

COMM.

C.B.

COUR DE CASSATION

Audience publique du **29 juin 2007**

Cassation partielle

M. TRICOT, président

Arrêt n° 1020 FS-P+B+I

Pourvois n° U 07-10.303 JONCTION
 Z 07-10.354
 W 07-10.397

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

I - Statuant sur le pourvoi n° U 07-10.303 formé par la société
Bouygues Télécom, société anonyme dont le siège est 20 quai du Point du
Jour, 92100 Boulogne-Billancourt,

contre l'arrêt rendu le 12 décembre 2006 par la cour d'appel de Paris
(1re chambre, section H), dans le litige l'opposant :

1°/ à l'association Union fédérale des consommateurs - Que
Choisir (UFC-Que Choisir), dont le siège est 11 rue Guénot, 75555 PARIS
cedex 11,

2°/ au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,
domicilié 59 boulevard Vincent Auriol, 75003 Paris,

défendeurs à la cassation ;

En présence :

1°/ de la société SFR, société anonyme dont le siège est 42 avenue Friedland, 75008 Paris,

2°/ de la société Orange France, société anonyme dont le siège est 41-45 boulevard Romain Rolland, 92120 Montrouge ;

II - Statuant sur le pourvoi n° Z 07-10.354 formé par la société anonyme Orange France,

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

1°/ à l'association UFC-Que Choisir,

2°/ au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie,

défendeurs à la cassation ;

En présence :

1°/ de la société anonyme SFR,

2°/ de la société anonyme Bouygues Télécom ;

III - Statuant sur le pourvoi n° W 07-10.397 formé par la société anonyme SFR,

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

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

2°/ à l'association UFC-Que Choisir,

défendeurs à la cassation ;

La demanderesse au pourvoi n° U 07-10.303 invoque, à l'appui de son recours, six moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° Z 07-10.354 invoque, à l'appui de son recours, quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° W 07-10.397 invoque, à l'appui de son recours, six moyens de cassation également annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article L. 131-6-1 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 26 juin 2007, où étaient présents : M. Tricot, président, Mme Beaudonnet, conseiller référendaire rapporteur, Mmes Garnier, Tric, Betch, MM. Petit, Jenny, conseillers, MM. Truchot, Mmes Farthouat-Danon, Michel-Amsellem, MM. Pietton, Salomon, Mme Maitrepierre, conseillers référendaires, M. Main, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les observations de la SCP Thomas-Raquin et Benabent, avocat de la société Bouygues Télécom, de la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat de l'association UFC-Que Choisir, de Me Ricard, avocat du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, de la SCP Defrenois et Levis, avocat de la société Orange France, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société SFR, les conclusions de M. Main, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Joint les pourvois n° W 07-10397 formé par la société SFR, n° U 07-10.303 formé par la société Bouygues Télécom et n° Z 07-10.354 formé par la société Orange France, qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, s'étant saisi d'office le 28 août 2001 de la situation de la concurrence dans le secteur de la téléphonie mobile et ayant été saisi le 22 février 2002 par l'association UFC-Que Choisir de pratiques d'ententes mises en oeuvre par les sociétés Bouygues Télécom (Bouygues), SFR et Orange France (Orange) sur le marché des services de téléphonie mobile, le Conseil de la concurrence (le Conseil) a, par décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005, dit que ces trois opérateurs ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, d'une part, en échangeant régulièrement, de 1997 à 2003, des informations confidentielles relatives audit marché, de nature à réduire l'autonomie commerciale de chacune d'elles et ainsi à altérer la concurrence sur ce marché oligopolistique, et d'autre part, en s'entendant pendant les années 2000 à 2002 pour stabiliser leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun ; qu'il leur a infligé des sanctions pécuniaires allant de 16 à 41 millions d'euros pour les premiers faits et de 42 à 215 millions d'euros pour les seconds et a ordonné des mesures de publication ; que la cour d'appel a rejeté les recours en annulation ou en réformation formés par les trois sociétés ;

Sur le premier moyen du pourvoi formé par la société Bouygues :

Attendu que la société Bouygues fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen :

1 ° qu'en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14.1 du Pacte international des droits civils et politiques, le défaut de publicité entachant une procédure de première instance ne peut être compensé devant la juridiction de recours, sauf s'il est établi concrètement que l'instance de recours a permis d'envisager publiquement tous les points litigieux débattus et tranchés non publiquement au premier degré ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, la publicité devant la cour d'appel ne pouvant pas compenser le défaut de publicité devant le Conseil de la concurrence dès lors que la cour d'appel n'a pas les mêmes pouvoirs que ledit Conseil ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2 ° que l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme impose le respect du principe de l'égalité des armes ; que ce principe est méconnu quand la partie poursuivie se voit opposée à trois représentants de l'administration poursuivante, en l'occurrence le Conseil de la concurrence, le ministre de l'économie, et le ministère public ; qu'en l'espèce, en admettant néanmoins que dans ces circonstances, l'article 6 de la Convention précitée n'avait pas été méconnu, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Mais attendu, d'une part, que c'est sans méconnaître les dispositions invoquées que l'arrêt retient que le fait que les débats devant le Conseil ne sont pas publics en application de l'article L. 463-7 du code de commerce, ne saurait faire grief aux parties intéressées dès lors que les décisions prises par le Conseil subissent a posteriori le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ;

Attendu, d'autre part, que le moyen, qui manque en fait en ce qu'il soutient que la société Bouygues se serait vue opposée à trois représentants de l'administration poursuivante, invoque à tort une rupture de l'égalité des armes dès lors que cette société a été en mesure de prendre connaissance de l'ensemble des observations présentées à la cour d'appel et d'y répliquer par écrit ou oralement ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen du pourvoi formé par la société SFR et sur le deuxième moyen du pourvoi formé par la société Bouygues, réunis :

Attendu que ces sociétés font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leurs recours contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen :

1° que le secret de l'instruction contribue au respect de la présomption d'innocence et garantit l'impartialité du Conseil de la concurrence ; que l'administration de la concurrence, comme les fonctionnaires spécialement habilités pour établir des procès-verbaux et des rapports transmis au Conseil sont tenus au secret de l'instruction ; qu'en décidant qu'aucune violation du secret de l'instruction n'était caractérisée à défaut d'établir qu'elle était imputable en l'espèce aux membres ou aux services du Conseil, après avoir constaté que le rapport litigieux remis à la presse avait été rédigé et transmis au Conseil de la concurrence par la DGCCRF, c'est-à-dire par une administration tenue, elle aussi, au secret de l'instruction, la cour d'appel a violé les articles L. 450-1 et suivants du code de commerce, ensemble l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2° que le secret de l'instruction contribue au respect de la présomption d'innocence et garantit l'impartialité du Conseil de la concurrence ; que la nullité de la procédure est encourue, lorsque la violation du secret de l'instruction a porté atteinte aux intérêts de la personne poursuivie ou que l'impartialité du Conseil peut être mise en doute ; qu'en retenant, pour décider qu'à supposer même que la diffusion à la presse du rapport d'enquête établi par la DGCCRF accablant avant l'heure les opérateurs de téléphonie mobile puisse constituer une violation du secret de l'instruction, que la nullité de la procédure suivie devant le Conseil, n'était en toute hypothèse pas encourue dans la mesure où il n'était pas établi "que les opérateurs avaient été empêchés d'exercer leurs droits de la défense", quand la seule atteinte portée à ces droits suffit à vicier la procédure, la cour d'appel a violé de plus fort l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ qu'en vertu des articles 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, et 14-2 du Pacte de New York relatif aux droits civils et politiques, ainsi que de l'article 9-1 du code civil, toute personne poursuivie a droit à la présomption d'innocence ; que ce droit est indépendant de la question de savoir s'il y a eu violation d'un secret ; qu'en l'espèce, indépendamment de la question de savoir si lors de la procédure devant le Conseil, la société Bouygues a pu présenter sa défense, conformément à l'article 6 § 3 de la Convention précitée, la cour d'appel aurait dû rechercher si la présomption d'innocence dont devait bénéficier l'opérateur n'était pas atteinte du fait des articles de journaux antérieurs à la décision du Conseil, présentant les opérateurs de téléphonie mobile comme ayant avoué le "Yalta" des mobiles, ce qui ne pouvait pas manquer de présenter les entreprises poursuivies comme coupables avant d'avoir été

jugées et de fausser les résultats de la procédure, peu important de savoir si la fuite à l'origine de ces parutions dans la presse était imputable ou non aux membres du Conseil ; qu'en n'effectuant pas cette recherche essentielle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des textes susvisés ;

Mais attendu que, pour rejeter les demandes des parties tendant à l'annulation de la décision du Conseil en raison de violations du secret de l'instruction et d'atteintes à la présomption d'innocence résultant de la parution dans la presse d'articles contenant des éléments du rapport d'enquête et les présentant avant jugement comme coupables d'entente, l'arrêt, après avoir constaté que des éléments du rapport d'enquête administrative de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes daté du 14 mai 2004 ont été publiés dans la presse au mois d'août 2005, retient notamment qu'"aucune preuve n'est rapportée quant à l'origine de ces "fuites" ; qu'ayant ainsi souverainement estimé non rapportée la preuve d'une violation du secret de l'instruction par des personnes tenues au secret professionnel, la cour d'appel, qui n'avait pas à rechercher si des tiers, à l'encontre desquels la société Bouygues disposait du recours prévu par l'article 9-1 du code civil, avaient porté atteinte à la présomption d'innocence, ni à s'expliquer sur de simples allégations, dépourvues de toute offre de preuve, relatives à une méconnaissance éventuelle par le Conseil de la présomption d'innocence, a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen, qui, en ses première et deuxième branches, critique des motifs surabondants de l'arrêt, n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen du pourvoi formé par la société Orange France et sur le deuxième moyen du pourvoi formé par la société SFR, réunis :

Attendu que ces sociétés font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leurs recours contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen :

1° que la divulgation au public de la sanction infligée à une partie, même assortie d'une incertitude quant à son montant précis, entraîne par elle-même la révélation du principe d'une culpabilité certaine et d'une sanction financière, c'est-à-dire d'une condamnation devant intervenir ; qu'en rejetant le moyen tiré de la violation du secret du délibéré lorsqu'il résultait des constatations de l'arrêt que des journaux avaient annoncé, la veille de la communication officielle de sa décision par le Conseil de la concurrence, le montant de la sanction infligée aux opérateurs de téléphonie mobile, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation du principe du secret du délibéré ;

2° que le secret du délibéré est violé dès lors qu'il est manifeste que des informations ont été divulguées ; qu'il n'est pas nécessaire de démontrer de quelle manière le secret a été divulgué ; qu'ainsi, en justifiant sa décision sur la considération qu'aucun élément du dossier ne prouverait l'implication des services du Conseil de la concurrence dans la divulgation d'informations protégées par le secret, la cour d'appel s'est fondée sur un motif inopérant et violé le principe du secret du délibéré ;

3° qu'une décision du Conseil de la concurrence doit être annulée du seul fait de sa divulgation à la presse avant sa publication et ne peut être régularisée a posteriori ; qu'en motivant sa décision par la considération que le Conseil avait publié un communiqué de presse précisant que les fuites n'émanaient pas de lui, la cour d'appel s'est fondée sur un motif inopérant et a violé le principe du secret du délibéré ;

4° qu'une violation du secret du délibéré au détriment d'une partie caractérise une atteinte aux apparences du procès équitable ; qu'ainsi en rejetant le moyen tiré de la violation du secret du délibéré, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5° qu'une fois affectées les apparences du procès équitable, la détermination de l'origine de la divulgation du secret est sans influence sur lesdites apparences ; que la publication d'un communiqué de presse ne saurait rétablir des apparences déjà affectées ; qu'ainsi la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

