

Cour de cassation chambre commerciale 6 janvier 2015 N° de pourvoi: 13-21305 13-22477 Publié
Joint les pourvois n° B 13-21.305 et A 13-22.477 qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 4 juillet 2013), rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 31 janvier 2012, pourvois n° 10-25.772 ,10-25.775 et 10-25.882) qu'à la suite d'une plainte déposée par la société Bouygues Telecom Caraïbe (la société BTC), aux droits de laquelle vient la société Digicel Ltd. (la société Digicel), dénonçant des pratiques d'abus de position dominante commises sur différents marchés dans la zone Antilles-Guyane, commises par la société France Telecom, devenue Orange, et sa filiale, la société Orange Caraïbe, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité), après avoir prononcé des mesures conservatoires, a, par décision 09-D-36 du 9 décembre 2009, dit que les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1, L. 420-2 du code de commerce ainsi que celles des articles 81 et 82 du Traité CE devenu 101 et 102 TFUE et a prononcé des sanctions pécuniaires à leur encontre ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° B 13-21.305 :

Attendu que les sociétés Orange et Orange Caraïbe font grief à l'arrêt de dire la société France Telecom responsable, aux côtés de sa filiale Orange Caraïbe, des pratiques commises par cette dernière alors, selon le moyen :

1°/ qu' en retenant, pour considérer que la société Orange Caraïbe n'aurait pas été autonome, que des membres du conseil d'administration de la société Orange Caraïbe avaient travaillé ou travaillaient pour la société France Telecom, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard des articles L. 101 et 102 du Traité, L. 420-1, L. 420-2 et L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en considérant que la société France Telecom n'aurait pas rapporté la preuve de l'autonomie de la société Orange Caraïbe au prétexte que mère et fille se seraient présentées à l'époque des faits comme un groupe vis-à-vis de leurs clients et partenaires la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard des articles 101 et 102 du Traité, L. 420-1, L. 420-2 et L. 464-2 du code de commerce ;

3°/ qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a estimé que l'appartenance à un groupe suffirait à faire obstacle à toute preuve de l'indépendance d'une filiale par rapport à sa société mère, faisant par là de la présomption d'imputabilité à la société mère des pratiques de sa filiale une présomption irréfragable, en violation des articles 101 et 102 du Traité, L. 420-1, L. 420-2 et L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé qu'il existe une présomption réfragable qu'une filiale dont le capital est détenu en totalité ou quasi-totalité par sa société mère ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché et forme avec sa société mère une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence, qui justifie que cette dernière soit tenue solidairement au paiement de l'amende infligée à la filiale, à moins que la société-mère n'apporte des éléments, relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques l'unissant à sa filiale, démontrant qu'elles ne constituent pas une entité économique unique, l'arrêt retient que la présomption s'applique à l'égard de la société Orange Caraïbe, dont la société France Telecom détenait directement ou indirectement la totalité ou la quasi-totalité du capital sur la période considérée; qu'il ajoute que le fait de définir une stratégie commerciale en tenant compte des spécificités du marché local ne suffit pas à démontrer que la filiale en décide en toute indépendance, dès lors que son équipe dirigeante est formée de personnels de la société mère, que son conseil d'administration est composé, pour la quasi-totalité de ses membres, par du personnel ayant travaillé ou travaillant toujours, en 2010, à des postes stratégiques pour celle-ci, que certaines pièces du dossier démentent l'autonomie alléguée, telles le fait que ces deux sociétés se présentent auprès des clients et partenaires comme un groupe lors de certaines propositions commerciales, articulent ensemble leurs services de téléphonie mobile et de communications électroniques fixes et que la société mère intervient activement dans la promotion et la diffusion des produits de sa filiale ; qu'ayant encore estimé que la marge de manoeuvre dont bénéficiait la filiale ne dépassait pas ce qu'induit l'éloignement géographique entre une mère et sa filiale, l'arrêt en déduit que les éléments invoqués par la société France Telecom ne sont pas de nature à renverser la présomption ; qu'en cet état, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui manque en fait en sa troisième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le second moyen du pourvoi n° B 13-21.305 :

Attendu que les sociétés Orange et Orange Caraïbe font grief à l'arrêt de rejeter leurs recours, sauf en ce qui concerne le grief n° 8, et d'infliger à la société France Telecom une sanction pécuniaire alors, selon le moyen :

