

COMM.

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du **4 octobre 2016**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 820 F-D

Pourvoi n° Z 15-14.158

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société Orange, société anonyme, dont le siège est 78 rue Olivier de Serres, 75015 Paris,

contre l'arrêt rendu le 5 février 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1^o/ à la Société française du radiotéléphone, société anonyme, dont le siège est 1 square Bela Bartok, 75015 Paris,

2^o/ à la société Bouygues Télécom, société anonyme, dont le siège est 37-39 rue Boissière, 75116 Paris,

3^o/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié en cette qualité 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

4°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, domicilié en cette qualité DGCCRF, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 12 juillet 2016, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Tréard, conseiller référendaire rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Tréard, conseiller référendaire, les observations de la SCP Marc Lévis, avocat de la société Orange, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Bénabent et Jéhannin, avocat de la société Bouygues Télécom, de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de la Société française du radiotéléphone, l'avis de M. Mollard, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 5 février 2015), que la Société française du radiotéléphone (la société SFR) et la société Bouygues Télécom (la société Btel) ayant conclu un accord de mutualisation de réseaux d'accès mobiles, prévoyant également la mise en place d'une itinérance 4G temporaire fournie par la société Btel à la société SFR, la société Orange, estimant que ces sociétés se livraient à des pratiques contrevenant aux articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, a saisi l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) ; que la saisine de la société Orange a été assortie d'une demande de mesures conservatoires, tendant principalement à la suspension de la mise en oeuvre de cet accord ; que par une décision n° 14-D-10 l'Autorité a rejeté cette demande ;

Attendu que la société Orange fait grief à l'arrêt de rejeter son recours contre cette décision alors, selon le moyen :

1°/ qu'en se prononçant sur la demande de mainlevée de la confidentialité de certaines pièces uniquement au regard de la qualité procédurale de la demanderesse, sans égard pour les critères pertinents d'une décision relative au secret des affaires, soit le caractère sensible des

éléments en cause et la pertinence de ces éléments pour la solution du litige, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 463-1, L. 463-4 et R. 463-15 du code de commerce, ensemble l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ qu'en rejetant les moyens de la société Orange tirés de la méconnaissance du principe de la contradiction résultant du rejet de sa demande de levée de la confidentialité après avoir constaté que la procédure suivie en séance avait permis de vérifier des données factuelles sur lesquelles se fonde la décision en écartant le risque d'une divulgation d'informations sensibles, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation des articles L. 463-1, L. 463-4 et R. 463-15 du code de commerce, ensemble l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ qu'en estimant que la société Orange ne démontrerait pas que la décision de l'Autorité se serait fondée sur des éléments qui n'auraient pas été contradictoirement vérifiés, établis et débattus et en rejetant le recours de la société Orange, fondé notamment sur une violation du procès équitable, des droits de la défense et du principe de la contradiction, après avoir constaté que le collège avait interrogé les sociétés SFR et Btel hors la présence de la société Orange et que certains éléments factuels fondant la décision avaient été vérifiés lors de cette discussion secrète, la cour d'appel a violé les articles 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L. 463-1 et L. 463-7 du code de commerce ;

4°/ qu'en considérant, pour rejeter le recours de la société Orange, que ce serait la société Btel qui aurait demandé au collège de l'interroger hors la présence de la société Orange, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard des articles 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale, L. 463-7 et L. 463-1 du code de commerce ;

5°/ qu'en considérant, pour rejeter le recours de la société Orange, que la pratique de la discussion secrète serait mentionnée dans un document diffusé par l'Autorité de la concurrence sur son site internet, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale, L. 463-7 et L. 463-1 du code de commerce ;

6°/ qu'en considérant d'une part que la procédure suivie en séance avait permis au collège de vérifier un certain nombre de données factuelles objectives sur lesquelles se fonde la décision, d'autre part que la société Orange ne démontrerait pas que la décision de l'Autorité se serait fondée sur des éléments qui n'auraient pas été contradictoirement vérifiés, établis et débattus la cour d'appel s'est contredite, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

7°/ qu'en considérant qu' « il suffirait de renvoyer », sur le point en litige, aux observations de l'Autorité de la concurrence, sans analyser par elle-même les moyens et preuves présentés par l'Autorité, la cour d'appel a violé les articles 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 455 du code de procédure civile ;

