

COMM.

**COUR DE CASSATION**

---

08-D-05

Audience publique du **24 novembre 2009**

Non-admission

Mme FAVRE, président

Décision n° 10557 F

Pourvoi n° M 08-18.028

REPUBLIQUE FRANCAISE

---

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

---

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,  
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu la décision suivante :

Vu le pourvoi formé par la société CDG. Participations, société  
anonyme, dont le siège est 1 allée de la Louve, 93420 Villepinte,

contre l'arrêt rendu le 2 juillet 2008 par la cour d'appel de Paris  
(1re chambre, section H), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Lagardère services, dont le siège est 2 rue Lord  
Byron, 75008 Paris,

2°/ à la société Aélia, dont le siège est 114 avenue Charles de  
Gaulle, 92200 Neuilly-sur-Seine,

3°/ à la société Aéroports de Paris, dont le siège est 291  
boulevard Raspail, 75675 Paris cedex 14,

En présence de :

1°/ au Conseil de la concurrence, dont le siège est 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, DGCCRF, domicilié 59 boulevard Auriol, bâtiment 5, 75703 Paris,

défendeurs à la cassation ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 27 octobre 2009, où étaient présents : Mme Favre, président, Mme Beaudonnet, conseiller référendaire rapporteur, Mme Tric, conseiller doyen, M. Bonnet, avocat général, Mme Laoufi, greffier de chambre ;

Vu les observations écrites de la SCP Gadiou et Chevallier, avocat de la société CDG Participations, de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat des sociétés Lagardère services et Aélia, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Aéroports de Paris ;

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les conclusions de M. Bonnet, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu l'article 1014 du code de procédure civile ;

Attendu que les deux moyens de cassation annexés, qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée, ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

DECLARE non admis le pourvoi ;

Condamne la société CDG Participations aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer d'une part, à la société Aéroports de Paris la somme de 2 500 euros ; d'autre part, aux sociétés Lagardère services et Aélia la somme globale de 2 500 euros et rejette sa demande ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre novembre deux mille neuf.

## MOYENS ANNEXES à la présente décision

Moyens produits par la SCP Gadiou et Chevallier, avocat aux Conseils,  
pour la société CDG Participations

### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société CDG PARTICIPATIONS et notamment débouté celle-ci de sa demande tendant à voir juger que la société ADP avait commis des faits d'abus de position dominante sur le marché de la gestion des emplacements commerciaux sous douane dans les aéroports parisiens ;

AUX MOTIFS QUE le Conseil a procédé, au préalable, à une analyse des faits évoqués sans la saisine, en relevant que les pratiques imputées à ADP et à CDGP lors des procédures d'attribution des emplacements commerciaux et pour la fixation des taux de redevance et lors de l'exécution des contrats pourraient relever soit d'une stratégie de prix excessifs, soit d'une discrimination entre la filiale d'ADP et ses concurrents, les deux pratiques n'étant pas exclusives ; que, dans un tel cadre, c'est à juste titre que, même si les taux de redevance et le minimum garanti versé par le bénéficiaire d'un emplacement commercial sont uniformément applicables à tous les concessionnaires, le Conseil s'est attaché à vérifier l'absence de discrimination tarifaire déguisée, les conditions initialement convenues dans les baux ne tenant pas compte des modifications ultérieures d'affectations de vol ; qu'à cet égard, il ressort du dossier que les modifications d'affectations de vol et de répartition du trafic au sein de chaque aéroport sont susceptibles d'avoir une incidence importante sur le chiffre d'affaires et donc sur la marge des concessionnaires, avec une variation de chiffre d'affaires, établie par le dossier de 1 à 30 entre les passagers les moins «contributifs» et les plus «contributifs» (point 12 de la décision) ;

