

Grosses délivrées **REPUBLIQUE FRANCAISE**

aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 11

ARRET DU 16 JANVIER 2015

(n° , pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **14/00703**

Décision déferée à la Cour : Jugement du 10 Décembre 2013 -Tribunal de Commerce de PARIS - RG n° 2011057012

APPELANTES

SA ORANGE, anciennement dénommée FRANCE TELECOM, immatriculée au R.C.S. de Paris sous le n°380.129.866, agissant en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

78, rue Olivier de Serres

75015 PARIS 15

Représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477

Représentée par Me Alexandre LIMBOUR du Cabinet CHEMARIN-LIMBOUR, avocat au barreau de PARIS, toque : L64

SA SOCIÉTÉ FRANÇAISE DU RADIOTÉLÉPHONE - SFR, RCS de Paris 343 059 564, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux en exercice domiciliés en cette qualité audit siège social.

42, avenue de Friedland

75008 PARIS

Représentée par Me Christian VALENTIE, avocat au barreau de PARIS, toque : C2441

Représentée par Me Frédérique DUPUIS-TOUBOL du Cabinet Bird & Bird AARPI, avocat au barreau de PARIS, toque : R255

INTIMEES

SA ORANGE, anciennement dénommée FRANCE TELECOM, immatriculée au R.C.S. de Paris sous le n°380.129.866, agissant en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité audit siège

78, rue Olivier de Serres

75015 PARIS 15

Représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477

Représentée par Me Alexandre LIMBOUR du Cabinet CHEMARIN-LIMBOUR, avocat au barreau de PARIS, toque : L64

SA SOCIÉTÉ FRANÇAISE DU RADIOTÉLÉPHONE - SFR, RCS de Paris 343 059 564, prise en la personne de ses représentants légaux en exercice domiciliés en cette qualité audit siège social

42, avenue de Friedland

75008 PARIS

Représentée par Me Christian VALENTIE, avocat au barreau de PARIS, toque : C2441

Représentée par Me Frédérique DUPUIS-TOUBOL du Cabinet Bird & Bird AARPI, avocat au barreau de PARIS, toque : R255

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 20 Novembre 2014, en audience publique, devant la Cour composée de :

Mme Janick TOUZERY-CHAMPION, Président de chambre chargé du rapport

Monsieur Paul André RICHARD, Conseiller hors classe

Madame Marie-Annick PRIGENT, Conseillère

qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Mme Patricia DARDAS

ARRET :

- contradictoire

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

- signé par Mme Janick TOUZERY-CHAMPION, président et par Mme Patricia DARDAS, greffier présent lors du prononcé.

Lors de l'ouverture du marché des télécommunications à la concurrence, la société France Télécom (devenue ORANGE) a conclu trois conventions d'interconnexion avec les nouveaux opérateurs les sociétés Telecom Développement, Tele 2 France, et Louis Dreyfus Communication, aux droits desquels vient la société Française de Radiotéléphone (SFR), afin que puisse être assuré l'acheminement d'un appel entre deux opérateurs de communications électroniques. Quatre cent points d'interconnexion existent entre les réseaux Orange et SFR, sur lesquels transitent les communications dans les deux sens: ainsi la société Orange assure l'acheminement des appels issus de son réseau vers le réseau SFR (appels dits entrants) et la société SFR assure l'acheminement des appels issus de son réseau vers celui d'Orange(appels dits sortants). Le présent litige ne porte que sur une part marginale des appels entrants émanant des réseaux fixes.

Les commutateurs des sociétés Orange et SFR sont reliés entre eux par des faisceaux

d'interconnexion dont la capacité peut être augmentée par la location de BPN (Blocs primaires numériques) auprès de la société Orange.

Le cadre juridique du litige est fixé par les principes posés par la décision de L'ART (Autorité de Régulation des Télécommunications) devenue l'ARCEP en date du 5 janvier 2000, confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 juin 2000 ainsi que par les 3 conventions d'interconnexion susmentionnées des 30 janvier et 31 décembre 1998, 3 août 2001 et de leurs avenants (n° 8 à la convention du 30 janvier 1998 'relatif à la sécurisation', avenant n° 9 à la convention du 31 décembre 1998 'relatif à la sécurisation des interconnexions aux commutateurs d'abonnés' et avenant n° 10 à la convention d'interconnexion du 3 août 2001 'relatif à la sécurisation des interconnexions aux commutateurs d'abonnés' qui sont les suivants :

1) La société Orange a l'obligation de faire bénéficier tous opérateurs concurrents dont le réseau est connecté au sien du mécanisme de débordement automatique, à savoir un mécanisme de réacheminement automatique des appels sur son réseau destiné à couvrir les cas de défaillance technique des équipements du concurrent. Ce mécanisme consiste à réacheminer du trafic automatiquement d'un commutateur de premier niveau dit commutateur d'autonomie d'acheminement, (CCA) implanté au niveau local/infra départemental (384 en métropole), vers un commutateur de deuxième niveau dit commutateur de transit (CT) (18 en métropole) via un point de raccordement de réseau opérateur dit PRO.

