

Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

1ère Chambre - Section H

ARRÊT DU 12 DÉCEMBRE 2006

(n° **33** , 23 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2006/00048**

Décision déferée à la Cour : n° **05-D-65** rendue le **30 novembre 2005** par le **CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

DEMANDEURS AU RECOURS :

- la société BOUYGUES TÉLÉCOM, SA

agissant poursuites et diligences de son représentant légal

dont le siège social est : 20, quai du Point du Jour 92100 BOULOGNE BILLANCOURT

représentée par la SCP MONIN-AURIAC DE BRONS, avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS

assistée de Maître Louis VOGEL, avocat au barreau de PARIS

toque P 151

SCP Louis et Joseph VOGEL

30, avenue d'Iéna 75116 PARIS

- la société SFR, SA

agissant poursuites et diligences de son représentant légal

dont le siège social est : 42, avenue de Friedland 75008 PARIS

représentée par la SCP GAULTIER KISTNER-GAULTIER, avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS

assistée de Maître Claude LAZARUS, avocat au barreau de PARIS

toque K 112

Clifford Chance Europe LLP

112 avenue Kléber

BP 163 Trocadéro

75770 PARIS CEDEX 16

- la société ORANGE FRANCE, SA

agissant poursuites et diligences de son représentant légal

dont le siège social est : 41/45, boulevard Romain Rolland 92120 MONTRouGE

représentée par la SCP FISSELIER CHILOUX BOULAY, avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Robert SAINT ESTEBEN, avocat au barreau de PARIS
toque T 12
BREDIN PRAT
130, rue du Faubourg Saint Honoré 75008 PARIS

DEMANDEURS AU RECOURS INCIDENT :

- l'Association UNION FEDERALE DES CONSOMMATEURS - QUE CHOISIR (UFC-QUE CHOISIR)

agissant poursuites et diligences de son représentant légal
dont le siège social est : 11, rue Guénot 75555 PARIS CEDEX 11

représentée par Maître Chantal BODIN-CASALIS, avoué près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de :

- Maître Jean-Louis FOURGOUX, avocat au barreau de PARIS
toque P 69

SCP FOURGOUX & ASSOCIES
111, boulevard Pereire 75017 PARIS

- Maître Jérôme FRANCK, avocat au barreau de PARIS
toque M 1815
111, boulevard Pereire 75017 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- M. LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE
59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS

représenté par M. Guillaume CERUTI

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 12 septembre 2006, en audience publique, devant la Cour composée de :

- Mme Alice PEZARD, Présidente
- M. Christian REMENIERAS, Conseiller
- Mme Agnès MOUILLARD, Conseillère

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. Hugues

WOIRHAYE, Avocat Général, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire
- prononcé publiquement par Mme Alice PEZARD, Présidente
- signé par Mme Alice PEZARD, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier présent lors du prononcé.

* * * * *

La téléphonie mobile utilisant la norme GSM est commercialisée en France depuis mars 1992. C'est à cette date que France Télécom a lancé son service par l'intermédiaire d'une division dénommée France Télécom Mobiles, transformée en société en 2000 et cédée en 2001 sous le nom d'Orange France à la nouvelle filiale de France Télécom, Orange SA (en 2003, France Télécom a réintégré l'activité de téléphonie mobile dans ses comptes). Elle a été rejointe par SFR en décembre 1992 et par Bouygues Télécom en mai 1996.

L'autorisation ministérielle concernant les deux premiers opérateurs a été délivrée le 25 mars 1991, et le 8 décembre 1994 pour Bouygues Télécom.

Le 28 août 2001, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile.

Par une lettre enregistrée le 22 février 2002, l'association UFC-Que Choisir a saisi le Conseil de pratiques mises en oeuvre par les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom.

Le rapporteur général du Conseil a joint ces deux affaires par une décision du 14 juin 2002.

*

Le Conseil de la concurrence, par une décision n°05-D-65 du 30 novembre 2005, a statué comme suit :

“Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du Traité CE.

Article 2 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- à la société Orange France, une sanction de 256 millions d'euros ;
- à la société SFR, une sanction de 220 millions d'euros ;
- à la société Bouygues Télécom, une sanction de 58 millions d'euros.

Article 3 : Les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom devront publier, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, sur une page entière des journaux

“Libération”, et, au choix, “Les Echos” ou “La Tribune” l’encadré suivant :

Décision n°05-D-65 du 30 novembre 2005 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques concertées dans le secteur de la téléphonie mobile.

Après une enquête et une instruction qui ont été effectuées à la suite d’une autosaisine du Conseil et d’une saisine d’UFC-Que Choisir, le Conseil de la concurrence a sanctionné les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom pour

- d’une part, avoir régulièrement, de 1997 à 2003, échangé des informations confidentielles relatives au marché de la téléphonie mobile sur lequel elles opèrent, de nature à réduire l’autonomie commerciale de chacun des trois opérateurs et donc à altérer la concurrence sur ce marché oligopolistique,

- d’autre part, s’être entendues, pendant les années 2000 à 2002, pour stabiliser leurs parts de marché respectives autour d’objectifs définis en commun.

Ces comportements sont prohibés par l’article L. 420-1 du Code de commerce et l’article 81 du traité instituant la Communauté européenne.

Le Conseil de la concurrence a relevé, en ce qui concerne notamment l’entente sur les parts de marché, la particulière gravité des faits et le dommage important causé à l’économie, au détriment des consommateurs.

A ce titre, des sanctions pécuniaires ont été infligées aux trois sociétés, à hauteur de

- 256 millions d’euros pour Orange France,*
- 220 millions d’euros pour SFR,*
- 58 millions d’euros pour Bouygues Télécom.*

Le texte intégral de la décision est accessible sur le site www.conseil-concurrence.fr

Dans le cas où un recours serait présenté à l’encontre de la décision devant la cour d’appel de Paris, une telle mention pourra figurer sous l’encadré.

Article 4 : *Les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom adresseront, sous pli recommandé, au bureau de la procédure du Conseil de la concurrence, copie des publications prévues à l’article 3, dès leur parution et au plus tard le 31 janvier 2006.”*

LA COUR

Vu les recours formés par les sociétés SFR, Bouygues Télécom et Orange France, respectivement les 5, 6 et 9 janvier 2006 ;

Vu le recours incident formé par l’association UFC-Que Choisir le 2 février 2006 ;

*

Vu le mémoire déposé le 9 février 2006 par la société SFR à l'appui de son recours, soutenu par son mémoire en réplique du 28 août 2006 et ses mémoires en duplique des 19 juin et 28 août 2006, par lequel cette dernière demande à la cour de :

- > A titre préliminaire,
 - rejeter le recours incident de l'UFC-Que Choisir,
 - rejeter la demande subsidiaire d'aggravation de la sanction contenue dans le mémoire du 15 mai 2006 de l'UFC-Que Choisir,

- > A titre principal, en raison de la violation du secret des affaires et du secret du délibéré,
 - annuler la décision,
 - ordonner le remboursement immédiat par le Trésor Public des sommes versées au titre de la sanction pécuniaire prononcée à son encontre par la décision, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir, avec capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du Code civil,

- > A titre subsidiaire,
 - réformer la décision en ce qu'elle a retenu une pratique ayant eu pour objet ou pour effet de stabiliser les parts de marché en ventes brutes de chacun des opérateurs pendant la période 2000-2002 à son encontre et l'a sanctionnée sur ce fondement,
 - ordonner le remboursement immédiat par le Trésor Public des sommes versées au titre de la sanction pécuniaire prononcée à son encontre par la décision, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir, avec capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du Code civil,

