

**CONSEIL D'ETAT**  
statuant  
au contentieux

Cette décision sera  
mentionnée dans les  
tableaux du Recueil **LEBON**

**Nos 363920, 363949, 365455**

**REPUBLIQUE FRANÇAISE**

\_\_\_\_\_  
**SOCIÉTÉ TDF et autres**  
\_\_\_\_\_

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

\_\_\_\_\_  
**M. Tristan Aureau**  
Rapporteur  
\_\_\_\_\_

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux  
(Section du contentieux, 2ème et 7ème sous-sections réunies)

\_\_\_\_\_  
**Mme Béatrice Bourgeois-Machureau**  
Rapporteur public  
\_\_\_\_\_

Sur le rapport de la 2ème sous-section  
de la Section du contentieux

\_\_\_\_\_  
Séance du 28 mai 2014  
Lecture du 11 juin 2014  
\_\_\_\_\_

Vu 1°, sous le n° 363920, la requête sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés le 15 novembre 2012 et le 15 février 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés par la société towerCast, dont le siège est 40-50, avenue Théophile Gautier à Paris (75016) ; la société demande au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal, d'annuler pour excès de pouvoir la décision n° 2012-1137 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) 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 en tant qu'elle ne tient pas compte de critères d'ordre administratif et foncier pour établir une liste des sites non répliquables de la société TDF et, à titre subsidiaire, d'annuler pour excès de pouvoir cette décision ;

2°) de mettre à la charge de l'Etat une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu 2°, sous le n° 363949, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 16 novembre 2012 et 15 février 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société TDF, dont le siège est 106, avenue Marx Dormoy, Immeuble Cap Sud à Montrouge (92120) ; la société TDF demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la même décision ;

2°) d'ordonner une enquête en application de l'article R. 623-1 du code de justice administrative ;

3°) de mettre à la charge de l'ARCEP la somme de 10 000 euros au titre de des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

.....

Vu 3°, sous le n° 365455, la requête sommaire et le mémoire complémentaire enregistrés le 23 janvier et le 23 avril 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la société Multiplexe R5, dont le siège est 1, quai du Point du jour à Boulogne-Billancourt (92100) ; la société Multiplexe R5 demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler pour excès de pouvoir la même décision ;

2°) de mettre à la charge de l'ARCEP la somme de 8 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code justice administrative ;

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 28 mai 2014, présentée pour la société TDF ;

Vu la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 ;

Vu la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 ;

Vu les lignes directrices adoptées par la Commission européenne le 11 juillet 2002 sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques ;

Vu la recommandation adoptée par la Commission européenne le 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 ;

Vu la recommandation adoptée par la Commission européenne le 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 ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu la loi n° 2007-309 du 5 mars 2007 ;

Vu la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 ;

Vu l'ordonnance n° 2009-1019 du 26 août 2009 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Tristan Aureau, auditeur,

- les conclusions de Mme Béatrice Bourgeois-Machureau, rapporteur public,

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société TDF, à la SCP Baraduc, Duhamel, Rameix, avocat de la société Itas Tim et à la SCP Delaporte, Briard, Trichet, avocat de la société Multiplexe R5 ;

1. Considérant que les requêtes de la société TDF, de la société towerCast et de la société Multiplexe R5 sont dirigées contre la même décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur les dispositions applicables au litige :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques : « *L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes 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. / Est réputé exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques tout opérateur qui, pris individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs. Dans ce cas, l'opérateur peut également être réputé exercer une influence significative sur un autre marché étroitement lié au premier (...)* » qu'en vertu de l'article L. 37-2 du même code, l'ARCEP « *fixe en les motivant : / (...) 2° Les obligations des opérateurs*

*réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques, prévues aux articles L. 38 et L. 38-1 (...) / Ces obligations s'appliquent pendant une durée limitée fixée par l'autorité, pour autant qu'une nouvelle analyse du marché concerné, effectuée en application de l'article L. 37-1, ne les rendent pas caduques. / L'Autorité n'impose d'obligations aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques qu'en l'absence de concurrence effective et durable et les supprime dès lors qu'une telle concurrence existe » ;*

3. Considérant que selon l'article L. 38 du même code : « I.- Les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques peuvent se voir imposer, en matière d'interconnexion et d'accès, une ou plusieurs des obligations suivantes, proportionnées à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1 : / 1° Rendre publiques des informations concernant l'interconnexion ou l'accès, notamment publier une offre technique et tarifaire détaillée d'interconnexion ou d'accès lorsqu'ils sont soumis à des obligations de non-discrimination ; l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut imposer, à tout moment, des modifications à une telle offre pour la mettre en conformité avec les dispositions du présent code. L'opérateur communique à cette fin à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes toute information nécessaire ; / 2° Fournir des prestations d'interconnexion ou d'accès dans des conditions non discriminatoires ; / 3° Faire droit aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau ou à des moyens qui y sont associés ; / 4° Ne pas pratiquer de tarifs excessifs ou d'éviction sur le marché en cause et pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants ; / 5° Isoler sur le plan comptable certaines activités en matière d'interconnexion ou d'accès, ou tenir une comptabilité des services et des activités qui permette, y compris sur les marchés de détail associés à un marché de gros sur lequel l'opérateur est réputé exercer une influence significative, de vérifier le respect des obligations imposées au titre du présent article ; le respect de ces prescriptions est vérifié, aux frais de l'opérateur, par un organisme indépendant désigné par l'autorité ; / 6° Le cas échéant, dans des circonstances exceptionnelles, respecter toutes autres obligations définies, après accord de la Commission européenne, en vue de lever ou d'atténuer les obstacles au développement d'une concurrence effective identifiés lors de l'analyse du marché prévue à l'article L. 37-1 (...) / III.-Les obligations prévues au présent article sont établies, maintenues ou supprimées, compte tenu de l'analyse du marché prévue à l'article L. 37-1 (...) » ;