6° que le secret du délibéré est une garantie d'impartialité applicable devant le Conseil de la concurrence ; que toute divulgation à la presse du contenu de la décision avant qu'elle ait été notifiée aux sociétés intéressées constitue une violation du secret du délibéré entraînant l'annulation de ladite décision ; qu'en décidant que le secret du délibéré n'avait pas été méconnu en l'espèce, tout en constatant que la notification aux parties de la décision n'était intervenue que le 6 décembre 2005, mais qu'un communiqué officiel du conseil de la concurrence annonçant leur déclaration de culpabilité et le montant des sanctions avait été diffusé dès le 1er décembre 2005, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 464-2 du code de commerce ;

7° que le secret du délibéré est une garantie d'impartialité applicable devant le Conseil de la concurrence ; que cette exigence doit s'apprécier objectivement ; qu'ainsi la divulgation par la presse pendant le cours du délibéré, avant même le communiqué officiel du Conseil, des

condamnations et du montant des sanctions pécuniaires qui allaient être infligées aux sociétés mises en cause constituée, quelle qu'en soit l'origine, un manquement à l'impartialité objective du Conseil justifiant l'annulation de sa décision ; qu'en décidant qu'à défaut d'identifier "la fuite" par laquelle les médias auraient été prématurément informés de l'issue du délibéré ou de démontrer l'implication des services du Conseil dans la divulgation de ces informations, aucun manquement ne pouvait lui être reproché, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à exclure tout doute légitime sur l'impartialité du Conseil, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et L. 464-2 du code de commerce ;

8° que le secret du délibéré est une garantie d'impartialité applicable devant le Conseil de la concurrence ; que cette exigence doit s'apprécier objectivement ; qu'en considérant que la publication d'un communiqué par le Conseil, après la parution prématurée dans la presse d'informations sur le montant des sanctions à intervenir, était de nature à le dédouaner de toute responsabilité de ce chef, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à exclure tout doute légitime sur l'impartialité du Conseil, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et L. 464-2 du code de commerce ;

9° que la société SFR avait précisément fait valoir que la presse avait insisté sur le caractère historique et record de l'amende qui allait être prononcée par le Conseil et annoncé la ventilation de cette sanction entre Orange et SFR ; qu'en se bornant à affirmer que les informations parues dans la presse étaient hypothétiques et approximatives, sans répondre à ce moyen de défense établissant que ces sanctions, exceptionnelles par leur ampleur, étaient imprévisibles, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

10° que le Conseil a condamné les trois opérateurs de téléphonie mobile à diverses amendes atteignant effectivement la somme "record" de 534 millions d'euros ; qu'en décidant que l'information parue dans la presse la veille du prononcé de la décision faisant état de ce que l'amende pourrait atteindre un demi milliard d'euros n'était qu'approximative et hypothétique, la cour d'appel a violé les articles 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu que, pour rejeter les demandes des parties qui sollicitaient l'annulation de la décision du Conseil en invoquant une violation du secret du délibéré résultant de la divulgation par la presse de la condamnation à intervenir, l'arrêt, après avoir constaté que certains journaux

avaient annoncé, la veille de la communication officielle du Conseil faisant état de sa décision, que l'amende serait "d'un demi-milliard d'euros au minimum" ou bien qu'elle "pourrait dépasser 500 millions d'euros", retient notamment que ces articles de presse ne font que mentionner des montants approximatifs des sanctions susceptibles d'être prononcées, laissant ainsi bien percevoir leur caractère hypothétique et approximatif ; qu'en l'état de ces seuls motifs, procédant de son appréciation souveraine, et faisant ressortir que les articles invoqués faisaient état d'hypothèses formulées par leurs auteurs, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties et qui n'avait pas à s'interroger sur les conséquences d'une divulgation prématurée, qu'elle estimait non établie, d'informations issues du délibéré du Conseil, a pu statuer comme elle a fait et a légalement justifié sa décision ; que le moyen qui, en ses deuxième, troisième, septième et huitième branches, critique des motifs surabondants de l'arrêt, n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen du pourvoi formé par la société Bouygues :

Attendu que cette société fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen, *qu'en vertu de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, et de l'article 14-3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la notification de griefs qui est assimilable à un acte d'accusation doit être claire et précise pour permettre aux parties de présenter utilement leur défense ; que tel n'est pas le cas d'une notification de griefs, dont le second grief est à ce point confus qu'il ne permet pas aux parties de savoir s'il est reproché aux entreprises une entente fondée sur un accord de volontés, ou sur une pratique concertée, laquelle s'analyse comme une forme de coordination entre entreprises, qui sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'un accord, substitue sciemment une coopération pratique entre les entreprises aux risques de la concurrence ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a considéré, comme le Conseil, que la notification de griefs visait une pratique concertée reposant sur un accord ; que ces deux notions étant distinctes, la cour d'appel aurait dû en déduire que la notification de griefs était confuse ; qu'en décidant néanmoins que la notification de griefs était claire, et n'avait pas privé les opérateurs de leurs droits de la défense, la cour d'appel a violé les articles 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et 14-3 du Pacte internationale relatif aux droits civils et politiques ;*

Mais attendu que, contrairement à ce qui est soutenu, la cour d'appel a relevé qu'il résulte clairement de la notification des griefs que le rapporteur a visé des pratiques anticoncurrentielles de concertation entre les trois opérateurs, pratiques dont la démonstration repose notamment sur des documents émanant de ces derniers et faisant référence à un "pacte" ; que le moyen manque en fait ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi formé par la société Bouygues Télécom, le quatrième moyen du pourvoi formé par la société SFR et le troisième moyen du pourvoi formé par la société Orange France, réunis :

Attendu que ces sociétés font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leurs recours contre la décision du Conseil, alors, selon le moyen :

