Communiqué : « Par arrêt du 27 janvier 2011, la Cour d'appel de Paris, chambre 5-7, Régulation économique, a réformé la Décision n° 04-D-48 du 14 octobre 2004, dit que les griefs poursuivis contre la société France Telecom ne sont pas établis et dit n'y avoir lieu à sanction. »

Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 5-7

ARRÊT DU 27 JANVIER 2011

(n° **13**, 18 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2010/08945**

Décision déférée à la Cour : saisine sur déclaration de renvoi après cassation par la Chambre commerciale, financière et économique de la **Cour de Cassation**, du **03 mars 2009**, d'un arrêt de la **Cour d'Appel de PARIS**, 1ère chambre - section H, en date du **02 avril 2008**, ayant statué sur le recours formé contre la décision n° **04-D-48** rendue le **14 octobre 2004** par le **CONSEIL DE LA CONCURRENCE** ;

DEMANDERESSES à la SAISINE :

- La société FRANÇAISE DU RADIOTÉLÉPHONIE - SFR, S.A.
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 42 avenue de Friedland 75008 PARIS

représentée par la SCP TAZE BERNARD & BELFAYOL BROQUET,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Frédérique DUPUIS-TOUBOL
avocat au barreau de PARIS
Cabinet BIRD & BIRD
3 square Edouard VII 75009 PARIS

- La société FRANCE TÉLÉCOM, S.A.
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : 6 Place d'Alleray 75015 PARIS

représentée par la SCP GRAPPOTTE BENETREAU JUMEL,
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS
assistée de Maître Christophe CLARENC
avocat au barreau de PARIS
Cabinet LATHAM & WATKINS
53 quai d'Orsay 75007 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- Mme LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE
D.G.C.C.R.F
Bât.5, 59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS CEDEX 13

représentée par Mme Laurence NIED, Attachée d'administration centrale, munie d'un pouvoir

- L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE
11 rue de l'Echelle
75001 PARIS

représenté par Mme Laure GAUTHIER-LESCOP, Conseillère Juridique, munie d'un pouvoir

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 25 novembre 2010, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Thierry FOSSIER, Président
- Mme Marie-Paule MORACCHINI, Conseillère
- Mme Line TARDIF, 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. François VAISSETTTE, Substitut Général, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. Thierry FOSSIER, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * * *

CIRCONSTANCES, FAITS ET PROCÉDURE

Les opérateurs de marché

En vertu de la loi du 26 juillet 1996, l'exploitation des réseaux ouverts au public et la fourniture du service téléphonique au public sont autorisées par le ministre chargé des télécommunications, qui délivre des licences, et les exploitants de ces réseaux font droit, dans des conditions objectives et transparentes, aux demandes d'interconnexion des opérateurs autorisés lesquels, aux termes de l'article D. 99-10 du code des postes et télécommunications, ne doivent pas se voir imposer indûment des charges excessives.

En matière de téléphonie fixe, la société France Télécom (ci-après France Télécom), opérateur historique, qui a été reconnue par l'ART (devenue ARCEP) comme exerçant une influence significative au sens de l'article L. 36-7, 7°, du code des postes et télécommunications, publie un catalogue technique et tarifaire d'interconnexion à destination des opérateurs autorisés.

Les services de téléphonie fixe ont été ouverts à la concurrence le 1er janvier 1998 pour les communications longue distance et internationales, puis, le 1er novembre 2000, pour les appels destinés à des lignes mobiles, enfin, le 1er janvier 2002, pour les appels locaux.

Outre France Télécom, interviennent également sur ce secteur, notamment, la société Cegetel, filiale à 80% du groupe Cegetel, en qualité de fournisseur de services de téléphonie fixe et de télécommunications et d'opérateur de boucle locale, et la société Télécom Développement, opérateur de réseaux de téléphonie fixe et de données, détenue à 49,99% par le groupe Cegetel. Ces deux sociétés ont fusionné en 2003 et ont été rattachées à la société SFR, citée ci-après.

En matière de téléphonie mobile, trois opérateurs GSM (global system for mobil communication) bénéficient de licences pour la France métropolitaine, soit :

- la division France Télécom Mobiles de France Télécom (ci-après FTM), autorisée en mars 1991, filialisée le 23 août 2000, puis apportée, fin 2000, à la société de droit britannique Orange et dénommée société Orange France depuis juin 2001 ;

- la Société française du radiotéléphone SFR (ci-après SFR), autorisée en mars 1991, initialement filiale à 80% du groupe Cegetel, actuellement filiale à 100 % du groupe SFR Cegetel ;

- la société Bouygues Télécom, autorisée en décembre 1994.

La tarification "fixe vers mobile"

La présente affaire concerne la tarification appliquée par les sociétés requérantes aux entreprises pour leurs appels depuis leur installation de téléphonie fixe vers les réseaux de téléphonie mobile dépendant respectivement de FRANCE TÉLÉCOM, (ORANGE), et de CEGETEL (SFR). Le prix de ces appels - dits appels entrants parce qu'ils supposent une connexion d'entrée sur le réseau de téléphonie mobile concerné - se décompose en deux éléments principaux, soit, d'une part, le coût de la prestation de l'opérateur de téléphonie fixe auquel est abonné le client appelant, et, d'autre part, le prix de l'intervention de l'opérateur du réseau de téléphonie mobile du correspondant appelé, désigné sous le nom de charge de terminaison d'appel ou CTA.

En 1998, les tarifs de ces appels, soumis au régime dit de l'interconnexion indirecte, étaient fixés par les trois opérateurs de téléphonie mobile concernés, France Télécom ne conservant qu'une partie de la somme facturée, en rémunération de sa prestation de facturation et recouvrement et de celle d'acheminement du trafic sur son propre réseau.

Depuis une décision de l'ART no 99-197 du 1er mars 1999, ces appels sont soumis au régime de l'interconnexion directe, de sorte que l'opérateur GSM de l'appelé facture, pour toute communication à destination de son réseau, une « charge de terminaison d'appel » (ci-après CTA) qui s'ajoute au prix de détail fixé par l'opérateur de l'appelant.

Les faits dénoncés

En 1998 et 1999, le tarif de détail des appels entrants apparaissait élevé par rapport à celui des communications fixes à destination d'un réseau fixe, en raison du fait que la CTA reversée à l'opérateur GSM en constituait environ 80 %.

Or, au même moment, le coût facturé par France Télécom aux opérateurs étrangers pour un appel en France était indépendant du réseau de destination, de sorte que les conventions d'interconnexion signées entre France Télécom et les opérateurs GSM prévoyaient des reversements peu élevés pour l'acheminement d'appels internationaux sur les réseaux GSM, environ huit fois moindres que pour les appels nationaux.

Dès lors, différents opérateurs de téléphonie fixe, concurrents de France Télécom et de Cegetel, ont déployé au cours de l'année 1998 des solutions dites de « reroutage international » consistant à faire transiter les appels entrants par l'intermédiaire d'opérateurs étrangers qui les renvoyaient à France Télécom, à charge pour elle de les faire aboutir sur le réseau GSM de destination. Cette pratique, contournée techniquement mais intéressante financièrement pour les opérateurs en cause, a eu pour effet d'augmenter le trafic entrant international au détriment du trafic entrant national et a surchargé le dispositif à tel point que le taux d'échec, pour motif de congestion, des appels provenant de l'étranger à destination des réseaux GSM a atteint des niveaux très élevés entre les mois de janvier et d'octobre 1999 (jusqu'à plus de 30% au lieu de 5% en temps normal).

