

**CA Metz, 14-06-2016, n° 14/01938**

Minute n° 16/00210

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

R.G : 14/01938

SA SOCIETE ORANGE

C/

SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE

COUR D'APPEL DE METZ  
CHAMBRE DES URGENCES

ARRÊT DU 14 JUIN 2016

APPELANTE :

SA SOCIETE ORANGE prise en la personne de son représentant légal pour ce domicilié [...] siège  
78, adresse [...]

75015 PARIS

Représentants : Mr Laure-Anne BAI-MATHIS, avocat au barreau de METZ, avocat postulant et Me  
Aymeric Z  
BITCHE

Représentants : Mr Véronique HEINRICH, avocat au barreau de METZ, avocat postulant et Me  
Sophie GARNIER, avocat au barreau de PARIS, avocat plaidant

COMPOSITION DE LA COUR LORS DU DÉLIBÉRÉ :

PRÉSIDENT : Monsieur MESSIAS, Président de Chambre

ASSEESSEURS : Madame FLAUSS, Conseiller

Monsieur BEAUDIER, Conseiller

GREFFIER PRÉSENT AUX DÉBATS ET AU PRONONCÉ DE L'ARRÊT : Madame MALHERBE

DATE DES DÉBATS : Audience publique du 09 février 2016 tenue, en application des articles 786  
et 907 du code de procédure civile, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Monsieur  
MESSIAS, Président de chambre, chargé du rapport et qui a rendu compte à la Cour dans son  
délibéré.

Les parties ont été avisées que l'arrêt sera prononcé par sa mise à disposition au greffe, selon les dispositions prévues à l'article 450 alinéa 2 du Code de procédure civile, le 26 mai 2016. A cette date, le délibéré a été prorogé pour l'arrêt être rendu le 14 juin 2016.

## EXPOSE DU LITIGE

L'alimentation du réseau électronique s'effectue essentiellement selon deux technologies: l'ADSL et, de manière plus récente, le très haut débit en fibre optique ou FttH qui permet une transmission plus rapide des informations entre l'abonné et le fournisseur d'accès ;

Cette évolution technologique a conduit les opérateurs de communications électroniques à déployer, pour un coût très élevé, le réseau FttH selon le principe de concurrence par les infrastructures, c'est à dire que chacun d'eux déploie son propre réseau pour atteindre ses clients finaux ;

Cependant afin d'éviter que la terminaison des réseaux dans les immeubles desservis donne lieu à présence d'autant de réseaux que d'opérateurs, il est convenu qu'un seul réseau est déployé dans chaque immeuble, par un opérateur d'immeuble. Cet unique réseau est mutualisé afin de permettre à l'ensemble des opérateurs qui le souhaitent d'y accéder par un point de mutualisation qui correspond à la ligne FttH ;

L'installation de la ligne FttH s'effectue en deux temps :

- partie ligne montante : l'opérateur d'immeuble installe la fibre optique entre le point de mutualisation et un boîtier disposé à chaque étage de l'immeuble,
- raccordement palier : chaque opérateur commercial installe la fibre optique entre le boîtier et la prise optique chez son client ;

L'organisation et le déploiement de la fibre dans les immeubles sont régis par l'article L.34-8-3 du code des postes et des communications électroniques entré en vigueur le 4 août 2008;

Aux termes de cette disposition, l'opérateur d'immeuble est tenu à une obligation de mutualisation dans des conditions transparentes et non discriminatoires de sorte que, l'accès au réseau de lignes FttH pour les opérateurs de communications électroniques qui ne sont pas à l'origine de son déploiement peut prendre soit la forme d'une offre de co-financement des lignes FttH, soit d'une offre d'accès à la ligne après sa réalisation, offre prenant la forme d'un contrat à durée indéterminée moyennant un paiement mensuel de l'opérateur FttH à l'opérateur d'immeuble ;

A cette fin, et conformément aux textes en vigueur, le déploiement d'un réseau FttH par un opérateur d'immeuble doit obligatoirement et préalablement faire l'objet d'une consultation auprès des opérateurs inscrits sur la liste prévue par la décision n°2009-0169 du 3 mars 2009 de l'ARCEP afin de susciter toutes remarques sur la proposition de découpage géographique de la zone dans laquelle s'inscrivent les déploiements. L'opérateur d'immeuble doit également mettre à disposition des autres opérateurs une convention de mutualisation de la partie terminale des réseaux grâce à laquelle sera réalisée la mutualisation passive des infrastructures FttH ;

En vertu de l'article L.1425-1 II du code général des collectivités territoriales, l'obligation de faire droit aux demandes d'accès des opérateurs tiers s'impose également aux collectivités et à leurs groupements dès lors qu'ils exercent une activité d'opérateurs de communications électroniques. Dans ce cas d'ailleurs, ils sont soumis à l'ensemble des droits et obligations régissant cette activité ;

En outre, conformément à l'article L.1425-1 I du code précité, il n'est permis aux collectivités territoriales et à leurs groupements d'avoir une activité de fourniture de communication électroniques

aux utilisateurs finaux que s'il y a insuffisance d'initiative privée et après en avoir informé l'ARCEP ;

A ce stade, il convient de distinguer 'marché de gros' et 'marché de détail':

-le 'marché de gros' est celui dans lequel les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent établir et exploiter sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communications électroniques afin de les mettre à disposition des opérateurs moyennant facturation de leurs prestations ;

-le 'marché de détail' est celui dans lequel les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finaux qu'à condition de respecter l'obligation de publicité préalable, celle de transmission du projet à l'ARCEP et d'apporter la preuve de l'existence d'une insuffisance de l'initiative privée ;

L'insuffisance d'initiative privée ainsi exigée est constatée par un appel d'offre déclaré infructueux ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE reproche au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE d'avoir manifestement et globalement, refusé de se soumettre à ce cadre légal et réglementaire ;

Le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE est déclaré auprès de l'ARCEP en tant qu'opérateur de communications électroniques, qui exploite sous la marque 'TUBEO' un réseau de communications électroniques FttH desservant des utilisateurs finaux sur un territoire correspondant à 46 communes ;

Sur ce même territoire, la SA SOCIÉTÉ ORANGE est également présente mais sur un réseau basé sur la boucle locale téléphonique, dite ADSL dont le débit est bien moins important que sur le réseau fibre optique, environ 22 Mbit/s maximum contre 100 Mbit/s;

Les travaux de déploiement du réseau FttH du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ont débuté le 11 mai 2009 et celui-ci a commencé la commercialisation des offres de détail auprès des utilisateurs finaux courant de l'année 2011 ;

Par courrier du 24 janvier 2012, la SA SOCIÉTÉ ORANGE relève qu'elle n'a pas été informée de la possibilité d'accéder aux points de mutualisation déployés ou en cours de déploiement, contrairement aux obligations légales et réglementaires et demande au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE de lui fournir sans délai :

- un contrat de mutualisation respectant l'ensemble des obligations réglementaires applicables à ces déploiements et permettant le développement d'une concurrence effective sur les réseaux FttH qu'il a déployés ;

- les informations relatives aux zones arrières des points de mutualisation dans un format exploitable dans un système d'information géographique ;

Le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a accusé réception de ce courrier le 3 mai 2012 sans faire droit aux demandes de la SA SOCIÉTÉ ORANGE mais en indiquant qu'il entendait prioriser le déploiement pour les particuliers tout en menant un 'travail de réflexion et de mise à niveau afin de pouvoir apporter une réponse à tout opérateur.' ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE en a déduit que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE voulait créer un monopole de fait sur le réseau FttH et qu'il s'était mépris sur la portée du cadre réglementaire en ignorant que l'objectif était la mutualisation de la partie verticale des réseaux, c'est à dire l'installation de la ligne FttH et d'en assurer le libre accès afin de stimuler la concurrence dans l'intérêt bien compris des abonnés ;

Par courrier en date du 23 novembre 2012, la SA SOCIÉTÉ ORANGE rappelle au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE qu'il n'a pas satisfait aux demandes qui figuraient dans sa

lettre du 24 janvier 2012 et que, de plus, il est apparu qu'il commercialisait déjà ses propres services sur le marché de détail depuis plus d'un an ;

En réponse, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE indique, le 21 décembre 2012, qu'il a l'intention d'adresser à tous les opérateurs inscrits sur la liste ARCEP les informations concernant son réseau FttH et qu'il sera en mesure de publier le contrat d'accès au réseau à partir du 1er mars 2013 ;

C'est ainsi que le 23 mars 2013, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE adresse à la SA SOCIÉTÉ ORANGE une convention d'accès passif à ses lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique dont la conformité au cadre légal et réglementaire est contestée par la SA SOCIÉTÉ ORANGE par lettre du 6 juin 2013 en raison de la présence d'une clause imposant aux opérateurs concurrents de verser un dépôt financier préalablement à toute négociation du contrat mais aussi du caractère incomplet dudit contrat tenant à l'absence de description de l'ensemble des tarifs des prestations dans son annexe tarifaire, de la confusion entretenue entre lui-même, opérateur de gros et 'TUBEO' opérateur de détail et de l'incohérence relevée entre les définitions données à des termes dans les conditions générales et dans les conditions particulières ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE conclut son courrier en demandant la transmission d'une nouvelle version de sa proposition de contrat d'accès au réseau, de son contrat de prestation de réalisation du raccordement final et met en demeure le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE de suspendre sous quinzaine la commercialisation de ses services de communications électroniques sur le marché de détail auprès de nouveaux abonnés jusqu'à la mise à disposition, pour son réseau, d'un contrat valable ;

Ce courrier du 6 juin 2013 étant resté sans réponse, la SA SOCIÉTÉ ORANGE le réitère le 17 juillet 2013, ce qui aboutit à la tenue de deux réunions téléphoniques entre les parties les 17 et 18 juillet 2013 et, le 24 juillet 2013, une visite technique contradictoire est organisée in situ ;

Au cours de cette dernière, la SA SOCIÉTÉ ORANGE déclare avoir relevé que le réseau FttH du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE n'était pas accessible pour un opérateur tiers, c'est à dire n'était pas mutualisable ;

Une nouvelle réunion est alors proposée par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE pour le 5 septembre 2013 alors que le 13 août 2013, la SA SOCIÉTÉ ORANGE envoie un nouveau courrier qui comporte les comptes-rendus des diverses réunions tenues et rappelle la persistance de l'inaccessibilité du réseau FttH en question à l'ensemble des opérateurs tiers et la nécessité d'une mise à niveau dudit réseau FttH pour permettre la mutualisation dans les conditions légales et réglementaires ;

Le 9 septembre 2013, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE soutient que son réseau FttH permet un accès passif aux lignes de communication électroniques très haut débit déployées sur son territoire, qu'il a adressé par voie électronique le 8 août 2013 une version actualisée de son contrat d'accès au réseau mais qui n'est pas parvenue au destinataire pour des problèmes informatiques et enfin, qu'il a accompagné cette version modifiée d'une proposition de contrat de réalisation du raccordement final ;