Que toutefois, les aéroports modifiant fréquemment l'affectation des compagnies aériennes entre leurs différents terminaux pour des motifs tenant à la gestion des flux aéroportuaires et aux demandes des compagnies aériennes, que les entreprises intègrent cet aspect de leur activité future dans leurs réponses aux appels d'offres, ce que révèle en tant que besoin l'article 3 de l'accord concernant Créative qui stipule «le bénéficiaire ne pourra prétendre à aucune indemnité à raison (...) des troubles et interruptions qu'apporteraient éventuellement à son exploitation l'exercice du service public de transport aérien et notamment les conditions de fonctionnement et de gestion de l'aéroport ou l'évolution de ces conditions, l'évolution du trafic aérien, l'application des mesures de sécurité, de police, de douane et de circulation ...» ; que le caractère variable du trafic, connu des candidats à l'exploitation de ces commerces, constitue précisément l'un des éléments qui caractérisent l'activité commerciale sous douane en aéroport, et que tous les «exploitants» de boutiques sous douane sans

distinction ont été confrontés au problème de l'adéquation du taux de redevance aux facultés contributives des voyageurs affectés à leur terminal ; qu'au surplus, il ressort du dossier que, pendant l'exécution du contrat, les concessionnaires disposent d'une «marge de négociation» qui est effectivement utilisée, notamment en cas d'imprévu, comme en témoignent les propositions de modification du bail, notamment la suppression du versement minimum garanti, ou la prolongation de sa durée, adressées à CDGP par ADP ( point 138 de la décision) ; que dès lors, c'est par des appréciations pertinentes que la cour fait siennes que le Conseil a décidé que la plainte ne comporte pas d'éléments suffisamment probants au sens de l'article L 462-8 du Code de commerce pour établir que ADP aurait pu commettre des discriminations dans l'attribution des emplacements commerciaux ou la définition des taux de redevances ou encore que cette société aurait eu pour objectif en refusant de négocier le taux de redevance imposé à CDGP de distordre la concurrence entre concessionnaire, en pratiquant des taux excessifs à l'égard de la requérante ;

ALORS QUE, D'UNE PART, en jugeant qu'une disposition contractuelle, en l'occurrence l'article 3 de l'accord concernant la société CREATIVE, aurait été de nature à faire échec aux dispositions d'ordre public prohibant les pratiques anti-concurrentielles, la Cour d'appel a violé l'article L 420-3 du Code de commerce ;

ALORS D'AUTRE PART QU'en jugeant que la gestion par la société ADP des flux aéroportuaires dans les divers terminaux des aéroports parisiens, dont il résultait de ses propres constatations qu'elle avait une incidence importante sur le chiffre d'affaires des concessionnaires des emplacements commerciaux sous douane, avec une variation de 1 à 30 entre les passagers les plus et les moins contributifs, n'aurait pu sur le principe constituer une pratique anti-concurrentielle parce que la variabilité du trafic aurait été connue des exploitants de boutique et envisagée par ceux-ci, sans rechercher, en réfutation des écritures de la société CDG PARTICIPATIONS, si la société ADP, qui était en position dominante et détenait une facilité essentielle, n'avait pas créé de façon abusive et discriminatoire par ses propres choix de gestion des flux dans les terminaux un déséquilibre entre les prestations contractuelles dépassant les aléas que la société attributaire de l'emplacement commercial pouvait normalement envisager lors de la conclusion du contrat, n'a pas justifié légalement sa décision, au regard de l' article L 420-2 du code de commerce et 86 du Traité de Rome, devenu 82 CE ;

ALORS EGALEMENT QU'en n'opposant aucune réfutation aux critiques faites par la société CDG PARTICIPATIONS aux motifs de la décision du Conseil de la concurrence, qui montraient que non seulement la « marge de négociation » ne compensait en rien les déséquilibres résultant de l'abus de position dominante, mais encore que la religion des premiers juges avaient

été surprise sur de prétendues mesures de faveur prises en faveur de la société CREATIVE, qui bien au contraire avait dû céder aux pressions du concédant, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de motifs, violant l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

ET ALORS ENFIN QU'en ne s'expliquant pas sur le caractère discriminatoire, à l'égard des autres concessionnaires, des loyers imposés pour l'exploitation en direct de marques dans le domaine de la mode (conclusions p 32), qui n'était ni contesté ni justifié, et qui avait été ignoré par le Conseil de la concurrence, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de motifs, violant l'article 455 du nouveau code de procédure civile.

### SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société CDG PARTICIPATIONS et notamment débouté celle-ci de sa demande tendant à voir juger que la société ADP et la société LAGARDERE SERVICES avaient mis en oeuvre des pratiques d'entente anticoncurrentielle et d'abus de position dominante collective sur les marchés avals de l'exploitation des boutiques sous douane dans les aéroports parisiens ;

AUX MOTIFS QUE c'est par des appréciations pertinentes que la cour fait siennes que le Conseil a estimé que les faits d'entente et d'abus de position dominante collective invoqués dans la saisine n'étaient pas appuyés d'éléments suffisamment probants ; que le conseil a procédé à une analyse des faits de la saisine en relevant que si la création par ADP et LAGARDERE SERVICE de la société SDA, filiale commune, permet de caractériser l'existence d'un lien structurel entre ces entreprises, il n'en demeure par moins que l'existence d'une entente ainsi que d'une position dominante collective implique la démonstration de l'adoption d'une ligne d'action commune sur le marché ainsi définie au cas d'espèce : «la seule ligne d'action commune verticale pourrait consister à s'entendre pour maximiser le surplus extrait en aval des acheteurs , puis à les partager» ( point 114 de la décision) ; que tout d'abord le Conseil retient exactement qu'il ressort du dossier ( points 145 et 146 de la décision) :

-qu'ADP n'a pas choisi de faire bénéficier les clients des magasins installés dans les aéroports d'une concurrence entre ces magasins, chacun de ceux-ci étant en effet, dans le terminal concerné, en position de monopole pour le type de produit qu'il distribue ;

-que «c'est au travers de la réduction des taxes aéroportuaires permises par la rentrée de recettes en provenance des boutiques que les passagers profitent de cette politique financée par les passagers à haute contribution qui font des achats en boutique» ;

-que la politique d'ADP concernant SDA et les concessionnaires, dont LAGARDERE SERVICES comme CDGP, consiste sur le marché de détail à éviter toute concurrence frontale entre eux, les concessionnaires étant en

effet invités à pratiquer des prix de monopole et à maximiser leur chiffre d'affaires en exploitant le consentement des passagers captifs qui transitent par les aéroports ;

-que le comportement de ADP, qui la conduit ainsi «à maximiser les surplus de la filière verticale constituée par ADP et SDA» ne résulte nullement d'une entente ou d'un comportement collectivement abusif ;

Que la cour observe, pour sa part, s'agissant plus précisément des «engagement comportementaux mutuels d'ADP et de LAGARDERE SERVICES résultant de protocoles d'accord passés entre les deux entreprises (...)mettant en oeuvre les moyens d'une action commune pour parvenir à une meilleure synergie opérationnelle et commerciale» qui sont mis en exergue par la requérante, que LAGARDERE SERVICES peut utilement lui opposer :

-qu'ADP n'est pas partie au protocole d'achat de SARESCO et que cet accord ne comporte aucun engagement de LAGARDERE SERVICES à l'égard d'ADP ;

-que le protocole du 28 juillet 2006 relatif à l'extension des activités de SDA ne révèle pas non plus le moindre engagement de la part de LAGARDERE SERVICES et d'ADP en ce qui concerne des activités autres que celles de leur filiale commune, cet accord se bornant à organiser les modalités pratiques de l'extension du champ des activités traditionnelles de SDA ainsi qu'une modification du mode de direction de cette dernière ; qu'ensuite, s'agissant des échanges d'informations allégués par la requérante, le Conseil constate avec pertinence que les seuls échanges établis par l'instruction portent sur des prévisions de trafic qui sont publiés mensuellement et adressées à l'ensemble des concessionnaires ; qu'enfin le dossier révèle (points 149 et 150 de la décision) qu'ADP ne réserve pas un traitement de faveur aux filiales de LAGARDERE SERVICES et que, dans le cadre des appels d'offres auxquels il continue de procéder, les filiales de LAGARDERE SERVICES n'ont pas été favorisées comme l'attestent les derniers appels d'offres lancés en février 2007 qui ont été remportés au détriment de AELIA ;

