

COUR DE CASSATION

Audience publique du **6 janvier 2015**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 17 F-P+B

Pourvois n° B 13-21.305
et A 13-22.477

JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

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

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

I - Statuant sur le pourvoi n° B 13-21.305 formé par :

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

2°/ la société Orange, société anonyme, dont le siège est 78
rue Olivier de Serres, 75015 Paris,

contre un arrêt rendu le 4 juillet 2013 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,
chambre 5-7), dans le litige les opposant :

1°/ à la société Digicel Antilles françaises Guyane, société
anonyme à conseil d'administration, dont le siège est Oasis Bois Rouge,
97224 Ducos,

2°/ à la société Outremer Telecom, société par actions
simplifiée, dont le siège est zone industrielle de la Jambette, zone de Gros
de la Jambette, 97200 Fort-de-France,

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

4°/ au ministre de l'économie des finances et du commerce extérieur, domicilié DGCCRF, 59 boulevard Vincent Auriol, bâtiment 5, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° A 13-22.477 formé par la société Digicel Antilles françaises Guyane,

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

1°/ à la société Orange,

2°/ à la société Orange Caraïbe,

3°/ à la société Outremer Telecom,

4°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

5°/ au ministre de l'économie des finances et du commerce extérieur,

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesse au pourvoi n° B 13-21.305 invoquent, à l'appui de leur recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° A 13-22.477 invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation également annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 18 novembre 2014, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Tréard, conseiller référendaire rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Tréard, conseiller référendaire, les observations de la SCP Marc Lévis, avocat des sociétés Orange Caraïbe et Orange, de la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat de la société Digicel Antilles françaises Guyane, de la SCP Baraduc, Duhamel

et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

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 les pourvois ;

Condamne les sociétés Orange, Orange Caraïbe et Digicel Antilles françaises Guyane aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne les sociétés Orange et Orange Caraïbe à payer au président de l'Autorité de la concurrence la somme globale de 3 000 euros, condamne la société Digicel

Antilles françaises Guyane à payer au président de l'Autorité de la concurrence la somme de 3 000 euros, et rejette leurs demandes ;

Vu l'article R470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

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

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi n° B 13-21.305 par la SCP Marc Lévis, avocat aux Conseils, pour les sociétés Orange Caraïbe et Orange.

PREMIER MOYEN DE CASSATION (sur l'imputabilité)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir dit la société France Télécom responsable aux côtés de sa filiale Orange Caraïbe des pratiques commises par cette dernière :

AUX MOTIFS QU' :

« ainsi qu'il a été dit, le droit européen est applicable en l'espèce ; (...) , dès lors, ainsi que le rappelle exactement la Décision (n° 423 et 424), la question de l'imputabilité des pratiques mises en oeuvre par Orange Caraïbe doit être examinée, non à l'aune de la jurisprudence nationale, mais au regard des principes résultant de la jurisprudence européenne; (...) il convient de se référer notamment aux arrêts du 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a./Commission, C-97/08P, du 29 septembre 2009, Eif Aquitaine/Commission, C-521/09 P, du 20 janvier 2011, General Química e.a./Commission, C-90/09P, du 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Commission et Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., C-201/09 P et C-216/09 P, du 19 juillet 2012, Alliance One International Inc. e.a./ Commission, C-628/10 et C-14/11 ;

(...) il en résulte notamment que, dans le cas particulier où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles de la concurrence de l'Union, il existe une présomption réfragable selon laquelle ladite société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de cette filiale ;

(...) il suffit, dans ces conditions, que l'Autorité de concurrence prouve que la totalité ou quasi-totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère pour présumer que cette dernière exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement de cette filiale; (...) l'Autorité peut alors considérer la société mère comme tenue solidairement au paiement de l'amende infligée à sa filiale, à moins que la société mère, à laquelle il incombe de renverser ladite présomption, n'apporte des éléments de preuve suffisants de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché

(...) il "appartient à des entités souhaitant renverser la présomption de l'exercice effectif d'une influence déterminante d'apporter tout élément relatif aux liens économiques, organisationnels et juridiques unissant la filiale en

question à la société mère et qu'elles considéraient comme étant de nature à démontrer qu'elles ne constituaient pas une entité économique unique" ;

(...) en l'espèce, (...) il n'est pas contesté que, durant la période des pratiques en cause, France Télécom détenait directement ou indirectement la totalité ou la quasi-totalité du capital d'Orange Caraïbe (Cf Décision n° 18 et 426) ; (...) il doit donc être présumé qu'Orange Caraïbe ne se comportait pas de façon autonome sur le marché et qu'elle formait avec France Télécom une entreprise unique au sens des articles devenus 101 et 102 du TFUE ;

(...) pour renverser cette présomption, il ne suffit pas pour France Télécom de soutenir qu'elle n'est pas impliquée dans les infractions mises en oeuvre par sa filiale, mais il lui appartient de démontrer, indépendamment des comportements reprochés, qu'elle n'exerçait pas une influence déterminante sur sa filiale et ce, en justifiant d'un ensemble d'éléments - relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques l'ayant uni à sa filiale - de nature à démontrer que ces deux personnes morales ne constituaient pas une entité économique unique;

(...)

contrairement à ce qui est soutenu, la Décision, répondant à l'argumentation de France Télécom, a exposé les motifs la conduisant à retenir que "France Télécom ne fait donc état d'aucun facteur, tiré de l'analyse de l'ensemble des liens organisationnels, juridiques et économiques existant au sein du groupe, susceptibles de démontrer de manière probante qu'Orange Caraïbe n'appartiendrait pas à une telle unité économique";

(...) en effet, (...) France Télécom ne conteste pas que la quasi-totalité des membres du conseil d'administration d'Orange Caraïbe a travaillé ou travaillait toujours en 2010 pour France Télécom à des postes stratégiques et qu'ainsi l'équipe dirigeante de la filiale était formée de personnels de la société mère ; (...) il en résulte qu'il ne peut être affirmé qu'Orange Caraïbe était indépendante de France Télécom dans la définition de sa stratégie, étant également observé que le fait que cette stratégie tienne compte des spécificités du marché local ne démontre pas qu'Orange Caraïbe en décidait en toute indépendance ;

(...) en outre, (...) les éléments invoqués relatifs à l'indépendance dont aurait, de fait, bénéficié Orange Caraïbe dans la définition de sa stratégie commerciale, financière et technique n'apparaissent pas de nature à renverser la présomption ; (...) il ne peut être tiré aucune conclusion du fait qu'Orange Caraïbe dispose de sa propre licence d'opérateur mobile avec les obligations qui en découlent dès lors qu'il n'est pas soutenu que cette organisation ne résulterait pas d'un choix du groupe auquel appartient cette société ; (...) de plus, ainsi que le retient la Décision, la marge de manoeuvre

dont il est soutenu qu'Orange Caraïbe bénéficierait, ne dépasse pas ce qu'induit l'éloignement géographique entre mère et filiale ; (...) il en est notamment ainsi du fait que la filiale dispose d'une licence propre d'opérateur et de ses propres équipes opérationnelles et d'exécution ; (...) de plus, si Orange Caraïbe achetait des terminaux directement auprès des fabricants, elle en achetait également via des processus d'achat au niveau du groupe France Télécom ;

(...) au surplus, (...) il n'est pas contesté que toutes les agences France Télécom des Antilles et de la Guyane distribuaient les produits Orange Caraïbe à titre exclusif, peu important à cet égard l'existence d'autres distributeurs ; (...) en outre, France Télécom a parfois agi en tant que commissionnaire de sa filiale pour la conclusion des contrats de distribution ; (...) par ailleurs, France Télécom a parfois publié des publicités pour les seuls produits de sa filiale;

(...) ces éléments montrent que mère et fille se présentaient à l'époque des faits comme un groupe vis-à-vis de leurs clients et partenaires ; (...) il en était également ainsi, comme le relève la Décision (n° 429), dans le cadre de l'"Avantage Améris" et de certaines offres sur mesure pour les appels fixes vers Mobile Orange Caraïbe (Cf sur ces deux points Décision n° 134 à 149) ;

(...) il résulte de ce qui précède que France Télécom ne rapporte pas la preuve qui lui incombe du fait que sa filiale-Orange Caraïbe se comportait, à l'époque des pratiques en cause, de façon autonome sur le marché ; (...) c'est à juste titre que la Décision retient que France Télécom est responsable, aux côtés d'Orange Caraïbe, des pratiques commises par cette dernière » ;

1°) ALORS 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 Télécom, 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°) ALORS QU'en considérant que la société France Télécom 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°) ALORS 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.