La société Orange a aussi l'obligation de traiter ce trafic de débordement de manière non discriminatoire par rapport à son propre trafic.

2) La société SFR est responsable du bon dimensionnement de ses équipements afin d'assurer l'acheminement des communications qui relèvent de sa responsabilité,

3) La société SFR, hors le cas strict de sécurisation, a l'interdiction de déborder sur le réseau de la société Orange pour gérer ses pointes de trafic, faute de quoi une pénalité est mise à sa charge.

La société Orange reproche à la société SFR d'avoir sciemment sous-dimensionné la taille de ses faisceaux d'interconnexion afin d'engendrer un trafic dit de débordement et de faire assumer la charge et l'acheminement de son propre trafic d'appels en période de pointe par elle-même, ce qu'elle aurait découvert au début de l'année 2010 à l'occasion d'analyses de trafic sur son réseau ; la société ORANGE fait ainsi grief à la société SFR d'être contrainte non seulement d'entretenir des équipements surabondants pour écouler sur son réseau le trafic d'un opérateur tiers mais aussi de s'interdire de procéder aux réaménagements de réseau qu'imposent les évolutions technologiques.

Après de vaines discussions entre les parties, la société ORANGE a fait assigner la société SFR devant le Tribunal de commerce de Paris , qui par jugement du 10 décembre 2013 assorti du bénéfice de l'exécution provisoire a :

- estimé que la clause de conciliation prévue à l'article 9 des conventions avait été respectée et dit en conséquence recevable la demande de la société Orange,

- fait injonction à la société SFR de mettre un terme immédiat aux débordements abusifs commis au préjudice de la société Orange en raison des pointes de trafic constatés sur les réseaux de la société SFR, sous astreinte de 10.000 €,

- condamné la société SFR à payer à la société Orange la somme de 22.133.512 € au titre des clauses pénales contractuelles pour la période de juin 2010 à juin 2011 pour 4.839 abus avec intérêts au taux légal à compter de la date de signification du jugement et la somme de 30.000 € en vertu de l'article 700 du nouveau code de procédure civile,

- rejeté le surplus des demandes.

La société SFR ayant formé appel de cette décision le 10 janvier 2014 et la société Orange le 13 janvier suivant, la jonction de ces deux affaires a été prononcée.

Par conclusions signifiées le 6 novembre 2014, la société SFR a demandé :

- à titre liminaire,

- de rejeter la pièce de la société Orange n° 62 et ses annexes, au vu de l'article 16 du code de procédure civile,

- à titre principal,

- d'infirmer le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 10 décembre 2013 en toutes ses dispositions, sauf en ce qu'il a débouté la société ORANGE de ses demandes formées au titre des abus constatés pour la période écoulée entre l'année 2006 et l'année 2009 incluse ainsi que pour la période écoulée entre les mois de janvier 2010 et mai 2010 inclus, et en ce qu'il a déclaré que seule une pénalité peut être prononcée au titre de la clause de pénalité contenue à l'avenant à la convention d'interconnexion passée avec la société Télécom Développement,
- de constater, eu égard aux articles 1134, 1156, 1162 et 1230 du code civil et des clauses pénales stipulées aux articles 4 des avenants aux conventions d'interconnexion que la société Orange qui n'a à aucun moment suspendu les prétendus «débordements abusifs», ni ne l'a mise en demeure de cesser ces prétendus débordements, n'a pas satisfait aux conditions d'application de la clause pénale,
- par conséquent, de réformer le jugement querellé et refuser de faire application des clauses pénales,
- de constater qu'en stipulant une clause pénale d'un montant forfaitaire et définitif de 4.573€ dans le contrat avec Telecom Développement, et une clause pénale d'un montant de 4.573€ «par abus», aboutissant à une condamnation de 22 millions d'euros, dans le contrat passé avec LD Com, la société Orange a violé son obligation de non-discrimination dans l'application du mécanisme de débordement automatique, par application des articles L.38-I-2 et D309 du CPCE, des décisions du 26 juillet 2011 de l'ARCEP et des articles L.420-2 et L.420-3 du code de commerce,
- de réformer le jugement entrepris et prononcer la nullité des clauses pénales litigieuses,
- de constater que l'absence de critères objectifs permettant de caractériser une situation de «débordement abusif», fait naître une incertitude sur la portée de l'engagement souscrit dans la clause pénale,
- de réformer le jugement précité et refuser de faire application des clauses pénales, au vu des articles 1108, 1126, 1150 et 1226 du code civil,
- de constater le manquement de la société Orange à son obligation de collaboration et en conséquence, réformer le jugement entrepris et refuser de faire application des clauses pénales, conformément aux articles 1134 et 1147 du code civil et à l'article 146 du code de procédure civile,
- de constater la carence de la société Orange dans l'administration de la preuve, sur l'inexécution par elle-même de son obligation de moyen mise à sa charge par les conventions d'interconnexions par application de l'article 1315 du code civil,
- par conséquent, de réformer le jugement dont s'agit et refuser de faire application des clauses pénales,

