

COMM.

CM

COUR DE CASSATION

Audience publique du **30 mai 2012**

Rejet

M. ESPEL, président

Arrêt n° 617 F-D

Pourvoi n° X 11-22.144

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 Orange France, société anonyme, dont le siège est 1 avenue Nelson Mandela, 94745 Arcueil cedex,

contre l'arrêt rendu le 30 juin 2011 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1^o/ au Président de l'autorité de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

2^o/ au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, domicilié 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 3 mai 2012, où étaient présents : M. Espel, président, Mme Michel-Amsellem, conseiller référendaire rapporteur, M. Petit, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Michel-Amsellem, conseiller référendaire, les observations de la SCP Defrenois et Levis, avocat de la société Orange France, de la SCP Baraduc et Duhamel, avocat du Président de l'autorité de la concurrence, l'avis de M. Carre-Pierrat, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 30 juin 2011), rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 7 avril 2010, pourvois n°s 09-65.940, 09-13.163, 09-12.984), que, s'étant saisi d'office le 28 août 2001 de la situation de la concurrence dans le secteur de la téléphonie mobile et ayant été saisi le 22 février 2002 par l'association UFC - Que Choisir de pratiques d'ententes mises en œuvre par les sociétés Bouygues Télécom (la société Bouygues), SFR et Orange France (la société Orange) sur le marché des services de téléphonie mobile, le Conseil de la concurrence (le Conseil), devenu l'Autorité de la concurrence, a, par décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005, dit que ces trois opérateurs ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du Traité CE, d'une part, en échangeant régulièrement, de 1997 à 2003, des informations confidentielles relatives audit marché, de nature à réduire l'autonomie commerciale de chacune d'elles et ainsi à altérer la concurrence sur ce marché oligopolistique, et d'autre part, en s'entendant pendant les années 2000 à 2002 pour stabiliser leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun ; qu'il leur a infligé des sanctions pécuniaires allant de 16 à 41 millions d'euros pour les premiers faits et de 42 à 215 millions d'euros pour les seconds et a ordonné des mesures de publication ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Orange fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son recours portant sur le montant de la sanction qui lui avait été infligée, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en appréciant la prétendue gravité de l'infraction d'échange d'informations par la durée de cet échange, critère de qualification de l'infraction elle-même, la cour d'appel s'est prononcée par un motif

inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en appréciant la prétendue gravité de l'infraction d'échange d'informations par le caractère soi-disant confidentiel et stratégique des données échangées, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°/ qu'en se bornant à considérer, pour estimer établie la prétendue conscience des opérateurs d'enfreindre le droit de la concurrence par les échanges d'informations litigieux, les éléments matériels constitutifs de l'infraction d'échange d'informations, quand cet échange d'informations a été qualifié d'anticoncurrentiel à raison de ses effets et non de son objet, la cour d'appel s'est fondée sur un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°/ qu'en considérant comme établie la prétendue conscience qu'auraient eue tous les opérateurs concernés d'enfreindre les règles de la concurrence par l'échange d'informations litigieux, sans rechercher si la circonstance que le caractère anticoncurrentiel de cet échange d'informations n'a été établi qu'à l'issue de près de dix années de procédure, deux arrêts de la Cour de cassation et deux arrêts de la cour d'appel de Paris n'excluaient pas une telle conscience, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

5°/ qu'en ne tenant pas compte, quand elle y était conviée du comportement des pouvoirs publics et de l'ART dans les années considérées, lesquels ont largement encouragé la transparence du marché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

6°/ qu'en ne tenant pas compte, quand elle y était conviée, de ce que des données véritablement stratégiques - telles par exemple la répartition des ventes nettes de chaque opérateur entre abonnements et formules prépayées, la répartition géographique du parc de chaque opérateur ou la répartition en volume des ventes nettes entre canaux de distribution directs et indirects - n'ont jamais été échangées par les opérateurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu que l'arrêt, après avoir relevé que le Conseil a fait une appréciation mesurée de la gravité de la pratique d'échanges d'informations en estimant que celle-ci n'atteignait pas le niveau de gravité inhérent à une entente expresse sur les prix ou de répartition des marchés, l'arrêt retient que le caractère confidentiel et stratégique des informations

