

COMM.

C.B.

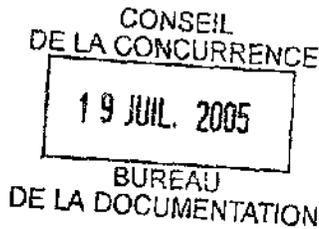
**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **12 juillet 2005**

Cassation partielle

M. TRICOT, président



Arrêt n° 1159  
FS-P+B+I+R

Pourvoi n° Y 04-12.388

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

---

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

---

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

Sur le pourvoi formé par la société Nouvelles Messageries de  
la presse pariennne (NMPP), société à responsabilité limitée dont le siège est  
52, rue Jacques Hillairet, 75012 Paris,

en cassation d'un arrêt rendu le 12 février 2004 par la cour d'appel de Paris  
(1re chambre, section H), au profit :

1°/ de la société Messageries lyonnaises de presse, société  
anonyme coopérative à conseil d'administration dont le siège est  
55, boulevard de la Noirée, 38291 Saint-Quentin-Fallavier Cedex,

2°/ du ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie,  
domicilié 139, rue de Bercy, 75012 Paris et à la DGCCRF, 59, boulevard  
Auriol, 75013 Paris,

défendeurs à la cassation ;

En présence de la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries - Transports presse (SAEM-TP), société à responsabilité limitée dont le siège est 5, place des Marseillais, 94227 Charenton-le-Pont Cedex ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les six moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au Procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article L. 131-6-1 du Code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 14 juin 2005, où étaient présents : M. Tricot, président, Mme Beaudonnet, conseiller référendaire rapporteur, M. Métivet, Mmes Garnier, Tric, Collomp, Favre, Betch, M. Petit, Mme Cohen-Branche, conseillers, MM. Sémériva, Truchot, Mme Michel-Amsellem, M. Pietton, conseillers référendaires, M. Main, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les observations de la SCP Monod et Colin, avocat de la société Nouvelles Messageries de la presse parisienne, de la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, avocat de la société Messageries lyonnaise de presse, de Me Ricard, avocat du ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, les conclusions de M. Main, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Messageries lyonnaises de Presse (les MLP) a saisi le Conseil de la concurrence (le Conseil) de pratiques mises en oeuvre par la société Nouvelles Messageries de la presse parisienne (les NMPP) et la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transports de presse (la SAEM-TP) qui abuseraient de la position dominante conjointe qu'elles détiendraient sur le marché de la distribution de la presse au numéro, d'une part, en lui refusant un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000 mis en place par les NMPP, logiciel qui sert aux dépositaires pour le suivi de la distribution de la presse par les marchands de journaux et dont le tronc commun est utilisé par les trois messageries de presse, d'autre part, en pratiquant certaines conditions tarifaires ; que les MLP ont sollicité le prononcé de mesures conservatoires ; que, par décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003, le Conseil a notamment, à titre conservatoire, fait injonction aux NMPP "d'accorder aux MLP un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000 dans des conditions économiques équitables en mettant en place -pour chaque dépôt qui le souhaiterait et selon des modalités qui devront faire l'objet d'un accord entre les parties concernées- un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP, TID ou équivalent, et Presse 2000" et "de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans

ses barèmes"; que la cour d'appel a rejeté les recours formés par les NMPP et la SAEM-TP ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société NMPP fait grief à l'arrêt d'avoir été prononcé "hors la présence du public", alors, selon le moyen, que les décisions contentieuses sont prononcées publiquement ; qu'il doit en être ainsi des arrêts rendus par la cour d'appel de Paris sur recours exercés contre les décisions du Conseil de la concurrence ; que dès lors, la cour d'appel a violé les articles 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 451 et 458 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'aux termes de l'article 458, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, aucune nullité ne peut être soulevée pour inobservation des formes prescrites à l'article 451 du nouveau Code de procédure civile, si elle n'a pas été invoquée au moment du prononcé du jugement par simples observations dont il est fait mention au registre d'audience ; qu'il n'est pas allégué que de telles observations aient été formulées ; que le moyen est donc irrecevable ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société NMPP fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision du Conseil ordonnant à son encontre des mesures conservatoires, alors, selon le moyen :

1°/ que les initiatives prises par le commissaire du Gouvernement en direction des parties pendant le cours de l'instruction devant le Conseil de la concurrence, qui participent à l'exercice des droits de la défense, doivent être soumises au débat contradictoire ; que les NMPP faisaient valoir (assignation en appel p. 8) que le mémoire que les MLP avaient produit le 29 octobre 2003 l'avait été à la demande du commissaire du gouvernement, ce qui laisse penser que des échanges ont eu lieu entre eux sans qu'elles-mêmes y aient été associées ; qu'en ne répondant pas à ce moyen de nature à établir une méconnaissance du principe du contradictoire et de celui de l'égalité des armes, la cour d'appel a privé sa décision de motifs en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