-à titre subsidiaire,

- de constater qu'il n'y a eu qu'une seule mise en demeure ou notification motivée et que dès lors une seule pénalité peut être exigée tant pour le réseau Cegetel que pour le réseau Neuf

Telecom,

- en conséquence, réformer le jugement du 10 décembre 2013 et réduire la pénalité au montant purement symbolique de 4.573€ ,

-à titre plus subsidiaire,

au vu de l'article 1152 du code civil, de constater qu'une pénalité de 309.523.505€ est manifestement excessive au regard d'un préjudice inexistant, en tout cas nullement démontré, et réduire la pénalité au montant symbolique de 4.573 € ,

- à titre reconventionnel,

- de constater que la société Orange a abusé de sa position dominante en menant une stratégie d'éviction à son encontre sur les marchés de gros de transit et sur les marchés aval de service de détail à destination des entreprises,
- de constater au vu des articles 1382 du code civil, L.420-2 du code de commerce que la société Orange a abusé de sa position dominante en engageant une procédure dépourvue de tout fondement et menée dans la perspective de l'éliminer des marchés mentionnés ci-dessous,
- de constater qu'en diffusant un communiqué de presse exposant que la société SFR parasite son réseau, la société Orange a porté atteinte à son honneur, sa considération et sa réputation,
- de réformer en conséquence le jugement querellé et condamner la société Orange à lui payer la somme de 8.826.186€, à titre de dommages intérêts,

- en tout état de cause,

- de débouter la société Orange de toutes ses demandes,
- de condamner cette dernière à lui verser la somme de 395.478,94€ en vertu de l'article 700 du code de procédure civile.

Selon écritures signifiées le 10 novembre 2004, la société Orange sollicite de voir :

- constater que 'la société SFR ne soutient plus guère qu'elle n'aurait pas justifié du constat formel de l'échec d'une tentative de conciliation préalable à la délivrance de son exploit introductif de la présente instance 'et en conséquence prendre acte de l'acquiescement de la société SFR sur la recevabilité de son action,

- constater que la société SFR ne soutient plus guère qu'elle aurait eu «la possibilité technique et le droit contractuel de procéder à des suspensions du mécanisme de débordement sans qu'il soit besoin d'obtenir une injonction» et en conséquence prendre acte de l'acquiescement de la société SFR sur son intérêt à agir pour solliciter qu'il soit mis fin aux débordements sur son réseau,

- constater le comportement dilatoire et abusif de la société SFR dans le cadre de la mise en état et la juger particulièrement mal fondée en sa demande de rejet des écritures et pièces communiquées par elle les 29 octobre et 5 novembre 2014,

- rejeter toutes les demandes de la société SFR,

- confirmer la décision entreprise en ce qu'elle a déclaré recevables ses demandes,

- confirmer la décision querellée en ce qu'elle a enjoint à la société SFR de mettre un terme immédiat aux débordements abusifs commis à son préjudice sous astreinte de 10.000€ par débordement constaté,

- confirmer le jugement en ce qu'il a condamné le comportement fautif de la société SFR, en ce qu'il a retenu le principe de l'opposabilité des clauses pénales contractuelles et en ce qu'il a condamné la société SFR à lui verser la somme de 22.128.939€ au titre des abus constatés sur le réseau NEUF TELECOM pour la période écoulée entre les mois de juin 2010 et juin 2011 inclus en application de la clause pénale contractuelle avec intérêt de retard au taux légal à compter de la date de signification de la décision,
- confirmer la décision entreprise en ce qu'elle a ordonné l'exécution provisoire,
- confirmer ladite décision entreprise en ce qu'elle a condamné la société à lui payer la somme de 30.000€ en vertu de l'article 700 code de procédure civile,
- infirmer la décision entreprise en ce qu'elle l'a débouté de ses demandes formées au titre des abus constatés pour la période écoulée entre l'année 2006 et l'année 2009 incluse ainsi que pour la période écoulée entre les mois de janvier et mai 2010 inclus,
- infirmer cette décision en ce qu'elle a fait une interprétation erronée de la clause pénale contenue dans l'avenant TELECOM DEVELOPPEMENT (devenue CEGETEL puis SFR) ,
- en conséquence, condamner la société SFR à lui verser la somme de 140.866.692€ au titre des pénalités fixées conventionnellement et des abus commis pour la période écoulée entre l'année 2006 et l'année 2009 incluse, majorée des intérêts de retard,
- condamner la société SFR à lui payer la somme de 149.075.135€ au titre des pénalités fixées conventionnellement et des autres abus commis pour la période écoulée entre janvier 2010 et juin 2011, majorée des intérêts de retard,
- en tout état de cause condamner la société SFR à lui verser la somme de 50.000€ en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Il est expressément référé aux écritures des parties pour un plus ample exposé des faits, de leur argumentation et de leurs moyens.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Sur la demande de rejet des pièces et conclusions formée par la société SFR :

