

COMM.

**PIWNICA & MOLINIÉ**  
AVOCAT AU CONSEIL D'ETAT  
ET A LA COUR DE CASSATION  
62, Boulevard de Courcelles  
75017 PARIS - 01 46 22 83 77

N.R

**COUR DE CASSATION**

---

Audience publique du **8 novembre 2005**

Cassation partielle

M. TRICOT, président

Arrêt n° 1487 FS-P+B+R+I

Pourvoi n° F 04-16.857

**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 :

1°/ la société Neuf Télécom, société anonyme, dont le siège est  
40, quai du Point du Jour, 92100 Boulogne-Billancourt,

2°/ la société 9 Télécom réseau, société anonyme, dont le  
siège est 38, quai du Point du Jour, 92100 Boulogne-Billancourt,

en cassation d'un arrêt rendu le 29 juin 2004 par la cour d'appel de Paris  
(1re chambre, section H), au profit :

1° de la société France Télécom, société anonyme, dont le  
siège est 6, place d'Alleray, 75015 Paris,

2° de la société TPS, dont le siège est 145, quai de Stalingrad,  
92100 Boulogne-Billancourt,

défenderesses à la cassation ;

En présence :

1° de la société Free, dont le siège est 8, rue de la Ville l'Evêque, 75008 Paris,

4° de la société Iliad, dont le siège est 8, rue de la Ville l'Evêque, 75008 Paris,

5° de la société TF1, dont le siège est 1, quai du Point du Jour, 92656 Boulogne-Billancourt Cedex,

6° de la société Métropole télévision (M6), dont le siège est 89-92, avenue Charles de Gaulle, 92200 Neuilly-sur-Seine,

7° du Ministre chargé de l'Economie, domicilié DGCCRF, dont le siège est 59, boulevard Vincent Auriol, bureau 1, bâtiment 5, 75703 Paris Cedex 13,

Les demanderesse invoquent, à l'appui de leur 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 11 octobre 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, M. Potocki, conseillers, Mme Gueguen, MM. Sémériva, Truchot, Mme Michel-Amsellem, MM. Pietton, Salomon, conseillers référendaires, M. Main, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Neuf Télécom et de la société 9 Télécom réseau, de la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de la société TPS et de la société TF1, de la SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, avocat de la société Métropole télévision (M6), de la SCP Tiffreau, avocat de la société France Télécom, de Me Ricard, avocat du ministre chargé de l'Economie, les conclusions de M. Main, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Met, sur sa demande, hors de cause la société Métropole télévision M6 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'après signature d'un protocole d'accord le 1er août 2003, la société France Télécom et la société Télévision par satellite (TPS), cette dernière filiale des sociétés TF1 et M6, ont offert un service de télévision par ADSL sur la ville de Lyon, service se présentant sous la forme de deux abonnements, l'un à "MaLigne TV" par lequel France Télécom fournit à l'abonné un accès ADSL vidéo, un terminal récepteur décodeur numérique, une télécommande et un service de vidéo à la demande, l'autre à TPS par lequel la société TPS fournit à ce même consommateur un bouquet de chaînes de télévision ; que le 28 novembre 2003, les sociétés Free et Iliad ont saisi le Conseil de la concurrence (le Conseil) de pratiques des sociétés TF1, M6 et France Télécom qu'elles estimaient contraires aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce et sollicité des mesures conservatoires destinées notamment à imposer à la société TF1 de leur communiquer les conditions contractuelles et tarifaires auxquelles elles pourraient reprendre le contenu des chaînes du groupe TF1 et de sa filiale TPS dans le bouquet de télévision par ADSL distribué par Free ; que le 26 décembre 2003, les sociétés Louis Dreyfus communications (devenue Neuf Télécom) et 9 Télécom réseau (les sociétés Neuf Télécom) ont saisi le Conseil de pratiques de la société France Télécom qu'elles estimaient contraires aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, 81 et 82 du Traité CE et sollicité des mesures conservatoires ; que les sociétés Neuf Télécom reprochaient notamment aux sociétés TPS et France Télécom de s'être entendues à l'occasion de la commercialisation de l'offre "MaLigne TV" pour développer un partenariat destiné à renforcer la position dominante de France Télécom sur les marchés du haut débit et soutenaient par ailleurs que la société France Télécom abusait de sa domination sur la boucle locale cuivre, en entravant l'installation des équipements nécessaires au développement du service de vidéo par ADSL des opérateurs alternatifs ; que par décision n° 04-MC-01 du 15 avril 2004, le Conseil après avoir joint les saisines, recueilli les avis de l'Autorité de régulation des télécommunications (devenue ARCEP) et du Conseil supérieur de l'Audiovisuel et rappelé qu'il n'est pas lié par la demande de mesures conservatoires telle que formulée par les parties mais peut prendre les mesures conservatoires qui lui apparaissent nécessaires, a prononcé plusieurs mesures, l'une adressée à la société TPS à laquelle il a enjoint d'insérer, en caractères nettement lisibles, dans tous ses documents promotionnels ou publicitaires relatifs à la commercialisation du service "TPS L" une mention informant le consommateur de l'incompatibilité de ce service avec le dégroupage de sa ligne téléphonique fixe, les autres adressées à la société France Télécom, à laquelle il a enjoint, d'une part, d'insérer en caractères nettement lisibles, dans tous ses documents promotionnels ou publicitaires relatifs à la commercialisation du service "MaLigne TV" une mention précisant notamment que pour pouvoir être raccordé au service, l'abonné doit disposer d'une ligne fixe non dégroupée,