échangées, la parfaite régularité des échanges ainsi organisés et leur poursuite pendant six années jusqu'à ce que la mise en œuvre de l'enquête administrative y mette fin, révèlent et traduisent tout à la fois la gravité concrète de la pratique incriminée et la conscience qu'avaient tous les opérateurs concernés d'enfreindre les règles de la concurrence, dont le respect les aurait obligés à déterminer de manière autonome la politique qu'ils entendaient suivre sur le marché et les conditions qu'ils comptaient offrir à leur clientèle respective ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations pertinentes pour qualifier la gravité de la pratique, sans qu'il importe que celle-ci ait été qualifiée d'anticoncurrentielle seulement par ses effets et que sa qualification ait fait l'objet de contestations entraînant une longue procédure, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre à l'argumentation inopérante visée par les cinquième et sixième branches, a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen, pris en ses cinq dernières branches :

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

1°/ qu'en refusant, pour apprécier le dommage prétendu à l'économie, de distinguer les années 1997-2000 des années postérieures à l'année 2000, la cour d'appel a refusé de tenir compte d'une des caractéristiques essentielles du marché considéré que constitue la modification de son mode de fonctionnement à compter de l'année 2000, privant par là sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en refusant, pour apprécier le dommage prétendu à l'économie, de distinguer les années 1997-2000 des années postérieures tout en justifiant d'une prétendue atténuation sensible de l'intensité de la concurrence par des données concernant exclusivement l'année 2000 et les années postérieures, la cour d'appel s'est contredite en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ qu'en considérant, pour estimer que la sensibilité au prix aurait été modérée ou peu significative, que la sensibilité au prix était accrue par les effets de réseau, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°/ qu'en prétendant, sans s'en expliquer, que la seule faculté d'anticipation de l'évolution de la demande aurait nécessairement impliqué une réduction du surplus du consommateur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

5°/ qu'en considérant que le surplus du consommateur aurait été réduit, sans tenir compte de ce que les prix des services de téléphonie mobile ont fortement baissé dans les années litigieuses, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé que l'article L. 464-2 du code de commerce exige, non pas un chiffrage précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation de son existence et de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier, l'arrêt relève que la pratique d'échange d'informations constituée en l'espèce a réduit significativement l'incertitude sur les évolutions de la demande, la société Orange ajustant et affinant ainsi sa politique commerciale en fonction de la connaissance améliorée dont elle disposait illicitement du niveau de la demande dans un marché où les entreprises se concurrencent en prix pour des produits différenciés mais substituables, la pratique litigieuse permettant de la sorte aux opérateurs concernés d'optimiser leurs anticipations sur l'évolution de la demande et de réduire le surplus des consommateurs ; que l'arrêt ajoute que même si les opérateurs ont lancé ou maintenu des offres promotionnelles et des offres de nouveaux produits, l'évolution de l'ensemble des indicateurs relevés dans la décision attaquée atteste que la pratique litigieuse, qui avait lieu tous les mois de façon systématique au profit exclusif des trois opérateurs et au détriment des consommateurs, a provoqué une atténuation très sensible de l'intensité de la concurrence sur le marché concerné et, par là même, une perturbation du jeu normal de celui-ci ; que l'arrêt précise, enfin, que s'agissant du critère de la sensibilité de la demande au prix, la société Orange, se fondant sur une étude d'analyse économique produite par elle, excipe d'une " forte sensibilité de la demande au prix démontrée par l'observation de ce que sur l'ensemble de la période 1998-2002 l'élasticité-prix des consommateurs français est significative et près de deux fois supérieure à celle des consommateurs allemands", mais qu'il convient de tempérer cette observation par le constat que la demande des consommateurs en matière de téléphonie mobile est non seulement guidée par le prix des services correspondants mais aussi substantiellement liée à la taille du parc d'abonnés et que, par suite, l'effet sur la demande des variations du prix des offres de téléphonie mobile ne peut être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme intrinsèquement particulièrement significatif, son impact étant, en revanche amplifié par l'importance des effets de réseau, constitués par la sensibilité des consommateurs à la taille du parc d'abonnés ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a déduit que la prise en compte de la sensibilité de la demande au prix, laquelle était en l'espèce modérée, n'était pas de nature à modifier l'appréciation du dommage à l'économie faite par le Conseil au regard de la taille du marché concerné, de l'implication des trois seuls opérateurs présents sur celui-ci et de la diminution de l'intensité de la concurrence à