Considérant que la société SFR sollicite, sur le fondement de l'article 16 du code de procédure civile, pour non respect du principe du contradictoire et des droits de la défense, le rejet :

- de la pièce numérotée 62 constitué d'un rapport d'expertise de 45 pages émanant de M.Znaty et ses annexes (plus de 160.000 lignes de tableaux Excel) produites par la société Orange le 29 octobre 2014,
- des conclusions du 5 novembre 2014 de la société Orange et des 13 pièces communiquées le même jour ;

Que la société Orange s'oppose à cette prétention en faisant valoir que la société SFR a versé aux débats:

- un rapport de 52 pages de M.Gravand seulement le 11 juin 2014,
- 16 pièces nouvelles le 28 octobre 2014,
- des conclusions nouvelles le 30 octobre 2014 comprenant 27 pages supplémentaires, auxquelles elle a du répondre par conclusions du 5 novembre 2014,
- des conclusions le 6 novembre 2014 comportant 6 pages supplémentaires et un nouveau

rapport d'expert de 10 pages ;

Considérant que le droit à une procédure contradictoire, considéré comme droit fondamental d'un procès équitable par la Cour européenne des droits de l'Homme, implique pour toute partie la faculté de prendre connaissance des observations et pièces produites par l'autre et d'en discuter ;

Qu'au cas particulier , à plusieurs reprises le conseiller de la mise en état a dû reporter l'ordonnance de clôture au 30 octobre puis au 6 novembre 2014 pour permettre aux parties de répondre aux dernières conclusions de la partie adverse; que si la société Orange a produit le rapport de M.Znaty le 29 octobre 2014, c'était en réponse à celui versé par la société SFR le 11 juin 2014, que de même les conclusions du 5 novembre 2014 de la société Orange ont été communiquées en réponse à celles de la société SFR du 30 octobre précédant comportant 27 pages supplémentaires, outre 16 pièces nouvelles en date du 28 octobre 2014 ; qu'en outre la société SFR a encore conclu le 6 novembre 2014 avant l'ordonnance de clôture et a produit un nouveau rapport d'expert ; que dans ces conditions, la société SFR ne peut se plaindre du non respect des droits de la défense, dans la mesure où elle a toujours pu prendre connaissance des dernières écritures de son adversaire, et, qu'elle y a à chaque fois apporté une réponse ; que dans ces circonstances, le principe de la contradiction a bien été respecté, de sorte que la demande de la société SFR sera rejetée ;

Sur les fins de non recevoir :

Considérant que dans ses dernières écritures du 6 novembre 2014 la société SFR n'a pas repris la fin de non recevoir tirée de la violation de la clause de conciliation prévue à l'article 9 des conventions qu'elle avait soulevée devant les premiers juges , de sorte que la Cour d'appel n'est pas saisie de ce moyen et n'a pas à statuer comme le demande la société Orange sur la constatation 'que la société SFR ne soutient plus guère qu'Orange n'aurait pas justifié du constat formel de l'échec d'une tentative de conciliation' ; qu'il en est de même de la fin de non recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir relative à la demande d'injonction de mettre un terme aux débordements de la société Orange invoquée par la société SFR devant les premiers juges, mais non reprise par elle en cause d'appel;

Sur le fond :

Considérant que pour s'opposer aux demandes de la société ORANGE, la société SFR excipe, à titre principal et en premier lieu, du non respect de la procédure contractuelle et légale de mise en oeuvre des clauses pénales ; elle estime que les clauses pénales contractuelles ne peuvent être appliquées, dans la mesure où la procédure de suspension- notification, puis celle de mise en demeure n'ont pas été préalablement suivies, de sorte qu'elle n'a pas eu connaissance des débordements allégués et n'a pas pu prendre des mesures correctrices ; qu'elle estime également que la société Orange avait l'obligation de la mettre en demeure avant chaque application de la clause pénale en application de l'article 1230 du code civil ; qu'elle considère que la lettre du 28 mai 2010 n'est pas motivée et ne lui donne pas un délai raisonnable pour corriger son comportement ;