1° qu'à supposer que la pratique querellée ait été qualifiée d'accord entre entreprises, il appartenait à l'autorité de concurrence de prouver l'existence de la volonté de chaque opérateur d'adhérer à l'accord ; qu'en l'espèce, la cour d'appel s'est fondée essentiellement sur la note de M. Bardon, président de SFR, ainsi rédigée : "PB --F. Esser P. Germond Michel Bon via D. Quillot est OK pour reconduire en 2001 l'accord de PDM 2000 en VB, bien qu'ils ne l'aient pas respecté au 2e semestre 2000. Philippe Montagner après avoir demandé 23 % VB, accepte 22 % rappel accord 2000 réel 2000 VB Proposition 2001 VN VB n° 1 46 % 47,4 46 % n° 2 34 % 32,4 34 % n° 3 21 % 20,2 22 % 101 % 102 %" que la cour d'appel en a déduit qu'il s'agit d'une proposition de répartition de parts de marché entre Orange, SFR et Bouygues, et qu'elle aurait été acceptée par M. Montagner, président de Bouygues, dès lors que le chiffre de 22 % au titre de la proposition correspond "à celui qui aurait été accepté selon les mentions raturées" ; qu'en statuant ainsi par voie de motifs hypothétiques, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

2° qu'à supposer que la pratique querellée ait été qualifiée d'accord entre entreprises, il appartenait à l'autorité de concurrence de prouver l'existence de la volonté de chaque opérateur d'adhérer à l'accord ; qu'en l'espèce, en se fondant sur les mentions raturées d'un document émanant d'un tiers pour en déduire que M. Montagner aurait accepté la proposition, sans s'expliquer comme elle y était invitée, sur le sens des triples ratures qui venaient occulter toute référence à Bouygues Télécom dans ce document, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 § 1 du Traité et L. 420-1 du code de commerce ;

3° qu'à supposer que la pratique querellée ait été qualifiée d'accord entre entreprises, il appartenait à l'autorité de concurrence de prouver l'existence de la volonté de chaque opérateur d'adhérer à l'accord ; qu'en l'espèce, la société Bouygues avait soutenu clairement et précisément que si les chiffres annoncés ont été réalisés par Orange et SFR, en revanche en ce qui la concerne, elle n'avait pas accepté de participer à une entente de gel de parts de marché à hauteur des chiffres prévus dans la note Bardon, dès lors que ces chiffres étaient non seulement contraires à ses objectifs mentionnés dans ses conseils d'administration, mais surtout, différents de ceux effectivement réalisés, puisque pour 2000 la part de

marché prétendument prévue était de 21 % tandis que Bouygues avait réalisé 22,4 %, et que pour 2001 la part de marché prétendument prévue était de 22 % tandis que Bouygues avait réalisé 20,4 % ; qu'en décidant néanmoins, que les prévisions de marché en ventes brutes pour l'année 2001, établies par les trois sociétés, "se sont vérifiées dans les faits, ainsi qu'il ressort de leurs propres données chiffrées", la cour d'appel a dénaturé le mémoire de la société Bouygues et violé l'article 4 du nouveau code de procédure civile ;

4° qu'à supposer que la pratique querellée ait été qualifiée d'accord entre entreprises, il appartenait à l'autorité de concurrence de prouver par un faisceau d'indices graves, précis et concordants, l'existence de la volonté de chaque opérateur d'adhérer à l'accord ; qu'en l'espèce, en déduisant l'accord de volontés de la société Bouygues du fait que M. Quillot, président d'Orange France, aurait fait référence dans certaines notes manuscrites à un "Yalta PDM", la cour d'appel n'a pas suffisamment justifié sa décision au regard des articles 81 § 1 du Traité et L. 420-1 du code de commerce ;

5° qu'à supposer que la pratique querellée ait été qualifiée de pratique concertée, il appartenait à l'autorité de concurrence de prouver que la concertation avait été suivie d'un parallélisme de comportement sur le marché ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu au titre du parallélisme de comportement le fait que SFR et Bouygues aient baissé les commissions versés aux distributeurs, certes moins significativement que ne l'a fait Orange ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher comme elle y était invitée, si les sommes versées à ses distributeurs par Bouygues n'avaient pas en réalité augmenté, dès lors qu'aux commissions susvisées, il fallait ajouter les sommes versées au titre de la coopération commerciale, les primes de volume, et les rémunérations versées au titre des services et options ; la cour d'appel privé sa décision de base légale au regard des articles 81 § 1 du Traité et L. 420-1 du code de commerce ;

6° qu'à supposer que la pratique querellée ait été qualifiée de pratique concertée, il appartenait à l'autorité de concurrence de prouver que la concertation avait été suivie d'un parallélisme de comportement sur le marché ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, a retenu au titre du parallélisme de comportement une baisse des "subventions" sur les abonnements (post-payés), sans constater que Bouygues aurait baissé les subventions sur les abonnements ; que ce faisant, elle a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 § 1 du Traité et L. 420-1 du code de commerce ;

7° qu'à supposer que la pratique querellée ait été qualifiée de pratique concertée, il appartenait à l'autorité de concurrence de prouver que la concertation avait été suivie d'un parallélisme de comportement sur le marché ; qu'en l'espèce, la cour d'appel s'est fondée sur un accord

