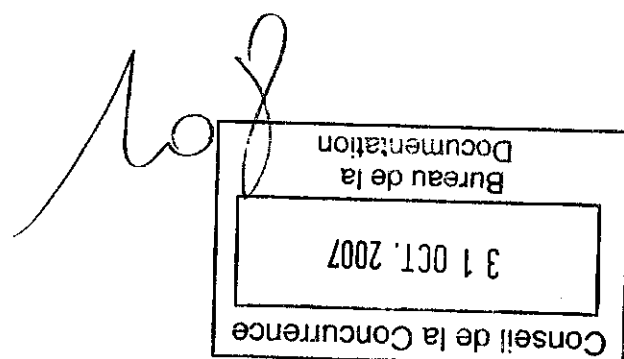


COMM.

FB

COUR DE CASSATION



Audience publique du **23 octobre 2007**

Rejet

Mme GARNIER, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 1145 F-D

Pourvoi n° D 06-17.852

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société France Télécom,
société anonyme, dont le siège est 6 place d'Alleray, 75015 Paris,

contre l'arrêt rendu le 4 juillet 2006 par la cour d'appel de Paris (1^{re} chambre
civile), dans le litige l'opposant au ministre de l'économie, des finances et de
l'industrie, domicilié 59 boulevard Vincent Auriol, 75003 Paris cedex 13,

défendeur à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les sept
moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

**LA COUR, en l'audience publique du 25 septembre 2007, où
étaient présents : Mme Garnier, conseiller doyen faisant fonction de
président, Mme Beaudonnet, conseiller référendaire rapporteur, Mme Tric,
conseiller, Mme Arnoux, greffier de chambre ;**

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société France Télécom, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 4 juillet 2006), que la société Neuf Télécom reseau (Neuf Télécom), opérateur de télécommunications et fournisseur d'accès à internet, a saisi le Conseil de la concurrence (le Conseil) de pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom dans le cadre du développement de la technologie Asymmetric digital subscriber line (ADSL), pratiques qu'elle estime constitutives d'abus de position dominante sur le marché de l'accès haut débit à internet et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ; que, par décision n° 00-MC-01, le Conseil a, le 18 février 2000, "enjoint à la société France Télécom de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à internet haut débit par la technologie ADSL ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes" ; que la cour d'appel de Paris a, par arrêt du 30 mars 2000, rejeté le recours formé contre cette décision par la société France Télécom ; que, saisi par la société Neuf Télécom, le Conseil a, par décision n° 04-D-18 du 13 mai 2004, estimé que la société France Télécom n'avait pas exécuté l'injonction prononcée le 18 février 2000 et lui a infligé une sanction pécuniaire ; que le montant de cette sanction a été modifié par arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 janvier 2005 et le pourvoi formé contre cette décision rejeté le 14 mars 2006 ; que, statuant au fond, par décision n° 05-D-59 du 7 novembre 2005, le Conseil a dit établi que la société France Télécom a enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et lui a infligé une sanction pécuniaire ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société France Télécom fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours contre la décision n° 05-D-59 du Conseil de la concurrence en date du 7 novembre 2005, alors, selon le moyen, *que le conseil qui s'est prononcé sur le caractère prohibé d'une partie des faits qui lui étaient dénoncés dans le cadre de mesures conservatoires ne peut, sans manquer objectivement au principe d'impartialité, régler l'affaire au fond dans une formation comportant des membres ayant déjà statué dans la précédente procédure ; qu'en retenant que le conseil avait pu, sans manquer au principe d'impartialité, se prononcer sur le fond de l'affaire dans une formation comportant trois membres ayant déjà statué dans la décision n° 04-D-18 rendue dans la même affaire sur l'exécution d'une injonction*

prononcée à titre conservatoire, dans la mesure où celui-ci se serait auparavant borné à constater le manquement de France Télécom à l'injonction prononcée à son encontre par la décision 01-MC-01, sans porter d'appréciation sur le fond de l'affaire, tout en relevant que dans sa décision n° 04-D-18 le conseil avait considéré que les conditions de l'offre "ADSL connect ATM" étaient restrictives et injustifiées et ne mettaient pas fin au refus d'accès ou encore que, pour caractériser cette infraction, le conseil avait pu procéder, dans la décision déferée, par renvoi à la décision précédente n° 04-D-18 ayant déjà clairement établie cette infraction, établissant ainsi que les membres du conseil ayant rendu la décision n° 04-D-18, avaient déjà porté une appréciation sur le fond de l'affaire et ne pouvaient plus en connaître ensuite, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 6 § de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que la sanction du non-respect d'une injonction ne préjugant pas au fond, c'est à juste titre que l'arrêt retient qu'en se prononçant au fond dans une composition comprenant certains membres ayant déjà statué dans une décision se bornant à sanctionner l'inexécution d'une injonction prononcée à titre conservatoire dans une décision précédente relative à la même saisine, le Conseil n'a pas manqué au principe d'impartialité garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que par ce moyen pris de la violation des articles L. 36-10 du code des postes et des communications électroniques et L. 463-1 du code de commerce, la société France Télécom fait le même grief à l'arrêt ;

