

COMM.

CB

COUR DE CASSATION

Audience publique du **31 janvier 2012**

Cassation

Mme FAVRE, président

Arrêt n° 140 FS-P+B

Pourvois n° V 10-25.772
Y 10-25.775
Q 10-25.882

JONCTION

R E P U B L I Q U E F R A N C A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N C A I S

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

I - Statuant sur le pourvoi n° V 10-25.772 formé par :

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

2°/ la société Orange Caraïbe, société anonyme, dont le siège
est 1 avenue Nelson Mandela, 94110 Arcueil,

contre un arrêt rendu le 23 septembre 2010 par la cour d'appel de Paris
(pôle 5, chambre 5-7), dans le litige les opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, domicilié DGCCRF, 59 B Vincent Auriol, bâtiment 5, 75703 Paris cedex 13,

3°/ à la société Digicel Antilles françaises Guyane, société anonyme, dont le siège est Oasis Bois Rouge, 97224 Ducos,

4°/ à la société Outremer Télécom, société par actions simplifiée, dont le siège est ZI de la Jambette, Zone de gros de la Jambette, 97200 Fort-de-France,

défendeurs à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° Y 10-25.775 formé par le président de l'autorité de la concurrence,

contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Digicel Antilles françaises Guyane, société anonyme,

2°/ à la société France Télécom, société anonyme,

3°/ à la société Orange Caraïbe, société anonyme,

4°/ à la société Outremer Télécom, société par actions simplifiée,

5°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,

défendeurs à la cassation ;

III - Statuant sur le pourvoi n° Q 10-25.882 formé par la société Digicel Antilles françaises Guyane, société anonyme,

contre le même arrêt rendu dans le litige l'opposant :

1°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,

2°/ à la société France Télécom, société anonyme,

3°/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

4°/ à la société Orange Caraïbe, société anonyme,

5°/ à la société Outremer Télécom, société par actions simplifiée,

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesse au pourvoi n° V 10-25.772 invoquent, à l'appui de leur recours, dix moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Le demandeur au pourvoi n° Y 10-25.775 invoque, à l'appui de son recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° Q 10-25.882 invoque, à l'appui de son recours, un moyen unique de cassation également annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 13 décembre 2011, où étaient présents : Mme Favre, président, Mme Michel-Amsellem, conseiller référendaire rapporteur, M. Petit, conseiller doyen, M. Jenny, Mmes Pezard, Laporte, Bregeon, Mandel, MM. Grass, Fédou, conseillers, MM. Pietton, Delbano, Mme Tréard, conseillers référendaires, Mme Batut, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Michel-Amsellem, conseiller référendaire, les observations de la SCP Defrenois et Levis, avocat des sociétés France Télécom et Orange Caraïbes de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat du président de l'autorité de la concurrence, de la SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, avocat de la société Digicel Antilles françaises Guyane, l'avis de Mme Batut, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu les observations adressées à la chambre commerciale de la Cour de cassation par la Commission européenne en application de l'article 15, paragraphe 3, du règlement n° 1/2003, transmises aux parties, ainsi qu'à l'avocat général ;

Joint les pourvois n° V 10-25.772 formé par les sociétés France Télécom et Orange Caraïbe, n° Y 10-25.775, formé par le président de l'Autorité de la concurrence et Q 10-25.882, formé par la société Digicel Ltd., qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'à la suite d'une plainte déposée par la société Bouygues Télécom Caraïbe, aux droits de laquelle vient la société Digicel Ltd. (la société Digicel), dénonçant des pratiques d'abus de position dominante commises, d'une part, sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane, d'autre part, sur le marché de la fourniture de liaisons louées et, enfin, sur le marché des appels fixes vers mobiles dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane, commises par les sociétés France Télécom et Orange Caraïbe, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité), après avoir prononcé des mesures conservatoires, le 9 décembre 2004, a dit que la société Orange Caraïbe, par divers comportements, mis en œuvre entre les années 2000 et 2005, avait abusé de la position dominante qu'elle détenait sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane et s'était aussi entendue entre le 1^{er} avril 2003 et le 24 janvier 2005 avec la société Cetelec seule société agréée pour assurer la réparation des terminaux mobiles ; que par ailleurs, l'Autorité a encore dit que la société France Télécom avait abusé de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane, d'une part, en commercialisant une offre "Avantage Ameris" après l'arrivée de la société Bouygues Télécom sur le marché, en décembre 2000 jusqu'au 21 mai 2005, puis en la maintenant postérieurement à cette date pour les clients qui l'avaient déjà souscrite, d'autre part, par la présentation d'une offre de télécommunication "fixes vers mobiles" en dessous des coûts qu'un opérateur aussi efficace qu'elle devait nécessairement supporter pour proposer la même prestation, en réponse à un appel d'offres du Conseil général de Guyane en 2004 ; qu'en conséquence, l'Autorité a prononcé des sanctions pécuniaires à l'encontre des sociétés France Télécom et Orange Caraïbe ; que la cour d'appel a annulé la décision et, évoquant, a considéré que les pratiques retenues par l'Autorité étaient, pour plusieurs d'entre elles, constituées en application du seul droit national et condamné les deux sociétés à des sanctions pécuniaires ;

Sur la recevabilité du pourvoi n° Y 10-25.775 soulevée par la défense :

Attendu que les sociétés France Télécom et Orange Caraïbe font valoir que dans le cas où le Conseil constitutionnel déclarerait l'article L. 464-8 du code de commerce inconstitutionnel, à la suite de la question prioritaire de constitutionnalité dont elles demandaient la transmission, cette disposition serait abrogée et l'irrecevabilité du pourvoi du président de l'Autorité de la concurrence s'ensuivrait ;

Mais attendu que par arrêt rendu le 28 juin 2011, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu à renvoyer la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil

constitutionnel ; que le pourvoi formé par le président de l'Autorité de la concurrence est donc recevable ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi n° V 10-25.772 :

Attendu que les sociétés France Télécom et Orange Caraïbe font grief à l'arrêt d'avoir prononcé à leur encontre des sanctions pécuniaires pour les pratiques d'abus de position dominante retenues, alors, selon le moyen, *qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence pourrait, devant la cour d'appel saisie d'un recours contre l'une de ses décisions, "étouffer son argumentation" par rapport à la motivation de la décision entreprise, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce, ensemble l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratif et l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés ;*

Mais attendu qu'en application de l'article R. 464-18 du code de commerce, le premier président de la cour d'appel ou son délégué fixe les délais dans lesquels l'Autorité peut produire des observations écrites ; que la cour d'appel a exactement retenu qu'il n'est pas interdit à l'Autorité d'explicitier son argumentation devant elle, dès lors qu'il n'apparaît pas que ces observations comportent un élément nouveau de nature à aggraver la culpabilité ou la condamnation des parties en cause, ce qui n'est pas soutenu en l'espèce ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° V 10-25.772 :

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais, sur le moyen unique du pourvoi n° Y 10-25.775, pris en sa première branche :

Vu les articles 3 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, ensemble les articles 101 et 102 du TFUE ;

Attendu que pour annuler la décision n° 09-D-36 du 5 février 2009 de l'Autorité, l'arrêt, après avoir rappelé que l'application du droit européen de la concurrence suppose que soient réunies les trois conditions d'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits ou les services faisant l'objet de la pratique, d'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et de caractère sensible de cette affectation, relève que, si l'affectation du commerce intracommunautaire peut reposer sur une influence indirecte et potentielle, elle ne peut reposer sur une influence éloignée ou hypothétique ; que l'arrêt observe qu'en l'espèce,

le seul opérateur non français qui s'est manifesté sur le marché concerné n'était pas ressortissant de l'Union, mais jamaïcain et en conclut que l'affectation du commerce entre États membres par les pratiques en cause n'est pas établie ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les termes "susceptible d'affecter" énoncés par les articles 101 et 102 du TFUE supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° Y 10-25.775, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, ensemble les articles 101 et 102 du TFUE ;

Attendu que pour annuler la décision n° 09-D-36 du 5 février 2009 de l'Autorité, l'arrêt retient que pour établir le caractère sensible de l'affectation du commerce intracommunautaire il est nécessaire, notamment dans le cas où seule une partie d'un État membre constitue le marché géographique pertinent, de se référer au volume de ventes global concerné par rapport au volume national et qu'à cet égard, la détermination en volume de la part de marché national prétendument affectée par la pratique anticoncurrentielle aurait conduit l'Autorité à écarter l'existence d'une affectation sensible du commerce intracommunautaire ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'état de pratiques cumulées d'entente et d'abus de position dominante commises sur une partie seulement d'un État membre, le caractère sensible de l'affectation directe ou indirecte, potentielle ou actuelle, du commerce intracommunautaire résulte d'un ensemble de critères, parmi lesquels la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause, le volume de ventes global concerné par rapport au volume national n'étant qu'un élément parmi d'autres, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° Y 10-25.775, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article 3 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002, ensemble les articles 101 et 102 du TFUE et les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

Attendu qu'ayant constaté que le commerce intracommunautaire n'était pas affecté par les pratiques de façon sensible, l'arrêt annule la décision en ce qu'elle est fondée sur des violations tant des articles 101 et 102 du TFUE que des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce sont, en l'absence d'affectation du commerce intracommunautaire, applicables aux pratiques d'entente et d'abus de position dominante anticoncurrentielles mises en œuvre sur le territoire national et que quand bien même l'arrêt serait fondé en ce qu'il a annulé la décision pour avoir appliqué le droit communautaire de la concurrence, celle-ci demeurerait valide en ce qu'elle avait appliqué les dispositions du droit national, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

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

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 septembre 2010, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, 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 les sociétés France Télécom et Orange Caraïbe aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer au président de l'Autorité de la concurrence, ès qualités, la somme globale de 2 500 euros et la même somme globale à la société Digicel Ltd., et rejette leur demande ;

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

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 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 trente et un janvier deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Defrenois et Levis, avocat aux Conseils pour les sociétés France Télécom et France Caraïbe, demanderesse au pourvoi n° V 10-25.772

PREMIER MOYEN DE CASSATION : perte de fondement juridique

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR :

- dit que la société Orange Caraïbe a abusé, entre 2000 et 2005, de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant des clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution conclus avec ses distributeurs indépendants; a abusé, entre le printemps 2002 et le printemps 2005 de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane par le biais de son programme de fidélisation «Changez de mobile » ; a abusé, entre 2003 et 2004, de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane par la différenciation tarifaire qu'elle a pratiqué entre les appels« on net » et les appels « off net» pour ses cartes « Orange Card Soir et Week-end », « Orange Card Classique» et « Orange Card Seconde » ; s'est entendue, entre le 1er avril 2003 et le 24 janvier 2005, avec la société Cetelec, seule société agréée dans les Caraïbes pour assurer la réparation des terminaux (téléphones individuels) mobiles, en concluant un contrat comprenant une clause d'exclusivité interdisant la réparation des terminaux commercialisés par des opérateurs concurrents;

- dit que la société France Telecom, a abusé de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane en commercialisant l'offre «Avantage Améris » après l'arrivée de Bouygues Telecom sur le marché en décembre 2000 jusqu'au 21 mai 2005, puis en la maintenant postérieurement à cette date jusqu'à la fin de l'année 2005 pour les clients qui l'avaient déjà souscrite;

- dit que doivent être écartés: - le grief n° 3 relatif à l'imposition de prix de revente des terminaux; -la seconde branche du grief n° 4 visant de manière générale la pratique d'Orange Caraïbe consistant à ne proposer, pour les offres de forfaits, que des engagements initiaux de 12 mois et des réengagements pour des périodes de 24 mois; -le grief n° 6 relatif à la pratique de ciseau tarifaire reprochée à Orange Caraïbe et le grief n° 8 relatif à la pratique de ciseau tarifaire reprochée à France Telecom;

- condamné les sociétés Orange Caraïbe et France Telecom au titre de l'ensemble des griefs n° 1,2, 4A et 5, solidairement à une sanction pécuniaire de 35 millions d'euros;

- condamné la société France Telecom à une sanction de 5 millions d'euros, pour le grief n°7 ;

- dit que ces sanctions pécuniaires seront affectées ensuite d'une majoration de 50% pour réitération, de sorte qu'elles atteignent respectivement 52,5 millions € pour Orange Caraïbe et France Telecom solidairement et 7,5 millions € pour France Télécom seule;

- dit que les sanctions doivent être assorties d'une obligation de publication d'un résumé de la Décision, élaboré par l'Autorité de la concurrence, dans trois quotidiens régionaux et donne acte aux parties que cette obligation a été exécutée le 22 janvier 2010 ;

AUX MOTIFS QUE :

« il n'est pas interdit à l'Autorité de la concurrence d'étoffer son argumentation devant la cour par rapport à la décision elle-même, dès lors que la cour examine à nouveau l'ensemble des faits instruits par le rapporteur ;

(...) il est seulement prescrit à l'Autorité de la concurrence, pour user de la faculté qui lui est reconnue, de se soumettre aux délais fixés par l'article R. 464-18 du code de commerce, ce qu'elle a scrupuleusement respecté en l'espèce ;

(...)

B3 -Causalité générale des dysfonctionnements du marché «Mobile»

(...)

comme le conclut la société Digicel Ltd, l'accusation d'inefficacité que profère Orange Caraïbe contre Bouygues Telecom Caraïbes, qu'absorbera la société Digicel Ltd, procède à la fois d'une comparaison avec les résultats d'Outremer Telecom, présentés comme meilleurs, et d'une analyse péjorative de l'effet des mesures conservatoires ordonnées en 2005 ; (...) ces deux affirmations ne sont corroborées par aucun élément probant;

(...) , sur l'évolution d'Outremer Telecom, l'ARCEP a évalué les parts de marché de cette société à moins de 5 p. 100 en 2007, fin de la période d'incrimination, ce qui semble indiquer que des stratégies commerciales diverses, celle de Bouygues Telecom Caraïbes ou celle d'Outremer Telecom, ont abouti aux mêmes résultats médiocres, en raison de la présence d'Orange Caraïbe;

(...) les mesures conservatoires, si elles ont produit leur effet de libération du segment « cartes » et de nouvelles incitations à entrer sur le marché, n'ont pas conduit à un renversement du marché, sur lequel Orange Caraïbe est

resté dominant; (...) d'ailleurs, ce n'est qu'après l'intervention du Conseil de la concurrence que la société Digicel Ltd et Outremer Telecom sont entrées sur le marché; qu'en effet, la première injonction (art. 1^{er}) prévue par la décision de mesures conservatoires du 9 décembre 2004, confirmée par la cour d'appel dans son arrêt du 28 janvier 2005, enjoignait à la société Orange Caraïbe, à titre conservatoire, de supprimer dans tous les contrats, en cours ou à venir, conclus avec ses distributeurs indépendants les obligations d'exclusivité liant ces derniers; qu'ainsi, les développements de la société Digicel Ltd qui a racheté la société Bouygues Telecom Caraïbe en 2006 - et de la société Outremer Telecom -qui n'est entrée sur le marché guadeloupéen qu'en 2006 -, postérieurs à l'exécution de ces injonctions, ne peuvent, à l'évidence, prouver que les clauses d'exclusivité, alors supprimées, n'auraient produit aucun effet ;

(...)

B4 -Effets généraux des pratiques incriminées :

(...)

comme le conclut la société Digicel Ltd, la société Orange Caraïbe, première arrivée sur le marché, a proposé son offre « Changez de mobile» qui consistait à procurer aux clients une remise sur l'achat d'un « terminal» (poste téléphonique mobile), sous réserve d'un réengagement de deux ans, a un objet et un effet clairement fidélisant;

(...) le rapport du cabinet MAPP, fourni par Orange Caraïbe, qui étudie une cohorte de clients, ne fait -sans préjudice de ses autres limites examinées plus bas (B5-3) -que confirmer l'importance de cet effet de fidélisation puisqu'il met en lumière un taux très important de clients fidélisés, les autres clients étant résiliés pour la plupart par Orange Caraïbe elle-même pour impayés;

(...) cette clientèle fidélisée, qui est la plus rentable, ne peut être recrutée par les autres opérateurs, même compétitifs en raison (i) de l'effet incitatif du programme «Changez de mobile » qui promet un mobile gratuit à qui aura accumulé suffisamment de points, et (ii) de la longueur et du chevauchement des périodes de réengagement durant lesquelles le client est privé de la possibilité de changer d'opérateur ;

(...) ainsi, il apparaît que les contrats proposés par Orange Caraïbe à sa clientèle conduisaient d'emblée à un verrouillage, dont Orange ne peut dénier la réalité et la persistance pendant toute la période d'incrimination, sans préjudice de ce qui sera dit plus loin sur l'abus que pourraient constituer de telles clauses dans les contrats avec les clients finaux ou encore les contrats passés avec les distributeurs et réparateurs;

(...)

