

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 9 octobre 2012

Rejet

M. ESPEL, président

Arrêt n° 984 F-D

Pourvoi n° X 10-28.718

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ la société Euro Power Technology, dont le siège est 22
avenue de la Grande Armée, 75017 Paris,

2°/ la société Cabinet Isabelle Didier et associés,
administrateur de la société Euro Power Technology, société d'exercice
libéral à responsabilité limitée, dont le siège est 67 boulevard Lannes,
75116 Paris,

3°/ la société Selafa MJA, prise en la personne de Mme Valérie
Leloup Thomas, agissant en qualité de mandataire judiciaire de la société
Euro Power Technology , dont le siège est 102 rue du Faubourg Saint-Denis,
CS 10023, 75479 Paris cedex 10,

contre l'arrêt rendu le 2 décembre 2010 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige les opposant :

1°/ à la société Verdesis France, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est 36 rue Lafitte, 75009 Paris,

2°/ à la société Verdesis, société anonyme, dont le siège est 18 rue du manège Wavres, 1301 Bierges (Belgique),

3°/ à la société Electricité de France, société anonyme, dont le siège est 22-30 avenue de Wagram, 75008 Paris,

4°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, domicilié 59 boulevard Auriol, bâtiment 5, 75703 Paris cedex 13,

5°/ à L'autorité de la concurrence, dont le siège est 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

défendeurs à la cassation :

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 11 septembre 2012, où étaient présents : M. Espel, président, Mme Mouillard, conseiller rapporteur, M. Petit, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Mouillard, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Euro Power Technology de la société Cabinet Isabelle Didier et associés et la société Selafa MJA, ès qualités, de la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat de la société Electricité de France, de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de la société Verdesis France, l'avis de Mme Batut, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société Cabinet Isabelle Didier et associés, agissant en qualité d'administrateur de la société Euro Power Technology, et à la société MJA, agissant en qualité de mandataire judiciaire de la société Euro Power Technology, de leur intervention ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 décembre 2010), que la société Euro Power Technology, qui opère dans la production et la conversion d'énergie, a saisi le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence (l'Autorité), de pratiques d'entente et d'abus de position

dominante mises en œuvre par la société Electricité de France (EDF) et l'une de ses filiales, la société Verdesis France (la société Verdesis), dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz ; que cette saisine, assortie d'une demande de mesures conservatoires tendant à faire cesser les pratiques dénoncées, a été rejetée par l'Autorité, faute d'être assortie d'éléments suffisamment probants ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Euro Power Technology fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours dirigé contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz, alors, selon le moyen :

1% que des mesures conservatoires peuvent être décidées par l'Autorité de la concurrence dans les limites de ce qui est justifiée par l'urgence en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, lorsque les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la procédure de fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée ; qu'il s'ensuit que le prononcé de mesures conservatoires n'est pas subordonné à la constatation préalable d'une infraction ; qu'en considérant au contraire qu'il appartenait à l'Autorité de la concurrence de statuer en même temps et selon une procédure d'urgence, sur la demande de mesures conservatoires et sur le fond de l'affaire, la cour d'appel a violé les articles L. 462-8 et L. 464-1 du code de commerce

2% que la recevabilité d'une demande de mesures conservatoires n'est subordonnée qu'à la recevabilité de la saisine au fond de l'Autorité de la concurrence ; que les mesures conservatoires sont prononcées selon une procédure d'urgence indépendante de l'instruction de l'affaire au fond pour faire cesser une pratique gravement préjudiciable à l'ordre public économique ; qu'en affirmant que le traitement procédural de l'instruction au fond de la présente affaire doit s'apprécier au regard de la demande de mesures conservatoires ou encore que l'Autorité de la concurrence aurait pu, sans compromettre le déroulement de la procédure, accorder des délais de réponse plus longs aux parties, mais qu'elle avait répondu à l'impératif de diligence attaché à la demande accessoire relative aux mesures conservatoires qui est une procédure d'urgence, la cour d'appel a violé les articles L. 462-8 et L. 464-1 du code de commerce ,

3°/ que les atteintes au principe du contradictoire ne sont justifiées qu'en raison de l'urgence à examiner et à prononcer des mesures conservatoires ; qu'en se fondant sur une prétendue urgence à statuer sur la demande de mesures conservatoires pour justifier une instruction accélérée du fond de l'affaire, après avoir constaté que 21 mois après la saisine, l'Autorité de la concurrence n'avait toujours pas statué sur la demande de mesures conservatoires, ce dont il résulte que la condition d'urgence à statuer n'avait pas été respectée, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 464-1 et L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'il résulte des articles L. 462-8 alinéa 2, et R. 464-1 du code de commerce que l'Autorité peut rejeter la saisine lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants, et qu'une demande de mesures conservatoires ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond ; qu'il suit de là que, lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, il lui appartient de vérifier préalablement si les faits invoqués sont appuyés d'éléments suffisamment probants et, dans la négative, de rejeter la saisine, ce rejet entraînant, par voie de conséquence, celui de la demande de mesures conservatoires, sans examen de celle-ci ; que la cour d'appel, qui a statué en ce sens, sans exiger la constatation préalable d'une infraction, n'encourt pas le grief de la première branche ;

Attendu, en second lieu, que l'arrêt constate que l'Autorité a procédé à des actes d'instruction en complément des éléments produits par la société Euro Power Technology et que, si l'instruction s'est accélérée au cours des mois de janvier et de février 2010, la convention passée entre EDF et la société Verdesis, partiellement déconfidentialisée, n'ayant été rendue accessible que l'avant-veille de la séance, les délais laissés aux parties pour répondre aux demandes de déclassement de l'Autorité et pour s'exprimer sur les pièces déclassées leur ont permis de s'expliquer en séance sur l'ensemble des pièces versées aux débats, aucune d'entre elles n'ayant demandé un délai supplémentaire pour répondre ; qu'ayant ainsi constaté l'absence d'atteinte au principe de la contradiction, dont le respect doit s'apprécier au regard de la procédure d'urgence prévue par l'article L. 464-1 du code de commerce, la cour d'appel a pu rejeter les moyens de procédure invoqués par la société Euro Power Technology ;

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

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Euro Power Technology fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1° que les dispositions spéciales des articles L. 450-3 et L. 461-4 du code de commerce dérogent au droit commun et autorisent le rapporteur de l'Autorité de la concurrence à demander à toute entreprise la communication de tous livres, factures, et documents professionnels sous la seule réserve d'indiquer l'objet de l'enquête et d'identifier suffisamment clairement les pièces concernées ; qu'en décidant d'écartier des débats l'ensemble des pièces réclamées, le 22 décembre 2009, aux sociétés EDF et Verdesis par le rapporteur de l'Autorité de la concurrence au prétexte que ces documents avaient initialement été communiquées dans le cadre d'un procès civil en application d'ordonnances sur requête ensuite rétractées ce qui priverait le rapporteur de solliciter la communication de ces pièces, la cour d'appel qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé les articles L. 450-3 et L. 461-4 du Code de commerce ;

2° que les décisions rendues dans le cadre d'un procès civil ne s'imposent pas à l'Autorité de la concurrence et réciproquement ; qu'en affirmant au contraire que l'Autorité de la concurrence avait exactement écarté des débats la totalité des pièces obtenues par la société Euro Power Technology en application d'ordonnances de référés ensuite rétractées, la cour d'appel a violé les articles 1351 du code civil, 480 et 484 du code de procédure civile ;