SECOND MOYEN DE CASSATION (sur la caractérisation des infractions prétendues et les sanctions infligées aux exposantes)

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté les recours des sociétés Orange Caraïbe et France Télécom sauf le grief n°8 et la sanction prononcée à l'égard de la société France Télécom, et d'avoir dit que la sanction pécuniaire infligée à la société France Télécom s'élève à 7,5 millions d'euros ;

AUX MOTIFS QUE :

« L'Autorité fait exactement observer qu'aux fins de l'établissement d'une violation des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif d'une entreprise dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés ; qu'il suffit d'établir que ce comportement est de nature à ou susceptible d'avoir un tel effet ; qu'en d'autres termes, la démonstration d'effets potentiels suffit, peu important que le résultat escompté par l'entreprise dominante n'ait pas été atteint ;

(...) en l'espèce, la Décision analyse les effets, réels ou potentiels, sur la concurrence de chacune des pratiques reprochées (engagements d'exclusivité, discrimination tarifaire, pratique de fidélisation) ; (...) la requérante n'est pas fondée à soutenir, de façon générale, que la Décision n'aurait qualifié les pratiques en cause qu'en "considération de leurs prétendus effets réels et concrets", et ne reposerait sur aucune "analyse concrète des effets qu'elle croit pouvoir constater" ; que les critiques de la requérante ne peuvent être examinées qu'au regard de chacun des griefs retenus à son encontre (Cf ci-après) ; qu'il est, par ailleurs, observé que la Décision (n° 161) a admis la recevabilité de l'étude économique du cabinet Mapp portant sur deux des pratiques en cause et transmise par Orange Caraïbe en réponse au rapport, et a de fait répondu (Cf développements de la Décision sur les griefs n°4 et n° 5) aux arguments sous tendant cette étude en adoptant des analyses différentes ; qu'en outre, l'Autorité explicite devant la cour son argumentation relative à ladite étude sans apporter d'éléments nouveaux de nature à aggraver la culpabilité ou la condamnation des parties en cause, étant précisé que les sociétés concernées ont été en mesure devant la cour de répliquer par écrit et oralement aux observations de l'Autorité, ce qu'elles ont d'ailleurs fait ;

(...) l'argumentation de la requérante manque en fait pour le surplus dès lors d'une part, que la Décision (n° 463) ne retient pas que la mise en oeuvre des

pratiques incriminées aurait eu pour effet d'éliminer BTC du marché, mais seulement que les pratiques reprochées à Orange Caraïbes, qui était en monopole sur le marché lors de l'arrivée de BTC en 2000, ont eu pour effet de rendre plus difficile l'entrée de cette dernière à la fin de l'année 2000 puis son développement sur le marché de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane (part de marché limitée à 17,5% en juin 2004 après avoir atteint 26%), dès lors, d'autre part, que Digicel n'a acquis BTC qu'en 2006 et qu'Outremer n'a commencé ses activités de téléphonie mobile que fin 2004 en Guyane, fin 2005 en Martinique et en Guadeloupe (Décision n°18 à 30), soit après le prononcé des mesures conservatoires par décision du Conseil du 9 décembre 2004, dès lors enfin, que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision s'est prononcée sur l'évolution du marché (Cf notamment n° 464 à 466), montrant que l'érosion des parts de marché d'Orange Caraïbe a commencé quelques mois après le prononcé des mesures conservatoires ;

(...) enfin, (...) les allégations générales, au demeurant non établies, de la requérante sur les mérites de sa concurrente BTC, à laquelle il est inopérant de reprocher une entrée tardive sur le marché, ne sont pas de nature à exclure que les pratiques en cause aient eu ou aient pu avoir un effet anticoncurrentiel ;

(...)

Sur le grief n° I

(...) la société Orange Caraïbe invoque, en premier lieu, l'absence de caractère et d'effets anticoncurrentiels des clauses d'exclusivité et de non-concurrence des distributeurs indépendants, exposant que ces clauses n'ont produit, ni pu produire, aucun effet anticoncurrentiel sur le marché ; qu'après avoir estimé que le recours à des distributeurs monomarkets, également appliqué par OMT et Digicel, est une réponse aux exigences des spécificités du marché local et aux préférences de la clientèle caribéenne, la requérante observe que la Décision a exagéré la portée des clauses en cause qui concernaient moins de 50 distributeurs et n'ont pas empêché BTC de développer un réseau commercial et ce, d'autant plus qu'il est licite et aisé dans cette zone de contourner des clauses d'exclusivité, un distributeur pouvant créer des structures légales distinctes lui permettant, sans méconnaître les clauses, de commercialiser simultanément les produits de différents opérateurs ; qu'elle fait valoir que l'absence d'effectivité de l'exclusivité en cause exclut toute création de barrières artificielles à l'entrée ; qu'en effet, la Décision se borne à postuler un effet réel de verrouillage du marché alors que les distributeurs avaient la possibilité de demander la levée de l'exclusivité, qu'elle-même ne s'y est jamais opposée et qu'en pratique les clauses d'exclusivité n'étaient pas appliquées pas plus que la clause de non concurrence postcontractuelle, les pénalités prévues n'étant pas mises en oeuvre et alors que le fait qu'il n'y ait pas eu plus de distributeurs Orange

coopérant avec Bouygues est imputable à l'inefficacité ou aux choix de cette dernière ; qu'elle ajoute que, contrairement à ce que retient la Décision, ces clauses n'ont pas eu pour effet de diminuer l'intensité concurrentielle sur le marché en raison de la généralisation de la distribution monomarque à laquelle elles auraient conduit ; qu'en effet, le modèle de distribution monomarque présente, compte tenu des spécificités du marché local et du comportement de la demande, un caractère pro-concurrentiel qui compense les éventuelles restrictions qu'il pourrait engendrer et s'insère dans une dynamique concurrentielle de différenciation des opérateurs de téléphonie mobile stimulant la qualité de service au bénéfice des consommateurs et non dans une stratégie d'éviction des concurrents ; qu'en outre, l'observation de l'évolution du marché montre un renforcement de l'intensité concurrentielle se traduisant par l'entrée de nouveaux acteurs et une prise rapide de parts de marchés par les concurrents efficaces, à savoir Digicel et OMT qui ont connu des développements importants sans mettre à profit la suppression par les mesures conservatoires des clauses d'exclusivité ;

(...) la société Orange Caraïbe fait valoir, en deuxième lieu, qu'en tout état de cause, "les clauses d'exclusivité des distributeurs étaient pleinement économiquement justifiées au regard des investissements financiers et humains (qu'elle) a consentis pour le développement du réseau et la formation des personnels, investissements qui pouvaient légitimement être protégés contre le risque de parasitisme" ;

(...) la requérante soutient à titre subsidiaire, en troisième lieu, que la Décision n'a pas établi de lien de causalité entre son pouvoir de domination et l'abus qui lui est imputé ; qu'en effet, d'une part, il n'existe pas de verrouillage du marché, d'autre part, la généralisation du monomarquisme dans la zone Antilles-Guyane résulte des caractéristiques du marché et lui est donc étrangère, enfin, les déboires et échecs de BTC ne sont imputables qu'à la propre inefficacité de cette société ;

Mais(...), en premier lieu, (...) si, ainsi que le relève la Décision (n° 31 à 42), le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane présente des spécificités, le fait que les consommateurs caribéens manifestent une "forte appétence pour les nouvelles technologies" et qu'ils se déplacent plus fréquemment chez leur distributeur que les clients métropolitains ne sont, contrairement à ce qu'expose la requérante, pas de nature à justifier une "approche monomarque" plutôt qu'une distribution multi marques non, en elle-même, exclusive d'un accompagnement personnalisé des clients et d'une qualité du service rendu ; que les affirmations non étayées de la requérante selon lesquelles le recours à des distributeurs monomarques serait une réponse aux exigences des spécificités du marché local sont, en outre, utilement contredites par les constats de la Décision (n° 258) ; qu'en effet, les clauses d'exclusivité figurant dans les contrats de distribution conclus entre Orange Caraïbe - premier entrant et en monopole

de fait sur le marché pendant plus de quatre années - et ses distributeurs ont imposé au deuxième entrant le choix d'une distribution monomarque et ont durablement orienté la distribution des produits et services de mobiles dans la zone Antilles-Guyane vers le monomarquisme

(...) , en outre, (...) la requérante n'est pas fondée à minimiser la portée des clauses d'exclusivité et de non concurrence figurant dans les contrats d'agent commercial et les contrats Kid Card conclus avec ses distributeurs indépendants, alors que :

- d'une part, ces clauses d'exclusivité, dont la teneur est exactement rappelée par la Décision (re 49 à 58), interdisaient aux distributeurs d'accepter de distribuer aux Antilles et en Guyane des produits et services concurrents d'Orange Caraïbe sans l'accord exprès et préalable de cette dernière et qu'en outre ces clauses avaient vocation à s'appliquer non seulement pendant la durée d'exécution des contrats mais encore deux ans après leur cessation et ce, sous peine de sanctions significatives ;

- d'autre part, si ces clauses liaient moins de 50 distributeurs, ceux-ci représentaient 110 points de vente étant précisé que ces distributeurs indépendants assuraient 80% de la distribution des services d'Orange Caraïbe et des terminaux associés (Cf Décision n° 45 et 46) ;

- enfin, le fait que Bouygues Télécom Caraïbe a pu, malgré l'existence des clauses d'exclusivité, déployer un réseau commercial d'une soixantaine de points de vente en bénéficiant parfois d'emplacements de premier ordre (Cf Décision n°64) ne saurait établir la faible portée invoquée desdites clauses qui, en faisant obstacle à une distribution multimarques, contraignaient BTC à consentir, pour trouver des distributeurs indépendants qualifiés disposant d'emplacements attractifs sur de petits territoires, des efforts très supérieurs à ceux qu'elle aurait eu besoin de fournir dans des conditions de concurrence normale ;

- de plus, si la requérante évoque des possibilités légales de contourner les clauses d'exclusivité, force est de constater qu'un tel contournement n'aurait pu aisément être mis en oeuvre car aurait supposé qu'un distributeur crée deux entités juridiques distinctes et distribue les services et produits de chaque opérateur dans des lieux de vente différents, de telles difficultés étant susceptibles d'expliquer qu'au vu de l'enquête, seuls deux distributeurs, qui au surplus ne commercialisaient pas un nombre important de lignes, ont eu recours à ce procédé ;

(...) pour soutenir que les clauses sus-rappelées n'ont érigé aucune barrière artificielle à l'entrée pour tout nouvel opérateur, la requérante invoque "l'absence d'effectivité de l'exclusivité" en cause qui résulterait du fait qu'un distributeur (SGR) a déclaré que la clause d'exclusivité n'était pas appliquée

et que des pénalités de sortie n'ont pas été appliquées à cinq distributeurs et du fait relevé par la Décision (n° 66 et 67) que trois distributeurs n'ont pas souhaité travailler avec BTC alors que trois autres n'ont pas été retenus par cette dernière ;