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

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société France Télécom fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, que le principe non bis in idem interdit de connaître de faits ayant déjà fait l'objet de poursuites et d'une décision antérieures sanctionnant le non-respect d'une injonction précédemment prononcée ; qu'en condamnant à nouveau la société France Télécom pour infraction aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce pendant la période du 1er décembre 2000 au 15 septembre 2002, quand ces faits postérieurs à la décision à la décision n° 01-MC-01 du 18 février 2000

entraient dans la période couverte par l'injonction adressée à la société France Télécom et avaient déjà été précisément et définitivement sanctionnés par la décision n° 04-D-18 du 13 mai 2004 et l'arrêt du 11 janvier 2005 après appréciation du caractère anticoncurrentiel des offres faites par l'opérateur historique pendant cette période, la cour d'appel a violé les articles 14 § du pacte international relatif aux droits civils et politiques, 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 4 du protocole n° 7 annexé à ladite convention ;

Mais attendu que c'est sans méconnaître les dispositions invoquées que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que le principe *non bis in idem* ne s'oppose pas à ce que le Conseil de la concurrence, après avoir fait droit à titre conservatoire à une demande d'injonction formée accessoirement à sa saisine au fond, sanctionne d'un côté, par application de l'article L. 464-3 du code de commerce, le non respect de l'injonction qu'il a prononcée et de l'autre, par application de l'article L. 464-2 du même code, l'infraction aux règles de concurrence qu'il estime établie ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le quatrième moyen :

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

1° / que seules les pratiques ayant débuté avant la saisine du conseil et qui se sont poursuivies postérieurement dans les mêmes conditions peuvent être qualifiées de continues ; qu'en décidant, tant pour caractériser les infractions que pour fixer le quantum de la sanction, que la pratique de ciseau tarifaire imputée aux tarifs de l'offre "ADSL Connect ATM" appliqués du 1er décembre 2000 au 15 septembre 2002, à la suite de l'injonction faite à France Télécom ne constituait pas, contrairement à ce qui avait été retenu dans la communication des griefs des pratiques distinctes mais une seule infraction continue de refus d'accès, la cour d'appel a violé les articles L. 420-2, L. 462-5 et L. 464-1 du code de commerce ;

2° / que le Conseil ne peut se fonder que sur des faits visés dans la notification des griefs et sur les qualifications retenues par celle-ci ; qu'il résulte de la notification des griefs comme du rapport ultérieur que deux griefs distincts avaient été adressés en l'espèce à la société France Télécom ; qu'en retenant que la pratique de ciseau tarifaire imputée aux tarifs de l'offre "ADSL Connect ATM" appliqués du 1er décembre 2000 au 15 septembre 2002 visé par le grief n°1 n'était en réalité qu'une modalité de l'infraction de refus d'accès faisant l'objet du grief n° 2, au encore que l'ensemble des faits visés dans les griefs du 8 septembre 2004 est constitutif d'une infraction unique continue la cour d'appel qui a modifié la qualification

des pratiques retenues à l'encontre de France Télécom a méconnu les droits de la défense et violé l'article 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu qu'il résulte de la notification des griefs et du rapport que deux griefs d'abus par la société France Télécom de sa position dominante sur le marché amont de l'accès haut débit à internet ont été notifiés à cette société et maintenus dans le rapport, que le premier grief consiste à avoir autorisé l'accès de ses concurrents à son réseau local dans des conditions restrictives injustifiées en ne leur proposant que des offres de revente en gros de ses produits, correspondant à l'option dite 5, que le second grief consiste à avoir refusé à la société Neuf Télécom l'accès au circuit virtuel permanent en mode ATM en ne répondant pas à sa demande puis en ouvrant cet accès dans des conditions restrictives injustifiées ; que, contrairement à ce que soutient le moyen, la communication des griefs n'a pas retenu que la pratique de ciseau tarifaire résultant des tarifs de l'offre "ADSL Connect ATM" appliqués du 1er décembre 2000 au 15 septembre 2002 constituait une pratique distincte ; qu'en retenant que cette pratique constituait une modalité de l'infraction de refus d'accès faisant l'objet du second grief notifié, l'arrêt n'a pas modifié la qualification des pratiques retenues à l'encontre de la société France Télécom ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le cinquième moyen :