B 51 -Clauses Distribution (clauses d'exclusivité et de nonconcurrence; grief n°1)

(...) il est reproché à la société Orange Caraïbe «d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant à ses distributeurs des obligations d'exclusivité et de non-concurrence les interdisant de commercialiser des services concurrents. Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de conforter la position d'Orange Caraïbe en rendant artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à la suppression de ces restrictions en janvier 2005» ainsi que «de s'être entendue avec ses distributeurs indépendants par la signature de contrats de commercialisation contenant des obligations d'exclusivité et de non concurrence interdisant ces derniers de commercialiser des services concurrents de l'opérateur. Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de limiter la concurrence effective et potentielle entre les opérateurs de téléphonie mobile de la zone Antilles-Guyane, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à la suppression de ces restrictions en janvier 2005» ;

(...)

(...) en premier lieu, sur l'effet anticoncurrentiel du «monomarquisme», (...) en tant que premier entrant, Orange Caraïbe s'est naturellement tournée vers les distributeurs indépendants, lesquels disposaient par la force des choses des meilleurs emplacements commerciaux; (...) dans un contexte de relative rareté des distributeurs, l'accès au marché de nouveaux entrants a été entravé, sauf à se contenter d'un réseau de très faible ampleur et d'emplacements commerciaux médiocres, de nature à nuire à l'image de marque et au développement de ces opérateurs; (...) le fait de disposer d'un réseau de points de vente étoffé et bien situé est un élément particulièrement essentiel sur le marché de la téléphonie mobile; (...) toutes clauses faisant obstacle à la distribution multimarque entravaient l'accès au marché de la distribution dès lors que Bouygues Telecom Caraïbe doit, pour trouver des distributeurs indépendants qualifiés et disposant d'un emplacement attractif, sur de petits territoires, faire des efforts bien supérieurs à ceux qu'il aurait besoin de fournir dans des conditions de concurrence normale; (...) dès lors, le développement de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché antillo-guyanais, et notamment son développement d'un réseau commercial bénéficiant de certains emplacements de premier ordre, ne peut être considéré comme témoignant de la faible portée des clauses d'exclusivité incriminées, mais comme une illustration des «efforts biens supérieurs à

ceux qu'il aurait besoin de fournir dans des conditions de concurrence normale» entrepris par l'opérateur;

(...) ce verrouillage a affecté directement les consommateurs finaux puisque les clauses d'exclusivité figurant dans les contrats de distribution conclus entre Orange Caraïbe et ses distributeurs indépendants ont généralisé une distribution monomarque dans la zone Antilles-Guyane en privant ainsi lesdits consommateurs des avantages -prix, qualité d'une distribution multimarque ;

(...) les modalités juridiques du monomarquisme en faisaient une réalité difficilement surmontable par les concurrents, puisque: -le fournisseur Orange Caraïbe était en situation de monopole à l'époque de la mise en place de la clause puis en position ultra-dominante par la suite avec 82 % de parts de marché; -le fournisseur concerné bénéficiait d'avantages très importants liés à son appartenance au groupe de l'opérateur historique France Telecom en position dominante sur les marchés connexes de la téléphonie fixe et de l'Internet; -le seul concurrent d'Orange Caraïbe était arrivé sur le marché cinq ans après lui et souffrait de ce fait d'un handicap pour attirer les clients et pour développer son réseau de distribution; -la durée de l'exclusivité était indéterminée puisqu'elle s'appliquait pendant toute la durée du contrat de distribution lui-même à durée indéterminée; -la portée de l'exclusivité était encore renforcée par le fait que le distributeur s'interdisait de participer à une autre société qui distribuerait un concurrent;

(...) de fait: -les ventes réalisées par les distributeurs indépendants liées à une obligation d'exclusivité représentaient une part très importante (82%) des ventes; -les barrières à l'entrée sur le marché étaient très élevées s'agissant de la mise en place d'un réseau de distribution efficace qui constitue une opération longue, difficile et coûteuse; -seul un très faible nombre de distributeurs d'Orange Caraïbe a pu effectivement distribuer les services de Bouygues Telecom Caraïbe, cette distribution multimarque ayant d'ailleurs rapidement cessé;

(...) en deuxième lieu, s'agissant des justifications des pratiques avancées par la société Orange Caraïbe, (...) si le monomarquisme peut potentiellement produire des effets vertueux, sa mise en place et son maintien par un opérateur en position de monopole de fait sur un marché de dimension limitée a eu, en l'espèce, pour conséquence d'ériger des barrières artificielles à l'entrée;

(...) en outre, Orange Caraïbe n'avait pas à craindre et ne peut se réclamer à titre de fait justificatif, du parasitisme de ses aménagements en boutique et de promotion de ses services, précisément parce que l'exclusivité la garantissait contre ce risque; (...) d'ailleurs, ces investissements ont été faibles (0,6 p. 100 du résultat net de la période considérée), en sorte que la

rigueur de cette exclusivité et l'effet de verrouillage qui en résultait étaient largement disproportionnés;

(...) en troisième lieu, sur la nécessité économique du «monomarquisme », (...) des entreprises en position dominante peuvent se défendre ou contester le caractère éventuellement abusif d'une pratique en démontrant qu'elle est objectivement justifiée ou qu'elle est source d'efficacité au profit des consommateurs, mais qu'il faut alors, que l'exclusivité soit nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi; que les gains d'efficacité qu'elle génère, en partie au bénéfice des consommateurs, soient supérieurs à l'atteinte à la concurrence qu'elle peut créer;

(...) en l'espèce, les investissements invoqués par Orange Caraïbe ont trait à la promotion de la marque et des services d'Orange (investissements de 250 000 à 600000 euros pour les années 2002 et 2003 et de l'ordre de 35 000 à 50 000 euros pour l'année 2004 au titre de la mise en place de la marque Orange, présentation et mise en valeur des services Orange Caraïbe pour 140 000 euros pour deux campagnes en 2001 et 2004 et participation à la réalisation d'une opération promotionnelle spéciale pour 143000 euros) ; (...) en revanche, Orange Caraïbe ne démontre pas avoir réalisé des investissements importants dans le service de conseil au consommateur;

en quatrième et dernier lieu, sur le lien de causalité entre la position dominante d'Orange Caraïbe et les dysfonctionnements prétendus du marché, il a été répondu par la cour aux allégations de la société Orange Caraïbe relatives au verrouillage du marché et aux erreurs, réelles ou supposées, de Bouygues Telecom Caraïbes ;

(...)

B52 -Clauses Réparateurs (entente verticale avec Cetelec Caraïbes; grief n°2)

(...) il est reproché à la société Orange Caraïbe de «s'être entendue avec Cétélec Caraïbe par la signature de contrats envisageant des obligations d'exclusivité et de non concurrence interdisant ce dernier d'assurer des services de réparation et de maintenance pour tout concurrent de l'opérateur. Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de limiter la concurrence effective et potentielle entre les opérateurs de téléphonie mobile de la zone Antilles-Guyane, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à la suppression de ces restrictions en janvier 2005 » ;

(...)

la nécessité devant laquelle Bouygues Telecom Caraïbe s'est trouvée, faute de pouvoir offrir à ses abonnés des prestations de maintenance dans la zone

Antilles-Guyane, d'envoyer les « terminaux » défectueux en métropole a généré des délais de réparation notablement plus longs que ceux garantis par Orange Caraïbe, ce qui était une source d'insatisfaction pour sa clientèle et a entraîné des coûts supplémentaires; (...) cet avantage a d'ailleurs été mis en avant par Orange Caraïbe vis à vis des clients;

(...) l'exclusivité, qui a effectivement été opposée à Bouygues Telecom Caraïbes puisque toute négociation entre elle et Cétélec a échoué, a eu pour effet de rendre impossible pour le nouvel entrant le bénéfice d'un service local de maintenance, d'engendrer une dégradation de l'image de marque de Bouygues Telecom Caraïbes et d'accroître directement ou indirectement les coûts de réparation, incluant l'envoi en métropole et la mise à disposition, très longue à amortir, d'un parc de « terminaux » de remplacement pour les clients en panne; (...) ainsi les barrières à l'entrée créées par l'exclusivité de maintenance ont donc été non seulement techniques mais aussi économiques;

(...) sur la justification économique de cette pratique, les restrictions imposées par l'exclusivité n'étaient pas indispensables pour atteindre les objectifs poursuivis puisqu'Orange Caraïbe pouvait mettre en place son service de réparation sans imposer une exclusivité, et que parallèlement Cétélec se serait passée volontiers d'une clause commercialement dangereuse; (...) en conséquence les pratiques reprochées ne peuvent bénéficier des dispositions du 1-2 de l'article L. 420-4 du code de commerce;

(...) s'agissant du lien de causalité entre la pratique et les effets constatés, la dégradation de l'image de marque de tout nouvel entrant et l'augmentation des coûts pour les concurrents démontrent que l'exclusivité a bien eu un lien de cause à effet entre la pratique et les effets d'éviction constatés;

(...)

B55 Effet de club (différenciation tarifaire entre les appels on-net et les appels off-net ; grief n° 5)

(...) il a encore été reproché à Orange Caraïbe « (...) d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en pratiquant une discrimination tarifaire injustifiée entre les appels à destination de son réseau (on net) et ceux à destination des autres opérateurs (et notamment de Bouygues Telecom Caraïbe). Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de conforter la position d'Orange Caraïbe en rendant artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à sa suppression au printemps 2005» ;

(...)

il a été répondu précédemment (§ A-4-3) sur les éléments nouveaux que l'Autorité aurait indûment introduit dans la discussion et sur la requalification juridique à laquelle elle se serait illégalement livrée;

(...) au fond, pour qu'une pratique de différenciation tarifaire soit considérée comme abusive, il est nécessaire qu'elle ait un objet ou un effet anticoncurrentiel ; (...) une pratique discriminatoire devient abusive dès lors que (i) le traitement différencié des opérateurs ne repose sur aucune justification économique objective, (ii) les acheteurs sont dans une situation équivalente et (iii) elle crée un désavantage dans la concurrence ;

(...) ayant posé ces principes, il faut encore constater que: Orange Caraïbe détenait plus de 80 p. 100 du parc de clients, en sorte que la même proportion d'appels potentiels de son client-type était dirigée vers ses autres clients « on net» et 20 p. 100 seulement vers les clients des opérateurs concurrents « off net» ; les appels «on net» étaient significativement moins chers que les appels «off net» (entre 53 et 70 p. 100 d'écart, en sorte que le client-type était incité à privilégier les appels «on net» et à contracter avec l'opérateur dominant pour bénéficier des tarifs les plus bas vers le plus grand nombre d'abonnés;

(...) s'agissant de la justification de cette pratique, elle ne serait possible que si les coûts de terminaison d'appels, facturés par l'opérateur du réseau de l'appelé à l'opérateur du réseau de l'appelant, étaient plus élevés pour les appels sortant du réseau que pour les appels intraréseau ; (...) en l'espèce, tel n'était pas le cas;

(...) agissant des effets, s'ils ne peuvent être quantifiés isolément, ils sont certains car un mécanisme de club anticoncurrentiel apparaît lorsque l'avantage qu'un consommateur tire d'un produit ou d'un service augmente avec le nombre de personnes qui consomme le même produit ou le même service (voir document OCDE); (...) cet effet se trouve renforcé en cas d'asymétrie forte des parts de marché entre les opérateurs et de différenciation tarifaire importante entre les appels «on net» et les appels « off net» ; (...) ces caractéristiques sont réunies en l'occurrence, ainsi qu'il a été dit; qu'en somme, l'attractivité du réseau Orange Caraïbe confortait ainsi sa position dominante;

(...) la pratique incriminée a eu également pour effet de dégrader l'image de Bouygues Telecom Caraïbe, considéré comme un opérateur cher; qu'elle a enfin privé Bouygues Telecom Caraïbe de revenus tirés des appels entrants (la différenciation tarifaire en cause a amené les clients Orange Caraïbe à diminué le nombre et la durée de leurs communications vers Bouygues Telecom Caraïbes générant ainsi des pertes de revenus au titre des charges de terminaison d'appels) ;

(...)

B53 Offres de fidélisation (programme « Changez de mobile » ; grief n°4A)

(...) il a été fait reproche à Orange Caraïbe, dans la première branche du grief n°4, «d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant un réengagement de 24 mois pour l'utilisation des points de fidélité du programme « Changez de mobile » du printemps 2002 au printemps 2005 »; (...) De telles pratiques (...) ont eu pour objet et pour effet de conforter la position d'Orange Caraïbe en rendant artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 et d'Outremer Telecom en 2005, sans qu'elles puissent être justifiées à suffisance par des contreparties au bénéfice aux consommateurs et/ou au marché ;

(...)

la pratique concernée est une gratification accordée à un client en contrepartie d'un engagement de ce dernier pour l'avenir, et non pas seulement une récompense pour une fidélité passée; (...) ce type de clauses contractuelles qui tend à rendre la sortie du contrat plus coûteuse a un effet néfaste pour la concurrence, car il augmente pour le client le prix de changement d'opérateur et fige les parts de marché de chaque opérateur;

(...) les «contreparties objectives » et les «avantages pour le consommateur» qu'Orange Caraïbe invoque pour justifier sa politique de fidélisation ne sont pas plus discernées par la cour qu'elles ne l'ont été dans la Décision (parag. 319 suiv.) puisque le client ne pouvait changer d'opérateur qu'en perdant tous ses points de fidélité; et que le marché était proche de la maturité, ce qui signifie que la demande portait essentiellement sur le renouvellement d'abonnements et conférait aux offres de fidélisation une importance à proprement parler décisive;

(...) l'effet anticoncurrentiel est tout aussi vainement nié par Orange Caraïbe; (...) la cour ne peut retenir à ce sujet l'étude du cabinet MAPP dans la mesure où l'échantillon sur lequel elle a travaillé n'est pas représentatif de la clientèle d'Orange Caraïbe; (...) cette étude mentionne en effet que dans cet échantillon de clients 4,52% sont des clients « forfaits postpayés » ; (...) ce pourcentage est beaucoup plus faible que le pourcentage réel du parc «forfait postpayé » d'Orange Caraïbe puisque selon cette dernière elle même «en terme de clients, le prépayé carte représente 46 % environ. L'abonnement prépayé 44% environ et l'abonnement postpayé: 10 % environ. L'abonnement postpayé représentant 10 % du parc total, il représente 18,5% du parc forfait (qui lui-même représente 54% du parc

total) » ; (...) par ailleurs, l'étude note que parmi les clients ayant renouvelé leur abonnement forfait chez Orange Caraïbe, la quasi-totalité l'a fait après la première période d'engagement d'un an et que, parmi ces clients, le délai moyen de réengagement était de 19 mois après la fin de la première période d'engagement; que ceci suppose que la plupart des clients qui ont choisi de se réengager sont restés plus de 30 mois avec le même terminal; (...) dans les Caraïbes, le délai moyen de changement de terminal est de 18 mois (ce délai moyen plus court qu'en métropole (20 mois) est dû principalement à la durée de vie plus courte des terminaux en raison du fort degré d'humidité) ; (...) ainsi cette étude non représentative du parc global d'Orange Caraïbe n'a pas une valeur probante suffisante;

(...) de manière positive cette fois, l'effet anticoncurrentiel de l'offre de fidélisation est repérable à travers l'évolution des parts de marché d'Orange Caraïbe sur le marché de détail des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane; que placée en monopole au moment de l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe en 2000, Orange Caraïbe a vu ses parts de marché tomber à 75 % en 2002 puis remonter à 83 % à la fin de l'année 2003 au moment où l'offre de fidélisation est apparue et a produit ses effets ;

(...)