d'autre part, d'autoriser la société Neuf Télécom à installer les équipements nécessaires au raccordement de ses DSLAM vidéo à son réseau de desserte en boucle, notamment les commutateurs Ethernet et de répondre aux commandes d'accès de Neuf Télécom, y compris lorsque cet opérateur est à la fois "émetteur" et "preneur", étant précisé que ces prestations sont fournies à Neuf Télécom dans le cadre des relations contractuelles existantes, dans des conditions non discriminatoires et dans la limite des fonctionnalités que permettent les DSLAM commercialisés sur le marché, enfin de présenter séparément dans tout contrat relatif à des prestations ADSL vidéo le prix du transport et le prix de desserte locale des flux vidéo en précisant que ces deux prestations sont commercialement indépendantes et peuvent être assurées par deux opérateurs différents ; que saisie des recours des sociétés Neuf Télécom, France Télécom et TPS, la cour d'appel a annulé les injonctions et rejeté toutes les demandes des parties ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que les sociétés Neuf Télécom font grief à l'arrêt d'avoir déclaré recevable le recours formé par la société TPS, alors, selon le moyen :

*1°/ que la décision du Conseil prise au titre de l'article L. 464-1 peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause devant la cour d'appel au maximum dix jours après sa notification ; que la cour d'appel, qui requalifiait le recours incident déposé par la société TPS en recours principal, devait rechercher si la société TPS avait formé son recours dans le délai légal ; qu'en s'abstenant d'effectuer une telle recherche, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article L. 464-7 du Code de commerce ;*

*2°/ que des mesures conservatoires peuvent être décidées, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, par le Conseil, 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, même sans constatation préalable de pratiques manifestement illicites au regard des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction dans la procédure au fond, sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée ; qu'en subordonnant le prononcé de mesure conservatoire par le Conseil à l'existence d'une entente ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ou l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché, la cour d'appel a ajouté à la loi une condition qui n'y figure pas, et a violé l'article L. 464-1 du Code de commerce ;*

Mais attendu, d'une part, que si le juge doit relever d'office la fin de non-recevoir résultant de l'inobservation du délai dans lequel doit être exercée une voie de recours, il ne résulte ni de l'arrêt, ni des écritures des parties, que la cour d'appel ait été mise en mesure de constater l'irrecevabilité du recours de la société TPS par la production de pièces établissant le point de départ du délai ;