Par nouveau courrier en date du 18 novembre 2013, la SA SOCIÉTÉ ORANGE estime incomplète la nouvelle version et l'absence de réponses satisfaisantes aux obligations pesant sur le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, notamment en ce qui concerne l'utilisation

par ses soins d'armoires déployées au long du réseau totalement inadaptées pour recevoir tout équipement supplémentaire et donc l'arrivée d'opérateurs tiers;

Compte tenu de ce constat et donc de son impossibilité à mutualiser son réseau, le SYNDICAT DES

COMMUNES DU PAYS DE BITCHE propose alors deux solutions pour créer les points de mutualisation :

- soit installer les équipements des opérateurs tiers dans des armoires au niveau des points de raccordement optique à partir desquels il a déployé les fibres vers ses abonnés,

- soit installer les équipements des opérateurs tiers en amont dans le réseau, dans des armoires dénommées têtes de réseau ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE fait valoir qu'en pratique ces deux solutions ne lui permettraient pas d'être accueillie sur le réseau FttH du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE sans que celui-ci fasse l'objet de travaux de réaménagement : mise en place d'armoires plus grandes ou opérations de tirage de câbles ;

Dans ces conditions, la SA SOCIÉTÉ ORANGE demande, une dernière fois, le 18 novembre 2013, au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE de :

- trouver une solution lui permettant l'accès à ses infrastructures au niveau de points de mutualisation passifs, avec un calendrier de mise en oeuvre, de migration de l'architecture et de mise à disposition des points de mutualisation ;

- fournir l'accès à des points de mutualisation au niveau des points de raccordements optiques;

- fournir l'accès à une offre optionnelle de raccordement distant aux points de mutualisation permettant aux opérateurs co-financeurs d'y souscrire ou alternativement de venir s'adducter directement aux points de mutualisation avec leurs propres câbles ;

- pouvoir bénéficier des conditions de co-financement ab initio, dès que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE lui aura communiqué une convention d'accès satisfaisante et conforme à la réglementation ;

Le 18 décembre 2013, la SA SOCIÉTÉ ORANGE fait délivrer par huissier de justice au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE une sommation de suspendre dans un délai maximum de 15 jours la commercialisation de ses services de communications électroniques auprès de nouveaux clients finaux sur le marché de détail jusqu'à ce qu'elle soit mise en mesure d'accéder à son réseau FttH et de proposer ses propres services aux clients finaux ;

Le 9 janvier 2014, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE oppose un refus aux demandes de la SA SOCIÉTÉ ORANGE figurant dans la sommation délivrée tout en soutenant que les têtes de réseau secondaires pourraient parfaitement abriter les terminaux de lignes optiques de la SA SOCIÉTÉ ORANGE et en rappelant ses deux propositions précitées ;

C'est dans ce contexte que la SA SOCIÉTÉ ORANGE a, d'une part, saisi l'ARCEP en application de l'article L.36-8 du code postal et des communications électroniques d'une demande de règlement de différend contre le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE et, d'autre part, le 24 mars 2014, a assigné en référé le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE devant le Président du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES ;

Par ordonnance de référé en date du 20 mai 2014, le Président du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES :

- s'est déclaré compétent à l'instar de la juridiction administrative ;
- s'est déclaré compétent à l'instar de la chambre civile ;
- a constaté l'absence de trouble manifestement illicite et l'existence d'une contestation sérieuse;
- a débouté en conséquence la SA SOCIÉTÉ ORANGE de sa demande de suspension de commercialisation des services de communication électroniques et de sa demande de paiement, à titre provisionnel, d'une somme de 2 673 705,00 euros en réparation des préjudices subis ;
- a condamné la SA SOCIÉTÉ ORANGE à payer au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE une somme de 5 000,00 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;
- a condamné la SA SOCIÉTÉ ORANGE aux frais et dépens de la présente procédure ;
- a rappelé que l'ordonnance en question est exécutoire par provision;

Pour statuer ainsi, le premier juge rappelle la jurisprudence du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921 qui attribue compétence au juge judiciaire pour connaître des litiges opposant le gestionnaire d'un service public industriel et commercial aux tiers mais aussi, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat du 20 janvier 1988, pour les litiges nés, en dehors de tout cadre contractuel, du refus de desservir une personne voulant user d'un service public ;

Il précise par ailleurs que si le Tribunal des conflits donne compétence au juge administratif pour les actes réglementaires relatifs à l'organisation d'un service public industriel et commercial, il convient de considérer que les actes réglementaires dont il s'agit ne concernent que la création, la suppression ou la structure interne des établissements ou services publics à caractère industriel et commercial de sorte que, les pratiques commerciales ne sont pas dans le champ des actes réglementaires ainsi visés ;

Il constate qu'en l'espèce, l'objectif de la SA SOCIÉTÉ ORANGE est de suspendre les activités de commercialisation des services de communication électroniques du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE. Or, ces activités ne se rattachent pas à l'organisation du service public et, en conséquence, le juge judiciaire est compétent et ce d'autant plus que ne sont pas mises en oeuvre des prérogatives de puissance publique et qu'il ne s'agit pas d'actes relatifs à l'organisation du service public ;

La compétence du juge administratif ainsi écartée, le Président du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES déclare le juge commercial compétent en application des articles L.721-3, et L.110-1 du code de commerce et de la jurisprudence puisque le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE commercialise des offres en gros aux opérateurs et de détail à destination du public. Le Président du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES analyse la SA SOCIÉTÉ ORANGE comme un usager et un client de l'offre en gros présentée par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, lequel se comporte comme un opérateur économique sur un marché puisqu'il vend des accès au réseau, dispose d'un tarif et fait de la publicité pour raccorder ses clients, autant d'actes de commerce habituels ;

S'agissant du trouble manifestement illicite et de l'existence d'une contestation sérieuse, le Président du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES rappelle que, pour établir le premier il faut que la contestation constitue une violation évidente de la règle de droit. Or, il considère que n'est pas rapportée la preuve que :

- le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE avait l'obligation de constater une

carence de l'initiative privée à partir du moment où il a commencé à exploiter son réseau avant l'introduction de ladite obligation ;

- le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ait refusé l'accès du réseau à la SA SOCIÉTÉ ORANGE alors même qu'il l'a fait évoluer pour faciliter son accès tout en prenant en compte les évolutions législatives et réglementaires, ce qui a généré des retards dans les travaux;

Le premier juge retient que pour déterminer si les conditions d'accès au réseau sont conformes à la législation, ce qui est discuté, le juge serait amené à trancher une contestation sérieuse et ce d'autant que l'ARCEP elle-même a été saisie d'une demande identique et sur le même fondement, ce qui confirme l'existence d'une discussion quant au fond ;

En outre, il note que rien ne démontre que la SA SOCIÉTÉ ORANGE ne pourrait plus commercialiser ses propres offres de détail sur le territoire du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ;

Le Président du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES en conclut qu'il n'existe pas de trouble présentant un caractère manifestement illicite justifiant sa saisine en référé ;

Quant au sérieux de la contestation, il est observé que le juge des référés ne peut interpréter le contrat d'offre d'accès au réseau puisque cette question constitue l'un des fondements du préjudice invoqué. Par ailleurs, il relève que le montant de la provision demandée est exorbitant et n'est pas démontré et que la créance n'est ni certaine, ni exigible. Il conclut que la demande de provision est irrecevable pour défaut de condition tenant en une obligation non sérieusement contestable ;

Enfin, il écarte l'application de l'article 873-1 du code de procédure civile dans la mesure où d'une part, l'urgence n'est pas établie et où, d'autre part, aucune des parties ne demande le renvoi à une audience au fond ;

Le 26 juin 2014, la SA SOCIÉTÉ ORANGE a interjeté appel de l'ordonnance ainsi rendue, lequel a été enregistré au greffe de cette Cour sous le numéro RG 14/01938 ;

Aux termes de ses dernières conclusions d'appel n°2 en date du 26 janvier 2015, la SA SOCIÉTÉ ORANGE fait valoir que l'ARCEP, saisi parallèlement au juge des référés, a rendu le 22 juillet 2014, une décision n°2014-0844 dans le règlement de différend qui lui avait été soumis;

Le régulateur constate que le réseau du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE n'est pas en l'état conforme au cadre réglementaire et décide que, dans les sept mois de la notification de sa décision, il devra proposer: ' un calendrier raisonnable de mise à disposition des points de mutualisation au niveau des points de raccordement optique; proposer une nouvelle offre d'accès permettant l'hébergement d'équipements passifs dans les points de mutualisation, proposer une offre de raccordement distant sans limitation dans le temps, préciser les modalités d'utilisation du réseau bi-fibres, proposer une annexe tarifaire complète et associant à chaque prestation décrite dans le contrat un tarif respectant les principes de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité, proposer des spécifications techniques complètes, proposer un outil automatisé d'aide à la prise de commande dont les engagements en temps de réponse et en disponibilité devront être précisés, prévoir la fourniture des routes optiques dans un délai inférieur à 5 jours ouvrés à compter de la réception de la commande, sauf cas exceptionnels dûment motivés, ne prévoir aucune obligation de procéder à un dépôt financier préalable à la négociation et la signature d'un contrat; proposer la possibilité de bénéficier des conditions de cofinancement ab initio de la publication de la nouvelle offre d'accès durant un délai que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE devra préciser et qui ne saurait être inférieur à trois mois à compter de la publication d'une offre d'accès complète et conforme à la réglementation et aux dispositions de la décision' ainsi rendue ;

De cette décision, la SA SOCIÉTÉ ORANGE déduit que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE est tenu de respecter le cadre légal et réglementaire comme tout opérateur de communications électroniques et qu'il a violé ledit cadre en interdisant à la SA SOCIÉTÉ ORANGE d'accéder à son réseau FttH ;

Le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a interjeté appel de la décision de l'ARCEP devant la Cour d'appel de PARIS laquelle a rendu un arrêt confirmant la décision de l'ARCEP en toutes ses dispositions en date du 10 décembre 2015 ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE précise que, nonobstant l'appel ainsi formé, la décision de l'ARCEP du 22 juillet 2014 est exécutoire de sorte que, le réseau du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE n'est toujours pas conforme à la réglementation causant ainsi un trouble manifestement illicite dont elle continue d'être la victime puisque le réseau en question ne lui est pas encore ouvert, qu'aucune indication n'est donnée quant aux modalités et aux échéances du calendrier ordonné par l'ARCEP et que ce faisant, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE continuera de commercialiser ses offres de détail auprès de nouveaux clients dans des conditions de concurrence déloyale ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE convient que c'est à bon droit que le juge des référés a retenu sa compétence pour connaître des demandes qu'elle a formulées et que c'est à tort que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE critique l'ordonnance entreprise sur ce point au regard de son statut juridique et de la nature réglementaire et non législative des mesures contestées par l'appelante ;

Elle fait observer en premier lieu qu'en application de l'arrêt du 22 janvier 1921 dit 'Bac d'Eloka', le juge judiciaire est compétent pour connaître de l'ensemble des litiges opposant le gestionnaire d'un service public industriel et commercial aux tiers dans la mesure où un service public industriel et commercial ne saurait se confondre avec un service public administratif si les trois critères fixés par le Conseil d'Etat dans son arrêt 'Union Syndicale des Industries Aéronautiques' du 16 novembre 1956 sont réunis, ce qui est le cas en l'espèce puisque l'exploitation d'un réseau de communications électroniques à très haut débit en fibre optique correspond à une prestation de service, à un mode de fonctionnement appliquant les usages du commerce, au droit privé des contrats et à un financement assuré par une redevance qui a le caractère d'un prix ;

Dans le présent contentieux, la SA SOCIÉTÉ ORANGE, en tant qu'opérateur souhaitant accéder au réseau FttH, propriété du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, se dit être bien un usager du service public constitué par exploitation de ce réseau de sorte que, le litige opposant le gestionnaire d'un service public industriel et commercial à un usager entre effectivement dans la

compétence du juge judiciaire et qu'il importe peu que le gestionnaire en question se considère comme un établissement public de coopération intercommunale ;

Sur ce point la SA SOCIÉTÉ ORANGE rappelle que selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, 'la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement' et que l'article L.410-1 du code de commerce définit cette dernière comme l'exercice d'activités 'de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes physiques.'