2°/ que le principe de l'égalité des armes requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ; qu'en se bornant à retenir que les NMPP ont

*disposé d'un temps suffisant avant la séance du Conseil de la concurrence du 12 novembre 2003 pour prendre connaissance du dossier et des nouveaux éléments versés par les MLP le 29 octobre 2003 et qu'elles ont pu présenter des observations orales à cette séance, sans répondre au moyen par lequel les NMPP soutenaient (assignation en appel, p. 9) qu'en refusant d'écartier des débats les observations produites tardivement par les MLP le 29 octobre 2003 cependant qu'elles-mêmes s'étaient vu impartir un délai impératif pour produire leurs observations, toute prorogation de délai leur ayant été refusée au delà du 20 octobre 2003, le Conseil de la concurrence avait méconnu le principe de l'égalité des armes, la cour d'appel a de nouveau privé sa décision de motifs et violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;*

Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel n'était pas tenue de répondre à la simple allégation des NMPP sur l'existence non démontrée d'échanges ayant eu lieu hors leur présence entre les MLP et le commissaire du Gouvernement ;

Et attendu, d'autre part, qu'en relevant que le respect du principe du contradictoire doit s'apprécier au regard de la procédure d'urgence prévue par l'article L. 464-1 du Code de commerce, que si des délais peuvent en application de l'article 34 du décret du 30 avril 2002 être fixés par le rapporteur général pour la production des mémoires et observations, le dépôt d'écritures et de pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait à lui seul justifier leur rejet de la procédure dès lors que les parties ont bénéficié d'un temps suffisant pour y répondre et que les NMPP ont disposé de douze jours pour examiner les dernières observations et pièces déposées par les MLP et de la faculté de présenter des observations orales lors des débats, la cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées ;

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

Sur le quatrième moyen :

Attendu que la société NMPP fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

*1°/ qu'une pratique tarifaire n'est constitutive d'un abus que si elle a pour objet et/ou pour effet d'empêcher l'accès des concurrents éventuels au marché ou, à tout le moins, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; que les NMPP soutenaient que tel n'était pas le cas en l'espèce (assignation en appel, p. 26 et suivantes) ; qu'en se bornant à constater que les NMPP disposaient d'un pouvoir sur la fixation des barèmes et qu'elles occupaient, conjointement avec la SAEM-TP, une*

position dominante sur le marché sans examiner les effets sur la concurrence de la pratique tarifaire dénoncée, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-2 et L. 464-1 du Code de commerce ;

2°/ que si l'article 6 du contrat de groupage conclu entre les coopératives et les entreprises de messagerie stipule que les barèmes appliqués aux éditeurs sont préparés par le conseil de gérance de l'entreprise de messagerie avant d'être soumis aux gérants ou administrateurs de la coopérative, l'article 12 de la loi du 2 avril 1947 prévoit que le barème de messagerie est soumis à l'approbation de l'assemblée générale de la coopérative ; qu'il en résulte que l'assemblée générale de la coopérative, qui a le pouvoir exclusif d'approuver ou de ne pas approuver un barème préparé par le conseil de gérance de l'entreprise de messagerie, est, en droit, l'auteur du barème appliqué aux éditeurs et le seul maître de son contenu ; qu'en imputant aux NMPP, au prétexte qu'elles auraient un pouvoir déterminant dans l'élaboration des barèmes appliqués par elles, les pratiques tarifaires de fidélisation contenues dans ces barèmes susceptibles, selon l'arrêt, d'être considérées comme anticoncurrentielles et en validant la décision du Conseil de la concurrence leur faisant injonction de suspendre le système de remises de fidélité et de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1165 du Code civil, l'article 12 de la loi du 2 avril 1947 ensemble les articles L. 420-2 et L. 464-1 du Code de commerce ;

Mais attendu qu'en relevant que l'entreprise de messagerie joue un rôle déterminant dans l'élaboration des barèmes appliqués aux éditeurs, barèmes dont l'approbation par l'assemblée générale de la coopérative revêt un caractère formel, et en retenant par motifs propres et adoptés que le système de bonification exceptionnelle progressive proposé aux éditeurs par les NMPP dans le cadre d'un "plan de modernisation 2000-2002" en contrepartie d'engagements de fidélité d'une durée de trois ans et dont le maintien paraît avoir été décidé en 2003, pourrait dissuader les éditeurs de changer de messagerie de presse et avoir pour effet de figer les parts de marché, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le sixième moyen :