Attendu, d'autre part, que l'article L. 464-1 du Code de commerce n'autorisant le prononcé de mesures conservatoires que si la pratique dénoncée et visée par l'instruction au fond est susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle, l'examen de la caractérisation par le Conseil de la pratique dénoncée ressortit à l'examen au fond par la cour d'appel du recours en annulation ou en réformation de la décision du Conseil ordonnant de telles mesures et non à la recevabilité de ce recours ;

Que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le sixième moyen :

Attendu que les sociétés Neuf Télécom font grief à l'arrêt de les avoir déboutées de leur demande tendant à ce qu'il soit enjoint à la société France Télécom de suspendre la commercialisation de l'offre "MaLigne TV", alors, selon le moyen :

*1°/ que des mesures conservatoires peuvent être décidées sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, par le Conseil, 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, même sans constatation préalable de pratiques manifestement illicites au regard des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction de la procédure au fond, sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée ; qu'en subordonnant le prononcé de mesures conservatoires par le Conseil à l'existence d'une entente ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ou l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché ou encore "la volonté d'adopter un comportement concurrentiel illicite", la cour d'appel a ajouté à la loi une condition qui n'y figure pas, violant ainsi l'article L. 464-1 du Code de commerce ;*

*2°/ que lorsqu'elle constate une atteinte grave au secteur intéressé, la cour d'appel doit apprécier quelle est la mesure conservatoire la plus adaptée pour faire cesser le trouble indépendamment de la qualification que les pratiques dénoncées sont susceptibles de recevoir au regard des différentes infractions aux règles de la concurrence énumérées*

*par le Code de commerce ; que l'arrêt attaqué relève que "les pratiques en cause menacent l'ouverture à la concurrence du secteur ADSL et ont un caractère d'immédiateté comme le souligne la décision du Conseil" ; qu'en se bornant à énoncer que cette atteinte grave et immédiate au secteur intéressé n'est pas de nature à faire présumer que les pratiques en cause sont constitutives d'infraction aux règles de la concurrence, la cour d'appel, qui s'est abstenue de décrire la nature et l'étendue de l'atteinte au marché et n'a pas recherché quelle était la mesure conservatoire la plus adaptée pour faire cesser le trouble, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-1 du Code de commerce ;*

*3°/ que les sociétés Neuf Télécom et 9 Télécom réseau faisaient valoir dans leur recours que l'accord signé entre France Télécom et TPS mettait en place un approvisionnement exclusif déguisé, à l'échelle nationale, au profit de France Télécom à raison de sa durée anormalement longue de dix ans et des conditions tarifaires consenties à TPS qui, pour fournir des contenus via un accès ADSL vidéo, paie une fois pour toute, une redevance forfaitaire unique par ville, indépendamment du nombre d'abonnés effectif reliés à la télévision par ADSL ; que de telles modalités commerciales, applicables sur une échelle nationale, ont pour effet de dissuader l'éditeur de bouquets TV de confier à un opérateur concurrent de France Télécom un accès ADSL vidéo puisque par avance, il a déjà payé à France Télécom une redevance d'accès global ; qu'en se bornant à énoncer que France Télécom "ne s'est pas réservée l'exclusivité de la diffusion du bouquet de la société TPS" sans analyser, comme il lui était demandé, les modalités de l'accord contractuel signé entre France Télécom et TPS, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;*

*4°/ que la cour d'appel ne pouvait, sans priver sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-1 du Code de commerce, écarter l'existence d'une atteinte grave et immédiate au marché de l'accès de service ADSL vidéo à l'échelon national en se bornant à évoquer le lancement par les sociétés Neuf Télécom et 9 Télécom réseau d'un service d'accès ADSL à Marseille et la perspective d'un lancement à Paris ; qu'en se déterminant ainsi, sans préciser concrètement la portée de ces offres concurrentes au regard de celles de France Télécom, sans comparer les parts de marché susceptibles d'en résulter par rapport à celles détenues par France Télécom et sans analyser l'existence d'une concurrence au niveau, non pas local, mais national, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;*