3° que les moyens de preuve d'une pratique anticoncurrentielle sont libres et peuvent même résulter de simples présomptions ou d'un faisceau d'indices ; que seuls les éléments de preuve obtenus d'une manière déloyale à l'insu de leur auteur doivent être écartés ; qu'ainsi un document remis par son auteur en exécution d'une ordonnance sur requête est loyalement obtenu ; qu'en décidant d'écartier des débats les pièces produites par la société EPT en la seule considération tirée de ce que les ordonnances autorisant un huissier à se faire communiquer des pièces avaient ensuite été rétractées, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropre à établir que ces documents avaient été obtenus en usant d'un procédé déloyal, a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile ainsi que du principe de loyauté dans l'administration de la preuve ;

Mais attendu que larrêt relève que les pièces litigieuses avaient été initialement saisies par un huissier de justice, dans les locaux de EDF, en vertu de deux ordonnances rendues à la requête de la société Euro Power Technology, qui ont ensuite été rétractées, et que, si elles ont été ultérieurement versées au dossier à la demande du rapporteur, la connaissance par ce dernier de leur existence puisait sa source dans les ordonnances rétractées et les ordonnances subséquentes ; qu'ayant ainsi fait ressortir que ces éléments de preuve n'avaient pas été obtenus loyalement,

la cour d'appel en a exactement déduit que l'Autorité les avait à bon droit écartés des débats ; que le moyen n'est fondé en aucune de ces branches ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société Euro Power Technology fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, qu'aucun texte ni principe ne fait obligation à la partie saisissante d'apporter à l'Autorité de la concurrence la preuve des agissements qu'elle dénonce ; qu'il incombe au service d'instruction de l'Autorité de réunir les éléments de preuve à charge et à décharge dont l'organe décisionnel de l'Autorité appréciera ensuite la pertinence ; qu'en retenant pour rejeter la plainte de la société Euro Power Technology que l'admission de la saisine par l'Autorité repose d'abord sur la valeur probante des éléments qu'il incombe au requérant de produire, qu'il lui appartenait de produire les éléments suffisamment probants requis justifiant la saisine de l'Autorité et l'instruction par ses services de la plainte de la société Euro Power Technology en application des articles L. 461-1 et suivants du code de commerce ou encore que l'Autorité n'a pas vocation à suppléer à la carence de la société requérante, la cour d'appel a violé l'article L. 462-8 du code de commerce ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article L. 462-8 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence peut rejeter la saisine, par décision motivée, lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas étayés d'éléments suffisamment probants ; que la cour d'appel en a exactement déduit qu'il appartient à la partie saisissante de produire des éléments de preuve suffisants ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen, pris en ses deux premières branches :

Attendu que la société Euro Power Technology fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que lorsqu'il est saisi de pratiques pouvant constituer un abus de position dominante, le juge de la concurrence est tenu de vérifier que la contrepartie financière exigée par une société bénéficiant d'un monopole historique qui met ses moyens à disposition de ses filiales relevant du champ concurrentiel n'est pas inférieure au prix du service assuré et correspond effectivement à la réalité des coûts ; qu'en affirmant que la société Euro Power Technology n'établit pas la vraisemblance du caractère anormalement bas de la rémunération des prestations fournies à ses filiales par EDF et qu'il n'appartient pas à l'Autorité de la concurrence de suppléer à la carence de la plaignante en ordonnant notamment la communication de la convention liant les sociétés Verdesis et EDF dont elle a pu estimer légitime qu'elle soit couverte par le secret des affaires, la cour d'appel a violé

les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce, ensemble l'article L. 462-8 du même code ;

2°/ que pour retenir qu'aucun abus de position dominante de EDF ne pouvait être établi en ce que celle-ci aurait permis à sa filiale Verdesis d'obtenir des rabais discriminatoires auprès de la société Capstone leader de la production de micro turbines, la cour d'appel qui a affirmé qu'il ne résulte pas des documents produits que l'obtention de ces remises soit liée à une intervention de EDF ou encore que le fait que la société Euro Power Technology n'ait pas été convoquée à une réunion organisée par la société Capstone avec l'ensemble de ses distributeurs ne rend pour autant vraisemblable une pratique d'éviction, après avoir constaté que EDF n'était pas absente du marché de la fourniture et de l'exploitation d'installations et que la société Euro Power Technology était distributrice des produits Capstone en France, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu, d'une part, que larrêt relève que la société Euro Power Technology se borne à affirmer le caractère anormalement bas de la rémunération perçue en contrepartie des prestations fournies à sa filiale Verdesis, sans verser au soutien de ses allégations des éléments pertinents laissant penser què la rémunération en cause ne respecterait pas la réalité des coûts ou serait inférieure aux standards du marché, et en conséquence susceptible d'entraîner une distorsion de concurrence ; qu'en l'état de ces constatations souveraines, dont il résulte que la saisine n'était pas étayée d'éléments suffisamment probants, la cour d'appel, qui a justement rappelé qu'il n'appartenait pas à l'Autorité de suppléer la carence de la plaignante en ordonnant, notamment, la communication de la convention liant les sociétés Verdesis et EDF, a pu statuer comme elle a fait ;

Et attendu, d'autre part, qu'analysant les pièces produites à propos de l'obtention prétendue de rabais discriminatoires par la société Verdesis auprès de la société Capstone, larrêt retient qu'elles ne permettent pas de supposer que les ristournes attribuées à la société Verdesis soient liées à une intervention d'EDF, qu'en l'absence des factures d'achat établies par la société Capstone pour la société Euro Power Technology, aucune comparaison utile n'a pu être effectuée afin de vérifier si la société Capstone avait réservé un traitement moins favorable à cette société qu'à la société Verdesis, que le seul fait de n'avoir pas été destinataire du mail du 12 janvier 2007, par lequel la société Capstone a organisé une réunion avec ses distributeurs, ne suffit pas à rendre vraisemblable l'éviction prétendue de la société Euro Power Technology du marché des microturbines et à imputer cette prétendue éviction à des pressions qu'aurait pu exercer EDF sur la société Capstone, qu'en définitive, si les éléments versés aux débats montrent qu'EDF n'est pas absente de la sphère dans laquelle évoluent les acteurs du marché de la fourniture et l'exploitation d'installations, notamment

des microturbines, produisant de l'électricité à partir du biogaz, ces liens apparaissent, en l'état des éléments produits, trop ténus pour établir la vraisemblance de l'existence de pressions et de l'attitude active d'EDF au bénéfice de sa filiale Verdesis, susceptibles d'entraîner une restriction de concurrence ; qu'ayant ainsi souverainement constaté que la plainte de la société Euro Power Technology n'était pas étayée d'éléments suffisamment probants, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait :

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

Sur le cinquième moyen, pris en sa seconde branche :

Attendu que la société Euro Power Technology fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, que les actes accomplis par un salarié dans l'exercice de ses fonctions engagent nécessairement son employeur ; que les courriels échangés par un salarié d'une entreprise dans l'exercice de ses fonctions constituent des éléments de preuve permettant d'établir la participation de la société à une entente entre entreprises ; qu'en retenant au contraire qu'un mail du 25 avril 2006 adressé par une salariée de EDF à Verdesis, critiquant indirectement la société Euro Power Technology, n'engageait pas EDF, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, ensemble l'article L. 462-8 du code de commerce ;

Mais attendu que ce courriel a été écarté des débats par la cour d'appel ; que le moyen, qui vise des motifs surabondants de l'arrêt, ne peut être accueilli ;

Et attendu que le quatrième moyen, pris en sa troisième branche, ainsi que le cinquième moyen, pris en sa première branche, ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Euro Power Technology aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Verdesis France et à la société Verdesis SA, une somme globale de 2 500 euros et à la société Electricité de France une somme de 2 500 euros également ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du neuf octobre deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Euro Power Technology, la société Cabinet Isabelle Didier et associés et la société Selafa MJA, ès qualités.