- > A titre très subsidiaire,
 - réformer la décision en ce qu'elle a dit qu'elle avait enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 § 1 du Traité CE,
 - ordonner le remboursement immédiat par le Trésor Public des sommes versées au titre de la sanction pécuniaire prononcée à son encontre par la décision, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir, avec capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du Code civil,

- > A titre infiniment subsidiaire,
 - En premier lieu,
 - réformer la décision en ce qu'elle a dit qu'elle avait enfreint les dispositions de l'article 81 § 1 du Traité CE alors qu'il n'est pas démontré une quelconque affectation du droit communautaire,
 - en conséquence, réformer le montant de la sanction pécuniaire qui lui a été infligée,
 - ordonner le remboursement immédiat par le Trésor Public du trop-perçu des sommes versées au titre de la sanction pécuniaire prononcée à son encontre par la décision, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir, avec capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du Code civil,

En second lieu,

- annuler la sanction pécuniaire prononcée à son encontre en ce qu'elle n'est justifiée ni au regard de la gravité des pratiques, ni au regard du dommage à l'économie,
- ordonner le remboursement immédiat par le Trésor Public des sommes versées au titre de la sanction pécuniaire prononcée à son encontre par la décision, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir, avec capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du Code civil,
- au minimum, réformer la sanction pécuniaire infligée à son encontre,
- ordonner le remboursement immédiat par le Trésor Public du trop-perçu des sommes versées au titre de la sanction pécuniaire prononcée à son encontre par la décision, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir, avec capitalisation dans les conditions de l'article 1154 du Code civil,

> En toute hypothèse, condamner le Ministre chargé de l'économie à lui payer la somme de 200 000 euros au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile.

*

Vu le mémoire déposé le 7 février 2006 par la société Bouygues Télécom à l'appui de son recours, soutenu par son mémoire récapitulatif et en duplique du 25 août 2006, par lequel cette dernière demande à la cour de :

- > À titre principal, sur les vices de légalité externe affectant la décision,
- constater que des fuites ont eu lieu dans la presse du rapport de la DGCCRF, que certains journaux ont présenté comme le rapport du Conseil de la concurrence, avant l'audience et surtout avant que le Conseil de la concurrence n'ait rendu sa décision,
 - dire et juger que ces fuites contenant des éléments erronés et présentant sa condamnation comme certaine portent atteinte à la présomption d'innocence,
 - constater qu'il y a eu divulgation à la presse de la décision du Conseil, le 30 novembre 2005, avant sa notification aux parties voire avant sa communication à celles-ci,
 - dire et juger que cette divulgation constitue une violation du secret du délibéré,
-
- constater que le Conseil de la concurrence n'a pas répondu à plusieurs moyens qu'elle a présentés, et que, par conséquent, sa motivation ne répond pas aux exigences de la loi du 11 juillet 1979,
 - dire et juger que sa décision, en ce qu'elle repose sur une instruction et sur un délibéré à charge et sur une motivation défailante, porte atteinte au principe du contradictoire et aux droits de la défense,
 - constater que la séance du Conseil de la concurrence le 25 octobre 2005 ne s'est pas déroulée en public,
 - dire et juger que le Conseil de la concurrence n'a pas respecté le principe de publicité des débats en violation de l'article 6 § 1 de la CESDH et l'article 14-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques,
 - dire et juger que le principe de l'égalité des armes n'a pas été respecté en violation de l'article 6 § 1 de la CESDH,
 - annuler en conséquence la décision du Conseil de la concurrence,

- > Constater que l'UFC-Que Choisir produit ses pièces postérieurement à son recours incident,
- constater de surcroît que la pièce n°6 annexée au mémoire en duplique de l'UFC-Que Choisir est fondée sur des données non communiquées en temps utile et que la communication tardive de la pièce n°15 le 23 août 2006 viole le principe du contradictoire,
 - constater en conséquence, que le respect des principes du droit à un procès équitable et du contradictoire commande que ces pièces soient écartées des débats,
 - déclarer en conséquence irrecevable l'ensemble des pièces produites par l'UFC-Que Choisir,
- > A titre subsidiaire, sur les vices de légalité interne affectant la décision,
- anticoncurrentiel,
- dire et juger que le premier grief est infondé,
 - constater qu'il n'existe aucune preuve de sa participation à la prétendue entente de parts de marché,
 - dire et juger que le second grief est infondé,
 - constater le caractère infondé et injustifié des sanctions prononcées,
 - en conséquence, annuler en ce qu'elle a considéré qu'elle était coupable d'entente avec ses deux concurrents et, subsidiairement, réformer la décision du Conseil de la concurrence sur ce point,
 - mettre hors de cause Bouygues Télécom au titre de l'ensemble des griefs qui lui ont été notifiés,
 - ordonner le remboursement de la somme de 58 millions d'euros qu'elle a versée au titre de la décision notifiée avec intérêts au taux légal courant à compter de son versement le 29 décembre 2005,
- > A titre infiniment subsidiaire, si la Cour d'appel décidait, par extraordinaire, de confirmer les constatations et l'analyse du Conseil de la concurrence, il lui est demandé de :
- réformer et réduire la sanction pécuniaire de 58 millions d'euros infligée par le Conseil,
 - en tout état de cause, déclarer irrecevable la demande de l'UFC-Que Choisir d'aggraver les sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence à son encontre,
- > Sur le recours incident de l'UFC-Que Choisir,
- à titre principal, déclarer irrecevable le recours incident de l'UFC-Que Choisir,
 - à titre subsidiaire, dire mal fondé le recours incident de l'UFC-Que Choisir,
 - et en conséquence, débouter l'UFC-Que Choisir de l'ensemble de ses demandes, tendant à la réformation de la décision du Conseil de la concurrence en ce qu'elle n'a pas statué, et en ce qu'elle n'a pas fait application de l'article L. 462-6 du Code de commerce, et tendant à la transmission du dossier au Parquet sur le fondement des articles L. 462-6 du Code de commerce et 40 du Code de procédure pénale,
 - condamner l'UFC-Que Choisir à lui payer la somme de 10 000 euros sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile et aux entiers

dépens.

*

Vu le mémoire déposé au greffe de la cour le 13 février 2006 par la société Orange France à l'appui de son recours, soutenu par un mémoire en réplique déposé le 19 juin 2006 et un mémoire en réponse au mémoire en duplique de l'UFC-Que Choisir déposé le 28 août 2006, par lequel cette dernière demande à la cour de :

- > annuler la décision n°05-D-65 en raison de la violation du secret de l'instruction et du délibéré,
- > sur le recours en réformation,
 - dire et juger non établies les pratiques concertées retenues par la décision, dire et juger en particulier que le caractère anticoncurrentiel des pratiques évoquées, dans la mesure où par impossible elles seraient établies, n'est pas démontré et,
 - par voie de conséquence, dire que les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce et 81 § 1 du Traité CE ne trouvent pas d'application,
 - en tout état de cause, réduire de façon très substantielle la sanction pécuniaire qui lui a été infligée, cette sanction apparaissant disproportionnée par rapport à la nature, à la portée et aux effets réels des pratiques en cause,
 - ordonner, en conséquence, la restitution des fonds payés, avec intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir,
 - dire que les intérêts échus produiront eux-mêmes des intérêts dans les conditions prévues à l'article 1154 du Code civil,
- > rejeter le recours incident de l'UFC-Que Choisir,
- > condamner l'UFC-Que Choisir et Monsieur le Ministre de l'économie à tous les dépens.