8°/ qu'en considérant que l'analyse de l'itinérance 4G de SFR au regard de l'avis 13-A-8 de l'Autorité relèverait de l'appréciation à intervenir, en application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce, du fond du dossier la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

9°/ qu'en considérant que le prononcé de mesures conservatoires serait subordonné à une condition d'irréversibilité, la cour d'appel a ajouté au texte une condition qui n'y figure pas, violant l'article L. 464-1 du code de commerce ;

10°/ qu'en s'attachant au caractère réversible ou non de la prestation d'itinérance dénoncée au lieu et place du caractère réversible ou non de l'atteinte résultant de cette prestation d'itinérance, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

11°/ qu'en considérant que la prestation d'itinérance 4G associées à l'accord de mutualisation des réseaux n'emporterait aucune atteinte grave, après avoir constaté que cette prestation d'itinérance risquait d'affecter 20 % de la population, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

12°/ qu'en se bornant à prétendre que la preuve ne serait pas rapportée du transfert de clientèle sur le marché de détail induit par l'itinérance en cause, sans analyser ne serait-ce que sommairement les éléments mis en oeuvre par la société Orange, la cour d'appel a privé sa décision de motif, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

13°/ qu'en ne répondant pas au moyen, péremptoire, tiré de ce que l'itinérance 4G en cause portait gravement atteinte au processus de concurrence par les mérites, ce qui justifiait le prononcé de mesures conservatoires, la cour d'appel a privé sa décision de motif, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

14°/ qu'en se bornant à se référer à un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 18 juin 2014 dans une autre cause, sans justifier de l'analogie qui aurait fondé une telle référence, la cour d'appel a privé sa décision de motif, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que le droit des parties de prendre connaissance des pièces remises à l'Autorité n'est pas un droit absolu et illimité et doit être mis en balance avec le droit des entreprises à la protection du secret de leurs affaires ; que le principe de la contradiction n'implique pas que la partie saisissante, qui n'a pas de droits de la défense à préserver dans le cadre de la procédure ouverte par l'Autorité sur sa saisine, laquelle en outre n'a pas pour objet la défense de ses intérêts privés, puisse obtenir la communication de documents couverts par le secret des affaires concernant la personne qu'elle a mise en cause, ni qu'elle puisse contester la décision de protection de secret des affaires prise à ce titre ; que s'étant justement référée à la qualité de partie saisissante de la société Orange, demanderesse de mesures conservatoires, qui n'était pas une partie mise en cause, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la société Orange n'était pas recevable à demander au rapporteur la levée de la confidentialité de certaines pièces en application de l'article R. 463-15, alinéa 2, du code de commerce ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'effet utile des décisions de secret des affaires rendues à l'occasion de la phase d'instruction du dossier doit être préservé durant les débats oraux qui se déroulent devant le collège de l'Autorité ; que le principe de la contradiction n'impose pas davantage, à ce stade de la procédure, que la partie saisissante puisse assister aux débats au cours desquels des informations protégées seront évoquées ; qu'après avoir constaté que la société Btel avait demandé à être interrogée sur certains points confidentiels du contrat en dehors de la présence de la société Orange et relevé que les observations de cette dernière et ses écritures suffisaient à établir que les éléments essentiels, relatifs à la portée, la durée et au contenu de l'accord litigieux et de son annexe sur l'itinérance, avaient été portés à sa connaissance et débattus, l'arrêt relève encore que la procédure suivie en séance a permis au collège de vérifier certaines données factuelles objectives sur lesquelles se fonde la décision, tout en écartant le risque d'une divulgation intempestive d'informations sensibles et sans utilité pour les débats ; qu'en cet état, la cour d'appel a pu retenir, sans contradiction, que la procédure n'était entachée d'aucune irrégularité ;

Attendu, en troisième lieu, que le grief de la septième branche ne tend qu'à remettre en cause le pouvoir souverain d'appréciation des éléments de preuve dans l'exercice duquel la cour d'appel a retenu que la société Orange ne produisait aucun élément de nature à mettre en doute l'impartialité de l'Autorité ou des services de l'instruction ;