PREMIER MOYEN DE CASSATION (mesures conservatoires)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Euro Power Technology dirigé contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz,

AUX MOTIFS QUE sur l'unicité de la décision rendue, la société Euro Power Technology fait valoir que l'Autorité n'aurait pas du statuer par une seule décision sur la recevabilité de la saisine et sur la demande de mesures conservatoires, une telle possibilité n'étant pas prévue par les articles L 464-7 et L 464-8 du Code de commerce ; que ce faisant, l'Autorité a réduit le délai de recours de trente à dix jours ; que la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L 464-1 du Code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence ; que par application de cette disposition réglementaire, qui fait nécessairement de la demande de mesures conservatoires un accessoire d'une saisine au fond, le rejet de la saisine par application de l'article L 462-8 emporte rejet, par voie de conséquence, de la demande de mesures conservatoires sans examen de celle-ci ; que le moyen manque en droit ; que sur la régularité de la procédure, le respect du principe contradictoire et l'impartialité de l'Autorité de la concurrence ; que la société Euro Power Technology fait valoir que l'Autorité a réservé à la présente affaire un traitement procédural anormal ; qu'en particulier, elle n'a pas respecté le principe contradictoire en imposant des délais de réplique insuffisants ; qu'il convient (cependant) de rappeler que l'Autorité a statué sur le fondement de l'article L 462-8 du Code de commerce, qui l'autorise à rejeter sa saisine par une décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ; qu'autrement dit, l'admission de la saisine par l'Autorité repose d'abord sur la valeur probante des éléments qu'il incombe au requérant de produire ; que le traitement procédural de la présente affaire doit également s'apprécier au regard de la demande de mesures conservatoires ; qu'en premier lieu, l'Autorité, avant de rejeter sa saisine, a préalablement accompli des actes d'instruction en complément des éléments produits par la société Euro Power Technology ; que l'Autorité a ainsi procédé à l'examen de la saisine en cause du 2 juillet 2008 au 15 février 2010 ; que l'Autorité a formulé des demandes de déclassement les 10 et 12 février 2010 auxquelles toutes les parties ont répondu ; qu'il n'est pas contesté non plus que la convention passée entre la société EDF et la société Verdesis, partiellement déconfidentialisée a été

rendue accessible le 15 février 2010, soit à l'avant-veille de la séance qui s'est tenue le 17 février ; que les parties ont été convoquées à la séance du 17 février 2010 ; qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que la procédure devant l'Autorité s'est déroulée sur 21 mois, qui constitue une durée raisonnable compte tenu des mesures d'instruction ordonnées par l'Autorité. ; que si l'instruction s'est accélérée au cours des mois de janvier et de février 2010, les délais laissés aux parties pour répondre aux demandes de déclassement de l'Autorité et pour s'exprimer sur les pièces déclassées ont permis aux parties de s'expliquer en séance sur l'ensemble des pièces versées aux débats, sans qu'il apparaisse que l'une d'elles ait demandé des délais supplémentaires pour répliquer, comme a pu le faire la société Euro Power Technology elle-même dans un courrier du 20 janvier 2010 ; qu'en somme, il apparaît que l'Autorité aurait pu, sans compromettre le déroulement de la procédure, accorder des délais plus longs aux parties, en particulier à la suite des déclassements intervenus, il ressort des débats que toutes les parties, traitées de la même manière, se sont effectivement expliquées sur l'ensemble des pièces produites aux débats, dans les délais prescrits, répondant ainsi à l'impératif de diligence attaché à la demande accessoire relative aux mesures conservatoires qui est une procédure d'urgence ; qu'en définitive, la société requérante qui se borne à alléguer d'un traitement procédural anormal ne démontre nullement que les délais de la procédure et son rythme auraient porté une atteinte irrémédiable et concrète à ses droits ; que la procédure est donc régulière au regard des textes invoqués par la société Euro Power Technology, qui n'imposent pas des délais précis, et plus particulièrement au regard de l'application du principe du contradictoire, ainsi que de l'exigence d'impartialité qui s'imposent à l'Autorité :

ET AUX MOTIFS ENFIN QU'en outre, en application de l'article L 462-8 précité, l'admission de la saisine suppose que la dénonciation des pratiques s'appuie sur des éléments suffisamment probants ; qu'il ne peut donc être reproché à l'Autorité, en complétant son examen des pièces produites au soutien de la saisine, par une instruction sommaire, d'avoir mis en balance le droit à la protection du secret des affaires avec les nécessités de la procédure, et d'avoir fait preuve de prudence en protégeant le secret des affaires de toutes les parties, y compris celui de la société Euro Power Technology, afin d'éviter que sa saisine ne constitue indûment un instrument d'accès aux secrets d'affaires des sociétés adverses ; qu'il appartenait à la société Euro Power Technology de produire les éléments suffisamment probants requis justifiant la saisine de l'Autorité et l'instruction par ses services de la plainte de la société Euro Power Technology en application des articles L 461-1 et suivants du Code de commerce ; que l'Autorité n'a pas vocation à suppléer à la carence de la société requérante ; qu'il se déduit de ces circonstances que la société Euro Power Technology ne peut valablement se prévaloir d'une prétendue violation de ses droits de la défense (...) ;

1°) ALORS QUE des mesures conservatoires peuvent être décidées par l'Autorité de la concurrence dans les limites de ce qui est justifiée par l'urgence en cas d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, lorsque les faits dénoncés et visés par l'instruction dans la procédure de fond, apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats de constituer une pratique contraire aux articles L 420-1 et L 420-2 du Code de commerce, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée ; qu'il s'ensuit que le prononcé de mesures conservatoires n'est pas subordonné à la constatation préalable d'une infraction ; qu'en considérant au contraire qu'il appartenait à l'Autorité de la concurrence de statuer en même temps et selon une procédure d'urgence, sur la demande de mesures conservatoires et sur le fond de l'affaire, la cour d'appel a violé les articles L 462-8 et L 464-1 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE la recevabilité d'une demande de mesures conservatoires n'est subordonnée qu'à la recevabilité de la saisine au fond de l'Autorité de la concurrence ; que les mesures conservatoires sont prononcées selon une procédure d'urgence indépendante de l'instruction de l'affaire au fond pour faire cesser une pratique gravement préjudiciable à l'ordre public économique ; qu'en affirmant que le traitement procédural de l'instruction au fond de la présente affaire doit s'apprécier au regard de la demande de mesures conservatoires ou encore que l'Autorité de la concurrence aurait pu, sans compromettre le déroulement de la procédure, accorder des délais de réponse plus longs aux parties, mais qu'elle avait répondu à l'impératif de diligence attaché à la demande accessoire relative aux mesures conservatoires qui est une procédure d'urgence, la cour d'appel a violé les articles L 462-8 et L 464-1 du Code de commerce ;

3°) ALORS QUE les atteintes au principe du contradictoire ne sont justifiées qu'en raison de l'urgence à examiner et à prononcer des mesures conservatoires ; qu'en se fondant sur une prétendue urgence à statuer sur la demande de mesures conservatoires pour justifier une instruction accélérée du fond de l'affaire, après avoir constaté que 21 mois après la saisine, l'Autorité de la concurrence n'avait toujours pas statué sur la demande de mesures conservatoires, ce dont il résulte que la condition d'urgence à statuer n'avait pas été respectée, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L 464-1 et L 464-2 du Code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (moyens de preuve)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Euro Power Technology dirigé contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz,