(...) , cependant, (...) ces éléments parcellaires concernant quelques distributeurs sont contredits par les éléments du dossier montrant non seulement que les dérogations aux clauses d'exclusivité ont été très rares et n'ont pas perduré dans le temps, mais encore que les distributeurs avaient une conscience aigüe du lien d'exclusivité qui les attachait à Orange Caraïbe ; que la requérante ne peut, au vu des constatations de l'enquête rappelées par la Décision (n° 59 à 62), affirmer de façon générale que l'exclusivité n'était pas effective ;

(...) en outre, (...) si trois distributeurs n'ont pas souhaité travailler avec BTC en invoquant des insuffisances du nouvel entrant et si BTC n'a pas retenu trois des distributeurs présents, il ne saurait en être tiré la conclusion générale que le fait qu'il n'y ait pas eu plus de distributeurs Orange coopérant avec Bouygues est imputable à l'inefficacité ou aux choix de cette dernière ;

(...) il résulte de ce qui précède que l'argumentation de la requérante sur la portée des clauses d'exclusivité et de non concurrence et "l'absence d'effectivité de l'exclusivité" manque en fait et que la requérante n'est donc pas fondée à déduire de cette argumentation que c'est à tort que la Décision retient, par des motifs que la cour approuve, que les clauses d'exclusivité reprochées, dans les conditions dans lesquelles elles ont été conclues et appliquées, ont contribué à élever des barrières à l'entrée de nature à empêcher ou retarder des offres concurrentes ;

(...) pour contester la diminution de l'intensité concurrentielle retenue par la Décision comme étant liée à la distribution monomarque, la société Orange Caraïbe invoque le caractère pro-concurrentiel de la distribution monomarque sur le marché en cause et l'augmentation de la pression concurrentielle ;

Mais (...) qu'ainsi (...) il a été dit, les clauses d'exclusivité figurant dans les contrats de distribution conclus entre Orange Caraïbe et ses distributeurs ont imposé au deuxième entrant le choix d'une distribution monomarque et ont durablement orienté la distribution des produits et services de mobiles dans la zone Antilles-Guyane vers le monomarquisme ; qu'en outre, la requérante ne justifie pas ses affirmations selon lesquelles "le monomarquisme, d'une part, "répond fondamentalement à un besoin des consommateurs locaux et s'insère en réalité dans la dynamique concurrentielle de différenciation" et, d'autre part, "produit des effets pro-concurrentiels sur le marché antillo-guyanais, compte tenu notamment de la structure de ce marché et des spécificités et des besoins et des habitudes de consommation de la clientèle

locale" (à savoir notamment l'étroitesse des territoires, la concentration des points de vente facilitant les arbitrages, le taux d'équipement multiple des clients les conduisant à changer de carte SIM selon l'opérateur de la personne appelée) ;

(...) s'il ne peut être contesté que le monomarquisme peut produire des effets vertueux, c'est par des motifs non utilement contestés (n° 250 et suivants) que la Décision établit qu'en l'espèce sa mise en place et son maintien par un opérateur en monopole de fait sur un marché de dimension limitée a eu pour conséquence d'ériger des barrières artificielles à l'entrée et conclut (n° 270) que les clauses d'exclusivité en cause ont limité de manière sensible la capacité de commercialisation de tout nouvel opérateur en augmentant ses coûts d'entrée ;

(...) enfin, (...) il convient de rappeler que Digicel n'a acheté BTC qu'en 2006 et qu'OMT n'a commencé ses activités de téléphonie mobile que fin 2004 en Guyane et fin 2005 en Martinique et Guadeloupe ; que ces sociétés ne sont ainsi entrées sur le marché qu'après la décision du Conseil de la concurrence du 9 décembre 2004, confirmée par la cour le 28 janvier 2005, enjoignant à la société Orange Caraïbe, à titre conservatoire, de supprimer l'exclusivité la liant à ses distributeurs indépendants ; que la circonstance alléguée par la requérante selon laquelle les sociétés Digicel et OMT sont entrées sur le marché et y ont rapidement progressé sans mettre à profit la suppression des clauses d'exclusivité ordonnée à titre conservatoire ne saurait démontrer que les clauses d'exclusivité, alors supprimées, n'auraient produit aucun effet préjudiciable lors de l'entrée sur le marché à la fin de l'année 2000 de la société BTC (par la suite rachetée par Digicel) en tant que premier concurrent d'Orange Caraïbe qui était jusqu'alors en monopole de fait ;

(...) il résulte de tout ce qui précède que les moyens de la requérante tendant à soutenir que, contrairement à ce que retient la Décision, les clauses litigieuses n'ont eu aucun effet anticoncurrentiel ne sont pas fondés ;

(...) en deuxième lieu, (...) il appartient à l'entreprise en position dominante qui conteste le caractère abusif d'une pratique de démontrer qu'elle est objectivement justifiée ou qu'elle est source de gains d'efficacité au profit des consommateurs ;

(...) ainsi que le relève la Décision (d 263 à 267), la requérante n'est pas fondée à se prévaloir d'une décision du Conseil de la concurrence du 7 novembre 2007 intervenue dans des circonstances de fait différentes ;

(...) en l'espèce, les investissements financiers et humains invoqués par Orange Caraïbe visaient à assurer la promotion des produits et des services Orange Caraïbe et la formation des vendeurs sur les produits et offres

Orange ; que, par nature, propres à la marque de l'opérateur dominant sur le marché, ces investissements ne pouvaient profiter à des opérateurs qui ne les auraient pas financés ; qu'au surplus, la Décision relève exactement que la protection des investissements invoqués par une exclusivité d'une durée de fait illimitée (Cf n° 243 et 268) est manifestement disproportionnée au regard de l'atteinte portée à la concurrence par les clauses en cause ;

(...) la requérante n'est par conséquent pas fondée à soutenir que l'abus de position dominante qui lui est reproché en raison des clauses d'exclusivité et de non concurrence la liant à ses distributeurs indépendants pouvait être objectivement justifié sur un plan économique ;

(...) en troisième lieu, (...) la Décision (n°272) a caractérisé le lien de causalité entre le pouvoir de domination de la requérante et l'abus qui lui est imputé en relevant qu'Orange Caraïbe a utilisé son pouvoir de marché pour imposer à ses distributeurs indépendants des contrats de distribution dans lesquels figuraient les clauses d'exclusivité sus-décrites que ces derniers ne pouvaient qu'accepter s'ils souhaitaient avoir la possibilité de distribuer les produits et services du principal opérateur mobile de la zone Antilles-Guyane ;

(...) contrairement à ce qui est soutenu, la Décision a exactement répondu aux arguments de la requérante en établissant que les clauses d'exclusivité ont entraîné le verrouillage du marché, verrouillage d'autant plus grand qu'il concerne les produits finals au stade de la vente au détail, ainsi qu'aux arguments de la requérante relatifs à la généralisation du monomarchisme dans la zone concernée ; qu'en outre, les défaillances invoquées de la société BTC, même à les supposer établies, ce qui n'est pas le cas, ne seraient pas de nature à remettre en cause le fait que l'opérateur dominant, en imposant les clauses litigieuses à ses distributeurs, a érigé des barrières artificielles à l'entrée sur le marché ;

(...) il résulte de tout ce qui précède que les motifs ayant conduit la Décision (n° 232 à 273) à estimer établi le grief n° 1 ne sont pas utilement contestés par la requérante et sont adoptés par la cour,

Sur le grief n° 2

(...) la Décision (Cf n° 88 à 104 et n° 274 à 295) a dit établi qu'Orange Caraïbe et Cetelec Caraïbes (ci-après Cetelec), seul réparateur de terminaux mobiles agréé dans les Caraïbes, - en signant le 1^{er} avril 2003 un contrat de services de maintenance comportant une "clause de non concurrence" interdisant à Cetelec d'effectuer des prestations de maintenance de mobiles au profit d'un concurrent d'Orange Caraïbe, et en faisant appliquer cette clause d'exclusivité jusqu'à la fin dû mois de janvier 2005, date à laquelle il a été mis fin à l'exclusivité en exécution des mesures conservatoires

ordonnées par le Conseil - se sont entendues en méconnaissance des dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, cette entente ayant eu pour effet d'entraver artificiellement le développement d'opérateurs concurrents ;

(...) Orange Caraïbe fait grief à la Décision de ne pas avoir établi à suffisance les prétendus effets anticoncurrentiels de l'exclusivité ; qu'elle soutient que le recours aux services d'un réparateur local n'est ni indispensable pour se développer sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane, ni économiquement plus intéressant ; qu'elle en veut pour preuve qu'avant 2003, BTC n'avait pas recours aux services d'A Novo, prédécesseur de Cetelec et que BTC a attendu avril 2007 pour contracter avec le réparateur alors que l'exclusivité avait pris fin en janvier 2005 ; qu'elle ajoute que la Décision se borne à postuler le caractère indispensable et moins coûteux des services d'un réparateur local pour en déduire que leur absence dégrade l'image de marque d'un nouvel entrant et augmente ses coûts, ce qui est démenti par le fait qu'OMT, entrée sur le marché en 2005 alors que l'exclusivité était levée, a pu se développer sans recourir aux services de Cetelec et par le fait que BTC s'est à partir de 2003 engagée à prêter à ses clients des terminaux en cas de panne du leur et aurait pu contracter avec Cetelec sans qu'elle-même ne s'y oppose ;

(...) elle ajoute que la clause d'exclusivité était justifiée par les investissements (mise à disposition gracieusement d'équipements informatique, de stocks de terminaux, de locaux, détachement d'un salarié...) qu'elle avait consentis au profit de Cetelec et reproche à la Décision de ne pas avoir vérifié le caractère proportionné de ces justifications économiques ;