Que la société ORANGE objecte qu'elle a le choix entre les deux sanctions (suspension-notification et facturation d'une pénalité) et peut appliquer l'une et l'autre ou l'une ou l'autre ; que pour s'exonérer de l'obligation de mise en demeure invoquée par son adversaire, la société ORANGE évoque une obligation de ne pas faire pesant sur la société SFR qui en tant que telle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 1230 du code civil; qu'en tout état de cause elle réplique que sa lettre du 28 mai 2010 constitue une mise en demeure conforme aux dispositions de l'article 1139 du code civil;

Considérant que les trois conventions des 30 janvier 1998, 31 décembre 1998 et 3 août 2001 et leurs avenants n° 8, 9 et 10 conclus respectivement par les sociétés Télécom Développement (devenue Cegetel), Tele 2 France et Louis Dreyfus Communication (devenue Neuf Télécom) sont applicables à la société SFR, venue aux droits de l'ensemble de ces opérateurs ; que l'article 18 de chacune des conventions prévoit que chaque opérateur alternatif est responsable du dimensionnement des

faisceaux d'interconnexion nécessaires pour écouler le trafic relevant de sa responsabilité ; que les avenants précités ont fixé entre les parties les conditions dans lesquelles la société Orange fournira à la société SFR une prestation sécurisant l'interconnexion de leurs réseaux dans la seule hypothèse où les faisceaux d'interconnexion de la société SFR seraient défaillants ; que les clauses pénales mentionnées aux articles 4 de l'avenant 8 de la convention du 30 janvier 1998, de l'avenant n° 9 de la convention du 31 décembre 1998 et de l'avenant n° 10 de la convention 3 août 2001 sont ainsi libellées :

'Dans le cas où un débordement pour écouler une pointe de trafic perturbe le trafic écoulé sur le réseau de France Télécom, France Télécom peut interrompre temporairement le débordement sans délai sous réserve d'en informer (Télécom Développement ou le point d'accueil des signalisations de LDCOM ou Télé2) .Le mécanisme sera ensuite rétabli par France Télécom , dès que (Telecom Développement ou LDCOM ou Télé 2) aura notifié à France Télécom avoir pris les mesures correctives appropriées'

Puis la clause 4 diffère selon les avenants ; à l'avenant n° 8, il est précisé :

'De plus Télécom développement déclare qu'il n'est pas dans son intention d'utiliser le mécanisme de débordement automatique pour gérer les pointes de trafic et qu'elle fera ses meilleurs efforts pour assurer une gestion préventive du trafic adéquate.

Toutefois, dans le cas (...) où Télécom Développement utiliserait abusivement le mécanisme de débordement automatique pour gérer des pointes de trafic ,les parties conviennent que :

- France Télécom lorsqu'elle constatera un tel abus suspend le débordement et adresse à Télécom Développement une notification motivée,

-Télécom Développement pourra le cas échéant contester par lettre motivée le bien fondé de l'abus invoqué par France Télécom,

- France Télécom se réserve le droit de facturer une pénalité forfaitaire et définitive d'un montant de 30KF. ;

Aux avenants n° 9 et 10, il est indiqué :

'LDCOM (ou Télé2) ne peut utiliser le débordement qu'à des fins de sécurisation de son réseau et dans le cas où LDCOM (ou Télé2) utiliserait abusivement le mécanisme de débordement automatique pour gérer des pointes de trafic, les parties conviennent que sur chaque CA interconnecté :

-France Télécom lorsqu'elle constatera un tel abus suspend le débordement et adresse à LDCOM (ou Télé2) une notification motivée,

-France télécom se réserve le droit de facturer une pénalité forfaitaire d'un montant de 4.573 € par abus constaté.

Le mécanisme sera ensuite rétabli par France Télécom dès que LDCOM (ou Télé2) aura notifié à France Télécom avoir pris les mesures correctives appropriées (...)

Il est rappelé que la suspension du mécanisme (...) est une sanction dont les parties conviennent d'un commun accord pour sanctionner un abus (..) Du fait de cette finalité, elle n'entre pas dans les cas de suspension de l'interconnexion visés par l'article D 99-7 du Code des postes et télécommunications qui reste par ailleurs applicable.