AUX MOTIFS QUE sur le reproche relatif aux pièces écartées des débats sur la base d'une ordonnance de référé rétractée, la société Euro Power Technology fait valoir que l'Autorité de la concurrence a, à tort, écarté des débats des pièces obtenues sur la base d'une ordonnance de référé rétractée, dont d'ailleurs, certaines ont, par la suite, été réintégrées dans les débats à la demande du rapporteur du Conseil de la concurrence ; que la société Euro Power Technology fait valoir, tout d'abord qu'une ordonnance de référé n'a pas autorité de la chose jugée et, qu'en l'espèce, l'ordonnance de rétractation visée par les sociétés EDF et Verdesis n'ordonne pas la restitution des pièces litigieuses ; qu'elle ajoute, ce qui n'est pas contesté, que le rapporteur de l'Autorité, lors de son instruction, a demandé et obtenu des parties la production de certaines de ces pièces ; qu'elle en déduit que ces pièces, ainsi produites régulièrement, auraient du être retenues par l'Autorité et être discutées dans le cadre de la présente saisine ; qu'il ressort (cependant) des débats que les pièces litigieuses ont été saisies dans les locaux de la société EDF par Me Titton, huissier de justice en vertu de deux ordonnances des 25 juillet et 10 octobre 2007, rendues sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile par le juge des référés du tribunal de commerce de Marseille, saisi par la société Euro Power Technology ; que ces deux ordonnances ont été par la suite rétractées "en toutes leurs dispositions en ce qu'elles ont commis Me Titton, huissier de justice" par l'ordonnance du 23 octobre 2007, confirmée par larrêt précité de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ; qu'en application de l'article 484 du code de procédure civile, une ordonnance de référé n'a pas autorité de la chose jugée au principal et ne s'impose pas au juge du fond saisi aux mêmes fins ; qu'elle est cependant exécutoire à titre provisoire ; qu'il s'ensuit que l'ordonnance de rétractation du 23 octobre 2007 est exécutoire serait-ce à titre provisoire ; qu'en conséquence, la société Euro Power Technology ne saurait reprocher à l'Autorité d'avoir respecté cette décision et d'avoir écarté des débats les pièces litigieuses au motif que même obtenues, par la suite, à la demande de son rapporteur dans le cadre de l'instruction de la présente affaire, cette communication était entachée d'irrégularité, dès lors que la connaissance de l'existence même de ces pièces, internes à l'entreprise, puisait sa source dans les ordonnances précitées et les saisies nécessairement invalidées en ayant découlé, peu important, contrairement à ce que prétend la société Euro Power Technology, que leur restitution n'ait pas été expressément ordonnée par l'ordonnance de rétractation ; qu'il s'ensuit que le moyen tiré de ce que des pièces ont été écartées des débats par l'Autorité n'est pas fondé ; qu'il ressort donc de ce qui précède que doivent être écartées des débats les pièces produites par la société Euro Power Technology provenant de la saisie, ordonnée puis rétractée, dans les locaux de la société EDF à Marseille ; que ces pièces figurent dans le tableau récapitulatif produit par les sociétés Verdesis, non contesté par la société Euro Power Technology ; que s'y ajoutent celles qui ont été réclamées par le rapporteur de l'Autorité par demande en date du 22

décembre 2009 ; que ces pièces ont été produites par la requérante sous les numéros suivants : n° I, 2,3,7,9,10.2,10.3, II, 12,40,41,51 et 58 ;

1°) ALORS QUE les dispositions spéciales des articles L 450-3 et L 461-4 du Code de commerce dérogent au droit commun et autorisent le rapporteur de l'Autorité de la concurrence à demander à toute entreprise la communication de tous livres, factures, et documents professionnels sous la seule réserve d'indiquer l'objet de l'enquête et d'identifier suffisamment clairement les pièces concernées ; qu'en décidant d'écartier des débats l'ensemble des pièces réclamées, le 22 décembre 2009, aux sociétés EDF et Verdesis par le rapporteur de l'Autorité de la concurrence au prétexte que ces documents avaient initialement été communiquées dans le cadre d'un procès civil en application d'ordonnances sur requête ensuite rétractées ce qui priverait le rapporteur de solliciter la communication de ces pièces, la cour d'appel qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé les articles L 450-3 et L 461-4 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE les décisions rendues dans le cadre d'un procès civil ne s'imposent pas à l'Autorité de la concurrence et réciproquement ; qu'en affirmant au contraire que l'Autorité de la concurrence avait exactement écarté des débats la totalité des pièces obtenues par la société Euro Power Technology en application d'ordonnances de référés ensuite rétractées, la cour d'appel a violé les articles 1351 du Code civil, 480 et 484 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE les moyens de preuve d'une pratique anticoncurrentielle sont libres et peuvent même résulter de simples présomptions ou d'un faisceau d'indices ; que seuls les éléments de preuve obtenus d'une manière déloyale à l'insu de leur auteur doivent être écartés ; qu'ainsi un document remis par son auteur en exécution d'une ordonnance sur requête est loyalement obtenu ; qu'en décidant d'écartier des débats les pièces produites par la société EPT en la seule considération tirée de ce que les ordonnances autorisant un huissier à se faire communiquer des pièces avaient ensuite été rétractées, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropre à établir que ces documents avaient été obtenus en usant d'un procédé déloyal, a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile ainsi que du principe de loyauté dans l'administration de la preuve.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à larrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Euro Power Technology dirigé contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz,

AUX MOTIFS QUE sur l'absence d'actes d'instruction de la part de l'Autorité, la société Euro Power Technology fait valoir en se prévalant des articles L 461-1 à L 461-4, L 464-2 du Code de commerce, qu'elle n'avait pas à fournir, pour étayer sa saisine, d'autres éléments qu'un minimum d'informations et d'explications crédibles et vérifiables, pour obtenir que l'instruction soit engagée et reproche donc à l'Autorité de n'avoir pas mis en oeuvre les pouvoirs d'instruction que lui reconnaissent les textes ; que cette carence vicié la procédure suivie devant l'Autorité ; que, (cependant) comme énoncé précédemment (A2), il est formellement inexact d'affirmer que l'Autorité n'a pas instruit le dossier ; que son appréciation sur l'inexistence d'une pratique anticoncurrentielle relevait, et celle de la cour relève présentement, du fond et non de la procédure ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE (...) (A2) sur la régularité de la procédure, le respect du principe contradictoire et l'impartialité de l'Autorité de la concurrence ; que la société Euro Power Technology fait valoir que l'Autorité a réservé à la présente affaire un traitement procédural anormal ; qu'en particulier, elle n'a pas respecté le principe contradictoire en imposant des délais de réplique insuffisants ; qu'il convient (cependant) de rappeler que l'Autorité a statué sur le fondement de l'article L 462-8 du Code de commerce, qui l'autorise à rejeter sa saisine par une décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ; qu'autrement dit, l'admission de la saisine par l'Autorité repose d'abord sur la valeur probante des éléments qu'il incombe au requérant de produire ; que le traitement procédural de la présente affaire doit également s'apprécier au regard de la demande de mesures conservatoires ; qu'en premier lieu, l'Autorité, avant de rejeter sa saisine, a préalablement accompli des actes d'instruction en complément des éléments produits par la société Euro Power Technology ; que l'Autorité a ainsi procédé à l'examen de la saisine en cause du 2 juillet 2008 au 15 février 2010 ; que l'Autorité a formulé des demandes de déclassement les 10 et 12 février 2010 auxquelles toutes les parties ont répondu ; qu'il n'est pas contesté non plus que la convention passée entre la société EDF et la société Verdesis, partiellement déconfidentialisée a été rendue accessible le 15 février 2010, soit à l'avant-veille de la séance qui s'est tenue le 17 février ; que les parties ont été convoquées à la séance du 17 février 2010 ; qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que la procédure devant l'Autorité s'est déroulée sur 21 mois, qui constitue une durée raisonnable compte tenu des mesures d'instruction ordonnées par l'Autorité ; que si l'instruction s'est accélérée au cours des mois de janvier et de février 2010, les délais laissés aux parties pour répondre aux demandes de déclassement de l'Autorité et pour s'exprimer sur les pièces déclassées ont permis aux parties de s'expliquer en séance sur l'ensemble des pièces versées aux débats, sans qu'il apparaisse que l'une d'elles ait demandé des délais supplémentaires pour répliquer, comme a pu le faire la société Euro Power Technology elle-même dans un courrier du 20 janvier 2010 ; qu'en