*

Vu le mémoire en réplique déposé le 15 juin 2006 et le mémoire en duplique déposé le 31 juillet 2006 par l'association UFC-Que Choisir, par lesquels cette dernière demande à la cour de :

- > réformer la décision en ce qu'elle n'a pas statué, et en ce qu'elle n'a pas, au vu des faits, fait application de l'article L. 462-6 du Code de commerce,
 - en conséquence, transmettre le dossier au Parquet,
- > subsidiairement, ordonner la remise de l'entier dossier à Monsieur le Procureur général, aux fins qu'il lui appartiendra de lui donner,
- > condamner solidairement les sociétés SFR, Orange France et Bouygues Télécom à payer la somme de 10 000 euros sur le fondement de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens.

*

Vu les observations écrites du Ministre chargé de l'économie, en date du 28 avril 2006 ;

Vu les observations écrites du Conseil de la concurrence en date du 2 mai 2006 ;

Vu les observations écrites du ministère public, mises à la disposition des parties à l'audience ;

Oùï à l'audience publique du 12 septembre 2006, en leurs observations orales, les conseils des parties ainsi que le représentant du Ministre chargé de l'économie et le ministère public, chaque partie ayant été en mesure de répliquer et les conseils des sociétés requérantes ayant eu la parole en dernier ;

SUR CE,

SUR LA PROCÉDURE

Sur le recours incident de l'UFC-Que Choisir

Considérant qu'Orange France, SFR et Bouygues Télécom excipent de l'incompétence de la cour et du défaut d'intérêt à agir de l'UFC-Que Choisir au regard de l'article L. 462-6 du Code de commerce ; que s'agissant de l'incompétence de la cour, elles font valoir que seules les décisions mentionnées aux articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce sont susceptibles de recours en annulation ou en réformation devant la cour ;

Considérant qu'en effet, l'UFC-Que Choisir sollicite à titre principal dans son recours incident la réformation de la décision du Conseil en ce qu'elle n'a pas fait application de l'article L. 462-6 du Code de commerce ; que les articles L. 464-7 et L. 464-8 dudit Code énumèrent une liste limitative des décisions du Conseil de la concurrence qui sont susceptibles de recours ; que la décision du Conseil qui statue sur l'application de l'article L. 462-6 du Code de commerce ne figure pas dans cette liste ;

Qu'il s'ensuit que le recours incident de l'UFC-Que Choisir doit être déclaré irrecevable ;

Sur la présomption d'innocence et le secret de l'instruction

Considérant que les requérantes soutiennent que, malgré le secret professionnel et le devoir de réserve imposés aux membres du Conseil de la concurrence, les éléments du rapport de la DGCCRF du 8 mars 2004 et de la notification des griefs ont été communiqués le 24 août 2005 à la presse qui s'en est fait l'écho, à l'initiative du *Canard enchaîné*, relayé

ensuite par *Le Parisien* et *Aujourd'hui en France*, les trois journaux reproduisant le papier à en-tête de la DGCCRF ; qu'elles ajoutent que ces communications n'auraient porté que sur des éléments à charge, présentés comme réels, établis et incontestables ; que ces fuites ont porté atteinte à leur présomption d'innocence dans la mesure où elles les présentaient comme coupables des pratiques anticoncurrentielles visées dans le rapport ;

Mais considérant que le Conseil de la concurrence a justement précisé “*que la violation du secret de l'instruction, qui est assimilée à une violation du secret professionnel, est punie aux articles L. 226-13 et L. 226-14 du Code pénal d'une peine d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros, et non par la nullité de la procédure. Ce n'est que dans l'hypothèse où les droits de la défense seraient irrémédiablement atteints par une telle violation que la procédure en serait affectée : mais ce n'est pas le cas en l'espèce*” (§ 141 de la décision) ;

Qu'en outre, il ressort des articles de presse versés au dossier que les fuites alléguées concernaient le rapport d'enquête administrative daté du 14 mai 2004 (voir notamment les articles du *Canard enchaîné* et d'*Aujourd'hui en France* du 24 août 2005, pièce n°7 annexée à la déclaration de recours d'Orange France) ; que ledit rapport n'émanait pas des membres ou des services du Conseil de la concurrence mais de la DGCCRF ; qu'il résulte de la charte de coopération entre le Conseil et la DGCCRF en date du 28 janvier 2005 qu’“*une fois le rapport d'enquête rédigé, il est transmis au Conseil dans les plus brefs délais au plus tard dans le mois qui suit son dépôt par l'enquêteur*” ; que si le Conseil avait au moment des “fuites” connaissance du rapport d'enquête administrative, il n'en était pas alors l'exclusif détenteur ;

Qu'en conséquence, aucune preuve n'est rapportée quant à l'origine de ces “fuites” ; qu'il convient de relever que le Conseil a d'ailleurs diligenté une enquête en informant le Procureur de la République ;

Qu'il n'est dès lors pas établi que la violation du secret de l'instruction soit imputable aux membres ou aux services du Conseil de la concurrence ; qu'au surplus, une telle violation, à supposer qu'elle ait été établie, est sanctionnée par les articles L. 226-13 et L. 226-14 du Code pénal, qui d'ailleurs ne prévoient pas la nullité de la procédure ; qu'il n'est pas davantage établi que les opérateurs aient été empêchés d'exercer leurs droits de la défense ; que dans ces conditions, la demande des requérantes sera rejetée ;

Sur le secret du délibéré

Considérant que les requérantes font valoir que la violation du secret du délibéré résulte de divulgations portant sur le principe même de l'entente et sur le montant des sanctions pécuniaires ; qu'elles soulignent que les journalistes ont reconnu tenir leurs informations “*d'une source proche du dossier*” et que lesdites informations étaient trop précises pour correspondre à de simples spéculations ; qu'elles ajoutent que dès le 29 novembre 2005, de nombreux articles de quotidiens et des articles diffusés sur Internet annonçaient les condamnations des opérateurs et les sanctions pécuniaires dont elles allaient être l'objet dès le 30 novembre 2005, alors que la notification aux parties de la décision n'est intervenue que le 6 décembre 2005, et qu'en tout état de cause, la communication officielle du Conseil annonçant la déclaration de culpabilité et le montant des sanctions n'a eu lieu que le 1^{er} décembre 2005 (communiqué de presse à 8h09), soit une heure après que les parties ont été informées de la décision (à 7h00 du matin) ;

Considérant qu'il résulte des pièces versées aux débats que certains journaux ont 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*"; que ces articles ne font que mentionner, avec l'usage du conditionnel, des montants approximatifs des sanctions susceptibles d'être prononcées, laissant ainsi bien percevoir leur caractère hypothétique et approximatif ;

Qu'aucun élément du dossier ne permet d'identifier une quelconque "fuite" par laquelle les médias auraient eu les informations relatives à l'issue du délibéré ni ne prouve l'implication des services du Conseil de la concurrence dans la divulgation de ces informations ;

Qu'au surplus, dans un communiqué de presse publié sur son site internet le 29 novembre 2005, le Conseil de la concurrence a annoncé qu'"*A la suite de diverses informations parues dans la presse, selon lesquelles de « lourdes amendes » pourraient être prononcées à l'encontre des opérateurs de téléphonie mobile, le Conseil de la concurrence tient à préciser que ces annonces correspondent à de pures spéculations n'engageant que leurs auteurs, qu'elles n'émanent en aucun cas du Conseil et que, jusqu'au prononcé de la décision, les parties mises en cause ont droit au respect de la présomption d'innocence*" ;

Qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de la violation du secret du délibéré doit être rejeté ;

Sur la publicité des débats

Considérant que Bouygues Télécom soutient qu'aucune nécessité particulière ne justifiait le huis clos de l'audience orale du 25 octobre 2005 devant le Conseil de la concurrence et que cette confidentialité ne serait pas conforme à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après CESDH) ;

Mais considérant que le fait que les débats devant le Conseil, en application de l'article L. 463-7 alinéa 1^{er} du Code de commerce, ne soient pas publics, 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 CESDH ;

Que le moyen tiré de l'absence de publicité des débats ne saurait en conséquence être accueilli ;

Sur le principe du contradictoire

Considérant que Bouygues Télécom soutient que le Conseil n'a pas répondu à plusieurs des moyens présentés dans ses écritures et qu'il a fondé sa décision sur des affirmations non débattues contradictoirement ; que la requérante considère que le Conseil n'a pas motivé sa décision sur les points suivants :

- l'hésitation quant à la qualification du second grief,
- les éléments attestant d'un parallélisme de comportements entre Orange France et SFR,

- l'argumentation relative aux évolutions tarifaires des prix des terminaux de 2000 à 2002,
 - les avancées notables pour le consommateur réalisées par elle,
 - son argumentation relative à ses difficultés financières en 2000 et 2001 ;
- Que la requérante soutient en outre que n'auraient pas été contradictoirement débattus :
- la faiblesse de son panel de forfaits retenus au cours de l'enquête,
 - l'alignement des prix terminaux ;

Considérant que le principe du contradictoire a été respecté dès lors que les parties ont, tout au long de la procédure, pu présenter leurs observations et que le Conseil, après avoir examiné les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance, a motivé sa décision de manière telle que la cour est en mesure d'exercer son contrôle ;

Qu'au surplus, le Conseil a répondu sur la situation particulière de Bouygues Télécom par rapport aux deux autres opérateurs ; que notamment, la situation de cette société a été prise en compte dans le calcul du montant de la sanction et quant à sa politique commerciale (§ 302 de la décision) ; que le Conseil a par ailleurs répondu sur les points relatifs à la confusion des griefs (§ 135 et suivants) et au parallélisme des comportements entre Orange France et SFR (§ 268 et suivants) ;

Qu'en conséquence, le moyen tiré de la violation du principe du contradictoire ne saurait prospérer ;

Sur la jonction des saisines des 28 août 2001 et 22 février 2002

Considérant que SFR soutient, comme elle l'avait déjà fait devant le Conseil de la concurrence, que la jonction des saisines lui a fait courir des risques considérables quant à la protection du droit au secret des affaires ; qu'en effet, selon elle, il n'y aurait aucune justification à ce que l'UFC-Que Choisir, qui avait saisi le Conseil sur les seules pratiques de facturation par paliers, puisse avoir accès à l'ensemble des pièces du dossier, certaines n'ayant aucun rapport avec ces pratiques ;

Mais considérant que l'article 31 du décret du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence énonce que "*le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut, à son initiative ou à la demande des parties ou du commissaire du gouvernement, procéder à la jonction de l'instruction de plusieurs affaires*" ;

Qu'aucun texte n'ayant prévu un droit de recours à l'encontre des mesures prises en application de cette disposition, le moyen sera rejeté ;

Qu'au demeurant, le président du Conseil de la concurrence a été saisi du risque d'atteinte au secret des affaires et a statué par une décision en date du 13 septembre 2004 contre laquelle SFR n'a pas exercé de recours ;

Sur la notification de griefs et la confusion du Conseil entre la notion d'accord et de pratique concertée

Considérant que SFR et Bouygues Télécom font valoir que la décision du Conseil de la concurrence est obscure quant à la qualification du second grief qui leur a été notifié et qu'il serait impossible de savoir s'il s'agit d'un accord ou d'une pratique concertée ; qu'elles soutiennent que la confusion entretenue par le Conseil sur ce point non seulement ne les mettrait pas en mesure d'exercer efficacement leurs droits de la défense, mais encore empêcherait la cour d'exercer un contrôle effectif de la décision déférée ;

Mais considérant que le Conseil retient "*qu'il existe au dossier un faisceau d'indices graves, précis et concordants, démontrant que les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom se sont concertées pour stabiliser leurs parts de marché respectives sur la période 2000-2002 autour d'objectifs définis en commun. Ce faisceau réside dans le rapprochement des différents documents faisant référence, de manière non équivoque et même, pour la note manuscrite du 28 mars 2001, de manière particulièrement précise et explicite, à un accord entre les trois opérateurs mobiles, avec en premier lieu, la stabilité des parts de marché observée sur la même période et, en deuxième lieu, les similitudes constatées en ce qui concerne la politique commerciale mise en oeuvre par les trois opérateurs*" (§ 315 de la décision) ;

Que le Conseil a ainsi clairement motivé sa décision en retenant l'existence d'une pratique concertée sur la période 2000-2002 démontrée par un faisceau d'indices graves, précis et concordants ; que le moyen n'est dès lors pas fondé ;

SUR LE FOND

Sur l'échange d'informations

Considérant que les requérantes font valoir qu'elles ont mis en place les échanges d'informations en cause à partir de la publication des données de l'Observatoire des mobiles par l'ART en 1997 dans le but d'établir un référent quant à la place qu'elles occupent au sein d'un marché à l'évolution incertaine ; qu'elles pouvaient ainsi anticiper en interne les réactions des marchés financiers et de la presse économique, qui suivaient mois par mois l'évolution du marché et des performances des opérateurs, et adapter les dépenses considérables qu'elles engageaient pour le développement de leur réseau ; qu'en tout état de cause, elles affirment qu'un échange d'informations n'est pas en soi anticoncurrentiel ;

Qu'elles contestent en effet l'objet anticoncurrentiel de ces échanges dans la mesure où ils n'auraient porté que sur des données *a posteriori* et à caractère global, ne permettant pas de dégager une quelconque information relative à la stratégie commerciale ou à la rentabilité de chacune d'entre elles ; qu'elles soutiennent d'ailleurs qu'aucune pièce versée aux débats ne démontrerait que ces données ont pu susciter une prise de décision de politique commerciale ; qu'elles arguent du fait que sur le marché de la téléphonie mobile de détail, à la croissance irrégulière et aléatoire, les informations échangées quant au volume des ventes ne permettraient pas d'anticiper les évolutions immédiates du marché et les positions respectives des concurrents ;

Qu'elles insistent sur le fait que les échanges portaient sur des données globales

telles que les volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes pour le mois écoulé, sans indication de prix, de détail des offres, de réseau distributeur, ou de zone géographique ; qu'elles précisent que ces données ne distinguaient pas entre le prépayé et le postpayé, distinction fondamentale sur le marché de la téléphonie mobile de détail pour la recherche d'une croissance rentable, et alors même que cette distinction est faite lors des transmissions à l'ART ; qu'ainsi les volumes de ventes brutes, de ventes nettes et de résiliation qu'elles se communiquaient de façon globale ne leur auraient pas permis de surveiller leurs politiques commerciales respectives qui poursuivaient des objectifs d'une plus grande précision ;

Qu'elles prétendent également que les informations échangées n'accroissaient pas la transparence du marché dans la mesure où celles-ci étaient connues et diffusées par l'ART et disponibles auprès d'autres sources (par exemple : l'Observatoire Mondial des Systèmes de Communication et le panel GFK-Growth From Knowledge) ; que s'agissant des ventes brutes, elles expliquent que même si elles ne faisaient pas l'objet d'une publication par l'ART, il leur était possible de reconstituer chacune, sur la base de sources multiples, sa part de marché en ventes brutes ;