En second lieu, la SA SOCIÉTÉ ORANGE indique que le différend qui l'oppose au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ne porte pas sur l'appréciation d'actes réglementaires relatifs à l'organisation d'un service public industriel et commercial dont la compétence d'en connaître appartient au juge administratif, mais ne concerne que les pratiques commerciales illégales du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE qui, elles, relèvent de la compétence du juge judiciaire ;

En l'espèce, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE exploite un réseau FttH desservant 46 communes en méconnaissance, selon l'appelante, du cadre légal et réglementaire



et que ce qui est contesté devant le juge judiciaire, en référé, est la commercialisation par celui-ci d'offres de détail sans que la SA SOCIÉTÉ ORANGE puisse en faire de même, c'est à dire sans respecter les obligations réglementaires fixées par l'ARCEP dans deux décisions n°2009-1106 du 22 décembre 2009 et n°2010-1312 du 14 décembre 2010, ce qui constitue des pratiques commerciales illégales et non des actes réglementaires relatifs à l'organisation d'un service public ;

S'agissant du trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser, écarté par le juge des référés, la SA SOCIÉTÉ ORANGE expose que la contestation sérieuse qui peut empêcher que soit prise toute mesure de nature à faire cesser un tel trouble est effectivement 'une violation évidente de la règle de droit'. Or, en l'espèce, la règle de droit applicable est celle définie à l'article L.34-8-3 du code des postes et des communications électroniques qui commande l'obligation pour celui qui a établi, dans un immeuble, une ligne de communications électroniques à très haut débit en fibre optique devant desservir un abonné, doit permettre aux opérateurs tiers d'accéder à cette ligne en vue de proposer la fourniture de services de communications électroniques à ce client ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE étant empêchée depuis près de trois ans d'accéder aux lignes du réseau FttH du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, il existe bien une violation évidente de la règle de droit ;

De même, la SA SOCIÉTÉ ORANGE affirme que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE avait l'obligation de constater une carence de l'initiative privée, obligation posée depuis 2004 par l'article L.1425-1 du code général des collectivités territoriales et donc, antérieurement à l'exploitation de son réseau FttH par l'intimé commencé en 2011 à l'issue de travaux entamés en 2009 ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE relève que c'est à tort que le premier juge a considéré qu'il n'était pas suffisamment démontré que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE lui avait refusé l'accès à son réseau FttH puisque ce dernier a lui-même reconnu lors de la visite technique faite in situ le 24 juillet 2013 que son réseau n'était pas accessible à un opérateur tiers, que même les points de raccordement n'avaient jamais été prévus pour la mutualisation et que si le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a fait évoluer son réseau pour en permettre l'accès à l'opérateur adverse, les deux solutions qu'il a proposées à cette fin n'étaient pas praticables et n'ont pas été suivies d'effet ;

L'appelante critique l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a refusé de reconnaître l'existence d'un trouble manifestement illicite au motif que le juge des référés serait amené à trancher une contestation sérieuse dans la mesure où, aux termes de l'article 873 du code de procédure civile, le président peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prendre toute mesure pour faire cesser un trouble manifestement illicite ;

Au final, la SA SOCIÉTÉ ORANGE fait valoir que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE viole le cadre légal et réglementaire en vigueur puisqu'il empêche la SA SOCIÉTÉ ORANGE d'accéder à son réseau FttH comme le relève l'ARCEP dans sa décision du 22 juillet 2014 et, ce faisant, est l'auteur d'un trouble manifestement illicite puisqu'elle est victime d'une concurrence déloyale du fait de la constitution par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE d'un monopole de fait à son profit ;

En ce qui concerne la preuve de la violation du cadre légal et réglementaire en vigueur par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, la SA SOCIÉTÉ ORANGE se fonde pour le définir, sur les dispositions de l'article L.34-8-3 du code postal et des communications électroniques entré en vigueur antérieurement aux travaux entamés par l'intimé sur son réseau FttH et, a fortiori à la commercialisation de ses communications électroniques, ainsi que sur deux décisions de l'ARCEP ;

En vertu de la première des deux ( n°2009-1106 du 22 décembre 2009), il est précisé que l'accès aux lignes proprement dites s'accompagne de la mise à disposition des ressources nécessaires associées à la mise en oeuvre effective de l'accès dans des conditions raisonnables et non discriminatoires et notamment (annexe II) l'hébergement au point de mutualisation et les conditions garantissant la disponibilité d'infrastructures d'accueil et l'accessibilité des opérateurs, notamment pour raccorder leur réseau de boucle locale au très haut débit et d'effectuer les opérations nécessaires ;

En application de la seconde décision (n°2010-1312 du 14 décembre 2010), l'ARCEP a décidé que l'accès aux lignes s'accompagne notamment de la mise à disposition des ressources nécessaires associées à la mise en oeuvre effective de l'accès, dans des conditions raisonnables et non discriminatoires, visées dans la décision n°2009-1106 précédemment évoquée ;

Le cadre légal et réglementaire étant ainsi posé, la SA SOCIÉTÉ ORANGE soutient que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE le viole puisque plus de deux années après les premières démarches de l'appelante, son réseau FttH n'est toujours pas mutualisé excluant des opérations commerciales de détail tous les autres opérateurs. Elle rappelle qu'à ce jour, il lui est techniquement impossible d'accéder à la partie verticale du réseau du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE qui ne comporte pas de point de mutualisation pour un accès passif, la localisation des points de mutualisation au niveau des têtes de réseau secondaires n'étant pas adaptée. En outre, les armoires censées permettre l'hébergement des équipements passifs additionnels étant de trop petite taille ;

Si techniquement la SA SOCIÉTÉ ORANGE n'est pas en mesure d'accéder au réseau FttH du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, il en va de même juridiquement puisque le contrat d'accès proposé par ce dernier, dont la conclusion constitue le préalable indispensable à tout accès par la SA SOCIÉTÉ ORANGE au réseau FttH, ne permet pas de répondre de manière satisfaisante aux obligations qui lui incombent conformément au cadre réglementaire applicable, comme l'a admis l'ARCEP dans sa décision rendue dans le cadre du règlement de différend et ce, tant sur les spécifications techniques d'accès que sur les conditions d'accès à Web Service du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ou encore sur le délai de fourniture des routes optiques, sur l'annexe tarifaire du contrat d'accès, sur les modalités d'utilisation du réseau bi-fibres, sur le versement d'un dépôt financier préalable à la négociation et enfin, sur le bénéfice des conditions de co-financement ab initio ;

En conclusion, la SA SOCIÉTÉ ORANGE soutient que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE viole à un double titre le cadre légal et réglementaire: d'un point de vue technique et d'un point de vue juridique ;

Reprenant la décision de l'ARCEP du 22 juillet 2014 et outre la double violation commise par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, la SA SOCIÉTÉ ORANGE constate que l'Autorité de régulation enjoint à ce dernier de mettre son réseau à niveau dans un délai raisonnable pour permettre l'accès de la SA SOCIÉTÉ ORANGE et de modifier son offre d'accès afin de la mettre en conformité avec la réglementation.

L'appelante constate que ces injonctions n'étant pas satisfaites, l'intimé entretient le trouble manifestement illicite que constitue la commercialisation de ses communications électroniques en dehors de toute concurrence légale, ce qui rend nécessaire d'empêcher celui-ci de poursuivre la commercialisation illégale d'offres de détail auprès de nouveaux clients et de veiller à ce que ne soit pas mis en place un monopole dans le territoire du pays de BITCHE ;

Etant ainsi illicitement empêchée d'accéder au réseau du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, la SA SOCIÉTÉ ORANGE précise perdre une partie importante de sa clientèle actuelle alimentée par un réseau ADSL ainsi que la chance sérieuse d'attirer à elle de nouveaux clients puisque 51,56 % des clients potentiels ont d'ores et déjà souscrit un abonnement auprès du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, via TUBEO ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE s'oppose à l'argument avancé par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE selon lequel son attitude est justifiée compte tenu du contexte légal et réglementaire évolutif et notamment de ce que la décision n°2010-1312 du 14 décembre 2010 est postérieure aux études préalables au projet de déploiement de son réseau FttH et parallèlement au déploiement effectif de ce réseau. A ce titre, elle indique que l'obligation légale de permettre d'accéder au réseau terminal est entrée en vigueur avec la loi n°2008-776 du 4 août 2008, soit avant la publication par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE de son avis d'appel public à candidatures en vue de la conclusion d'un marché de conception-réalisation pour le déploiement de son réseau FttH (5 août 2008), avant la remise de leur offre par les candidats (9 décembre 2008), avant l'attribution dudit marché (mars 2009) et avant le démarrage du chantier de réalisation (mai 2009) ;

C'est donc, selon la SA SOCIÉTÉ ORANGE, en parfaite connaissance de cette obligation légale prévue par l'article L.34-8-3 du code des postes et des communications électroniques que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a choisi de déployer un réseau FttH ne permettant pas l'accès effectif des autres opérateurs et cela sans que le caractère évolutif du cadre légal et réglementaire puisse l'exonérer et, qu'en tout état de cause, il persiste quatre ans plus tard dans son même positionnement ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE souligne encore que le trouble manifestement illicite n'est pas seulement constitué par le retard pris par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE pour se conformer au cadre légal et réglementaire en vigueur, il résulte aussi de la déloyauté de ce dernier qui fausse la concurrence en commercialisant ses propres offres de détail alors qu'il interdit

symétriquement aux autres opérateurs d'en faire de même et capte ainsi la totalité de la clientèle locale potentielle pour les réseaux FttH ;

Elle rappelle que la fourniture de services de communications électroniques aux utilisateurs finaux par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE sans constat préalable d'une carence de l'initiative privée constitue en outre une violation manifeste de l'article L.1425-1 du code général des collectivités territoriales et, ce faisant un trouble manifestement illicite. Ce constat préalable est adossé à l'obligation pour le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE de publier dans un journal d'annonces légales deux mois au moins avant de le concrétiser et de faire un appel d'offres déclaré infructueux du fait de la défaillance d'initiatives privées. Or, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE n'a satisfait à aucune de ces deux obligations et ne peut se prévaloir de l'article L.1425-1 V qui dispense du constat précité mais uniquement pour les réseaux câblés et les réseaux simplement audiovisuels, ce qui n'est pas le cas pour les réseaux en fibre optique qui sont concernés dans le présent contentieux ;