somme, il apparaît que l'Autorité aurait pu, sans compromettre le déroulement de la procédure, accorder des délais plus longs aux parties, en particulier à la suite des déclassements intervenus, il ressort des débats que toutes les parties, traitées de la même manière, se sont effectivement expliquées sur l'ensemble des pièces produites aux débats, dans les délais prescrits, répondant ainsi à l'impératif de diligence attaché à la demande accessoire relative aux mesures conservatoires qui est une procédure d'urgence ; qu'en définitive, la société requérante qui se borne à alléguer d'un traitement procédural abnormal ne démontre nullement que les délais de la procédure et son rythme auraient porté une atteinte irrémédiable et concrète à ses droits ; que la procédure est donc régulière au regard des textes invoqués par la société Euro Power Technology, qui n'imposent pas des délais précis, et plus particulièrement au regard de l'application du principe du contradictoire, ainsi que de l'exigence d'impartialité qui s'imposent à l'Autorité ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QU'en outre, en application de l'article L 462-8 précité, l'admission de la saisine suppose que la dénonciation des pratiques s'appuie sur des éléments suffisamment probants ; qu'il ne peut donc être reproché à l'Autorité, en complétant son examen des pièces produites au soutien de la saisine, par une instruction sommaire, d'avoir mis en balance le droit à la protection du secret des affaires avec les nécessités de la procédure, et d'avoir fait preuve de prudence en protégeant le secret des affaires de toutes les parties, y compris celui de la société Euro Power Technology, afin d'éviter que sa saisine ne constitue indûment un instrument d'accès aux secrets d'affaires des sociétés adverses ; qu'il appartenait à la société Euro Power Technology de produire les éléments suffisamment probants requis justifiant la saisine de l'Autorité et l'instruction par ses services de la plainte de la société Euro Power Technology en application des articles L 461-1 et suivants du Code de commerce ; que l'Autorité n'a pas vocation à suppléer à la carence de la société requérante ; qu'il se déduit de ces circonstances que la société Euro Power Technology ne peut valablement se prévaloir d'une prétendue violation de ses droits de la défense ;

ALORS QU'aucun texte ni principe ne fait obligation à la partie saisissante d'apporter à l'Autorité de la concurrence la preuve des agissements qu'elle dénonce ; qu'il incombe au service d'instruction de l'Autorité de réunir les éléments de preuve à charge et à décharge dont l'organe décisionnel de l'Autorité appréciera ensuite la pertinence ; qu'en retenant pour rejeter la plainte de la société Euro Power Technologie que l'admission de la saisine par l'Autorité repose d'abord sur la valeur probante des éléments qu'il incombe au requérant de produire, qu'il lui appartenait de produire les éléments suffisamment probants requis justifiant la saisine de l'Autorité et l'instruction par ses services de la plainte de la société Euro Power Technology en application des articles L 461-1 et suivants du Code de

commerce ou encore que l'Autorité n'a pas vocation à suppléer à la carence de la société requérante, la cour d'appel a violé l'article L 462-8 du Code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (absence d'abus de position dominante de EDF)

Il est fait grief à larrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Euro Power Technology dirigé contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz,

AUX MOTIFS QUE sur le marché connexe de la production et de la fourniture d'électricité, la société Euro Power Technology se prévaut des termes de la décision déférée (pts 62 et 64) qui énonce qu' "une entreprise en position dominante sur un marché donné peut se voir reprocher un abus dont les effets affectent d'autres marchés, dès lors que son comportement a un lien de causalité avec sa position dominante et que le marché sur lequel celle-ci est détenue et ceux sur lesquels l'abus déploie ses effets revêtent un caractère de connexité suffisant" ; que la décision de l'Autorité précise encore que "l'image de service public d'EDF et la puissance, consubstantielle au caractère de monopole public historique de la production et de la fourniture d'électricité dont dispose EDF sont de nature à favoriser le choix de sa filiale comme contractante par les producteurs de biogaz" ; que la décision de l'Autorité relève ainsi la place significative d'EDF dans la production, la fourniture, l'achat de l'électricité à partir du biogaz, mais aussi, celle détenue par l'intermédiaire de sa filiale ERDF qui assure le raccordement au réseau d'électricité des installations de production ; que l'Autorité en conclut qu' "il n'est pas exclu que puisse exister un lien de connexité entre les marchés dominés de la production et de la fourniture d'électricité et le marché de la fourniture et de l'exploitation d'installations produisant de l'électricité à partir du biogaz" ; que la société Euro Power Technology soutient qu'il revenait à l'Autorité, en tenant compte de l'avis du Conseil de la concurrence n°94-A-15 du 10 mai 1994 sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence, d'examiner les pratiques reprochées, ce d'autant plus que EDF apparaît dans la notice Honeywell comme ayant été le distributeur exclusif des microturbines à compter de mars 1999 jusqu'en 2002 et que ses filiales Verdesis sont aujourd'hui les distributeurs exclusifs, en France et en Belgique des microturbines Capstone ; que (cependant), en examinant la vraisemblance des pratiques dénoncées, l'Autorité a implicitement admis l'existence d'un lien de connexité entre le marché de la production et de la fourniture d'électricité et celui de la fourniture et l'exploitation d'installations produisant de l'électricité à partir du biogaz ; que l'Autorité a d'ailleurs admis cette connexité à juste titre compte tenu de ce que EDF intervient comme opérateur sur le marché de la production d'électricité et sur le marché aval

de la fourniture d'électricité ; qu'en application de l'article 2 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, EDF a, en outre, l'obligation d'acheter l'électricité produite par des installations utilisant les énergies renouvelables, notamment le biogaz ; que le présent contexte est marqué également par la présence des filiales d'EDF sur le marché de la fourniture et l'exploitation d'installations produisant de l'électricité à partir du biogaz et en matière de raccordement au réseau de production d'électricité ; que la société Euro Power Technology opère ainsi sur un marché connexe à d'autres, fortement marqués par la présence d'EDF ou de ses filiales ; qu'il n'est donc pas exclu, en effet, que EDF, du fait de cette connexité, puisse manifester, par rapport aux autres opérateurs présents sur le marché non dominé de la fourniture et de l'exploitation d'installations produisant de l'électricité à partir du biogaz, une indépendance de comportement lui conférant une responsabilité particulière dans le maintien d'une concurrence effective sur ce marché ; qu'il convient dès lors d'examiner, comme l'a fait l'Autorité, sur la base des éléments produits par la société Euro Power Technology, si les pratiques dénoncées sont susceptibles de constituer un abus de position dominante ;