En outre, lorsque l'appel était ainsi « rerouté », la rémunération moyenne de l'opérateur mobile ne couvrait pas le coût réellement supporté par lui pour assurer la prestation de terminaison sur son réseau.

Pour remédier à cette situation, France Télécom a, courant 1999, conclu avec ses homologues étrangers des accords de surcharge bilatérale sur les appels issus d'un poste fixe et destinés à un réseau mobile étranger, privant ainsi d'intérêt la technique du reroutage pour les opérateurs de téléphonie fixe français.

La plainte

Le 25 juin 1999, l'association Tenor, devenue par la suite l'association Etna France, qui regroupe une centaine de membres, opérateurs de réseaux de télécommunications ouverts au public ou fournisseurs de services de télécommunications, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par France Télécom, Cegetel, SFR et la société Bouygues Télécom, qu'elle estimait anticoncurrentielles, se plaignant notamment des conditions tarifaires du trafic fixe-mobile et des offres « couplées » par lesquelles ces opérateurs mettaient en œuvre une « convergence commerciale » que les nouveaux entrants n'étaient pas en mesure de proposer.

La décision

Par décision n° 04-D-48 du 14 octobre 2004, le Conseil de la concurrence, qui avait notifié, au total, dix griefs aux sociétés visées par la saisine, n'en a retenu que deux, à l'égard de France Télécom et SFR, et a adopté les dispositions suivantes :

Art. 1er. - Il est établi que les sociétés France Télécom et SFR ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 82 du traité CE.

Art. 2. - Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- à la société France Télécom une sanction de 18 000 000 euros,
- à la société SFR une sanction de 2 000 000 euros.

Pour se prononcer comme il l'a fait, le Conseil a notamment retenu :

- (§ 245 de la décision) que FRANCE TÉLÉCOM, « en pratiquant des tarifs pour (les) communications fixe vers Orange France pour les entreprises de taille moyenne, d'une part, et pour les grands comptes, d'autre part, entre avril 1999 et, respectivement, octobre 2000 et janvier 2001, qui ne couvraient pas les coûts incrémentaux encourus pour ce type de prestations, dont la CTA sur le réseau FTM, avait faussé le jeu de la concurrence sur les

marchés des appels fixes vers mobiles des entreprises moyennes et des grands comptes ». - (§ 250 de la décision) que SFR CEGETEL avait « mis en oeuvre, par le biais de Cegetel, une pratique de ciseau tarifaire anticoncurrentielle sur le trafic fixe vers SFR des entreprises de taille moyenne, d'une part, et des grands comptes, d'autre part, jusqu 'afin 2001 et, respectivement, depuis juin 1999 et avril 1999 ».

Dans les deux cas, le Conseil a estimé que ces pratiques, par leur objet et leur effet, étaient contraires aux dispositions des articles L. 420-2 du Code commerce et, compte tenu de la dimension nationale du marché concerné, susceptibles en outre d'affecter les échanges intra-communautaires et étaient donc prohibées par l'article 82 du traité CE.

Les précédents arrêts

Par arrêt du 12 avril 2005, cette cour, autrement composée, a rejeté les recours en annulation de FRANCE TÉLÉCOM et de SFR et, réformant la décision du Conseil, jugé qu'il n'était pas établi que les sociétés requérantes avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 82 du traité CE.

La cour d'appel, après avoir confirmé l'analyse par ce dernier des marchés pertinents et de la position des entreprises sur ces marchés, a retenu que "le conseil, à qui il incombait de démontrer les éléments constitutifs de la pratique poursuivie, en particulier qu'au moment des faits, les concurrents de France Télécom et SFR sur le marché de la téléphonie fixe étaient contraints de recourir à l'interconnexion directe pour le trafic entrant", n'avait pas suffisamment, ni sans contradiction, rapporté cette preuve et qu'aucun élément complémentaire n'était produit en appel.

Cet arrêt a été cassé et annulé en toutes ses dispositions par arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 2006, au motif qu'en statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher, non si le conseil avait établi que les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe ne disposaient plus d'aucun moyen permettant d'éviter l'effet de ciseau subi en cas d'interconnexion directe, mais si les pratiques de "ciseau tarifaire" respectivement mises en oeuvre par France Télécom et par SFR **avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet**, notamment après la signature par France Télécom d'accords de surcharge tarifaire vers mobiles avec les principaux pays au travers desquels le trafic était "rerouté", **de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence** sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises, la cour d'appel avait méconnu les dispositions des textes susvisés.

Saisie sur renvoi, la cour d'appel a examiné à nouveau l'affaire et, par arrêt du 2 avril 2008, a rejeté les recours des sociétés SFR et France Télécom. Elle a déclaré irrecevables les moyens nouveaux de la Société Française du Radiotéléphone et de la société France Télécom, relatifs à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, au motif que parmi les dispositions du code de procédure civile, seules sont applicables en la cause celles auxquelles il n'est pas expressément dérogé par des textes spéciaux et qui sont compatibles avec celles aménageant des modalités propres à l'exercice des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence ; que par suite, elle a dit et jugé que la procédure suivie devant la cour d'appel sur les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence était gouvernée par la règle essentielle, prévue par l'article R. 464-10 du code de commerce, selon laquelle les parties requérantes doivent déposer l'exposé des moyens qu'elles invoquent dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision et que les moyens invoqués après ce délai sont irrecevables. Au fond, pour décider que les sociétés SFR et France Telecom avaient abusé de leurs positions dominantes sur les marchés des appels entrants dirigés vers leurs réseaux de téléphonie mobile en mettant en oeuvre des pratiques anticoncurrentielles de "ciseau tarifaire" l'arrêt retient que la société France Télécom s'est efforcée, tout au long de la période de rendre financièrement moins attractif le reroutage international des communications, moyen «techniquement aberrant» auquel les opérateurs de téléphonie fixe recouraient pour éviter de supporter les coûts des charges de terminaison d'appel imposées par les sociétés Orange et SFR, en cas d'interconnexion directe à leurs réseaux mobiles par la négociation de multiples accords

particuliers à cette fin avec les opérateurs étrangers, que quelqu'ait été le résultat des efforts de la société France Telecom, ils éclairent sa pratique de prix en montrant son intérêt à préserver l'efficacité de sa pratique de "ciseau tarifaire", qu'aucun opérateur fixe autre qu'elle même ne s'est interconnecté au réseau Orange France avant juillet 2000 sans que cette circonstance pût se justifier par aucune contrainte technique, que la société SFR n'a pu répondre à des appels d'offres en 1999 portant sur le trafic fixe vers mobile émanant de certains groupes industriels importants et que la politique de prix de la société SFR s'est inscrite dans la même logique, a eu la même nature et a nécessairement eu des effets comparables à celle de la société France Télécom.

Par arrêt du 3 mars 2009, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel en toutes ses dispositions, en énonçant :

1 – (sur le premier moyen) : que pour déclarer irrecevables les moyens nouveaux des sociétés France Telecom et SFR, la cour d'appel a fait application de l'article R 464-10 c.com. ; qu'en statuant ainsi alors que la procédure de renvoi après cassation est régie par le titre XVI du livre premier du code de procédure civile et non par celles du titre VI de son livre II, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2 – (sur le deuxième moyen, toutes branches et le troisième moyen deuxième branche) : qu'une pratique de "ciseau tarifaire" a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marche aval qu'**en subissant des pertes** ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque **les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du "ciseau tarifaire" leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval** ; que la cour d'appel, en rejetant les recours sans constater que les pratiques de la société France Télécom avaient eu pour résultat de rendre indispensable, pour les opérateurs de téléphonie fixe souhaitant présenter à leurs clientèles des prestations relatives aux appels fixes vers mobiles, l'interconnexion directe aux réseaux de téléphonie mobile des sociétés France Télécom et SFR ou, dans le cas où des possibilités de reroutage continuaient d'exister, que les pratiques de "ciseau tarifaire" des sociétés France Telecom et SFR avaient eu ou pu avoir pour effet d'entraîner des pertes pour des concurrents aussi efficaces qu'elles sur le marché des appels fixes vers mobiles, la cour d'appel a violé les textes applicables.

LA COUR

Vu l'arrêt de la Cour de cassation (chambre CFE) en date du 3 mars 2009 ;

Vu la Décision n° 04-D-48 en date du 14 octobre 2004 du Conseil de la concurrence ;

Vu les conclusions de la société France Telecom en date du 16 novembre 2010 demandant à la cour de :
réformer l'article 1° de la Décision en constatant que l'infraction reprochée n'a pas valablement été établie en droit et en fait et n'est pas fondée ;
annuler en conséquence l'article 2 de la Décision infligeant à France Telecom une amende de 18 millions d'euros ;
ordonner le remboursement immédiat du montant de cette sanction, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir ;
ordonner à l'Autorité de la concurrence de publier sur son site internet et, à ses frais, dans le quotidien Les Echos, un communiqué énonçant que la condamnation de France Telecom est entachée d'erreurs de droit et de fait manifestes et est injustifiée ;
A TITRE SUBSIDIAIRE,
Réformer l'article 2 de la Décision en constatant que la sanction prononcée est manifestement disproportionnée et inéquitable, et en prononçant une sanction reflétant l'absence de gravité et l'absence de dommage aux concurrents et aux consommateurs ;
ordonner le remboursement immédiat à la société France Telecom du trop versé, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir ;

EN TOUT ETAT DE CAUSE
condamner l'Autorité de la concurrence à verser à la société France Telecom la somme de cent mille euros par application de l'article 700 CPC, ainsi qu'aux entiers dépens ;

Vu les conclusions de la société SFR en date du 15 novembre 2010 demandant à la cour de :
- Constater que le grief retenu par la Décision n'a pas été régulièrement notifié au Groupe SFR Cegetel ;
- Constater l'absence totale de motivation de la Décision relative à la démonstration d'un objet anticoncurrentiel de la pratique imputée au Groupe SFR Cegetel ;
- Constater l'absence de motivation d'un effet anticoncurrentiel ;
- Annuler en conséquence la Décision ;
- Dire que dans le cadre du pouvoir d'évocation de la cour, que la pratique imputée au Groupe SFR Cegetel n'a ni objet ni effet anticoncurrentiel ;
A TITRE SUBSIDIAIRE,
- Dire que l'espèce justifie que le Groupe SFR Cegetel ne se voit pas infliger une sanction pécuniaire ;
- à tout le moins, réduire substantitellement cette sanction ;
- en conséquence, réformer partiellement l'article 2 de la Décision ;
EN TOUT ETAT DE CAUSE, Dire que les dépens resteront à la charge du Trésor.

Vu les observations de l'Autorité de la concurrence, partie défenderesse devant la cour, en date du 18 octobre 2010;

Vu les observations de Madame la Ministre chargée de l'économie en date du 18 octobre 2010 et celles de Monsieur le Procureur Général en date du 2 novembre 2010 ;

Ayant entendu les parties et les représentants de l'Autorité de la concurrence, de la Ministre chargée de l'économie et du ministère public à l'audience du 25 novembre 2010, les parties requérantes ayant eu la possibilité de répliquer ;

SUR QUOI

1-Procédure (a) : sur le défaut de tout élément probant fourni dans la saisine

Considérant que dans sa saisine, ETNA France a dénoncé les « difficultés rencontrées par ses membres du fait des agissements et des pratiques développées sur le marché des services de télécommunications, par les opérateurs de mobiles et l'opérateur historique France Télécom dominant le marché de la téléphonie mobile et de la téléphonie entre points fixes » et demande au Conseil de se prononcer sur le caractère anticoncurrentiel :
• « des conditions tarifaires du trafic fixe-mobile en l'absence, dans les faits, d'interconnexion directe ou négociée ouverte aux nouveaux entrants ;
• des accords passés par France Télécom avec ses partenaires étrangers visant à établir une surtaxe pour les appels à destination des mobiles en provenance de leurs territoires ayant pour effet d'aligner les tarifs de ces appels entrants sur les réseaux mobiles à ceux provenant du territoire national ;
• des offres commerciales, et notamment des offres "couplées", par lesquelles les opérateurs dominants sur le secteur de la téléphonie fixe ou mobile, voire sur les deux secteurs, mettent en oeuvre une convergence commerciale que les nouveaux entrants ne sont pas en mesure de proposer. »

Considérant que **la société France Telecom** estime que l'Association Ténor n'a fourni aucun élément probant à l'appui de sa saisine ; que l'Autorité ne peut se contenter d'affirmer l'inverse ; que le rapporteur a lui-même, en vain, demandé des pièces à Ténor ; que le Règlement 1/2003, de même que la jurisprudence de la Cour de cassation, ou encore la pratique décisionnelle de l'Autorité elle-même requièrent pourtant de tels éléments ;

Mais considérant que l'article L 462-8 du code de commerce laisse la possibilité à l'Autorité de la concurrence de réserver une suite favorable à une saisine, si elle n'est pas appuyée d'éléments suffisamment probants ; que l'article L 462-5 du même code permet même à l'Autorité de se saisir d'office, sans motiver spécialement sa décision à ce sujet ; que du tout, il s'évince que le législateur n'a pas entendu imposer de quelconques exigences probatoires à l'auteur d'une saisine, ni à l'appui de celle-ci ni ultérieurement, et a confié au service d'instruction de l'Autorité le soin de réunir les éléments dont l'organe décisionnel et au besoin la cour d'appel apprécieront la pertinence ;

2 - Procédure (b) : Sur la différence entre le grief de ciseau tarifaire retenu et le grief notifié

Considérant que **le Groupe SFR Cegetel** invoque une violation du respect du contradictoire en ce que la Décision a retenu un grief de ciseau tarifaire alors qu'il lui a été notifié un grief de prédation tarifaire ; qu'en effet, la Décision reproche au Groupe SFR CEGETEL d'avoir « proposé aux entreprises des offres fixes vers mobiles SFR à des tarifs ne couvrant pas les coûts variables encourus pour la fourniture de ces prestations », alors que le grief notifié retenait la fixation de prix prédateurs de détail fixe vers SFR, car ne couvrant pas « le coût direct supporté par un opérateur de téléphonie fixe efficace pour ce type de trafic », qui auraient été financés à partir des revenus de terminaisons d'appels sur son réseau GSM ;

Mais considérant qu'un grief est un ensemble de faits juridiquement qualifiés et imputés à une entreprise ; qu'il faut et il suffit que la formulation des griefs permette d'informer précisément les entreprises poursuivies des pratiques qui leur sont reprochées ;

Qu'en l'espèce, l'Autorité (le Conseil) précise, dans la première notification de griefs en date du 10 avril 2001, qu'auraient été mises en oeuvre, au cours de l'année 1999, des pratiques ayant pu avoir pour effet de limiter l'accès au marché de détail des appels fixes vers mobiles (appels entrants) destinés aux entreprises ; que ces pratiques ont consisté, de la part de France Télécom, à accorder au cours de l'année 1999, des offres de réduction au volume aux entreprises clientes à un niveau non compatible avec le niveau de terminaison d'appels qu'elle imposait alors aux entreprises désireuses de négocier des accords d'interconnexion. A cet élément s'ajoute, d'une part, le fait que des mesures ont été prises au cours de l'année 1999 afin d'empêcher les concurrents de recourir à du "reroutage international" et, d'autre part, le fait que les réductions au volume proposées n'étaient pas accessibles aux entreprises qui auraient souhaité acheter du trafic en gros dans le but de la revendre à leur clientèle d'entreprise ; que cette pratique a pu, compte tenu de la position occupée en 1999 par l'opérateur historique sur le marché national de la téléphonie « fixes vers mobiles », limiter les échanges intra-communautaires ;

Que de façon complémentaire, il a été fait grief aux requérantes FT et CG d'avoir toléré, respectivement jusqu'en septembre et octobre 2001, que des opérateurs de téléphonie fixe recourent à leurs services de téléphonie mobile en vue d'offrir des services de téléphonie fixe vers mobile via des mobile box. Par la suite, elles ont mis en oeuvre des mesures restrictives permettant de limiter, pour l'avenir, le recours à ce type de solution par le biais de leurs services ; que ces pratiques ont pour effet de favoriser certains opérateurs de téléphonie fixe dans l'exercice de la concurrence sur les marchés des services de téléphonie fixe vers mobile s'adressant, d'une part, aux grands comptes et, d'autre part, aux autres entreprises ;

Qu'il est en outre précisé dans la notification que ces pratiques n'ont pas induit de pertes pour France Télécom, puisque, par le biais de sa branche puis filiale de téléphonie mobile FTM, l'actuelle société Orange France, elle perçoit des revenus de terminaison des appels sur son réseau GSM nettement supérieurs aux coûts directs engendrés par cette activité, qui est exercée en quasi-monopole ;

Que depuis le mois d'avril 1999, alors que les opérateurs de téléphonie fixe n'ont plus la possibilité de recourir au reroutage international que de façon marginale, Cegetel Groupe a quant à elle pratiqué, par le biais de sa filiale à 80 % Cegetel, des prix de détail fixe vers SFR sur les marchés des services de téléphonie fixe vers mobile pour grands comptes, d'une part, et entreprises de taille moyenne, d'autre part, qui ne couvrent pas le coût direct supporté par un opérateur de téléphonie fixe efficace pour ce type de trafic ; que cette pratique n'a pas non plus induit de pertes pour Cegetel Groupe, puisque par le biais de sa filiale à 80 % SFR, elle perçoit des revenus de terminaison des appels sur son réseau GSM nettement supérieurs aux coûts directs engendrés par cette activité, qui est exercée en quasi-monopole ;

Considérant qu'est ainsi décrite une pratique tarifaire mise en œuvre sans risques de pertes par un opérateur verticalement intégré, détenant en amont une position dominante sur un bien indispensable à l'exercice d'une activité de détail située en aval, sur laquelle il était également présent ; que telle est la définition, non pas d'une pratique de prix prédateurs comme l'énonce la requérante au moyen, mais bien d'une pratique de ciseau tarifaire ; que celle-ci a été clairement et complètement décrite et dénoncée, et les griefs comportaient en outre les précisions de date et de marché qui les mettaient à l'abri d'un quelconque reproche d'imprécision ou de confusion ;

3 - Procédure (c) : sur l'impartialité de l'instruction

Considérant que **la société France Telecom** affirme que le rapporteur a renoncé à obtenir les éléments probants que l'association Ténor devait fournir, et a ainsi renoncé à instruire à charge et à décharge ;

Mais considérant qu'aux termes des dispositions combinées des articles L. 463-1 et L. 463-2 du code de commerce, la notification des griefs marque l'ouverture de la procédure contradictoire ; que FRANCE TÉLÉCOM et SFR CEGETEL ont eu, dès ce moment, la faculté de consulter le dossier et de demander, en application des articles 6-3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 463-7 du code de commerce, l'audition de témoins au rapporteur et au conseil ; qu'elles ont été également mises en mesure de présenter leurs observations sur les griefs notifiés puis sur le rapport établi en réponse, lequel était accompagné des documents sur lesquels se fondait le rapporteur et pouvait être consulté dans les quinze jours précédant la séance par les parties, ainsi que de s'exprimer oralement devant le Conseil ;

Qu'elle ne démontre pas concrètement qu'elle a été privée de l'une de ces prérogatives ;

4-Fond (a) : Sur la définition du marché pertinent

Considérant que France Télécom et SFR reprochent à la décision de retenir que, titulaires d'un monopole sur le marché amont des terminaisons des appels sur leur réseau GSM, elles ont abusé de cette domination pour pratiquer des tarifs à effet de ciseau au détriment de leurs concurrents sur le marché aval des prestations de téléphonie « fixe vers mobile », pour les entreprises de taille moyenne, d'une part, et pour les grands comptes, d'autre part ;

Que France Télécom invoque la violation des principes de sécurité juridique, de confiance légitime et de légalité des délits et des peines, en ce que le Conseil s'est fondé sur une définition du marché amont de la terminaison des appels entrants introduite en droit positif postérieurement aux faits litigieux - soit dans la directive no 2002/21/CE du 7 mars 2002 posant un cadre réglementaire commun pour ces réseaux et services et dans la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 prise en application de cette directive - et qui est de surcroît contraire à celle qui prévalait à l'époque des faits incriminés, ainsi qu'il résulte de l'avis no 99-A-13 du 7 septembre 1999 du Conseil et de sa décision no 01-D-46 du 23 juillet 2001 qui retiennent des définitions différentes ;

Que la société France Telecom conteste de toute façon la définition de marché retenue par la Décision en ce qu'elle a méconnu la portée de la réglementation des appels au départ de la boucle locale fixe vers le réseau GSM ; qu'en ce qui concerne le marché amont de la terminaison des appels entrants dans les réseaux GSM, la société France Télécom relève que la Décision l'a improprement apprécié, dans la mesure où les opérateurs n'étaient pas à même de se comporter indépendamment les uns des autres en matière de fixation de leurs CTA respectives, conformément à l'avis 99-A-13 rendu par l'ART le 7 septembre 1999 ; que par ailleurs, toujours dans sa définition du marché amont, la Décision couple à cette présumée indépendance des opérateurs un défaut de solutions alternatives à la terminaison des appels en interconnexion directe dans les réseaux mobiles, ce qui est contredit par l'existence du reroutage international ;

Que relativement au marché aval, la Décision le définit de manière erronée comme celui de la collecte, du transport et de l'interconnexion directe des appels aux réseaux mobiles, alors qu'un tel marché n'a vu le jour que le 1er novembre 2000, date à laquelle l'inversion des licences GSM et l'ouverture de la sélection du transporteur pour ces appels sont entrées en vigueur ; qu'en conséquence, la société France Telecom considère que la Décision est dépourvue de base légale ;

Considérant que **la société SFR**, pour sa part, soutient que la décision est entachée de contradiction et ne respecte pas la méthodologie en la matière, en particulier s'agissant du marché aval, en ce qu'elle isole artificiellement les appels « fixe vers mobile », qui ne constituent que l'une des composantes d'une offre globale de services de téléphonie fixe proposée aux entreprises, en ce qu'elle retient une définition des marchés différente de celle adoptée par la Commision européenne dans sa recommandation du 11 février 2003 et en ce qu'elle traduit un préjugé manifeste à son encontre ;

Qu'elle fait valoir également que le Conseil de la concurrence n'a pas caractérisé les circonstances exceptionnelles qui justifient que soient incriminées des pratiques commises sur un marché dominé dont les effets affectent un marché différent, ni la connexité qui lie ces deux marchés, alors qu'il admet simultanément que, nouvel entrant, elle ne détient qu'une position marginale sur le marché aval des appels « fixe vers mobile », qu'elle souligne enfin que le raisonnement suivi revient à la sanctionner pour la seule raison qu'elle bénéficie d'une intégration verticale, l'incitant ainsi à se défaire de ses activités d'opérateur fixe ;

Mais considérant que le marché pertinent est une réalité économique qui préexiste à la décision qui le définit ; qu'en outre, ainsi que France Télécom l'admet elle-même, la définition des marchés pertinents pour l'application d'une réglementation sectorielle ne lie pas les autorités de concurrence saisies au contentieux, qui peuvent retenir des marchés différents en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire ; qu'en l'espèce, il importe seulement que la définition retenue soit motivée par des considérations, relatives aux caractéristiques du service demandé et de l'offre élaborée pour y répondre, contemporaines des pratiques en cause ;

Considérant qu'à cet égard, le conseil a exactement retenu, pour caractériser l'existence du marché aval :

- que, du point de vue de la substituabilité entre services de téléphonie mobile et ceux de téléphonie fixe, les premiers se distinguent des seconds en ce qu'ils offrent une disponibilité inégalée, tant en réception qu'en émission, et se caractérisent par leur prix élevé, justifié par les barrières à l'entrée de ce secteur (rareté des fréquences, investissements requis en l'absence d'opérateurs virtuels) ;

- que, dans le secteur de la téléphonie mobile, la clientèle professionnelle réagit différemment de la clientèle résidentielle aux conditions de prix et de service offerts, l'utilisateur dans son cas n'étant le plus souvent pas le payeur et elle seule pouvant disposer des équipements nécessaires au raccordement à un boîtier de numérotation ou à une boucle

locale d'entreprise ;

- qu'au sein de la clientèle professionnelle, les entreprises de taille moyenne ne réagissent pas non plus comme les entreprises les plus importantes, dites « grands comptes » (entre 100 et 200 en France), qui, seules, peuvent justifier la mise en place d'une boucle locale d'entreprise et recourir à plusieurs fournisseurs, et qui traitent de préférence avec un opérateur disposant d'une importante force commerciale, qui soit en mesure de leur offrir une large gamme de services de télécommunications et qui ait déployé des infrastructures de commutation, surtout de boucle locale, permettant de s'abstraire des conditions d'interconnexion de France Télécom, de manière à les faire bénéficier en définitive de solutions techniques et commerciales réduisant le coût de leurs appels « fixe vers mobile » ;

Que le Conseil a donc justifié sa décision de retenir l'existence d'un marché aval des services d'acheminement du trafic « fixe vers mobile » des entreprises, scindé en deux segments, selon que l'on considère la clientèle des entreprises de taille moyenne ou celle des grands comptes, et dont la dimension géographique est celle de la France métropolitaine ;

Considérant que, pour délimiter les marchés amont, le Conseil a retenu qu'au sein du marché, ci-dessus défini, des appels « fixe vers mobile » et de ses deux segments, doivent être distingués, le marché aval de collecte, transport et interconnexion directe des appels aux réseaux mobiles, où opèrent France Télécom et les autres opérateurs de téléphonie fixe, et les marchés amont de terminaison des appels sur chaque réseau mobile, où interviennent les trois opérateurs GSM, qui sont en position dominante sur chacun de ces marchés puisqu'en monopole ;

Que, pour justifier cette analyse, le Conseil s'est fondé sur les travaux de la Commission européenne préalables à la recommandation du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents des produits et services dans le secteur de communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, en s'assurant que le raisonnement préconisé demeurait pertinent pour la période visée par la notification de griefs (points 168 à 182) ;

Qu'il a ainsi recherché s'il existait des possibilités de substitution, tant du côté de la demande que de l'offre, et conclu en définitive qu'une « définition du marché correspondant à la terminaison d'appels sur chaque réseau mobile impliquerait, en l'état actuel des choses, que chaque opérateur de réseau mobile joue le rôle de pourvoyeur unique sur chaque marché » et que sa puissance de marché ne soit pas contrebalancée « par la puissance d'achat compensatrice, qui peut annuler le bénéfice de toute augmentation non provisoire de prix » ;

Qu'il a observé à cet égard, justifiant par là-même sa décision, qu'au cours de la période considérée, les usagers n'ont pas eu la possibilité de faire aboutir leurs appels sur d'autres réseaux dans des conditions propres à exercer une pression concurrentielle efficace, qu'ils n'étaient pas sensibles au prix des appels entrants, la baisse des CTA ayant été le fruit des seules interventions du régulateur, et que, même quand le recours au reroutage s'est intensifié, les CTA n'ont pas baissé ;

Considérant, en outre, que ces éléments caractérisent la connexité des marchés en cause et font ressortir que c'est la position dominante de France Télécom et SFR sur les marchés amont qui a permis la mise en œuvre de pratiques affectant le marché aval ; qu'il est donc inopérant à cet égard que SFR ne détienne qu'une position marginale, comme elle le prétend, sur le marché aval des appels « fixe vers mobile » ; qu'enfin, ce n'est pas parce que SFR bénéficie d'une intégration verticale qu'elle est visée par la procédure, mais parce qu'il lui est reproché de s'être livrée à des agissements anticoncurrentiels en abusant de la

position de force que lui conférait cette situation ;

Qu'il suit de là que les moyens d'annulation de France Télécom et de SFR ne peuvent être accueillis ;

5-Fond (b) : Sur les pratiques

Considérant que sont prohibées lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions ;

Considérant que pour rejeter les recours, la cour d'appel doit rechercher, non si le Conseil avait établi que les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe ne disposaient plus d'aucun moyen permettant d'éviter l'effet de ciseau subi en cas d'interconnexion directe, mais si les pratiques de "ciseau tarifaire" respectivement mises en oeuvre par France Télécom et par SFR avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet, notamment après la signature par France Télécom d'accords de surcharge tarifaire vers mobiles avec les principaux pays au travers desquels le trafic était "rerouté", de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprise ;

Que si l'objet anticoncurrentiel de la pratique n'est pas établi, la cour ne peut rejeter les recours sur le fondement d'un effet anticoncurrentiel du ciseau tarifaire que si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée, auteur de la pratique, ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du "ciseau tarifaire" leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval ; qu'il ne serait pas permis de rejeter les recours sans constater que les pratiques de la société France Télécom avaient eu pour résultat de rendre indispensable, pour les opérateurs de téléphonie fixe souhaitant présenter à leurs clientèles des prestations relatives aux appels fixes vers mobiles, l'interconnexion directe aux réseaux de téléphonie mobile des sociétés France Télécom et SFR ou, dans le cas où des possibilités de reroutage continuaient d'exister, que les pratiques de "ciseau tarifaire" des sociétés France Telecom et SFR avaient eu ou pu avoir pour effet d'entraîner des pertes pour des concurrents aussi efficaces qu'elles sur le marché des appels fixes vers mobiles ;

b1 - Sur l'objet anticoncurrentiel

Considérant que la notification de griefs ne mentionne pas de pratiques anticoncurrentielles par leur objet, sinon au paragraphe 117 concernant une entreprise tierce aux présentes comme ayant été exonérée de condamnation et de sanction ;

Que la Décision mentionne deux fois (paragraphes 262 et 278) l'objet (nécessairement) anticoncurrentiel du ciseau tarifaire ;

Que dans ses écritures, **l'Autorité de la concurrence**, partie défenderesse devant la cour, soutient qu'une pratique de ciseau tarifaire induit nécessairement un objet anticoncurrentiel car le fait pour une entreprise de pratiquer des prix de détail ne couvrant pas les coûts variables encourus pour la fourniture d'un service ne peut s'expliquer que par une stratégie d'éviction ;

Que l'Autorité ajoute que le statut de nouvel entrant sur le marché aval, que revendique le Groupe SFR, n'exclut nullement l'objet anticoncurrentiel des pratiques qui ont été mises en oeuvre en réaction aux offres de France Telecom ; qu'en effet, l'abus de position dominante reproché au Groupe SFR trouve son origine dans la position monopolistique qu'il occupait en amont sur la terminaison des appels destinés à son réseau mobile et que les sacrifices consentis par SFR Cegetel étaient donc récupérés au travers de la marge dégagée sur la CTA ; que cette situation distinguait le groupe SFR Cegetel des opérateurs non intégrés qui devaient consentir des pertes s'ils décidaient de s'aligner sur les

tarifs fixe vers mobile de SFR Cegetel ; que la position minoritaire de SFR Cegetel sur le marché aval est sans incidence sur l'objet de la pratique, mais concerne seulement l'importance et les effets de celle-ci ; que l'attitude de France Telecom ne saurait naturellement être exonératoire pour SFR Cegetel ;

Mais considérant, s'agissant de SFR Cegetel, que les pratiques doivent être examinées à la lumière d'une guerre des prix que se sont livrée l'opérateur en position ultra-dominante et les nouveaux opérateurs, auxquels appartenait le Groupe SFR CEGETEL ; que les offres commerciales du Groupe ne visaient ainsi pas à éliminer la concurrence mais bien à tenter de pénétrer le marché ;

Considérant que s'agissant de France Télécom, la preuve n'est pas rapportée de la coordination des politiques tarifaires des branches amont et aval ; qu'en l'espèce, la Décision a inféré cette coordination du caractère prétendument intégré des activités de téléphonie mobile et fixe de France Télécom ; qu'une telle intégration des activités fait défaut dans la mesure où, à la date de la saisine, la réglementation des licences GSM en vigueur jusqu'au 1er novembre 2000 faisait de la branche France Télécom Mobiles la seule compétente pour déterminer à la fois la charge de terminaison d'appels GSM de France Télécom et les tarifs de détail fixe vers mobile GSM de France Télécom ; que par surcroît, la Décision a elle-même affirmé que la politique tarifaire des opérateurs de téléphonie mobile sur les appels entrants dans leurs réseaux GSM avait pour objet positif de financer les bas prix de leurs appels sortants au profit des abonnés mobiles et de développer le marché de la téléphonie mobile ;

b2 : Sur l'effet anticoncurrentiel

Considérant que pour condamner une entreprise en position dominante verticalement intégrée du fait de pratiques de "ciseau tarifaire", preuves doivent être rapportées que leurs effets avaient pour résultat de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché en aval ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise, auteur du "ciseau tarifaire", leurs sont indispensables ;

Considérant que **l'Autorité de la concurrence**, partie défenderesse au recours, justifie sa décision sur le fait qu'à partir d'avril 1999 le reroutage international des appels fixes vers mobiles avait cessé de constituer une solution alternative effective à l'interconnexion directe dans les réseaux GSM et ce, pour deux raisons :
l'une de nature quantitative, liée à l'augmentation des tarifs du reroutage international à l'initiative de France Telecom,
l'autre de nature qualitative, liée à l'augmentation du taux d'échec des appels étrangers vers le réseau mobile de France Télécom ;

Que cette raison de nature quantitative aurait résulté du fait qu'à partir du 1er avril 1999, les opérateurs des principaux Etats vers lesquels le trafic était rerouté ont, à l'initiative de France Télécom, appliqué des surtaxes aux appels à destination des réseaux mobiles. L'application de ces surtaxes aurait rendu moins rentable, voire non rentable l'alternative que constituait auparavant le reroutage international ;

Que du fait de cette dégradation des conditions tant financières que techniques du reroutage international, il était devenu risqué pour les concurrents d'investir dans cette technologie ;

Qu'en outre, les requérants ne produiraient aucun élément permettant de prouver que le reroutage international se serait maintenu voire même accru et que cela ne démontrerait pas le déport du trafic vers des Etats non encore touchés par les accords de surcharge ;

Qu'au surplus, un reroutage résiduel international, passant par des voies de plus

en plus lointaines, inefficaces techniquement et qui, de surcroît, devaient être coupées à brève échéance, ne pouvait constituer une alternative viable à l'interconnexion directe ;

Que dès lors, le reroutage international a, à partir d'avril 1999, cessé de constituer une alternative effective pour les concurrents désireux se développer en proposant leurs offres de téléphonie fixe vers mobiles aux entreprises ; qu'ainsi en l'absence de solution alternative effective, l'interconnexion directe était devenue indispensable et, conformément à l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 2009, l'effet anticoncurrentiel des pratiques de ciseau tarifaire peut donc être présumé ;

Mais considérant que, comme le soutiennent les requérantes, la présomption d'effet anticoncurrentiel ne peut être établie que lorsque la prestation intermédiaire fournie par l'opérateur dominant verticalement intégré à ses concurrents leur est indispensable pour la concurrencer sur le marché aval ;

Qu'en l'espèce, à la date de la saisine, aucun des opérateurs de téléphonie fixe concurrents sur le marché aval n'avait conclu ou effectivement demandé à conclure avec les requérantes un accord pour une terminaison en interconnexion directe des appels fixes à destination de son réseau GSM, et n'était ainsi pas client de cette prestation intermédiaire, démontrant ainsi une probable absence d'indispensabilité de la prestation intermédiaire ;

Que d'ailleurs, il est constaté dans la décision attaquée que c'est seulement en juillet 2000, soit plus d'un an après la date de la saisine, que l'interconnexion directe dans le réseau GSM F1 de France Telecom a été effectivement demandée et achetée pour la première fois par l'un des concurrents et plus encore, que c'est seulement en juin 2001 qu'un accord d'interconnexion directe dans le réseau GSM F3 de Bouygues Télécom a été conclu pour la première fois avec l'un de ces opérateurs ;

Qu'il s'avère donc qu'à la date de la saisine, les opérateurs de téléphonie fixe sur le marché aval de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises étaient ni acheteurs ni demandeurs de la prestation d'interconnexion directe; que par conséquent, celle-ci ne leur était pas indispensable pour entrer en 1998 ou se maintenir et se développer en 1999 sur le marché aval ; les concurrents ne supportaient donc pas, dans leur prix de détail sur ce marché aval, les coûts de l'achat de cette prestation intermédiaire et donc de la CTA ;

Qu'en outre, aucune preuve suffisante n'est rapportée par l'Autorité de la concurrence et les concurrents plaignants sur la cessation définitive de solution alternative sur la période d'avril 1999 à fin 2001 ; qu'en effet, il n'est pas démontré que le reroutage international avait cessé d'être une solution alternative effective à l'interconnexion directe dans les réseaux GSM, situation qui aurait rendue indispensable le recours à l'achat de la prestation intermédiaire offert au prix facturé par l'entreprise dominante pour permettre à ses concurrents d'entrer en concurrence ou de se maintenir sur le marché en aval ; qu'à cet égard, comme le soutient l'une des requérantes, les voies de reroutage n'étaient pas circonscrites aux pays géographiquement proches de la France avec lesquels des accords de surcharges tarifaires ont été conclus – ainsi qu'en atteste le déport vers les Etats-Unis –, et il n'est pas démontré que celles-ci avaient perdu leur caractère rentable ;

Qu'il est relevé dans la décision attaquée que « *Telecom Développement cite le mois de mars 2000 comme date à laquelle elle a cessé de recourir au reroutage international, tandis que T-Systems indique : à partir de novembre 2000, nous avons pu utiliser les interconnexions avec les trois opérateurs mobiles pour acheminer notre trafic, Le reroutage, qui représente 100% du volume en 1998 et 1999 n'a plus représenté que 50 % du trafic en 2000 puis est devenu marginal, Par ailleurs, pour MCI, le reroutage international a été largement utilisé en 1998, Puis il s'est progressivement tari au cours de l'année 2000* » ; qu'il est indiqué dans le § 192 de la décision attaquée que « *Bouygues Telecom souligne que contrairement aux affirmations des opérateurs fixe concernant l'arrêt du reroutage international, la terminaison de trafic sur le réseau de Bouygues Telecom a continué à subir la pratique du reroutage plusieurs années après sa soi-disant disparition,*

et présente un graphe duquel il ressort que son trafic entrant international n'a sensiblement diminué qu'au second semestre 2002 » ;

Qu'en outre, le reroutage continuait bien d'être en 1999 une solution alternative effective à l'interconnexion directe dans les réseaux GSM puisque le volume de 36,8 millions de minutes de trafic fixe vers mobile rerouté, constaté en octobre 1999, apparaissaient comme étant très supérieur au volume trafic « mobile box » d'environ 15 millions de minutes par mois estimé à la mi 2002, base de volume selon laquelle la décision attaquée (§ 198 et 199) a considéré les « mobile box » comme devenant une solution alternative effective à l'interconnexion directe dans les réseaux GSM à partir du début 2002 ;

Qu'enfin, le taux élevé de congestion et d'échec du réseau d'interconnexion internationale entrante de France Télécom sur les appels à destination des réseaux GSM ne s'explique pas par une cessation du reroutage mais bien par son augmentation sur la période janvier-octobre 1999 ;

Qu'en outre, la plaignante n'a jamais allégué, dans sa saisine ou par la suite, que le reroutage international des appels fixes vers mobiles serait devenu impraticable et aurait cessé d'être pratiqué à compter d'avril 1999 ;

Qu'ainsi l'absence, d'une part, d'achat de la prestation intermédiaire par les concurrents et l'existence, d'autre part, de solutions alternatives (- le reroutage existant à compter de l'ouverture du marché aval en 1998 et se poursuivant jusqu'en novembre 2002, date d'entrée en vigueur de l'inversion des licences GSM nécessaire pour permettre à d'autres opérateurs que France Telecom de s'interconnecter directement aux réseaux des opérateurs GSM afin d'acheminer du trafic vers mobile - et par la suite des « mobiles box », moyens permettant aux concurrents d'éviter d'acquitter la CTA, et donc l'effet de ciseau imputé à la CTA, démontrent l'inexistence du caractère indispensable de la prestation intermédiaire et donc de l'obligation de supporter le coût facturé par l'entreprise dominante verticalement intégrée ;

Que dès lors, l'effet anticoncurrentiel de la pratique alléguée sur le marché en aval de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises ne peut être présumé et doit être concrètement recherché ainsi que démontré pour être reproché à son auteur ;

Que pour ce faire, l'exigence de preuves des pertes subies par un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée, auteur de la pratique, aux fins d'entrer sur le marche aval, doit être remplie ;

Que pour répondre à cette condition, l'Autorité de la concurrence soutient qu'elle a démontré l'effet d'éviction des pratiques de ciseau tarifaire; qu'en effet, les concurrents)les opérateurs de téléphonie fixe longue distance entrés en 1998 sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises(ne pouvaient, sans encourir des pertes, proposer des prix de détail aussi bas que ceux proposés par France Telecom et SFR ; que la décision a montré que les pratiques de ciseau tarifaire ont eu des effets réels sur la concurrence en retardant l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché aval ; que les pratiques mises en oeuvre par France télécom ont eu notamment pour effet d'évincer son concurrent Cegetel de plusieurs appels d'offres lancés par des entreprises « grands comptes » ; que la détermination de l'offre fixe vers mobile et du montant de la CTA résultaient d'une politique de groupe coordonnées qui permettait à SFR Cegetel et France Telecom de pratiquer des prix bas sur les appels fixe vers mobile ;

Mais considérant que seul le procédé d'un examen objectif et approfondi de la situation relative aux pertes subies par un concurrent aussi efficace que l'auteur de la pratique reprochée permet d'apporter la démonstration que la pratique a eu ou pouvait voir un effet anticoncurrentiel ;

Que l'Autorité de la concurrence n'a pas rapporté d'éléments de preuve suffisants de nature à identifier des pertes exactes subies par un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique aux fins d'entrer sur le marche aval ;

Qu'il a d'ailleurs été précisé par la plaignante, lors de son audition du 10 décembre 1999, que les tarifs très attractifs de l'interconnexion internationale entrante lui permettaient, à travers le reroutage de commercialiser sur le marché aval « *une offre à 1,49 F/minute, tandis que France Telecom proposait 2, 46 F/minute, soit sans perte, un tarif de détail environ 40% inférieur au tarif détail pratiqué par France Télécom pour les appels au départ de la boucle locale fixe vers son réseau GSM F1* » ;

Que le reroutage international des appels ne réclame aucun investissement particulier et supplémentaire de la part des opérateurs concernés, mais la simple conclusion d'accords entre eux ; que de surcroît, dans son avis n° 99-1127 rendu au Conseil de la concurrence, l'ART a indiqué que le reroutage international des appels était « *une technique d'arbitrage courante permettant de tirer profit des déséquilibres inhérents au système de taxe de répartition* » ;

Que les opérateurs de téléphonie fixe ont adopté le procédé de reroutage international pour entrer, en 1998, sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises, ne l'ont pas adopté pour contourner l'interconnexion directe, laquelle n'a effectivement été ouverte qu'en novembre 2000 avec l'inversion des licences GSM, mais bien pour éviter l'interconnexion indirecte et l'absence de sélection du transporteur en vigueur sur ce marché à cette date ; que par ce procédé, les appels en cause bénéficiaient des tarifs avantageux de l'interconnexion internationale entrante pour leur terminaison dans les réseaux GSM, environ huit fois plus bas que les CTA, tarifs qui leur ont permis de se développer sur ce marché récent avec succès et profit ;

Qu'en effet, ainsi que l'ART l'a souligné dans son avis n° 99-1127 au Conseil de la concurrence: « *l'écart très important entre la quote-part traditionnellement perçue par l'opérateur fixe pour les appels en provenance de l'international (de l'ordre de 46 centimes par minute à la fin 1998 dans l'exemple de la Grance-Bretagne), et la rémunération des opérateurs mobiles pour la terminaison des appels entrants d'origine nationale (de l'ordre de 2, 54 francs hors taxe par minute) a crée une situation particulièrement favorable au développement et à la croissance du reroutage des appels entrants par l'international. En effet, par ce circuit, l'opérateur-rerouteur est en mesure de proposer un tarif de détail très inférieur au tarif de détail fixé par les opérateurs mobiles, tout en dégageant une marge brute significative, de l'ordre de 40 %* » ; de surcroît la plaignante a elle-même indiqué lors de l'instruction que les tarifs de l'interconnexion internationale entrante permettaient aux opérateurs de téléphonie fixe, sans perte et avec profits, de commercialiser des offres de téléphonie fixe vers mobile aux entreprises ;

Considérant, en outre, que l'ARCEP l'a clairement confirmé dans sa décision n° 04-0936 du 9 décembre 2004 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole, en rappelant que « *si la terminaison d'appel depuis un réseau national devient plus chère que la terminaison d'appel*
depuis un réseau international, l'opérateur de l'appelant reroutera son trafic par l'international pour bénéficier du tarif le plus avantageux » et en précisant que « *ce cas de figure s'est produit jusqu'en 2002 où le tarif international était substantiellement inférieur à celui du national* » ; qu'aucun élément probant rapporté par l'Autorité de la concurrence ne vient démontrer le contraire ;

Qu'enfin, la plaignante lors de son audition du 10 décembre 1999, a elle-même reconnu et souligné que « les principaux pays concernés [par le reroutage du trafic fixe vers mobile] sont le Royaume-Unis, l'Allemagne et les Etats-Unis », l'Amérique du Nord étant citée dans la notification des griefs du 10 avril 2001 (tout comme l'Europe proche) comme

l'une des principales voies du reroutage ; qu'il n'existait pas de quote-part mobile à la date de la saisine pour les Etats-Unis ; que selon la déclaration de la plaignante, ce pays était l'un des principaux pays étrangers du reroutage, l'argument de l'Autorité selon lequel la mise en place de quotes-parts mobiles d'avril à octobre 1999 aurait indirectement rendu moins rentable voire non rentable le reroutage intenational ne peut donc être prise en compte dans la démonstration nécessaire des pertes subies par un concurrent aussi efficace que les entreprises dominantes verticalement intégrées auteurs de la pratique de ciseau tarifaire reprochée afin de qualifier les effets anticoncurrentiels de la pratique reprochée ;

Qu'en conséquence de tout ce qui est susmentionné, la décision attaquée ne fait pas une démonstration suffisante et sans contradiction que les pratiques reprochées respectivement mises en oeuvre par France Télécom et par SFR, avaient ou pouvaient avoir pour effets de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises ;

Qu'ainsi, la carence dans l'administration de la preuve relative, d'une part, au caractère indispensable des prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du "ciseau tarifaire" aux fins de caractériser la présomption d'effets anticoncurrentiels et d'autre part, aux pertes subies par un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique aux fins d'entrer sur le marche aval conduit à juger que les entreprises poursuivies n'ont pas commis les manquements reprochés, et que la Décision doit être réformée ;

6-Moyen subsidiaire : Sur la sanction

Considérant que la réformation de la Décision à défaut de la démonstration d'une pratique anticoncurrentielle entraîne celle des sanctions prononcées ;

7 – Accessoires : publication et frais

Considérant qu'il y a lieu de faire connaître le présent arrêt dans des conditions identiques à celles de la Décision réformée ;

Que la publication sera faite dans les termes stricts et sans commentaires, du dispositif ci-après ;

Qu'il sera donné acte à la société SFR qu'elle ne demande pas de mesure de publicité ;

Considérant que l'Autorité de la concurrence, qui n'est partie défenderesse devant la Cour que pour les besoins de l'instruction et du jugement de la cause, ne peut être ni « condamnée aux dépens « ni « perdante » au sens de l'article 700 CPC, lequel ne saurait donc trouver application ;

PAR CES MOTIFS

Rejette les moyens d'annulation ;

Réformant la Décision n° 04-D-48,

Dit que les griefs articulés contre les sociétés France Telecom et SFR Groupe Cegetel ne sont pas établis ;

Dit n'y avoir lieu à sanction ;

Ordonne le remboursement immédiat du montant de cette sanction, assorti des intérêts au taux légal à compter du présent arrêt ;

Prie et au besoin requiert l'Autorité de la concurrence de publier sur son site internet et, à ses frais, dans le quotidien Les Echos, un communiqué énonçant que « par arrêt du 27 janvier 2011, la Cour d'appel de Paris, chambre 5-7, Régulation économique, a réformé la Décision n° 04-D-48 du 14 octobre 2004, dit que les griefs poursuivis contre la société France Telecom ne sont pas établis et dit n'y avoir lieu à sanction ; par le même arrêt, la Cour a ordonné le remboursement immédiat du montant de la sanction, soit 18 millions d'euros, assorti des intérêts au taux légal » ;

Donne acte à la société SFR qu'elle ne demande pas de mesure de publicité ;

Dit n'y avoir lieu d'appliquer l'article 700 CPC et laisse les dépens, comprenant ceux des arrêts cassés, à la charge du Trésor.

LE GREFFIER, **LE PRÉSIDENT,**

Benoit TRUET-CALLU **Thierry FOSSIER**