Attendu, en quatrième lieu, que des mesures conservatoires peuvent être décidées dès lors que les faits dénoncés apparaissent susceptibles, en l'état des éléments produits aux débats, de constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce, à l'origine directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts protégés par l'article L. 464-1 du code de commerce ; que la caractérisation d'une telle pratique n'est pas requise à ce stade de la procédure ; qu'ayant constaté que l'instruction du dossier se poursuivait et recherché si une atteinte grave et immédiate aux intérêts protégés par l'article L. 464-1 du code de commerce pouvait se déduire des éléments produits aux débats, la cour d'appel, qui a retenu que l'analyse de l'accord litigieux au regard de l'avis n° 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles relevait d'une appréciation de fond, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, en cinquième lieu, que les mesures conservatoires doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ; que l'arrêt retient que, sur le marché de gros, les effets de la prestation litigieuse ne sont pas susceptibles de créer un dommage grave et immédiat dès lors que la prestation n'est pas irréversible et pourra être interrompue, à tout moment, sans créer de difficultés insurmontables au détriment de l'opérateur qui en bénéficie ; qu'il relève que, sur le marché de détail, les effets susceptibles d'être produits ne concernent pas les zones très denses qui correspondent aux principaux marchés sur lesquels la concurrence se développe, qu'ils ne portent que sur certaines parties de la zone de partage des sites et qu'ils ne devraient concerner qu'environ 20 % de la population ; qu'il ajoute que ce pourcentage théorique de couverture n'est qu'un taux maximum qui ne sera pas nécessairement utilisé en totalité ; qu'il relève encore qu'il n'est pas démontré qu'une meilleure couverture de la société SFR sur une partie de la zone moyennement dense se traduirait automatiquement par des mouvements immédiats et importants de clientèle sur le marché de détail ; qu'il retient enfin, par motifs adoptés, qu'il n'est pas justifié de ce que la perte d'un avantage concurrentiel de couverture constituerait un dommage grave et immédiat, ni dans quelle mesure elle aurait des conséquences dommageables sur l'activité de la société Orange ; que l'arrêt déduit de l'ensemble de ces éléments que l'existence d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts protégés par l'article L. 464-1 du code de commerce n'est pas établie ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui a apprécié, conformément aux exigences de ce texte, si les éléments dénoncés relevaient d'une situation d'urgence nécessitant le prononcé de

mesures conservatoires, et qui n'était pas tenue de répondre à des conclusions non assorties d'offres de preuve, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en ses cinquième et quatorzième branches, qui critiquent des motifs surabondants, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Orange aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la Société française du radiotéléphone, à la société Bouygues Télécom et au président de l'Autorité de la concurrence, chacun, la somme de 3 000 euros ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

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

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Marc Lévis, avocat aux Conseils, pour la société Orange

MOYEN UNIQUE DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Orange contre la décision de l'Autorité de la concurrence n°14-D-10 du 25 septembre 2014 rejetant la demande de mesures conservatoires présentée par la société Orange.

- AUX MOTIFS d'une part QUE :

« Sur la procédure

(...) concernant les mesures conservatoires prises par l'Autorité de la concurrence, le code de commerce dispose :

- en son article L. 464-1 : "L'Autorité de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires.

Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence" ;

- en son article R. 463 - 8 : " Pour l'application de l'article L. 464-1 et des premier et deuxième alinéas de l'article l'article L. 462-8, le rapporteur général peut fixer des délais pour la production de mémoires, pièces justificatives ou observations et pour leur consultation par les intéressés ou par le commissaire du Gouvernement" ;

- en son article R. 464-1 : " La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée " ;

(...) concernant la recevabilité et le rejet d'une saisine, il est rappelé que l'article L. 462-8 du code de commerce dispose : "L'Autorité de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L.462-7, ou si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence.

Elle peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.

Elle peut aussi rejeter la saisine dans les mêmes conditions, lorsqu'elle est informée qu'une autre autorité nationale de concurrence d'un Etat membre de la Communauté européenne ou la Commission européenne a traité des mêmes faits relevant des dispositions prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne.