AUX MOTIFS ENFIN QUE sur l'abus de position dominante (...) sur l'utilisation par Verdesis de son appartenance au groupe EDF comme argument technique, financier ou commercial auprès de ses clients, la société Euro Power Technology fait valoir que la société EDF est toujours perçue sur le marché comme un acteur de référence, ce qui lui confère le rôle de conseil, de certificateur, voire de prescripteur de fait, de sorte que toute filiale d'EDF, dès lors qu'elle utilise son appartenance au groupe public, comme argument technique, financier ou commercial, bénéficie d'avantages de nature à fausser le jeu de la concurrence ; que la société Euro Power Technology reproche à Verdesis d'utiliser systématiquement son appartenance au groupe EDF comme argument technique, financier ou commercial, notamment sur sa présentation figurant sur son site internet mais encore sur d'autres documents ; qu'alléguant de ce qu'elle utilise systématiquement la marque de la société EDF juxtaposée à la sienne, La société Euro Power Technology reproche également à Verdesis de ne pas disposer de sa propre marque ; que les sociétés adverses contestent l'ensemble de ces allégations ? qu'elles soulignent que certaines des pièces sur lesquelles s'appuie la société Euro Power Technology doivent être écartées des débats ; qu'elles insistent notamment sur le caractère distinct de leurs deux marques respectives ; que (cependant) au soutien du grief en cause, la société Euro Power Technology se réfère notamment aux pièces 10.2 et 10.3 qui ont été précédemment écartées des débats et qui ne peuvent donc être pris en compte par la cour ; que les éléments produits au soutien de la saisine et retenus par la cour sont les suivants : La pièce n° 10 constitue un document de présentation d'une société dénommée CPC, née en 2003, qui évoque son partenariat avec " Verdesis porteuse d'un projet cohérent, innovant et éprouvé ... le fondateur Xavier Lombard détient une part importante du capital aux côtés de deux investisseurs de grande

renommée EDF et Nivelinvest" ; que ce document précise encore sous le titre "le produit et ses points forts" : EDF actionnaire de Verdesis est un acteur de confiance" ; La pièce n° 1 0.1 consiste en une plaquette de présentation de Verdesis intitulée "solutions pour le traitement et la valorisation du biogaz" ; que ce document la présente comme une "filiale du GROUPE EDF" ; qu'il détaille les offres traitement du biogaz et décrit les techniques utilisées par Verdesis ; que ce document apparaît ainsi de nature technique et commerciale ; qu'il est donc, par nature, de large diffusion ; que la référence en gros caractères au groupe EDF vient au soutien de l'argumentaire technique et commercial de la plaquette ; La pièce n° 15 consiste en un document à en-tête de la société EDF EN et de la société Verdesis intitulé "Mémoires 1 et 2", cosigné par le dirigeant d'EDF et le responsable développement de Verdesis ; que ce document qui présente les deux sociétés comme appartenant au même groupement en décrit les principales caractéristiques ; Les pièces n° 62, 63 et 64 qui constituent respectivement des documents sur Verdesis concernant les sites d'exploitation du biogaz de Sainte Sévère, du Mentaure et celui de Icos ; que ces documents mentionnent en bas de page les logos de Verdesis et de EDF Energies Nouvelles, les lettres EDF figurant en blanc se distinguant bien des autres ; que ces éléments établissent que les dénominations de Verdesis et d'EDF sont bien distinctes, ainsi que leurs couleurs et leur graphisme respectifs ; que ces éléments établissent également, que sous la référence à la société EDF Energies nouvelles, filiale d'EDF, la société Verdesis s'appuie aussi et nécessairement sur la référence à EDF, compte tenu des fortes similitudes existant entre les dénominations d'EDF et d'EDF EN et de l'avantage que peut constituer pour elle l'identification par les clients potentiels de ses liens avec EDF ; que l'ensemble des éléments recueillis, même si l'ampleur de la diffusion des documents produits n'est pas précisément établie, caractérise la vraisemblance de l'affirmation de la société Euro Power Technology selon laquelle la société Verdesis utilise bien son appartenance au groupe EDF comme référence à l'appui de ses arguments technique et commercial ; que les activités de diversification des opérateurs historiques titulaires d'anciens monopoles, comme EDF, ne sont pas prohibées par les textes ; qu'il ne peut être contesté que l'appartenance d'une filiale à un groupe constitué par l'opérateur historique d'un marché libéralisé constitue pour elle un avantage concurrentiel intrinsèque ; que la référence à cette appartenance en tant qu'argument technique ou commercial ne peut, cependant, systématiquement, à lui seul, caractériser un abus alors que la libéralisation du marché de l'électricité est amorcée depuis plusieurs années, que le marché en cause s'est développé sur une technologie spécifique sur laquelle EDF ne dispose pas de compétences techniques et de savoir-faire particuliers, et que le marché en cause a vu apparaître, pendant la période considérée, des opérateurs entrants, ce qui constitue l'un des signes d'une concurrence effective ; que sur le soutien technique et commercial apporté par EDF à Verdesis, la société Euro Power Technology fait valoir que les prestations de conseil effectuées, au moyen

de sa direction territoriale (ci-après DCT) par la société EDF de 2005 jusqu'au mois de décembre 2006 n'ont été formalisées par aucune convention avec la société Verdesis Belgique et n'ont donc pas été rémunérées, tandis que celles fournies à la société Verdesis France après sa création en décembre 2006, ont reçu une rémunération dérisoire, de l'ordre de 1% du chiffre d'affaires, laquelle, selon elle, est incompatible avec l'avis du Conseil de la concurrence n° 94-A-15 du 10 mai 1994 ; qu'elle appuie son allégation notamment sur le fait que la date de la convention précitée a été confidentialisée ; qu'elle affirme la volonté des sociétés adverses de la dissimuler, ce dont elle déduit que les prestations fournies à la société Verdesis Belgique ont été gratuites ; qu'au soutien de ses affirmations la société Euro Power Technology produit aux débats des mails datés des 13 avril 2006 (pièce 9), 21 septembre (pièce 2) et 3 octobre 2006 (pièce 3), 10 juin 2007 (pièce 7) qui ont été précédemment écartés des débats et un mail du 13 novembre 2006 ; que la société EDF reconnaît que la société Verdesis lui a confié, une mission rémunérée de conseil devant lui permettre notamment "d'approfondir sa connaissance des territoires locaux à enjeu et d'améliorer son efficacité commerciale" ; qu'elle précise que sa rémunération, est exprimée en pourcentage du chiffre d'affaires, variable selon les prestations réalisées, a pour assiette les affaires à l'occasion desquelles elle est intervenue ; qu'elle soutient que cette rémunération est conforme, dans ses modalités, à l'avis de 1994 dont se prévaut la société Euro Power Technology et dans son montant, aux standards du marché ; que les sociétés Verdesis adoptent un argumentaire similaire à celui d'EDF ; qu'au soutien de l'autonomie commerciale dont elles se prévalent, elles expliquent avoir recours aux structures commerciales d'EDF et au soutien logistique de sa direction "DCT", de manière non systématique ; qu'elles ajoutent que ce support commercial a été conçu principalement pour pallier le manque de personnel nécessaire pour prospection sur l'ensemble du territoire français ; qu'elles précisent qu'elles déterminent seules les clients à atteindre, qu'aucun salarié d'EDF n'intervient dans l'élaboration de la proposition commerciale ni dans la négociation avec le client ; que pour faire accréditer le caractère anormalement bas de la rémunération des prestations effectuées par EDF postérieurement à la création de la société Verdesis France, la société Euro Power Technology produit aux débats la pièce 41 qui a été précédemment écartée des débats et que la cour ne peut en conséquence prendre en compte ; que la société Euro Power Technology verse également aux débats, à titre de comparaison, un contrat de mandat de commercialisation de turbines destinées aux centrales de biogaz, prévoyant une rémunération du mandataire fixée à 15% du prix hors vente HT du matériel ainsi qu'un contrat de mandat commercial relatif au secteur du développement, de la réalisation et de la maintenance de centrales de production et de conversion d'énergie fixant la rémunération du mandataire à 5% du montant HT du contrat ou commande sur chaque opération traitée, outre une rémunération mensuelle fixe de 3 000 Euros HT ; qu'aucun élément ne permet cependant de conclure que ces rémunérations, en effet