SFR/BYT/ITI par lequel les trois opérateurs se seraient entendus pour obtenir 590 francs TTC au 2 avril 2001 sur un terminal (le nokia 3210) en prépayé ; que cet accord, qui serait prouvé par une note du président d'Orange et qui n'a fait l'objet d'aucun grief, n'est invoqué que pour démontrer un parallélisme de comportement consistant dans l'alignement du prix d'un coffret prépayé ; qu'à cet égard, Bouygues avait relevé que dans la notification de griefs, il était indiqué que si Orange avait vendu le Nokia 3210 à 590 francs TTC dès le 3 avril 2001, SFR l'avait vendu à 599 francs TTC à cette date, au contraire, Bouygues, pour qui ce terminal n'était pas un produit phare, avait vendu ce Nokia 3210 en kit prépayé au prix de 997 francs TTC, avec une remise de 200 francs à compter du 21 novembre 2001, remise offerte sur tous les coffrets d'un prix supérieur à 690 francs TTC ; qu'en se fondant sur ce prétendu accord, sans rechercher s'il y avait effectivement eu un alignement de ses prix sur le Nokia 3210 de la part de Bouygues, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 § 1 du Traité et L. 420-1 du code de commerce ;

8° que la société Bouygues avait insisté sur le fait qu'il résulte du rapport d'enquête que le prix de ses forfaits avait baissé pendant la période incriminée de 1,7 %, tandis que ceux des deux autres opérateurs augmentaient, et qu'elle avait mis en oeuvre à cette même période, beaucoup d'innovations commerciales destinées à attirer une nouvelle clientèle (mini-forfait ; mini-compte ; offre spot avec minutes gratuites pour celui qui écoute de la publicité ; carte prépayée de six mois ; forfaits illimités ; l-mode liant téléphonie mobile et internet), alors même qu'elle était en proie à de sérieuses difficultés financières ; qu'en écartant cette argumentation au motif que cela n'était pas théoriquement incompatible avec l'objectif de gel de parts de marché autour d'objectifs définis en commun, sans rechercher concrètement si, en l'absence de la concertation présumée par la cour, la société Bouygues aurait vraiment pu avoir, à l'égard du duopole Orange-SFR, une stratégie commerciale plus agressive, que celle menée pendant les deux années incriminées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 § 1 du Traité et L. 420-1 du code de commerce ;

9° qu'à supposer que la pratique querellée ait été qualifiée de pratique concertée, l'infraction d'entente devait être écartée dès lors que le parallélisme de comportements pouvait s'expliquer autrement que par une concertation entre les opérateurs ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a retenu au titre du parallélisme de comportement la baisse des "subventions" sur les terminaux pour le segment du prépayé, sans rechercher, comme elle y était invitée, si cette baisse ne s'expliquait pas par le fait que les subventions du prépayé étaient devenues non viables, car le coût de la subvention destinée à conquérir un nouveau client de prépayé n'était amorti qu'en trente mois, alors que le client ayant acheté un appareil téléphonique à carte prépayée subventionnée s'en séparait en moyenne au bout de seize mois ; qu'en

n'effectuant pas cette recherche la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 § 1 du Traité et L. 420-1 du code de commerce ;

10 ° qu'à supposer que la pratique querellée ait été qualifiée de pratique concertée, l'infraction d'entente devait être écartée dès lors que le parallélisme de comportements pouvait s'expliquer autrement que par une concertation entre les opérateurs ; qu'en l'espèce, la société Bouygues avait insisté sur le fait que la relative stagnation de sa part de marché n'était pas le fruit d'une entente à trois, mais du comportement du duopole Orange-SFR, qui pouvait bloquer la progression du troisième entrant sur le marché, grâce au poids de leur réseaux contrôlés, et grâce aux techniques de fidélisation de la clientèle avec augmentation de la durée des contrats, que Bouygues n'avait progressé que là où elle pouvait le faire, c'est-à-dire dans les canaux concurrentiels, où sont présentes les boutiques multi-opérateurs, ce qui compte tenu du poids des réseaux contrôlés par Orange et SFR, n'était pas suffisant pour faire décoller sa part de marché ; qu'en l'état de ces prétentions, la cour d'appel ne pouvait pas se fonder sur la stabilité des parts de marché pour en déduire l'existence d'une entente à laquelle aurait participé la société Bouygues, sans rechercher si la stabilité de la part de marché de cette société, malgré ses efforts commerciaux, ne s'expliquait pas par une autre cause que par l'existence d'une concertation ; qu'en n'effectuant pas cette recherche essentielle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 § 1 du Traité et L. 420-1 du code de commerce ;

11 ° qu'un parallélisme de comportements entre oligopoleurs n'est établi qu'à la condition de constater une similitude et un alignement constant de leurs prix et de leurs politiques commerciales ; qu'en reprochant aux trois opérateurs de téléphonie mobile d'avoir adopté des politiques commerciales similaires voire identiques, tout en admettant que des divergences étaient néanmoins perceptibles dans leur stratégies respectives, dans la mesure où chaque opérateur avait diminué le montant de ses commissions au distributeurs et de subventions d'équipements dans des proportions différentes, démontrant ainsi que les politiques commerciales n'étaient pas coordonnées, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ;

12 ° qu'un parallélisme de comportement n'est susceptible d'établir l'existence d'une entente que s'il ne se justifie par aucune autre explication plausible qu'une concertation entre opérateurs, et spécialement ni par les caractéristiques du marché ni par les coûts d'exploitation ; qu'en affirmant, pour caractériser une prétendue entente sur les parts de marché, que les opérateurs avaient tous diminué, dans des proportions certes différentes, le montant des commissions accordées aux distributeurs sur la vente d'un terminal ainsi que celui des subventions versées au nouveaux

clients, sans rechercher comme elle y avait été invitée, si ces baisses n'avaient pas été dictées par les caractéristiques et l'évolution du marché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ;

13° qu'un parallélisme de comportement n'est susceptible d'établir l'existence d'une entente que s'il ne se justifie par aucune autre explication plausible qu'une concertation entre opérateurs, et spécialement ni par les caractéristiques du marché ni par les coûts d'exploitation ; qu'en refusant de comparer la situation du marché français avec celle des autres marchés européens quand cet examen permettait d'apporter une explication plausible au parallélisme de comportements reproché aux trois opérateurs, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ;