4. Considérant qu'en vertu des articles D. 301 et D. 302 du code des postes et des communications électroniques, l'ARCEP, pour ce qui concerne l'application des deux premiers alinéas de l'article L. 37-1, « tient le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices adoptées par la Commission européenne en application de l'article 15 de 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 (directive cadre) » ; que les projets de mesures pris en application des deux premiers alinéas de l'article L. 37-1 font l'objet d'une consultation publique dans les conditions prévues aux articles L. 32-1 et D. 304 ; qu'ils sont soumis pour avis à l'Autorité de la concurrence et, lorsqu'ils incluent la diffusion de la radio et de la télévision dans le périmètre d'un marché pertinent, au Conseil supérieur de l'audiovisuel ; qu'ils font l'objet d'une consultation de la Commission européenne, de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques et des autorités compétentes des autres Etats membres de l'Union européenne dans les conditions prévues aux articles L. 37-3 et D. 305 ; que l'inscription d'un marché sur la liste des marchés pertinents est prononcée pour une durée maximale de trois ans;

5. Considérant qu'aux termes de l'article D. 303 : « Lorsqu'elle détermine qu'un opérateur exerce une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut lui imposer une ou plusieurs obligations parmi celles prévues aux articles D. 307 à D. 315. / Les projets de mesures correspondants font l'objet d'une consultation publique dans les conditions prévues aux articles L. 32-1 et D. 304. Ils font l'objet d'une consultation de la Commission européenne, de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques et des autorités compétentes des autres Etats membres de l'Union européenne dans les conditions prévues aux articles L. 37-3 et D. 305. Ils fixent la durée d'application de chacune des obligations établies ou maintenues qui ne peut dépasser la date de révision des décisions prises en vertu de l'article D. 301. / Les obligations imposées en application du présent article sont réexaminées dans les conditions prévues à l'article D. 301. Ce réexamen peut être effectué conjointement à celui des marchés pertinents correspondants et à celui de la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés. Toutefois, l'autorité peut modifier, dans les conditions prévues par le présent code, les obligations imposées aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques sans effectuer une nouvelle détermination des marchés pertinents » ;

Sur le litige :

6. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'à compter de 2006, l'ARCEP a imposé à la société TéléDiffusion de France, devenue TDF, différentes obligations sur le fondement des dispositions du code des postes et des communications électroniques relatives aux opérateurs exerçant une obligation significative sur un marché, d'abord par deux décisions du 6 avril 2006 valant pour une durée de trois ans jusqu'en 2009, puis par une décision du 11 juin 2009 valant pour une nouvelle durée de trois ans jusqu'en 2012 ;

7. Considérant que l'ARCEP, par une nouvelle décision en date du 11 septembre 2012, prise sur le fondement des dispositions du code des postes et des communications électroniques précédemment citées et valant pour une nouvelle période de trois ans, a déclaré pertinent le « marché de gros amont des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels » et désigné la société TDF comme seul opérateur exerçant une influence significative sur ce marché ; que, par les articles 3 à 10 de cette décision, l'ARCEP a imposé différentes obligations à la société TDF ; qu'en particulier, l'article 3 de la décision attaquée impose à la société TDF l'obligation de faire droit à toute demande raisonnable d'accès des opérateurs alternatifs à des éléments de réseau ou à des ressources qui y sont associées permettant la fourniture de prestations sur le marché ; que l'article 5 de la décision impose à la société TDF des obligations d'information ; que l'article 8 de la décision impose à TDF d'offrir sur les sites de diffusion énumérés dans l'annexe III à la décision, qualifiés de sites « non-répliquables », les offres de gros et l'accès aux ressources associées à des tarifs reflétant les coûts correspondants, avec un encadrement tarifaire pluriannuel ; que l'article 7 impose à TDF de mettre en conformité les conventions en vigueur qui ne respecteraient pas les termes de la décision ; que l'article 9 prévoit que, sur les autres sites dits « répliquables », TDF ne peut pratiquer des tarifs d'éviction pour ses offres et, sur les sites « répliquables » qui n'ont pas été répliqués, ne peut pratiquer des tarifs excessifs ;

8. Considérant que cette décision de l'ARCEP du 11 septembre 2012 fait l'objet de trois recours pour excès de pouvoir formés respectivement par la société TDF, par la société towerCast, qui a une activité de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et intervient, concurrentement avec TDF, sur le marché pertinent considéré, et par la société Multiplexe R 5, qui assure la diffusion de programme d'éditeurs de services de télévision vers

les utilisateurs finals et intervient ainsi sur le marché de gros aval des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique ;

Sur l'intervention de la société Itas Tim :

9. Considérant que la société Itas Tim, qui est, comme la société towerCast, en situation de concurrence avec la société TDF sur le marché pertinent considéré, justifie ainsi d'un intérêt suffisant pour intervenir à l'appui de la demande d'annulation pour excès de pouvoir de la décision attaquée présentée par la société towerCast ;

Sur la légalité externe de la décision attaquée :

En ce qui concerne la règle de quorum :

10. Considérant qu'aux termes des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 130 du code des postes et des communications électroniques : « *L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ne peut délibérer que si cinq au moins de ses membres sont présents. Elle délibère à la majorité des membres présents (...)* » ; qu'il ressort des pièces versées au dossier que cinq membres de l'ARCEP étaient présents lors de la séance du 11 septembre 2012 au cours de laquelle la décision attaquée a été adoptée ; que le moyen tiré de ce que la règle de quorum fixée par l'article L. 130 aurait été méconnue manque ainsi en fait ;

En ce qui concerne la transparence de la procédure :

11. Considérant qu'aux termes des dispositions du III de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, rendues applicables en l'espèce par les dispositions des articles D. 301 à D. 303 précédemment citées : « *Lorsque, dans le cadre des dispositions du présent code, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes envisagent d'adopter des mesures ayant une incidence importante sur un marché ou affectant les intérêts des utilisateurs finals, ils rendent publiques les mesures envisagées dans un délai raisonnable avant leur adoption et recueillent les observations qui sont faites à leur sujet. Le résultat de ces consultations est rendu public, sous réserve des secrets protégés par la loi (...)* » ;