(...) très subsidiairement la requérante fait valoir que la simple lecture de la chronologie des faits établit l'absence de tout lien de cause à effet entre la clause en cause et les effets réels et concrets allégués de dégradation de l'image et d'augmentation des coûts de BTC dont celle-ci est seule responsable pour avoir fait le choix dès 2001 de ne pas confier la réparation de ses terminaux à un réparateur agréé ;

(...) sur ce, (...) il est constant que le contrat de services de maintenance conclu le 1er avril 2003, pour une durée de trois ans, renouvelable par tacite reconduction par période de un an, entre Orange Caraïbe et Cetelec comportait une clause intitulée "Non concurrence" par laquelle Cetelec "s'engage à ne pas effectuer, de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, et sur le Territoire, de prestations de maintenance de mobiles au profit d'un concurrent (et ses clients) pendant la durée du présent contrat, sauf accord préalable et écrit" d'Orange Caraïbe, et ce, sous peine de sanctions sévères ; qu'en outre, entre 2003 et 2005, Orange Caraïbe a consenti à Cetelec des sous-locations de locaux, l'un en Guyane, l'autre en Martinique, sans paiement de loyers mais ayant pour contre-partie

l'obligation pour Cetelec de réaliser ses services de maintenance de téléphones mobiles et accessoires à titre exclusif pour Orange Caraïbe ;

(...) il n'est pas contestable qu'il est indispensable pour un opérateur de téléphonie mobile de pouvoir assurer à ses clients un service après-vente et notamment de maintenance des terminaux défectueux ;

(...) il n'est pas davantage contestable que la création d'un centre de réparation agréé local est longue et coûteuse (obtention d'agrément des constructeurs, formation de personnels, engagements de coûts fixes en matériels et outils informatiques, locaux...) ; qu'ainsi qu'elle le souligne elle-même, la requérante a dû aider le réparateur Cetelec à s'implanter dans la zone ; qu'ainsi, contrairement à Orange Caraïbe qui détenait 80% des parts du marché, un nouvel entrant ne disposait pas d'une clientèle suffisante pour générer un flux de maintenance suffisant pour amortir les coûts de création d'un service de maintenance ;

(...) la Décision en déduit exactement que l'exclusivité entre avril 2003 et janvier 2005 entre Orange Caraïbe et Cetelec Caraïbes, seul réparateur agréé dans la zone, a eu pour effet d'empêcher tout nouvel entrant sur le marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane de bénéficier d'un service local de maintenance ;

(...) si la requérante rappelle exactement que BTC à certaines périodes, puis OMT, ont utilisé des solutions alternatives au recours à un réparateur local, et notamment l'envoi des terminaux à réparer en métropole puis l'acquisition de terminaux pour faire patienter les clients, la Décision établit (n° 286 à 290) que le fait de ne pas pouvoir proposer des prestations de maintenance de ses terminaux localement a, non seulement dégradé l'image de marque de BTC par rapport à celle d'Orange Caraïbe qui mettait commercialement en avant les prestations de suivi après-vente et de réparation rapide de Cetelec pour ses clients, mais a, encore, renchéri artificiellement les coûts des opérateurs concurrents d'Orange Caraïbe ; que les barrières ainsi créées à l'entrée sur le marché par l'exclusivité de maintenance ont ainsi été techniques, commerciales et économiques ;

(...) la requérante ne saurait tirer argument du fait que BTC avant 2003 et jusqu'en 2007, puis OMT après 2005, n'ont pas eu recours aux services d'un réparateur local ce qui leur aurait été possible avant 2003 et après 2005, alors qu'il résulte du dossier qu'au milieu de l'année 2003, BTC a lancé un appel d'offres afin de trouver un centre de réparation local sans que Cetelec n'y réponde et qu'en 2003 et 2004, BTC a engagé et poursuivi des discussions avec Cetelec afin que cette dernière fasse évoluer les conditions de son exclusivité avec Orange Caraïbe ; qu'à cet égard, la requérante ne peut se borner à affirmer qu'elle aurait accepté une levée de l'exclusivité si Cetelec le lui avait demandé et ce, au surplus alors même que Cetelec a

déclaré devoir entamer début juin 2004 à ce propos, une discussion avec Orange Caraïbe ; qu'en outre, les choix stratégiques d'OMT, opérateur déjà présent dans les départements d'outre-mer et entré sur le marché en cause après la levée de l'exclusivité, ne sont pas de nature à remettre en cause l'analyse des effets antérieurs de l'exclusivité de maintenance à l'égard de BTC ;

(...) par ailleurs, (...) contrairement à ce qui est soutenu, la Décision à laquelle il est renvoyé sur ce point, a vérifié le caractère proportionné des justifications économiques invoquées par Orange Caraïbe et en justement déduit que les investissements de la requérante ne pouvaient justifier, dans le contexte du marché, l'entrave à la concurrence résultant de l'accord d'exclusivité conclu avec Cetelec ;

(...) enfin, (...) la Décision a établi par d'exacts motifs auxquels il est renvoyé que l'entente entre Orange Caraïbe et Cetelec Caraïbes du 1^{er} avril 2003 à fin janvier 2005, qui était de nature à gêner le développement d'opérateurs concurrents, a entravé artificiellement le développement de BTC ;

(...) la requérante n'est, au vu des éléments du dossier, pas fondée à soutenir que BTC serait seule responsable de cette situation et que tout lien de causalité serait exclu entre "l'exclusivité et les faits reprochés" ; qu'en particulier, elle ne saurait reprocher à BTC de ne pas avoir de 2001 à 2002 eu recours localement aux services de la société A Novo autrement que pour collecter les terminaux alors que cette société ne disposait pas encore de l'agrément de tous les constructeurs pour la réparation des terminaux proposés par BTC, puis a rencontré des difficultés financières ayant conduit à sa disparition en 2002, alors qu'entre 2003 et 2005, BTC n'a, malgré ses demandes, pas pu bénéficier des services de Cetelec du fait de l'exclusivité sus-décrite et alors, enfin, que BTC a entamé dès 2005 des négociations avec la société Cordon (qui a repris Cetelec Caraïbes) afin de conclure un contrat de réparation locale ;

(...) les moyens présentés par la société Orange Caraïbe ne sont pas fondés ;

Sur le grief n° 4

(...) le grief n° 4 était ainsi libellé dans la notification de griefs (n°403) établie le 1^{er} août 2008 :

"Il est fait grief 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 telles pratiques doivent recevoir la qualification d'abus de position dominante au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce ainsi que de l'article 82 du traité CE dans la mesure où elles 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 Télécom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 et d'Outremer Télécom en 2005, sans qu'elles puissent être justifiées à suffisance par des contreparties au bénéfice des consommateurs et/ou au marché" .

(...) les termes de ce grief ont été rappelés par le rapport (page 65), qui indique, notamment : "sur la prétendue imprécision du grief, il convient de constater que 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 seconde branche vise de manière plus générale, la pratique visant à ne proposer, pour les offres de forfait que des engagements initiaux de 12 mois et des réengagements pour des périodes de 24 mois".

(...) la société Orange Caraïbe conteste la Décision en ce qu'elle estime établie la première branche de ce grief ; que la société Digicel, soutenue par OMT, reproche à la Décision de ne pas avoir estimé établie la seconde branche du grief ;

- Sur la première branche du grief n° 4

(...) ainsi qu'il a été dit, la première branche du grief reproche à Orange Caraïbe; comme constitutif d'un abus de sa position dominante, le fait d'avoir imposé un réengagement de 24 mois pour l'utilisation des points de fidélité du programme "Changez de mobile" du printemps 2002 au printemps 2005;

(...) la société Orange Caraïbe fait valoir que la Décision se borne à postuler des effets anticoncurrentiels du programme "Changez de mobile" sans discuter le contenu de la note économique du Cabinet Mapp qu'elle avait produite en réponse au rapport, et ce, alors que la Décision aurait dû relever, en tenant compte de cette étude, que - dès lors que moins d'un tiers des clients ayant accès au programme litigieux et 17% seulement du total des abonnés Orange Caraïbe ont décidé d'y recourir pour changer de terminal, dès lors que les clients de ce programme n'étaient pas captifs et donc n'étaient pas dissuadés de faire jouer la concurrence puisque les offres des concurrents d'Orange Caraïbe sur les terminaux en acquisition étaient plus attractives que celles du programme en cause, dès lors que le taux de résiliation des forfaits Orange Caraïbe était systématiquement supérieur à

celui observé en métropole, dès lors que le marché antillo-guyanais est caractérisé par une très grande fluidité, dès lors que les pratiques de fidélisation d'Orange Caraïbe n'avaient pas eu pour effet de verrouiller le marché y compris s'agissant des forfaits les plus rentables et dès lors que le marché était à l'époque en pleine croissance - le programme "Changez de mobile" n'a produit, ni pu produire le moindre effet anticoncurrentiel sur le marché ;

Mais (...) ainsi qu'il a été dit, relèvent des dispositions des articles L.420-2 du code de commerce et 102 du TFUE les pratiques ayant des effets anticoncurrentiels tant potentiels que réels ;

(...) le programme "Changez de mobile", tel que mis en oeuvre par Orange Caraïbe du printemps 2002 jusqu'à sa modification début 2005 en application des mesures conservatoires prononcées le 9 décembre 2004, est précisément décrit par la Décision (n° 82 et suivants et n°105 et suivants) ; qu'il permettait aux clients d'Orange Caraïbe de cumuler des points de fidélité à chaque facture en fonction du montant de celle-ci ; que, cependant, le client ne pouvait, avant 2005, utiliser ses points de fidélité que pour l'acquisition d'un terminal et sous la condition d'un réengagement de 24 mois auprès d'Orange Caraïbe ; que ce programme s'apparentait ainsi, non seulement à une offre de fidélité récompensant le passé, mais encore à une offre de fidélisation proposant au client un avantage en contrepartie d'un engagement pour l'avenir et privant le client de sa capacité d'arbitrage pendant une période à venir ;