Elle peut aussi rejeter la saisine dans les mêmes conditions ou suspendre la procédure, lorsqu'elle est informée qu'une autre autorité nationale de concurrence d'un Etat membre de la Communauté européenne traite des mêmes faits relevant des dispositions prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne.

Lorsque cette information est reçue par le rapporteur au stade de l'instruction, le rapporteur général peut suspendre son déroulement. L'Autorité de la concurrence peut aussi décider de clore dans les mêmes conditions une affaire pour laquelle elle s'était saisie d'office.

Il est donné acte, par décision du président de l'Autorité de la concurrence ou d'un vice-président délégué par lui, des désistements des parties ou des dessaisissements effectués par la Commission européenne.

En cas de désistement, l'Autorité peut poursuivre l'affaire, qui est alors traitée comme une saisine d'office."

(...) enfin, sur la confidentialité de certaines pièces du dossier, (...) le code de commerce dispose :

- en son article L463-4 : " Dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles ".

- en son article R. 463-15 : “ Lorsque le rapporteur considère qu'une ou plusieurs pièces dans leur version confidentielle sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'une ou plusieurs parties ou que celles-ci doivent en prendre connaissance pour les besoins du débat devant l'Autorité, il en informe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception la personne qui a fait la demande de protection du secret des affaires contenu dans ces pièces et lui fixe un délai pour présenter ses observations avant que le rapporteur général ne statue. La décision du rapporteur général est notifiée aux intéressés.

Lorsqu'une partie mise en cause n'a pas eu accès à la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits, elle peut en demander au rapporteur la communication ou la consultation en lui présentant une requête motivée dès sa prise de connaissance de la version non confidentielle et du résumé de cette pièce. Il est alors procédé comme à l'alinéa précédent.

Le rapporteur général fixe, le cas échéant, un délai permettant un débat sur les informations, documents ou parties de document nouvellement communiqués.

(...)

sur le défaut allégué de respect du contradictoire et sur le prétendu refus

d'accès aux pièces couvertes par le secret des affaires, qu'il est rappelé que le rapporteur a pris les décisions de secret d'affaires n° 14-DSA-159, 14-DSA-160, 14-DSA-162, 14-DSA-169, 14-DSA-172, 14-DSA-174, 14-DSA-210, 14-DSA-214 et 14-DSADEC-03 ; (...) ainsi que le relate la Décision (paragraphe 71), Orange avait, dans ses observations du 7 juillet 2014, fait valoir qu'un certain nombre d'éléments du dossier ayant fait l'objet d'un classement au titre du secret des affaires, soit l'intégralité de l'accord litigieux, ainsi qu'une partie substantielle des observations et des réponses de SFR et de Bouygues Télécom au questionnaire d'instruction, apparaissaient, selon elle, nécessaires « à l'instruction et à l'examen des faits et atteintes dénoncés, à l'exercice du débat contradictoire et des droits de la requérante, et aux prérogatives mêmes du Collège dans la présente procédure » ; (...) elle reprochait également au rapporteur de lui avoir répondu, à tort, dans un courrier du 3 juillet 2014, que ses préoccupations étaient irrecevables, notamment, au regard des articles L. 463-4 et R. 463-15 du code de commerce ;

(...) cependant (...) l'Autorité, qui n'était pas tenue de rentrer dans le détail de l'argumentation de la requérante, a exactement constaté et décidé (paragraphe 74 de la Décision) que Orange, qui avait la qualité de partie saisissante et demanderesse au prononcé de mesures conservatoires et non

de partie mise en cause, n'était, en application du deuxième alinéa de l'article R. 463-15 du code de commerce, et sans encourir le reproche d'atteinte aux principes garantis par l'article 6 de la CSEDH en ce qui concerne l'administration de la preuve et de l'égalité des armes, pas recevable à demander au rapporteur la levée de la confidentialité de certaines pièces de la procédure afin de faire valoir ses droits ;

au surplus, que les observations d'Orange en date du 7 juillet 2014 ainsi

que son mémoire du 2 septembre 2014 et, en tant que de besoin, ses écritures devant la cour suffisent à établir que les éléments essentiels relatifs à la portée, la durée et au contenu de l'accord en cause et de son annexe sur l'itinérance ont bien été portés à sa connaissance et débattus ;