12. Considérant qu'il ressort des pièces versées au dossier que l'ARCEP a organisé une consultation publique sur l'analyse du marché de gros des services de diffusion audiovisuelle hertzienne terrestre entre le 7 février et le 7 mars 2012, ainsi qu'une consultation publique sur le projet de décision relatif à la régulation de ce marché entre le 27 avril et le 25 mai 2012 ; que l'ARCEP a recueilli les observations faites lors de ces consultations par les personnes intéressées ; que le résultat de ces consultations a été rendu public ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que l'ARCEP aurait méconnu les dispositions de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques ne peut qu'être écarté ;

En ce qui concerne la consultation de la Commission européenne :

13. Considérant qu'il résulte des dispositions combinées de l'article 7 et de l'article 16 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002, relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques que, lorsqu'une autorité réglementaire nationale a l'intention de prendre une mesure qui impose des obligations réglementaires spécifiques à une entreprise identifiée comme puissante sur un marché pertinent, elle met à disposition de la Commission, de l'Organe des régulateurs

européens des communications électroniques (ORECE) et des autorités réglementaires nationales des autres Etats membres le projet de mesure ainsi que les motifs sur lesquels la mesure est fondée et en informe la Commission, l'ORECE et les autres autorités réglementaires nationales ; que selon l'article 8 de la directive 2002/19/CE du 7 mars 2002, relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion, les autorités réglementaires nationales sont tenues de notifier à la Commission européenne les projets de mesures imposant des obligations réglementaires spécifiques aux opérateurs exerçant une influence significative sur les marchés pertinents du secteur des communications électroniques ; qu'aux termes des dispositions de l'article L. 37-3 du code des postes et des communications électroniques, qui procèdent à la transposition des objectifs de ces directives : « *L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes informe la Commission européenne ainsi que les autorités compétentes des autres Etats membres de la Communauté européenne des décisions qu'elle envisage de prendre, en application des articles L. 37-1 et L. 37-2, et qui sont susceptibles d'avoir des incidences sur les échanges entre les Etats membres (...)* » ; qu'en vertu de l'article D. 303 du même code, précédemment cité, cette procédure est applicable à la définition des obligations résultant de la décision attaquée ;

14. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'ARCEP a informé la Commission européenne, le 12 juillet 2012, de l'analyse du marché de gros considéré et du projet de décision qu'elle envisageait de prendre, sur lesquels la Commission a émis des observations le 13 août 2012 après avoir reçu les informations complémentaires qu'elle avait demandées ; que le taux de rémunération du capital employé pour déterminer les obligations comptables et l'encadrement tarifaire des prestations régulées de la société TDF ne saurait être regardé comme l'un des motifs sur lesquels ce projet de décision était fondé ; que, contrairement à ce qui est soutenu, la décision distincte n° 2012-0998 du 26 juillet 2012, par laquelle l'ARCEP a fixé le taux de rémunération du capital employé pour les obligations comptables et l'encadrement tarifaire sur l'année 2012 des prestations régulées de la société TDF, n'avait, par suite, pas à être transmise à la Commission en application des dispositions précédemment citées avant l'intervention de la décision attaquée ; qu'ainsi l'ARCEP n'a méconnu ni les dispositions du code des postes et des communications électroniques relatives à la consultation de la Commission européenne ni, en tout état de cause, celles résultant des objectifs des directives du 7 mars 2002 ;

En ce qui concerne la motivation de la décision attaquée :

15. Considérant que, conformément aux dispositions de l'article L. 37-2 du code des postes et des communications électroniques, la décision attaquée énonce les considérations de fait et de droit sur lesquelles elle est fondée ; que l'ARCEP n'était pas tenue de détailler davantage qu'elle ne l'a déjà fait la motivation qu'elle a retenue, notamment pour ce qui concerne les critères retenus en vue de définir la liste des sites de diffusion dits « non-réplicables » ou les conditions dans lesquelles sont susceptibles d'être appliquées aux contrats en cours les obligations définies par la décision attaquée ; que, par suite, les moyens tirés de ce que la décision attaquée serait insuffisamment motivée doivent être écartés ;

Sur la légalité interne :

En ce qui concerne la possibilité pour l'ARCEP de décider de mesures de régulation ex ante sur le marché considéré :

16. Considérant, ainsi qu'il a été dit au point 2, qu'en vertu de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, l'ARCEP détermine, au regard

notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, 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, qui lui confèrent le pouvoir d'imposer des obligations aux opérateurs réputés exercer une influence significative sur ces marchés ;

17. Considérant qu'en vertu de l'article 15 de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002, il appartient à la Commission européenne d'adopter une recommandation sur les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, recensant les marchés dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires et de publier des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché ; qu'en vertu de l'article D. 301 du code des postes et des communications électroniques, cité au point 4, l'ARCEP « tient le plus grand compte », pour l'application du premier alinéa de l'article L. 37-1, de cette recommandation et de ces lignes directrices ;

18. Considérant, en premier lieu, que la recommandation 2003/311/CE, adoptée sur ce fondement par la Commission européenne le 11 février 2003, a mentionné en annexe le marché de gros n° 18 des « *services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux* » parmi les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles de faire l'objet d'obligations réglementaires ; que si ce marché a été retiré de la liste des marchés pertinents figurant en annexe de la recommandation 2007/879/CE, adoptée par la Commission européenne le 17 décembre 2007, laquelle a remplacé la recommandation du 11 février 2003, il ressort toutefois des pièces du dossier que la suppression en 2007 du marché considéré de la liste annexée à la recommandation a été principalement motivée par la diversité des situations observées sur ce type de marché dans les différents Etats membres ; que si l'inscription d'un marché pertinent sur la liste annexée à la recommandation de la Commission a pour effet d'inviter les autorités réglementaires nationales de tous les Etats membres à procéder à l'analyse du marché ainsi inscrit, la recommandation ne fait pas obstacle, ainsi qu'il résulte clairement de son point 2, à ce que les autorités réglementaires nationales procèdent, pour ce qui concerne leur champ de compétence, à l'analyse de marchés non inscrits sur la liste et prennent, le cas échéant, des mesures de régulation *ex ante* sur ces marchés ;

19. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la circonstance que le marché de gros des « *services de radiodiffusion, destinés à livrer un contenu radiodiffusé aux utilisateurs finaux* » a été retiré de la liste des marchés pertinents recensés par la Commission européenne dans la recommandation du 17 décembre 2007 n'est pas de nature à faire obstacle à l'exercice par l'ARCEP des pouvoirs dont elle dispose, sur le fondement des dispositions du code des postes et des communications électroniques procédant à la transposition des directives européennes, de déterminer, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, si le marché en cause est susceptible de faire l'objet d'une régulation *ex ante* ;

20. Considérant, en second lieu, que le point 2 de la recommandation de la Commission européenne du 17 décembre 2007 impose aux autorités réglementaires nationales, dans le cas où elles entendent prendre des mesures s'appliquant à d'autres marchés que ceux énumérés par l'annexe à la recommandation, de s'assurer que sont simultanément remplis trois critères, tirés de la « *présence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée* », d'une « *structure de marché qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective au cours de la période visée* » et de « *l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances (...) du marché* » ;

21. Considérant, d'une part, qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment de l'avis n° 2012-12 émis le 5 juin 2012 par le Conseil supérieur de l'audiovisuel et de l'avis n° 12-A-13 du 8 juin 2012 de l'Autorité de la concurrence, que le marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique est caractérisé par l'existence de barrières à l'entrée tenant à la difficulté de répliquer l'infrastructure nécessaire à la diffusion des programmes en mode numérique ; que des contraintes naturelles font, en effet, obstacle à la duplication de certains sites occupés par la société TDF, du fait de leur implantation géographique ou de leurs caractéristiques exceptionnelles ; que des contraintes économiques, compte tenu des coûts fixes élevés de certains des équipements nécessaires à la diffusion et des économies d'échelle que permet la mutualisation des infrastructures dont dispose la société TDF, des contraintes tenant à la localisation des sites de diffusion et des contraintes administratives, résultant des règles applicables en matière d'urbanisme, d'environnement ou d'aménagement du territoire, sont de nature à faire obstacle à la construction d'infrastructures alternatives de diffusion par d'autres opérateurs ; qu'il ressort à cet égard des éléments versés au dossier que les opérateurs alternatifs sont conduits, en raison de la pré-orientation des antennes de réception des consommateurs finals, à installer leurs infrastructures de diffusion à proximité immédiate des sites de diffusion de la société TDF ; qu'il en résulte qu'en estimant que le marché considéré était marqué par l'existence de barrières élevées et non provisoires à l'entrée, l'ARCEP n'a pas commis d'erreur d'appréciation ;

22. Considérant, d'autre part, qu'il ressort des pièces du dossier, notamment des avis précédemment cités du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de l'Autorité de la concurrence, que, sur le marché de gros amont des services de diffusion par voie hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, la société TDF détient une part de marché en fréquences diffusées depuis ses sites de plus de 94 % sur le réseau principal et de 85,6 % sur le réseau complémentaire ; que, ainsi que le relève le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans son avis, un nombre très réduit de sites du réseau principal ont été reproduits par les concurrents de la société TDF, alors que ce réseau principal couvre 85 % de la population française ; que si la concurrence s'est un peu développée sur le réseau complémentaire, au sein duquel 14,4 % des sites de diffusion appartiennent désormais à des opérateurs alternatifs, cette évolution, qui ne porte pas sur des sites de diffusion importants et qui concerne un réseau qui ne couvre que 15 % de la population, est demeurée de portée limitée ; que les réseaux des opérateurs alternatifs sont distincts et ne sont pas interconnectés ; que l'Autorité de la concurrence relève que les perspectives de développement de la concurrence tant en services qu'en infrastructures sur la période de trois ans couverte par la décision attaquée apparaissent significativement moindres que durant la période précédente qui avait été marquée par le déploiement initial d'un réseau complémentaire ; qu'il résulte ainsi de l'ensemble des éléments versés au dossier que l'ARCEP n'a pas commis d'erreur d'appréciation en estimant que la structure du marché considéré ne présageait pas d'évolution vers une situation de concurrence effective au cours de la période couverte par la décision attaquée ;

23. Considérant, enfin, qu'il ressort des pièces du dossier que, en l'absence de régulation *ex ante* conduisant notamment à des obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable, la mise en évidence d'éventuelles pratiques d'abus de position dominante se révélerait difficile ; que l'absence de régulation *ex ante* sur le marché considéré serait susceptible de se traduire, dans un contexte marqué par le déploiement de nouveaux multiplexes, c'est-à-dire de sociétés chargées de la diffusion des signaux émis par plusieurs chaînes sur une même fréquence, et le renouvellement de plusieurs contrats de diffusion pour les multiplexes existants, par une multiplication des saisines de l'Autorité de la concurrence, soulevant les mêmes questions de concurrence pour un très grand nombre de sites de diffusion ; que la seule intervention *ex post* de cette Autorité, après instruction de ces saisines, n'apparaît pas constituer

un remède adapté aux difficultés de concurrence susceptibles de se poser ; que l'avis de l'Autorité de la concurrence indique, à cet égard, que cette Autorité estime que le seul recours au droit de la concurrence, en dépit des moyens dont elle dispose, ne serait pas suffisant pour remédier aux difficultés identifiées sur le marché considéré ; qu'il s'ensuit qu'en estimant que le droit de la concurrence ne permet pas de remédier à lui seul aux défaillances du marché en cause, l'ARCEP n'a pas commis d'erreur d'appréciation ;

24. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique est caractérisé par l'existence de barrières naturelles, économiques, administratives et géographiques à l'entrée, par une structure qui ne présage pas d'évolution vers une situation de concurrence effective à l'horizon du cycle de régulation envisagé dans la décision attaquée et par l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul aux défaillances de marché ; que l'ARCEP a, par suite, fait une exacte application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques en estimant que ce marché était, en raison des obstacles au développement d'une concurrence effective qui s'y manifestent, susceptible de faire l'objet d'une régulation *ex ante* ;

En ce qui concerne la définition du marché pertinent :