(...) la Décision retient exactement qu'une offre de fidélisation donnée doit s'apprécier dans le cadre d'un bilan comparant les effets anticoncurrentiels de l'offre à ses justifications économiques, au regard notamment des avantages octroyés, de leurs modalités de mise en oeuvre, de la durée des engagements et de la structure du marché ; que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision (lf 319 à 326) a procédé à ces analyses ; que celles-ci sont contestées par la requérante qui invoque notamment les études et analyses ci-dessus évoquées du Cabinet Mapp, elles-mêmes contestées par l'Autorité ;

(...) s'agissant de l'étude du Cabinet Mapp, (...) ainsi que le souligne l'Autorité, l'échantillon retenu par cette étude (une "cohorte-témoins" composée des 5000 premiers abonnés à des forfaits d'Orange Caraïbe en janvier 2002) comporte une sur-représentation des clients ayant souscrit un forfait prépayé (95,48% au lieu de 81,48% habituellement) et une sous-représentation corrélative des clients ayant souscrit un forfait post-payé (4,52% au lieu de 18,51%) ; cite si, ainsi que le réplique Orange Caraïbe, l'ensemble de cette "cohorte" était éligible au programme "Changez de mobile", il n'en demeure pas moins que la représentativité de la "cohorte" étudiée n'est pas établie ; que, par conséquent, les résultats de l'étude

invoquée ne sauraient être retenus comme suffisamment probants ; qu'au surplus et en toute hypothèse, ces résultats ne sont pas en eux-mêmes de nature à démontrer les affirmations de la requérante selon laquelle, contrairement à ce que retient la Décision, le programme "Changez de mobile" n'aurait produit et n'aurait pu produire le moindre effet anticoncurrentiel sur le marché ;

(...) s'agissant des avantages octroyés, de leurs modalités de mise en oeuvre et de la durée des engagements, (...) il résulte du dossier que le programme "Changez de mobile" tel que mis en oeuvre par Orange Caraïbe d'avril 2002 à avril 2005, ne permettait à un client d'Orange Caraïbe disposant de points de fidélité d'utiliser ces points pour obtenir un nouveau terminal qu'en contrepartie d'un réengagement de 24 mois et que, dès lors, ce client ne pouvait, au terme d'une période d'engagement, changer d'opérateur qu'en perdant la contre-valeur de ses points ; que c'est à juste titre, et sans être utilement contredite, que la Décision retient qu'un tel mécanisme de fidélisation était de nature à dissuader le consommateur de faire jouer la concurrence au moment où cela lui aurait été possible et, ce faisant, à cristalliser les parts de marché de l'opérateur dominant ; qu'il en a été d'autant plus ainsi à partir de la fin de l'année 2003 lorsqu'après une phase de forte croissance, le marché a connu une moindre croissance, la part de la demande reposant sur des renouvellements d'abonnements augmentant alors par rapport à celle reposant sur des primo-accédants non équipés (Cf avis n° 2008-0098 du 24 janvier 2008 de l'ARCEP) ;

(...) si, ainsi que le souligne la requérante, le programme "Changez de mobile" ne concernait qu'une partie de la clientèle d'Orange Caraïbe, à savoir les clients ayant souscrit des abonnements avec forfaits, ceux-ci étaient, ainsi que le relève la Décision, ceux qui consommaient le plus et généraient le plus fort "ARPU" (Average Revenue per User), les 20% d'abonnés d'Orange Caraïbe concernés représentant en valeur plus de 25% de la clientèle totale d'Orange Caraïbe, étant observé que presque un tiers de ces clients ont décidé de bénéficier dudit programme et donc de ne pas changer d'opérateur ;

(...) il ne peut davantage, pour soutenir que les clients n'auraient pas été dissuadés de faire jouer la concurrence, être tiré argument du fait que certaines offres des concurrents d'Orange Caraïbe sur les terminaux (en acquisition) auraient à l'époque des faits été plus attractives que celles du programme en cause, ce qui au demeurant n'est établi, ni pour toute la période en cause, ni pour tous les clients susceptibles d'être concernés par le programme "Changez de mobile" ;

(...) , s'agissant de la structure du marché, (...) Orange Caraïbe était en position dominante sur le marché de détail des services de téléphonie mobile, dans la zone Antilles-Guyane, ses parts de marché s'élevant à 83%

à la fin de l'année 2003 ; que la mise en oeuvre de la pratique en cause de fidélisation de ses clients par un opérateur bénéficiant d'une telle dominance était de nature non seulement à dissuader ces clients de migrer vers d'autres opérateurs, mais encore, en réduisant de ce fait le nombre potentiel de clients de ses concurrents, à ériger une barrière à l'entrée du marché pour tout nouvel opérateur ;

(...) la requérante n'est, à cet égard, pas fondée à invoquer le fait que certaines pratiques de fidélisation ont également été mises en oeuvre en métropole ou à comparer la situation du marché local avec celle du marché métropolitain, la pratique en cause devant être appréhendée en tenant compte tant de ses caractéristiques propres que de la dominance de la requérante sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane ;

(...) par ailleurs, que pas davantage devant la cour que devant l'Autorité, la requérante ne justifie économiquement la pratique incriminée ; qu'en effet, dans le cadre du programme "Changez de mobile", le client était, de fait, mis deux fois à contribution pour acquérir un terminal, la première fois en accumulant des points de fidélité en récompense de sa consommation passée et la seconde, en ne pouvant utiliser ces points qu'en s'engageant pour sa consommation future ;

(...) enfin, (...) ainsi que l'observe l'Autorité (Cf ses observations page 38), il est difficile de mesurer les effets précis de l'offre de fidélisation, en les isolant des effets produits par les autres pratiques anticoncurrentielles mises en oeuvre par Orange Caraïbe ; que, cependant, l'existence des effets de la pratique de fidélisation mise en oeuvre par l'opérateur dominant entre 2002 et 2005 tels qu'établis par la Décision, n'est pas utilement contestée ; qu'en outre, force est de constater que cette pratique a contribué à renforcer la position dominante d'Orange Caraïbe sur le marché en cause dès lors qu'Orange Caraïbe en monopole lors de l'arrivée de BTC fin 2000, a vu ses parts de marché tomber à 75% en 2002 avant de remonter à 83% à la fin de l'année 2003, soit au moment où l'offre de fidélisation a pu commencer à produire ses effets, puis baisser à nouveau à partir de 2005 après la mise en application des injonctions prononcées à titre conservatoire pour se stabiliser par la suite à 55%;

(...) à cet égard, la requérante ne justifie pas ses affirmations selon lesquelles l'augmentation de sa part de marché en 2003 s'expliquerait 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 BTC", et ce, d'autant moins que tous les opérateurs procèdent régulièrement au "nettoyage" (résiliation des contrats inactifs ou impayés...) de leurs bases d'abonnés et, au surplus, qu'une telle explication ne pourrait rendre compte

ni de l'importance des fluctuations des parts de marché de la requérante, ni de leurs évolutions successives dans le temps ;

(...) il résulte de tout ce qui précède que la requérante n'est pas fondée à contester le grief n° 4, en sa première branche ;

(...)

Sur le grief n° 5

(...) le grief n° 5 retenu par la Décision concerne les cartes prépayées d'Orange Caraïbe, à savoir les cartes "Orange Card Soir et week-end", "Orange Card Classique" et "Orange Card Seconde" ; qu'il est reproché à cet opérateur d'avoir établi une différenciation tarifaire entre les appels de ses clients à destination de clients de son propre réseau (appels on net), et ceux passés à destination de clients d'un autre opérateur (appels off net) ;

(...) après avoir rappelé (n° 113 et suivants) le principe de facturation des charges de terminaison d'appels et l'évolution de la tarification de ces charges dans la zone concernée, et avoir constaté qu'Orange Caraïbe opérait en 2003 et 2004 une différenciation des prix de détail entre les appels on net et les appels off net, rendant ainsi moins chers pour ses clients les appels vers ses autres clients que les appels de ses clients vers ceux de BTC, la Décision (n° 330 et suivants) retient que cette différenciation tarifaire, qui n'avait aucune justification au regard d'éventuelles différences entre les charges de terminaison d'appel, a produit trois types d'effets anticoncurrentiels, à savoir un renforcement de l'effet de réseau ou "effet de club" profitant à Orange Caraïbe, une dégradation de l'image de BTC et des effets sur les revenus et la marge des opérateurs concurrents ;

(...) la société Orange Caraïbe, qui se prévaut de l'analyse économique du Cabinet Mapp et qui reproche à la Décision de ne pas s'être appuyée sur une analyse détaillée du marché concerné et de l'impact des pratiques en cause, fait valoir que la différenciation tarifaire qu'elle a pratiquée en 2003 et 2004 entre appels on net et appels off net pour ses cartes prépayées n'a ni produit, ni pu produire le moindre effet anticoncurrentiel sur le marché ; qu'en effet, cette différenciation est bénéfique au consommateur en ce qu'elle permet de répercuter à son profit à travers les prix de détail la différence des coûts de gros des appels on net et off net et qu'en tout état de cause ; elle n'a concerné que des offres de cartes prépayées représentant moins de 46 % de son parc grand public alors que BTC avait axé sa stratégie sur les forfaits ; qu'en outre, la mise en place de la mesure conservatoire n'a pas sensiblement modifié le comportement des clients puisque la répartition des appels on net et off net n'a pas été nettement modifiée par la mise en oeuvre de la mesure conservatoire, ce qui suffit à démontrer l'absence de tout effet de la pratique sur le marché ; que, de plus, du fait de l'équilibre des flux

d'appels entre elle et BTC et de l'asymétrie des charges de terminaison d'appel en faveur de BTC, les flux financiers nets de terminaison d'appel ont toujours été excédentaires pour BTC et déficitaires pour elle ; qu'en réplique aux observations de l'Autorité, la requérante insiste sur l'absence de démonstration par la Décision d'un lien de causalité entre la pratique de différenciation et l'exploitation abusive d'un pouvoir de marché sur la terminaison d'appel, sur la justification des écarts de prix par les écarts de coûts et sur l'absence d'effets anticoncurrentiels réels et répond aux critiques adressées par l'Autorité aux résultats de l'étude Mapp ;