14° que, selon le Conseil de la concurrence, la part des ventes brutes réalisées par la société SFR était de 32,33 % en l'an 2000, 35,52 % en 2002, puis 38,37 % en 2003 et celle des ventes nettes a également augmenté dans les mêmes proportions ; qu'en reprochant notamment à la société SFR d'avoir gelé ses parts de marché, entre 2000 et 2002, en ce qui concerne les connexions nouvelles brutes et nettes quand il résultait de ses constatations que la part des ventes brutes et nettes n'avait jamais cessé de progresser au cours de cette période, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ;

15° qu'un comportement parallèle des opérateurs, pour être un indice pertinent d'une entente, doit être relié, par un lien de causalité, à la concertation invoquée ; qu'en considérant que les politiques commerciales des opérateurs étaient similaires, voire identiques, sans relever, comme elle y était invitée, de lien de causalité entre cette similitude de politiques commerciales et la concertation prétendue sur les parts de marché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 81 du Traité CE et L. 420-1 du code de commerce ;

16° que pour apprécier si une pratique doit être considérée comme anticoncurrentielle, il y a lieu d'examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de la pratique litigieuse ; qu'ainsi en se déterminant sur le prétendu gel de parts de marché, sans considération du jeu de la concurrence en l'absence de la pratique prétendument constatée, la cour d'appel a violé les articles 81 du Traité CE et L. 420-1 du code de commerce ;

17° que la preuve d'une entente ne peut être établie qu'à partir d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants ; qu'ainsi en considérant que le Conseil de la concurrence avait justifié par un faisceau

d'indices graves, précis et concordants, l'infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, en l'absence d'indices concordants, la cour d'appel a violé les articles 81 du traité CE et L. 420-1 du code de commerce ;

Mais attendu que pour retenir, par motifs propres et adoptés, que les sociétés SFR, Orange et Bouygues se sont, pendant les années 2000 à 2002, concertées pour stabiliser leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun, cette pratique ayant pour objet et pour effet de se répartir le marché de détail de la téléphonie mobile et d'y limiter le libre exercice de la concurrence, l'arrêt déduit l'existence d'une concertation entre les trois opérateurs d'un faisceau d'indices résultant de documents, de la relative stabilité des parts de marché et des similitudes des politiques commerciales suivies par les opérateurs durant cette période ; que l'arrêt retient, d'un côté, que différents documents font référence à l'existence d'un accord entre les trois opérateurs sur leurs objectifs de parts de marché, qu'il en est ainsi notamment d'un document daté du 28 mars 2001 émanant du directeur général de la société SFR, que ce document, dont les mentions raturées par ce dernier ne remettent pas en cause la valeur probante, fait référence de manière explicite à un accord sur des parts de marché en ventes brutes conclu en 2000 entre les trois opérateurs, accord dont le principe est reconduit en 2001 après vérification que les chiffres réalisés en 2000 correspondent à ceux de l'accord initial, qu'il en est de même de notes manuscrites prises par le président de la société Orange qui, datées des 28 et 30 octobre 2002 et faisant état d'un "Yalta des parts de marché", constituent un indice de la reconduction de l'accord en 2002 ; que l'arrêt ajoute que, bien qu'il s'agisse de documents unilatéraux et qu'aucun d'entre eux n'émane de la société Bouygues, ces documents constituent des indices opposables à toutes les entreprises qui y sont mentionnées, d'une concertation, menée au plus haut niveau des trois entreprises, autour d'objectifs discutés en commun de 2000 à 2002 ; que de l'autre, l'arrêt relève que les parts de marché en ventes brutes des trois opérateurs sont, après d'importantes progressions, restées relativement stables de 2000 à 2002, qu'il précise qu'en moyenne annuelle les parts réalisées par chaque opérateur sont proches de celles mentionnées dans la note d'accord d'objectifs du 28 mars 2001, qu'ainsi, pour la société Orange, les objectifs de part de ventes brutes de 46 % en 2000 et 2001 sont à rapprocher des parts réalisées de 47,4 % en 2000 et 45,9 % en 2001, pour la société Bouygues les objectifs de 21 % en 2000 et de 22 % en 2001 sont proches des parts réalisées de 20,2 % en 2000 et 20,1 % en 2001 et pour la société SFR un objectif de 34 % en 2000 contre 32,4 % réalisé, objectif reconduit en 2001 et réalisé ; qu'enfin, analysant les politiques commerciales des opérateurs durant la même période, l'arrêt retient que, bien que le marché bénéficie encore d'un important potentiel de développement et bien que les opérateurs diffèrent par leur taille, leur image de marque, leur réseau et leurs coûts, les sociétés SFR, Orange et Bouygues sont simultanément passées à compter

de 2000 “d’une stratégie de croissance à une stratégie de valorisation des fruits de la croissance” consistant “à stopper la course à la part de marché” et à “orienter les efforts vers les clients forfaits” ; qu’il précise que cette volonté commune de “pacification du marché” s’est en particulier manifestée par le fait que les trois opérateurs ont privilégié des politiques similaires consistant à baisser leurs coûts d’acquisition, et notamment les commissions des distributeurs et les subventions des terminaux, provoquant ainsi une baisse des ventes et ont parallèlement tenté d’orienter les clients vers les forfaits plus rentables que les cartes prépayées, que, de même, la politique des trois opérateurs en matière de prix des communications a évolué de façon similaire, avec une tendance commune à la hausse des prix ; que l’arrêt ajoute, répondant ainsi aux conclusions des parties, que des stratégies de stabilisation et de rentabilisation des parts de marché n’excluant pas une concurrence résiduelle, le fait que les politiques commerciales des opérateurs n’aient pas été en tous points identiques n’est pas de nature à enlever aux similitudes constatées leur valeur d’indice venant appuyer les autres indices d’une concertation entre les opérateurs visant à substituer aux risques de la concurrence une coordination de leurs stratégies ; qu’ayant ainsi relevé un faisceau d’indices graves, précis et concordants, dont elle a souverainement apprécié la valeur probante et dont elle a pu déduire l’existence d’une concertation entre les trois opérateurs afin de stabiliser leurs parts de marché autour d’objectifs définis en commun, la cour d’appel qui, dès lors que la preuve de cette concertation ne résultait pas d’un simple parallélisme de comportements, mais également de documents se référant à un accord d’objectifs entre opérateurs, n’avait pas à examiner si le comportement des entreprises sur le marché pouvait s’expliquer autrement que par cette entente, a pu statuer comme elle a fait et a légalement justifié sa décision ; que le moyen, inopérant en ses quatre premières branches, n’est pas fondé pour le surplus ;