nettement supérieures à celle en cause en termes de pourcentage, concernent des prestations comparables à celles fournies par EDF à la société Verdesis ; qu'ainsi que l'a rappelé l'Autorité, la mise à disposition par une entreprise de moyens tirés de son activité de monopole pour le développement d'activités de ses filiales relevant du champ concurrentiel, sans contreparties financières reflétant la réalité des coûts, est susceptible de caractériser une pratique anticoncurrentielle ; que le droit de la concurrence interdit les subventions croisées ; qu'en revanche, contrairement à ce que soutient la société Euro Power Technology, il ne proscrit pas le paiement des facilités et des prestations fournies par référence à un pourcentage du chiffre d'affaires dès lors que la rémunération en découlant reflète la réalité des coûts ; que (cependant) la société Euro Power Technology se borne à affirmer la gratuité des prestations servies par EDF à sa filiale Verdesis Belgique, ainsi que le caractère anormalement bas de sa rémunération perçue en contrepartie des prestations fournies à sa filiale Verdesis France, sans verser au soutien de ses allégations des éléments pertinents permettant de laisser penser que la rémunération en cause ne refléterait pas la réalité des coûts, serait inférieure au standard du marché et, en conséquence, susceptible d'entraîner une distorsion de concurrence ; qu'en l'absence d'éléments suffisamment probants produits par la société Euro Power Technology tendant à établir la vraisemblance du caractère anormalement bas de la rémunération des prestations fournies à ses filiales par la société EDF, l'Autorité n'avait pas à suppléer à la carence de la société Euro Power Technology en ordonnant notamment la communication de la convention en cause, dont elle a pu estimer légitime qu'elle soit couverte par le secret des affaires ; que sur l'obtention par Verdesis de rabais discriminatoires auprès de la société Capstone, leader de la production des micro turbines la société Euro Power Technology reproche à la société EDF d'avoir fait pression sur la société Capstone afin de favoriser sa filiale Verdesis et de restreindre son accès au marché ; que plus précisément, la société Euro Power Technology reproche à EDF de s'être entendue directement avec la société Capstone, pour obtenir d'elle, en avril 2008, sans raison aucune, une remise complémentaire de 5% par rapport aux prix pratiqués pour elle, et de permettre ainsi à sa filiale Verdesis de disposer d'une meilleure offre qu'elle pour la centrale de La Ciotat ; qu'elle ajoute que la société EDF est à l'origine de son éviction de la distribution des turbines de Capstone dont elle était, jusqu'alors, le distributeur exclusif en France ; que la société Euro Power Technology fait grief à l'Autorité de n'avoir pas instruit sur ce point et relève qu'en tout état de cause ni la société EDF ni la société Verdesis ne contestent la réalité des faits allégués ; qu'il ressort (cependant) des pièces produites aux débats et en particulier : -d'un mail de la société Capstone du 12 janvier 2007 organisant une réunion avec les distributeurs des produits Capstone la société Euro Power Technology, qui est distributeur de ceux-ci ne figure pas parmi les destinataires ; que ce mail a été communiqué en copie à la société EDF en la personne de M. Cahen ; -d'un échange de mails intervenus entre

avril et mai 2006 entre M. Hynes de la société Capstone et M. Polz de la société Soffimat, société soeur de la société Euro Power Technology libellés en langue anglaise que : * la société Euro Power Technology (et non la société Soffimat) est bien le distributeur des microturbines Capstone en France ; *des engagements ont été contractés par la société Capstone avec "EDF companies", que la cour entend comme pouvant être non seulement EDF elle-même mais également l'une de ses filiales, Verdesis par exemple, ce qui ôte à ce document le caractère significatif que lui attribue la société Euro Power Technology ; *des discussions existent entre la société Capstone et EDF ayant un tout autre objet (traduction de "on a separate subject") ; -des factures établies par la société Capstone à l'attention de Xavier Lombard représentant de la société Verdesis, que ces factures font état de deux ristournes consenties par la société Capstone à la société Verdesis. ("Customer discount" et "additional discount") ; que la cour relève, en outre, l'absence des factures d'achat de micro-turbines établies par la société Capstone pour la société Euro Power Technology ; qu'en conséquence, ces documents sont insuffisants pour établir la vraisemblance de la pression de la société EDF sur la société Capstone, invoquée par la société Euro Power Technology ; qu'en effet, ils ne permettent pas de supposer que les ristournes attribuées à Verdesis sont liées à une intervention d'EDF qu'ils ne parviennent pas à caractériser ; qu'en outre, l'absence des factures d'achat établies par la société Capstone pour la société Euro Power Technology, prive la cour d'effectuer une comparaison utile, ce qui l'empêche de conclure à la vraisemblance d'un traitement prétendument moins favorable pour la société Euro Power Technology que pour Verdesis de la part de la société Capstone ; que de la même manière, le fait de n'avoir pas été destinataire du mail du 12 janvier 2007 par lequel la société Capstone a organisé une réunion avec ses distributeurs, ne peut conduire à supposer, sans extrapoler, à la vraisemblance de l'éviction prétendue de la société Euro Power Technology du marché des microturbines et à imputer cette prétendue éviction à des pressions qu'aurait exercer la société EDF sur la société Capstone ; que certes les éléments versés aux débats montrent qu'EDF n'est pas absente de la sphère dans laquelle évolue le marché de la fourniture et l'exploitation d'installations, notamment des microturbines, produisant de l'électricité à partir du biogaz ; que cependant, ses liens apparaissent, en l'état des éléments peu probants produits, très ténus et trop faibles pour établir la vraisemblance de l'existence de pressions et de l'attitude active d'EDF au bénéfice de sa filiale Verdesis qui seraient susceptibles d'avoir pour effet une restriction de concurrence ; que sur la pratique des contrats de gré à gré, la société Euro Power Technology soutient qu'EDF incite ses clients à éviter la procédure d'appel d'offres ce qui, selon la plaignante, est constitutif d'un abus de position dominante ; qu'elle cite notamment le cas de la communauté d'agglomérations Garbelan, Huveaune Sainte Beaume (ci-après GHB) qui a passé un contrat de gré à gré avec la société Verdesis pour l'installation d'une centrale de production de l'électricité fonctionnant au biogaz, en

violation, selon elle, des règles des marchés publics ; que les sociétés EDF et Verdesis contestent ces allégations et soutiennent le caractère régulier de la procédure de gré à gré choisie par la communauté d'agglomérations GHB ; qu'aucun élément admis aux débats ne met en évidence l'intervention active de la société EDF pour inciter ses clients à recourir à l'appel d'offres de surcroît dans l'intention prévue de favoriser sa filiale Verdesis, ce indépendamment de toute question relative à la régularité de la procédure d'achat adoptée par la communauté d'agglomérations ; qu'il résulte donc de ce qui précède que les faits dénoncés au soutien de la saisine ne sont pas étayés d'éléments suffisamment probants laissant supposer qu'ils sont susceptibles de constituer un abus de position dominante ;

1°) ALORS QUE lorsqu'il est saisi de pratiques pouvant constituer un abus de position dominante, le juge de la concurrence est tenu de vérifier que la contrepartie financière exigée par une société bénéficiant d'un monopole historique qui met ses moyens à disposition de ses filiales relevant du champ concurrentiel n'est pas inférieure au prix du service assuré et correspond effectivement à la réalité des coûts ; qu'en affirmant que la société Euro Power Technology n'établit pas la vraisemblance du caractère anormalement bas de la rémunération des prestations fournies à ses filiales par la société EDF et qu'il n'appartient pas à l'Autorité de la concurrence de suppléer à la carence de la plaignante en ordonnant notamment la communication de la convention liant les sociétés Verdesis et EDF dont elle a pu estimer légitime qu'elle soit couverte par le secret des affaires, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce, ensemble l'article L 462-8 du même code ;