partir de l'an 2000, la cour d'appel qui n'avait pas à apprécier ce dommage en distinguant entre les périodes durant lesquelles s'étaient déroulés les échanges, ne s'est pas contredite, n'avait pas à entrer plus qu'elle l'a fait dans l'analyse de la réduction du surplus du consommateur et, contrairement à ce que soutient le dernier grief, a pris en compte dans son appréciation l'existence d'offres de prix réduits pendant la période litigieuse a, par une décision légalement justifiée, mesuré le dommage causé à l'économie par la pratique en cause, tant en ce qui concerne les consommateurs, que la structure du marché, et l'économie générale ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que le deuxième moyen pris en sa première branche, ainsi que le troisième moyen ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Orange France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer au président de l'Autorité de la concurrence, ès qualités, la somme de 2 500 euros et rejette sa demande ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec avis de réception, à la Commission européenne et au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du trente mai deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Defrenois et Levis, avocat aux Conseils pour la société Orange France

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Orange ;

AUX MOTIFS QUE :

« Sur la gravité de la pratique (...) aux termes de l'article L 464-2 du code de commerce : « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction » ;

(...) tout d'abord, (...) s'agissant d'une entente horizontale, constitutive d'une pratique concertée aux effets anticoncurrentiels caractérisés, la société Orange n'est pas fondée à minimiser la gravité d'une telle pratique d'échange d'information dont le Conseil a fait une appréciation mesurée en retenant que celle-ci n'atteignait pas le niveau de gravité inhérent à une entente expresse sur les prix ou de répartition des marchés, ni même celui d'un échange d'informations entre soumissionnaires à un marché public préalablement à la remise des offres ; (...) cependant, le Conseil a souligné la durée de la pratique, laquelle s'est étendue sur une période de six années, de 1997 à 2003, jusqu'à ce que les opérations de visite et de saisie conduisent les opérateurs à y mettre fin ; (...) par ailleurs et contrairement aux dires de la société Orange, les opérateurs concernés n'ont nullement renoncé « spontanément » à cette pratique « dès la première visite de l'enquêteur » mais après que celui-ci eût appelé leur attention sur le caractère anticoncurrentiel de ladite pratique à la suite des opérations de visite et de saisie effectuées en juillet 2003 ; (...) le caractère confidentiel et stratégique des informations échangées, la parfaite régularité des échanges ainsi organisés et leur poursuite susrappelée pendant six années jusqu'à la mise en oeuvre de l'enquête administrative révèlent et traduisent tout à la fois la gravité concrète de la pratique incriminée et la conscience qu'avaient tous les opérateurs concernés d'enfreindre les règles de la concurrence, lesquelles les eussent obligés à déterminer de manière autonome la politique qu'ils entendaient suivre sur le marché commun et les conditions qu'ils comptaient offrir à leur clientèle respective ; (...) il ressort de ce qui précède

que la gravité de la pratique litigieuse, avec son impact sur le jeu de la concurrence, a été à juste titre caractérisée par la décision déferée » ;

1°) Alors qu'en appréciant la prétendue gravité de l'infraction d'échange d'informations par la durée de cet échange, critère de qualification de l'infraction elle-même, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°) Alors qu'en appréciant la prétendue gravité de l'infraction d'échange d'informations par le caractère soi-disant confidentiel et stratégique des données échangées, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°) Alors qu'en se bornant à considérer, pour estimer établie la prétendue conscience des opérateurs d'enfreindre le droit de la concurrence par les échanges d'informations litigieux, les éléments matériels constitutifs de l'infraction d'échange d'informations, quand cet échange d'informations a été qualifié d'anticoncurrentiel à raison de ses effets et non de son objet, la cour d'appel s'est fondée sur un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce.