B56 -«Avantage Améris» (grief n°7)

(...) il est fait grief à France Telecom «d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane en appliquant à de nombreux de ses clients professionnels et entreprises une réduction sur les appels depuis un poste fixe à destination du réseau de sa filiale Orange Caraïbe exclusivement (Avantage Améris). Une telle pratique doit recevoir la qualification d'abus de position dominante au regard de l'article L.420-2 du code de commerce ainsi que l'article 82 du Traité CE dans la mesure où elle a eu pour objet et pour effet de favoriser abusivement la filiale de téléphonie mobile de France Telecom et de rendre artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 » ;

(...)

opérateur en position de quasi-monopole, France Telecom devait respecter les conditions d'une concurrence loyale entre les opérateurs de téléphonie mobile et ne devait pas avantager sa filiale; que France Telecom n'avance aucune justification objective au fait qu'à partir de l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbes sur le marché du mobile (2001 dans la zone concernée), ait été mise en place une différenciation tarifaire entre opérateurs, pour les appels «fixe vers mobile»; (...) au contraire, il appartenait à France Telecom

de retirer son offre dès cette époque, sans avoir à requérir une autorisation administrative; qu'en effet, il n'existait aucun obstacle juridique à ce que France Telecom résiliât l'avantage Améris dans la mesure où les contrats conclus par France Telecom prévoyaient expressément une possibilité de changement de tarif (article 8 des conditions générales d'abonnement) ;

(...) le caractère anticoncurrentiel de l'offre en cause apparaît incontestable dans la mesure où le prix des communications fixes vers mobiles est un élément déterminant dans le choix des entreprises pour telle ou telle offre de téléphonie; (...) cet effet a été d'autant plus grave que cette offre a été commercialisée jusqu'en mai 2002 soit pendant la phase d'entrée sur le marché de Bouygues Telecom Caraïbe; (...) cet effet est par surcroît mesurable, puisque la part de marché de Bouygues Telecom Caraïbe en 2004 était seulement de 4 % sur le segment entreprises soit un taux bien inférieur à sa part de marché globale; (...) par son effet discriminant et du fait de la position dominante de France Telecom et d'Orange, la pratique en cause était de nature à porter atteinte à la concurrence; que par ailleurs, France Telecom avait été alertée de ce caractère anticoncurrentiel dès lors qu'existeraient d'autres réseaux mobiles par l'ARCEP dans une décision n° 00-1142 du 25 novembre 2000; (...) s'il est vrai que les tarifs de France Telecom faisaient l'objet d'une homologation administrative, c'est elle et non l'administration qui a mis en oeuvre cette discrimination et l'homologation ministérielle intervenue en 2000 ne l'exonère en rien de sa responsabilité ;

(...)

« B6 Imputation des pratiques poursuivies

(...)

d'abord (...) l'imputabilité d'un comportement répréhensible ne se confond avec -ni ne se résume à- l'imputabilité de la sanction, au rebours du dernier argument de la société France Telecom;

(...) ensuite, comme le relèvent les écritures de la société Digicel Ltd, sur le plan juridique et comptable:

-à l'époque des faits, France Telecom détenait indirectement la totalité ou la quasi-totalité du capital d'Orange Caraïbe, les deux sociétés constituant une seule entreprise et se présentant comme telle à la clientèle;

-plusieurs membres représentant France Telecom siègent au conseil d'administration d'Orange Caraïbe;

-toute la trésorerie d'Orange Caraïbe est remontée à France Telecom (puisque, par exemple, dans les comptes sociaux d'Orange Caraïbe pour 2004 il est mentionné que les disponibilités d'Orange Caraïbe se réduisent

à un montant faible de 2 millions d'euros alors que les créances autres que les créances clients et compte rattachés s'élèvent à 122 millions d'euros) ;

(...) dans les rapports avec les autorités, avec les partenaires commerciaux ou avec les tiers:

-s'agissant des contrats de distribution comportant des clauses d'exclusivité, France Telecom a parfois agi en tant que commissionnaire de sa filiale pour la conclusion de contrats de distribution;

-Orange Caraïbe passe par France Telecom pour effectuer ses achats de terminaux;

-France Telecom affichait, notamment auprès de l'Autorité des marchés financiers, une stratégie globale reposant sur l'articulation entre les services de téléphonie fixe et ceux de téléphonie mobile;

(...) dans les rapports avec la clientèle utilisatrice :

-toutes les agences France Telecom des Antilles et de la Guyane distribuent les produits Orange Caraïbe à titre exclusif;

-France Telecom publie des offres pour les produits de sa filiale;

-à l'époque des faits les deux sociétés se présentaient comme un groupe vis-à-vis de leurs clients et partenaires notamment dans le cadre de la commercialisation de "l'avantage Améris" ou des offres sur mesure pour les appels fixes vers mobile d'Orange Caraïbe;

(...) du tout, et alors même que le droit européen n'est pas applicable à la cause, il s'évince que France Telecom, société mère, doit se voir imputer les pratiques reprochées collectivement avec sa filiale, Orange Caraïbe;

(...) cette dernière ne saurait s'exonérer à son tour qu'en démontrant qu'elle n'avait pu prendre d'initiatives dans aucun domaine opérationnel ou juridique, ne disposait d'aucune autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, n'appliquait que les instructions qui lui étaient imparties par la société mère qui la contrôlait; (...) la société Orange Caraïbes n'apporte à la Cour aucun élément de cette nature, en quoi la pratique poursuivie est somme toute imputable aux deux sociétés, comme l'a énoncé par des motifs non contraires et complémentaires, la Décision attaquée;

(...) vainement, les requérantes opposent des témoignages de clients indiquant que les contrats Orange Caraïbe sont négociés avec France Telecom et que France Telecom reste ensuite l'interlocuteur des clients à la

place d'Orange Caraïbe, ce fait unique pouvant traduire des arrangements commerciaux qui n'attestent en rien de l'absence d'autonomie d'Orange Caraïbe ;

(...)

C1 -Référence au chiffre d'affaires du groupe :

(...)

(...) s'il n'est pas interdit à l'Autorité puis à la Cour de se référer au chiffre de la seule société fautive, même intégrée à un groupe, c'est dans le cas où celui-ci n'a aucunement été impliqué dans la stratégie anticoncurrentielle de sa filiale;

(...) comme il a été énoncé précédemment, tel n'est pas le cas ici » ;

(...)

C2 -Gravité des pratiques :

(...)

la cour relève les signes d'une gravité certaine du comportement anticoncurrentiel ;

(...) en effet, les pratiques ont été mises en oeuvre par un opérateur en situation de monopole pendant quatre ans, au nom et pour le compte de sa société-mère, opérateur historique ;

(...)

C3 – Dommage à l'économie

(...)

s'attachant d'abord à l'aspect économétrique du dommage, l'Autorité a fait la démonstration, reprise par la cour, sans s'aider d'une quelconque présomption, de ce que durant toute la période qui s'est écoulée entre la période précédent l'entrée retardée de Bouygues Telecom jusqu'en 2005 le consommateur a été privé des bénéfices résultant d'une concurrence réelle entre les opérateurs notamment en termes de prix et de qualité de service; que la brièveté de certaines pratiques n'est aucunement due à la volonté de la société fautive de mettre fin à ces dernières mais à la mise en oeuvre des mesures conservatoires imposées par le Conseil dans sa décision du 9 décembre 2004 et confirmées par la Cour dans son arrêt du 28 janvier 2005 ; que l'ARCEP note que les prix sont inférieurs à ceux de la métropole

dans les départements d'outre-mer en mettant en lumière que ce sont les concurrents d'Orange Caraïbe qui ont fait baisser le prix moyen proposé aux Antilles, ce qui confirme, à contrario, que pendant tout le temps où la concurrence a été artificiellement retardée ou limitée le consommateur a eu à souffrir de prix plus élevés ;

(...)

C4 -Individualisation; réitération

(...) l'Autorité a retenu une majoration des sanctions de 50 % conjointement et solidairement pour l'entité économique formée par Orange Caraïbe et France Telecom et de 50% pour France Télécom au titre des pratiques visées par les griefs 7 et 8 ;

(...)

pour être prises en compte, les pratiques peuvent être identiques ou similaires par leur même objet anticoncurrentiel, critère qui renvoie pour l'essentiel à la base légale utilisée pour les qualifier, mais elles peuvent aussi être identiques ou similaires par leur même effet anticoncurrentiel, critère qui s'attache davantage à la finalité du comportement poursuivi;

(...) il s'en évince que les conditions permettant à l'Autorité de viser la réitération sont réunies, dès lors, d'une part que de précédentes infractions au droit de la concurrence ont été constatées avant la commission des nouvelles pratiques en vertu d'une décision du Conseil ou après lui de l'Autorité, qui était devenue définitive à la date à laquelle il a été statué dans la présente affaire et, d'autre part, sans qu'il y ait lieu de procéder, de surcroît, à une analyse des circonstances précises dans lesquelles les pratiques précédemment sanctionnées ont été mises en oeuvre;

(...) celles-ci étaient similaires par leur objet, puisque la décision n° 97-D-52 du 25 juin 1997 avait jugé que les entreprises en cause avaient "participé à une action concertée ayant pour objet et ayant pu avoir pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché" ; que les décisions n 94-D-21 du 22 mars 1994, n° 97-D-53 du 1er juillet 1997, l'arrêt du 29 juin 1999, les décisions n° 01-D-46 du 13 juillet 2001 et 05-D-59 du 7 novembre 2005 appréhendaient justement des comportements abusifs mis en oeuvre par France Telecom et dont l'objet ou l'effet était d'empêcher ou de freiner l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents;

(...) la cour relève en outre, au titre de l'individualisation de la sanction, un facteur défavorable tenant à la notoriété nationale du groupe France Telecom, et à la disposition d'infrastructures juridico-économiques de nature à mettre en garde la société-mère et ses filiales contre les pratiques illicites;

(...) du tout, il ressort que l'Autorité de la concurrence a fait une parfaite analyse de la gravité des comportements, du dommage à l'économie qui en est résulté et des facteurs d'individualisation, en ce compris la réitération » ;

1°) ALORS QUE l'abrogation d'une disposition législative, en ce qu'elle fait perdre à l'arrêt qui en fait application son fondement juridique, entraîne de plein droit l'anéantissement de celui-ci ; que l'abrogation à intervenir de l'article L.464-8 du code de commerce en application de l'article 62 de la Constitution entraînera par voie de conséquence l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique ;

2°) ALORS QUE l'abrogation à intervenir des articles L.450-1 et L.450-4 du code de commerce en application de l'article 62 de la Constitution entraînera par voie de conséquence l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (méconnaissance de l'obligation de motivation des droits de la défense et du droit à un recours effectif)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR :

- dit que la société Orange Caraïbe a abusé, entre 2000 et 2005, de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant des clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution conclus avec ses distributeurs indépendants; a abusé, entre le printemps 2002 et le printemps 2005 de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane par le biais de son programme de fidélisation «Changez de mobile » ; a abusé, entre 2003 et 2004, de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane par la différenciation tarifaire qu'elle a pratiquée entre les appels « on net » et les appels « off net» pour ses cartes « Orange Card Soir et Week-end », « Orange Card Classique» et « Orange Card Seconde » ; s'est entendue, entre le 1er avril 2003 et le 24 janvier 2005, avec la société Cetelec, seule société agréée dans les Caraïbes pour assurer la réparation des terminaux (téléphones individuels) mobiles, en concluant un contrat comprenant une clause d'exclusivité interdisant la réparation des terminaux commercialisés par des opérateurs concurrents;

-dit que la société France Telecom, a abusé de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane en commercialisant l'offre «Avantage Améris » après l'arrivée de Bouygues Telecom sur le marché en décembre 2000 jusqu'au 21 mai 2005, puis en la maintenant postérieurement à cette date jusqu'à la fin de l'année 2005 pour les clients qui l'avaient déjà souscrite;

- condamné les sociétés Orange Caraïbe et France Telecom au titre de l'ensemble des griefs n° 1,2, 4A et 5, solidairement, à une sanction pécuniaire de 35 millions d'euros;

- condamné la société France Telecom à une sanction de 5 millions d'euros, pour le grief n°7 ;

- dit que ces sanctions pécuniaires seront affectées ensuite d'une majoration de 50% pour réitération, de sorte qu'elles atteignent respectivement 52,5 millions i pour Orange Caraïbe et France Telecom solidairement et 7,5 millions i pour France Télécom seule ;

AUX MOTIFS QU' :

« il n'est pas interdit à l'Autorité de la concurrence d'étoffer son argumentation devant la cour par rapport à la décision elle-même, dès lors que la cour examine à nouveau l'ensemble des faits instruits par le rapporteur ;

(...) il est seulement prescrit à l'Autorité de la concurrence, pour user de la faculté qui lui est reconnue, de se soumettre aux délais fixés par l'article R. 464-18 du code de commerce, ce qu'elle a scrupuleusement respecté en l'espèce »

ALORS QU'en considérant que l'Autorité de la concurrence pourrait, devant la cour d'appel saisie d'un recours contre l'une de ses décisions, « étoffer son argumentation » par rapport à la motivation de la décision entreprise, la cour d'appel a violé l'article L.464-2 du code de commerce, ensemble l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratif et l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION : l'absence de toute analyse concrète des effets des pratiques en cause

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société Orange Caraïbe a abusé, entre 2000 et 2005, de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant des clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution conclus avec ses distributeurs indépendants; a abusé, entre le printemps 2002 et le printemps 2005 de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane par le biais de son programme de fidélisation «Changez de mobile »; a abusé, entre 2003 et 2004, de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane par la différenciation tarifaire qu'elle a pratiquée entre les appels « on net » et les appels « off net» pour ses cartes « Orange Card Soir

et Week-end », «Orange Card Classique» et « Orange Card Seconde » ; s'est entendue, entre le 1^{er} avril 2003 et le 24 janvier 2005, avec la société Cetelec, seule société agréée dans les Caraïbes pour assurer la réparation des terminaux (téléphones individuels) mobiles, en concluant un contrat comprenant une clause d'exclusivité interdisant la réparation des terminaux commercialisés par des opérateurs concurrents;

-dit que la société France Telecom, a abusé de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane en commercialisant l'offre «Avantage Améris » après l'arrivée de Bouygues Telecom sur le marché en décembre 2000 jusqu'au 21 mai 2005, puis en la maintenant postérieurement à cette date jusqu'à la fin de l'année 2005 pour les clients qui l'avaient déjà souscrite;

AUX MOTIFS QUE :

« B3 -Causalité générale des dysfonctionnements du marché «Mobile»

(...)

comme le conclut la société Digicel Ltd, l'accusation d'inefficacité que profère Orange Caraïbe contre Bouygues Telecom Caraïbes, qu'absorbera la société Digicel Ltd, procède à la fois d'une comparaison avec les résultats d'Outremer Telecom, présentés comme meilleurs, et d'une analyse péjorative de l'effet des mesures conservatoires ordonnées en 2005 ; (...) ces deux affirmations ne sont corroborées par aucun élément probant;

(...) , sur l'évolution d'Outremer Telecom, l'ARCEP a évalué les parts de marché de cette société à moins de 5 p. 100 en 2007, fin de la période d'incrimination, ce qui semble indiquer que des stratégies commerciales diverses, celle de Bouygues Telecom Caraïbes ou celle d'Outremer Telecom, ont abouti aux mêmes résultats médiocres, en raison de la présence d'Orange Caraïbe;

(...) les mesures conservatoires, si elles ont produit leur effet de libération du segment « cartes» et de nouvelles incitations à entrer sur le marché, n'ont pas conduit à un renversement du marché, sur lequel Orange Caraïbe est resté dominant; (...) d'ailleurs, ce n'est qu'après l'intervention du Conseil de la concurrence que la société Digicel Ltd et Outremer Telecom sont entrées sur le marché; qu'en effet, la première injonction (art. 1^{er}) prévue par la décision de mesures conservatoires du 9 décembre 2004, confirmée par la cour d'appel dans son arrêt du 28 janvier 2005, enjoignait à la société Orange Caraïbe, à titre conservatoire, de supprimer dans tous les contrats, en cours ou à venir, conclus avec ses distributeurs indépendants les obligations d'exclusivité liant ces derniers; qu'ainsi, les développements de la société Digicel Ltd qui a racheté la société Bouygues Telecom Caraïbe en 2006 - et de la société Outremer Telecom -qui n'est entrée sur le marché

guadeloupéen qu'en 2006 -, postérieurs à l'exécution de ces injonctions, ne peuvent, à l'évidence, prouver que les clauses d'exclusivité, alors supprimées, n'auraient produit aucun effet ;

(...)