A propos de la demande qu'elle a formulée devant le premier juge et tendant à la condamnation du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE au paiement, à titre provisionnel, d'une somme de 3 254 646,00 euros au titre du préjudice qu'elle a déjà subi à raison de la persistance du trouble manifestement illicite, la SA SOCIÉTÉ ORANGE fait observer que, quel que soit le sort final susceptible de lui être réservé, sa demande est recevable dans la mesure où elle a intérêt et qualité pour la formuler et qu'elle ne se heurte à aucun obstacle procédural ;

Par ailleurs, la demande de réparation provisionnelle du préjudice allégué ne porte pas sur l'interprétation du contrat d'offre d'accès au réseau mais sur le constat établi de l'impossibilité pour la SA SOCIÉTÉ ORANGE de proposer ses services aux utilisateurs finaux du Pays de BITCHE et de la perte qui s'en évince en termes de clientèle ;

Quant à l'évaluation du préjudice, il s'appuie sur un extrait de son document de référence relatif à l'exercice 2012, son 'book KPI [Key Performances Indicators]' pour le troisième trimestre 2013 et de celui établi pour l'année 2012, l'annexe tarifaire de son offre de référence d'accès à la boucle locale et l'annexe tarifaire de son offre de référence d'accès et de collecte DSP ;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE fait valoir que ces documents établissent de manière certaine son revenu

moyen tiré de chaque abonné, sur chaque type d'offre, sur chacune des années concernées dans le litige avec le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE et les tarifs appliqués par elle pour tout accès à sa boucle locale ADSL sur le marché de gros. Les chiffres issus de ces documents sont rapportés au nombre de clients perdus par la SA SOCIÉTÉ ORANGE ;

Elle précise que son préjudice porte sur la composante 'téléphonie fixe' et sur la composante 'accès à Internet' puisque les offres commercialisées par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE comprend ces deux volets car sur le Pays de BITCHE, 38,67% de ses clients en 'téléphonie fixe' et 46,61% des clients 'Internet haut débit' ont migré vers les seules offres de très haut débit disponibles, c'est à dire celles du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ;

Le calcul de ces pertes, exposé dans les conclusions de la SA SOCIÉTÉ ORANGE auxquelles il est expressément renvoyé pour plus ample détail, aboutit à une perte cumulée de chiffres d'affaires, de 2011 à mi-2014 sur le seul secteur de la téléphonie fixe à 6 205 216,00 euros et en ce qui concerne le secteur de l'Internet haut débit à 3 301 421,00 euros;

La SA SOCIÉTÉ ORANGE considère qu'au regard de son taux de marge et de son chiffre d'affaires qui auraient dû être réalisés, elle aurait pu enregistrer sur le territoire du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, au titre de ses offres de téléphonie fixe et d'Internet haut débit, et pour les exercices 2011, 2012 et 2013 et les huit premiers mois de 2014, une marge cumulée de 8 950 992,00 euros. La marge effectivement réalisée par la SA SOCIÉTÉ ORANGE n'a été que de 5 696 346,00 euros. Ainsi, l'appelante estime son préjudice sur le marché de détail, à raison des manquements du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE à ses obligations résultant des décisions de 2009 et 2010 de l'ARCEP à 3 254 646 euros, somme à parfaire en cours

d'instance ;

En conséquence, la SA SOCIÉTÉ ORANGE demande à la Cour de :

- confirmer l'ordonnance de référé rendue le 20 mai 2014 par le Président de la chambre commerciale du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES en ce qu'elle a retenu la compétence des juridictions judiciaires pour connaître du litige ;

- juger que la commercialisation d'offres de détail par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE dans des conditions qui ne répondent pas au cadre légal et réglementaire en vigueur constitue un trouble manifestement illicite qu'il convient de faire cesser ;

- juger que les manquements du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE aux obligations qui lui incombent en application de l'article L.34-8-3 du code des postes et des communications électroniques et des décisions ARCEP n°2009-1106 du 22 décembre 2009 et n°2010-1312 du 14 décembre 2010 ont d'ores et déjà causé à la SA SOCIÉTÉ ORANGE un important préjudice financier ;

- juger que ce préjudice financier n'est pas sérieusement contestable ;

en conséquence, réformer l'ordonnance de référé entreprise et statuant à nouveau :

- ordonner au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, sous astreinte de 10 000,00 euros par jour de retard à compter du prononcé de la décision à intervenir, de suspendre la commercialisation de ses services de communications électroniques auprès de nouveaux clients

finaux sur le marché de détail jusqu'à ce que la SA SOCIÉTÉ ORANGE soit effectivement mise en mesure d'accéder au réseau du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE et de proposer ses propres services aux clients finaux ;

- se réserver la liquidation de cette astreinte ;

- condamner le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE à payer à la SA SOCIÉTÉ ORANGE, à titre provisionnel, la somme de 3 254 646,00 euros au titre du préjudice qu'elle a subi sur le marché de détail ;

- condamner le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE à payer à la SA SOCIÉTÉ ORANGE la somme de 20 000,00 euros au titre des frais irrépétibles de première instance, en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamner le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE à payer à la SA SOCIÉTÉ ORANGE la somme de 10 000,00 euros au titre des frais irrépétibles d'appel, en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamner le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE aux entiers dépens de première instance et d'appel, en ce compris les frais de signification de la sommation du 18 décembre 2013 ;

- condamner le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE aux entiers dépens d'appel dont distraction au profit de Mr Laure-Anne BAÏ-MATHIS, avocat au barreau de METZ ;

Au visa de ses dernières écritures en défense en date du 4 mai 2015, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE soulève en premier lieu l'incompétence de la juridiction judiciaire au profit de la juridiction administrative ;

Il considère en effet que les conditions techniques et tarifaires d'accès à son réseau FttH et les conditions de fourniture aux utilisateurs finaux se rattachent à l'exécution de la mission d'organisation du service public gérée par une personne publique ;

Il rappelle que c'est dans le cadre de sa compétence qu'il a dû créer en 1981 un réseau câblé de télédistribution du Pays de BITCHE pour répondre aux besoins locaux insatisfaits de ses habitants et que cette compétence a été confortée par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée en 1990 et même étendue par la loi du 21 juin 2004 et celle du 9 juillet 2004. De plus, au regard des articles L.32 et L.33-1 du code des postes et des communications électroniques définissant les réseaux de communications électroniques et de l'article L.1425-1 du code général des collectivités territoriales, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE se dit habilité à établir un réseau de communications électroniques et à fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finaux dans le cadre d'un service public local;

Le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE en déduit que son intervention n'est pas subordonnée au constat de l'insuffisance de l'initiative privée et souligne qu'en 2003 il avait consulté la société FRANCE TELECOM pour l'aviser de son intention de moderniser son réseau, ce à quoi l'opérateur avait répondu le 28 février 2003 qu'il n'entendait pas aller dans cette direction ;

C'est dans ces conditions qu'il a conduit des études techniques et économiques à la suite desquelles il a engagé la rénovation de son réseau en le faisant évoluer vers le très haut débit dans le cadre d'un marché public de conception-réalisation conformément aux articles 37 et 39 du code des marchés publics, qu'il a retenu la technologie FttH (Fiber to the home) et a assuré lui-même l'exploitation du réseau. Il en conclut qu'il s'agit là de mesures relatives à l'organisation du service public tel qu'encadré par l'article L.1425-1 précité, outre le fait que son réseau est situé sur le

domaine public et donc que le juge administratif est seul compétent pour apprécier les actes relatifs à l'organisation du service public et à la gestion du domaine public et ce, même si est en cause un service public industriel et commercial aux termes de l'arrêt du Tribunal des conflits du 26 avril 2004 ;

Le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE soutient que le juge administratif est compétent pour connaître des décisions prises en matière tarifaire et pour les actes soumis au droit de la concurrence si les actes en cause sont relatifs à l'organisation du service public;

Il écarte la jurisprudence par laquelle la SA SOCIÉTÉ ORANGE entend faire reconnaître la compétence du juge judiciaire en indiquant que celle-ci porte sur des pratiques commerciales étrangères au service public et fait valoir que le principe évoqué par le premier juge pour justifier sa compétence, à savoir l'article L.721-3 du code de commerce ne peut être retenu dans la mesure où, en sa qualité d'établissement public gérant directement son réseau d'initiative publique, il n'est ni commerçant, ni société commerciale, ni n'accomplit des actes de commerce dans le cadre de la gestion du réseau d'initiative publique qu'il gère en régie, dans la poursuite de l'intérêt général sans rechercher le profit mais simplement l'équilibre entre les recettes et les dépenses conformément à l'article L.2224-1 du code général des collectivités territoriales ;

A titre subsidiaire, évoquant l'absence de trouble manifestement illicite et l'existence d'une contestation sérieuse, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE expose que dans le cadre réglementaire en vigueur en 2006, c'est à dire au moment où il a envisagé la rénovation de son réseau, le dimensionnement de celui-ci avait été conçu de manière à respecter la neutralité technologique et à permettre un accès aux opérateurs dans des conditions transparentes et non discriminatoires, par une mutualisation passive et active ;

Il rappelle que les travaux de modernisation de son réseau n'ont été en voie d'achèvement qu'en fin 2012 mais qu'au courant de la même année, il a engagé les mesures nécessaires à la publication des informations sur les infrastructures livrées et à l'élaboration de son offre d'accès;

Il déclare avoir rencontré des difficultés pour la constitution des fichiers au format requis en raison des déploiements réalisés antérieurement à l'adoption du format MédiaPost comme norme de référence qui l'ont obligé à reconstituer les informations ;

Le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE mentionne que c'est pour cette raison que ce n'est que le 20 décembre 2012 qu'il a communiqué à tous les opérateurs, dont la SA SOCIÉTÉ ORANGE, les informations techniques concernant son réseau : fichiers LME/IPE

(informations préalables enrichies) et Shape PM, PRDM et ZAPM. Par ce même courrier électronique, il annonçait aux opérateurs qu'il prévoyait d'être en mesure de publier l'offre d'accès au réseau en mars 2013 afin de formuler une offre tarifaire respectant les principes de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité posés par l'ARCEP ;

Il indique que c'est ainsi par une délibération de son comité syndical en date du 30 janvier 2013 qu'il a statué sur l'offre d'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique du réseau FttH, l'a faite publier et a assuré sa transmission auprès des opérateurs le 26 mars 2013. L'offre consistait en un accès sous forme passive aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique déployées en dehors de la zone très dense dans les immeubles bâtis en vue de desservir les utilisateurs finaux, conformément aux décisions de l'ARCEP du 14 décembre 2010 et du 22 décembre 2009;

Il remarque que seule la SA SOCIÉTÉ ORANGE s'est manifestée à la suite de cette publication en juin 2013 pour critiquer les modalités de l'offre mais sans passer commande.