4°) Alors qu'en considérant comme établie la prétendue conscience qu'auraient eue tous les opérateurs concernés d'enfreindre les règles de la concurrence par l'échange d'informations litigieux, sans rechercher si la circonstance que le caractère anticoncurrentiel de cet échange d'informations n'a été établi qu'à l'issue de près de dix années de procédure, deux arrêts de la Cour de cassation et deux arrêts de la cour d'appel de Paris n'excluaient pas une telle conscience, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

5°) Alors qu'en ne tenant pas compte, quand elle y était conviée du comportement des pouvoirs publics et de l'ART dans les années considérées, lesquels ont largement encouragé la transparence du marché, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

6°) Alors qu'en ne tenant pas compte, quand elle y était conviée, de ce que des données véritablement stratégiques – telles par exemple la répartition des ventes nettes de chaque opérateur entre abonnements et formules prépayées, la répartition géographique du parc de chaque opérateur ou la répartition en volume des ventes nettes entre canaux de distribution directs et indirects - n'ont jamais été échangées par les opérateurs, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Orange ;

AUX MOTIFS QUE :

« Sur l'existence et l'importance du dommage à l'économie (...) si la société Orange prétend également que le Conseil avait méconnu les dispositions de l'article L 464-2 précité en présumant l'existence d'un dommage à l'économie du seul fait de la pratique litigieuse d'échanges d'informations et en se bornant, dans son appréciation de l'importance du dommage considéré, à «relever la taille du marché et le fait que ces trois opérateurs de téléphonie mobile y ont participé sur toute la période» il sera liminairement observé que la décision critiquée ne fait nullement état en la matière d'une simple «potentialité d'effets» anticoncurrentiels mais soulève expressément en ses paragraphes 214 à 225 que la pratique incriminée a eu des effets non seulement « potentiels » mais « réels » du fait de la réduction de l'autonomie commerciale des opérateurs ;

(...) par ailleurs (...) l'article L 464-2 du code de commerce exige, non pas un chiffrage précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation de son existence et de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier; (...) un tel dommage s'apprécie en fonction de la perturbation générale apportée au fonctionnement normal des marchés par les pratiques en cause et, notamment, en fonction de l'étendue des marchés affectés par les pratiques anticoncurrentielles, de la durée et des effets conjoncturels et structurels de ces pratiques; (...) en effet, en l'espèce, la pratique d'échange d'informations en ce qu'elle réduit significativement l'incertitude sur les évolutions de la demande a causé un dommage certain et obligé à l'économie en réduisant le surplus des consommateurs, l'entreprise ajustant et affinant ainsi sa politique commerciale en fonction de la connaissance améliorée dont elle disposait illicitement du niveau de la demande dans un marché où les entreprises se concurrencent en prix pour des produits différenciés mais substituables ; (...) la pratique litigieuse a permis de la sorte aux opérateurs concernés, et, en particulier, à la société Orange, d'optimiser leurs anticipations sur l'évolution de la demande à laquelle les intéressés furent confrontés et d'extraire de la sorte le surplus des consommateurs ;