1°/ qu'en rejetant d'une part le moyen tiré de l'absence de toute analyse concrète des effets prétendus des pratiques en cause sur la concurrence au prétexte que des effets anticoncurrentiels seulement potentiels suffiraient à la caractérisation d'une infraction à la concurrence pour, d'autre part, valider la qualification des comportements litigieux de pratiques anticoncurrentiels en considération de prétendus effets anticoncurrentiels réels que la décision entreprise aurait établis et/ou que la cour d'appel aurait cru pouvoir constater, la cour d'appel s'est contredite en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en considérant que la circonstance que les nouveaux opérateurs entrant sur le marché avaient mis en place des réseaux de distribution monomarque après la levée des exclusivités conclues par la société Orange Caraïbe avec ses distributeurs en exécution des mesures conservatoires n'aurait pas été susceptible de démontrer l'absence d'effet sensible des clauses d'exclusivité distributeur, la cour d'appel, indifférente à l'absence d'effet des mesures conservatoires, a violé les articles 102 du Traité, L. 420-2 et L. 464-1 du code de commerce ;

3°/ qu'en ne tenant pas compte de l'absence d'incidence de la levée de l'exclusivité conclue avec le réparateur Cétélec en exécution des mesures conservatoires, la cour d'appel, tenue pourtant d'établir le caractère sensible des effets prétendus de cette exclusivité sur la concurrence, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation des articles 101 du Traité, L. 420-1 et L. 464-1 du code de commerce ;

4°/ qu'en considérant, pour rejeter un moyen tiré de l'absence d'effet des mesures conservatoires concernant la différenciation tarifaire on net/off net que la démonstration d'effets seulement potentiels suffiraient à caractériser une pratique anticoncurrentielle, la cour d'appel, tenue pourtant d'établir le caractère sensible des effets prétendus de cette différenciation tarifaire sur la concurrence, a violé les articles 102 du Traité, L. 420-2 et L. 464-1 du code de commerce ;

5°/ qu'en faisant abstraction du nombre très limité de lignes téléphoniques concernées par l'offre Avantage Ameris, la cour d'appel, tenue pourtant d'établir le caractère sensible des effets prétendus de cette offre sur la concurrence, a privé sa décision de base légale au regard des articles 102 du Traité et L. 420-2 du code de commerce ;

6°/ qu'en ne tenant aucun compte de l'absence d'effet de l'offre Avantage Ameris sur le choix des clients potentiels depuis mai 2002, date à laquelle cette offre n'était plus commercialisée, la cour d'appel, pourtant tenue d'établir le caractère sensible des effets prétendus de cette offre sur la concurrence, a privé sa décision de base légale au regard des articles 102 du Traité et L. 420-2 du code de commerce ;

7°/ qu'en ne tenant aucun compte de l'absence de caractère attractif de l'offre Avantage Ameris comparée aux offres des opérateurs concurrents, la cour d'appel, pourtant tenue d'établir le caractère sensible des effets prétendus de cette offre sur la concurrence, a privé sa décision de base légale au regard des articles 102 du Traité et L. 420-2 du code de commerce ;

8°/ qu'en estimant que la société Orange Caraïbe aurait imposé durablement un modèle de distribution monomarque quand il résulte des énonciations de l'arrêt que ce modèle de distribution a été mis en oeuvre par les opérateurs nouveaux entrants sur le marché après la levée des exclusivités conclues par la société Orange Caraïbe avec ses distributeurs, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations dont il résultait que la société Orange Caraïbe n'avait joué aucun rôle causal dans la mise en oeuvre du modèle de distribution monomarque, en violation des articles 102 du traité, L. 420-2 et L. 464-1 du code de commerce ;

9°/ qu'en estimant que le choix stratégique de l'opérateur nouvel entrant Outremer Télécom de ne pas avoir recours au réparateur Cétélec après la levée de l'exclusivité unissant ce réparateur à la société Orange Caraïbe, ce dont il résultait que cette exclusivité n'avait joué aucun rôle dans le comportement d'opérateurs entrants sur le marché et s'y développant pour certain de manière spectaculaire ne serait pas de nature à remettre en cause l'analyse des effets prétendus de cette exclusivité, la cour d'appel, n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations en violation des articles 101 du Traité, L. 420-1 et L. 464-1 du code de commerce ;

