

Grosses délivrées
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS

1ère Chambre - Section H

ARRÊT DU 17 SEPTEMBRE 2008

(n° **37**, 6 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2007/20354**

Décision déferée à la Cour : n° **07-D-37** rendue le **07 Novembre 2007**
par le **CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

DEMANDEUR AU RECOURS :

**- L'A.D.E.I.C.
(ASSOCIATION DE DÉFENSE D'EDUCATION ET D'INFORMATION DU
CONSOUMMATEUR)**

prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 3, rue de la roche Foucault 75009 PARIS

représentée par Maître Luc COUTURIER,
avoué près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Xavier LOUBEYRE,
avocat au barreau de PARIS
Cabinet LOUBEYRE - ENTREMONT - PORNIN
159 avenue de Malakoff 75116 PARIS

DÉFENDEUR AU RECOURS :

- La société ORANGE FRANCE, S.A.
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 1, avenue Nelson Mandela 94745 ARCUEIL CEDEX

- La société FRANCE TÉLÉCOM, S.A.
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 6, place d'Alleray 75505 PARIS CEDEX 15

représentées par Maître François TEYTAUD,
avoué près la Cour d'Appel de PARIS
assistées de Maître Stéphane HAUTBOURG,
avocat au barreau de PARIS
Cabinet GIDE LOYRETTE NOUEL
26 cours Albert 1^{er} - 75008 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- MME LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'EMPLOI
59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS

non représentée

- M. LE PRESIDENT DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE
11 rue de l'Echelle
75001 PARIS

représentée par Mme Nadine MOUY, munie d'un pouvoir

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 17 juin 2008, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Didier PIMOULLE, Président
- M. Christian REMENIERAS, Conseiller
- Mme Agnès MOUILLARD, Conseillère

qui en ont délibéré

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

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire
- prononcé par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par Monsieur Didier PIMOULLE, président et par M. Gilles DUPONT, greffier présent lors du prononcé.

* * * * *

LA COUR,

Vu le recours en annulation de la décision du Conseil de la concurrence n° 07-D-37 du 7 novembre 2007 formé le 7 décembre 2007 par l'ASSOCIATION DE DÉFENSE D'ÉDUCATION ET D'INFORMATION DU CONSOMMATEUR (ci-après : ADEIC),

Vu les conclusions de l'ADEIC, contenant l'exposé des moyens de son recours, déposées au greffe le 7 janvier 2008, soutenues par son mémoire en réplique déposé le 4 juin 2008 ;

Vu les conclusions déposées au greffe le 1^{er} avril 2008 par les S.A. FRANCE TÉLÉCOM et ORANGE FRANCE, intervenantes volontaires,

Vu les observations écrites du Conseil de la concurrence, déposées le 2 mai 2008,

Vu la lettre du 7 mai 2008 par laquelle le ministre chargé de l'économie déclare qu'il partage l'analyse du Conseil de la concurrence contenue dans la décision n° 07-D-37 et qu'il n'entend pas user de la faculté de présenter des observations écrites et orales devant la Cour,

Vu les observations écrites du ministère public du 9 juin 2008, mises à la disposition des parties avant l'audience,

La requérante et son conseil, qui ont eu la parole en dernier, les sociétés intervenantes et leur conseil et le représentant du Conseil de la concurrence entendus,

* *

SUR QUOI,

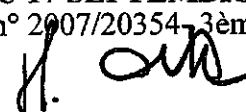
Considérant que l'association de consommateurs ADEIC, estimant que FRANCE TÉLÉCOM et sa filiale ORANGE FRANCE, en concluant avec la société PHOTO EUROPE un accord de distribution exclusive des services de téléphonie mobile offerts par ORANGE FRANCE dans le réseau des boutiques exploitées par cette société sous les enseignes Photo Service et Photo Station, avaient, d'une part, abusé de leur position dominante, d'autre part, violé l'article L.420-1 du code de commerce, a saisi le Conseil de la concurrence (ci-après : le Conseil), par lettre du 17 novembre 2005, de ces pratiques et demandé le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L.464-1 du code de commerce ; que le Conseil, après avoir donné acte à l'association saisissante de son désistement de sa demande de mesures conservatoires, a, par la décision frappée de recours, faisant application de l'article L.462-8, alinéa 2, du code de commerce, rejeté la saisine au motif que l' ADEIC n'avait pas apporté d'éléments suffisamment probants pour l'étayer ;

Considérant que la requérante soutient, en premier lieu, qu'elle s'est désistée de sa demande de mesures conservatoires parce qu'elle avait été trompée par le rapporteur et le rapporteur général quant à la possibilité d'accéder à certaines pièces, ce qui constitue à ses yeux une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en second lieu que le Conseil a commis une erreur manifeste d'appréciation quant au bien fondé de la saisine ;