(...) même si les opérateurs ont lancé ou maintenu des offres promotionnelles et des offres de nouveaux produits comme le soutient la société Orange dans ses écritures, l'évolution de l'ensemble des indicateurs relevés dans la décision attaquée en ses paragraphes 171 à 175 atteste que la pratique litigieuse, qui avait lieu tous les mois de façon systématique au profit exclusif des trois opérateurs et au détriment des consommateurs, a

provoqué une atténuation très sensible de l'intensité de la concurrence sur le marché concerné et, par là même, une perturbation au jeu normal de celui-ci; (...) par ailleurs ladite pratique prend un relief particulier s'agissant d'un marché "émergent" en début de développement, non encore structuré et donc, à ce titre, nécessairement sensible à toute distorsion apportée à sa logique interne ;

(...) enfin, (...) la création artificielle d'une structure de transparence propre aux auteurs de la pratique illicite est préjudiciable à la libre concurrence sur un marché oligopolistique par le simple fait qu'elle a un effet dissuasif en soi à l'endroit de concurrents potentiels souhaitant entrer sur ce marché sans participer à de telles pratiques ou qui, s'ils avaient été présents sur ledit marché, eussent recherché un prix concurrentiel hypothétique conforme au jeu de la concurrence; (...) ces derniers eussent été ainsi contraints à se résoudre à ne pas intervenir sur ce marché ou à subir avec les consommateurs les risques du marché sans que ceux-ci soient partagés avec les opérateurs contrevenants, lesquels bénéficiaient d'un surprofit irrégulièrement obtenu; (...) il résulte ainsi du fait de l'asymétrie d'information une semblable asymétrie en terme de compétitivité, contraire à l'ordre public économique ;

(...) de même, (...) s'il se doit pour mesurer l'importance du dommage à l'économie présentement débattu, lequel ne saurait être présumé et qui a été ici objectivement et concrètement apprécié par le Conseil, de tenir compte de la sensibilité de la demande [au] prix, les motifs d'ores et déjà retenu[s] par le Conseil et tirés de l'importance de la taille du marché ainsi que de l'implication de la totalité des opérateurs intervenant sur ce marché oligopolistique sont également pertinents ;

(...) en outre, (...) si, s'agissant du périmètre d'appréciation tiré de la sensibilité de la demande au prix, la société Orange, se fondant sur une étude d'analyse économique réalisée par le cabinet Microeconomix, excipe d'une "forte sensibilité de la demande au prix confirmée par des éléments complémentaires" et si elle explique à ce sujet que "sur l'ensemble de la période 1998-2002 l'élasticité-prix des consommateurs français est significative (-0,63) et près de deux fois supérieure à celle des consommateurs allemands", il échet liminairement de relever que la demande des consommateurs en matière de téléphonie mobile est non seulement guidée par le prix des services correspondants mais aussi substantiellement liée à la taille du parc d'abonnés ; (...) ainsi la sensibilité de la demande [au] prix présentement invoquée est estimée par ladite étude à - 0,63, laquelle signifie qu'une augmentation de 10 % du prix des services de téléphonie se traduirait par une diminution de 6,3 % des volumes consommés, se doit d'être mesurée au regard de l'élasticité de la demande par rapport à l'évolution du parc des abonnés, laquelle est elle-même estimée à -0,80 ; (...) par suite, l'effet sur la demande de la diminution du prix

des offres de téléphonie mobile ne peut être regardée, dans les circonstances de l'espèce, comme intrinsèquement particulièrement significatif, son impact étant, en revanche amplifié par l'importance des effets de réseau, constitués par la sensibilité des consommateurs à la taille du parc d'abonnés ainsi qu'il a été ci-dessus rappelé ;

(...) par suite, (...) dans le cadre de la mesure de l'importance du dommage à l'économie résultant spécifiquement de l'échange d'informations, la prise en compte nécessaire de la sensibilité de la demande [au] prix, celle-ci étant en l'espèce modérée, n'est pas de nature à modifier l'appréciation faite par le Conseil au travers des critères sus rappelés tirés de la taille du marché concerné, de l'implication dans les pratiques des trois opérateurs présents sur ledit marché et du fait que le dommage s'est accru à compter de l'année 2000, année à partir de laquelle l'intensité de la concurrence a fortement diminué, les échanges ayant alors, de surcroît, permis jusqu'en 2002 aux trois opérateurs de surveiller la mise en oeuvre de leur accord de gel des parts de marché;