Sur le cinquième moyen du pourvoi formé par la société SFR :

Attendu que la société SFR fait encore le même grief à l’arrêt, alors, selon le moyen :

1 ° que les lignes directrices adoptées par la Commission ne s’imposent pas aux autorités ou aux juridictions des Etats membres et ne préjugent pas non plus de l’interprétation que pourront donner ultérieurement les juridictions communautaires des articles 81 et 82 du Traité CE ; qu’en décidant le contraire, la cour d’appel a violé les textes susvisés ;

2 ° qu’en tout état de cause, la présomption d’affectation du commerce intracommunautaire, attachée aux ententes horizontales couvrant l’ensemble d’un seul Etat membre, n’est qu’une présomption simple ; qu’en

affirmant, pour considérer que cette condition nécessaire à l'application de l'article 81 § 1 du traité était remplie, que le marché de la téléphonie mobile affecté par les pratiques relevées avait une dimension nationale et que rien n'excluait que des opérateurs originaires d'un autre Etat membre obtiennent une licence d'exploitation, voire une licence UMTS, après avoir constaté que "le marché de la téléphonie mobile est un marché oligopolistique fortement concentré (...) en raison de fortes barrières à l'entrée dues à la rareté des fréquences, à l'obligation d'obtenir une licence qui en découle et aux coûts fixes extrêmement importants liés au déploiement d'un réseau sur l'ensemble du territoire", ce qui excluait, de fait, l'entrée sur le marché de tout nouvel opérateur, fût-il étranger, la cour d'appel a violé le texte précité ;

Mais attendu que c'est sans méconnaître les dispositions invoquées que l'arrêt, pour dire que les pratiques reprochées aux trois opérateurs sont susceptibles d'avoir affecté de façon sensible le commerce entre Etats membres, retient, par motifs propres et adoptés, que ces pratiques ont eu une incidence sur la structure même de la concurrence, que l'entente a couvert l'intégralité du territoire national et a été mise en oeuvre par les trois sociétés qui, au moment des faits, fournissaient un service de téléphonie mobile, qu'enfin, bien que l'activité d'opérateur soit soumise à l'obligation d'obtenir une licence, ces pratiques ont été de nature à décourager d'autres opérateurs européens d'intervenir sur le marché national de la téléphonie mobile de détail, notamment par l'intermédiaire de contrats d'opérateurs virtuels ; que le moyen, qui manque en fait en sa première branche, ne peut qu'être écarté ;

Sur le deuxième moyen, pris en sa première branche, du pourvoi formé par la société Orange, le sixième moyen, pris en sa première

branche, du pourvoi formé par la société SFR et le sixième moyen formé par la société Bouygues, réunis :

Attendu que ces sociétés font le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1° qu'un échange d'informations ne peut être qualifié d'anticoncurrentiel que s'il a pour objet ou pour effet d'altérer le jeu de la concurrence ; qu'un échange d'informations a pour objet d'altérer le jeu de la concurrence lorsqu'il est le support d'une entente anticoncurrentielle ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué qu'une pratique a été caractérisée, celle de gel de parts de marché dont l'échange d'informations aurait été le support technique ; qu'en estimant que le Conseil de la concurrence n'aurait pas condamné deux fois la même pratique quand ce dernier a infligé aux opérateurs une sanction distincte pour l'échange d'informations et pour l'entente sur le gel des parts de marché, la cour

d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé les articles 81 du Traité CE et L. 420-1 du code de commerce, ensemble la règle non bis in idem ;

2° que le principe non bis in idem s'oppose à ce qu'une entreprise soit sanctionnée deux fois pour des mêmes faits : qu'en décidant que ce principe n'avait pas été méconnu en l'espèce, après avoir constaté que le Conseil de la concurrence qui a sanctionné l'échange d'informations entre opérateurs de manière autonome pour la période 1997-2002, a également tenu compte des répercussions de ce même échange sur la même période (2000-2002) pour apprécier ensuite le dommage à l'économie résultant d'une autre infraction -à savoir le gel de parts de marché- donnant lieu au prononcé d'une sanction distincte, ce dont il résulte que les conséquences de l'échange d'informations sur la concurrence entre 2000 et 2002 sont entrées dans le calcul du dommage à l'économie de deux pratiques concertées distinctes et ont ainsi été prises en compte deux fois, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et 4 du protocole n° 7 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3° qu'en vertu de l'article 4.1 du protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 § 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, une même personne ne saurait être sanctionnée deux fois pour un même comportement ; qu'en l'espèce, la cour d'appel ayant retenu et sanctionné le premier grief d'échange autonome d'informations pour la période allant de 1997 à 2003, ne pouvait pas se servir de ce grief pour majorer l'amende fixée au titre du second grief, pour la période de 2000 à 2002, incluse dans la précédente ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Mais attendu, en premier lieu, que dès lors qu'elle estimait, fût-ce à tort, que l'échange d'informations n'avait pas seulement facilité la perpétuation de l'entente sur le gel des parts de marché de 2000 à 2002, mais avait constitué de 1997 à 2003 une infraction autonome, la cour d'appel n'a pas méconnu les textes invoqués en fixant des sanctions distinctes pour chacune des infractions retenues ;