Sur la procédure :

Considérant qu'il résulte du dossier que :

- dans sa saisine du 17 novembre 2005, l'ADEIC demandait, à titre de mesures conservatoires, qu'il soit enjoint au groupe FRANCE TÉLÉCOM et sa filiale ORANGE, d'une part, de lui communiquer « les accords conclus avec GRANDVISION, PHOTO EUROPE, PHOTO SERVICE et PHOTO STATION », d'autre part, « de suspendre l'ouverture de tous points de vente à son enseigne dépendant du réseau PHOTO EUROPE, PHOTO SERVICE et PHOTO STATION, jusqu'à la décision du Conseil au fond » ;
- par lettre du 13 décembre 2005, l'ADEIC a suggéré au Conseil de la concurrence de joindre sa saisine et celle de la société BOUYGUES TÉLÉCOM portant sur les mêmes faits,
- par lettre du 23 février 2006, l'ADEIC confirmait au rapporteur, « en complément de sa lettre du 18 janvier 2006 », qu'elle acceptait « de retirer en l'état sa demande de mesure conservatoire pour permettre la jonction des deux dossiers de plainte dont le Conseil est actuellement saisi concernant les mêmes faits », ajoutant : « Bien évidemment, l'ADEIC se réserve expressément de déposer une nouvelle demande, recevable en tout état, après connaissance des éléments nouveaux à découvrir » ;



Considérant qu'il ne ressort pas de ces lettres que l'ADEIC aurait subordonné son désistement de sa demande de mesures conservatoires à la jonction de sa saisine avec celle de BOUYGUES TELECOM ; qu'elle n'apporte aucune preuve de ses insinuations selon lesquelles « le rapporteur lui a[vait] suggéré verbalement de retirer sa demande de mesures conservatoires afin d'avoir accès aux pièces de la société Bouygues Telecom » (p. 3 de son mémoire en réplique) ; qu'il en résulte que la tromperie dont la requérante se prétend la victime, par suite le vice de procédure qu'elle invoque, ne sont pas démontrés ; que le moyen d'annulation de ce chef sera donc écarté ;

Considérant, en toute hypothèse, que le Conseil observe pertinemment que l'article R.464-1 du code de commerce prévoit qu'une demande de mesures conservatoires « peut être présentée à tout moment de la procédure » et que rien n'interdisait à l'ADEIC de reformuler sa demande de mesures conservatoires après que BOUYGUES TELECOM se fut désistée et que le Conseil eut disjoint les causes, ce que la requérante n'ignorait pas puisqu'elle s'était expressément réservée cette possibilité dans sa lettre du 23 février 2006 ;

Sur le fond :

Considérant que, saisie d'un recours contre une décision de rejet d'une saisine fondée sur l'article L.462-8, alinéa 2, du code de commerce, la Cour doit vérifier si les faits invoqués, tels qu'ils ont été soumis au Conseil, étaient appuyés d'éléments suffisamment probants, étant observé que le rejet sur ce fondement n'est pas revêtu de l'autorité de la chose décidée et n'exclut pas une nouvelle saisine autrement étayée ; qu'il en résulte que, sauf à retirer toute portée à ce texte qui a pour finalité de conduire les parties saisissantes à produire dès l'origine un ensemble suffisant d'éléments de preuve des pratiques qu'elles dénoncent, les éléments non produits devant le Conseil ne peuvent l'être pour la première fois devant la cour ;

Qu'il suit de là que la Cour ne peut examiner les éléments relatifs à l'éventualité d'un cumul de systèmes de distribution sélective et exclusive, d'un effet cumulatif des contrats, d'une durée excessive des engagements d'exclusivité et de non concurrence et de prix imposés qui n'ont été évoqués ni dans la saisine, ni au cours de la procédure devant le conseil ;

Considérant que, pour établir la position dominante alléguée, la saisine comparait le nombre et l'implantation des points de vente des différents opérateurs, mentionnait que la part de ORANGE sur le marché de la téléphonie mobile en France était de 47,3 % et rappelait l'avis du Conseil n° 97-A-19 du 24 septembre 1997 selon lequel : « Sur le marché pertinent de la téléphonie mobile, la société FRANCE TELECOM exerce une influence significative au sens des dispositions de l'article L 37-1 du C.P C.E » ; que l'ADEIC indiquait encore que le partenariat qu'elle dénonçait, en conférant à FRANCE TELECOM la maîtrise d'un réseau de 1499 boutiques un renforcement de sa part dans la distribution au détriment des autres opérateurs, constituait un abus de position dominante ;