(...) le Conseil a pris soin dans sa décision déferée (paragraphe 330 à 340) d'apprécier distinctement pour chacune des deux infractions d'entente de gel de parts de marché et d'entente relative à l'échange d'informations la gravité des faits ainsi que le dommage à l'économie; (...) il n'y avait pas davantage lieu de caractériser un dommage propre à la période antérieure à l'année 2000 et un autre spécifique à la période postérieure dès lors que l'article L 464-2 précité n'exige nullement un chiffrage précis du dommage dont s'agit mais une appréciation globale de son importance au regard de la distorsion affectant le fonctionnement normal du marché et de l'entrave portée au libre jeu de la concurrence » ;

1°) Alors qu'en relevant que la pratique litigieuse aurait eu un « effet dissuasif en soi » quand aucun des parties et intervenants n'a invoqué ce prétendu « effet dissuasif » lequel n'était pas dans la cause, la cour d'appel, qui n'a pas invité les parties et intervenants à présenter leurs observations sur ce prétendu « effet dissuasif » a violé l'article 16 du code de procédure civile, ensemble l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°) Alors qu'en refusant, pour apprécier le dommage prétendu à l'économie, de distinguer les années 1997-2000 des années postérieures à l'année 2000, la cour d'appel a refusé de tenir compte d'une des caractéristiques essentielles du marché considéré que constitue la modification de son mode de fonctionnement à compter de l'année 2000, privant par là sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

3°) Alors qu'en refusant, pour apprécier le dommage prétendu à l'économie, de distinguer les années 1997-2000 des années postérieures tout en justifiant d'une prétendue atténuation sensible de l'intensité de la concurrence par des données concernant exclusivement l'année 2000 et les années postérieures, la cour d'appel s'est contredite en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

4°) Alors qu'en considérant, pour estimer que la sensibilité au prix aurait été modérée ou peu significative, que la sensibilité au prix était accrue par les effets de réseau, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

5°) Alors qu'en prétendant, sans s'en expliquer, que la seule faculté d'anticipation de l'évolution de la demande aurait nécessairement impliqué une réduction du surplus du consommateur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

6°) Alors qu'en considérant que le surplus du consommateur aurait été réduit, sans tenir compte de ce que les prix des services de téléphonie mobile ont fortement baissé dans les années litigieuses, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours de la société Orange ;

AUX MOTIFS QUE :

« Sur la sanction :

(...) le montant même de la sanction pécuniaire, laquelle se doit d'être individualisée et adaptée, prononcée contre la société Orange au titre de la pratique relative aux échanges d'informations et s'élevant à la somme de 41 millions l'euros, laquelle ne représente que 0,54 % du chiffre d'affaires du Groupe France Telecom (exercice clos au 31 décembre 2004), est proportionné à la gravité sus analysée de la pratique et à l'importance du dommage causé à l'économie en résultant ; (...) le Conseil a, en effet, procédé à une appréciation particulièrement mesurée et individualisée du dommage en tenant compte du caractère spécifique de la pratique en cause constitutive d'une entente horizontale en vue d'une répartition du marché, de sa durée et de son incidence structurelle sur ledit marché »;

1°) Alors qu'en appréciant le montant de la sanction infligée à la société Orange à raison de l'échange d'informations litigieux en considérant que celui-ci aurait été constitutif d'une entente en vue d'une répartition de marché d'ores et déjà sanctionnée, la cour d'appel a violé les articles 624 et 638 du code de procédure civile, ensemble le principe Non bis in idem ;

2°) Alors qu'en considérant d'une part que l'échange d'informations litigieux n'aurait pas atteint le niveau de gravité inhérent à une entente de répartition de marché, d'autre part que l'échange d'informations litigieux serait constitutif d'une entente de répartition de marché, la cour d'appel s'est contredite en violation de l'article 455 du code de procédure civile.