De plus (LDCOM ou Télé 2) a la possibilité de demander la suspension du débordement automatique sur un CA interconnecté avec son réseau. Dans ce cas France Télécom n'applique aucune sanction. ;

Qu'aux termes de l'article 1161 du code civil, toutes les clauses s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier ;

Qu'au cas particulier il résulte de l'énoncé des clauses n° 4 susmentionnées desdits avenants que les différentes sanctions (suspension-notification, facturation d'une pénalité) prévues en cas de débordement automatique pour gérer des pointes de trafic sont juxtaposées, qu'il n'est nulle part fait mention d'une subordination de l'une par rapport à l'autre, ou de la réalisation préalable de l'une avant l'autre ; que par ailleurs, l'emploi du verbe 'peut interrompre temporairement 'ou l'utilisation de l'indicatif 'suspend le débordement' n'engendre nullement une obligation impérieuse de procéder à une suspension préalable; que de surcroît, suivant la décision de l'ART du 5 janvier 2000 selon laquelle '*s'il est vrai qu'un contrôle en temps réel du type de débordement n'est pas réalisable , il est en revanche possible de le faire a posteriori et de prévenir d'éventuels abus en prévoyant de les sanctionner le cas échéant*', il est entendu que la sanction de la suspension a priori n'est pas réalisable, dans la mesure où il n'est pas possible de distinguer les deux types de débordement (dûs à une défaillance technique ou à une pointe de trafic) et que de surcroît pèse sur la société Orange l'obligation d'assurer la sécurisation du trafic et la permanence du service public conformément aux dispositions de l'article L.33 du code des postes et télécommunications électroniques , de sorte qu'existe une impossibilité matérielle de mettre un terme en temps réel au débordement imputé ;

Qu'il ressort de ces différents éléments que la dualité de sanctions à mettre en oeuvre séparément a été voulue par les parties, et ,qu'en conséquence la mise en oeuvre de la clause pénale ne supposait nullement la mise en oeuvre préalable de la procédure de suspension - notification, de sorte l'argument de la société SFR tiré du non respect de la procédure contractuelle est inopérant ; que dans ces conditions il n'y a pas matière, en l'absence de doute, à application de l'article 1162 du code civil, comme le soutient à tort la société SFR ;

Qu'en revanche, à bon droit la société SFR invoque l'obligation de mise en demeure préalable à la mise en jeu d'une clause pénale, en application de l'article 1230 du code civil ; qu'en effet l'obligation première et essentielle de la société SFR porte sur celle de s'assurer que l'architecture de son réseau est bien dimensionnée au regard du volume du trafic dont elle a la charge de telle manière qu'il n'existe pas de débordements abusifs en provenance du réseau Orange, ainsi que le prévoit les articles 18 susmentionnés et suivants de chacune des conventions et n'est pas seulement, comme le prétend la société ORANGE, un moyen de remédier à une situation ; que la société SFR s'est encore obligée aux termes de l'article 4 des trois avenants, dont s'agit, à '*faire ses meilleurs efforts pour assurer une gestion préventive du trafic adéquate*' dans la mesure où elle est responsable du dimensionnement des faisceaux d'interconnexion et de la prise en charge des liens de raccordement supportant ces faisceaux nécessaires pour écouler le trafic relevant de sa responsabilité' ; que pour satisfaire à cette obligation positive, elle ne doit pas s'abstenir d'agir mais au contraire faire une commande de Blocs Primaires Numériques à la société Orange, qui au demeurant le lui a réclamée dans sa lettre mise en demeure du 28 mai 2010 ; que par ailleurs les appels qui débordent sont ceux en provenance du réseau ORANGE et dont celle-ci dirige le mécanisme de débordement automatique ; qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que l'obligation première de la société SFR au sens des contrats et de leurs avenants s'analyse en une obligation de faire, à savoir bien dimensionner son réseau, - l'obligation de ne pas déborder, dont se prévaut la société ORANGE, n'étant en réalité que la conséquence de l'obligation première - soumise comme telle aux dispositions de l'article 1230 du code civil ;

Que par ailleurs, la lecture des contrats liant les parties ne permet pas de déceler un accord tacite de dispense de mise en demeure, qui au cas particulier a une véritable utilité en ce qu'elle a pour but de faire cesser les abus reprochés, qui se poursuivent, et de faire connaître à son cocontractant le

montant de l'indemnisation réclamée ; qu'au demeurant, le société Orange n'a pas méconnu son obligation, puisqu'elle a adressé le 28 mai 2010 par lettre recommandée avec accusé réception une mise en demeure à la société SFR ;