Que, pour démontrer l'existence de l'entente invoquée, l'ADEIC affirmait que « le déséquilibre manifeste de la distribution commerciale de services de téléphonie mobile de proximité cré[ait] un cloisonnement du marché au bénéfice exclusif de l'opérateur historique. » ;

Considérant que la saisine ainsi résumée était accompagnée de la copie de trois extraits d'articles parus dans le Journal du dimanche du 19 septembre 2005, la Lettre de l'expansion du même jour et dans le quotidien Le Monde du 16 novembre 2005 ;

Considérant, sur la première des pratiques dénoncées, que se trouve en position dominante l'entreprise ou le groupe d'entreprises qui dispose de la puissance économique qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs ;

Considérant que la dimension de la part de marché, notamment si elle est très importante ou nettement plus importante que celle des concurrents - ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque la part de FRANCE TELECOM et ORANGE n'atteint pas 50 % et que celle du concurrent suivant est de 35,8 % selon les données fournies par l'ADEIC elle-même - si elle peut constituer un indice d'une position dominante, ne suffit pas pour déterminer l'existence d'une telle position ; que la saisine ne propose aucun autre élément d'analyse de la structure du marché ni aucune autre indication susceptible de définir la puissance économique des entreprises en cause et leur éventuel pouvoir d'agir sur le marché concerné indépendamment des autres acteurs ;

Considérant que c'est donc par des motifs exacts, que la Cour fait siens, que le Conseil a retenu qu'une forte part de marché n'était pas un indice suffisant pour caractériser une position dominante et que, de plus fort, le renforcement de sa part de marché par une entreprise n'était pas, en soi, caractéristique d'un abus, de sorte que la saisine n'était pas, sur ce point, étayée d'éléments suffisamment probants ;

Considérant, au sujet de la seconde pratique, que la saisine se bornait à affirmer que « les accords conclus par le Groupe FRANCE TELECOM et sa filiale ORANGE avec PHOTO EUROPE permettent de réserver l'exclusivité de la distribution aux produits ORANGE et d'exclure corrélativement l'ensemble des autres opérateurs, y compris virtuels » et que le déséquilibre de la distribution ainsi dénoncé aboutirait à « un cloisonnement du marché au bénéfice exclusif de l'opérateur historique » ;

Considérant, bien que cette affirmation ne fût appuyée sur aucune preuve, que le Conseil a néanmoins examiné les caractéristiques et la répartition des points de vente ; que, concernant les 240 boutiques Photo Station, essentiellement situées au centre des villes, il a estimé qu'aucun élément du dossier ne laissait prévoir que l'accord de distribution conclu pût créer des obstacles importants au développement du réseau commercial des autres opérateurs et que la disponibilité des fonds de commerce dans le centre des villes apparaissait en effet a priori suffisante pour qu'il soit possible, en quelques années, de développer un réseau de distribution de services de téléphonie mobile ;

Que, s'agissant des 260 boutiques Photo Service, généralement exploitées au sein de centres commerciaux (pour environ 200 d'entre elles), il ressortait des données publiques que, dans une proportion très significative de 200 centres commerciaux accueillant de telles boutiques, les opérateurs commercialisaient leurs services dans des boutiques mono-marque ainsi que dans des points de vente multi-marques et que, par ailleurs, dans la quasi-totalité des centres commerciaux où étaient présentes les boutiques Photo Service, les services de téléphonie mobile des trois principaux opérateurs sont proposés par des distributeurs multi-marques et notamment par les grandes surfaces alimentaires ou spécialisées ;

Considérant que le Conseil a en définitive justement retenu que, au vu des éléments apportés par la saisine, il n'apparaissait pas que l'accord de partenariat incriminé puisse créer le cloisonnement du marché dénoncé ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le recours sera rejeté ;

* *

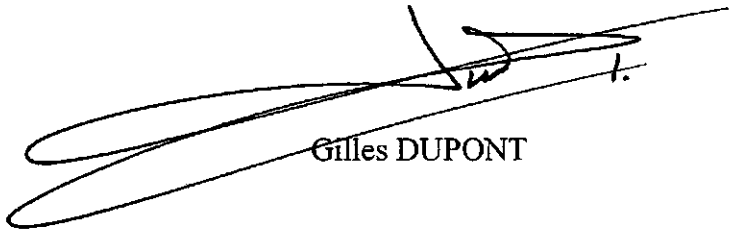
J. O. A.

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le recours,

CONDAMNE l' ADEIC aux dépens.

LE GREFFIER,



Gilles DUPONT

LE PRÉSIDENT,



Didier PIMOULLE