10°/ qu'en statuant comme elle l'a fait, quand il résulte des énonciations de l'arrêt que ni le recours aux distributeurs Orange Caraïbe, ni le recours au réparateur Cétélec n'était indispensable à l'accès et au maintien sur le marché, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation des articles 101 et 102 du Traité, L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

11°/ qu'en retenant, pour son appréciation des effets prétendus des pratiques en cause une érosion des parts de marché de la société Bouygues Telecom Caraïbe quand cette érosion est due, au moins pour partie, au nettoyage de grande envergure de la base d'abonnés de la société Bouygues Telecom Caraïbe, dont cette dernière a elle-même fait état dans son rapport de gestion pour l'année 2004, cause étrangère au comportement des exposantes, la cour d'appel, tenue d'établir un lien de causalité direct et certain entre les pratiques en cause et les effets anticoncurrentiels retenus, qu'ils soient réels ou seulement potentiels mais néanmoins sensibles, a violé les articles 101 et 102 du Traité, L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

12°/ qu'en n'établissant pas les circonstances particulières qui auraient démontré l'existence d'un lien de causalité entre la position dominante de la société Orange Caraïbe sur le marché de la terminaison d'appel et la pratique de différenciation tarifaire on net/off net sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 102 du Traité, L. 420-2 du code de commerce ;

13°/ qu'en considérant d'une part que la démonstration d'effets anticoncurrentiels réels ne serait pas nécessaire à la caractérisation d'une infraction à la concurrence, des effets seulement potentiels justifiant à eux seuls d'une telle infraction, pour ensuite considérer, d'autre part, pour l'appréciation des sanctions, que les exposantes ne pourraient contester l'impact de leur comportement, la cour d'appel s'est contredite en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

14°/ qu'en appréciant la prétendue gravité des pratiques en cause sans caractériser le lien de causalité qui unirait ces pratiques à un prétendu impact sur le marché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

15°/ qu'en appréciant le dommage à l'économie prétendu sans caractériser le lien de causalité qui unirait ce prétendu dommage et les pratiques en cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

16°/ qu'en retenant, pour l'appréciation des sanctions infligées aux exposantes l'évolution des parts de marché respectives des sociétés Bouygues Telecom Caraïbe et Orange Caraïbe au titre des effets prétendus des pratiques litigieuses, sans égard pour l'une au moins des causes de cette évolution de parts de marché, le nettoyage de grande envergure de la base d'abonnés de la société Bouygues Telecom Caraïbe, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

17°/ qu'en appréciant la réitération à partir de décisions concernant des marchés et des pratiques totalement étrangères aux pratiques en cause, la cour d'appel a violé les articles 101 et 102 du Traité, ensemble l'article L. 464-2 du code de commerce ;

18°/ qu'en retenant que les pratiques sanctionnées par les décisions retenues pour fonder une prétendue réitération auraient visé à entraver l'entrée de concurrents ou la pression concurrentielle, considération inapte à caractériser une infraction identique ou similaire seule susceptible de fonder la réitération, la cour d'appel s'est prononcée par des motifs inopérants, privant sa décision de base légale au regard des articles 101 et 102 du Traité, L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir justement rappelé qu'il n'est pas requis d'établir l'effet anticoncurrentiel concret produit par les pratiques sur les marchés concernés mais uniquement d'établir leur effet potentiel, l'arrêt relève la multiplicité des pratiques anticoncurrentielles reprochées, relatives à des engagements d'exclusivité, des pratiques de fidélisation et de discrimination tarifaire, qui ont été mises en oeuvre de manière concomitante par des sociétés en position dominante sur des marchés pertinents définis ; qu'il retient, dans le contexte géographique, temporel, économique et juridique, qu'il a précisément analysé, que ces pratiques étaient constitutives de barrières artificielles à l'entrée sur ces différents marchés, de nature à gêner le développement d'opérateurs concurrents, et, selon le cas, à verrouiller le marché en cause, à renforcer artificiellement l'attractivité du réseau par un effet « club » de nature à inciter le client potentiel à contracter avec l'opérateur dominant, à dissuader les clients bénéficiant de l'offre de fidélisation litigieuse de migrer vers