25. Considérant qu'aux termes du point 44 des lignes directrices mentionnées ci-dessus : « *le marché pertinent de produits ou de services comprend tous les produits ou les services qui sont suffisamment interchangeables ou substituables l'un à l'autre, en fonction non seulement de leurs caractéristiques objectives, en vertu desquelles ils sont particulièrement aptes à satisfaire les besoins constants des consommateurs, de leur prix ou leur usage prévu, mais également en fonction des conditions de concurrence et/ou de la structure de la demande et de l'offre sur le marché en question (...)* » ; que, par la décision attaquée, l'ARCEP a désigné comme marché pertinent le marché de gros amont des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels sur un périmètre correspondant au territoire métropolitain de la France, aux départements et régions d'outre-mer et aux collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon, où s'appliquent les dispositions du code des postes et des communications électroniques ;

26. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que la diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique est le premier moyen de diffusion de programmes télévisuels en France et que ce mode de diffusion est le seul moyen de diffusion de programmes télévisuels couvrant l'intégralité du territoire et accessible gratuitement par les consommateurs finals ; que les autres modes de diffusion de programmes télévisuels en mode numérique, qu'il s'agisse de la diffusion par câble, par satellite, par fibre optique ou par ADSL, ne sont pas susceptibles de se substituer, eu égard à leurs conditions d'accès, à la diffusion par voie hertzienne terrestre au cours de la période visée par la décision attaquée ; que, par suite, en distinguant dans la décision attaquée, en vue de définir un marché pertinent, la diffusion par voie hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique des autres modes de diffusion existantes, l'ARCEP n'a pas fait une inexacte application des dispositions du code des postes et des communications électroniques ;

27. Considérant, en second lieu, que si, ainsi que le fait valoir la société TDF et ainsi que le relèvent les motifs de la décision attaquée, la diffusion outre-mer de la télévision numérique terrestre présente des particularités par rapport à la diffusion en métropole, en raison notamment de la part plus importante qu'y présente la diffusion de programmes télévisuels par voie satellitaire, il ressort des pièces du dossier que, conformément aux dispositions de l'ordonnance du 26 août 2009 portant extension et adaptation outre-mer des dispositions

relatives à la télévision numérique terrestre, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a pris des mesures tendant à ce que, à compter de la fin du mois de novembre 2010, la télévision numérique terrestre soit disponible sur le territoire de l'ensemble des collectivités d'outre-mer ; que, selon l'avis émis par le Conseil supérieur de l'audiovisuel le 5 juin 2012, la diffusion de programmes télévisuels par voie hertzienne terrestre en mode numérique y couvre désormais plus de 95 % de la population ; qu'il ressort des pièces du dossier que la diffusion de programmes télévisuels par voie hertzienne terrestre en mode numérique, en ce qu'elle permet un accès gratuit aux programmes pour le public le plus large, n'est pas substituable aux autres moyens de diffusion de programmes télévisuels ; qu'il suit de là que le moyen tiré de ce que l'ARCEP aurait fait une inexacte application des dispositions du code des postes et des communications électroniques en intégrant dans le marché pertinent considéré les départements et régions d'outre-mer et les collectivités d'outre-mer où s'appliquent les dispositions du code des postes et communications électroniques doit être écarté ;

En ce qui concerne les obligations imposées à la société TDF pour ses offres de diffusion à partir des sites dits « non-réplicables » :

28. Considérant que l'article 8 de la décision attaquée impose à la société TDF l'obligation d'offrir, sur les sites dits « non-réplicables » énumérés à l'annexe 3 de la décision, les services de gros amont de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique à des tarifs reflétant les coûts correspondants ; que la société TDF est soumise à ce titre à un encadrement tarifaire pluriannuel déterminé par les annexes 4 et 5 de la décision ; que, selon les motifs de la décision attaquée, la liste des sites qualifiés de « non-réplicables » a été établie, après réexamen de la situation de l'ensemble des sites qui avaient été antérieurement qualifiés comme tels par la décision de l'ARCEP du 11 juin 2009 valant pour la période 2009-2012, en retenant les sites bénéficiant d'un emplacement exceptionnel à la localisation remarquable, ceux sur lesquels le pylône servant de support aux antennes de diffusion atteint ou dépasse une hauteur de 100 mètres et ceux qui présentent des caractéristiques exceptionnelles de nature à faire obstacle à leur duplication, tenant à des difficultés d'accès, à des particularités climatiques comme notamment l'exposition à des vents violents ou encore à la taille ou à la puissance des antennes requises ; qu'au vu de ces trois critères, quatre-vingt-deux sites détenus par la société TDF, dont soixante-dix-neuf en métropole et trois outre-mer, ont été qualifiés de « non-réplicables » pour la période 2012-2015 et énumérés à l'annexe 3 de la décision attaquée ; que, pour la période antérieure courant de 2009 à 2012, sur la base de critères pour partie différents, soixante-dix-huit sites avaient été retenus dans la liste des sites « non-réplicables » ; que la révision de la liste résultant de la décision attaquée a conduit, en métropole, à l'ajout de neuf sites et à la suppression de huit sites par rapport à la décision antérieure ;

29. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des dispositions combinées du point 2 de l'article 7 et du point 1 de l'article 8 de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002, d'une part, et du point 121 des lignes directrices adoptées par la Commission européenne le 11 juillet 2002, d'autre part, que les autorités réglementaires nationales, en vue de contribuer au développement du marché intérieur, conviennent des solutions les plus appropriées pour traiter des types particuliers de situation sur le marché ; qu'il ressort des pièces du dossier que la distinction faite par l'ARCEP, dans la décision attaquée comme au demeurant dans la décision antérieure du 11 juin 2009 couvrant la période précédente, entre les sites dits « non-réplicables » et les sites « réplicables » répond à des particularités du marché de gros amont des services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, tenant aux caractéristiques du réseau des sites de diffusion détenus par l'opérateur historique ;

30. Considérant qu'il résulte du point 81 des lignes directrices précédemment mentionnées qu'il revient à l'ARCEP de déterminer si une installation donnée permet à son propriétaire d'être puissant sur le marché en cause, sans qu'il soit nécessaire que cette installation puisse être qualifiée d'infrastructure « essentielle » ; qu'il s'ensuit que la circonstance que la cour d'appel de Paris a refusé de qualifier d'infrastructures essentielles des installations de la société TDF est, en tout état de cause, sans influence sur la légalité de la décision attaquée ;

31. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de ce que l'ARCEP aurait commis une erreur de droit en procédant à une distinction entre sites « non-réplicables » et sites « réplicables » doit être écarté ;

32. Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que l'ARCEP, préalablement à l'adoption de la décision attaquée, a soumis à consultation publique une proposition de liste de sites « non-réplicables » entre le 27 avril et le 25 mai 2012, sur laquelle les opérateurs intéressés ont pu faire valoir leurs observations, de même que l'Autorité de la concurrence, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission européenne ; que, dans ce cadre, si TDF a plaidé pour que le nombre des sites « non-réplicables » envisagés par l'ARCEP soit revu à la baisse, les opérateurs alternatifs ont, au contraire, soutenu que la liste envisagée n'était pas assez étendue ; qu'à la suite de cette consultation publique, l'ARCEP a procédé à un examen approfondi de chacun des sites dont le caractère réplicable était discuté, ce qui l'a conduite à réviser la liste des sites envisagés ; que l'ARCEP a tenu compte, dans les motifs de la décision attaquée, des observations émises par l'Autorité de la concurrence, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la Commission européenne, en précisant les critères dont elle a fait application ;

33. Considérant qu'en arrêtant ainsi la liste des sites « non-réplicables », l'ARCEP a recensé les sites dont il est raisonnable de penser qu'ils ne pourront se prêter à une duplication par un opérateur alternatif, au cours de la période considérée, pour des raisons objectives tenant à leur localisation ou à leurs caractéristiques intrinsèques, et pour lesquels, en conséquence, la promotion d'une concurrence par les infrastructures ne peut constituer une mesure appropriée ; que cette appréciation du caractère « non-réplicable » des sites est portée *ex ante* par l'ARCEP au vu des critères retenus et des éléments recueillis dans le cours de l'instruction préalable à la décision attaquée ; que si des circonstances exceptionnelles venaient à rendre possible en fait la réplication de quelques sites pourtant considérés comme « non-réplicables » par la décision attaquée, cette circonstance ne serait pas de nature à remettre en cause la méthode d'examen et les critères retenus par l'ARCEP non plus que le principe des obligations imposées par la décision attaquée pour les sites « non-réplicables », mais conduirait seulement, ainsi que le rappelle la décision attaquée, à modifier la liste des sites « non-réplicables » pour en retrancher les sites effectivement répliqués ;

34. Considérant, ainsi qu'il a été dit, que la décision attaquée a retenu trois types de sites qualifiés de non-réplicables ; que l'inscription sur la liste des sites bénéficiant d'un emplacement exceptionnel à la localisation remarquable n'est pas sérieusement contestée par les requêtes ; que, pour les sites qui présentent des caractéristiques exceptionnelles en termes de difficultés d'accès ou de particularités climatiques, il ne ressort pas des éléments versés au dossier que l'ARCEP aurait à tort, compte tenu des caractéristiques de ces sites, inscrit les sites concernés, qui sont au nombre de sept seulement, sur la liste annexée à la décision attaquée ; que, pour les sites sur lesquels le pylône servant de support aux antennes de diffusion atteint une hauteur d'au moins 100 mètres, il ressort des pièces du dossier que la structure des pylônes d'une telle hauteur diffère de celle des pylônes plus petits et que leur coût de construction s'accroît

sensiblement au delà de cette hauteur ; que les contraintes résultant de l'orientation des antennes de réception des consommateurs finals et celles tenant aux impératifs de couverture des populations desservies impliquent une localisation des pylônes alternatifs à proximité des pylônes de TDF, ce qui est de nature à faire raisonnablement douter de la possibilité de construire à brève échéance de nouveaux pylônes d'une telle hauteur ; que, à cet égard, et contrairement à ce que soutient TDF, l'analyse économique de la répliquabilité des sites en cause ne saurait, à elle seule, infirmer ce constat ;

35. Considérant que si les requêtes font valoir que deux des soixante-dix-huit sites identifiés comme « non-répliquables » par la décision du 11 juin 2009 valant pour la période 2009-2012 ont été en fait répliqués entre 2009 et 2012, il ressort des éléments versés au dossier que la réalisation de ces deux nouvelles infrastructures de diffusion n'a pu se faire qu'à la faveur de circonstances exceptionnelles, qui ne laissent pas présager qu'elles puissent facilement se reproduire, et qu'en tout état de cause l'ARCEP a retiré les sites en cause de la liste des sites « non-répliquables » ; qu'il s'ensuit que cette circonstance n'est pas, en soi, de nature à remettre en cause la méthode d'examen et les critères mis en œuvre par l'ARCEP ; que, de même, la circonstance que des opérateurs alternatifs ont pu engager des démarches ou même des travaux en vue de la construction de pylônes élevés sur quelques sites en nombre très limité, n'est pas de nature à remettre en cause l'économie générale et le principe de la décision attaquée ; que si, au cours de la période couverte par la décision attaquée, certains sites répertoriés comme « non-répliquables » venaient à être répliqués, il appartiendrait à l'ARCEP, ainsi qu'il a été dit, de modifier l'annexe de la décision attaquée pour en retrancher les sites en cause ;

36. Considérant que si la société towerCast, la société Itas Tim et la société Multiplexe R5 font valoir que l'ARCEP aurait dû, pour établir la liste des sites dits « non-répliquables », retenir des critères supplémentaires d'ordre administratif et foncier, tenant aux difficultés concrètes d'implantation d'émetteurs sur des sites alternatifs du fait de l'absence de terrains disponibles ou de contraintes résultant de l'application des règles d'urbanisme, il ne ressort pas des éléments versés au dossier que de tels critères seraient suffisamment objectifs et prévisibles pour justifier l'édiction d'obligations tarifaires dans le cadre d'une régulation ex ante décidée par l'ARCEP pour une période déterminée ;

37. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en retenant, en annexe de la décision attaquée, une liste de quatre-vingt-deux sites « non-répliquables », dont trois sont situés outre-mer, l'ARCEP n'a pas commis d'erreur d'appréciation ;