Pour autant, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a souhaité engager des

discussions avec cet opérateur afin d'aboutir à une commande de sa part et des réunions ont eu lieu aux termes desquelles il a proposé deux approches techniques différentes avec leur évaluation financière :

- soit la localisation des points de mutualisation (PM) aux points de raccordements optiques (PRO) et des points de raccordement distant (PRDM) dans la tête de réseau (TDR) et les têtes de réseau secondaires (TDRS), ce qui implique d'ajouter une armoire PM à côté des 90 armoires PRO existantes ;

- soit la localisation des points de mutualisation aux têtes de réseau secondaires nécessitant alors le tirage de nouveaux câbles optiques pour rendre le réseau en point à point entre les PRO et les TDRS

En août 2013, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a adressé à la SA SOCIÉTÉ ORANGE une version actualisée des conditions générales et particulières de son offre d'accès passif aux lignes de communications électroniques du réseau FttH ainsi qu'un rappel des contraintes de droit public auxquelles il est tenu dans l'élaboration de son contrat d'accès et, le même jour, la SA SOCIÉTÉ ORANGE a transmis sa propre offre avec conditions générales et particulières ainsi que son contrat de prestation de raccordement des câblages client final. Il a alors été convenu d'une réunion de travail au 5 septembre 2013 ;

Le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE indique avoir réitéré cette offre le 9 septembre 2013 ;

Le 18 novembre la SA SOCIÉTÉ ORANGE a répondu en soulevant des points dont l'intimé dit qu'ils avaient déjà été traités. Il précise que pendant qu'il examinait l'offre de l'opérateur et rassemblait les budgets optiques attendus, la SA SOCIÉTÉ ORANGE lui a délivré, le 18 décembre 2013, une sommation lui enjoignant de suspendre la commercialisation de ses services. Nonobstant cet événement, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE déclare avoir transmis, le 20 décembre 2013, à l'appelante les recettes optiques de distribution, de transport pour lui permettre d'analyser les options techniques évoquées lors de leurs réunions communes et d'avoir ainsi une vision exhaustive des budgets optiques de toutes les prises listées dans le fichier IPE. Le 6 janvier 2014, ces documents étaient transmis en format Excel ;

Les échanges entre les parties se sont poursuivis à propos de leurs propositions et contre-propositions, observations et remarques, le 9 janvier 2014 par un courrier du SYNDICAT

DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE par lequel celui-ci indique ne pas partager l'analyse des possibilités de mutualisation en mode passif de son réseau, a renouvelé les deux solutions proposées et a suggéré en date du 13 janvier 2014, la tenue d'une nouvelle réunion de travail à prévoir à fin février ;

Par lettre et courrier électronique du 5 février 2014, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a transmis à la SA SOCIÉTÉ ORANGE les annexes du contrat de prestation de réalisation du raccordement final FttH et l'annexe 5 'Flux d'échange des données, des conditions particulières de l'offre d'accès passif' ;

Le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE indique que la SA SOCIÉTÉ ORANGE a laissé ces courriers sans réponse et a procédé à son assignation en référé le 24 mai 2014 et à la saisine de l'ARCEP dans le cadre d'un règlement de différend ;

Compte tenu de la décision de l'ARCEP rendue le 22 juillet 2014, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a pris des mesures pour répondre aux demandes de l'ARCEP dans le délai de sept mois prescrit par l'Autorité, soit avant le 28 février 2015 et a lancé une procédure de passation d'un marché public de travaux d'infrastructures sur le réseau d'initiative publique intercommunal très haut débit, au terme de laquelle il a attribué ledit marché et a satisfait le 27

février 2014, dans le délai imparti, par transmission par lettre et courrier électronique des éléments demandés par l'ARCEP à savoir le planning des travaux relatifs aux PM et la nouvelle version de l'offre d'accès, sous forme passive, aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE comprenant les conditions générales et particulières de l'offre d'accès, les annexes afférentes et les spécifications techniques des points de mutualisation ;

Ce même 27 février 2014, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE déclare avoir adressé cette offre à tous les opérateurs, SA SOCIÉTÉ ORANGE comprise, mais le 2 octobre 2014, cette dernière l'a assigné devant la chambre commerciale du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES aux fins des mêmes demandes indemnitaires ;

S'agissant de l'absence de trouble manifestement illicite, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE rappelle que le trouble allégué par la SA SOCIÉTÉ ORANGE, à savoir la commercialisation d'offres de détail par lui, n'existe pas car pour qu'il y ait un tel trouble il est nécessaire que la perturbation invoquée constitue une violation évidente de la règle de droit ;

Or, en l'espèce, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE est habilité tant à établir tout type de réseau de communications électroniques qu'à fournir des services aux usagers, en application des dispositions de l'article L.1425 -1 I et V du code général des collectivités territoriales, le paragraphe V permettant à l'intimé d'assurer la fourniture des services de communications électroniques aux utilisateurs finaux sans avoir à constater préalablement l'insuffisance de l'initiative privée dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, il exploitait avant la promulgation de la loi du 21 juin 2004 et de l'article L.1425-1 V du code général des collectivités territoriales un réseau câblé ;

Contrairement aux moyens soulevés par la SA SOCIÉTÉ ORANGE contre ces arguments, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE rappelle que les réseaux câblés sont des réseaux de communications électroniques en application de l'article L.32 2° du code des postes et des communications électroniques, et ce d'autant que lesdits réseaux câblés comprennent une partie en fibre optique et leur partie terminale en câbles coaxial. Ainsi l'ARCEP précise que 'la modernisation des réseaux câblés consiste à rapprocher l'extrémité de la fibre optique des abonnés' et l'intérêt de voir évoluer les réseaux câblés vers le très haut débit, ce qu'a opéré le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE en procédant à la rénovation de son réseau câblé ;

Par ailleurs, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE souligne que son projet a donné lieu à publication dans un journal d'annonces légales, le BOAMP, en date du 5 août 2008, sans qu'à ce stade la SA SOCIÉTÉ ORANGE ne se manifeste ;

En outre, il soutient n'avoir jamais refusé l'accès de son réseau puisqu'il a proposé à tous les opérateurs agréés auprès de l'ARCEP une offre d'accès sous forme passive aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique qu'il a déployées en dehors de la zone très dense dans les immeubles bâtis en vue de desservir les utilisateurs finaux avec communication des conditions générales et particulières de l'offre, ses annexes et la grille tarifaire.  
||

affirme avoir constamment réaffirmé sa volonté d'aboutir à une commande de la SA SOCIÉTÉ ORANGE à travers ses courriers ;

Pour autant, il convient avoir dû prendre en compte les spécificités tenant à l'antériorité du projet conçu et engagé avant l'élaboration de la réglementation, à ses moyens propres qui constituent une structure de taille réduite et aux contraintes de droit public. Autant de raisons qui justifient les délais qui lui ont été nécessaires pour transmettre les éléments convenus avec les parties ;



Il soutient également que dans le dossier de consultation, il a bien prévu que la solution technique retenue par le concepteur-réalisateur devait permettre l'ouverture du réseau aux opérateurs des services dans des conditions neutres et non discriminatoires et que le cadre législatif et réglementaire tel qu'il résulte de l'article L.34-8-3 introduit en 2008 dans le code des postes et des communications électroniques n'a été mis en place qu'avec les décisions du 22 décembre 2009 et du 14 décembre 2010 de l'ARCEP à laquelle le texte légal donnait compétence pour définir les modalités pratiques dans lesquelles l'accès aux lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique installées dans les immeubles doit être accordé;

Ainsi, le cadre réglementaire applicable n'a été adopté que plus de 18 mois après le commencement des travaux de rénovation du réseau du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, l'ARCEP précisant d'ailleurs dans sa décision de 2010 qu'elle n'avait pas envisagé toutes les problématiques opérationnelles, ce qui l'a conduit à publier régulièrement de nouvelles règles techniques sur son site ;

Le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE qui se livre, dans ses écritures, à une analyse critique de la décision rendue par l'ARCEP sur le règlement de différend évoqué, fait grief à la SA SOCIÉTÉ ORANGE d'avoir interrompu leurs échanges et de l'avoir assigné en référé alors qu'elle n'ignorait pas le caractère évolutif du contexte et le fait que, dans sa décision du 24 juillet 2014, l'ARCEP a admis que le marché de conception-réalisation du réseau du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a été attribué en mars 2009, avant que les règles de déploiement des réseaux FttH en dehors des zones denses ne soient complètement établies ;

Sur l'argument soulevé par la SA SOCIÉTÉ ORANGE en vertu duquel en l'absence d'intervention du juge des référés, elle se trouverait dans une situation qui ne lui permettrait plus, de manière irrémédiable, de commercialiser ses propres offres de détail sur le territoire du Pays de BITCHE, l'intimé fait observer que les logements raccordés ou raccordables par lui pourront toujours changer d'opérateur. En outre, il déclare ne pas être en situation de monopole puisque la SA SOCIÉTÉ ORANGE dispose d'un réseau ADSL sur tout le territoire, l'ARCEP considérant que la technologie fibre optique et l'ADSL sont substituables, tout comme l'Autorité de la Concurrence et la Commission européenne ;

Enfin s'agissant de la demande de provision de la SA SOCIÉTÉ ORANGE qualifiée d' 'exorbitante' par le juge des référés, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE considère que l'existence comme le quantum des préjudices invoqués sur le marché de détail sont dénués d'évidence ce qui rend la demande de l'appelante non éligible au bénéfice de l'article 873 alinéa 2 du code de procédure civile ;

En tout état de cause, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE relève que la SA SOCIÉTÉ ORANGE n'apporte aucun élément de preuve d'une quelconque perte de clientèle, les chiffres de clients prétendument perdus sont ainsi invérifiables, et elle ne démontre pas davantage la perte de chiffre d'affaires qu'elle allègue spécifiquement applicable au territoire du Pays de BITCHE. En outre, il précise qu'à supposer établis les chiffres avancés par la SA SOCIÉTÉ ORANGE, cette dernière ne prouve pas en quoi le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE pourrait en être tenu pour responsable ;

En conséquence, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE sollicite de la Cour de

- à titre principal, se déclarer incompétente au profit du Tribunal administratif ;

- à titre subsidiaire, confirmer l'ordonnance de référé rendue le 20 mai 2014 par le Président de la chambre commerciale du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES en toutes ses dispositions ;

- débouter la SA SOCIÉTÉ ORANGE de toutes ses demandes ;

- condamner la SA SOCIÉTÉ ORANGE à payer au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE la somme de 10 000,00 euros au titre des frais irrépétibles d'appel en application de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamner la SA SOCIÉTÉ ORANGE aux entiers dépens.