*5°/ que les sociétés Neuf Télécom et 9 Télécom réseau faisaient valoir dans leur recours que la mesure de suspension de l'offre MaLigne TV telle qu'elle était organisée, était proportionnée à l'atteinte relevée par le Conseil ; qu'elle concluait également que si elle était accordée,*

*la mesure de suspension ne priverait pas France Télécom de la possibilité de présenter, dès le lendemain de la suspension, une nouvelle offre compatible avec le bon fonctionnement du marché ; qu'en énonçant que la suspension de l'offre MaLigne TV demandée par les sociétés Neuf Télécom et 9 Télécom réseau serait de nature à conduire à l'éviction de la société France Télécom du marché litigieux, l'arrêt attaqué a dénaturé les conclusions et violé l'article 4 du nouveau Code de procédure civile ;*

*6°) que le Conseil avait constaté que la société Neuf Télécom n'était pas en mesure de proposer aux fournisseurs de programme de télévision un service ADSL vidéo à grande échelle du fait du comportement adopté par France Télécom en tant que détenteur de la boucle locale de téléphonie fixe, pour la gestion des conventions de dégroupage ; que le Conseil ajoutait que les fournisseurs de programme TV n'ont aucun intérêt à faire appel pour une ville de province donnée à une multitude d'opérateurs d'accès du fait du couplage, notamment tarifaire, opéré par France Télécom entre les prestations de desserte locale et de transport national des flux vidéo ; que le Conseil considérait que l'année 2004 est cruciale pour le démarrage de la concurrence en matière de réseau haut débit ; que le Conseil concluait que les pratiques de France Télécom menacent l'ouverture à la concurrence du secteur de l'ADSL en portant gravement atteinte à l'économie de ce secteur ; qu'elles revêtent en outre un caractère d'immédiateté ; qu'en rejetant, par motifs adoptés, la demande de suspension de l'offre MaLigne TV au seul motif que l'ADSL vidéo constitue un service "nouveau qui vient d'être lancé et dont il est difficile de prévoir précisément le développement, l'arrêt attaqué n'a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et a violé les dispositions de l'article L. 464-1 du Code de commerce ;*

Mais attendu qu'abstraction faite du motif justement critiqué par la première branche du moyen, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a estimé par motifs adoptés que la mesure conservatoire sollicitée n'était pas proportionnée à la nature des atteintes dénoncées ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le cinquième moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 464-1 du Code de commerce ;

Attendu que, pour réformer la décision du Conseil et dire n'y avoir lieu de prononcer une mesure conservatoire à l'encontre de la société TPS, l'arrêt retient notamment que n'est pas caractérisée l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte, à savoir une entente ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence

sur un marché ou l'exploitation abusive d'une position de domination sur le marché ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que des mesures conservatoires peuvent être décidées, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, par le Conseil de la concurrence, dans les limites de ce qui est justifié 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, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction dans la procédure au fond, 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, pratique à l'origine directe et certaine de l'atteinte relevée, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que, pour annuler la décision du Conseil enjoignant à titre conservatoire à la société France Télécom d'insérer, en caractères nettement lisibles, dans tous ses documents promotionnels ou publicitaires relatifs à la commercialisation de l'offre "MaLigne TV" une mention informant le consommateur de l'incompatibilité de ce service avec le dégroupage de sa ligne téléphonique, l'arrêt retient que la mesure conservatoire ordonnée par le Conseil proposant un avertissement au consommateur de même nature que celui mentionné sur les supports promotionnels de l'offre "MaLigne TV", n'apparaît pas strictement limitée à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions des sociétés Neuf Télécom qui faisaient valoir que l'information préalable du consommateur par la société France Télécom sur les incompatibilités techniques résultant de l'impossibilité de faire coexister sur une même ligne téléphonique plusieurs accès ADSL fournis par des opérateurs différents, lorsqu'elle n'était pas inexistante dans la documentation pré-contractuelle et promotionnelle relative à l'offre "MaLigne TV", était dissimulée dans des notes en bas de page en petits caractères et incomplète, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses deuxième et troisième branches :