d'autres opérateurs, ou encore qu'elles accordaient un avantage sensible à une entreprise elle-même en position dominante dans la commercialisation de services, retardant l'entrée des concurrents sur le marché en cause, et souligne la difficulté, dans une telle configuration de cumul et d'interaction de pratiques différentes, d'isoler les effets propres à chacune ; qu'en cet état, la cour d'appel ne s'est pas contredite en retenant que les pratiques en cause avaient eu des effets soit réels, soit potentiels, sur la concurrence ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que la société Orange Caraïbe, premier entrant sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane, détenant 80 % de parts sur ce marché en 2001, a disposé pendant plus de quatre ans d'un monopole de fait et a imposé à des distributeurs indépendants, représentant 110 points de vente assurant 80 % de sa distribution, une clause d'exclusivité, dont la portée géographique et temporelle, et la protection au moyen de sanctions significatives ont été précisées ; qu'il retient que ces clauses d'exclusivité ont durablement orienté la distribution des produits et services de mobiles vers le monomarchisme dans cette zone, imposant au deuxième entrant le même choix, et que la mise en place et le maintien de telles clauses par un opérateur en monopole de fait sur un marché de dimension limitée ont eu pour conséquence d'ériger des barrières artificielles à l'entrée, limitant de manière sensible la capacité de commercialisation de tout nouvel entrant, en augmentant ses coûts par suite des efforts très supérieurs qu'il était contraint de consentir pour trouver des distributeurs qualifiés disposant d'emplacements attractifs sur de petits territoires ; qu'il relève ensuite que les clauses d'exclusivité et de non-concurrence présentes dans les contrats conclus entre le seul réparateur agréé local et la société Orange Caraïbe entre 2003 et 2005, dont il a également rappelé la portée géographique et temporelle, et la protection assurée au moyen de sanctions sévères, ont empêché tout nouvel entrant de bénéficier d'un service de maintenance local et en déduit que ces clauses ont érigé des barrières techniques, commerciales et économiques à l'entrée sur le marché, de nature à gêner le développement d'opérateurs concurrents, et ainsi entravé artificiellement le développement de la société BTC ; qu'il ajoute que, si la société Outremer Telecom, qui était un opérateur déjà présent dans les départements d'outre-mer et qui est entrée sur le marché après la levée de l'exclusivité, n'a pas recouru au réparateur, ce choix stratégique de sa part n'est pas de nature à remettre en cause l'analyse des effets antérieurs de l'exclusivité de maintenance à l'égard de la société BTC ; qu'ayant encore constaté que l'analyse de l'évolution du marché établissait que l'érosion des parts détenues par la société Orange Caraïbe avait débuté quelques mois après le prononcé des mesures conservatoires, ce dont il résultait que ces mesures n'avaient pas été dépourvues d'effet, la cour d'appel, qui a caractérisé l'effet sensible sur la concurrence de clauses d'exclusivité, de nature à en limiter le développement, et qui n'était pas tenue, par conséquent, d'établir que les produits ou services concernés par ces clauses étaient indispensables à l'accès ou au maintien sur le marché concerné, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, en troisième lieu, que l'arrêt relève que la mise en oeuvre du programme « changez de mobile », qui n'était pas économiquement justifié et permettait à un client d'Orange Caraïbe disposant de points de fidélité d'en faire usage pour obtenir un nouveau mobile en contrepartie d'un réengagement de 24 mois, était de nature à le dissuader de migrer vers d'autres opérateurs pour ne pas perdre la contre-valeur de ses points et ainsi à ériger une barrière à l'entrée du marché pour tout nouvel opérateur ; qu'il en déduit qu'un tel mécanisme de fidélisation était de nature à cristalliser les parts de marché de l'opérateur dominant, dans un contexte de moindre croissance dans lequel la part de la demande reposant sur des renouvellements augmentait par rapport à celle reposant sur des primo-accédants non équipés ; qu'ayant relevé que les parts de marché de l'opérateur dominant, s'élevant à 75 % en 2002, étaient remontées à 83 % à la fin de l'année 2003, soit au moment où l'offre de fidélisation a commencé à produire ses effets, puis avaient baissé à nouveau à partir de 2005, après la mise en application des injonctions prononcées à titre conservatoire, et souverainement estimé que la société Orange Caraïbe ne justifiait pas de ses affirmations selon lesquelles l'augmentation de sa part de marché en 2003 s'expliquait par la diminution de la taille du parc global du marché antillo-guyanais due au nettoyage de grande envergure de la base d'abonnés de la société BTC, la cour d'appel, qui n'a pas retenu une érosion des parts de marché de la société BTC imputable à l'offre de fidélisation mais a établi le lien de causalité requis entre les pratiques et les effets anticoncurrentiels en cause, a retenu à bon droit que le grief d'abus de position dominante reproché était caractérisé ;

