporter l'appel d'offres lancé par la société MHD7 et sur laquelle les infrastructures de Valocôme et TDF coexistent, l'accord de partenariat a mis towerCast en mesure de répliquer le site de TDF ; ce qu'il a d'ailleurs fait, comme développé précédemment (partie 4.2.1).

¹⁰³ Réponse de towerCast à la question 9 du deuxième questionnaire des rapporteurs.

¹⁰⁴ Troisièmes observations en défense de TDF, point 19, page 6.

¹⁰⁵ Troisièmes observations en défense de TDF, point 34, page 11.

¹⁰⁶ Réponse de towerCast à la question 12 du premier questionnaire des rapporteurs.

4.3 Conclusion générale

En conclusion, au regard de l'ensemble des éléments qui précèdent, et au vu en particulier des articles L. 34-8 du CPCE, L. 36-8 du CPCE et des objectifs de régulation mentionnés à l'article L. 32-1 du CPCE notamment les objectifs de « *développement de l'investissement, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques* » et « *d'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale* », l'Autorité considère qu'il n'est pas justifié et équitable de faire droit aux demandes de towerCast.

Décide :

Article 1. Les demandes de la société towerCast sont rejetées.

Article 2. La directrice des affaires juridiques de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse est chargée de notifier la présente décision aux sociétés towerCast et TDF. Elle sera rendue publique sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le 19 décembre 2023,

La présidente

Laure de La Raudière