B4 -Effets généraux des pratiques incriminées :

(...)

comme le conclut la société Digicel Ltd, la société Orange Caraïbe, première arrivée sur le marché, a proposé son offre « Changez de mobile » qui consistait à procurer aux clients une remise sur l'achat d'un « terminal » (poste téléphonique mobile), sous réserve d'un réengagement de deux ans, à un objet et un effet clairement fidélisant;

(...) le rapport du cabinet MAPP, fourni par Orange Caraïbe, qui étudie une cohorte de clients, ne fait -sans préjudice de ses autres limites examinées plus bas (B5-3) -que confirmer l'importance de cet effet de fidélisation puisqu'il met en lumière un taux très important de clients fidélisés, les autres clients étant résiliés pour la plupart par Orange Caraïbe elle-même pour impayés;

(...) cette clientèle fidélisée, qui est la plus rentable, ne peut être recrutée par les autres opérateurs, même compétitifs en raison (i) de l'effet incitatif du programme «Changez de mobile » qui promet un mobile gratuit à qui aura accumulé suffisamment de points, et (ii) de la longueur et du chevauchement des périodes de réengagement durant lesquelles le client est privé de la possibilité de changer d'opérateur ;

(...) ainsi, il apparaît que les contrats proposés par Orange Caraïbe à sa clientèle conduisaient d'emblée à un verrouillage, dont Orange ne peut dénier la réalité et la persistance pendant toute la période d'incrimination, sans préjudice de ce qui sera dit plus loin sur l'abus que pourraient constituer de telles clauses dans les contrats avec les clients finaux ou encore les contrats passés avec les distributeurs et réparateurs;

(...)

B 51 -Clauses Distribution (clauses d'exclusivité et de nonconurrence; grief n°1)

(...) il est reproché à la société Orange Caraïbe «d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant à ses distributeurs des obligations d'exclusivité et de non-concurrence les interdisant de commercialiser des services concurrents. Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de conforter la position d'Orange Caraïbe en rendant artificiellement plus difficile l'accès

et le développement d'entreprises concurrentes, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à la suppression de ces restrictions en janvier 2005» ainsi que «de s'être entendue avec ses distributeurs indépendants par la signature de contrats de commercialisation contenant des obligations d'exclusivité et de non concurrence interdisant ces derniers de commercialiser des services concurrents de l'opérateur. Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de limiter la concurrence effective et potentielle entre les opérateurs de téléphonie mobile de la zone Antilles-Guyane, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à la suppression de ces restrictions en janvier 2005» ;

(...)

(...) en premier lieu, sur l'effet anticoncurrentiel du «monomarquisme», (...) en tant que premier entrant, Orange Caraïbe s'est naturellement tournée vers les distributeurs indépendants, lesquels disposaient par la force des choses des meilleurs emplacements commerciaux; (...) dans un contexte de relative rareté des distributeurs, l'accès au marché de nouveaux entrants a été entravé, sauf à se contenter d'un réseau de très faible ampleur et d'emplacements commerciaux médiocres, de nature à nuire à l'image de marque et au développement de ces opérateurs; (...) le fait de disposer d'un réseau de points de vente étoffé et bien situé est un élément particulièrement essentiel sur le marché de la téléphonie mobile; (...) toutes clauses faisant obstacle à la distribution multimarque entravaient l'accès au marché de la distribution dès lors que Bouygues Telecom Caraïbe doit, pour trouver des distributeurs indépendants qualifiés et disposant d'un emplacement attractif, sur de petits territoires, faire des efforts bien supérieurs à ceux qu'il aurait besoin de fournir dans des conditions de concurrence normale; (...) dès lors, le développement de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché antillo-guyanais, et notamment son développement d'un réseau commercial bénéficiant de certains emplacements de premier ordre, ne peut être considéré comme témoignant de la faible portée des clauses d'exclusivité incriminées, mais comme une illustration des «efforts biens supérieurs à ceux qu'il aurait besoin de fournir dans des conditions de concurrence normale» entrepris par l'opérateur;

(...) ce verrouillage a affecté directement les consommateurs finaux puisque les clauses d'exclusivité figurant dans les contrats de distribution conclus entre Orange Caraïbe et ses distributeurs indépendants ont généralisé une distribution monomarque dans la zone Antilles-Guyane en privant ainsi lesdits consommateurs des avantages -prix, qualité d'une distribution multimarque ;

(...) les modalités juridiques du monomarquisme en faisaient une réalité difficilement surmontable par les concurrents, puisque: -le fournisseur Orange Caraïbe était en situation de monopole à l'époque de la mise en

place de la clause puis en position ultra-dominante par la suite avec 82 % de parts de marché; -le fournisseur concerné bénéficiait d'avantages très importants liés à son appartenance au groupe de l'opérateur historique France Telecom en position dominante sur les marchés connexes de la téléphonie fixe et de l'Internet; -le seul concurrent d'Orange Caraïbe était arrivé sur le marché cinq ans après lui et souffrait de ce fait d'un handicap pour attirer les clients et pour développer son réseau de distribution; -la durée de l'exclusivité était indéterminée puisqu'elle s'appliquait pendant toute la durée du contrat de distribution lui-même à durée indéterminée; -la portée de l'exclusivité était encore renforcée par le fait que le distributeur s'interdisait de participer à une autre société qui distribuerait un concurrent;

(...) de fait: -les ventes réalisées par les distributeurs indépendants liées à une obligation d'exclusivité représentaient une part très importante (82%) des ventes; -les barrières à l'entrée sur le marché étaient très élevées s'agissant de la mise en place d'un réseau de distribution efficace qui constitue une opération longue, difficile et coûteuse; -seul un très faible nombre de distributeurs d'Orange Caraïbe a pu effectivement distribuer les services de Bouygues Telecom Caraïbe, cette distribution multimarque ayant d'ailleurs rapidement cessé;

(...) en deuxième lieu, s'agissant des justifications des pratiques avancées par la société Orange Caraïbe, (...) si le monomarchisme peut potentiellement produire des effets vertueux, sa mise en place et son maintien par un opérateur en position de monopole de fait sur un marché de dimension limitée a eu, en l'espèce, pour conséquence d'ériger des barrières artificielles à l'entrée;

(...) en outre, Orange Caraïbe n'avait pas à craindre et ne peut se réclamer à titre de fait justificatif, du parasitisme de ses aménagements en boutique et de promotion de ses services, précisément parce que l'exclusivité la garantissait contre ce risque; (...) d'ailleurs, ces investissements ont été faibles (0,6 p. 100 du résultat net de la période considérée), en sorte que la rigueur de cette exclusivité et l'effet de verrouillage qui en résultait étaient largement disproportionnés;

(...) en troisième lieu, sur la nécessité économique du «monomarchisme », (...) des entreprises en position dominante peuvent se défendre ou contester le caractère éventuellement abusif d'une pratique en démontrant qu'elle est objectivement justifiée ou qu'elle est source d'efficacité au profit des consommateurs, mais qu'il faut alors, que l'exclusivité soit nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi; que les gains d'efficacité qu'elle génère, en partie au bénéfice des consommateurs, soient supérieurs à l'atteinte à la concurrence qu'elle peut créer;

(...) en l'espèce, les investissements invoqués par Orange Caraïbe ont trait à la promotion de la marque et des services d'Orange (investissements de 250 000 à 600000 euros pour les années 2002 et 2003 et de l'ordre de 35 000 à 50 000 euros pour l'année 2004 au titre de la mise en place de la marque Orange, présentation et mise en valeur des services Orange Caraïbe pour 140 000 euros pour deux campagnes en 2001 et 2004 et participation à la réalisation d'une opération promotionnelle spéciale pour 143000 euros) ; (...) en revanche, Orange Caraïbe ne démontre pas avoir réalisé des investissements importants dans le service de conseil au consommateur;

en quatrième et dernier lieu, sur le lien de causalité entre la position dominante d'Orange Caraïbe et les dysfonctionnements prétendus du marché, il a été répondu par la cour aux allégations de la société Orange Caraïbe relatives au verrouillage du marché et aux erreurs, réelles ou supposées, de Bouygues Telecom Caraïbes ;

(...)

B52 -Clauses Réparateurs (entente verticale avec Cetelec Caraïbes; grief n°2)

(...) il est reproché à la société Orange Caraïbe de «s'être entendue avec Cétélec Caraïbe par la signature de contrats envisageant des obligations d'exclusivité et de non concurrence interdisant ce dernier d'assurer des services de réparation et de maintenance pour tout concurrent de l'opérateur. Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de limiter la concurrence effective et potentielle entre les opérateurs de téléphonie mobile de la zone Antilles-Guyane, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à la suppression de ces restrictions en janvier 2005 » ;

(...)

la nécessité devant laquelle Bouygues Telecom Caraïbe s'est trouvée, faute de pouvoir offrir à ses abonnés des prestations de maintenance dans la zone Antilles-Guyane, d'envoyer les «terminaux » défectueux en métropole a généré des délais de réparation notablement plus longs que ceux garantis par Orange Caraïbe, ce qui était une source d'insatisfaction pour sa clientèle et a entraîné des coûts supplémentaires; (...) cet avantage a d'ailleurs été mis en avant par Orange Caraïbe vis à vis des clients;

(...) l'exclusivité, qui a effectivement été opposée à Bouygues Telecom Caraïbes puisque toute négociation entre elle et Cétélec a échoué, a eu pour effet de rendre impossible pour le nouvel entrant le bénéfice d'un service local de maintenance, d'engendrer une dégradation de l'image de marque de Bouygues Telecom Caraïbes et d'accroître directement ou indirectement les

coûts de réparation, incluant l'envoi en métropole et la mise à disposition, très longue à amortir, d'un parc de «terminaux » de remplacement pour les clients en panne; (...) ainsi les barrières à l'entrée créées par l'exclusivité de maintenance ont donc été non seulement techniques mais aussi économiques;

(...) sur la justification économique de cette pratique, les restrictions imposées par l'exclusivité n'étaient pas indispensables pour atteindre les objectifs poursuivis puisqu'Orange Caraïbe pouvait mettre en place son service de réparation sans imposer une exclusivité, et que parallèlement Cétélec se serait passée volontiers d'une clause commercialement dangereuse; (...) en conséquence les pratiques reprochées ne peuvent bénéficier des dispositions du 1-2 de l'article L. 420-4 du code de commerce;

(...) s'agissant du lien de causalité entre la pratique et les effets constatés, la dégradation de l'image de marque de tout nouvel entrant et l'augmentation des coûts pour les concurrents démontrent que l'exclusivité a bien eu un lien de cause à effet entre la pratique et les effets d'éviction constatés;

(...)

B55 Effet de club (différenciation tarifaire entre les appels on-net et les appels off-net ; grief n° 5)

(...) il a encore été reproché à Orange Caraïbe « (...) d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en pratiquant une discrimination tarifaire injustifiée entre les appels à destination de son réseau (on net) et ceux à destination des autres opérateurs (et notamment de Bouygues Telecom Caraïbe). Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de conforter la position d'Orange Caraïbe en rendant artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à sa suppression au printemps 2005» ;

(...)

il a été répondu précédemment (§ A-4-3) sur les éléments nouveaux que l'Autorité aurait indûment introduit dans la discussion et sur la requalification juridique à laquelle elle se serait illégalement livrée;

(...) au fond, pour qu'une pratique de différenciation tarifaire soit considérée comme abusive, il est nécessaire qu'elle ait un objet ou un effet anticoncurrentiel ; (...) une pratique discriminatoire devient abusive dès lors que (i) le traitement différencié des opérateurs ne repose sur aucune justification économique objective, (ii) les acheteurs sont dans une situation équivalente et (iii) elle crée un désavantage dans la concurrence ;

(...) ayant posé ces principes, il faut encore constater que: Orange Caraïbe détenait plus de 80 p. 100 du parc de clients, en sorte que la même proportion d'appels potentiels de son client-type était dirigée vers ses autres clients « on net» et 20 p. 100 seulement vers les clients des opérateurs concurrents « off net» ; les appels «on net» étaient significativement moins chers que les appels «off net» (entre 53 et 70 p. 100 d'écart, en sorte que le client-type était incité à privilégier les appels «on net» et à contracter avec l'opérateur dominant pour bénéficier des tarifs les plus bas vers le plus grand nombre d'abonnés;

(...) s'agissant de la justification de cette pratique, elle ne serait possible que si les coûts de terminaison d'appels, facturés par l'opérateur du réseau de l'appelé à l'opérateur du réseau de l'appelant, étaient plus élevés pour les appels sortant du réseau que pour les appels intraréseau ; (...) en l'espèce, tel n'était pas le cas;

(...) agissant des effets, s'ils ne peuvent être quantifiés isolément, ils sont certains car un mécanisme de club anticoncurrentiel apparaît lorsque l'avantage qu'un consommateur tire d'un produit ou d'un service augmente avec le nombre de personnes qui consomme le même produit ou le même service (voir document OCDE); (...) cet effet se trouve renforcé en cas d'asymétrie forte des parts de marché entre les opérateurs et de différenciation tarifaire importante entre les appels «on net» et les appels « off net» ; (...) ces caractéristiques sont réunies en l'occurrence, ainsi qu'il a été dit; qu'en somme, l'attractivité du réseau Orange Caraïbe confortait ainsi sa position dominante;

(...) la pratique incriminée a eu également pour effet de dégrader l'image de Bouygues Telecom Caraïbe, considéré comme un opérateur cher; qu'elle a enfin privé Bouygues Telecom Caraïbe de revenus tirés des appels entrants (la différenciation tarifaire en cause a amené les clients Orange Caraïbe à diminué le nombre et la durée de leurs communications vers Bouygues Telecom Caraïbes générant ainsi des pertes de revenus au titre des charges de terminaison d'appels) ;

(...)

B53 Offres de fidélisation (programme « Changez de mobile» ; grief n°4A)

(...) il a été fait reproche à Orange Caraïbe, dans la première branche du grief n°4, «d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant un réengagement de 24 mois pour l'utilisation des points de fidélité du programme « Changez de mobile » du printemps 2002 au printemps 2005 »; (...) De telles pratiques (...) ont eu pour objet et pour effet de conforter la position d'Orange Caraïbe en rendant artificiellement plus difficile l'accès

et le développement d'entreprises concurrentes, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 et d'Outremer Telecom en 2005, sans qu'elles puissent être justifiées à suffisance par des contreparties au bénéfice aux consommateurs et/ou au marché» ;

(...)

la pratique concernée est une gratification accordée à un client en contrepartie d'un engagement de ce dernier pour l'avenir, et non pas seulement une récompense pour une fidélité passée; (...) ce type de clauses contractuelles qui tend à rendre la sortie du contrat plus coûteuse a un effet néfaste pour la concurrence, car il augmente pour le client le prix de changement d'opérateur et fige les parts de marché de chaque opérateur;

(...) les «contreparties objectives » et les «avantages pour le consommateur» qu'Orange Caraïbe invoque pour justifier sa politique de fidélisation ne sont pas plus discernées par la cour qu'elles ne l'ont été dans la Décision (parag. 319 suiv.) puisque le client ne pouvait changer d'opérateur qu'en perdant tous ses points de fidélité; et que le marché était proche de la maturité, ce qui signifie que la demande portait essentiellement sur le renouvellement d'abonnements et conférait aux offres de fidélisation une importance à proprement parler décisive;

(...) l'effet anticoncurrentiel est tout aussi vainement nié par Orange Caraïbe; (...) la cour ne peut retenir à ce sujet l'étude du cabinet MAPP dans la mesure où l'échantillon sur lequel elle a travaillé n'est pas représentatif de la clientèle d'Orange Caraïbe; (...) cette étude mentionne en effet que dans cet échantillon de clients 4,52% sont des clients « forfaits postpayés » ; (...) ce pourcentage est beaucoup plus faible que le pourcentage réel du parc «forfait postpayé » d'Orange Caraïbe puisque selon cette dernière elle même «en terme de clients, le prépayé carte représente 46 % environ. L'abonnement prépayé 44% environ et l'abonnement postpayé: 10 % environ. L'abonnement postpayé représentant 10 % du parc total, il représente 18,5% du parc forfait (qui lui-même représente 54% du parc total) » ; (...) par ailleurs, l'étude note que parmi les clients ayant renouvelé leur abonnement forfait chez Orange Caraïbe, la quasi-totalité l'a fait après la première période d'engagement d'un an et que, parmi ces clients, le délai moyen de réengagement était de 19 mois après la fin de la première période d'engagement; que ceci suppose que la plupart des clients qui ont choisi de se réengager sont restés plus de 30 mois avec le même terminal; (...) dans les Caraïbes, le délai moyen de changement de terminal est de 18 mois (ce délai moyen plus court qu'en métropole (20 mois) est dû principalement à la durée de vie plus courte des terminaux en raison du fort degré d'humidité) ; (...) ainsi cette étude non représentative du parc global d'Orange Caraïbe n'a pas une valeur probante suffisante;

(...) de manière positive cette fois, l'effet anticoncurrentiel de l'offre de fidélisation est repérable à travers l'évolution des parts de marché d'Orange Caraïbe sur le marché de détail des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane; que placée en monopole au moment de l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe en 2000, Orange Caraïbe a vu ses parts de marché tomber à 75 % en 2002 puis remonter à 83 % à la fin de l'année 2003 au moment où l'offre de fidélisation est apparue et a produit ses effets ;

(...)