2°) ALORS QUE pour retenir qu'aucun abus de position dominante de la société EDF ne pouvait être établi en ce que celle-ci aurait permis à sa filiale Verdesis d'obtenir des rabais discriminatoires auprès de la société Capstone leader de la production de micro turbines, la cour d'appel qui a affirmé qu'il ne résulte pas des documents produits que l'obtention de ces remises soit liée à une intervention de la société EDF ou encore que le fait que la société Euro Power Technology n'ait pas été convoquée à une réunion organisée par la société Capstone avec l'ensemble de ses distributeurs ne rend pour autant plausible une pratique d'évitement, après avoir constaté que la société EDF n'était pas absente du marché de la fourniture et de l'exploitation d'installations et que la société Euro Power Technology était distributrice des produits Capstone en France, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

3°) ALORS QU'en se bornant à affirmer pour exclure tout abus de position dominante du groupe EDF que la société Verdesis était distincte de la société EDF ou encore que les liens entretenus avec Verdesis ne pouvaient pas être de nature à établir une quelconque intervention de la société EDF sans tenir compte des liens capitalistiques unissant EDF à sa filiale Verdesis,

la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION (absence d'entente)

Il est fait grief à larrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société Euro Power Technology dirigé contre la décision de l'Autorité de la concurrence n° 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz,

AUX MOTIFS QUE sur l'entente, la société Euro Power Technology demande que la cour réforme la décision de l'Autorité à laquelle elle reproche en premier lieu de n'avoir pas motivé sa décision sur l'entente dénoncée, comme l'y obligeait l'article L 462-8 du Code de commerce sur lequel l'Autorité a fondé son rejet ; qu'elle lui reproche également de n'avoir pas instruit sur les griefs dénoncés ; que la société Euro Power Technology fait valoir que les comportements dénoncés caractérisent l'existence d'une entente verticale entre la société EDF et la société Verdesis visant à exclure la société Euro Power Technology d'un marché concernant le site de La Ciotat ; que ces comportements sont les suivants : la société Verdesis et la société EDF se sont entendues pour exclure du marché la société Euro Power Technology en commettant un dénigrement systématique et une dénonciation calomnieuse, notamment lors d'une réunion interne sur le site de Penol, qu'elles ont organisée et à laquelle assistaient les représentants de la Communauté d'Agglomérations Garleban Huveaune Sainte Baume (ci-après GHB), client prospecté par la société Euro Power Technology, ainsi que des clients potentiels ; que selon la société Euro Power Technology, le compte rendu de cette réunion atteste de la réalité des griefs invoqués, ainsi que le procès-verbal de constat en date du 18 septembre 2007 ; que la société Euro Power Technology reproche, en second lieu, à la société EDF d'avoir incité des clients à conclure des contrats de gré à gré sans respecter la procédure de mise en concurrence obligatoire en l'espèce selon elle, en raison du fait que le cocontractant de la personne publique participe au service public de l'élimination des déchets ; qu'elle ajoute que cette activité s'exerce nécessairement par l'occupation du domaine public que constituent les centres d'enfouissements techniques (CET) selon la définition posée par l'article L 2111-1 du code général des propriétés et personnes publiques ; que c'est donc par une interprétation abusive commune de la société EDF et de la société Verdesis que celles-ci, en recourant au contrat de gré à gré, ont tenté de s'arroger un avantage systématique découlant des liens privilégiés dont bénéficie EDF (DCT) auprès des collectivités publiques ; que cependant, en premier lieu, la cour relève que l'Autorité s'est prononcée sur chacune des pratiques invoquées au titre de l'entente, par une décision motivée ; qu'elle a donc respecté les exigences posées par l'article L 462-8 du Code de commerce, même si le terme "entente" n'est pas explicitement énoncé dans la décision de l'Autorité et que le grief manque en fait ;

qu'ensuite, le dénigrement consiste à jeter le discrédit sur un produit ou un service donné ; que pour en tirer un avantage concurrentiel, visant par exemple à évincer un concurrent du marché, il doit nécessairement faire l'objet d'une certaine publicité ; que pour démontrer le dénigrement dénoncé, la société Euro Power Technology produit deux pièces : un mail d'une salariée d'EDF, Mme Tissier adressé à la société Verdesis en date du 25 avril 2006 ; que cependant, cette pièce (pièce n° 1) a été écartée des débats pour les motifs précédemment exposés ; qu'en tout état de cause, ce mail qui ne vise pas expressément la société Euro Power Technology fait état d'un sentiment négatif d'une salariée d'EDF ; que de par son caractère personnel, il ne saurait donc compromettre la société EDF elle-même ; un procès-verbal établi par un huissier de justice en date du 18 septembre 2007 dans lequel sont relevés à de nombreuses reprises, au fil de l'examen de l'intégralité de la boîte mail d'un des dirigeants de la société Verdesis, "des propos dénigrants" concernant la société Euro Power Technology ; que cependant, à défaut d'énoncer lesdits propos, l'acte d'huissier de justice ne met pas la cour en mesure de vérifier la réalité de leur caractère prétendument dénigrant ; que s'agissant, enfin, du grief tiré de l'incitation à éviter la procédure d'appel d'offre, la société Euro Power Technology ne conteste pas avoir, avant la société Verdesis, bénéficié d'un contrat de gré à gré concernant le site de Penol qui est en cause ; que dans ces conditions, en complément de ce qui a été énoncé sur ce grief déjà invoqué au titre de l'abus de position dominante, il convient seulement de constater que le recours à cette procédure de gré à gré relève d'une pratique courante de la part de la Communauté d'Agglomérations GHB, ce qui démontre que ce choix ait pu être déterminé pour le seul bénéfice de la société Verdesis, par des pressions exercées, dans le cadre d'une démarche concertée, par la société EDF et la société Verdesis en vue d'évincer la société Euro Power Technology du marché concerné ; qu'il ressort donc de ce qui précède que les faits dénoncés par la société Euro Power Technology ne sont pas étayés par des éléments suffisamment probants pour supposer l'existence des pratiques anticoncurrentielles alléguées ; qu'il s'ensuit que c'est à juste titre que l'Autorité a rejeté la saisine, en application de l'article L 462-8 du Code de commerce ;

1°) ALORS QU'en affirmant que l'Autorité de la concurrence s'est prononcée sur le grief d'entente verticale entre la société EDF et sa filiale Verdesis dont elle avait été saisie après avoir constaté qu'une telle qualification n'avait même pas été utilisée par la décision déférée, ce dont il résulte que l'Autorité n'a jamais examiné si les éléments constitutifs d'une entente étaient ou non réunies en l'espèce, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce, ensemble l'article L 462-8 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE les actes accomplis par un salarié dans l'exercice de ses fonctions engagent nécessairement son employeur ; que les courriels échangés par un salarié d'une entreprise dans l'exercice de ses fonctions constituent des éléments de preuve permettant d'établir la participation de la société à une entente entre entreprises ; qu'en retenant au contraire qu'un mail du 25 avril 2006 adressé par une salariée de Edf à Verdesis critiquant indirectement la société Euro Power Technology n'engageait pas la société EDF, la cour d'appel a violé les articles 101 du TFUE et L 420-1 du Code de commerce, ensemble l'article L 462-8 du Code de commerce.