Attendu, en quatrième lieu, que l'arrêt, par motifs propres et adoptés, constate que la pratique de différenciation tarifaire appliquée aux cartes prépayées, mise en oeuvre en 2003 et 2004 par la société Orange Caraïbe, détenant à elle seule 83 % des parts de marché en 2003, a concerné environ 46 % de son parc client et touché une clientèle de primo-accédants importante dans le jeu concurrentiel entre opérateurs ; qu'il retient

que l'écart significatif entre la tarification des appels des clients d'Orange Caraïbe vers les mobiles de la société BTC et celle appliquée aux appels vers les mobiles du réseau Orange, qui n'est pas objectivement justifié, a dégradé l'image de la société BTC, la faisant apparaître aux yeux des consommateurs comme un réseau cher, a renforcé artificiellement, par un effet « club », l'attractivité du réseau Orange, incitant les clients potentiels à contracter avec l'opérateur dominant, et a affecté la capacité d'action des opérateurs concurrents, en incitant les clients à réduire le volume des appels à destination d'un réseau tiers, privant ainsi l'opérateur concerné de revenus et marges sur la prestation de terminaison des appels sur son réseau, lesquels peuvent représenter jusqu'à 40 % des revenus d'un nouvel entrant ; qu'il relève que, si les effets sur le marché sont difficiles à quantifier et à isoler du reste des autres pratiques, celle en cause, en renforçant artificiellement l'attractivité de la société Orange Caraïbe, n'a pu que rendre plus difficile et plus lent le développement de la concurrence sur un marché qu'elle dominait déjà ; qu'il constate que l'analyse de l'évolution du marché établit que l'érosion des parts détenues par la société Orange Caraïbe a débuté quelques mois après le prononcé des mesures conservatoires et écarte l'étude produite pour en contredire la portée, après avoir relevé que celle-ci sous-estime ses effets par suite de l'intégration de données non pertinentes et d'une période de référence qui n'est pas suffisamment significative ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a caractérisé les effets sensibles de cette différenciation tarifaire, fussent-ils potentiels, sur la concurrence ;

Attendu, en cinquième lieu, qu'après avoir, par motifs adoptés, retenu que la différenciation tarifaire mise en oeuvre en 2003 et 2004 par la société Orange Caraïbe était de nature à produire des effets anticoncurrentiels, précisément identifiés, et relevé qu'elle traduisait la capacité de l'opérateur qui la pratiquait à dégager une marge significative sur la prestation d'appel, lorsqu'elle est vendue sur le marché amont, à travers la perception d'une charge de terminaison, et à y renoncer, sur le marché aval, en tout ou partie, en consentant à ses clients des tarifs plus attractifs sur les appels passés au sein du réseau en comparaison des appels, hors réseau, et que cette capacité découlait de la situation de monopole détenue par l'opérateur sur la prestation de terminaison des appels sur son réseau, l'arrêt retient que cette pratique s'analyse comme l'exploitation abusive du pouvoir de marché détenu par l'opérateur qui la met en oeuvre sur le marché amont de la terminaison des appels sur son réseau, et que la circonstance que cet opérateur détienne également une position dominante sur le marché aval de fourniture des services aux consommateurs finals est de nature à renforcer les effets de cet abus ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a caractérisé le lien de causalité entre la position dominante occupée sur le marché de la terminaison d'appel et l'abus qu'elle a retenu sur le marché connexe de la téléphonie mobile, a également justifié sa décision ;