#### MOTIFS DE LA DÉCISION Sur la détermination de l'ordre de juridiction compétent

Attendu qu'il ressort d'une jurisprudence constante du Tribunal des conflits que, d'une part, les litiges entre un service public industriel et commercial et ses usagers relèvent de la compétence des juridictions judiciaires en ce qu'ils concernent des rapports de droit privé et, d'autre part, que doivent être qualifiés comme tels les rapports entre les usagers et les services publics gérés comme des services à caractère industriel et commercial (par exemple, 14 décembre 2009, 'Callens c/ Communauté de communes de la Côte d'Albâtre) ;

Attendu que si le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE se présente comme un établissement public de coopération intercommunale (EPCI), il n'empêche qu'il est susceptible de gérer aussi bien des services publics administratifs que des services publics à caractère industriel et commercial en application de l'article L.2221-1 du code général des collectivités territoriales, l'une des gestions n'étant pas exclusive de l'autre ;

Attendu que l'article L.2224-2 du code précité pose le principe de l'interdiction pour les communes de prendre en charge dans leur budget propre les dépenses au titre des services publics industriels et commerciaux dans la mesure où leur équilibre se réalise par les recettes de leur exploitation à l'instar des entreprises privées exerçant dans le même secteur ;

Qu'une telle règle impose aux établissements publics de coopération intercommunale de prévoir un budget distinct, en application de l'article L.2224-1 du code général des collectivités territoriales, budget annexe au budget principal afférent aux activités administratives de l'établissement ;

Attendu qu'en application de l'article 1315 du code de procédure civile, il appartient au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE qui soutient ne pas réaliser d'actes à caractère industriel et commercial à travers son activité en matière de communications électroniques, de rapporter la preuve et la justification de l'absence d'existence d'un budget distinct pour son réseau des communications électroniques ;

Qu'il convient de constater que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE est défaillant sur ce premier point ;

Attendu par ailleurs que l'article L.1425-1 I du code général des collectivités territoriales distingue d'une part l'établissement et l'exploitation pour les collectivités locales sur leur territoire des infrastructures et des réseaux de communication électronique et d'autre part, la fourniture par leurs soins des services de communications électroniques aux utilisateurs finaux ;

Qu'ainsi, le législateur a clairement entendu distinguer l'installation d'infrastructures et de réseaux de communications électroniques qui présente un caractère d'intérêt général, relève d'une prérogative de puissance publique et s'inscrit dans le cadre d'un service public administratif et la fourniture de

services de communications électroniques à des clients, activité purement commerciale, ne ressortant pas d'une prérogative de puissance publique, et par ailleurs subordonnée au constat d'une insuffisance d'initiatives privées ;

Que, autrement dit, il appartient à l'autorité publique de veiller à éviter l'existence de zones blanches en matière de réseau de communications électroniques en mettant en place les infrastructures

nécessaires, puis, mais seulement après avoir démontré le désintérêt de l'initiative privée pour l'exploitation commerciale de ces dernières, de se substituer au secteur privé ;

Attendu que la saisine du juge des référés judiciaire par la SA SOCIÉTÉ ORANGE ne vise pas à remettre en cause l'établissement et l'exploitation sur le territoire du Pays de BITCHE des infrastructures et des réseaux de communications électroniques mais la pratique consistant à écarter toute concurrence dans la commercialisation par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE des offres de détail qu'il a faites en matière de réseau FttH, autrement dit de la fourniture par ses soins de services de communications électroniques aux utilisateurs finaux;

Attendu qu'ainsi que l'indique dans ses conclusions le rapporteur public au Conseil d'Etat dans l'affaire 'Comité mixte à la production de la direction des achats d'EDF' du 23 juin 2010: 'Fournir des moyens au service public, ce n'est pas participer à son organisation';

Qu'il convient en conséquence de constater, sur ce deuxième point, que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ne peut valablement soutenir que la décision qu'il a prise en matière d'exploitation de réseau FttH touche à l'organisation du service public et, ce faisant, fonde la compétence des juridictions administratives ;

Attendu, comme le rappelle le premier juge, que depuis l'arrêt de principe du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921 "Société commerciale de l'Ouest africain", le juge judiciaire est compétent pour connaître de tous les litiges opposant le gestionnaire d'un service public industriel et commercial aux tiers, quelle que soit leur qualité ;

Qu'en l'espèce, compte tenu des critères tenant à la fourniture de prestations d'ordre commercial à des usagers qui ont la qualité de clients, d'un personnel dédié à l'activité en lien avec le réseau de communications électroniques et d'un financement assuré par une redevance correspondant au prix du marché calculé sur la consommation des clients, il y a lieu de constater que la qualification de service public à caractère industriel et commercial doit être retenue pour la fourniture par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE d'un réseau de communications électroniques à très haut débit en fibre optique ;

Attendu qu'enfin, la SA SOCIÉTÉ ORANGE, en tant qu'opérateur souhaitant accéder au réseau FttH est un usager du service public constitué par l'exploitation de ce réseau et que le différend soumis à la Cour concerne des pratiques commerciales considérées par elle comme illicites, à savoir la commercialisation d'offres de détail sur un modèle excluant la concurrence et le refus qui est opposé à l'appelante pour accéder audit réseau, pratiques qui sont sans rapport avec l'organisation du service public ainsi qu'il a été précédemment exposé ;

Qu'en conséquence, il résulte de l'ensemble des éléments ainsi développés qu'il convient de confirmer sur ce premier point le Président de la chambre commerciale du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES statuant en référé et de déclarer le juge judiciaire compétent pour connaître du litige opposant la SA SOCIÉTÉ ORANGE au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE tel qu'il est formalisé dans l'assignation ;

Sur la compétence de la chambre commerciale

Attendu que c'est à tort que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE soutient l'inapplicabilité de l'article L.721-3 3° du code de commerce en vertu duquel est retenue la compétence des tribunaux de commerce pour connaître des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes ;

Qu'en effet, les collectivités publiques, sans pour autant être qualifiées de commerçantes, peuvent exploiter en régie des services publics industriels et commerciaux, comme c'est le cas en l'espèce et, ainsi être soumises au principe de la liberté du commerce et de l'industrie et à son corollaire, la

liberté de la concurrence et l'interdiction de pratiques déloyales ;

Attendu que l'activité aux termes de laquelle le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE commercialise des offres de détail relatives à des communications électroniques est constitutive par son objet d'actes de commerce par nature au sens de l'article L.110-1 du code de commerce ;

Qu'en conséquence, la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire étant reconnue, il s'infère qu'au sein de ceux-ci les tribunaux de commerce et, en Alsace-Moselle les chambres commerciales des Tribunaux de grande instance, sont compétents pour connaître des litiges relatifs à des pratiques commerciales même si l'une des parties n'est pas un commerçant dès lors qu'il accomplit des actes de commerce, en l'espèce la commercialisation d'offres sur le marché de gros aux opérateurs et des offres sur le marché de détail aux usagers ;

Qu'il y a lieu dès lors de déclarer la chambre commerciale compétente pour juger du présent litige ;

Sur l'existence d'un trouble manifestement illicite

Attendu qu'aux termes de l'article 873 du code de procédure civile : ' Le président peut, dans les mêmes limites, et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire.' ;

Attendu qu'il est constant que le trouble manifestement illicite est constitué par la violation flagrante de la règle de droit, proche de la voie de fait et qu'il peut même résulter de toute perturbation découlant d'un fait qui directement ou indirectement constitue une violation évidente de ladite règle de droit ;

S'agissant du constat d'une insuffisance d'initiatives privées

Attendu que la règle de droit applicable au litige figure en premier lieu à l'article L.1425-1 du code général des collectivités territoriales qui impose aux collectivités territoriales et à leurs groupements de fournir des services de communication électroniques aux utilisateurs finaux que s'il est constaté une insuffisance d'initiatives privées susceptibles de satisfaire les utilisateurs finaux et après information de l'ARCEP ;

Qu'elle précise en outre que les interventions des collectivités territoriales s'effectuent dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées ;

Attendu que l'article L.1425-1 V du code général des collectivités territoriales prévoit une dérogation à cette obligation de constat de la défaillance de l'initiative privée au profit des réseaux établis et exploités par les collectivités territoriales pour la distribution de services de radio et de télévision lorsque ces réseaux ont été établis avant la date de promulgation de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ;

Attendu que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a créé en 1981 un réseau câblé de télédistribution du Pays de BITCHE, soit avant la date de promulgation de la loi du 21 juin 2004, mais a décidé de rénover son réseau en 2006, soit postérieurement à la loi du 21 juin 2004 ;

Attendu que selon l'article 32 2° du code des postes et des communications électroniques, un réseau de communications électroniques se définit comme ' toute installation ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion ainsi que, le cas échéant, les autres moyens assurant

l'acheminement de communications électroniques, notamment ceux de commutation et de routage.

Sont notamment considérés comme des réseaux de communications électroniques . les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle';

Attendu par ailleurs que l'article L.1425-1 V précité dont se prévaut le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ne prévoit pas autre chose que la dispense de l'obligation de publicité et du constat de la carence de l'initiative privée pour les réseaux câblés audiovisuels établis sous le régime de l'ancien article 34 de loi de 1986 ou tout autre réseau de communications électroniques établi avant 2004 'pour la distribution des services de radio et de télévision' ;

Qu'il ne saurait être extrapolé de ce texte, une espèce de généralisation de cette dérogation accordée aux réseaux de communications électroniques antérieurs à 2004 en vertu de laquelle ils pourraient, même en dehors du strict cadre de la distribution de services de radio et de télévision, bénéficier de la dispense envisagée ;

Qu'en conséquence, à partir du moment où le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE souhaitait faire évoluer son réseau du câble vers la fibre optique, celui-ci a opéré un changement de la nature de son réseau aux termes duquel il devait se soumettre au dispositif prescrit par l'article L.1425-1 du code général des collectivités territoriales ;

Que cette analyse est conforme à l'ouverture à la concurrence du marché des télécommunications entrée en vigueur le 1er janvier 1998 dans la mesure où elle constate le bien fondé de la concurrence à travers l'égalité de traitement à réserver à tous les opérateurs afin d'éviter la constitution d'un monopole au profit d'un opérateur déjà en place et disposant des infrastructures originelles ;

Attendu qu'en l'espèce, aussi légitime que soit le projet du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE de faire bénéficier les habitants de son territoire des améliorations technologiques en matière de communications électroniques, celui-ci impliquait la volonté de l'opérateur en place de ne plus continuer à exploiter son réseau par l'utilisation du câble, ce qui définissait ce dernier en tant que réseau de communications électroniques et qui eût justifié l'application de l'article L.1425-1 V du code général des collectivités territoriales, mais d'y substituer un réseau de fibre optique, élargissant le cadre initialement limité à des infrastructures dédiées à l'audiovisuel ;

Qu'en conséquence, c'est à tort que le premier juge a considéré qu'il n'était pas démontré que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE avait l'obligation de constater une carence de l'initiative privée à partir du moment où il a commencé l'exploitation du réseau avant l'introduction de cette obligation ;

Attendu qu'il est constant que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a mis en oeuvre dès 2006, selon ses propres déclarations, les études pour la rénovation de son réseau mais que pour autant, il est observé qu'il n'a pas procédé à l'appel d'offres constatant une carence de l'initiative privée, le chantier de réalisation ayant débuté en mai 2009, l'appel à candidatures en vue de la conception-réalisation du réseau FttH n'ayant été lancé que le 5 août 2009, soit plus de quatre ans après la promulgation de la loi du 21 juin 2004 ;