Vu l'article L. 464-1 du Code de commerce ;

Attendu que, pour annuler la décision du Conseil enjoignant à titre conservatoire à la société France Télécom d'autoriser la société Neuf Télécom à installer les équipements nécessaires au raccordement de ses DSLAM vidéo à son réseau de desserte en boucle, notamment les commutateurs Ethernet, et de répondre aux commandes d'accès de la société Neuf Télécom, y compris lorsque cet opérateur est à la fois "émetteur" et "preneur", ces prestations devant être fournies à la société Neuf Télécom dans le cadre des relations contractuelles existantes, dans des conditions non discriminatoires et dans la limite des fonctionnalités que permettent les DSLAM commercialisés sur le marché, l'arrêt retient qu'il résulte des écritures de France Télécom, non utilement contredites par le Conseil ou les parties, qu'une offre d'hébergement ayant pour objet d'autoriser et d'organiser l'installation de commutateurs Ethernet dans les salles de dégroupage, dont le Conseil a reçu communication le 27 février 2004, a été faite par cette entreprise à Neuf Télécom, et que cette dernière société a annoncé le lancement d'une offre d'accès ADSL vidéo à Marseille pour le 22 mars suivant ; qu'il n'y a donc plus lieu de craindre une atteinte grave et immédiate à la concurrence nécessitant la mise en oeuvre d'une mesure d'urgence de sorte que, pour l'ensemble de ces raisons, la mesure conservatoire apparaît sans objet ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les sociétés Neuf Télécom soutenaient que l'offre d'hébergement de ses commutateurs dans les salles de dégroupage, présentée par la société France Télécom, ne s'insérait pas dans le cadre des relations contractuelles existantes et ne permettait pas un développement à grande échelle d'une offre concurrente à celle de cette dernière, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

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

Vu l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que, pour annuler la décision du Conseil enjoignant à titre conservatoire à la société France Télécom de présenter séparément, dans tout contrat relatif à des prestations ADSL vidéo, y compris les contrats existants, le prix du transport et le prix de desserte locale des flux vidéo, en précisant que ces deux prestations sont commercialement indépendantes et peuvent être assurées par deux opérateurs différents, l'arrêt retient que se fondant sur les seules allégations de Neuf Télécom et de 9 Télécom réseau, le Conseil a conclu que le "couplage tarifaire"... menaçait la concurrence du secteur de l'ADSL et portait gravement atteinte à son économie... sans toutefois caractériser plus avant l'infraction reprochée ni démontrer l'atteinte grave et immédiate qui en résulterait pour l'économie

générale, le secteur intéressé, l'intérêt des consommateurs ou l'entreprise plaignante alors même qu'il résulte du dossier de la procédure qu'un fournisseur de programmes télévision autre que TPS a fait appel à différents opérateurs d'accès, parmi lesquels Neuf Télécom, en passant l'accord de diffusion de son bouquet de télévision ADSL ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans répondre aux écritures des sociétés Neuf Télécom soutenant que le couplage tarifaire opéré par la société France Télécom entre les prestations de desserte locale et de transport national de flux vidéo dans les contrats relatifs au service ADSL vidéo, et la mise en oeuvre d'une pratique tarifaire d'éviction caractérisée par des subventions croisées entre les différents segments de l'offre "MaLigne TV" portaient gravement atteinte au secteur intéressé et aux intérêts des sociétés Neuf Télécom, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

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

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il a déclaré recevable le recours formé par la société TPS et en ce qu'il a rejeté la demande des sociétés Neuf Télécom tendant à ce qu'il soit enjoint à la société France Télécom de suspendre la commercialisation de l'offre "MaLigne TV", l'arrêt rendu le 29 juin 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 France Télécom et la société TPS aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, condamne les sociétés France Télécom et TPS à payer chacune aux sociétés Neuf Télécom et 9 Télécom réseau la somme globale de 2 000 euros, et rejette les autres demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de Cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du huit novembre deux mille cinq.