Attendu que la société France Télécom fait toujours le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen, *qu'en affirmant, pour dire que le refus d'accès à la couche ATM, opposé par France Télécom n'était pas légitime, que l'option 3 avait été préconisée par l'ARCEP dans son avis n° 99-582 du 7 juillet 1999 auquel la société Neuf Télécom s'était référée dans sa plainte, après avoir expressément constaté que "dans cet avis, l'ARCEP est demeurée vague sur les spécifications techniques et économiques de l'offre recommandée et a posé un objectif s'appréciant en terme de résultat", la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;*

Mais attendu que, contrairement à ce qui est soutenu, c'est pour répondre à la société France Télécom qui soutenait que l'avis tarifaire de l'ARCEP du 7 juillet 1999 ne recommandait qu'une offre "Turbo LL amendée" que l'arrêt relève que "dans cet avis, l'ARCEP est demeurée vague sur les spécifications techniques et économiques de l'offre recommandée et a posé un objectif s'appréciant en termes de résultat" ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le septième moyen :

Attendu que la société France Télécom fait toujours le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ qu'après avoir examiné, dans son avis n° 99-582 du 7 juillet 1999, les avantages et inconvénients de chacune des solutions techniques envisageables à cette date, l'Autorité de régulation de télécommunications et des postes a conclu que "les choix réalisés en matière technique, commerciale ou tarifaire seront structurants pour l'accès à l'internet haut débit en France", qu'à l'issue de cette analyse "conduite dans un délai très court et sur la base d'informations partielles", il était impossible "de tirer des conclusions définitives sur l'ensemble des sujets (et) qu'attentive au caractère innovant de ces offres, l'autorité estime que plutôt que de chercher à fixer dès aujourd'hui un cadre définitif au risque de retarder leur émergence, il est préférable de permettre leur lancement sur le marché, dans des conditions limitées et encadrées" ; qu'en déduisant de cet avis que l'accès à la couche ATM présentait un caractère essentiel, la cour d'appel a dénaturé celui-ci en violation de l'article 1134 du code civil ;

2°/ que seuls les équipements non-interchangeables indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables, peuvent être qualifiées d'infrastructures essentielles ; qu'il ressort de la notification des griefs du 8 septembre 2004 que si dans sa saisine la société Neuf Télécom reprochait à la société France Télécom, dans sa saisine d'abuser de sa position dominante sur le marché des services d'accès à haut débit en refusant de proposer aux opérateurs une offre de dégroupage - dite option 1 -, il n'y avait pas lieu de notifier de griefs à ce sujet, dans la mesure où la société France Télécom s'était conformée, le 22 décembre 1999, aux demandes de la société Neuf Télécom concernant cette option en planifiant, sous l'égide de l'ARCEP, un programme et un calendrier de travail pour la mise en oeuvre du dégroupage de la paire de cuivre, fixant les premières expérimentations techniques au mois de juin 2000 ; qu'ainsi, la société France Télécom s'était engagée à permettre l'accès à cette infrastructure essentielle que constituait la paire de cuivre ; qu'en estimant qu'en l'absence de dégroupage, l'accès à la couche ATM dite option 3 présentait un caractère essentiel, tout en constatant qu'aux termes de sa consultation publique lancée en 1999 l'ARCEP avait préconisé les options 1 – accès à la paire de cuivre/dégroupage – et 3 et que l'option 1, à laquelle France Télécom ne s'opposait pas, était considérée par Neuf Télécom comme la solution optimale, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé l'article L. 420-2 du code de commerce ;

3°/ que dans son recours en annulation et en réformation, la société France Télécom avait fait valoir qu'à la date de la saisine du conseil de la concurrence, tant l'accès à la paire de cuivre (dégrouper) que l'accès à la couche ATM étaient absents, et que l'accès à la paire de cuivre avait été réputée dès l'origine et s'est effectivement avérée au plan concurrentiel beaucoup plus essentiel que l'accès à la couche ATM, de sorte que le caractère prétendument essentiel de l'accès à la couche ATM ne pouvait s'inférer de l'absence de dégroupage ; qu'en se bornant à affirmer qu'en l'absence de dégroupage, l'accès à la couche ATM présentait un caractère essentiel, sans répondre aux écritures précitées, démontrant que le dégroupage par accès à la paire de cuivre était plus essentiel encore, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences légales de l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que, pour dire que la boucle locale et son prolongement constituaient une infrastructure essentielle détenue par la société France Télécom, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que cette société détenait en quasi-monopole la boucle locale de cuivre, que son monopole sur le marché amont de l'accès haut débit par ADSL s'étendait, en l'absence à l'époque des faits de solution de dégroupage dite option 1, sur une large part du réseau permettant le trafic haut débit ADSL, France Télécom étant la seule à pouvoir offrir des prestations de gros aux fournisseurs d'accès à internet (FAI) avec des offres empruntant la boucle locale et les autres éléments de son réseau, que les opérateurs souhaitant concurrencer les offres de France Télécom à destination des FAI devaient obligatoirement avoir accès à la boucle locale, et en l'absence de dégroupage, à la portion du réseau de France Télécom située en amont du Broadband access server (BAS) afin de collecter le trafic en mode ATM, que la duplication de la boucle locale n'était pas économiquement envisageable et que l'accès à cette boucle et à son prolongement jusqu'au BAS exclu était techniquement possible ; qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel, qui n'a pas dénaturé l'avis du 7 juillet 1999, a pu statuer comme elle a fait et a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le sixième moyen :

Attendu que la société France Télécom fait toujours le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que tenu de respecter les principes généraux de sécurité juridique, de prévisibilité et de confiance légitime, le juge ne peut caractériser l'existence d'une pratique anticoncurrentielle qu'à partir de critères techniques et juridiques incontestables et admis comme tels par la jurisprudence antérieure aux pratiques sanctionnées ; qu'en reprochant à la société France Télécom de ne pas avoir immédiatement mis en oeuvre une

simple option envisagée par l'ARCEP dans le cadre d'une consultation publique, s'inscrivant dans le cadre d'un processus de régulation multilatérale en cours, la cour d'appel a violé l'article L. 420-2 du code de commerce, ensemble les articles 6 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que le principe de confiance légitime s'oppose à ce qu'une infraction puisse être retenue à l'encontre d'une entreprise pendant le délai qu'une décision administrative lui a accordé pour satisfaire aux règles de concurrence ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 420-2 du code de commerce, ensemble les articles 6 et 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ qu'en affirmant, pour reprocher à la société France Télécom de ne pas avoir mis en oeuvre l'option 3 censée permettre l'accès des nouveaux opérateurs à sa boucle locale, que celle-ci était clairement identifiée et connue des entreprises du secteur, tout en constatant qu'elle ne constituait que l'une des options envisagées par l'ARCEP dans sa consultation publique, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

4°/ que le conseil peut, en cas d'inexécution d'une injonction, prononcer une sanction pécuniaire ; qu'en reprochant à la société France Télécom d'avoir continué à développer ses propres offres commerciales d'accès à la boucle locale sans attendre l'aboutissement de la régulation multilatérale engagée en 1999 sous l'égide de l'ARCEP, tout en relevant que dans sa décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000, le conseil avait enjoint à la société France Télécom de "proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à Internet à haut débit par la technologie ADSL ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes", démontrant ainsi que l'opérateur historique avait été contraint de proposer des solutions techniques sans attendre l'issue de la concertation, la cour d'appel a violé les articles L. 420-2, L. 464-1 et L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que pour dire, par motifs propres et adoptés, qu'en refusant, du 9 novembre 1999 au 15 septembre 2002, explicitement puis de fait, l'accès au circuit virtuel permanent en mode ATM, option dite 3 ou solution équivalente, demandé par la société Neuf Télécom, la société France Télécom a abusé de la position dominante qu'elle détenait sur le marché amont de l'accès haut débit à internet, maintenant ainsi

artificiellement son quasi-monopole sur ce marché, l'arrêt, après avoir constaté le caractère essentiel à l'époque des faits des infrastructures détenues par l'opérateur historique, retient que le refus non justifié de la société France Télécom présentait un caractère abusif ; que, répondant aux écritures de cette société, il précise notamment que l'Autorité de régulation avait déjà dans son avis n° 99-582 du 7 juillet 1999 souligné le "problème au regard des règles de concurrence" résultant du fait que la société France Télécom ne propose aux opérateurs que des offres correspondant à l'option dite 5 et avait publié le 29 octobre suivant un communiqué montrant que l'option dite 3 était demandée par les opérateurs en attendant l'option dite 1 moins rapide à mettre en oeuvre ; qu'en l'état de ces énonciations et dès lors que l'existence d'un cadre réglementaire spécifique assurant la régulation de l'ouverture à la concurrence d'un secteur ne place pas celui-ci en dehors du champ d'application des dispositions du livre IV du code de commerce, la cour d'appel, qui n'a pas fait grief à la société France Télécom de développer ses propres offres commerciales, n'a pas méconnu les principes et textes invoqués ;

Et attendu, en second lieu, que, contrairement à ce qui est soutenu, le délai que le Conseil a, par décision du 18 février 2000, accordé à la société France Télécom pour satisfaire à l'injonction de faire délivrée à son encontre à titre conservatoire, n'emporte pas autorisation pour cette société de ne pas satisfaire aux règles de concurrence, mais fixe la durée pendant laquelle le non respect éventuel de l'injonction prononcée ne sera pas sanctionné ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société France Télécom aux dépens ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par Mme Garnier, conseiller doyen faisant fonction de président en son audience publique du vingt-trois octobre deux mille sept.