Qu'elles font encore valoir qu'il existerait un tel décalage entre la mouvance du marché de la téléphonie mobile et la fréquence mensuelle de l'échange incriminé que celui-ci aurait été insuffisant pour permettre à chacune d'appréhender les effets de sa politique commerciale et de ceux de ses concurrents ;

Qu'enfin, SFR conteste la décision du Conseil en ce qu'il a retenu un échange d'informations anticoncurrentiel sur la période 2000-2002, tout en condamnant les trois opérateurs sur le fondement du second grief ; qu'elle explique qu'à supposer que le second grief soit avéré, l'échange d'informations ne peut être détaché de la concertation elle-même ;

Considérant que si la transparence entre les acteurs économiques n'est pas susceptible, sur un marché concurrentiel, de restreindre l'autonomie de décision et par suite la concurrence entre les offreurs au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce compte tenu du caractère atomisé de l'offre et de l'incertitude subsistant pour chacun des opérateurs économiques quant au caractère prévisible du comportement de ses concurrents, il en va autrement sur un marché oligopolistique fortement concentré où l'échange régulier entre les acteurs assurant la totalité de l'offre, selon une périodicité rapprochée et systématique, d'informations précises et non publiques sur le marché est de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques dès lors que cette mise en commun régulière et rapprochée d'informations a pour effet de révéler périodiquement à l'ensemble des concurrents les positions sur le marché et les stratégies de chacun d'eux ;

Qu'il ne peut être contesté que le marché pertinent de la téléphonie mobile de détail est 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 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 couvrant l'ensemble du territoire ;

Que, créé en 1995, l'Observatoire des mobiles, dont les données sont publiées par l'ART depuis 1997, a pour vocation de présenter, dans un souci de transparence, un panorama chiffré du marché de la téléphonie mobile de détail issu de statistiques commerciales que les opérateurs communiquent chaque mois au régulateur ; que les informations requises des opérateurs sur une base mensuelle étaient notamment les suivantes :

- leur nombre total de clients,
- leurs ventes brutes en volume,
- le nombre de résiliations enregistrées avec segmentation forfait/prépayé et total,
- leurs ventes nettes en volume,
- la répartition (en pourcentage) de leur croissance brute entre les canaux de distribution directs et indirects ;

Qu'à partir de mars 2000, de nouvelles informations étaient demandées aux opérateurs, parmi lesquelles :

- la croissance brute avec segmentation forfait/prépayé et total,
- la croissance nette avec segmentation forfait/prépayé et total,
- la répartition de leurs ventes nettes entre forfaits et formules prépayées,
- la répartition géographique de leurs clients,
- la répartition (en volume) de leurs ventes nettes entre les canaux de distribution directs et indirects,
- le trafic SMS sortant,
- le revenu mensuel moyen par abonné en distinguant forfaits et offres prépayées,
- le volume des minutes consommées en distinguant forfaits et offres prépayées,
- le parc multimédia ;

Que cependant, l'Observatoire des mobiles ne publiait que des données relatives au nombre total de clients, à la répartition en pourcentage du parc clients entre prépayé et forfait, aux ventes nettes réalisées en volume, et à la croissance nette du marché ; qu'en revanche, alors même que l'ART les recueillait, elle ne rendait pas publics les chiffres relatifs aux ventes brutes en volume et aux résiliations, ce choix étant justifié par la nécessité de préserver la concurrence sur ledit marché ;

Que les trois opérateurs admettent avoir pris l'habitude, dès 1997, de se communiquer mutuellement leurs volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes ; qu'en outre, il résulte des documents saisis au cours de l'enquête, notamment d'un message daté du 4 juin 2002 trouvé sur la messagerie électronique de Monsieur Z., ancien directeur général adjoint de Bouygues Télécom, que lesdites données étaient échangées à titre confidentiel tel que mentionné dans l'avertissement suivant : *“Je vous rappelle que ces chiffres sont échangés entre les trois opérateurs à titre confidentiel. Ils ne doivent en aucune façon être communiqués à l'extérieur et notamment pas auprès de nos instances*

réglementaires (ART, Ministère, ...) ; qu'il ressort de ces constatations que le volume de ventes brutes et de résiliations qui ne faisait pourtant pas l'objet d'une publicité par l'ART, mais uniquement d'une communication à cette dernière, était néanmoins échangé entre les parties ;

Que contrairement à l'argument des requérantes, les chiffres en cause ne pouvaient être connus d'elles avec autant de précision par des sources indirectes et non officielles, telles que les données des distributeurs ou des articles de journaux, dans la mesure où ces dernières ne faisaient respectivement état que de données disséminées et approximatives ;

Qu'il ressort des éléments du dossier que les échanges d'informations suivaient une périodicité mensuelle y compris lorsque les publications de l'Observatoire des mobiles sont devenues trimestrielles à partir d'avril 2000, qu'ils étaient effectués dès les premiers jours de chaque mois, soit au moins une semaine avant la transmission des chiffres officiels à l'ART, et alors même que ces chiffres n'étaient publiés par l'Autorité que le vingt-cinquième jour suivant le trimestre en cause ; que le caractère régulier et systématique des échanges entre opérateurs ne saurait en conséquence être contesté ;

Qu'un tel échange anticipé de données précises et détaillées relatives aux volumes de ventes brutes, de résiliations et de ventes nettes 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'en contribuant dès lors à réduire de manière significative l'incertitude quant au comportement de chacun sur le marché pertinent pendant la période 1997-2003, les trois opérateurs ont nettement restreint leur autonomie décisionnelle et ainsi contrevenu aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce ;

Qu'en conséquence, l'objet et l'effet anticoncurrentiels de cette pratique étant en l'espèce caractérisés, les moyens développés par les requérantes doivent être rejetés ;

Sur le gel de parts de marché

Considérant que les requérantes critiquent le Conseil de la concurrence pour avoir entretenu une confusion entre les notions de pratique concertée et d'accord ; qu'elles font valoir que la transformation substantielle du second grief, de "gel de parts de marché" en "pilotage concerté des parts de marché" et en "stabilisation des parts de marché", modifierait l'objet de la preuve et atténuerait sensiblement la charge de celle-ci pesant sur le Conseil ;

Qu'elles soulignent également l'absence de valeur probante des notes retenues à leur encontre par le Conseil dans la mesure où celles-ci ne démontreraient pas l'existence d'une concertation effective et seraient entachées de vices internes écartés à tort ; qu'à titre subsidiaire, aucun élément du dossier n'établirait que les comportements qui leur sont reprochés ont été mis en oeuvre ;

Qu'elles arguent du fait que le marché pertinent est particulièrement volatile notamment en ce que l'évolution de la demande demeure incertaine dès lors qu'il existe

une différenciation très forte des produits comme des services et que les ventes y sont saisonnières ; que partant, compte tenu notamment de cette structure, il leur aurait été impossible de piloter ledit marché ; qu'elles n'auraient fait que participer au fonctionnement normal du marché en réagissant de façon appropriée à ses évolutions ;

Qu'elles contestent en tout état de cause la méthodologie retenue par le Conseil pour analyser les éléments soumis à son appréciation ; qu'elles expliquent qu'il aurait notamment procédé à des méthodes de généralisation de leurs comportements, qu'ils soient commerciaux, tarifaires ou technologiques, et à des calculs de moyennes chiffrées, méthodes qui ne traduiraient pas la réalité de leur action sur le marché et nieraient leur individualité ;