Mais(...) , en premier lieu, (...) ainsi qu'il a été dit, la démonstration d'effets potentiels suffit à caractériser une pratique anticoncurrentielle ; qu'en l'espèce, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision démontre l'existence de tels effets, de même, au surplus, que celle d'effets réels même si ceux-ci ne peuvent être quantifiés isolément de ceux des autres pratiques mises en oeuvre par l'opérateur dominant (Cf l'évolution sus-rappelée des parts de marché d'Orange Caraïbe et de BTC) ;

(...) , si, ainsi que le souligne la requérante, la pratique de différenciation tarifaire n'a concerné que les cartes prépayées, il n'en demeure pas moins qu'elle a concerné toutes les offres de cartes prépayées d'Orange Caraïbe, soit environ 46% de son parc client ; qu'en outre, les cartes prépayées, également proposées par BTC, concernent plus particulièrement une clientèle de primo-accédants importante dans le jeu concurrentiel entre opérateurs ;

(...) s'agissant de l'effet de réseau ou "effet de club", qui se produit lorsque l'avantage que le consommateur tire d'un service augmente avec le nombre de personnes qui consomment le même service, (...) la Décision retient, exactement que l'importance du renforcement de cet effet est notamment fonction de l'asymétrie des parts de marché entre les opérateurs et de l'importance de la différenciation tarifaire entre appels on net et appels off net; qu'en l'espèce, les positions des deux opérateurs présents en 2003 et 2004 sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane étaient fortement asymétriques, Orange Caraïbe détenant à elle seule 83 % des parts de marché fin 2003 ; que, de plus, l'écart tarifaire entre les appels des clients d'Orange Caraïbe vers les mobiles de cet opérateur et les appels des mêmes vers les mobiles de BTC était très significatif, variant selon les cartes de 53% à 70 % ; que, dès lors qu'un consommateur a plus de 80% de chance d'appeler un correspondant abonné chez l'opérateur qui détient plus de 80% du parc client, et que les appels on net facturés par ce dernier sont significativement moins chers que ceux des appels off net, un client potentiel est incité à contracter avec l'opérateur dominant ; qu'il n'est pas utilement contesté que la pratique de différenciation tarifaire d'Orange Caraïbe a eu pour effet de renforcer artificiellement, par un "effet club", l'attractivité du réseau de cet opérateur ;

(...) , en outre, (...) ainsi que le relève la Décision, la pratique en cause, faisant apparaître BTC comme un opérateur cher, a contribué à dégrader l'image de BTC ;

(...) par ailleurs, la différenciation tarifaire a pu conduire certains clients à éviter ou ne pas faire durer les appels off net, réduisant ainsi artificiellement le volume d'appels à destination de BTC et donc privant cet opérateur de revenus et marges sur la prestation de terminaison des appels sur son réseau ; qu'au surplus, si la requérante affirme que la pratique n'a pas effectivement eu un tel effet et en veut pour preuve qu'après la fin de la pratique, ses clients n'ont pas changé la répartition de leurs appels on net et off net, force est de constater que les résultats de l'étude dont elle se prévaut ne corroborent pas cette affirmation ; qu'en effet, cette étude porte sur toutes les offres prépayées alors que sont seules concernées par la pratique les cartes prépayées, étant observé que l'inclusion des forfaits prépayés conduit à sous-estimer les effets de la mise en oeuvre des mesures conservatoires ; qu'en outre, l'étude se fondant sur l'évolution de la part des appels on net entre janvier 2004 et octobre 2005, la période observée n'est pas suffisamment significative s'agissant tant de la période antérieure à la pratique que de celle, limitée à six mois, suivant le prononcé des mesures conservatoires ;

(...) en deuxième lieu, si une différenciation tarifaire entre appels on net et appels off net pourrait être objectivement justifiée par l'existence de différences entre les charges de terminaison qui doivent être acquittées, la Décision démontre que tel n'était pas le cas en l'espèce (Cf n° 359 et suivants) dès lors notamment que les tarifications des charges de terminaison d'appel de BTC et d'Orange Caraïbe étaient identiques jusqu'en janvier 2004, puis de 2004 à janvier 2005 d'une différence comprise entre 1,472 et 2,544 centimes d'euros alors que la différence de tarification entre les appels on net et les appels off net pratiquée par Orange Caraïbe était comprise entre 2,028 et 26 centimes d'euros ;

(...) , par ailleurs et contrairement à ce que soutient la requérante, c'est à juste titre que la Décision (n° 338) retient qu'une différenciation tarifaire entre appels on net et appels , off net ne pourrait être objectivement justifiée par l'existence de coûts de transfert internes, pour la terminaison des appels on net, qui seraient inférieurs à la charge de terminaison facturée aux concurrents ;

(...) en dernier lieu, (...) la requérante n'est pas fondée à invoquer une absence de démonstration par la Décision d'un lien de causalité entre la pratique de différenciation et l'exploitation abusive d'un pouvoir de marché sur la terminaison d'appel ; qu'est sur ce point, approuvée l'analyse de la Décision (n° 335 et suivants) ;

(...) il résulte de tout ce qui précède que les contestations de la requérante ne sont pas fondées et que la Décision doit être approuvée en ce qu'elle a dit établi le grief n° 5 ;

Sur le grief n° 7

(...) ainsi qu'il a été dit ce grief vise la pratique de France Télécom consistant à avoir maintenu la commercialisation de l'"Avantage Améris" après l'arrivée sur le marché de Bouygues Télécom Caraïbes à la fin de l'année 2000 et jusqu'au 21 mai 2002, date à laquelle cette option a été remplacée par une nouvelle offre dite "Avantage Mobiles Plus" et à avoir, après le 21 mai 2002 et jusqu'à fin 2005, maintenu l'"Avantage Améris" au bénéfice des clients qui l'avaient souscrit avant le 21 mai 2002 ;

(...) l'option tarifaire gratuite, dite "Avantage Améris" proposée par France Télécom à ses abonnés professionnels (entreprises et collectivités) permettait à ceux qui y souscrivaient de se voir appliquer un taux de réduction sur le prix des appels fixes vers les mobiles du réseau Améris (marque commerciale de France Caraïbe Mobile, devenue Orange Caraïbe) ; (...) les montants de cet avantage, les conditions de sa commercialisation et de son maintien et son "historique réglementaire » sont précisés par la Décision (n° 134 à 141) à laquelle il est renvoyé sur ces points ;

(...)

si, avant l'entrée de Bouygues Télécom Caraïbe sur le marché, l'"Avantage Améris" ne soulevait pas de difficulté au regard du droit de la concurrence dans la mesure où le réseau Améris (France Caraïbe Mobile devenue Orange Caraïbe) était le seul réseau de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane, le maintien de la commercialisation par France Télécom, opérateur dominant sur les marchés de communications vocales fixes dans cette zone, de cet Avantage, lorsqu'en 2001 Bouygues Télécom Caraïbe a proposé dans la même zone des services de téléphonie mobile, a conduit à une différenciation tarifaire entre, d'une part, les appels fixes vers les mobiles Orange Caraïbe et, d'autre part, les appels fixes vers les mobiles Bouygues Télécom Caraïbe ; (...) ainsi que le retient la Décision (n° 375 à 379), une telle différence de traitement ne reposait sur aucune justification objective dès lors que jusqu'en janvier 2004, les charges de terminaison d'appel facturées par les différents opérateurs de téléphonie mobile étaient identiques et qu'après cette date, la baisse de ces charges par Orange Caraïbe a été répercutée par France Télécom dans les tarifs de ses communications fixes vers mobiles ;

(...) en offrant à ses clients professionnels des réductions tarifaires sur les volumes des appels fixes vers les mobiles Orange Caraïbe et donc en réduisant le coût des appels fixes vers le réseau mobile de sa filiale par

rapport à celui des appels fixes vers le réseau mobile des concurrents de sa filiale (Bouygues Télécom Caraïbe dès le mois de décembre 2000, puis Outremer Télécom lorsqu'elle est entrée sur le marché de la téléphonie mobile fin 2004 en Guyane et fin 2005 en Martinique et Guadeloupe), France Télécom a permis à ses clients professionnels qui choisissaient Orange Caraïbe pour leur flotte de téléphones mobiles de réduire les coûts de leurs appels depuis leurs postes fixes vers leurs flottes de téléphones mobiles, les incitant de ce fait à choisir l'opérateur Orange Caraïbe ; (...) ainsi que le retient la Décision, France Télécom a, ce faisant, octroyé à sa filiale un avantage sensible dans la commercialisation de ses propres services auprès des entreprises, des collectivités et des organismes publics;

(...) il en résulte que, contrairement à ce qui est soutenu, la Décision a établi que la pratique de discrimination tarifaire reprochée à France Télécom, 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 constitutive d'un abus par cette société de sa position dominante sur le marché des services de téléphonie fixe de la zone Antilles-Guyane en ce qu'elle visait à favoriser sa filiale de téléphonie mobile, au surplus elle-même en position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile dans la même zone géographique, en rendant plus difficile l'entrée et le développement de concurrents de cette dernière sur le marché ;

(...) la qualification d'abus au sens de l'article 102 du TFUE ne saurait être écartée du seul fait que l'"Avantage Améris" ne concernait plus à la fin de l'année 2005 que 6% du chiffre d'affaires "fixe vers mobiles" de France Télécom, pas plus que du fait que la détérioration de la position concurrentielle des concurrents d'Orange Caraïbe n'est pas spécifiquement quantifiée indépendamment des autres pratiques reprochées aux opérateurs dominants dans la zone géographique concernée ;