Que cette dernière n'est pas fondée en ses critiques de cette correspondance tenant à une absence de motivation et un défaut de délai raisonnable pour corriger son comportement ; qu'en effet ce courrier comprend l'identification des manquements contractuels qui lui sont reprochés, le calcul du préjudice dont se plaint la société ORANGE et quatre mises en demeure : 1) de faire cesser sans délai ses pratiques abusives de débordement, 2) de payer sous 10 jours les pénalités, 3) de souscrire sans délai les BNP nécessaires, 4) de s'acquitter sous 10 jours de la somme de 18.652.181,97€ ; que cette lettre constitue une interpellation suffisante du débiteur, contrairement aux allégations infondées de la société SFR ; le délai donné pour corriger ses erreurs peut toujours faire l'objet postérieurement d'une appréciation en justice et ne peut être une condition de la validité de la mise en demeure ; qu'au cas particulier, les parties ne sont pas contractuellement convenues d'un délai pour remédier à la situation dénoncée ;

Que dès lors l'argument de la société SFR tenant au non respect de la mise en oeuvre de la mise en demeure préalable à la mise en jeu de la clause pénale ne sera pas retenu ;

Qu'en revanche, c'est à bon droit pour des motifs que la Cour adopte que les premiers juges n'ont pas retenu la condamnation au paiement de pénalités d'un montant de 140.866.692€ pour les années 2006 à 2009, dès lors qu' aucune notification de mise en demeure n'a été délivrée au cours de cette période pour mettre un terme à d'éventuels débordements ; qu'en tout état de cause, du fait de cette négligence de la société Orange pendant toutes ces années, la disproportion, en comparant le montant de cette peine conventionnellement fixé et le préjudice effectivement subi, est évident ; qu'en effet, la société Orange ne produit aucune pièce pour étayer et évaluer le préjudice subi par elle pendant cette même période ;

Considérant qu'en second lieu, la société SFR sollicite, en vertu des articles L.38-1-2 et D.309 du CPCE et des décisions de l'ARCEP du 26 juillet 2001, la nullité de la clause pénale du fait de son application discriminatoire par la société ORANGE, en ce que les deux conventions distinctes conclues avec Télécom développement (Cegetel) et LDCOM (Neuf Télécom) ont prévu, pour la première, une clause pénale d'un montant forfaitaire et unique et, pour la deuxième, une clause pénale par abus ; qu'elle soutient que ces conventions ayant été passées par des entités distinctes, il ne peut y avoir une commune intention des parties ;

Que la société ORANGE conteste cette argumentation en faisant valoir qu'en matière de débordement hors sécurisation, aucune analogie avec ses propres services ne peut être relevée puisqu'elle ne déborde jamais sur un autre réseau ou sur son propre réseau; qu'elle estime également que les clauses pénales litigieuses doivent être interprétées de la même manière, à savoir l'application d'une clause pénale par abus ;

Mais considérant que le principe de non discrimination posé par l'ART dans sa décision du 5 janvier 2000 et par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 27 juin 2000 vise les mécanismes applicables à la sécurisation des liens entre commutateurs et non à l'application de clauses pénales; que par ailleurs, à bon droit les premiers juges ont retenu que la société SFR n'apportait pas la preuve qui lui incombe que la société ORANGE lui appliquerait des conditions discriminatoires par rapport aux autres opérateurs ou à ses propres services; que cet argument est par conséquent dénué de sérieux ;

Que contrairement à ce que soutient la société ORANGE, il convient de faire une simple application des clauses pénales sans devoir procéder à une interprétation des différents textes dont elles sont issues, qui ont été signés antérieurement par deux sociétés différentes (Télécom Développement et anciennement LDCOM) et sans y ajouter, puisque l'une ne prévoit qu'une pénalité forfaitaire et définitive de 4.573 € (sans autre mention) tandis que l'autre retient une pénalité forfaitaire de 4.573 €

par abus constaté, de sorte que la commune intention des parties ne peut être recherchée, s'agissant de deux sociétés différentes qui ont signé les conventions dont s'agit;

Considérant en troisième lieu que la société SFR soulève la nullité de la clause pénale en ce qu'elle est ambiguë, puisque n'existe pas selon elle de définition de la notion de débordement abusif ou de débordement pour gérer des pointes de trafic ; qu'elle considère que le seul moyen de rendre applicable une clause sanctionnant une utilisation abusive du débordement pour gérer les pointes de trafic est de fixer une règle de dimensionnement, règle qui fait défaut au cas particulier aussi bien dans le contrat que légalement; que de même elle évoque l'absence de délimitation quantitative d'un abus ; que les parties n'étant jamais parvenues à un accord sur cette définition, la clause de sanction ne serait pas suffisamment précise pour pouvoir être appliquée;