38. Considérant, en troisième lieu, que la société TDF est en situation de monopole de fait sur les offres de gros amont de services de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels sur les sites qu'elle détient et qui ont été qualifiés de « non-répliquables », lesquels ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une concurrence fondée sur les infrastructures ; qu'en décidant d'imposer à la société TDF l'obligation de pratiquer sur ces sites « non-répliquables » des tarifs reflétant les coûts correspondants et en décidant de soumettre, à ce titre, la société TDF à un encadrement pluriannuel tarifaire dont les paramètres ont été déterminés au regard des tarifs pratiqués par la société TDF sur ces sites en 2011, l'ARCEP n'a pas fait une inexacte application des dispositions du code des postes et des communications électroniques ;

En ce qui concerne l'obligation d'accès à un hébergement au sol à l'extérieur des bâtiments de la société TDF :

39. Considérant que l'article 3 de la décision attaquée impose à la société TDF l'obligation de 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 pertinent considéré, ce qui inclut notamment l'obligation de faire droit à toute demande raisonnable d'accès d'un opérateur à un hébergement des équipements de diffusion au sol à l'extérieur des bâtiments de la société TDF « en tant que ressource associée à une prestation d'hébergement d'équipements sur son pylône (...), excepté lorsque TDF justifie que l'hébergement qu'il propose à l'intérieur de ses bâtiments peut être fourni dans des conditions tarifaires et techniques respectant les principes d'efficacité, de non-discrimination et de concurrence effective et loyale » ;

40. Considérant qu'en vertu de l'article L. 38 du code des postes et des communications électroniques, les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché peuvent se voir imposer, notamment, des obligations leur imposant de faire droit à des demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseaux ou à des moyens qui y sont associés ; que selon le 19° de l'article L. 32 du même code, on entend par ressources associées « *les infrastructures physiques et les autres ressources associées à un réseau de communications électroniques ou à un service de communications électroniques, qui concourent ou peuvent concourir à la fourniture de services via ce réseau ou ce service. Sont notamment considérés comme des ressources associées les bâtiments ou accès aux bâtiments, le câblage des bâtiments, les antennes, tours et autres constructions de soutènement, les gaines, conduites, pylônes, trous de visite et boîtiers* » ;

41. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, contrairement à ce que soutient la société TDF, l'hébergement des équipements d'un opérateur alternatif au sol sur des terrains de la société mais à l'extérieur des bâtiments qu'elle détient concourt, lorsqu'un hébergement à l'intérieur de ces bâtiments ne peut être proposé dans des conditions satisfaisantes, à la fourniture d'une prestation d'hébergement d'équipements sur un pylône de la société TDF ; qu'ainsi, les terrains des sites de la société TDF doivent être regardés comme un moyen associé aux éléments de réseau au sens de l'article L. 38 du code des postes et des communications électroniques ; qu'il ressort des pièces du dossier, ainsi que l'indiquent en particulier les avis émis par le Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'Autorité de la concurrence, que l'obligation de proposer une offre d'hébergement à l'extérieur des bâtiments détenus par TDF, laquelle ne devrait, au demeurant, pas fréquemment trouver à s'appliquer, est proportionnée à la réalisation des objectifs poursuivis par la régulation décidée par l'ARCEP ; que, dès lors, en étendant l'obligation d'accès des opérateurs alternatifs aux terrains des sites de la société TDF susceptibles d'héberger leurs équipements, l'ARCEP n'a pas commis d'erreur de droit et n'a pas fait une inexacte application des dispositions du code des postes et des communications électroniques ;

En ce qui concerne les obligations d'information :

42. Considérant que l'article 5 de la décision attaquée impose à la société TDF plusieurs obligations d'information, tenant notamment la transmission à l'ARCEP, à la demande de celle-ci, des conventions des offres d'accès conclues avec les autres opérateurs pour les offres de gros amont de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et à la mise à disposition des opérateurs, par le biais d'un outil informatique, d'informations actualisées pour chacun des sites, dont le contenu précis est défini en annexe de la décision attaquée ;

43. Considérant qu'en vertu de l'article L. 38 du code des postes et des communications électroniques, les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un

marché peuvent se voir imposer, notamment, de rendre publiques des informations concernant l'interconnexion ou l'accès, notamment de publier une offre technique et tarifaire détaillée d'interconnexion ou d'accès lorsqu'ils sont soumis à des obligations de non-discrimination ; qu'aux termes des dispositions du I de l'article D. 307 du même code : « *I. - Les informations à publier en application du 1° de l'article L. 38 peuvent concerner : (...) / les spécifications techniques des prestations d'interconnexion ou d'accès de ces opérateurs ; / les caractéristiques du réseau de ces opérateurs ; / les conditions techniques et tarifaires de fourniture des prestations d'interconnexion et d'accès de ces opérateurs y compris toute condition limitant l'accès ou l'utilisation des services et applications* » ;

44. Considérant qu'il ressort des éléments versés au dossier que la décision attaquée a, par rapport à la décision antérieure du 11 juin 2009, maintenu l'obligation imposant à la société TDF de transmettre à l'ARCEP, à la demande de celle-ci, les conventions des offres d'accès conclues avec les autres opérateurs pour ses offres de gros amont de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels, en prévoyant toutefois que la transmission se ferait désormais sur la demande de l'ARCEP alors qu'elle présentait antérieurement un caractère systématique ; que la décision attaquée a ajouté une obligation tenant à ce que la société TDF publie, pour chacun de ses sites, les informations actualisées, énumérées en annexe de la décision attaquée, par le biais d'un outil informatique ; que cette nouvelle obligation d'information, qui répond à des demandes formulées par les opérateurs alternatifs, est de nature à permettre à ces derniers de développer leur offre dans des conditions de transparence suffisantes ; que le coût qu'elle peut induire pour la société TDF est pour partie compensé par le fait qu'elle rendra inutile la réalisation d'études techniques préalables demandées par les opérateurs alternatifs, lesquelles étaient antérieurement à la charge de TDF ; qu'il s'ensuit qu'en édictant ces obligations d'information proportionnées, qui sont nécessaires au développement d'une concurrence effective sur le marché pertinent considéré, l'ARCEP n'a pas fait une inexacte application des dispositions du code des postes et des communications électroniques ;