Qu'en conséquence, en se soustrayant à l'obligation légale énoncée par l'article L.1425-1 du code général des collectivités territoriales, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a commis une violation flagrante de la règle de droit ;

S'agissant du refus d'accès au réseau FttH à la SA SOCIÉTÉ ORANGE

Attendu qu'il s'évince de l'article L.34-8-3 alinéa 1er du code des postes et des télécommunications

électroniques que : ' Toute personne établissant ou ayant établi dans un immeuble bâti ou exploitant une ligne de communications électroniques à très haut débit en fibre optique permettant de desservir un utilisateur final fait droit aux demandes raisonnables d'accès à ladite ligne et aux moyens qui y

sont associés émanant d'opérateurs, en vue de fournir des services de communications électroniques à cet utilisateur final.' ;

Qu'il n'est pas sans intérêt de rappeler que ce texte date du 6 août 2008, précède en conséquence le début du chantier de réalisation lancé par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE et s'insère après le moment où celui-ci a fait procéder à des études prospectives de rénovation, ce qui laisse à penser que l'évolution réglementaire entre 2006 et 2009 n'a pu échapper au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ;

Attendu que le cadre réglementaire régissant le domaine de l'accès aux réseaux de communications électroniques est complété par une décision de l'ARCEP n°2009-1106 du 22 décembre 2009, confirmée par une seconde décision n°2010-1312 du 14 décembre 2010, qui impose à l'opérateur d'immeuble, soit le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, de mettre à la disposition des autres opérateurs 'les ressources nécessaires associées à la mise en oeuvre effective de l'accès dans des conditions raisonnables et non discriminatoires.et notamment, l'hébergement au point de mutualisation et les conditions garantissant la disponibilité d'infrastructures d'accueil et l'accessibilité des opérateurs' pour le raccordement du réseau de boucle locale au très haut débit ;

Attendu qu'il ressort de la décision de l'ARCEP n° 2014-0844 du 22 juillet 2014, statuant sur le règlement de différend entre la SA SOCIÉTÉ ORANGE et le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE que la SA SOCIÉTÉ ORANGE s'est trouvée dans l'impossibilité technique d'accéder au réseau du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ;

Que ce constat est corroboré par les pièces versées aux débats et notamment le compte-rendu faisant suite à la visite technique in situ du 24 juillet 2013 à l'occasion de laquelle il est apparu que le réseau FttH mis en place par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE n'était pas mutualisable puisque les points de raccordement optique de son réseau n'avaient jamais été prévus pour la mutualisation ;

Que la difficulté technique à laquelle les opérateurs tiers se sont trouvés confrontés résidait dans le sous-dimensionnement des armoires permettant l'hébergement de leurs équipements passifs additionnels, ce qui constitue en soi une entrave à la mise en oeuvre de conditions transparentes et non-discriminatoires d'une concurrence loyale entre opérateurs ;

Attendu pourtant que comme le rappelle l'ARCEP dans sa décision n°2010-1312 du 24 décembre 2010, en son article 3, il appartenait à l'opérateur d'immeuble, c'est à dire au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, de dimensionner et localiser le point de mutualisation lui-même dès l'amont de telle manière qu'il puisse spécifier dans l'offre d'accès les éléments techniques des équipements de son réseau impactés par l'accès de l'opérateur tiers ou par l'hébergement de ses équipements ;

Que s'il avait adopté pareille démarche, il aurait permis le raccordement des réseaux d'opérateurs tiers dans des conditions économiques et techniquement raisonnables, eu égard aux spécificités de l'habitat local et des liens de raccordement distant disponibles ;

Que de même, il est patent que la SA SOCIÉTÉ ORANGE a pâti de la défaillance du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE dans la transmission des informations relatives à la route optique utilisable, c'est à dire des informations comprises dans son système informatique grâce auxquelles l'opérateur tiers peut repérer la fibre informatique qu'il peut utiliser pour ses clients

éventuels, utilisateurs finaux ;

Attendu qu'après avoir admis le sous-dimensionnement des armoires permettant les points de raccordements optique (PRO) et avoir proposé deux solutions à la SA SOCIÉTÉ ORANGE à savoir, soit l'installation d'une armoire point de mutualisation à côté de l'armoire PRO existante, soit organiser la mutualisation au niveau des têtes de réseau (TDR) et tirer de nouveaux câbles optiques, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a soutenu que les TDR existants étaient de taille suffisante pour accueillir les équipements de l'appelante ;

Attendu qu'enfin, outre l'impossibilité technique pour la SA SOCIÉTÉ ORANGE d'accéder au réseau FttH, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE n'a pas répondu de manière satisfaisante aux éléments demandés relatifs à la définition des conditions d'accès à son Web Services, au délai de fourniture des routes optiques, à la transmission d'une annexe tarifaire exhaustive de son contrat d'offre d'accès, à la tarification du réseau bi-fibres et aux conditions auxquelles elle peut bénéficier des conditions de co-financement ;

Que ce faisant, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a violé le cadre réglementaire applicable juridiquement dans la mesure où il n'a pas mis en situation la SA SOCIÉTÉ ORANGE d'adhérer à un contrat d'accès valide puisque dépourvu des informations non transmises ;

Attendu qu'il convient dans ces conditions de constater que tant techniquement que juridiquement, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a violé les règles de droit qui régissent le libre accès aux réseaux de communications électroniques et, en exigeant un dépôt financier préalablement à la négociation, a violé le principe de l'équilibre contractuel;

S'agissant de la commercialisation par la SA SOCIÉTÉ ORANGE de ses propres offres sur le marché de détail

Attendu que n'est pas contesté par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE le fait d'avoir commencé la commercialisation de ses offres de détail dès 2011;

Attendu qu'il a été précédemment démontré que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE n'avait pas respecté le cadre légal et réglementaire au regard des conditions d'accès à son réseau FttH pour les opérateurs tiers tant techniquement que juridiquement de sorte que les habitants du Pays de BITCHE, s'ils veulent bénéficier du très haut débit n'ont d'autre choix que de s'abonner auprès du réseau TUBEO, créé par l'intimé;

Attendu que la SA SOCIÉTÉ ORANGE, comme tout autre opérateur tiers, a été tenue à l'écart du marché de détail par la pratique anticoncurrentielle mise en oeuvre par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE qui s'est d'abord soustrait à son devoir d'information jusqu'au courrier du 24 janvier 2012 de l'appelante l'invitant à lui exposer les conditions d'accès aux points de mutualisation déployés ou en cours de déploiement, puis qui a, depuis 2012, entamé des négociations avec la SA SOCIÉTÉ ORANGE dont la lenteur traduite par les interminables échanges de correspondances entre les parties, a certes abouti à des propositions de mutualisation mais sans pour autant que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE s'en tienne à l'exécution d'une seule ;

Que l'ARCEP, dans sa décision du 22 juillet 2014, a pu en déduire que le désaccord persistant des parties sur des éléments essentiels du réseau, équivalait à une rupture des négociations commerciales entre le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE et la SA SOCIÉTÉ ORANGE, rupture imputable au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ;

Attendu que l'effet direct des attermolements du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a engendré un risque de distorsion concurrentielle pouvant se traduire par une double

conséquence : d'une part, la SA SOCIÉTÉ ORANGE n'est pas en mesure d'obtenir de nouveaux clients et, d'autre part, il existe une sérieuse potentialité de voir les abonnés qu'elle avait avec le système ADSL l'abandonner au profit du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE afin de profiter de la technologie plus performante du très haut débit proposée par ce seul opérateur ;

Que d'ailleurs, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE dans un article de presse locale du 21 juin 2012, soit quelques mois après le courrier de la SA SOCIÉTÉ ORANGE lui faisant part de son étonnement devant le défaut d'information, alertait la population de BITCHE sur la proximité de la coupure du réseau câblé, ce qui n'est pas critiquable en soi, mais rajoutait, ce qu'il l'est davantage, que 'les personnes câblées n'ayant pas remis leur dossier pour TUBEO doivent le faire dans les plus brefs délais au risque d'être privées du service télévision et de ne pas bénéficier du tarif préférentiel' (pièce n°24 de la SA SOCIÉTÉ ORANGE) ;

Attendu qu'en plaçant depuis 2012 la SA SOCIÉTÉ ORANGE, et ce de manière non interrompue, dans une situation faisant obstacle à la conclusion d'un contrat de commercialisation pour les offres de détail qu'elle pouvait légitimement espérer avoir la faculté de proposer au utilisateurs finaux du Pays de BITCHE, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a violé les règles de droit qui régissent la commercialisation des offres de détail des communications électroniques et, tout particulièrement l'article L.34-8-3 du code des postes et des communications électroniques;

Attendu qu'au final, en s'exonérant de l'obligation de faire le constat d'une insuffisance de l'initiative privée, en refusant à la SA SOCIÉTÉ ORANGE l'accès à son réseau FttH et en

empêchant cette dernière d'être en mesure de commercialiser ses propres offres sur le marché de détail dans le ressort du Pays de BITCHE, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a violé le cadre légal et réglementaire régissant le domaine des communications électroniques et a fait obstacle aux règles de libre concurrence générant par là-même un trouble manifestement illicite ;

Attendu que depuis l'ordonnance rendue par le premier juge, l'ARCEP a rendu sur le contentieux opposant la SA SOCIÉTÉ ORANGE au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE une décision n°2014-08444 du 22 juillet 2014, exécutoire nonobstant appel, statuant notamment sur le contrat d'accès passif au réseau FttH et sur les conditions tarifaires et qui constate les manquements du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ;

Que la teneur de cette décision constitue une circonstance nouvelle renforçant le caractère manifestement illicite du trouble (Cass Comm. 25 novembre 2014, n° de pourvoi : 13-27683);

Qu'en conséquence, l'ordonnance entreprise sera infirmée sur ce point en ce qu'elle a considéré que le trouble était 'peut-être' illicite mais non 'manifestement' illicite alors même que l'article 5 du code de procédure civile fait obligation au juge de se prononcer sur tout ce qui lui est demandé de manière non équivoque et qu'il y a lieu de constater que la SA SOCIÉTÉ ORANGE a caractérisé, en fait comme en droit, le trouble manifestement illicite imputable au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE ;

Attendu qu'il s'évince de l'article 873 alinéa 1er du code de procédure civile que 'Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite' ;

Attendu que le trouble manifestement illicite perdure en ce que la SA SOCIÉTÉ ORANGE est toujours privée de la faculté d'accéder au réseau FttH du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE alors que ce dernier continue de commercialiser ses offres sur le marché de détail contribuant ainsi à maintenir, voire à aggraver la situation d'une concurrence déséquilibrée susceptible de causer un préjudice aux opérateurs tiers ;



Qu'il convient de faire cesser dans les meilleurs délais le trouble manifestement illicite constaté, l'existence ou l'absence de contestation sérieuse étant sans emport sur cette nécessité comme le permet expressément l'article 873 alinéa 1er du code de procédure civile;