B56 -«Avantage Améris» (grief n°7)

(...) il est fait grief à France Telecom «d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane en appliquant à de nombreux de ses clients professionnels et entreprises une réduction sur les appels depuis un poste fixe à destination du réseau de sa filiale Orange Caraïbe exclusivement (Avantage Améris). Une telle pratique doit recevoir la qualification d'abus de position dominante au regard de l'article L.420-2 du code de commerce ainsi que l'article 82 du Traité CE dans la mesure où elle a eu pour objet et pour effet de favoriser abusivement la filiale de téléphonie mobile de France Telecom et de rendre artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 » ;

(...)

opérateur en position de quasi-monopole, France Telecom devait respecter les conditions d'une concurrence loyale entre les opérateurs de téléphonie mobile et ne devait pas avantager sa filiale; que France Telecom n'avance aucune justification objective au fait qu'à partir de l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbes sur le marché du mobile (2001 dans la zone concernée), ait été mise en place une différenciation tarifaire entre opérateurs, pour les appels «fixe vers mobile»; (...) au contraire, il appartenait à France Telecom de retirer son offre dès cette époque, sans avoir à requérir une autorisation administrative; qu'en effet, il n'existait aucun obstacle juridique à ce que France Telecom résiliât l'avantage Améris dans la mesure où les contrats conclus par France Telecom prévoyaient expressément une possibilité de changement de tarif (article 8 des conditions générales d'abonnement) ;

(...) le caractère anticoncurrentiel de l'offre en cause apparaît incontestable dans la mesure où le prix des communications fixes vers mobiles est un élément déterminant dans le choix des entreprises pour telle ou telle offre de téléphonie; (...) cet effet a été d'autant plus grave que cette offre a été commercialisée jusqu'en mai 2002 soit pendant la phase d'entrée sur le marché de Bouygues Telecom Caraïbe; (...) cet effet est par surcroît

mesurable, puisque la part de marché de Bouygues Telecom Caraïbes en 2004 était seulement de 4 % sur le segment entreprises soit un taux bien inférieur à sa part de marché globale; (...) par son effet discriminant et du fait de la position dominante de France Telecom et d'Orange, la pratique en cause était de nature à porter atteinte à la concurrence; que par ailleurs, France Telecom avait été alertée de ce caractère anticoncurrentiel dès lors qu'existeraient d'autres réseaux mobiles par l'ARCEP dans une décision n° 00-1142 du 25 novembre 2000; (...) s'il est vrai que les tarifs de France Telecom faisaient l'objet d'une homologation administrative, c'est elle et non l'administration qui a mis en oeuvre cette discrimination et l'homologation ministérielle intervenue en 2000 ne l'exonère en rien de sa responsabilité » ;

1°) ALORS QU'en estimant que les exposantes se seraient rendues coupables d'infractions à la concurrence, quand elle constatait l'entrée et le maintien sur le marché, dans les années considérées, de la société Outremer Télécom, et l'entrée et la reprise, donc le maintien de la société Bouygues Télécom Caraïbes, par la société Digicel, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences qui s'imposaient de ses propres constatations, en violation des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.

2°) ALORS QU'en considérant que des infractions à la concurrence auraient été établies comme résultant des clauses distribution (grief 1), des clauses réparateurs (grief 2), des offres de fidélisation (grief 4A) et du prétendu effet de club abusif (grief n°5), tout en constatant elle-même que les mesures conservatoires ordonnées le 9 décembre 2004, supprimant les clauses d'exclusivité, modifiant la différenciation tarifaire on net – off net et modifiant l'utilisation des points de fidélité n'avaient pas permis un renversement du marché, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE (subsidaire) en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, comme elle y était invitée si les opérateurs concurrents de la société Orange Caraïbe avaient, après la levée des exclusivités consécutive aux mesures conservatoires ordonnées le 9 décembre 2004, eu recours aux distributeurs anciennement liés par une clause d'exclusivité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE (subsidaire) en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les opérateurs concurrents de la société Orange Caraïbe avaient profité ou non de la levée de l'exclusivité conclue avec le réparateur Cétélec Caraïbes, consécutive aux mesures conservatoires ordonnées le décembre 2004, pour bénéficier des services de la société Cétélec Caraïbes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

5°) ALORS QUE (subsidaire) en statuant comme elle l'a fait, sans examiner, comme elle y était invitée, l'impact sur la concurrence des mesures conservatoires ordonnées le 9 décembre 2004 et ouvrant la possibilité d'utiliser les points de fidélité sans réengagement sur la concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

6°) ALORS QUE (subsidaire) en statuant comme elle l'a fait, sans rechercher comme elle y était invitée, si les mesures conservatoires ordonnées le 9 décembre 2004 et aménageant la différenciation tarifaire entre appels intra-réseau et appels hors réseau avait eu un quelconque effet sur la concurrence, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION :

les clauses d'exclusivité distributeurs Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société Orange Caraïbe a abusé, entre 2000 et 2005, de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant des clauses d'exclusivité dans les contrats de distribution conclus avec ses distributeurs indépendants ;

AUX MOTIFS QUE :

« B3 -Causalité générale des dysfonctionnements du marché «Mobile»

(...)

comme le conclut la société Digicel Ltd, l'accusation d'inefficacité que profère Orange Caraïbe contre Bouygues Telecom Caraïbes, qu'absorbera la société Digicel Ltd, procède à la fois d'une comparaison avec les résultats d'Outremer Telecom, présentés comme meilleurs, et d'une analyse péjorative de l'effet des mesures conservatoires ordonnées en 2005 ; (...) ces deux affirmations ne sont corroborées par aucun élément probant;

(...) , sur l'évolution d'Outremer Telecom, l'ARCEP a évalué les parts de marché de cette société à moins de 5 p. 100 en 2007, fin de la période d'incrimination, ce qui semble indiquer que des stratégies commerciales diverses, celle de Bouygues Telecom Caraïbes ou celle d'Outremer Telecom, ont abouti aux mêmes résultats médiocres, en raison de la présence d'Orange Caraïbe;

(...) les mesures conservatoires, si elles ont produit leur effet de libération du segment « cartes » et de nouvelles incitations à entrer sur le marché, n'ont pas conduit à un renversement du marché, sur lequel Orange Caraïbe est resté dominant; (...) d'ailleurs, ce n'est qu'après l'intervention du Conseil de la concurrence que la société Digicel Ltd et Outremer Telecom sont entrées

sur le marché; qu'en effet, la première injonction (art. 1^{er}) prévue par la décision de mesures conservatoires du 9 décembre 2004, confirmée par la cour d'appel dans son arrêt du 28 janvier 2005, enjoignait à la société Orange Caraïbe, à titre conservatoire, de supprimer dans tous les contrats, en cours ou à venir, conclus avec ses distributeurs indépendants les obligations d'exclusivité liant ces derniers; qu'ainsi, les développements de la société Digicel Ltd qui a racheté la société Bouygues Telecom Caraïbe en 2006 - et de la société Outremer Telecom -qui n'est entrée sur le marché guadeloupéen qu'en 2006 -, postérieurs à l'exécution de ces injonctions, ne peuvent, à l'évidence, prouver que les clauses d'exclusivité, alors supprimées, n'auraient produit aucun effet ;

(...)

B4 -Effets généraux des pratiques incriminées :

(...)

comme le conclut la société Digicel Ltd, la société Orange Caraïbe, première arrivée sur le marché, a proposé son offre « Changez de mobile» qui consistait à procurer aux clients une remise sur l'achat d'un« terminal» (poste téléphonique mobile), sous réserve d'un réengagement de deux ans, a un objet et un effet clairement fidélisant;

(...) le rapport du cabinet MAPP, fourni par Orange Caraïbe, qui étudie une cohorte de clients, ne fait -sans préjudice de ses autres limites examinées plus bas (B5-3) -que confirmer l'importance de cet effet de fidélisation puisqu'il met en lumière un taux très important de clients fidélisés, les autres clients étant résiliés pour la plupart par Orange Caraïbe elle-même pour impayés;

(...) cette clientèle fidélisée, qui est la plus rentable, ne peut être recrutée par les autres opérateurs, même compétitifs en raison (i) de l'effet incitatif du programme «Changez de mobile » qui promet un mobile gratuit à qui aura accumulé suffisamment de points, et (ii) de la longueur et du chevauchement des périodes de réengagement durant lesquelles le client est privé de la possibilité de changer d'opérateur ;

(...) ainsi, il apparaît que les contrats proposés par Orange Caraïbe à sa clientèle conduisaient d'emblée à un verrouillage, dont Orange ne peut dénier la réalité et la persistance pendant toute la période d'incrimination, sans préjudice de ce qui sera dit plus loin sur l'abus que pourraient constituer de telles clauses dans les contrats avec les clients finaux ou encore les contrats passés avec les distributeurs et réparateurs;

B 51 -Clauses Distribution (clauses d'exclusivité et de nonconcurrence; grief n°1)

(...) il est reproché à la société Orange Caraïbe «d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant à ses distributeurs des obligations d'exclusivité et de non-concurrence les interdisant de commercialiser des services concurrents. Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de conforter la position d'Orange Caraïbe en rendant artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à la suppression de ces restrictions en janvier 2005» ainsi que «de s'être entendue avec ses distributeurs indépendants par la signature de contrats de commercialisation contenant des obligations d'exclusivité et de non concurrence interdisant ces derniers de commercialiser des services concurrents de l'opérateur. Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de limiter la concurrence effective et potentielle entre les opérateurs de téléphonie mobile de la zone Antilles-Guyane, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à la suppression de ces restrictions en janvier 2005» ;

(...)

(...) en premier lieu, sur l'effet anticoncurrentiel du «monomarquisme», (...) en tant que premier entrant, Orange Caraïbe s'est naturellement tournée vers les distributeurs indépendants, lesquels disposaient par la force des choses des meilleurs emplacements commerciaux; (...) dans un contexte de relative rareté des distributeurs, l'accès au marché de nouveaux entrants a été entravé, sauf à se contenter d'un réseau de très faible ampleur et d'emplacements commerciaux médiocres, de nature à nuire à l'image de marque et au développement de ces opérateurs; (...) le fait de disposer d'un réseau de points de vente étoffé et bien situé est un élément particulièrement essentiel sur le marché de la téléphonie mobile; (...) toutes clauses faisant obstacle à la distribution multimarque entravaient l'accès au marché de la distribution dès lors que Bouygues Telecom Caraïbe doit, pour trouver des distributeurs indépendants qualifiés et disposant d'un emplacement attractif, sur de petits territoires, faire des efforts bien supérieurs à ceux qu'il aurait besoin de fournir dans des conditions de concurrence normale; (...) dès lors, le développement de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché antillo-guyanais, et notamment son développement d'un réseau commercial bénéficiant de certains emplacements de premier ordre, ne peut être considéré comme témoignant de la faible portée des clauses d'exclusivité incriminées, mais comme une illustration des «efforts biens supérieurs à ceux qu'il aurait besoin de fournir dans des conditions de concurrence normale» entrepris par l'opérateur;

(...) ce verrouillage a affecté directement les consommateurs finaux puisque les clauses d'exclusivité figurant dans les contrats de distribution conclus entre Orange Caraïbe et ses distributeurs indépendants ont généralisé une distribution monomarque dans la zone Antilles-Guyane en privant ainsi lesdits consommateurs des avantages -prix, qualité d'une distribution multimarque ;

(...) les modalités juridiques du monomarquisme en faisaient une réalité difficilement surmontable par les concurrents, puisque: -le fournisseur Orange Caraïbe était en situation de monopole à l'époque de la mise en place de la clause puis en position ultra-dominante par la suite avec 82 % de parts de marché; -le fournisseur concerné bénéficiait d'avantages très importants liés à son appartenance au groupe de l'opérateur historique France Telecom en position dominante sur les marchés connexes de la téléphonie fixe et de l'Internet; -le seul concurrent d'Orange Caraïbe était arrivé sur le marché cinq ans après lui et souffrait de ce fait d'un handicap pour attirer les clients et pour développer son réseau de distribution; -la durée de l'exclusivité était indéterminée puisqu'elle s'appliquait pendant toute la durée du contrat de distribution lui-même à durée indéterminée; -la portée de l'exclusivité était encore renforcée par le fait que le distributeur s'interdisait de participer à une autre société qui distribuerait un concurrent;

(...) de fait: -les ventes réalisées par les distributeurs indépendants liées à une obligation d'exclusivité représentaient une part très importante (82%) des ventes; -les barrières à l'entrée sur le marché étaient très élevées s'agissant de la mise en place d'un réseau de distribution efficace qui constitue une opération longue, difficile et coûteuse; -seul un très faible nombre de distributeurs d'Orange Caraïbe a pu effectivement distribuer les services de Bouygues Telecom Caraïbe, cette distribution multimarque ayant d'ailleurs rapidement cessé;

(...) en deuxième lieu, s'agissant des justifications des pratiques avancées par la société Orange Caraïbe, (...) si le monomarquisme peut potentiellement produire des effets vertueux, sa mise en place et son maintien par un opérateur en position de monopole de fait sur un marché de dimension limitée a eu, en l'espèce, pour conséquence d'ériger des barrières artificielles à l'entrée;

(...) en outre, Orange Caraïbe n'avait pas à craindre et ne peut se réclamer à titre de fait justificatif, du parasitisme de ses aménagements en boutique et de promotion de ses services, précisément parce que l'exclusivité la garantissait contre ce risque; (...) d'ailleurs, ces investissements ont été faibles (0,6 p. 100 du résultat net de la période considérée), en sorte que la rigueur de cette exclusivité et l'effet de verrouillage qui en résultait étaient largement disproportionnés;

(...) en troisième lieu, sur la nécessité économique du «monomarquisme », (...) des entreprises en position dominante peuvent se défendre ou contester le caractère éventuellement abusif d'une pratique en démontrant qu'elle est objectivement justifiée ou qu'elle est source d'efficacité au profit des consommateurs, mais qu'il faut alors, que l'exclusivité soit nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi; que les gains d'efficacité qu'elle génère, en partie au bénéfice des consommateurs, soient supérieurs à l'atteinte à la concurrence qu'elle peut créer;

(...) en l'espèce, les investissements invoqués par Orange Caraïbe ont trait à la promotion de la marque et des services d'Orange (investissements de 250 000 à 600000 euros pour les années 2002 et 2003 et de l'ordre de 35 000 à 50 000 euros pour l'année 2004 au titre de la mise en place de la marque Orange, présentation et mise en valeur des services Orange Caraïbe pour 140 000 euros pour deux campagnes en 2001 et 2004 et participation à la réalisation d'une opération promotionnelle spéciale pour 143000 euros) ; (...) en revanche, Orange Caraïbe ne démontre pas avoir réalisé des investissements importants dans le service de conseil au consommateur;

en quatrième et dernier lieu, sur le lien de causalité entre la position dominante d'Orange Caraïbe et les dysfonctionnements prétendus du marché, il a été répondu par la cour aux allégations de la société Orange Caraïbe relatives au verrouillage du marché et aux erreurs, réelles ou supposées, de Bouygues Telecom Caraïbes » ;