Qu'au surplus, Orange France, SFR et Bouygues Télécom dénoncent l'absence de prise en compte par le Conseil, à l'exception de quelques éléments à charge, de la situation sur les marchés européens de la téléphonie mobile ; que ces sociétés font remarquer que la situation du marché français est quasi-identique aux situations observées sur les autres marchés européens, notamment eu égard à l'évolution des prix, à l'augmentation de la rentabilité et à la stagnation de la part de marché du troisième entrant, qui s'inscrivent dans une tendance générale en Europe ;

Qu'enfin, Bouygues Télécom prétend que le Conseil de la concurrence aurait nié les éléments du dossier démontrant sa singularité sur le marché de la téléphonie mobile de détail ; qu'à ce titre, de nombreuses pièces souligneraient son autonomie commerciale tout en démentant son éventuel intérêt à participer à l'entente incriminée notamment eu égard au seuil de rentabilité qu'elle se devait d'atteindre ; qu'en effet, Bouygues Télécom expose que, quand bien même les éléments retenus par le Conseil seraient suffisants pour caractériser une collusion entre SFR et Orange France, ils ne permettent pas de l'impliquer personnellement ;

Considérant qu'a été notifié aux parties *“le grief d'avoir gelé leurs parts de marché en ce qui concerne les connexions nouvelles, brutes et nettes sur la période de 2000 à 2002. Ces pratiques, découlant d'un « pacte » portant sur les années 2000 et 2001 et n'ayant pas été remis en cause en 2002, ont pour objet ou pour effet de se répartir le marché de la téléphonie de détail et d'y limiter le libre exercice de la concurrence”* ;

Que d'une part, il résulte clairement de ladite notification que le rapporteur a visé des pratiques anticoncurrentielles de concertation entre les trois opérateurs, dont la démonstration repose notamment sur des documents émanant de ces derniers et faisant référence à un *“pacte”* ;

Que, contrairement à l'interprétation qu'en font les requérantes, la décision du Conseil de la concurrence a, de la même manière, établi qu'il existait *“au dossier un faisceau d'indices graves, précis et concordants, démontrant que les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom se sont concertées pour stabiliser leurs parts de marché respectives sur la période 2000-2002 autour d'objectifs définis en commun. Ce faisceau réside dans le rapprochement des différents documents faisant référence, de manière non équivoque et même, pour la note manuscrite du 28 mars 2001, de manière particulièrement précise et explicite, à un accord entre les trois opérateurs mobiles, avec en premier lieu, la*

stabilité des parts de marché observée sur la même période et, en deuxième lieu, les similitudes constatées en ce qui concerne la politique commerciale mise en oeuvre par les trois opérateurs” (§ 315 de la décision) ; que le Conseil s’est appuyé notamment sur la note manuscrite de Monsieur B., directeur général de SFR, du 28 mars 2001, laquelle fait référence de manière explicite à un accord de parts de marché en ventes brutes et à la négociation d’un nouvel accord en 2001, pour démontrer l’existence d’une pratique concertée des trois opérateurs ; qu’il ne saurait en conséquence, et ainsi qu’il a été dit précédemment à propos de la notification de griefs, être reproché au Conseil d’avoir entretenu une confusion ;

Que d’autre part, le rapporteur, tout en visant des pratiques ayant pour objet ou pour effet la répartition du marché de la téléphonie mobile de détail, a reproché aux trois opérateurs d’avoir gelé leurs parts de marché ; que le Conseil de la concurrence a justement établi que ces pratiques, dont l’objet était le gel des parts de marché, ont eu pour effet de stabiliser ces dernières autour de cet objectif défini en commun ; qu’en conséquence, le Conseil n’a pas entendu atténuer la charge de la preuve pesant sur lui dès lors qu’il n’a fait que préciser les implications du grief notifié ;

Considérant par ailleurs que, pour établir la réalité de pratiques concertées entre les trois opérateurs, le Conseil de la concurrence a notamment retenu le contenu de la note précitée, qui se présente de la manière suivante :

PB → F. E. P. G.

M. B. via D. Q. est OK ~~pour reconduire en 2001 l’accord de PDM 2000 en VB,~~ bien qu’ils ne l’aient pas respecté au 2^e semestre 2000.

~~P. M. après avoir demandé 23 % VB, accepte 22 %~~

	<i>rappel accord 2000</i>	<i>réel 2000 VR</i>	<i>Proposition 2001</i>
	<i>VN</i>		<i>VR</i>
<i>n 1</i>	<i>46 %</i>	<i>47 4</i>	<i>46 %</i>
<i>n 2</i>	<i>34 %</i>	<i>32 4</i>	<i>34 %</i>
<i>n 3</i>	<i>21 %</i>	<i>20 2</i>	<i>22 %</i>
	<i>101 %</i>		<i>102 %</i>

Que la cour constate que les termes “n 1”, “n 2” et “n 3” font référence aux trois opérateurs, respectivement Orange France, SFR et Bouygues Télécom, ainsi qu’il résulte du tableau similaire figurant sur la page précédente de la même note ; qu’en outre, dans la mesure où la colonne de rappel des parts de marché en ventes nettes totalise 101 % de parts de marché, il ne peut qu’être déduit que ces chiffres représentent des objectifs à réaliser pour chacun des opérateurs ; que le tableau reproduit ci-dessus fait ainsi état d’une proposition de répartition des parts de marché en ventes brutes pour l’année 2001, établie grâce aux chiffres réels de parts de marché en ventes brutes réalisés en 2000 et au rappel de leur objectif de réalisation de parts de marché en ventes nettes pour l’année antérieure ;

Qu’au surplus, le sens général de la note corrobore l’évocation par son auteur d’un accord qui figure dans les mentions rayées ; qu’en effet, la note de Monsieur P. B. (“PB”) était destinée à sa hiérarchie au sein du groupe SFR-Cégétel (“→ F. E. et P. G.”), afin de

lui indiquer que Monsieur B., président de France Télécom, était d'accord, par l'intermédiaire de Monsieur Q., directeur général d'Orange France, avec la proposition de répartition des parts de marché en ventes brutes pour l'année 2001 ; qu'en outre, malgré ses dénégations, il est manifeste que Bouygues Télécom a participé à ladite concertation dès lors que le chiffre de 22 %, au titre de la proposition de parts de marché en ventes brutes pour l'année 2001, est strictement identique à celui qui aurait été accepté par Monsieur M., président de cette société, selon les mentions raturées ;

Que la preuve d'une entente entre les trois opérateurs du marché de la téléphonie mobile de détail est renforcée par les notes manuscrites de Monsieur Q., en date des 28 et 30 octobre 2002, qui font explicitement référence au "Yalta PDM" ; que cette expression, en dépit des contestations soulevées par les requérantes, évoque, par ses références historiques évidentes, une stratégie des trois opérateurs en vue de stabiliser et de se partager le marché selon des parts de marché pré-définies ;

Considérant qu'au demeurant, il convient d'examiner si la poursuite de l'objectif de gel des parts de marché des trois opérateurs s'est effectivement manifestée sur le marché de la téléphonie mobile de détail ;

Qu'à cet égard, la "Revue d'affaires" de France Télécom Mobiles du 4 avril 2000, dans laquelle la Division Mobiles justifie ses prévisions financières pour l'année 2000, se fonde sur la "*réussite de la politique de pacification*" ; qu'il faut également mentionner, au compte de Bouygues Télécom, le compte-rendu de son conseil d'administration en date du 1^{er} mars 2001 par lequel l'opérateur décide "*de stopper la course à la part de marché*" ;