(...) la requérante n'est pas non plus fondée à reprocher au collège de l'Autorité d'avoir, en séance, interrogé SFR et BTEL sur certains points confidentiels du contrat en dehors de sa présence, dès lors que, ainsi que l'atteste le procès-verbal de séance, c'est à la demande expresse de BTEL et non à l'initiative du collège, que des questions lui ont été posées sur des éléments confidentiels du dossier hors la présence d'Orange;

(...) ce n'est qu'au surplus que la cour relève que le document de questions – réponses de l'Autorité diffusé sur son site Internet prévoit bien expressément cette situation, en ces termes: " Pour que l'effet utile des décisions de secret des affaires rendues à l'occasion de la phase d'instruction du dossier soit préservé durant les débats oraux, le président de séance peut inviter une ou plusieurs parties à sortir de la salle durant le temps de l'intervention de la personne qui fait état, devant le collège de l'Autorité et le commissaire du gouvernement, d'informations protégées";

(...) à l'opposé, ainsi que le rappelle à juste titre l'Autorité dans ses observations déposées devant la cour, la procédure suivie en séance a permis au collège de vérifier un certain nombre de données factuelles objectives sur lesquelles se fonde la décision, en écartant le risque d'une divulgation intempestive d'informations sensibles couvertes par le secret des affaires et inutiles aux débats ;

(...) alors qu'il vient d'être rappelé que la procédure n'est entachée d'aucune irrégularité, Orange ne produit pas non plus le moindre élément de nature à suspecter l'Autorité ou les services de l'instruction de partialité, en se bornant, à ce sujet, à des insinuations sur des réunions de travail ainsi que sur une « approche interactive » entre des rapporteurs des services de l'instruction et SFR ;

(...) il suffit, tout au plus, de renvoyer sur ce point aux observations de l'Autorité déposées devant la cour (point 45) dont il ressort que les réunions de travail et échanges évoqués dans les observations de SFR apparaissent pour leur part en lien avec l'avis consultatif de l'Autorité n° 13-A-08 du 11 mars 2013, relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles mais ne s'inscrivent, ni dans l'examen de la demande de mesures conservatoires, ni dans l'instruction au fond de la saisine d'Orange ;

(...) enfin, et plus généralement (...) Orange ne démontre pas que la décision de l'Autorité se serait fondée sur des éléments qui n'auraient pas été contradictoirement vérifiés, établis et débattus ;

(...) la cour observe, à cet égard, que, sous couvert de critiques tirées notamment d'un défaut d'instruction du dossier ou du non - respect du contradictoire en séance, Orange remet en réalité en cause les appréciations de l'Autorité qui l'ont conduite à rejeter la demande de mesures conservatoires, alors que l'analyse de la motivation de la Décision relève de l'examen du bien-fondé de la décision de rejet de la demande de mesures conservatoires qui sera abordé dans les développements qui vont suivre » ;

1°) ALORS QU' en se prononçant sur la demande de mainlevée de la confidentialité de certaines pièces uniquement au regard de la qualité procédurale de la demanderesse, sans égard pour les critères pertinents d'une décision relative au secret des affaires, soit le caractère sensible des éléments en cause et la pertinence de ces éléments pour la solution du litige, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 463-1, L. 463-4 et R.463-15 du code de commerce, ensemble l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°) ALORS QU'en rejetant les moyens de l'exposante tiré de la méconnaissance du principe de la contradiction résultant du rejet de sa demande de levée de la confidentialité après avoir constaté que la procédure suivie en séance avait permis de vérifier des données factuelles sur lesquelles se fonde la décision en écartant le risque d'une divulgation d'informations sensibles, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation des articles L. 463-1, L. 463-4 et R.463-15 du code de commerce, ensemble l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3°) ALORS QU' qu'en estimant que la société Orange ne démontrerait pas que la décision de l'Autorité se serait fondée sur des éléments qui n'auraient pas été contradictoirement vérifiés, établis et débattus et en rejetant le recours de l'exposante, fondé notamment sur une violation du procès équitable, des droits de la défense et du principe de la contradiction, après

avoir constaté que le collège avait interrogé les sociétés SFR et BTEL hors la présence de la société Orange et que certains éléments factuels fondant la décision avaient été vérifiés lors de cette discussion secrète, la cour d'appel a violé les articles 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, L463-1 et L. 463-7 du code de commerce ;