1°) ALORS QU'en constatant le développement par la société Bouygues Télécom Caraïbes d'un réseau commercial comportant des emplacements de premier ordre, sans justifier en rien de ce que ce développement aurait été le fruit d'efforts bien supérieurs à la normale, la cour d'appel n'a pas recherché si le recours aux distributeurs Orange Caraïbe était indispensable au maintien et/ou à l'accès au marché, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QU'en ne tenant compte ni de la reprise de la société Bouygues Télécom Caraïbes par la société Digicel, qui a ensuite obtenu de bons résultats sans avoir recours aux distributeurs d'Orange Caraïbe, ni de l'entrée, et des bons résultats de la société Outremer Télécom sur le marché, sans recours aux distributeurs d'Orange Caraïbe, ce qui attestait du caractère non indispensable du recours à ces distributeurs et de l'absence totale d'effet d'éviction et/ou de barrière à l'entrée des clauses d'exclusivité litigieuses, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en n'examinant pas, comme elle y était invitée, les spécificités du marché local antillo-guyanais lesquelles justifiaient, techniquement, le recours à un système monomarque et les clauses

d'exclusivité litigieuses, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'en ne répondant pas au moyen, péremptoire, tiré de l'investissement de la société Orange Caraïbe dans la formation de ses distributeurs exclusifs, investissement justifiant les clauses d'exclusivité litigieuses, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

5°) ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, sans vérifier, comme elle y était invitée, le lien de causalité qui aurait uni la position de la société Orange Caraïbe et le prétendu abus résultant des clauses d'exclusivité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION : l'absence d'effet anticoncurrentiel de l'exclusivité conclue avec la société Cétélec Caraïbes

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société Orange Caraïbe s'est entendue, entre le 1er avril 2003 et le 24 janvier 2005, avec la société Cetelec, seule société agréée dans les Caraïbes pour assurer la réparation des terminaux (téléphones individuels) mobiles, en concluant un contrat comprenant une clause d'exclusivité interdisant la réparation des terminaux commercialisés par des opérateurs concurrents;

AUX MOTIFS QUE :

« B52 -Clauses Réparateurs (entente verticale avec Cetelec Caraïbes; grief n°2)

(...) il est reproché à la société Orange Caraïbe de «s'être entendue avec Cétélec Caraïbe par la signature de contrats envisageant des obligations d'exclusivité et de non concurrence interdisant ce dernier d'assurer des services de réparation et de maintenance pour tout concurrent de l'opérateur. Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de limiter la concurrence effective et potentielle entre les opérateurs de téléphonie mobile de la zone Antilles-Guyane, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à la suppression de ces restrictions en janvier 2005 » ;

(...)

la nécessité devant laquelle Bouygues Telecom Caraïbe s'est trouvée, faute de pouvoir offrir à ses abonnés des prestations de maintenance dans la zone Antilles-Guyane, d'envoyer les «terminaux » défectueux en métropole a généré des délais de réparation notablement plus longs que ceux garantis par Orange Caraïbe, ce qui était une source d'insatisfaction pour sa clientèle

et a entraîné des coûts supplémentaires; (...) cet avantage a d'ailleurs été mis en avant par Orange Caraïbe vis à vis des clients;

(...) l'exclusivité, qui a effectivement été opposée à Bouygues Telecom Caraïbes puisque toute négociation entre elle et Cetelec a échoué, a eu pour effet de rendre impossible pour le nouvel entrant le bénéfice d'un service local de maintenance, d'engendrer une dégradation de l'image de marque de Bouygues Telecom Caraïbes et d'accroître directement ou indirectement les coûts de réparation, incluant l'envoi en métropole et la mise à disposition, très longue à amortir, d'un parc de «terminaux » de remplacement pour les clients en panne; (...) ainsi les barrières à l'entrée créées par l'exclusivité de maintenance ont donc été non seulement techniques mais aussi économiques;

(...) sur la justification économique de cette pratique, les restrictions imposées par l'exclusivité n'étaient pas indispensables pour atteindre les objectifs poursuivis puisqu'Orange Caraïbe pouvait mettre en place son service de réparation sans imposer une exclusivité, et que parallèlement Cetelec se serait passée volontiers d'une clause commercialement dangereuse; (...) en conséquence les pratiques reprochées ne peuvent bénéficier des dispositions du 1-2 de l'article L. 420-4 du code de commerce;

(...) s'agissant du lien de causalité entre la pratique et les effets constatés, la dégradation de l'image de marque de tout nouvel entrant et l'augmentation des coûts pour les concurrents démontrent que l'exclusivité a bien eu un lien de cause à effet entre la pratique et les effets d'éviction constatés »;

1°) ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, sans s'expliquer comme elle y était conviée, sur l'existence d'un réparateur local, la société A Novo, auquel la société Bouygues Télécom Caraïbes a choisi de ne pas avoir recours, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

2°) ALORS QU'en ne s'expliquant pas, comme elle y était invitée, sur ce que la société Digicel n'avait pas conclu d'accord avec le réparateur Cétélec Caraïbes dès l'instant où tout obstacle juridique s'opposant à la conclusion d'un tel contrat était levé par la mise en oeuvre des mesures conservatoires, la cour d'appel n'a pas examiné le caractère indispensable du recours au réparateur Cétélec Caraïbes et a, par conséquent, privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en ne s'expliquant pas, comme elle y était invitée, sur le choix, par la société Outremer Télécom de ne pas confier la réparation de ses terminaux au réparateur local Cétélec Caraïbes, quand rien, juridiquement, ne s'y opposait, la cour d'appel n'a pas examiné le caractère

indispensable du recours au réparateur Cétélec, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION : la différenciation tarifaire entre les appels on-net et les appels off-net

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société Orange Caraïbe a abusé, entre 2003 et 2004, de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane par la différenciation tarifaire qu'elle a pratiquée entre les appels « on net » et les appels « off net » pour ses cartes « Orange Card Soir et Week-end », « Orange Card Classique » et « Orange Card Seconde » ;

AUX MOTIFS QUE :

« B55 Effet de club (différenciation tarifaire entre les appels on-net et les appels off-net ; grief n° 5)

(...) il a encore été reproché à Orange Caraïbe « (...) d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en pratiquant une discrimination tarifaire injustifiée entre les appels à destination de son réseau (on net) et ceux à destination des autres opérateurs (et notamment de Bouygues Telecom Caraïbe). Une telle pratique (...) a eu pour objet et pour effet de conforter la position d'Orange Caraïbe en rendant artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 jusqu'à sa suppression au printemps 2005 » ;

(...)

il a été répondu précédemment (§ A-4-3) sur les éléments nouveaux que l'Autorité aurait indûment introduit dans la discussion et sur la requalification juridique à laquelle elle se serait illégalement livrée;

(...) au fond, pour qu'une pratique de différenciation tarifaire soit considérée comme abusive, il est nécessaire qu'elle ait un objet ou un effet anticoncurrentiel ; (...) une pratique discriminatoire devient abusive dès lors que (i) le traitement différencié des opérateurs ne repose sur aucune justification économique objective, (ii) les acheteurs sont dans une situation équivalente et (iii) elle crée un désavantage dans la concurrence ;

(...) ayant posé ces principes, il faut encore constater que: Orange Caraïbe détenait plus de 80 p. 100 du parc de clients, en sorte que la même proportion d'appels potentiels de son client-type était dirigée vers ses autres clients « on net » et 20 p. 100 seulement vers les clients des opérateurs

concurrents « off net» ; les appels «on net» étaient significativement moins chers que les appels «off net» (entre 53 et 70 p. 100 d'écart, en sorte que le client-type était incité à privilégier les appels «on net» et à contracter avec l'opérateur dominant pour bénéficier des tarifs les plus bas vers le plus grand nombre d'abonnés;

(...) s'agissant de la justification de cette pratique, elle ne serait possible que si les coûts de terminaison d'appels, facturés par l'opérateur du réseau de l'appelé à l'opérateur du réseau de l'appelant, étaient plus élevés pour les appels sortant du réseau que pour les appels intraréseau ; (...) en l'espèce, tel n'était pas le cas;

(...) agissant des effets, s'ils ne peuvent être quantifiés isolément, ils sont certains car un mécanisme de club anticoncurrentiel apparaît lorsque l'avantage qu'un consommateur tire d'un produit ou d'un service augmente avec le nombre de personnes qui consomme le même produit ou le même service (voir document OCDE); (...) cet effet se trouve renforcé en cas d'asymétrie forte des parts de marché entre les opérateurs et de différenciation tarifaire importante entre les appels «on net» et les appels « off net» ; (...) ces caractéristiques sont réunies en l'occurrence, ainsi qu'il a été dit; qu'en somme, l'attractivité du réseau Orange Caraïbe confortait ainsi sa position dominante;

(...) la pratique incriminée a eu également pour effet de dégrader l'image de Bouygues Telecom Caraïbe, considéré comme un opérateur cher; qu'elle a enfin privé Bouygues Telecom Caraïbe de revenus tirés des appels entrants (la différenciation tarifaire en cause a amené les clients Orange Caraïbe à diminué le nombre et la durée de leurs communications vers Bouygues Telecom Caraïbes générant ainsi des pertes de revenus au titre des charges de terminaison d'appels) » ;

1°) ALORS QU'en statuant par une pétition de principe dépourvue de toute justification, quand elle était invitée à examiner les écarts de coûts entre les appels sortant du réseau et les appels intra-réseau, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QU'en ne tenant pas compte, comme elle y était invitée, de ce que la différenciation tarifaire litigieuse ne concernait que les cartes pré-payées, de sorte qu'aucun effet de club abusif ne peut être caractérisé, la cour d'appel n'a pas examiné concrètement les effets réels ou potentiels de cette différenciation tarifaire, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en n'examinant pas, comme elle y était invitée, la possibilité, pour un autre opérateur, de mettre en oeuvre à son profit, un système de différenciation tarifaire identique à celui reproché à l'exposante, la cour

d'appel n'a pas analysé concrètement l'existence d'un effet d'éviction et/ou de barrière à l'entrée résultant de la pratique en cause, privant ainsi sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce

4°) ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, sans justifier concrètement en quoi l'image de la société Bouygues Télécom Caraïbes aurait été ternie par le système de différenciation tarifaire litigieux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

5°) ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, sans prendre en considération la répartition des volumes entre appels on-net et appels off-net et l'asymétrie des charges de terminaison d'appel en faveur de la société Bouygues Télécom Caraïbes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce.

SEPTIEME MOYEN DE CASSATION : l'offre « Changez de mobile ».

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société Orange Caraïbe a abusé, entre le printemps 2002 et le printemps 2005 de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane par le biais de son programme de fidélisation «Changez de mobile » ;

AUX MOTIFS QUE :

« B53 Offres de fidélisation (programme « Changez de mobile» ; grief n°4A)

(...) il a été fait reproche à Orange Caraïbe, dans la première branche du grief n°4, «d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane en imposant un réengagement de 24 mois pour l'utilisation des points de fidélité du programme « Changez de mobile » du printemps 2002 au printemps 2005 »; (...) De telles pratiques (...) ont eu pour objet et pour effet de conforter la position d'Orange Caraïbe en rendant artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes, notamment depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 et d'Outremer Telecom en 2005, sans qu'elles puissent être justifiées à suffisance par des contreparties au bénéfice aux consommateurs et/ou au marché » ;

(...)

la pratique concernée est une gratification accordée à un client en contrepartie d'un engagement de ce dernier pour l'avenir, et non pas seulement une récompense pour une fidélité passée; (...) ce type de clauses

contractuelles qui tend à rendre la sortie du contrat plus coûteuse a un effet néfaste pour la concurrence, car il augmente pour le client le prix de changement d'opérateur et fige les parts de marché de chaque opérateur;

(...) les «contreparties objectives » et les «avantages pour le consommateur» qu'Orange Caraïbe invoque pour justifier sa politique de fidélisation ne sont pas plus discernées par la cour qu'elles ne l'ont été dans la Décision (parag. 319 suiv.) puisque le client ne pouvait changer d'opérateur qu'en perdant tous ses points de fidélité; et que le marché était proche de la maturité, ce qui signifie que la demande portait essentiellement sur le renouvellement d'abonnements et conférait aux offres de fidélisation une importance à proprement parler décisive;

(...) l'effet anticoncurrentiel est tout aussi vainement nié par Orange Caraïbe; (...) la cour ne peut retenir à ce sujet l'étude du cabinet MAPP dans la mesure où l'échantillon sur lequel elle a travaillé n'est pas représentatif de la clientèle d'Orange Caraïbe; (...) cette étude mentionne en effet que dans cet échantillon de clients 4,52% sont des clients « forfaits postpayés » ; (...) ce pourcentage est beaucoup plus faible que le pourcentage réel du parc «forfait postpayé » d'Orange Caraïbe puisque selon cette dernière elle même «en terme de clients, le prépayé carte représente 46 % environ. L'abonnement prépayé 44% environ et l'abonnement postpayé: 10 % environ. L'abonnement postpayé représentant 10 % du parc total, il représente 18,5% du parc forfait (qui lui-même représente 54% du parc total) » ; (...) par ailleurs, l'étude note que parmi les clients ayant renouvelé leur abonnement forfait chez Orange Caraïbe, la quasi-totalité l'a fait après la première période d'engagement d'un an et que, parmi ces clients, le délai moyen de réengagement était de 19 mois après la fin de la première période d'engagement; que ceci suppose que la plupart des clients qui ont choisi de se réengager sont restés plus de 30 mois avec le même terminal; (...) dans les Caraïbes, le délai moyen de changement de terminal est de 18 mois (ce délai moyen plus court qu'en métropole (20 mois) est dû principalement à la durée de vie plus courte des terminaux en raison du fort degré d'humidité) ; (...) ainsi cette étude non représentative du parc global d'Orange Caraïbe n'a pas une valeur probante suffisante;

(...) de manière positive cette fois, l'effet anticoncurrentiel de l'offre de fidélisation est repérable à travers l'évolution des parts de marché d'Orange Caraïbe sur le marché de détail des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane; que placée en monopole au moment de l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe en 2000, Orange Caraïbe a vu ses parts de marché tomber à 75 % en 2002 puis remonter à 83 % à la fin de l'année 2003 au moment où l'offre de fidélisation est apparue et a produit ses effets »;

1°) ALORS QU'en ne tenant aucun compte de la justification première de l'offre « Changez de mobile », soit la subvention d'un terminal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QU' en statuant comme elle l'a fait sans vérifier, comme elle y était invitée, un « verrouillage » réel des parts de marché, résultant de l'offre « Changez de mobile » au regard de la fluidité de la demande et des taux de résiliation des forfaits Orange Caraïbe, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, sans examiner, comme elle y était invitée, le caractère véritablement attractif ou non de l'offre litigieuse, lequel ne pouvait s'apprécier qu'au regard du caractère attractif ou non des offres des opérateurs concurrents, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, sans vérifier comme elle y était invitée, le prétendu verrouillage du marché, en considération, notamment, de ce que les actes de vente étaient majoritairement constitués de ventes de cartes prépayées donc dépourvues de toute obligation d'engagement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce.