Qu'en conséquence, il y a lieu d'ordonner au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE de suspendre la commercialisation de ses services de communications électroniques auprès de nouveaux clients finaux sur le marché de détail jusqu'à ce que la SA SOCIÉTÉ ORANGE soit effectivement mise en mesure d'accéder au réseau FttH du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE et de proposer ses propres services aux clients finaux, le tout sous astreinte de 5 000,00 euros par jour de retard à compter de la signification de la présente décision ;

Sur l'existence d'une contestation sérieuse et l'octroi d'une provision

Attendu qu'aux termes de l'article 873 alinéa 2 du code de procédure civile : ' Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire' ;

Attendu que c'est à tort que, dans ses motivations, le premier juge vise l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile qui a, certes, exactement la même teneur que l'article 873 alinéa 2 du même code mais qui seul doit être pris en compte en vertu du principe de spécialisation ;

Attendu que selon l'article 873 alinéa 2 précité, et contrairement à son alinéa précédent, l'absence de contestation sérieuse est une condition indispensable à l'octroi d'une provision dans le cadre d'un trouble manifeste à l'ordre public ;

Attendu qu'il est rappelé que le contrat d'offre d'accès au réseau ne nécessite pas une interprétation de la Cour à partir du moment où, comme il a été précédemment évoqué, est advenue une circonstance nouvelle, en l'espèce la décision n°2014-08444 du 22 juillet 2014 de l'ARCEP, exécutoire de plein droit, qui analyse le contrat d'offre d'accès au réseau FttH des communications électroniques du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, conclut à son inadaptation au regard du cadre légal et réglementaire, fait injonction en son article 2 à ce dernier de 'proposer une nouvelle offre dans un délai maximal de sept mois à compter de la notification de la décision' et précise les huit points techniques auquel ledit contrat devra satisfaire (pièce n°31 de la SA SOCIÉTÉ ORANGE);

Qu'en outre, la demande de provision de la SA SOCIÉTÉ ORANGE se fonde sur son impossibilité à accéder au réseau FttH du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE et partant, sur l'impossibilité de proposer des offres de communications électroniques aux utilisateurs finaux sur le marché de détail, ce qui est à l'origine d'un préjudice économique ;

Que, dans ce contexte, il ne saurait être tiré du seul fait que la demande de provision puisse apparaître 'exorbitante' dans son quantum pour en déduire l'existence d'une contestation sérieuse dans la mesure où, si le débiteur peut contester sérieusement le montant demandé à titre de provision, il appartient au juge des référés d'apprécier d'abord le bien fondé de la demande de provision avant de statuer sur le quantum sollicité ;

Attendu que pas davantage le moyen avancé par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE selon lequel il ne suffit pas qu'un réseau très haut débit soit installé pour que les opérateurs privés en demandent l'accès ne constitue pas un argument suffisamment pertinent et de nature à établir que la demande de provision de la SA SOCIÉTÉ ORANGE est mal fondée ;

Qu'en effet, ont été démontrées les atteintes commises par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE au cadre légal et réglementaire auquel est assujéti tout opérateur tant en matière d'accès aux infrastructures du réseau de communications électroniques qu'à la commercialisation des offres concernant le marché de détail, de sorte qu'il importe peu de savoir si

les opérateurs privés seraient venus ou non sur le marché du très haut débit dans le Pays de BITCHE mais qu'en tout état de cause, la loi, le règlement et la jurisprudence de l'ARCEP imposait au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE qui souhaitait transformer son réseau câblé existant en réseau très haut débit FttH de prendre en compte les dispositions prescrites par les textes et censées permettre son accès aux opérateurs privés ;

Attendu, en conséquence, qu'il n'existe aucune contestation sérieuse à la demande de provision sollicitée par la SA SOCIÉTÉ ORANGE et qu'il s'en déduit que l'ordonnance entreprise sera

également infirmée de ce chef ;

Attendu que le montant de la provision demandé par la SA SOCIÉTÉ ORANGE est de 3 254 646,00 euros et que celle-ci se fonde pour l'établir sur les 'book KPI' 2012 et du troisième trimestre 2013 ainsi que sur des annexes tarifaires de son offre de référence à la boucle locale et de celle d'accès et de collecte DSP;

Qu'il faut entendre par 'book KPI (Key Performance Indicator)' des indicateurs de performance sur lesquels on mesure la réalisation d'un objectif et par collecte DSP (processeurs de traitement du signal), c'est à dire l'offre de référence faite pour le système électronique qui traite des signaux numériques ;

Attendu que si comme l'indique la SA SOCIÉTÉ ORANGE, ces documents établissent de manière certaine le revenu moyen qu'elle tire de chaque abonné sur chaque type d'offre, ils ne peuvent être utilisés qu'au regard des seuls utilisateurs finaux qui étaient ses abonnés dans le cadre d'un contrat ADSL mais nullement à l'égard de clients nouveaux potentiels;

Attendu qu'il est incontestable que la migration des clients de la SA SOCIÉTÉ ORANGE dans le Pays de BITCHE vers le réseau TUBEO du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE pour bénéficier du très haut débit, a pu causer à l'appelante un préjudice mais il ne saurait pour autant être considéré que l'intégralité de ses clients, soit 38,67% des clients 'téléphonie mobile' et 46,61% des clients 'ADSL' ont opté pour le réseau TUBEO uniquement parce qu'il était le seul disponible en très haut débit, de sorte que la perte de marge calculée par la SA SOCIÉTÉ ORANGE doit être rectifiée ;

Qu'en l'espèce, la SA SOCIÉTÉ ORANGE ne fournit aucun élément de preuve, telle une enquête de satisfaction, susceptible d'accréditer ses affirmations quant au volume exact de perte de clientèle à raison de l'existence du réseau TUBEO ;

Qu'il convient de prendre en compte, à l'appui de ce raisonnement, le fait que le nombre d'abonnés de la SA SOCIÉTÉ ORANGE a diminué dans toute la Lorraine, même si ce rétrécissement de clientèle y paraît beaucoup moins important (-1,52%) ainsi que l'absence de certitude quant au comportement qu'auraient pu avoir les habitants du Pays de BITCHE dans l'hypothèse où le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE se serait conformé à ses obligations en matière d'accès au réseau FttH et d'accès à l'offre du marché de détail ;

Attendu dans ces conditions, étant rappelé que la provision n'a pas vocation à couvrir l'intégralité du préjudice allégué, qu'en prenant en considération l'ARPU mensuel en vigueur sur la période considérée et correspondant au 'revenu moyen par utilisateur' et compte tenu des pièces versées aux débats dont le chiffre d'affaires effectivement réalisé par la SA SOCIÉTÉ ORANGE de 2011 à 2014 et celui qu'elle espérait réaliser, le taux de marge qu'elle a dégagé et celui qu'elle estime qu'elle aurait pu dégager, il apparaît de bonne justice de condamner le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE à verser à la SA SOCIÉTÉ ORANGE une provision d'un montant de 1 250 000,00 euros au titre du préjudice subi sur le marché de détail ;

Sur les autres demandes

Attendu que la présente décision infirmant pour l'essentiel l'ordonnance entreprise en ce qu'elle accueille les principales demandes de la SA SOCIÉTÉ ORANGE et, en conséquence écarte les moyens présentés par le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, il convient d'infirmar l'ordonnance querellée en ce qu'elle a condamné la SA SOCIÉTÉ ORANGE au paiement d'une indemnité au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux dépens ;

Qu'il y a lieu de statuer de nouveau sur ces deux chefs et de constater que l'équité commande de condamner le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE à payer à la SA SOCIÉTÉ ORANGE une indemnité de 2 000,00 euros au titre des frais irrépétibles exposés par elle en première instance et non compris dans les dépens ;

Que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE succombant en cause d'appel et donc, en dernier ressort, il devra en application de l'article 696 du code de procédure civile supporter la charge de l'intégralité des dépens de première instance, en ce compris les frais de signification de la sommation du 18 décembre 2013 ;

Attendu qu'en cause d'appel, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE a été débouté de l'ensemble de ses prétentions de sorte, qu'en vertu de l'article 700 du code de procédure civile, il ne peut prétendre à aucune indemnité pour les frais irrépétibles qu'il a pu engager dans le cadre de la procédure d'appel ;

Qu'en revanche, il serait inéquitable de laisser à la charge de la SA SOCIÉTÉ ORANGE ceux que cette dernière a dû exposer en appel pour faire reconnaître le bien fondé de ses prétentions, ce qui induit la condamnation du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE à lui verser une somme de 3 000,00 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile;

Attendu que le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE succombant en appel, il sera condamné à supporter les dépens de cette instance, en application de l'article 696 du code de procédure civile, dont distraction au profit de Mr Anne-Laure BAÏ-MATHIS, avocat au barreau de METZ ;

#### PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant publiquement et par arrêt contradictoire, rendu en dernier ressort,

Confirme l'ordonnance de référé rendue le 20 mai 2014 par le Président de la chambre commerciale du Tribunal de grande instance de SARREGUEMINES en ce qu'elle a retenu la compétence de la juridiction judiciaire à la place de la juridiction administrative et de la juridiction commerciale à la place de la juridiction civile ;

Infirmar l'ordonnance entreprise en toutes ses autres dispositions ;

Et, statuant à nouveau,

Constate l'existence d'un trouble manifestement illicite constitué par la présentation de conditions posées à la commercialisation d'offres de détail ne répondant pas au cadre légal et réglementaire en vigueur;

Déclare le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE responsable du trouble manifestement illicite constaté ;

Ordonne au SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE de faire cesser ledit trouble en suspendant la commercialisation de ses propres services de communications électroniques auprès de nouveaux clients finaux sur le marché de détail jusqu'à ce que la SA SOCIÉTÉ ORANGE soit effectivement mise en situation d'accéder au réseau FttH du SYNDICAT DES COMMUNES

DU PAYS DE BITCHE et puisse proposer ses propres services aux clients finaux;

Dit que cette suspension devra intervenir sous astreinte de 5 000,00 euros par jour de retard à compter de la signification de la présente décision ;

Se réserve la liquidation de cette astreinte ;

Constate que les manquements du SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE aux obligations qui lui incombent en référence au cadre légal et réglementaire régissant le domaine des communications électroniques ont causé un préjudice financier à la SA SOCIÉTÉ ORANGE;

Constate l'absence de toute contestation sérieuse empêchant le prononcé d'une provision en application de l'article 873 alinéa 2 du code de procédure civile ;

Condamne, en conséquence, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE à verser à la SA SOCIÉTÉ ORANGE, à titre provisionnel, une somme de 1 250 000,00 euros;

Condamne, au titre de la première instance, le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE, à payer à la SA SOCIÉTÉ ORANGE une somme de 2 000,00 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens, en ce compris les frais de la sommation du 18 décembre 2013 ;

Condamne le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE à payer à la SA SOCIÉTÉ ORANGE une somme de 3 000,00 euros au titre des frais irrépétibles d'appel en vertu de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne le SYNDICAT DES COMMUNES DU PAYS DE BITCHE aux dépens de l'appel dont distraction au profit de Mr Laure-Anne BAÏ-MATHIS, avocat au barreau de METZ ;

Déboute les parties du surplus de leurs prétentions, demandes, moyens, fins et conclusions contraires aux précédentes dispositions.

La Greffière Le Président