Attendu que la société NMPP fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision du Conseil ayant au titre des mesures conservatoires et dans l'attente d'une décision au fond, enjoint aux NMPP "d'accorder aux MLP dans un délai de quatre mois un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000, dans des conditions économiques équitables, en mettant en place -pour chaque dépôt qui le souhaiterait et selon des modalités qui devront faire l'objet d'un accord entre les parties

concernées- un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP, TID ou équivalent, et Presse 2000" et "de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans ses barèmes", alors, selon le moyen, *que le Conseil de la concurrence ne peut pas ordonner, à titre conservatoire, une mesure qui aurait des effets identiques à ceux qui résulteraient d'une décision au fond sanctionnant des pratiques anticoncurrentielles ; qu'en ordonnant les mesures précitées "dans l'attente d'une décision au fond", donc sans terme précis, et en donnant aux MLP la possibilité irréversible d'avoir accès à l'ensemble des données du logiciel Presse 2000, le Conseil de la concurrence a prononcé des mesures dépourvues de caractère provisoire ; qu'en validant sa décision, la cour d'appel a violé l'article L. 464-1 du Code de commerce ;*

Mais attendu qu'en faisant injonction aux NMPP de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans ses barèmes, la cour d'appel a ordonné une mesure conservatoire dont le terme est celui de la décision au fond ; que le moyen, sans objet pour le surplus en l'état de la cassation à intervenir sur le troisième moyen, n'est pas fondé ;

Mais sur le troisième moyen, pris en ses première et quatrième branches :

Vu les articles L. 420-2 et L. 464-1 du Code de commerce ;

Attendu qu'après avoir constaté que les dépositaires qui, ayant notamment pour mission de réceptionner la presse, la répartir, reprendre les invendus et assurer la comptabilisation de ces opérations, jouent un rôle central dans la transmission de l'information entre les éditeurs et les diffuseurs de presse et utilisent pour ce faire un logiciel dit Presse 2000 créé et exploité par les NMPP, logiciel dont les fonctionnalités essentielles, dites "tronc commun" soit le référencement des diffuseurs, celui des titres, la mise en oeuvre du réglage des titres, la gestion des réassortiments et des invendus et la création des documents comptables, sont partagées par les trois messageries de presse et qu'après avoir relevé que les MLP, qui ne disposent pas d'un accès direct à ce tronc commun, ont développé leur propre système informatique dit TID pour assurer la transmission des informations qu'elles échangent avec les dépositaires, ces informations devant être ressaisies par les dépositaires pour être utilisées par Presse 2000 à destination des diffuseurs, et les informations en provenance de ceux-ci tels les ventes et invendus par titre et point de vente devant de même être recopiées de Presse 2000 sur disquette pour être transférées sur TID, la durée quotidienne de ces manipulations étant estimée à une heure, la cour d'appel retient que le tronc commun du logiciel Presse 2000 constitue pour la distribution de la presse au numéro une infrastructure essentielle dont la reproduction à des conditions économiques raisonnables n'est pas envisageable ; qu'en effet, la création par les MLP d'un logiciel dédié qui

serait utilisé par les dépositaires parallèlement au logiciel Presse 2000 n'apparaît pas réaliste compte tenu, d'une part, des particularités du contexte concurrentiel caractérisé tant par une forte intégration verticale des différents niveaux de distribution de la presse que par le poids des NMPP sur le réseau des dépositaires centraux et compte tenu, d'autre part, de l'attachement à un système informatique unique proclamé par le Syndicat national des dépositaires de presse (SNDP), syndicat dont la dépendance à l'égard des NMPP ne peut être exclue ; qu'il en est de même de la création par les MLP, qui ne détiennent que 15 % des parts du marché en cause, dont les NMPP et la SAEM-TP détiennent ensemble les autres parts, de la création trop coûteuse d'un réseau propre de dépositaires ; que le refus des NMPP de consentir aux MLP un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000 qu'elles utilisent serait susceptible de constituer une pratique prohibée par l'article L. 420-2 du Code de commerce ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel ;

Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à établir que des solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elles moins avantageuses que celles dont bénéficient les NMPP, ne pourraient être mises en oeuvre par les MLP qui avaient admis devant le Conseil être en mesure matériellement et financièrement de concevoir un logiciel équivalent à Presse 2000 et avoir mis en place un logiciel qui leur permettrait d'adapter les quantités livrées au réseau et de communiquer avec ce dernier, et faute par conséquent de constater que le tronc commun du logiciel Presse 2000 serait indispensable à l'exercice de l'activité des MLP, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'en rejetant les recours, il a ordonné aux NMPP d'accorder aux MLP un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000, l'arrêt rendu le 12 février 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Messageries lyonnaises de presse aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes ;