

COMM.

108

04-9-18

C. M.

COUR DE CASSATION

Audience publique du **14 mars 2006**

Rejet

M. TRICOT, président

Arrêt n° 358 F-D

Pourvoi n° N 05-11.232

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

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

en cassation d'un arrêt rendu le 11 janvier 2005 par la cour d'appel de Paris
(1ère chambre civile, section H), au profit :

1°/ de la société 9 Télécom réseau "9 Télécom", dont le siège
est 40/42, quai du Point du Jour, 92100 Boulogne-Billancourt,

2°/ du Ministre de l'économie des finances et de l'industrie,
DGCCRF, domicilié Bâtiment 5, 59, boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris
Cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

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

Vu la communication faite au Procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 31 janvier 2006, où étaient présents : M. Tricot, président, Mme Beaudonnet, conseiller référendaire rapporteur, Mme Garnier, conseiller, Mme Molle-de Hédouville, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Beaudonnet, conseiller référendaire, les observations de la SCP Tiffreau, avocat de la société FranceTélécom, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société 9 Télécom réseau "9 Télécom", de Me Ricard, avocat du Ministre de l'économie des finances et de l'industrie, les conclusions de M. Feuillard, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt partiellement confirmatif attaqué (Paris, 11 janvier 2005), que la société 9 Télécom réseau (9 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 contraires aux dispositions des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du Traité CE 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 le 15 février 2001 par la société 9 Télécom, le Conseil, après avoir le 16 juillet 2001 sursis à statuer afin de procéder à un complément d'instruction, a, par décision n° 04-D-18 du 13 mai 2004, estimé établie la non exécution par la société France Télécom de l'injonction prononcée le 18 février 2000 et a infligé à cette société une sanction pécuniaire de 20 000 000 euros ; que la cour d'appel de Paris a rejeté le recours formé par la société France Télécom, et, sur le recours incident du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, a porté à 40 000 000 euros la sanction pécuniaire infligée à la société France Télécom ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société France Télécom fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours en annulation de la décision du Conseil du 13 mai 2004, alors, selon le moyen :

1°/ que, comme le faisait valoir France Télécom, la sanction d'une injonction suppose le non respect de celle-ci, laquelle doit être susceptible d'exécution, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, ainsi que l'a constaté la cour d'appel, qui a relevé l'impossibilité d'apprécier l'exécution au regard de la règle de non discrimination prévue par l'injonction au vu de l'avis de l'ART ; qu'en passant outre, par des motifs inopérants tirés de l'appréciation de l'exécution au regard de la règle distincte du test de ciseau tarifaire, qui n'avait pas été prévue à l'injonction en des termes clairs, précis et exempts d'incertitude, dans des conditions propres à permettre à France Télécom d'y satisfaire dans le délai imparti, la cour d'appel a violé le principe d'interprétation stricte de l'injonction sous sanction pécuniaire, ainsi que les articles L. 464-1 à L. 464-3 du Code de commerce dans leur rédaction applicable aux faits poursuivis, ensemble les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1er du 1er Protocole additionnel à ladite Convention ;

2°/ qu'au surplus, comme elle le faisait valoir, France Télécom était fondée à invoquer le bénéfice de l'imprécision de l'injonction, qui n'énonçait en des termes clairs, précis et exempts d'incertitude, propres à permettre d'y satisfaire dans le délai imparti ni le critère de contrôle par la règle de tarification concurrentielle du test de ciseau tarifaire, ni le niveau tarifaire attendu pour atteindre une concurrence effective, ni même les éléments de calcul devant être pris en compte comme référence pour l'exécution de l'injonction, afin de permettre d'appréhender objectivement ce niveau tarifaire attendu, la cour d'appel a violé les articles L. 464-1 à L. 464-3 du Code de commerce dans leur rédaction applicable aux faits poursuivis, ensemble les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1er du 1er Protocole additionnel à ladite Convention ;

3°/ qu'il ressort des énonciations de la décision entreprise qu'il est "reproché à France Télécom de ne pas avoir respecté l'injonction parce que l'offre qu'elle a communiquée aux opérateurs le 1er décembre 2000 et présentée comme définitive était soumise à des conditions tarifaires ne permettant pas aux opérateurs tiers d'exercer une concurrence effective", de sorte "qu'à la date du 1er décembre 2000, la société France Télécom ne se conformait pas à l'injonction prononcée par le Conseil le 18 février 2000" ; qu'il en résulte que l'infraction n'a été regardée comme constituée qu'à raison du contrôle des seules conditions tarifaires de l'offre du

1er décembre 2000 ; que, dès lors, en déclarant que le Conseil "pouvait parfaitement évaluer (les) offres ultérieures de France Télécom pour apprécier (...) la persistance du non respect de l'injonction" et que "le marché de l'option 3 est resté durablement fermé jusqu'à (...) compter d'octobre 2002", ce qui avait pour effet d'incriminer et de sanctionner des offres postérieures au 1er décembre 2000, exclues du contrôle de l'injonction, tel que défini et exercé par le Conseil de la concurrence, la cour d'appel a violé les articles L. 464-1 à L. 464-3 du Code de commerce dans leur rédaction applicable aux faits poursuivis, ensemble les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 1er du 1er Protocole additionnel à ladite Convention ;

4° / qu'il ressort de la décision entreprise qu'à la suite d'une décision n° 01-253 du 2 mars 2001 de l'ART portant sur un règlement de différend entre Liberty Surf et France Télécom et fixant "les conditions tarifaires de l'offre ADSL Connect ATM", "une offre ADSL Connect ATM, conforme aux décisions prises par l'ART dans ce règlement de différend, datée du 1er juin 2001 a été transmise à l'Autorité le 6 juin 2001" par France Télécom ; qu'à cet égard, France Télécom soutenait dans son recours "qu'un contrat ATM avait été souscrit par 9 Télécom à la mi-2001, ce sur la base des tarifs de cette offre fixée par l'ART (...) ce qui n'a pas été contesté par 9 Télécom qui s'est félicitée à l'époque de la décision de l'ART, en déclarant qu'elle instaurait sur le marché "les conditions d'une concurrence effective et équitable" ; que, dès lors, en déclarant que, par le fait de France Télécom, "le marché de l'option 3 est resté durablement fermé jusqu'à (...) compter d'octobre 2002", sans répondre à ce moyen pertinent, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

5° / qu'au surplus, dans son recours, France Télécom soutenait qu'elle n'avait "absolument plus la maîtrise des tarifs de ses offres ATM et IP/ADSL depuis la décision n° 01-253 du 2 mars 2001 de l'ART, qui a fixé le tarif de l'offre ATM et ce faisant, a modifié le tarif proposé en décembre 2000, d'où il résulte que les tarifs de l'offre ATM appliqués à partir de cette décision de l'ART et jusqu'en septembre 2002, à les supposer même contraires aux exigences du test de ciseau tarifaire retenu par la décision, ne sauraient être valablement imputés à France Télécom et, a fortiori, être retenus à sa charge dans la condamnation" ; que, dès lors, en imputant à France Télécom le fait que "le marché de l'option 3 est resté durablement fermé jusqu'à (...) compter d'octobre 2002, ce qui avait pour effet d'incriminer et de sanctionner des offres postérieures au 1er juin 2001, exclues du contrôle de l'injonction, tel que défini et exécuté par le Conseil de la concurrence, et désormais soumises à la régulation directe de l'ART, la cour d'appel a violé les articles L. 464-1 à L. 464-3 du Code de commerce dans leur rédaction applicable aux faits poursuivis, ensemble les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et

des libertés fondamentales, 1er du 1er Protocole additionnel à ladite Convention ;

Mais attendu que, pour rejeter le recours formé par la société France Télécom contre la décision du Conseil, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, en premier lieu, que le respect de l'injonction claire et précise faite à cette société de proposer aux autres opérateurs de télécommunications une offre permettant "l'exercice d'une concurrence effective tant par les prix que par la nature des prestations offertes" implique que ces opérateurs ne soient pas victimes d'un effet de ciseau tarifaire entre, d'une part les versements qu'ils doivent effectuer à France Télécom au titre de cette offre elle-même et, d'autre part, les prix des offres de France Télécom aux fournisseurs d'accès à internet sur le marché aval que les opérateurs tiers doivent pouvoir concurrencer, en deuxième lieu que la société 9 Télécom ayant saisi le Conseil de griefs portant sur la non-conformité de l'offre "ADSL connect ATM" faite par la société France Télécom le 1er décembre 2000, le constat du fait que le tarif de cette offre ne permettait pas aux opérateurs de concurrencer de manière effective les offres de la société France Télécom aux fournisseurs d'accès à internet suffisait à établir le non respect de l'injonction prononcée par le Conseil le 18 février 2000, mais n'excluait pas l'évaluation des offres postérieures afin de déterminer la sanction au regard de la gravité des faits dont la persistance est un élément, en troisième lieu, qu'à la suite du différend avec la société Liberty Surf, différend qui a donné lieu à la décision de l'ART n° 01-253 du 2 mars 2001, la société France Télécom a, le 1er juin 2001, proposé aux opérateurs de nouveaux tarifs, conformes aux prescriptions de cette décision, mais a, dans le même temps, offert de nouveaux tarifs, plus bas, aux fournisseurs d'accès à internet pour les services IP/ADSL, sans ajuster le tarif de ses offres aux opérateurs, que ces baisses concomitantes ont laissé subsister pour les opérateurs tiers un effet de ciseau tarifaire constaté par l'ART dans son avis n° 01-548, effet qui, persistant jusqu'au mois d'octobre 2002, a fermé le marché de l'option 3 durant toute cette période ; que, par ces motifs, la cour d'appel a légalement justifié sa décision et pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société France Télécom fait grief à l'arrêt de l'avoir, par réformation de la décision du Conseil, condamnée à une sanction pécuniaire de 40 000 000 euros, outre une indemnité de frais irrépétibles de

15 000 euros au profit de la société 9 Télécom, alors, selon le moyen, que, *en réformant la décision entreprise du chef du montant de la sanction pécuniaire et en portant celle-ci de 20 à 40 millions d'euros, motif pris d'une "appréciation différente" de celle du Conseil de la concurrence, sans dire en quoi ce dernier, dont elle reprenait la motivation, aurait mal apprécié la proportionnalité de la sanction à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du Code de commerce dans leur rédaction applicable aux faits poursuivis ;*

Mais attendu que la cour d'appel, qui s'est prononcée sur la gravité des faits découlant du non respect de l'injonction prononcée par le Conseil le 18 février 2000 et ayant permis à la société France Télécom de se maintenir en situation proche du monopole sur le marché de la fourniture d'accès ADSL, qui a analysé le dommage causé à l'économie du fait de la fermeture du marché de l'option 3 jusqu'à ce que l'ART obtienne, à compter d'octobre 2002, un ensemble de baisses de prix, fermeture qui a exclu les opérateurs tiers du marché naissant de la fourniture en gros des accès ADSL et laissé les fournisseurs d'accès à internet face à un fournisseur se maintenant artificiellement en situation de quasi-monopole pour des prestations qui constituent une part importante de leurs charges et conditionnent largement leur rentabilité ou les prix qu'ils sont en mesure de proposer aux consommateurs, qui a pris en compte la situation de la société France Télécom dont le chiffre d'affaires hors taxes s'est élevé à 19 659 325 095 euros en 2002, a pu estimer, dans son pouvoir d'appréciation de la proportionnalité de la sanction, qu'eu égard aux caractères délibéré et persistant du non respect de l'injonction claire et précise adressée par le Conseil, la sanction prononcée par celui-ci devait être aggravée et a ainsi légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société France Télécom aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, donne acte à la société 9 Télécom de ce qu'elle renonce à sa demande ; condamne la société France Télécom à payer au Ministre de l'économie des finances et de l'industrie la somme de 3 000 euros ; rejette les autres demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quatorze mars deux mille six.