Que cette volonté commune est perceptible au travers des politiques commerciales similaires, voire identiques dans certains cas, adoptées par les opérateurs, ainsi que le démontre notamment l'analyse des coûts d'acquisition qui se traduit par une baisse ou une stabilité des commissions des distributeurs et des subventions des terminaux, freinant dès lors toute incitation respectivement à la vente et à l'achat ;

Qu'en effet, en ce qui concerne les commissions accordées aux distributeurs sur la vente d'un terminal, il résulte du procès-verbal d'inventaire en date du 23 octobre 2003 et du procès-verbal en date du 24 octobre 2003 qu'Orange France opère une diminution régulière des commissions sur le postpayé et le prépayé ; qu'au vu des pièces versées aux débats, il est constaté que SFR et Bouygues Télécom pratiquent également, même si elle est moins significative, une baisse de ces commissions ;

Que s'agissant des subventions, il ressort de la réunion de travail du 7 octobre 2002 (cotes 376, 379, 380 des pièces de Bouygues Télécom) qu'Orange France décide de ne plus en accorder sur les offres prépayées et d'opérer une baisse de 5 euros pour les "offres forfaits" et de 10 euros pour les "Mini forfaits" auxquels s'ajoutent respectivement des plafonds de l'ordre de 90 euros et 45 euros HT ; que le compte-rendu "CODIR DC MENSUEL" du 11 juin 2002 de SFR (procès-verbal d'inventaire en date du 17 novembre 2003) indique la "*nécessité de réduire très significativement les subventions sur les abonnements et de poursuivre la tendance sur le prépayé*" démontrant ainsi que cette

société emprunte une voie identique ; que de même, Bouygues Télécom ne conteste pas avoir diminué les subventions sur les terminaux pour le segment du prépayé ;

Qu'au surplus, il existe un "*accord SFR/BYT/ITP*" (Orange France étant impliquée par sa marque Itinériss) par lequel les trois opérateurs s'entendent pour "*obtenir 590 F TTC*" au 2 avril 2001 sur un terminal, accord révélé par une note manuscrite établie lors d'un comité exécutif du 26 mars 2001 par le président d'Orange France, qui toutefois a précisé que le tarif s'appliquait aux kits prépayés ;

Qu'il ressort de cette analyse que les requérantes ont choisi de concert de privilégier leur rentabilité, voire d'organiser leur "sur-rentabilité", alors même que le marché, malgré un ralentissement de la croissance, bénéficiait encore d'un bon potentiel de développement ; que cette analyse est résumée par la formule d'Orange France qui décide de passer "*d'une stratégie de croissance à une stratégie de valorisation des fruits de la croissance*" ("*Revue d'affaires*" de France Télécom Mobiles du 4 avril 2000) ; qu'à cet égard, nonobstant les observations des requérantes, il est indifférent que cette recherche de valeur, facilitée par la pacification du marché que ces dernières avaient organisée, se soit effectuée selon des modalités ou stratégies distinctes, ou en réponse à des besoins différents de chacune d'elles ;

Que de même, la diminution des prix des communications invoquée par Bouygues Télécom ne saurait suffire à mettre hors de cause cette société dans la mesure où doit être pris en considération le contexte général, examiné précédemment, dans lequel cette baisse est intervenue ; que le reproche formé à l'endroit des trois opérateurs au regard du prix des communications n'est pas réductible à une stricte hausse de leurs tarifs mais est fondé sur les mécanismes qu'ils avaient mis en place pour piloter le marché de façon à réaliser leurs objectifs de parts de marché ; que ces derniers ont notamment conduit à ce qu'ils augmentent ou à ce qu'ils ne diminuent pas de manière significative leurs prix, eu égard à la situation de croissance du marché ;

Que, plus généralement, les trois opérateurs sont mal fondés à critiquer le Conseil de la concurrence en ce qu'il n'aurait pas pris en compte les divergences de leurs politiques commerciales dès lors que de telles divergences, qui peuvent être relevées par l'examen en détail des offres multiples et variées proposées aux consommateurs, ne sont pas incompatibles avec leur intention commune de geler leurs parts de marché autour d'objectifs qu'ils avaient pré-définis ;

Que malgré l'argumentation des requérantes sur la volatilité du marché tenant à l'incertitude de l'évolution de la demande, à la différenciation très forte des produits comme des services et au caractère saisonnier des ventes, la cour constate que les prévisions de répartition des parts de marché en ventes brutes pour l'année 2001, établies par les trois sociétés (note B.), se sont vérifiées dans les faits, ainsi qu'il ressort de leurs propres données chiffrées ;

Qu'en ce qui concerne les parts de marché en ventes nettes, leur analyse est rendue particulièrement difficile en raison de l'apurement auquel Bouygues Télécom a procédé sur son parc clients en 2002 ; que cette action, consistant à supprimer de sa base de données les

clients inactifs, a eu pour conséquence un résultat de ventes nettes négatif pour cet opérateur, qui ne traduit pas la réalité de l'évolution des parts de chaque société sur le marché en cause ;

Que toutefois le constat d'infimes variations des parts de marché "parc" souligne la stabilité du positionnement de chaque opérateur sur la période litigieuse ;

Que les critiques des requérantes quant à la méthodologie employée par le Conseil de la concurrence ne sauraient davantage être accueillies dans la mesure où, quand bien même certains chiffres peuvent être volatiles d'un mois à un autre ou divergents d'un produit à un autre, des tendances communes manifestes sont discernables ;

Que s'agissant du comportement de Bouygues Télécom qui invoque sa situation particulière, le fait qu'elle ne soit pas parvenue à dépasser la valeur de 20 % de parts de marché n'enlève rien à ce qu'elle a coopéré à la concertation et adhéré sciemment aux objectifs globaux ; qu'à cet égard, les plaintes déposées par Bouygues Télécom auprès des autorités françaises et communautaire de la concurrence ne sont pas pertinentes dès lors qu'elles ont été soulevées en dehors de la période concernée ou ne mettent aucunement en cause les pratiques qui sont reprochées en l'espèce aux requérantes ;

Que ces éléments révèlent une stabilité des parts de chacune des sociétés sur le marché, caractérisant les effets anticoncurrentiels des pratiques en cause ;

Que ces pratiques ont été facilitées, pour la période 2000-2002, par l'échange régulier d'informations mis en place par les opérateurs qui leur fournissait un instrument de surveillance efficace (connaissance des stratégies et évaluation des effets des politiques commerciales de chacun) ainsi que les moyens de mettre en oeuvre les politiques nécessaires à la réalisation des objectifs pré-définis ;

Qu'enfin, la concertation étant établie, la comparaison avec les autres marchés européens est sans objet ;

Qu'en conséquence, les pratiques retenues par le Conseil au titre du second grief étant démontrées, les moyens développés par les requérantes doivent être rejetés ;

Sur l'article 81 du Traité CE

Considérant que SFR soutient que l'article 81 § 1 du Traité CE est inapplicable en l'espèce dans la mesure où le marché de la téléphonie mobile est un marché national et où les pratiques en cause n'ont pu dissuader des opérateurs étrangers éventuellement intéressés d'y pénétrer ; qu'elle ajoute que si ces pratiques avaient eu pour effet d'augmenter les prix sur le marché français de la téléphonie mobile, les nouveaux entrants potentiels se seraient trouvés dans une situation plus favorable pour se livrer à une concurrence avec les opérateurs déjà en place ; qu'elle explique que les pratiques dénoncées n'empêchaient pas un opérateur tiers de se porter candidat pour l'acquisition d'une licence UMTS ;