En ce qui concerne l'obligation de non-discrimination :

45. Considérant qu'aux termes des dispositions du point 5 de l'article 8 de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 précitée, dans sa version issue de l'article 1er de la directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009 : « (...) les autorités réglementaires nationales appliquent des principes réglementaires objectifs, transparents, non discriminatoires et proportionnés, dont les suivants : (...) b) veiller à ce que, dans des circonstances similaires, il n'y ait pas de discrimination dans le traitement des entreprises fournissant des réseaux et services de communications électroniques » ; qu'aux termes des dispositions du 4° du II de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, l'ARCEP veille : « 4° A la définition de conditions d'accès aux réseaux ouverts au public et d'interconnexion de ces réseaux qui garantissent la possibilité pour tous les utilisateurs de communiquer librement et l'égalité des conditions de la concurrence » ;

46. Considérant que, conformément aux dispositions mentionnées ci-dessus, l'article 4 de la décision attaquée dispose que : « TDF fournit toute prestation relative aux offres de gros amont de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels dans des conditions non discriminatoires » ; qu'il résulte de ces dispositions que les opérateurs alternatifs doivent être placés dans des conditions équivalentes à celles de la société TDF lorsqu'ils lui achètent des prestations de diffusion ; qu'il s'ensuit que la société TDF, propriétaire de l'ensemble de ses infrastructures, a l'obligation de s'appliquer les conditions de l'offre globale de diffusion qu'elle vend aux opérateurs alternatifs ne disposant d'aucune infrastructure de diffusion ; qu'ainsi, l'obligation imposée à la société TDF de s'appliquer les conditions de l'offre globale de

diffusion résulte de la mise en œuvre du principe de non-discrimination défini par les dispositions mentionnées ci-dessus ; que le moyen tiré de ce que cette obligation crée une discrimination à l'encontre de la société TDF n'est, par conséquent, pas fondé ;

En ce qui concerne l'atteinte à la liberté contractuelle et au principe de sécurité juridique :

47. Considérant que, par l'article 7 de la décision attaquée, l'ARCEP a imposé à la société TDF de « prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les conventions en vigueur qui ne respectent pas les dispositions de la présente décision soient mises en conformité avec celles-ci dans les deux mois à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente décision » ;

48. Considérant qu'aux termes du point 2 de l'article 8 de la directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 : « 2. *Les autorités réglementaires nationales promeuvent la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés* » ; qu'aux termes des dispositions du 2° du II de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques, l'ARCEP veille : « 2° *A 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. A ce titre, [elle veille] à l'exercice de la concurrence relative à la transmission des contenus et, lorsque cela est approprié, à la promotion d'une concurrence fondée sur les infrastructures* » ; qu'aux termes des dispositions du I de l'article L. 38 du même code : « *Les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques peuvent se voir imposer, en matière d'interconnexion et d'accès, une ou plusieurs des obligations suivantes, proportionnées à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L. 32-1* » ;

49. Considérant que l'ARCEP tient nécessairement de ces dispositions le pouvoir d'enjoindre à un opérateur exerçant une influence significative sur un marché du secteur des postes et des communications électroniques de modifier des contrats en cours d'exécution passés par cet opérateur, lorsque la modification de ces contrats répond à un motif d'intérêt général suffisant lié à l'impératif d'ordre public tenant à l'établissement d'une concurrence effective et loyale sur le marché ; qu'il incombe par ailleurs à l'ARCEP de prévoir, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qui seraient, le cas échéant, nécessaires ;

50. Considérant, d'une part, qu'il ressort des éléments versés au dossier que l'application immédiate des obligations imposées à la société TDF résultant de la décision attaquée est justifiée par la situation concurrentielle sur le marché pertinent considéré et par l'impératif tenant au développement d'une concurrence effective sur ce marché ; que ce motif d'intérêt général est, en l'espèce, de nature à justifier que ces obligations, édictées pour trois ans en vertu des dispositions applicables du code des postes et des communications électroniques, puissent être mises en œuvre immédiatement, sans que leur effet se trouve reporté à l'expiration des situations contractuelles en cours ;

51. Considérant, d'autre part, que l'ARCEP avait fait connaître à la société TDF, dans le cadre de la consultation publique sur le projet de décision organisée à compter du 27 avril 2012, le projet de décision qui indiquait les obligations envisagées, notamment celle tenant à la mise en conformité des conventions en cours ; que la décision attaquée a laissé à TDF un délai de deux mois à compter de sa date d'entrée en vigueur pour mettre en conformité les situations contractuelles en cours avec les dispositions de celle-ci ; que, dans ces conditions et

compte tenu des différents impératifs en présence qu'il lui appartenait de concilier, l'ARCEP a adopté des mesures transitoires qui ne méconnaissent pas le principe de sécurité juridique ;

52. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 7 de la décision attaquée porteraient une atteinte illégale à la liberté contractuelle et à la sécurité juridique doit être écarté ;

53. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il y ait lieu d'ordonner la mesure d'instruction sollicitée et sans qu'il soit besoin de statuer sur la fin de non-recevoir opposée par l'ARCEP à la requête de la société Multiplexe R5, que ni la société TDF, ni les sociétés towerCast et Multiplexe R 5 ne sont fondées à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la décision qu'elles attaquent ;

54. Considérant qu'il s'ensuit que les conclusions des sociétés requérantes tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent qu'être rejetées ; qu'en outre, les dispositions de cet article font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la société Itas Tim, qui a la qualité non de partie mais d'intervenant dans la présente instance, au titre des frais exposés par la société TDF et non compris dans les dépens ;

#### DECIDE :

Article 1<sup>er</sup> : L'intervention de la société Itas Tim est admise.

Article 2 : Les requêtes des sociétés TDF, towerCast et Multiplexe R5 sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée aux sociétés TDF, towerCast, Multiplexe R5 et Itas Tim et à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. Copie en sera adressée au ministre de l'économie, du redressement productif et du numérique.