Attendu, en second lieu, qu'en dépit d'une erreur matérielle de rédaction, la cour d'appel, qui a expressément visé la décision du Conseil estimant que le dommage à l'économie résultant de l'échange d'informations avait été plus important lorsque cet échange avait permis de surveiller une entente sur les parts de marché ayant elle-même causé à l'économie un dommage apprécié de façon distincte, n'a pas tenu compte de l'échange

d'informations pour déterminer le montant de l'amende prononcée au titre de l'entente sur les parts de marché ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen du pourvoi formé par la société Orange France :

Attendu que, par ce moyen pris de violations de l'article L. 464-2 du code de commerce et du principe de non rétroactivité, cette société reproche à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision du Conseil prononçant à son encontre des sanctions pécuniaires pour ententes ;

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

Sur le sixième moyen, pris en ses troisième, quatrième, cinquième et sixième branches du pourvoi formé par la société SFR :

Attendu que la société SFR fait encore le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1° que la gravité de l'infraction ne saurait se déduire du seul rappel de ses éléments constitutifs ; qu'en se bornant à affirmer que la gravité de l'entente sur les parts de marché résultait des développements ayant permis d'établir son existence, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2° que chaque sanction prononcée par le conseil de la concurrence doit, notamment, être proportionnée à l'importance du dommage causé à l'économie par l'infraction qu'elle réprime et faire l'objet d'une motivation spéciale et circonstanciée ; qu'ainsi la cour d'appel ne peut rejeter un recours dirigé contre une décision du Conseil sanctionnant deux infractions distinctes sans vérifier que le dommage causé à l'économie par chaque infraction est suffisamment caractérisé ; qu'en considérant le dommage causé à l'économie des deux pratiques distinctes sanctionnées en l'espèce, était unique, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3° que saisi d'un recours contestant tant la gravité des infractions que l'existence et l'importance des dommages à l'économie caractérisés par le Conseil, le juge est tenu d'exercer un contrôle de pertinence de cette motivation en croisant les informations retenues par le Conseil avec celles fournies en défense par les entreprises mises en cause ; qu'en se bornant à affirmer que "pour évaluer le dommage à l'économie de ces pratiques, le Conseil a tenu compte avec raison des éléments d'ordre

économique lui permettant d'apprécier l'impact de la concertation entretenue par les trois opérateurs (...)", sans expliquer en quoi les données fournies par la société SFR étaient impropres à établir l'absence alléguée d'effet sur l'économie, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4° que le dommage à l'économie ne correspond pas nécessairement aux gains réalisés par les auteurs de la pratique sanctionnée ; qu'en tenant compte, pour évaluer le dommage à l'économie des pratiques sanctionnées, des gains réalisées par les opérateurs au préjudice des consommateurs, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que, contrairement à ce qui est soutenu, la cour d'appel n'a pas déduit la gravité de l'entente sur la répartition du marché des éléments ayant permis d'établir son existence ;

Attendu, en second lieu, que c'est à juste titre que la cour d'appel, qui n'a pas considéré comme unique le dommage causé à l'économie par les deux pratiques distinctes qu'elle a sanctionnées et qui a répondu, par motifs propres et adoptés, aux conclusions des parties, a tenu compte, parmi d'autres éléments, de l'atteinte au surplus du consommateur pour apprécier le dommage à l'économie résultant de l'entente sur les parts de marché ;

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

Mais, sur le quatrième moyen, pris en ses première et troisième branches, du pourvoi formé par la société Bouygues Télécom, le troisième moyen, pris en sa septième branche du pourvoi formé par la société SFR et le deuxième moyen, pris en ses deuxième, troisième et quatrième branches, du pourvoi formé par la société Orange France, réunis :

Vu les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE ;

Attendu que, pour dire établie une entente ayant consisté pour les sociétés Orange, SFR et Bouygues à échanger régulièrement, de 1997 à 2003, des informations confidentielles relatives au marché sur lequel elles opèrent, l'arrêt, après avoir caractérisé le marché pertinent de la téléphonie mobile comme un marché oligopolistique fortement concentré, constitué de trois opérateurs assurant la totalité de l'offre, et à caractère fermé en raison de fortes barrières à l'entrée, et après avoir constaté que les trois opérateurs se communiquaient chaque mois leurs volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes, cependant que n'étaient rendues publiques par l'Autorité de régulation des télécommunications, devenue ARCEP,

chaque mois de 1997 à mars 2000 puis chaque trimestre à compter du mois d'avril 2000, que les données des opérateurs relatives au nombre total de clients, à la répartition en pourcentage du parc clients entre prépayé et forfait, aux volumes de ventes nettes réalisées et à la croissance nette du marché, relève que les données échangées directement entre les trois à opérateurs, à titre confidentiel, de façon régulière et systématique, ne pouvaient être connues d'eux de façon si rapide et avec autant de précision par des sources indirectes et non officielles ; qu'il retient "qu'un tel échange anticipé de données précises et détaillées révélait aux trois opérateurs la position de chacun d'entre eux sur le marché oligopolistique en cause et leur permettait ainsi de connaître leurs stratégies réciproques et d'évaluer les effets des politiques commerciales de leurs concurrents, notamment le volume de clients nouveaux et conservés" ; qu'il en déduit qu'en contribuant à "réduire de manière significative l'incertitude quant au comportement de chacun sur le marché, les trois opérateurs ont nettement restreint leur autonomie décisionnelle" et ainsi contrevenu aux dispositions prohibant les ententes anticoncurrentielles ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher de façon concrète, comme elle y était invitée, si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

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

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ses dispositions retenant des faits d'entente en raison d'échanges d'informations de 1997 à 2003 entre les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom et leur infligeant des sanctions pécuniaires, l'arrêt rendu le 12 décembre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Laisse les dépens à la charge du Trésor public ;

Vu l'article 700 du nouveau code de procédure civile, rejette les demandes ;

Vu l'article 48-1 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 modifié, devenu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, au Conseil de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-neuf juin deux mille sept.