Mais considérant qu'il ressort notamment des points 78 et suivants des Lignes

directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité CE (Communication de la Commission, 2004/C 101/07, JOCE du 27 avril 2004, page 81) que “*les ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un Etat membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. [...] La capacité qu'ont ces accords de cloisonner le marché intérieur est due au fait que, normalement, les entreprises qui participent à des ententes dans un seul État membre doivent se protéger contre les concurrents d'autres États membres*” ;

Qu'en l'espèce, le marché de la téléphonie mobile affecté par les pratiques d'échanges d'informations et de gel de parts de marché avait une dimension nationale ; que même si au moment des faits l'activité d'opérateur de téléphonie mobile était soumise à l'obligation d'obtenir une licence, rien n'excluait que des opérateurs originaires d'autres États membres obtiennent une telle licence, puis par la suite obtiennent une licence UMTS ;

Que cependant, les pratiques examinées ont eu pour effet de consolider le cloisonnement du marché national et d'assurer la protection desdits opérateurs nationaux, faisant ainsi échec à l'interpénétration économique voulue par le Traité ;

Que s'il n'est pas établi qu'à l'époque des faits des opérateurs originaires d'autres États membres de l'Union européenne aient manifesté leur volonté d'entrer sur le marché français de la téléphonie mobile, il suffit néanmoins qu'un comportement sur un marché national puisse potentiellement avoir pour effet de dissuader des opérateurs étrangers d'entrer sur le marché pour considérer qu'il y a affectation du commerce entre États membres ;

Qu'en conséquence, c'est à juste titre que le Conseil de la concurrence a décidé d'appliquer l'article 81 § 1 du Traité CE ;

Considérant qu'au vu de l'ensemble de ce qui précède, le Conseil a justifié par des motifs pertinents que la cour fait siens qu'Orange France, SFR et Bouygues Télécom ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du Traité CE ;

Sur les sanctions

Considérant, relativement à l'échange d'informations, que les requérantes critiquent le Conseil de la concurrence en ce qu'il aurait surévalué la gravité de ces pratiques ; qu'elles font valoir qu'il n'apporterait pas la preuve d'un réel dommage à l'économie et qu'il aurait refusé de prendre en compte les éléments qui leur sont favorables ; qu'elles relèvent que le Conseil leur aurait infligé deux sanctions pour une même pratique, l'échange d'informations n'étant que le moyen du second grief ; qu'elles ajoutent qu'elles ont mis fin spontanément à l'échange qui leur est reproché ;

Qu'en ce qui concerne le gel de parts de marché, elles contestent également l'évaluation de la gravité du dommage à l'économie retenue par le Conseil en ce qu'elle ne serait pas sérieusement établie, ce qui aurait pour conséquence des sanctions sans rapport de proportionnalité avec le dommage réel à l'économie ;

Qu'enfin, Bouygues Télécom souligne une nouvelle fois son caractère particulier en arguant de la disproportion des sanctions prononcées à son encontre par rapport aux

actes commis et du caractère manifestement excessif desdites sanctions à son égard ; qu'elle insiste également sur l'absence de justification de l'injonction de publication ;

Considérant que la sanction prononcée en application de l'article L. 464-2 du Code de commerce doit prendre en compte, au titre de sa motivation, la gravité des faits reprochés, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation individuelle de l'entreprise sanctionnée ; que son montant peut être porté, pour une entreprise, jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ; que 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 ;

Que, sur les sanctions prononcées du chef de l'échange d'informations, les requérantes sont mal fondées à minimiser la gravité de leur pratique ; que notamment, il a été précédemment établi que, les informations essentielles échangées n'ayant pas toutes vocation à être publiques et la fréquence de leur échange ayant été bien supérieure à ce que prévoient les mécanismes de transparence mis en place par l'ART, la pratique mise en œuvre par les trois opérateurs avait contribué à réduire de manière significative l'incertitude quant au comportement de chacun sur le marché et à restreindre nettement leur autonomie décisionnelle ; que, de la même manière, elles ne sauraient se prévaloir avec succès du fait qu'elles auraient spontanément mis fin à l'échange d'informations dans la mesure où la cessation de cette pratique n'est intervenue que postérieurement au déclenchement de l'enquête administrative ;

Que le Conseil de la concurrence a justement évalué les effets de l'échange d'informations sur le marché en cause ; que notamment, il a relevé que les effets de cette pratique étaient aggravés par le fait que la totalité des opérateurs du marché y avait participé ;

Qu'en ce qui concerne les sanctions prononcées du chef de l'entente sur les parts de marché, et au vu des développements ayant permis d'établir cette dernière, Orange France, SFR et Bouygues Télécom sont encore mal fondées à soutenir l'absence de gravité de leur comportement ; que quand bien même les trois opérateurs n'auraient pas réussi à geler au sens strict leurs parts de marché sur la période concernée, il a été démontré que, loin de n'avoir eu aucun effet, leur politique de concertation visant à geler leurs parts de marché a produit des résultats anticoncurrentiels significatifs ;

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, en particulier eu égard à sa durée, et de ses effets néfastes pour les consommateurs, notamment en déterminant les gains qu'ils avaient réalisés au préjudice de ces derniers (§ 338 de la décision) ;

Que le Conseil de la concurrence ne saurait davantage être critiqué pour avoir violé le principe *non bis in idem* en infligeant deux sanctions pour une même pratique

d'échange d'informations ; qu'en effet, il n'a pas condamné deux fois cette pratique dès lors qu'il a infligé aux opérateurs une sanction pour chacune des pratiques visées par les griefs ; que s'agissant du gel de parts de marché, il s'est borné à constater que le dommage à l'économie qui en résultait était majoré par l'échange d'informations déjà en place (§ 335 de la décision) ;

Qu'au vu des éléments soumis à l'appréciation de la cour, les sanctions prononcées par le Conseil sont individualisées et proportionnées aux actes qui ont été relevés ;

Qu'en effet, les comptes d'Orange France, de SFR et de Bouygues Télécom sont respectivement consolidés au sein de ceux des groupes France Télécom, Vivendi Universal et Bouygues ; que pour chacun de ces groupes ont été pris en compte les chiffres d'affaires les plus élevés réalisés au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre ; qu'ainsi, les sanctions prononcées par le Conseil représentent pour la première 0,54 % du chiffre d'affaires du groupe France Télécom (exercice clos au 31 décembre 2004), pour la deuxième 0,38 % du chiffre d'affaires du groupe Vivendi Universal (exercice clos au 31 décembre 2002), et pour la troisième 0,25 % du chiffre d'affaires du groupe Bouygues (exercice clos au 31 décembre 2004) ;

Qu'à titre particulier, le taux de la sanction infligée à Bouygues Télécom est exactement proportionné eu égard à son chiffre d'affaires ; qu'il n'y avait pas lieu de la traiter différemment, compte tenu de son comportement au sein de la concertation ;

Qu'ainsi, les sanctions sont justifiées ;

Qu'enfin, compte tenu de l'importance du marché de la téléphonie mobile de détail en France et de l'ampleur des comportements relevés, l'injonction de publication prononcée par le Conseil de la concurrence est également justifiée ;

Considérant qu'il convient en conséquence de rejeter les recours ; que les demandes formées au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile ne peuvent qu'être rejetées ;

PAR CES MOTIFS

Déclare le recours de l'association UFC-Que Choisir irrecevable,

Rejette les recours des sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom,

Condamne les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom, et l'association UFC-Que Choisir aux dépens.

LE GREFFIER,

LA PRÉSIDENTE,