Attendu, en sixième lieu, que l'arrêt retient que la pratique de discrimination tarifaire reprochée à la société France Telecom, ancien opérateur historique, tant du fait de la commercialisation de l'avantage Améris de fin 2000 au 21 mai 2002 que du fait de son maintien après le 21 mai 2002 au bénéfice des clients l'ayant souscrit avant cette date, est intervenue sur le marché des services de téléphonie fixe de la zone Antilles-Guyane, sur lequel elle occupait une position dominante, et visait à favoriser sa filiale de téléphonie mobile, qui a occupé une situation de monopole de fait sur le marché des services de téléphonie mobile dans la même zone géographique pendant plus de quatre ans et était elle-même en position dominante sur le marché pendant la période considérée, en rendant plus difficile l'entrée et le développement de concurrents sur ce marché ; qu'ayant enfin retenu que les différentes pratiques imputées aux sociétés Orange Caraïbe et France Telecom sont principalement des abus dont le but a été d'éliminer du marché des concurrents réels ou potentiels et qu'il est difficile d'isoler les effets de chacune de ces pratiques au regard de leur nombre, de leur cumul et de leur interaction, la cour d'appel, qui a également relevé que les différentes pratiques étaient intervenues sur des marchés comportant des barrières à l'entrée significatives, a caractérisé l'effet sensible des pratiques en cause, nonobstant le nombre limité de lignes téléphoniques concernées par l'une d'elles et les caractéristiques intrinsèques de l'offre avantage Améris par rapport aux offres concurrentes ;

Attendu, en septième lieu, qu'appréciant, selon les critères prévus à l'article L. 464-2 du code de commerce, le montant des sanctions infligées d'une part, à la société Orange Caraïbe, dont la dominance était significative et faisait suite à un monopole de fait de quatre ans, d'autre part, à la société France Télécom, opérateur historique également en position dominante, au titre des différentes pratiques mises en oeuvre, l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que les abus d'exclusion en cause ont eu pour objet d'éliminer du marché les concurrents réels et potentiels et pour effet de rendre plus difficile la pénétration et le développement de concurrents sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane, évitant ainsi à la société Orange Caraïbe, présente sur le marché depuis 1996, une concurrence vive pendant quelques années, au détriment des

consommateurs, jusqu'à ce que les mesures conservatoires et les interventions du régulateur sectoriel modifient la dynamique concurrentielle sur le marché, comme le confirme l'érosion des parts de marché de la société Orange Caraïbe amorcée à compter du prononcé des mesures conservatoires ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a caractérisé l'impact sur le marché des pratiques en cause, comme le dommage à l'économie qui en est résulté, et ne s'est pas contredite en retenant, d'abord, au stade de la qualification, que les effets restrictifs de concurrence pouvaient n'être que potentiels, ensuite, au stade de l'individualisation de la sanction, que ces pratiques, qui ont créé ou laissé subsister des freins artificiels à l'entrée de nouveaux acteurs et rendu plus difficiles la pénétration et le développement de la société BTC sur ce marché, n'ont pas été dépourvues de tout impact ;

Et attendu, en dernier lieu, qu'après avoir rappelé que les règles en matière de réitération doivent suivre celles appliquées en matière d'imputabilité et qu'il doit en conséquence être tenu compte, pour apprécier cette circonstance aggravante, du fait que l'une des personnes morales composant l'entreprise en cause, au sens des articles 101 et 102 TFUE, a déjà été sanctionnée pour avoir commis une infraction de même type, l'arrêt énonce à bon droit que la qualification de la réitération n'exige pas que les infractions commises soient identiques quant à la pratique mise en oeuvre ou quant au marché concerné, qu'il s'agisse du marché de produits ou services ou du marché géographique, et qu'elle peut être retenue pour de nouvelles pratiques identiques ou similaires, par leur objet ou leurs effets, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ; qu'après avoir retenu que la société France Telecom et sa filiale formaient une entreprise au sens des articles précités et relevé que les cinq décisions considérées, s'échelonnant entre juillet 1997 et novembre 2005, ont toutes sanctionné des comportements de la société France Telecom qui, comme en l'espèce, tendaient à empêcher, à entraver ou à freiner l'entrée de nouveaux concurrents sur un marché, de nature à rendre artificiellement plus difficile l'exercice d'une pression concurrentielle de nouveaux opérateurs sur des marchés directement ou indirectement dominés par elle, la cour d'appel, qui a caractérisé la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de la concurrence en réitérant des infractions de même type, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le moyen unique du pourvoi n° A 13-22.477 :

Attendu que la société Digicel fait grief à l'arrêt de rejeter comme irrecevable son recours en annulation de la décision, en ce qu'il visait la seconde branche du grief n° 4 notifié, alors, selon le moyen :