HUITIEME MOYEN DE CASSATION : l'Avantage Améris

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que la société France Telecom, a abusé de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane en commercialisant l'offre «Avantage Améris » après l'arrivée de Bouygues Telecom sur le marché en décembre 2000 jusqu'au 21 mai 2005, puis en la maintenant postérieurement à cette date jusqu'à la fin de l'année 2005 pour les clients qui l'avaient déjà souscrite ;

AUX MOTIFS QUE :

« B56 -«Avantage Améris» (grief n°7)

(...) il est fait grief à France Telecom «d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie fixe dans la zone Antilles-Guyane en appliquant à de nombreux de ses clients professionnels et entreprises une réduction sur les appels depuis un poste fixe à destination du réseau de sa filiale Orange Caraïbe exclusivement (Avantage Améris). Une telle pratique doit recevoir la qualification d'abus de position dominante au regard de l'article L.420-2 du code de commerce ainsi que l'article 82 du Traité CE dans la mesure où elle a eu pour objet et pour effet de favoriser abusivement la filiale de téléphonie mobile de France Telecom et de rendre

artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 » ;

(...)

opérateur en position de quasi-monopole, France Telecom devait respecter les conditions d'une concurrence loyale entre les opérateurs de téléphonie mobile et ne devait pas avantager sa filiale; que France Telecom n'avance aucune justification objective au fait qu'à partir de l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbes sur le marché du mobile (2001 dans la zone concernée), ait été mise en place une différenciation tarifaire entre opérateurs, pour les appels «fixe vers mobile»; (...) au contraire, il appartenait à France Telecom de retirer son offre dès cette époque, sans avoir à requérir une autorisation administrative; qu'en effet, il n'existait aucun obstacle juridique à ce que France Telecom résiliât l'avantage Améris dans la mesure où les contrats conclus par France Telecom prévoient expressément une possibilité de changement de tarif (article 8 des conditions générales d'abonnement) ;

(...) le caractère anticoncurrentiel de l'offre en cause apparaît incontestable dans la mesure où le prix des communications fixes vers mobiles est un élément déterminant dans le choix des entreprises pour telle ou telle offre de téléphonie; (...) cet effet a été d'autant plus grave que cette offre a été commercialisée jusqu'en mai 2002 soit pendant la phase d'entrée sur le marché de Bouygues Telecom Caraïbe; (...) cet effet est par surcroît mesurable, puisque la part de marché de Bouygues Telecom Caraïbe en 2004 était seulement de 4 % sur le segment entreprises soit un taux bien inférieur à sa part de marché globale; (...) par son effet discriminant et du fait de la position dominante de France Telecom et d'Orange, la pratique en cause était de nature à porter atteinte à la concurrence; que par ailleurs, France Telecom avait été alertée de ce caractère anticoncurrentiel dès lors qu'existeraient d'autres réseaux mobiles par l'ARCEP dans une décision n° 00-1142 du 25 novembre 2000; (...) s'il est vrai que les tarifs de France Telecom faisaient l'objet d'une homologation administrative, c'est elle et non l'administration qui a mis en oeuvre cette discrimination et l'homologation ministérielle intervenue en 2000 ne l'exonère en rien de sa responsabilité »;

1°) ALORS QU'en considérant qu'il n'aurait existé aucun obstacle juridique à ce que la société France Télécom résiliât l'Avantage Ameris quand ce dernier, qui correspondait à une prestation contractuelle, avait été contractuellement souscrit par certains clients sur la base d'une homologation ministérielle accordée après avis de l'ART, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1147 et 1129 du code civil ;

2°) ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, sans prendre en considération, comme elle y était invitée, le nombre de lignes et de clients

concernés, et la part de chiffre d'affaires affectée par l'Avantage Ameris, la cour d'appel n'a procédé à aucune analyse concrète de l'impact sur la concurrence de cette pratique, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, sans tenir compte, comme elle y était invitée, du caractère attractif ou non de l'offre litigieuse, comparée aux offres similaires des concurrents, la cour d'appel n'a procédé à aucune analyse concrète des effets, réels ou potentiels, de l'offre en cause, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce.

NEUVIEME MOYEN DE CASSATION : l'absence d'imputabilité à la société France Télécom des pratiques reprochées à la société Orange Caraïbe.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom au titre de l'ensemble des griefs n°1, 2, 4A et 5, solidairement à une sanction pécuniaire de 35 millions d'euros ;

AUX MOTIFS QUE :

« B6 Imputation des pratiques poursuivies

(...)

d'abord (...) l'imputabilité d'un comportement répréhensible ne se confond avec -ni ne se résume à-l'imputabilité de la sanction, au rebours du dernier argument de la société France Telecom;

(...) ensuite, comme le relèvent les écritures de la société Digicel Ltd, sur le plan juridique et comptable:

-à l'époque des faits, France Telecom détenait indirectement la totalité ou la quasi-totalité du capital d'Orange Caraïbe, les deux sociétés constituant une seule entreprise et se présentant comme telle à la clientèle;

-plusieurs membres représentant France Telecom siègent au conseil d'administration d'Orange Caraïbe;

-toute la trésorerie d'Orange Caraïbe est remontée à France Telecom (puisque, par exemple, dans les comptes sociaux d'Orange Caraïbe pour 2004 il est mentionné que les disponibilités d'Orange Caraïbe se réduisent à un montant faible de 2 millions d'euros alors que les créances autres que les créances clients et compte rattachés s'élèvent à 122 millions d'euros) ;

(...) dans les rapports avec les autorités, avec les partenaires commerciaux ou avec les tiers:

-s'agissant des contrats de distribution comportant des clauses d'exclusivité, France Telecom a parfois agi en tant que commissionnaire de sa filiale pour la conclusion de contrats de distribution;

-Orange Caraïbe passe par France Telecom pour effectuer ses achats de terminaux;

-France Telecom affichait, notamment auprès de l'Autorité des marchés financiers, une stratégie globale reposant sur l'articulation entre les services de téléphonie fixe et ceux de téléphonie mobile;

(...) dans les rapports avec la clientèle utilisatrice :

-toutes les agences France Telecom des Antilles et de la Guyane distribuent les produits Orange Caraïbe à titre exclusif;

-France Telecom publie des offres pour les produits de sa filiale;

-à l'époque des faits les deux sociétés se présentaient comme un groupe vis-à-vis de leurs clients et partenaires notamment dans le cadre de la commercialisation de "l'avantage Améris" ou des offres sur mesure pour les appels fixes vers mobile d'Orange Caraïbe;

(...) du tout, et alors même que le droit européen n'est pas applicable à la cause, il s'évince que France Telecom, société mère, doit se voir imputer les pratiques reprochées collectivement avec sa filiale, Orange Caraïbe;

(...) cette dernière ne saurait s'exonérer à son tour qu'en démontrant qu'elle n'avait pu prendre d'initiatives dans aucun domaine opérationnel ou juridique, ne disposait d'aucune autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché, n'appliquait que les instructions qui lui étaient imparties par la société mère qui la contrôlait; (...) la société Orange Caraïbes n'apporte à la Cour aucun élément de cette nature, en quoi la pratique poursuivie est somme toute imputable aux deux sociétés, comme l'a énoncé par des motifs non contraires et complémentaires, la Décision attaquée;

(...) vainement, les requérantes opposent des témoignages de clients indiquant que les contrats Orange Caraïbe sont négociés avec France Telecom et que France Telecom reste ensuite l'interlocuteur des clients à la place d'Orange Caraïbe, ce fait unique pouvant traduire des arrangements commerciaux qui n'attestent en rien de l'absence d'autonomie d'Orange Caraïbe » ;

1°) ALORS QU'en examinant l'imputabilité à la société France Télécom des pratiques reprochées à la société Orange Caraïbe dans leur globalité, sans prendre le soin de constater cette prétendue imputabilité pratique par pratique, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 464-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QU'en ne tenant aucun compte comme elle y était invitée de l'absence totale d'implication concrète de la société France Télécom dans les pratiques reprochées à la société Orange Caraïbe, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 464-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel, en réalité, n'a pas examiné, comme elle y était conviée, si la société Orange Caraïbe définissait elle-même et en toute indépendance sa stratégie commerciale, financière et technique, privant par là sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 464-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'en n'examinant pas, comme elle y était invitée, si la société Orange Caraïbe n'effectuait pas aussi ses achats de terminaux auprès d'autres fabricants et grossistes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 464-2 du code de commerce ;

5°) ALORS QU'en ne tenant pas compte de ce que la prétendue stratégie d'intégration de la société France Télécom en métropole n'avait pas été mise en oeuvre dans la zone Antilles-Guyane, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 464-2 du code de commerce.

DIXIEME MOYEN DE CASSATION (sur les sanctions)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom au titre de l'ensemble des griefs n°1, 2, 4A et 5 solidairement à une sanction pécuniaire de 35 millions d'euros ; condamné la société France Télécom à une sanction de 5 millions d'euros pour le grief n°7 et dit que ces sanctions seront affectées ensuite d'une majoration de 50% pour réitération, de sorte qu'elle atteignent respectivement 52,5 millions d'euros pour Orange Caraïbe et France Télécom solidairement et 7,5 millions d'euros pour France Télécom seule ;

AUX MOTIFS QUE :

« C1 -Référence au chiffre d'affaires du groupe :

(...)

(...) s'il n'est pas interdit à l'Autorité puis à la Cour de se référer au chiffre de la seule société fautive, même intégrée à un groupe, c'est dans le cas où celui-ci n'a aucunement été impliqué dans la stratégie anticoncurrentielle de sa filiale;

(...) comme il a été énoncé précédemment, tel n'est pas le cas ici »;

1°) ALORS QUE la cour d'appel n'a en rien justifié de ce que la société France Télécom aurait été effectivement impliquée dans les prétendues pratiques anticoncurrentielles reprochées à sa filiale, de sorte qu'en se prononçant ainsi, elle a privé sa décision de motif, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE :

« C2 -Gravité des pratiques :

(...)

la cour relève les signes d'une gravité certaine du comportement anticoncurrentiel ;

(...) en effet, les pratiques ont été mises en oeuvre par un opérateur en situation de monopole pendant quatre ans, au nom et pour le compte de sa société-mère, opérateur historique»;

2°) ALORS QU' en affirmant que les pratiques en cause auraient été mises en oeuvre par la société Orange Caraïbe pour le compte de sa société mère, la société France Télécom sans justifier en rien de ce que la société France Télécom aurait effectivement été impliquée dans les pratiques reprochées à la société Orange Caraïbe, la cour d'appel a privé sa décision de motif en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE :

« C3 – Dommage à l'économie

s'attachant d'abord à l'aspect économétrique du dommage, l'Autorité a fait la démonstration, reprise par la cour, sans s'aider d'une quelconque présomption, de ce que durant toute la période qui s'est écoulée entre la période précédant l'entrée retardée de Bouygues Telecom jusqu'en 2005 le consommateur a été privé des bénéfices résultant d'une concurrence réelle entre les opérateurs notamment en termes de prix et de qualité de service; que la brièveté de certaines pratiques n'est aucunement due à la volonté de la société fautive de mettre fin à ces dernières mais à la mise en oeuvre des mesures conservatoires imposées par le Conseil dans sa décision du

9 décembre 2004 et confirmées par la Cour dans son arrêt du 28 janvier 2005 ; que l'ARCEP note que les prix sont inférieurs à ceux de la métropole dans les départements d'outre-mer en mettant en lumière que ce sont les concurrents d'Orange Caraïbe qui ont fait baisser le prix moyen proposé aux Antilles, ce qui confirme, à contrario, que pendant tout le temps où la concurrence a été artificiellement retardée ou limitée le consommateur a eu à souffrir de prix plus élevés » ;

3°) ALORS QU'en prétendant que l'Autorité se serait attachée à l'aspect économétrique du prétendu dommage, quand aucune étude économétrique, au vrai sens du terme ne figure dans la décision entreprise, pour se dispenser d'une véritable appréciation concrète du dommage prétendu à l'économie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'en estimant que la société Bouygues Télécom Caraïbes aurait été exclue du marché, quand elle a constaté par ailleurs que cette société a été cédée à un autre opérateur, la société Digicel, la cour d'appel s'est contredite et a donc privé sa décision de motifs, en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

AUX MOTIFS QUE :

« C4 -Individualisation; réitération

(...) l'Autorité a retenu une majoration des sanctions de 50 % conjointement et solidairement pour l'entité économique formée par Orange Caraïbe et France Telecom et de 50% pour France Télécom au titre des pratiques visées par les griefs 7 et 8 ;

(...)

pour être prises en compte, les pratiques peuvent être identiques ou similaires par leur même objet anticoncurrentiel, critère qui renvoie pour l'essentiel à la base légale utilisée pour les qualifier, mais elles peuvent aussi être identiques ou similaires par leur même effet anticoncurrentiel, critère qui s'attache davantage à la finalité du comportement poursuivi;

(...) il s'en évince que les conditions permettant à l'Autorité de viser la réitération sont réunies, dès lors, d'une part que de précédentes infractions au droit de la concurrence ont été constatées avant la commission des nouvelles pratiques en vertu d'une décision du Conseil ou après lui de l'Autorité, qui était devenue définitive à la date à laquelle il a été statué dans la présente affaire et, d'autre part, sans qu'il y ait lieu de procéder, de surcroît, à une analyse des circonstances précises dans lesquelles les pratiques précédemment sanctionnées ont été mises en oeuvre;

(...) celles-ci étaient similaires par leur objet, puisque la décision n° 97-D-52 du 25 juin 1997 avait jugé que les entreprises en cause avaient "participé à une action concertée ayant pour objet et ayant pu avoir pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché" ; que les décisions n° 94-D-21 du 22 mars 1994, n° 97-D-53 du 1er juillet 1997, l'arrêt du 29 juin 1999, les décisions n° 01-D-46 du 13 juillet 2001 et 05-D-59 du 7 novembre 2005 appréhendaient justement des comportements abusifs mis en oeuvre par France Telecom et dont l'objet ou l'effet était d'empêcher ou de freiner l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents;

(...) la cour relève en outre, au titre de l'individualisation de la sanction, un facteur défavorable tenant à la notoriété nationale du groupe France Telecom, et à la disposition d'infrastructures juridico-économiques de nature à mettre en garde la société-mère et ses filiales contre les pratiques illicites;

(...) du tout, il ressort que l'Autorité de la concurrence a fait une parfaite analyse de la gravité des comportements, du dommage à l'économie qui en est résulté et des facteurs d'individualisation, en ce compris la réitération »;

5°) ALORS QU'en justifiant la majoration des sanctions infligées aux exposantes par la décision n°97-D-52 qui ne les concerne en rien, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

6°) ALORS QU' en justifiant la majoration des sanctions infligées à la société Orange Caraïbe par des décisions concernant la société France Télécom et non la société Orange Caraïbe, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

7°) ALORS QU'en justifiant la majoration des sanctions infligées par des décisions concernant des pratiques parfaitement étrangères aux comportements reprochés en l'espèce, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

8°) ALORS QU'en ne répondant pas au moyen tiré de l'inapplicabilité du droit communautaire, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

9°) ALORS QU'en statuant par de tels motifs sans indiquer le fondement juridique de sa décision, la cour d'appel ne lui a pas donné de base légale.

Moyen produit par la SCP Baraduc et Duhamel, avocat aux Conseils pour le président de l'Autorité de la concurrence, demandeur au pourvoi n° Y 10-25.775