(...) le fait invoqué que l'"Avantage Améris" a été homologué le 31 octobre 2000 par le ministre de l'Economie, après avis favorable de l'ART du 25 octobre 2000 est sans incidence sur la qualification de la pratique en cause au regard des règles de concurrence ; (...) ce n'est donc qu'au surplus qu'il est observé que l'avis de l'ART a été rendu alors que Améris (Orange) était le seul réseau mobile de la zone Antilles-Guyane, (...) en outre, l'ART avait précisé (relativement à la même offre qu'"Avantage Améris" mais développée en métropole) que "dès lors que les tarifs sont fixés par France Télécom (...), les options tarifaires correspondantes s'appliquent à l'ensemble des appels vers tout réseau mobile", (...) au surplus, France Télécom qui indique elle-même s'être spontanément engagée auprès de l'ARCEP (anciennement ART) à étendre l'"Avantage Améris" à tous les opérateurs mobiles, ne l'ignorait pas ;

(...) enfin, (...) c'est par d'exacts motifs qui ne sont pas utilement contredits et que la cour adopte (n° 385 et 386) que la Décision retient, d'une part, qu'aucune homologation ministérielle n'était nécessaire pour que France Télécom cesse la commercialisation de l'"Avantage Améris" et, d'autre part, qu'il n'existait aucun obstacle juridique à ce que France Télécom résilie, en cours de contrat, l'"Avantage Améris" à l'égard des clients qui en étaient bénéficiaires (Cf article 8 des conditions générales d'abonnement) » ;

1°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS QU'en retenant, pour son appréciation des effets prétendus des pratiques en cause une érosion des parts de marché de la société Bouygues Télécom Caraïbe quand cette érosion est due, au moins pour partie, au nettoyage de grande envergure de la base d'abonnés de la société Bouygues Télécom 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°) ALORS 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 ;

- ET AUX MOTIFS QU' :

« aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce "Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction." "Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante."

(...) c'est à juste titre que la Décision (n° 446 à 450) a apprécié la gravité des pratiques en tenant compte tant de leur nature que de la responsabilité particulière d'Orange Caraïbe, filiale de l'opérateur historique, et ayant disposé pendant plus de quatre ans d'un monopole de fait sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone concernée ;

(...) en effet, les pratiques en cause sont des abus d'exclusion, graves en elles-mêmes en ce qu'elles tendent à l'élimination du marché de concurrents réels ou potentiels ; (...) en outre, elles ont été mises en oeuvre par la filiale de l'opérateur historique sur des marchés caractérisés par l'existence de

barrières à l'entrée significatives (Cf Décision n° 35 et suivants) ; (...) de plus, le nombre, le cumul et l'interaction des comportements anticoncurrentiels mis en oeuvre en même temps ont exactement été pris en compte au titre de la gravité des faits ;

(...) en particulier, (...) France Télécom ne peut contester que la discrimination résultant de l'Avantage Ameris maintenu grâce à sa puissance d'opérateur historique pour favoriser sa filiale Orange Caraïbe sur un marché censé être plus concurrentiel, revêt une particulière gravité, étant observé qu'ainsi qu'il a été vu, rien ne s'opposait à ce que France Télécom cesse de commercialiser ou de maintenir cet Avantage après l'arrivée de BTC sur le marché ;

(...) par ailleurs, Orange Caraïbe dont la dominance était significative, ne peut, au vu des développements qui précèdent, soutenir que les pratiques en cause auraient été dépourvues de tout impact alors qu'elles ont créé ou laissé subsister des freins artificiels à l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché et rendu plus difficiles la pénétration et le développement de BTC sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone Antilles- Guyane ; (...) la requérante ne peut davantage soutenir, sans en justifier, que la faiblesse de BTC ne serait due qu' à ses erreurs stratégiques et ce, au surplus, alors même qu'elle ne peut imputer à faute à BTC d'être entrée "tardivement" sur ledit marché sur lequel Orange Caraïbe est restée en monopole de fait pendant plus de quatre ans, ni contester (Cf tableau reproduit en page 123 de ses premières écritures) que BTC avait en 2001 et 2002 acquis aux Antilles une part de marché de 25%, part qui s'est tassée autour de 20% en 2003 et 2004, période durant laquelle toutes les pratiques en cause se cumulaient, avant de s'améliorer à nouveau légèrement en 2005 après le prononcé des mesures conservatoires, puis plus nettement début 2006 ;

(...) les requérantes ne sont pas fondés en leurs contestations de l'appréciation par la Décision de la gravité des faits ;

(...) s'agissant du dommage causé à l'économie, (...);

ainsi que le constate la Décision, qui rappelle la durée de chaque pratique (n° 454), si certaines pratiques ont été d'une durée relativement brève (Cf grief n°5), c'est en raison de la mise en oeuvre des mesures conservatoires prononcées fin 2004 ; (...) en outre, la Décision (n° 456 et suivants) a montré qu'Orange Caraïbe captait en 2004, 80% du marché de détail des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles- Guyane, marché évalué en 2005 à environ 300 millions euros, et relevé que l'érosion des parts de marché d'Orange Caraïbe avait commencé quelques mois après le prononcé des mesures conservatoires et qu'en 2008, elle détenait 54,5% des parts de marché en nombre de clients actifs, cette baisse devant être relativisée compte tenu de l'évolution moins marquée de ses parts de marché en

valeur ; (...) il ne peut ainsi être soutenu que les pratiques n'auraient eu aucun impact, ni, ainsi qu' il a été dit, être allégué une inefficacité supposée de BTC ; (...) si, ainsi que le relève la Décision, ces pratiques n'ont pas eu pour effet d'éliminer BTC du marché, leur mise en oeuvre, dont les effets ont été établis au stade de l'examen de chaque grief, a eu pour effet de rendre plus difficiles l'entrée et le développement de BTC sur le marché de la téléphonie mobile dans la zone concernée et de retarder le développement de la concurrence dans cette zone, permettant à Orange Caraïbe d'éviter, au détriment des consommateurs, une concurrence vive jusqu'à ce que les mesures conservatoires et les interventions du régulateur sectoriel modifient "la dynamique concurrentielle sur le marché" (Cf avis de l'ARCEP cité par la Décision n° 466) ; (...) il doit de surcroît être observé que tant les caractéristiques du marché des services de téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane décrites par la Décision (n° 31 à 42) que les évolutions du marché après 2005 confirment la sensibilité de la demande de tels services aux prix ; (...) enfin, France Télécom ne peut reprocher à la Décision d'avoir évalué le dommage causé à l'économie au regard de données relatives aux seuls opérateurs de téléphonie mobile alors que les pratiques qui lui sont imputées sont fondées sur l'existence d'une unité économique entre elle et Orange Caraïbe et que, s'agissant des deux pratiques qui lui sont reprochées d'avoir elle seule mises en oeuvre, elles concernent les appels vers les mobiles de sa filiale de téléphonie mobile ;

(...)

il résulte de tout ce qui précède que les critiques développées par les requérantes relativement au dommage causé à l'économie ne sont pas fondées à l'exception de celles relatives au dommage qu'aurait causé la pratique visée par le grief n° 8 » ;

13°) ALORS 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°) ALORS 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°) ALORS 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°)ALORS QU'en retenant, pour l'appréciation des sanctions infligées aux exposantes l'évolution des parts de marché respectives des sociétés Bouygues Télécom 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 Télécom Caraïbe, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

- AUX MOTIFS ENFIN QUE :

« s'agissant de la réitération des pratiques, (...)

d'une part, contrairement à ce qui est soutenu, les principes de l'arrêt Akzo Nobel du 10 septembre 2009 par lequel la CJCE a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt du TPICE du 12 décembre 2007 sont issus d'une jurisprudence antérieure et la circonstance que cet arrêt soit intervenu quelques jours avant la séance de l'Autorité ne saurait porter atteinte au principe de sécurité juridique ;

(...) d'autre part (...) les règles concernant l'imputabilité et la détermination de la notion d'entreprise - à la différence de celles relatives aux sanctions qui relèvent du principe d'autonomie procédurale - sont des règles de fond dont l'application s'impose aux autorités nationales de concurrence lorsqu'elles appliquent les articles 101 et 102 du TFUE ;

(...) contrairement à ce qui est soutenu, les règles en matière de réitération doivent suivre celles appliquées en matière d'imputabilité (Cf Décision n° 470 et suivants) ; (...) il n'est pas, ce faisant, porté atteinte au principe de personnalité des peines, l'entreprise sanctionnée pour avoir contrevenu aux règles des articles 101 et 102 TFUE étant celle (entité économique unique) à laquelle sont imputées des pratiques contraires à ces dispositions, et ce, le cas échéant, en réitération lorsqu'une des personnes morales composant cette entreprise au sens desdits articles, a déjà été sanctionnée pour le même type d'infraction ; (...) ainsi que l'observe l'Autorité, si tel n'était pas le cas, la notion d'entreprise devrait être appréciée de façon différente aux différents stades de l'analyse des pratiques sanctionnées alors même que les sanctions doivent être prononcées à l'encontre de l'auteur de l'infraction tel qu'identifié au stade de l'imputabilité du comportement infractionnel ;

(...) en l'espèce, (...) ainsi qu'il a été dit plus haut, le droit de l'Union est applicable et les sociétés France Télécom et Orange Caraïbe forment une entreprise unique au sens des dispositions des articles 101 et 102 TFUE ;

(...) les sanctions et donc leurs éventuelles majorations sont encourues par l'auteur des infractions ci-dessus décrites et donc par l'entreprise au sens des textes d'incrimination à laquelle ces infractions sont imputées, à savoir les sociétés France Télécom et Orange Caraïbe ;