4°) ALORS QU' en considérant, pour rejeter le recours de l'exposante, que ce serait la société BTEL qui aurait demandé au collège de l'interroger hors la présence de la société Orange, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard des articles 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale, L.463-7 et L.463-1 du code de commerce ;

5°) ALORS QU' en considérant, pour rejeter le recours de l'exposante, que la pratique de la discussion secrète serait mentionnée sans un document diffusé par l'Autorité de la concurrence sur son site Internet, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale, L.463-7 et L.463-1 du code de commerce ;

6°) ALORS QU' en considérant d'une part que la procédure suivie en séance avait permis au collège de vérifier un certain nombre de données factuelles objectives sur lesquelles se fonde la décision, d'autre part que la société Orange ne démontrerait pas que la décision de l'Autorité se serait fondée sur des éléments qui n'auraient pas été contradictoirement vérifiés, établis et débattus la cour d'appel s'est contredite, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

7°) ALORS QU' en considérant qu' « il suffirait de renvoyer », sur le point en litige, aux observations de l'Autorité de la concurrence, sans analyser par elle-même les moyens et preuves présentés par l'Autorité, la cour d'appel a violé les articles 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 455 du code de procédure civile.

- AUX MOTIFS d'autre part QUE :

« Sur la demande de mesures conservatoires :

(...) concernant l'atteinte grave sur le marché de gros, que, contrairement à ce qui est soutenu, l'Autorité s'est bornée à constater qu'il résultait de l'accord que la mise en oeuvre de la prestation d'itinérance, prévue entre le 1er septembre 2014 et le 31 décembre 2016, en liaison avec le lancement de la mutualisation dont elle est un accompagnement technique transitoire,

est “ potentiellement immédiate ”, même si ce calendrier peut, le cas échéant, souffrir d'un certain retard ;

(...) cependant, que l'Autorité a exactement relevé (paragraphe 89 et 90 de la Décision), par des appréciations pertinentes que la cour fait siennes, que l'immédiateté de la mise en oeuvre de l'itinérance n'emporte pas, par elle-même, une situation d'urgence, dès lors que la prestation d'itinérance, qui va donner lieu à différentes phases de déploiement et d'extinction, n'est pas irréversible et qu'elle pourra être interrompue à tout moment sans créer de difficultés insurmontables au détriment de l'opérateur qui en bénéficie et que, dans ces conditions, les effets de la prestation d'itinérance sur le marché de gros ne sont pas susceptibles de créer un dommage grave et immédiat ;

(...) pas plus que devant l'Autorité, Orange ne démontre qu'il conviendrait également de prendre plus spécialement en compte les effets de la prestation d'itinérance sur le marché de détail et que l'urgence alléguée résulterait du dommage commercial dont elle pourrait immédiatement souffrir du fait de l'avantage indûment reçu par SFR grâce à l'itinérance;

(...) en effet, c'est encore par des appréciations pertinentes (paragraphe 92 et 93 de la Décision), que la cour adopte, que l'Autorité a relevé que ce caractère d'urgence présumé sur le marché de détail doit être analysé au regard de l'importance des effets concrets que la mise en oeuvre de l'itinérance 4G est susceptible de produire ;

(...) à cet égard, la Décision retient exactement qu'il ressort des éléments du dossier que l'itinérance ne portera que sur certaines parties de la zone de partage des sites, qu'elle ne concernera pas les zones très denses qui sont les principaux marchés sur lesquels la concurrence se développe, et qu'elle ne devrait concerner qu'environ 20 % de la population, étant précisé que ce pourcentage théorique de couverture est, en fait, un maximum qui ne sera pas nécessairement utilisée en totalité ;

(...) l'Autorité était ainsi en droit de conclure que, même au cas où les usages de la 4G auraient été appelés à croître, il n'est pas pour autant démontré que le fait pour SFR de bénéficier d'une meilleure couverture sur une partie de la zone moyennement dense se traduirait automatiquement par des mouvements immédiats et importants de clientèle sur le marché de détail ;