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt d'avoir annulé la décision « n° du 5 février 2009 », en réalité la décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009, de l'Autorité de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE la décision a fait application exprès des articles 101 et 102 du Traité FUE ; que la société France Telecom estime que les services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane ne font pas l'objet d'échanges entre Etats membres, que les pratiques reprochées à France Telecom et à Orange Caraïbe ne sont pas susceptibles d'affecter les échanges entre Etats membres et qu'une telle affectation ne peut être sensible notamment car le marché concerné n'est que local ; que la société Orange Caraïbe avance elle aussi que les pratiques qui lui sont reprochées ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres et qu'en conséquence, le droit européen ne peut trouver application ; que la société Digicel Ltd rétorque que l'article 299 du traité CE (devenu art. 355 TFUE) prévoit que les dispositions du traité "sont applicables aux départements français d'outre-mer, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries" ; que la téléphonie mobile est par nature transfrontalière ; que le service de terminaison d'appels qui permet aux clients des opérateurs de l'Union de joindre les abonnés d'Orange Caraïbe aux Antilles-Guyane fait l'objet de contrats entre opérateurs et l'existence même de ces accords, passés entre différentes sociétés européennes afin d'assurer l'acheminement des appels passés depuis ou vers leurs réseaux, atteste de l'existence d'échanges, portant sur ces services entre des opérateurs de plusieurs États membres ; qu'il y a bien échanges entre Etats membres lorsque d'une part des abonnés Orange Caraïbe situés dans les Caraïbes émettent des appels vers d'autres Etats membres et lorsque, d'autre part, ils reçoivent des appels de consommateurs se trouvant dans d'autres Etats membres; que cette situation est d'autant plus incontestable que l'on ne saurait nier le caractère très touristique des Caraïbes; que dès lors, les pratiques ayant pour effet d'élever des barrières à l'entrée et de fermer un marché de la communauté sont de nature à affecter le commerce intracommunautaire; que s'agissant du critère des pratiques susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires les pratiques en cause, en ce qu'elles ont artificiellement élevé des barrières à l'entrée ont, au moins potentiellement, empêché des opérateurs de l'Union présents dans la région de pénétrer le marché dans la zone Antilles-Guyane ; que s'agissant du caractère sensible de cette affectation, l'Autorité s'est à bon droit fondée sur la dimension européenne du groupe de téléphonie France Telecom et de sa filiale Orange Caraïbe, présent dans plusieurs pays européens, et sur le fait que le chiffre d'affaires réalisé (supérieur à 40 milliards d'euros à l'époque des faits) résultait de positions fortes détenues sur les marchés pertinents en

cause, 300 millions d'euros et une part de marché de 80% de France Telecom et Orange Caraïbe, constituant à eux seuls des indices forts de la sensibilité de l'affectation du marché communautaire; que cependant l'application du droit européen suppose la réunion de trois conditions cumulatives, énoncées dans la Communication de la Commission européenne - Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 101 et 102 du Traité FUE (anciennement 81 et 82 Traité CE) : l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits ou les services faisant l'objet de la pratique, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges, le caractère sensible de cette affectation ; que ces conditions, dont l'accomplissement conduit à un renforcement possible de la répression, s'interprètent de manière stricte ; que de ce point de vue, l'affirmation selon laquelle les groupes concernés par la présente affaire sont de dimension internationale ne saurait suffire à fonder la position de la cour ; qu'il en est de même de l'affirmation selon laquelle les clients ont vocation à communiquer téléphoniquement avec des concitoyens de l'Union et réciproquement, ou celle subséquente selon laquelle les opérateurs passent nécessairement entre eux des conventions transfrontalières, considérations qui conduiraient à écarter systématiquement le droit national ; que sur l'exigence d'un courant d'échanges entre au moins deux Etats membres, soit la première condition nécessaire à l'application du droit européen, la demande, qui émane uniquement de consommateurs, d'entreprises et de collectivités résidant dans la zone, est purement locale tandis que l'offre est également strictement locale, notamment en raison des contraintes matérielles qui sont propres à la zone Antilles-Guyane; que sur le deuxième critère, pour que les échanges entre Etats membres soient potentiellement affectés, il faut d'une part, que la structure de la concurrence à l'intérieur du marché commun soit affectée de telle sorte qu'un concurrent sera évincé ou menacé de l'être et, d'autre part, que l'entrée d'opérateurs provenant d'autres Etats membres sur le marché de la zone Antilles-Guyane soit rendue plus difficile ; que si cette affectation peut reposer sur une influence indirecte et potentielle, elle ne peut « reposer sur une influence éloignée ou hypothétique » (point 43 des lignes directrices précitées) ; qu'en l'espèce, le seul opérateur non français qui s'est manifesté sur le marché concerné n'était pas ressortissant de l'Union, mais jamaïcain ; que dès lors, l'Autorité ne se fonde que sur des éléments qui ne permettent pas d'établir une influence quelconque, même potentielle ; qu'à cet égard, la possibilité que des concurrents européens puissent souhaiter entrer sur le marché est demeurée purement théorique, donc insuffisante ; que sur le troisième critère (affectation sensible du commerce intracommunautaire), il est nécessaire, notamment dans le cas où seule une partie d'un Etat membre constitue le marché géographique pertinent, de se référer au volume de ventes global concerné par rapport au volume national ; qu'à cet égard, la mise à l'écart par la décision de l'exigence de détermination en volume de la part de marché national prétendument affectée par la pratique anticoncurrentielle, au motif que cette exigence prévue par les lignes directrices de la

Commission ne s'appliquerait qu'aux ententes, n'a pas lieu d'être ; que le respect de cette exigence par l'Autorité l'aurait conduite à écarter l'existence d'une affectation sensible du commerce intracommunautaire, étant observé à titre superfétatoire que le chiffre d'affaires du groupe France Telecom aux Caraïbes a représenté 0,75 p. 100 du chiffre national ; qu'il y a lieu par conséquent d'annuler la décision en ce qu'elle a été rendue au visa exprès des articles 101 et 102 du Traité FUE ; que, saisie par des parties en cause d'un recours en annulation ou en réformation de la décision de l'Autorité, la cour d'appel, après avoir annulé cette décision, est tenue de statuer en fait et en droit sur les demandes des parties (arrêt, p. 13 à 15) ;

1^o) ALORS QUE les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'union européenne (TFUE) s'appliquent dès lors que le commerce intracommunautaire est affecté ; qu'il y a affectation du commerce intracommunautaire quand la pratique est en mesure d'exercer éventuellement une incidence directe ou indirecte sur les courants d'échanges, de contribuer au cloisonnement du marché et de rendre plus difficile l'interpénétration économique voulue par le Traité ; que l'existence d'une affectation potentielle et non hypothétique se déduit, non pas de l'éviction concrète d'un opérateur européen qui aurait voulu pénétrer le marché, mais du seul fait de l'impossibilité réelle pour un opérateur européen de pénétrer le marché s'il le voulait ; qu'en décidant que l'affectation n'était pas potentielle mais hypothétique parce que le seul opérateur non français qui avait voulu investir ce marché était jamaïcain, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2^o) ALORS QUE l'affectation du commerce intracommunautaire peut se déduire d'un faisceau d'indices qui pris isolément n'auraient pas suffi, mais qui rapprochés les uns des autres révèlent que les courants d'échanges entre Etats membres sont affectés ; qu'en examinant chaque indice isolément, et en ne prenant pas en compte le faisceau d'indices qui lui était présenté, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 101 et 102 du TFUE ;

3^o) ALORS QU' au point 97 de sa communication sur l'affectation du commerce intracommunautaire, la Commission a relevé que : « lorsqu'une position dominante ne couvre qu'une partie d'un Etat membre, on trouvera une orientation, comme dans le cas des accords, dans la condition énoncée à l'article 82 (aujourd'hui 102), selon laquelle la position dominante doit couvrir une partie substantielle du marché commun. Si la position dominante couvre une partie d'un Etat membre qui constitue une partie substantielle du marché commun et si l'abus de cette position rend plus difficile aux concurrents d'autres Etats membres l'accès au marché sur lequel l'entreprise est dominante, le commerce entre Etats membres doit normalement être considéré comme susceptible d'être affecté de manière sensible » ; que dès lors, en se référant au volume des ventes locales par rapport au volume des

ventes nationales pour en déduire l'absence d'affectation sensible, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si les Antilles-Guyane n'étaient pas une partie substantielle du Marché commun, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 102 du TFUE ;

4°) ALORS QUE, en toute hypothèse, la décision de l'Autorité de la concurrence a été rendue expressément non seulement au visa des articles 81 et 82 du Traité de Rome devenus les articles 101 et 102 du TFUE, mais encore au visa des articles L 420-1 et L 420-2 du code de commerce, lesquels sont applicables, soit seuls en l'absence d'affectation du commerce intracommunautaire, soit avec les articles 101 et 102 du TFUE en cas d'affectation du commerce intracommunautaire, en vertu de l'article 3 alinéas 1 et 2 du règlement n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 ; qu'en annulant intégralement la décision de l'Autorité de la concurrence au motif que le commerce intracommunautaire n'était pas affecté, tandis que la décision était rendue aussi sur le fondement du droit français de la concurrence et demeurerait valide à cet égard, la cour d'appel a violé les articles L 420-1 et L 420-2 du code de commerce.

Moyen produit par la SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, avocat aux Conseils pour la société Digicel Antilles françaises Guyane, demanderesse au pourvoi n° Q 10-25.885

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir dit que devait être écartée la seconde branche du grief n° 4 de la notification de griefs en ce qu'elle viserait, de manière générale, la pratique d'ORANGE CARAIBE consistant à ne proposer, pour les offres de forfaits, que des engagements initiaux de 12 mois et des réengagements pour des périodes de 24 mois

AUX MOTIFS QUE "[Sur le] recours incident de la société DIGICEL LTD à propos du grief n° 4B.

(...) que le grief n° 4 comportait une seconde branche imputant à ORANGE CARAIBE un abus "constitué par le fait que cette société n'a proposé et ne propose encore aujourd'hui que des offres forfaitaires avec un engagement initial minimal de 12 mois, et que des offres de réengagement avec subvention du terminal de 24 mois (...). De 101154/DA/DG telles pratiques (...) ont eu pour objet et pour effet de conforter la position d'ORANGE CARAIBE en rendant artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes, notamment depuis l'arrivée de BOUYGUES TELECOM CARAIBE sur le marché en décembre 2000 et d'OUTREMER TELECOM en 2005, sans qu'elles puissent être justifiées à suffisance par des contreparties au bénéfice des consommateurs et/ou au marché" ;

que cette seconde branche du grief n° 4 a été abandonnée par l'Autorité de la concurrence (décision, paragraphe 328) ;

que la société DIGICEL LIMITED estime que cette seconde branche du grief visait les offres fidélisantes d'ORANGE CARAIBE après 2005, et notamment l'option de l'offre "Changez de mobile" incitant le client à se réengager pour deux ans en contrepartie d'une subvention sur un nouveau terminal. L'Autorité a considéré que l'instruction n'avait pas effectué une analyse suffisamment approfondie de ces pratiques pour qu'elle soit en mesure de se prononcer ; que ces pratiques ont pourtant eu pour effet de figer le segment "forfaits" en Martinique, Guadeloupe et Guyane jusqu'à une période très récente et ont ainsi causé un préjudice considérable au consommateur et à la société DIGICEL LTD, tandis qu'elles ont été source de sur-profits pour ORANGE CARAIBE qui est toujours en position dominante à l'heure actuelle ; qu'il est donc indispensable qu'elles soient condamnées au même titre que les autres pratiques mises en oeuvre par ORANGE CARAIBE ; que la notification de griefs avait précisément décrit ces pratiques et analysé leurs effets et leur absence de justification ; que la société DIGICEL LTD avait également, au cours de l'instruction, apporté à l'Autorité les éléments établissant (i) l'absence de justification économique des périodes d'engagement de deux ans, (ii) l'effet de fermeture du marché forfait en

résultant ; que l'Autorité de la concurrence disposait ainsi de tous les éléments nécessaires pour statuer sur le grief, et condamner ORANGE CARAIBE ; qu'elle aurait dû, à tout le moins, renvoyer à l'instruction si elle estimait un complément d'information nécessaire sur tel ou tel point ;

(...) que dans son mémoire en réplique, la société ORANGE CARAIBE relève d'abord que l'offre "Changez de mobile" dans sa version postérieure à 2005 n'a jamais fait l'objet d'un grief ; qu'en conséquence, la société DIGICEL LTD est infondée à reprocher à l'Autorité de ne pas avoir sanctionné une pratique qui n'a pas fait l'objet d'un grief notifié ;

que la société ORANGE CARAIBE rappelle ensuite que le renvoi de l'affaire à l'instruction, lorsque celle-ci est incomplète, représente une faculté et non une obligation pour l'Autorité, conformément 101154/DA/DG à l'article R. 463-7 du Code de commerce ; qu'il en ressort que la société DIGICEL LTD ne peut valablement soutenir que l'absence de renvoi à l'instruction de l'affaire décidée par l'Autorité s'apparente à une méconnaissance de ses pouvoirs et une violation de ses propres obligations ;

(...) en effet, que la société DIGICEL LTD dénonce, au titre de la seconde branche du quatrième grief, une offre de fidélisation postérieure à 2005, qui résulterait du contournement de l'injonction prononcée dans la décision de mesures conservatoires, laquelle avait imposé à ORANGE CARAIBE de "permettre que ses clients utilisent les points de fidélité qu'ils ont acquis ou dont ils pourraient faire l'acquisition, en tant qu'à valoir venant en déduction du prix de tout achat d'un bien ou d'un service qu'elle propose à sa clientèle" ; que cependant, la seconde branche du quatrième grief est libellée ainsi : "En outre, cet abus est constitué par le fait qu'ORANGE CARAIBE n'a proposé et ne propose encore que des offres forfaitaires avec un engagement minimal de 12 mois, et que des offres de réengagement avec subvention du terminal de 24 mois" (§ 403 de la notification des griefs) ;

que dès lors, la seconde branche du quatrième grief ne porte pas sur une prétendue offre de fidélisation postérieure à 2005 mais, de manière générale, sur les durées d'engagements et de réengagements imposées aux consommateurs pour les offres de forfaits ;

que d'ailleurs, le rapport indique : "le grief se compose en effet de deux branches présentées de manière parfaitement claire ; la première branche étant soulignée par le "tout d'abord", la seconde par le "en outre". La première branche vise le fait que du printemps 2002 au printemps 2005, les clients d'ORANGE CARAIBE ne pouvaient utiliser leurs points de fidélité que dans le cadre d'un réengagement de 24 mois. La seconde branche vise, de manière générale, la pratique visant à ne proposer, pour les offres de forfaits, que des engagements initiaux de 12 mois et des engagements pour des périodes de 24 mois" (§ 180 du rapport) ;

(...) qu'en somme, sans avoir à examiner si cette branche du grief abandonné était fondée ou pas, il faut relever que la société DIGICEL LTD argumente sur d'autres préoccupations, et est donc irrecevable sur le fond en son recours incident",

ALORS, D'UNE PART, QUE si les juges du fond interprètent souverainement les divers pièces et documents versés aux débats, ils ne peuvent les dénaturer ; que le quatrième grief, objet de la notification par l'Autorité de la concurrence, intitulé "Programmes de fidélisation abusifs", visait l'offre "Changez de mobile", en particulier 101154/DA/DG l'offre d'acquisition d'un nouveau terminal avec réengagement de 24 mois et la qualifiait d'offre de fidélisation de sorte que, en estimant que ce grief ne porterait pas "sur une prétendue offre de fidélisation postérieure à 2005 mais, de manière générale, sur les durées d'engagement et de réengagements imposées aux consommateurs pour les offres de forfaits" pour en déduire que la demande reconventionnelle de la société DIGICEL au titre des pratiques dénoncées au grief n° 4 B) de la notification de griefs, qui visait précisément l'offre "Changez de mobile" telle qu'elle existait après 2005 et dénonçait son caractère fidélisant, était irrecevable et que le grief n°4 B) devait donc être écarté, la Cour d'appel de PARIS a dénaturé les termes clairs et précis du grief numéro 4 B), en méconnaissance du principe interdisant aux juges de dénaturer les éléments de la cause, ensemble, des articles L 463-2 et R 463-11 du Code de commerce,

ALORS, D'AUTRE PART, QUE l'Autorité de la concurrence doit statuer sur la totalité des griefs notifiés si bien qu'en écartant le grief n° 4 B) de la notification de griefs, au motif qu'il ne viserait pas l'offre de fidélisation avec réengagement de 24 mois "Changez de mobile" proposée par ORANGE CARAIBE à partir de 2005, en procédant ainsi à une interprétation dénaturante du rapport et de la notification de griefs, cependant que le grief n° 4 B) visait bien l'offre de réengagement de 24 mois en tant qu'elle avait pour objectif de fidéliser les clients par le recours à une pratique anti-concurrentielle, la Cour d'appel a violé le principe faisant obligation à l'Autorité de la concurrence d'examiner la totalité des griefs notifiés, ensemble les articles L 463-2 et R 463-11 du Code de commerce,

ALORS ENCORE QUE le juge ne peut dénaturer les pièces et documents versés aux débats ; que dénature par omission le rapport établi par l'Autorité de la concurrence le juge qui se réfère, lors de l'examen de ce document, à l'un de ses passages en faisant abstraction des autres développements venant en préciser la portée de sorte que, en se fondant sur le passage du rapport établi par l'Autorité de la concurrence indiquant que "La seconde branche vise, de manière générale, la pratique visant à ne proposer, pour les offres de forfaits, que des engagements initiaux de 12 mois et des engagements pour des périodes de 24 mois", pour en déduire qu'il ne saurait être reproché à l'Autorité de la concurrence d'avoir écarté le grief invoqué par

la société DIGICEL au titre du grief n° 4 B), cependant qu'il ressortait des termes clairs et précis des développements subséquents du rapport, notamment en ce qu'il concluait, "sur le grief de fidélisation et d'engagement minimum", que les éléments de caractérisation d'abus de position dominante étaient établis concernant "les réengagements pour une durée minimale de 24 mois pour la subvention du renouvellement 101154/DA/DG du terminal", ce dont il se déduisait que le grief n° 4 B) visait incontestablement bien l'offre avec réengagement de 24 mois "Changez de mobile" proposée par ORANGE CARAIBE à partir de 2005 en tant qu'elle constituait une offre de fidélisation, la Cour d'appel a dénaturé par omission les termes clairs et précis du rapport de l'Autorité de la concurrence en date du 2 juin 2009 et ainsi violé le principe interdisant au juge de dénaturer les éléments et pièces de la cause, ensemble les articles L 463-2 et R 463-11 du Code de commerce.