(...) les requérantes ne sont par conséquent pas fondées à contester la Décision en ce qu'elle retient que les pratiques anticoncurrentielles mises en oeuvre par France Télécom précédemment constatées dans d'autres décisions, peuvent être opposées au titre de la réitération à l'entreprise que forme, au sens des articles devenus 101 et 102 du TFUE, France Télécom avec sa filiale Orange Caraïbe ;

(...) enfin, (...) contrairement à ce qui est soutenu, 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 ; (...) ainsi que le retient la Décision, la réitération peut être retenue lorsque les nouvelles pratiques sont identiques ou similaires par leur objet ou leurs effets à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ;

(...) la Décision (n° 475 à 483) retient la réitération au regard de plusieurs décisions ayant constaté des pratiques anticoncurrentielles mises en oeuvre par France Télécom; (...) les requérantes contestent la pertinence des décisions retenues ;

Considérant qu'il s'agit des décisions suivantes :

- Conseil de la concurrence n° 94-D-21 du 22 mars 1994 sanctionnant une entente entre France Télécom et une de ses filiales en position dominante sur le marché de la publicité dans les annuaires France Télécom, retenue comme constitutive d'une pratique concertée d'exclusion limitant l'accès au marché des agences de publicité ;

- Conseil de la concurrence n° 97-D-53 du 1er juillet 1997 retenant que France Télécom a abusé de son monopole légal sur le réseau Numéris en 1993 en favorisant sa filiale Transpac, exploitant le réseau public Transpac; en accordant la gratuité des frais d'accès à Numéris ainsi qu'un abonnement gratuit de deux mois et en permettant ainsi à la société Transpac d'intégrer dans les offres présentées à plusieurs clients lesdits avantages, et que la société Transpac a abusé de sa position dominante en pratiquant un rabais rétroactif sur le trafic Transpac, ces pratiques ayant pour objet de protéger une technologie au détriment d'une autre et ayant pu avoir pour effet de limiter l'accès au marché considéré à la technologie VSAT considérée alors comme susceptible de pouvoir concurrencer les services offerts par la société Transpac via le canal D de Numéris;

- Cour d'appel de Paris du 29 juin 1999 jugeant que France Télécom a abusé de sa position dominante sur le marché de la liste des abonnés au téléphone en mettant en oeuvre, sur le marché aval des fichiers de prospection, une discrimination de prix en imputant des charges d'accès à la structure qu'elle gère moindres que celles qu'elle facture à ses concurrents ;

- Conseil de la concurrence n° 01-D-46 du 23 juillet 2001 estimant que la société France Télécom a, en 1999, abusé de la position dominante qu'elle détenait sur des marchés du secteur des télécommunications, en tentant d'entraver l'accès de nouveaux concurrents au marché des grands comptes, par des moyens. qui ne relèvent pas d'une concurrence par les mérites

- Conseil de la concurrence n° 05-D-59 du 7 novembre 2005 sanctionnant la société France Télécom pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de gros de l'accès à Internet haut débit en refusant à un opérateur concurrent l'accès à une infrastructure essentielle, empêchant l'entrée de concurrents sur un marché naissant dont le dynamisme a été freiné ; étant observé que cette décision n'a pas été prise en compte par la Décision que pour le grief n° 7 (avantage Améris) imputé à France Télécom qui s'est poursuivi après le 7 novembre 2005 (n° 477) ;

(...) ces décisions ont toutes appréhendé des comportements de France Télécom qui, comme en l'espèce, tendaient à empêcher, à entraver ou à freiner l'entrée sur un marché de nouveaux concurrents et de nature à rendre artificiellement plus difficile l'exercice d'une pression concurrentielle de nouveaux opérateurs sur des marchés directement ou indirectement dominés par France Télécom ; (...) en raison de ces constats d'infractions, certes pour certains anciens, mais constamment renouvelés, France Télécom ne peut soutenir avoir ignoré les obligations résultant de la dominance ; (...) elle ne peut davantage soutenir que la Décision aurait méconnu le principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères en raison de la prise en compte de certaines pratiques sanctionnées avant l'entrée en vigueur de la loi NRE de 2001 permettant de tenir compte de la réitération pour déterminer la sanction ; (...) en effet, le facteur d'aggravation de la sanction n'est pas celui de la commission de pratiques antérieures, mais celui de la mise en oeuvre de pratiques du même type que les précédentes postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE,

(...) il résulte de tout ce qui précède que les moyens ne sont pas fondés et que la Décision doit être approuvée en ce qu'elle a, au titre de la réitération, majoré de 50% les sanctions prononcées solidairement à l'encontre de France Télécom et Orange Caraïbe au titre des griefs n° 1-1., 2, 4 et 5 et de 50% la sanction infligée à France Télécom au titre du grief n° 7 » ;

17°) ALORS 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°) ALORS 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.

Moyen produit au pourvoi n° A 13-22.477 par la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat aux Conseils pour la société Digicel Antilles françaises Guyane.

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté comme irrecevable le recours de Digicel en annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-D-36 en date du 9 décembre 2009 en ce que cette décision a dit que la seconde branche du grief n° 4 ne pouvait être établie, faute pour l'Autorité, en l'absence d'analyse précise et approfondie des offres de forfait, d'être en mesure de se prononcer sur la licéité de ces offres au regard des règles de concurrence,

AUX MOTIFS QUE

« Sur le grief n° 4

Considérant que le grief n° 4 était ainsi libellé dans la notification de griefs (n° 403) établie le 1er août 2008 :

« Il est fait grief 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 telles pratiques doivent 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 elles 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 Télécom Caraïbe sur le marché en décembre 2000 et d'Outremer Télécom en 2005, sans qu'elles puissent être justifiées à suffisance par des contreparties au bénéfice aux consommateurs et/ou au marché ».

Considérant que les termes de ce grief ont été rappelés par le rapport (page 65), qui indique, notamment : « sur la prétendue imprécision du grief, il convient de constater que 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 seconde branche vise de manière plus générale, la pratique visant à ne proposer, pour les offres de forfait que des engagements initiaux de 12 mois et des réengagements pour des périodes de 24 mois ».

Considérant (...) que la société Digicel, soutenue par OMT, reproche à la Décision de ne pas avoir estimée établie la seconde branche du grief ;

(...)

- Sur la seconde branche du grief n° 4 :

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit, la seconde branche du grief reproche à Orange Caraïbe, de manière générale, comme constitutif d'un abus de sa position dominante, le fait d'avoir proposé et de ne proposer 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 ;

Considérant que la Décision (n° 328) retient que "Dans la mesure où ni l'enquête administrative, ni l'instruction n'ont porté sur l'analyse précise et approfondie des offres de forfaits proposées par Orange Caraïbe, des justifications économiques - liées notamment à la subvention du terminal - associées à ces offres et des effets de fermeture du marché qui pourraient résulter de la seule durée imposée pour les engagements ou les réengagements, l'Autorité n'est pas en mesure de se prononcer sur la licéité de ces offres au regard des règles de concurrence."

Considérant que la société Digicel, soutenue par la société OMT qui forme des demandes aux mêmes fins, prie la cour de constater que la seconde branche du grief n° 4 visait une pratique de fidélisation après le printemps 2005 consistant à proposer dans le cadre de l'offre "Changez de mobile" à l'abonné d'utiliser ses points pour obtenir une subvention du terminal contre un réengagement de deux ans, de dire que le dossier de l'instruction contient tous les éléments permettant de se prononcer sur cette offre, et par conséquent, d'annuler partiellement la Décision et à défaut la réformer en ce qu'elle a écarté ce grief en indiquant qu'elle n'était pas en mesure de se prononcer en raison du caractère incomplet de l'instruction, puis, statuant à nouveau, de dire établi l'abus par Orange Caraïbe de sa position dominante en raison du caractère anticoncurrentiel de cette offre et de prononcer une amende ; qu'à titre subsidiaire, la société Digicel entend faire juger que l'Autorité a l'obligation de se prononcer sur tous griefs notifiés et prie par conséquent la cour d'annuler la Décision en ce qu'elle a omis de se prononcer sur la seconde partie du grief n°4 et, statuant à nouveau, de renvoyer l'affaire à l'Autorité pour complément d'instruction sur ce point ;

Mais considérant que les sociétés Digicel et OMT dénoncent en réalité, au titre de la seconde branche du grief n° 4, une offre de fidélisation postérieure à 2005 qui aurait permis à la société Orange Caraïbe de maintenir le caractère fidélisant anticoncurrentiel du programme "Changez de mobile" après 2005 par le biais d'un contournement de la décision de mesures

conservatoires du 9 décembre 2004 imposant à Orange Caraïbe 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” ;

Considérant qu’ainsi qu’il a été rappelé ci-dessus (Cf. notification de griefs et rapport) et contrairement à ce qui est soutenu, la seconde branche du grief n° 4 ne porte pas sur une prétendue offre de fidélisation postérieure à 2005 mais porte, de manière générale, sur les durées d’engagement et de réengagement imposées aux consommateurs pour les offres de forfaits ;

Qu’il en résulte que les requérantes dénoncent une pratique qui n’a pas fait l’objet d’un grief notifié ; qu’elles ne sont dès lors pas recevables à demander à la cour de dire cette pratique établie ou de renvoyer l’affaire à l’instruction de l’Autorité sur ce point; que leurs recours partiels ne peuvent qu’être rejetés »,

ALORS, D’UNE PART, 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 » (notification p. 127, § 403 ; cf. également p. 82, point 4.4.2.2) 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,

ALORS, D’AUTRE PART, 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,

ALORS, ENSUITE ET SUBSIDIAIREMENT, 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 » (§ 184, p. 66 du rapport), 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 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,

ET ALORS ENFIN QUE 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 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.