ALORS QUE, D'UNE PART, l'entente a en elle-même un objet anticoncurrentiel si son existence même fausse les relations normales entre entreprises concurrentes dans le cadre d'un marché pertinent ;

Qu'il résulte des propres motifs de l'arrêt que la société ADP et la société LAGARDERE SERVICES, qui étaient normalement en conflits d'intérêts à deux étages différents de la structure verticale comme concédant muni de prérogatives exceptionnelles et concessionnaire majoritaire, avaient créé une filiale commune SDA, conclu le 28 juillet 2006 un protocole d'accord pour l'extension de l'activité de cette société dans le cadre du commerce sous douane, passés des engagements comportementaux mutuels, et procédé à des échanges d'information, ce qui suffisait à caractériser une entente dont l'objet portait en lui-même atteinte au jeu normal de la concurrence entre concédants et opérateurs dans le cadre du

marché des emplacements commerciaux sous douane, en regroupant sous une stratégie commune deux acteurs aux intérêts normalement antagonistes, au détriment de la concurrence avec les autres concessionnaires minoritaires, si bien que la Cour d'appel a méconnu les conséquences légales de ses propres constatations, au regard de l'article L 420-1 du code de commerce et 85 du Traité de Rome, devenu 81 CE ;

ALORS D'AUTRE PART QU'il résulte des propres motifs de l'arrêt que le protocole du 28 juillet 2006 passé entre la société ADP et la société LAGARDERE SERVICES avait en lui-même un objet anticoncurrentiel, puisqu'il visait à organiser, d'accord entre concédant et concessionnaire majoritaire, les modalités pratiques de l'extension du champ des activités traditionnelles de la société SDA, c'est-à-dire à multiplier au bénéfice de cette société les concessions au détriment d'autres opérateurs, si bien que la Cour d'appel a méconnu les conséquences légales de ses propres constatations, au regard de l'article L 420-1 du code de commerce et 85 du Traité de Rome, devenu 81 CE ;

ALORS EGALEMENT QUE la société CDG PARTICIPATIONS, dans son mémoire (p. 44 à 46), avait établi que la communication d'informations entre la société ADP et la société LAGARDERE SERVICES résultait de la tenue du comité du 25 mai 2007, qui concernait des projets de création de zones commerciales, des « engagements comportementaux mutuels » et du protocole du 28 juillet 2006, et de plusieurs déclarations publiques attestant d'une « communauté d'intérêts » entre ADP et LAGARDERE (mémoire, p. 46 ; mémoire en réplique, p. 12), si bien que la Cour d'appel, qui a limité les échanges entre ces sociétés à des prévisions de trafic, sans réfuter les éléments précis dont elle était saisie, qui établissaient la mise en place d'une stratégie commune au bénéfice d'une filiale, a entaché sa décision d'un défaut de motifs, violant l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

ET ALORS ENFIN QU'en ne s'expliquant pas sur la création par la société ADP et la société LAGARDERE SERVICES d'une situation de position dominante collective, en raison des liens établis, par le concédant pourvu de prérogatives exceptionnelles en ce qui concerne la gestion des emplacements commerciaux sous douane et par un concessionnaire majoritaire, à travers une filiale et une stratégie communes, la Cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de motifs, violant l'article 455 du nouveau code de procédure civile.

ALA MINUTE SUIVENT LES SIGNATURES  
COPIE CERTIFIÉE CONFORME

LE GREFFIER EN CHEF  
DE LA COUR DE CASSATION