1°/ que si les juges du fond interprètent souverainement les pièces et documents versés aux débats, ils ne peuvent les dénaturer ; que le grief n° 4 de la notification par l'Autorité de la concurrence, intitulé « Programmes de fidélisation abusifs », reprochait « à Orange Caraïbe d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane tout d'abord 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. En outre, cet abus est constitué par le fait que Orange Caraïbe 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 sorte qu'en estimant que la seconde branche de ce grief ne portait pas « sur une prétendue offre de fidélisation postérieure à 2005 mais, porte, 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 de Digicel dénonçait une pratique qui n'avait pas fait l'objet d'un grief notifié et était donc irrecevable, la cour d'appel de Paris a dénaturé les termes clairs et précis de la notification de griefs relatifs à la seconde branche du grief n° 4, en méconnaissance du principe interdisant aux juges de dénaturer les éléments de la cause, ensemble l'article 4 du code de procédure civile ;

2°/ que l'Autorité de la concurrence doit statuer sur le bien-fondé de l'ensemble des griefs figurant dans la notification des griefs qui seule fixe ainsi l'étendue de la saisine de l'Autorité de sorte qu'en se fondant sur le rapport pour déterminer les griefs notifiés et notamment celui figurant à la seconde branche du grief n° 4, la cour d'appel a méconnu les articles L. 463-2, L. 462-6 et R. 463-11 du code de commerce ;

3°/ qu'à supposer que la cour d'appel ait pu prendre en compte le rapport pour déterminer les griefs dont l'Autorité de la concurrence était saisie, si les juges du fond interprètent souverainement les pièces et documents versés aux débats, ils ne peuvent les dénaturer, notamment par omission ; qu'il ressort des termes clairs et précis du rapport présenté à l'Autorité de la concurrence, en ce qu'il concluait sur la seconde branche

du grief n° 4, 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 du terminal », ce dont il résultait que la seconde branche du grief n° 4 visait incontestablement l'offre avec réengagement de 24 mois « Changez de mobile » proposée par Orange Caraïbe à partir de 2005 en tant qu'elle constituait une offre de fidélisation, de sorte qu'en se fondant exclusivement sur un extrait du rapport tiré de sa page 65 pour affirmer que la seconde branche du grief portait, de manière générale, sur les durées d'engagement et de réengagement imposées aux consommateurs pour les offres de forfait et en déduire qu'il ne saurait être reproché à l'Autorité de la concurrence d'avoir écarté, faute d'éléments suffisants, le grief invoqué par la société Digicel au titre de la seconde branche du grief n° 4, 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 l'article 4 du code de procédure civile ;

4°/ que la société Digicel demandait l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence en tant que celle-ci avait refusé d'examiner la seconde branche du grief n° 4 et soutenait, à cette fin, que l'Autorité a l'obligation de statuer sur la totalité des griefs notifiés, sauf à renvoyer l'affaire à l'instruction dans le cas d'une insuffisance de celle-ci, de sorte que la cour d'appel, qui a déclaré le recours en annulation partielle irrecevable pour le motif, impropre à justifier sa décision, tiré de la qualification d'offre de fidélisation que donnait la société Digicel à ce grief en se fondant sur les termes de la notification des griefs, a méconnu les termes du litige en violation de l'article 4 du code de procédure civile ;

Mais attendu, en premier lieu, que, sans dénaturer le grief n° 4, dont il reproduit fidèlement les termes, l'arrêt retient que la seconde branche de ce grief vise, de manière plus générale, la pratique consistant à ne proposer, pour les offres de forfait, que des engagements initiaux de 12 mois et des réengagements pour des périodes de 24 mois, pratique distincte de la prétendue offre de fidélisation postérieure à 2005 dénoncée par la société Digicel ; qu'il en déduit à bon droit, et sans méconnaître les termes du litige, que cette dernière pratique, qui n'a pas fait l'objet d'un grief notifié, ne peut être jugée établie, ni donner lieu, à l'initiative de la cour d'appel, au renvoi de l'affaire à l'instruction ;

Et attendu, en second lieu, que sous le couvert du grief de dénaturation des termes du rapport, le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine, par l'Autorité, puis la cour d'appel, des éléments de preuve, dont elles ont déduit que les effets restrictifs de concurrence qui pourraient résulter de la seule durée imposée pour les engagements ou réengagements ne sont pas établis ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; **PAR CES MOTIFS : REJETTE**