(...) à cet égard, l'Autorité s'est, par surcroît, utilement référée à la décision du 18 juin 2014 du Conseil d'État qui a estimé, s'agissant de la possibilité donnée à Bouygues Télécom de bénéficier rapidement d'une couverture 4G en raison du déploiement d'un réseau mobile à très haut débit sur la bande 1800Mhz, « que le risque d'une migration rapide et massive de clients des

opérateurs de télécommunications mobiles à destination des offres proposées par la société Bouygues Télécom (...) n'est, en tout état de cause, pas établi » ;

(...) concernant cette fois de la prétendue atteinte grave et immédiate aux intérêts d'Orange, que la cour relève que la requérante se réfère à tort à la pratique décisionnelle de l'Autorité résultant de sa décision 14 - MC- 02, dès lors que, ainsi qu'elle l'indique à juste titre dans ses observations déposées devant la cour (points 54 à 56), si l'Autorité a, en effet, été conduite à considérer que la circonstance que la partie saisissante continue de se développer par ses mérites propres ne signifie pas qu'une pratique anticoncurrentielle n'est pas susceptible de lui causer un dommage grave, elle exige bien, néanmoins, la démonstration de l'existence d'une atteinte grave et immédiate à la situation de l'entreprise plaignante ;

(...) à cet égard, qu'il suffit de se référer aux développements de la Décision (paragraphe 94) dont il résulte qu'alors que la société Orange avait mentionné le « risque de perte, assurée et irréversible, de son propre avantage actuel et significatif de couverture, de différenciation et de compétitivité dans la concurrence par les infrastructures avec son principal concurrent SFR sur le marché stratégique du THD mobile », cet avantage ayant pour elle « une très forte valeur », l'Autorité avait relevé, par des appréciations pertinentes que la cour adopte, que la requérante n'avait, ni expliqué en quoi la perte d'un avantage concurrentiel constituerait un dommage grave et immédiat, ni fourni aucun élément concret permettant de quantifier les conséquences dommageables de cette prestation sur son activité ;

(...) il résulte de tout ce qui précède que l'Autorité a, à juste titre, décidé que l'accord sur la prestation transitoire d'itinérance 4G, qui est associé à l'accord relatif à la mutualisation des réseaux, n'emportant aucune atteinte grave et immédiate à l'un des intérêts visés par l'article L. 464-1 du code de commerce, il y avait lieu de rejeter la demande de mesures conservatoires» ;

8°) ALORS QU' en considérant que l'analyse de l'itinérance 4G de SFR au regard de l'avis 13 -A -8 de l'Autorité relèverait de l'appréciation à intervenir, en application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce, du fond du dossier la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.464-1 du code de commerce ;

9°) ALORS QU'en considérant que le prononcé de mesures conservatoires serait subordonné à une condition d'irréversibilité, la cour d'appel a ajouté au texte une condition qui n'y figure pas, violant l'article L.464-1 du code de commerce ;

10°) ALORS QUE (subsidaire), en s'attachant au caractère réversible ou non de la prestation d'itinérance dénoncée au lieu et place du caractère réversible ou non de l'atteinte résultant de cette prestation d'itinérance, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.464-1 du code de commerce ;

11°) ALORS QU' en considérant que la prestation d'itinérance 4G associées à l'accord de mutualisation des réseaux n'emporterait aucune atteinte grave, après avoir constaté que cette prestation d'itinérance risquait d'affecter 20 % de la population, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation de l'article L.464-1 du code de commerce ;

12°) ALORS QU'en se bornant à prétendre que la preuve ne serait pas rapportée du transfert de clientèle sur le marché de détail induit par l'itinérance en cause, sans analyser ne serait-ce que sommairement les éléments mis en oeuvre par l'exposante, la cour d'appel a privé sa décision de motif, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

13°) ALORS QU'en ne répondant pas au moyen, péremptoire, tiré de ce que l'itinérance 4G en cause portait gravement atteinte au processus de concurrence par les mérites, ce qui justifiait le prononcé de mesures conservatoires, la cour d'appel a privé sa décision de motif, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

14°) ALORS QU'en se bornant à se référer à un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 18 juin 2014 dans une autre cause, sans justifier de l'analogie qui aurait fondé une telle référence, la cour d'appel a privé sa décision de motif, en violation de l'article 455 du code de procédure civile.