Mais considérant que les avenants n° 8, 9 et 10 des trois conventions susmentionnées ont pour but de définir les conditions techniques et financières de la sécurisation des interconnexions au CA par débordement du trafic vers un PRO ; que leur article 2 décrit la prestation envisagée et précise pour le trafic entrant que l'opérateur ne peut utiliser ce débordement que pour des fins de sécurisation temporaire de son réseau et ne peut pas l'utiliser pour gérer ses pointes de trafic ;

Que de même dans sa décision du 5 janvier 2000 l'ART distingue clairement, comme l'ont justement relevé les premiers juges, les besoins de sécurisation du trafic lorsqu'une interconnexion tombe en panne et les besoins liés à la gestion des pointes de trafic d'un opérateur ; qu'il y est prévu que la société FT (Orange) doit mettre en oeuvre une prestation de sécurisation des interconnexions au CA par débordement du trafic sur le PRO mais que la société Télécom (devenue SFR) ne pourra utiliser cette prestation de débordement pour gérer les pointes de trafic; que les débordements de sécurisation désignent les débordements mis en oeuvre pour sécuriser le trafic en cas de panne et incident réseau, par opposition aux débordements non liés à une panne ou incident, mais liées aux pointes de trafic qui n'ont pas à être pris en charge par le mécanisme de débordement automatique visant la sécurisation du trafic ;

Qu'ainsi, il apparaît qu'il n'est nullement fait mention dans ces avenants et cette décision de l'ART d'une distinction entre 'débordements pour pointes de trafic' et 'débordements abusifs', qui permettrait de considérer qu'une pointe de trafic liée à un événement imprévisible soit considérée comme du débordement de sécurisation; que la règle simple et claire pour tout opérateur alternatif est qu'AUCUN appel hors sécurisation ne doit déborder sur le réseau ORANGE ;

Que la règle de dimensionnement, dont se prévaut la société SFR, doit être recherchée pour elle-même, ainsi qu'il ressort de l'article 18 des conventions précitées, afin que ses infrastructures soient dimensionnées de telle façon qu'elle doit précisément être en mesure de gérer toutes pointes de trafic y compris liées à des intempéries mais cette règle n'intéresse pas les autres opérateurs ;

Considérant, en quatrième lieu , que la société SFR fait grief à la société ORANGE de n'avoir pas respecté l'obligation de collaboration d'autant plus importante qu'elle n'avait pas accès aux informations dont disposait la société ORANGE ; qu'elle fait valoir que les parties avaient explicitement prévu à l'article 18.2.2.3 de collaborer pour déterminer le dimensionnement de l'interconnexion et que la société ORANGE FR a également fait fi de l'obligation légale de collaboration conformément aux dispositions de l'article 1134 du code civil; qu'elle estime qu'elle avait besoin des données collectées par la société Orange, qui diffèrent des siennes, pour adapter les cas échéant le dimensionnement de ses interconnexions ; qu'elle en déduit qu'elle doit être exonérée de l'application des pénalités au titre du dimensionnement inadapté dans la mesure où cette adaptation a été rendue impossible du fait du manquement de la société ORANGE à son obligation de collaboration ;

Que la société ORANGE réfute cette argumentation en soutenant, d'une part, qu'elle n'a aucun intérêt à empêcher la société SFR de dimensionner correctement son réseau alors qu'une telle situation lui

est préjudiciable, d'autre part qu'elle a respecté son obligation de collaboration au cours de multiples réunions qui ont eu lieu et qu'elle ne dispose pas des données en temps réel alors que la société SFR connaît mieux que quiconque le volume de trafic écoulé sur ses infrastructures, l'évolution prévisionnelle de son trafic, le rendement normal de chaque BPN, enfin que la société SFR, débitrice d'une obligation de ne pas faire, est soumise à une obligation de résultat ;

Mais considérant que l'article 18.2.2.3 des trois conventions ne porte que sur la 'qualité d'écoulement du trafic' et non sur le dimensionnement des interconnexions de la société SFR et énonce que les parties confronteront leurs évaluations de ces paramètres dans le cadre du comité bilatéral d'exploitation technique ;

Que par ailleurs il ressort de l'examen des comptes-rendus des divers comités qui ont eu lieu le 3 mars 2010, les 7 et 22 juillet 2010 que les parties ont pendant 6 mois confronté leurs points de vue, que la société France Télécom (devenue ORANGE) a fait connaître le 3 mars 2010 la règle de dimensionnement qu'elle s'applique, qui correspond à un taux d'échec des appels à l'heure de pointe de 1 pour 1000 et qui se traduit par une charge moyenne de ses BPN de 2,6 millions de minutes par an, valeur retenue pour le panier dans la décision d'analyse de marché n° 08-0896 ; que la société France Télécom a fait savoir que les opérateurs doivent cesser de déborder, qu'ils sont capables de mesurer le rendement de leurs faisceaux et peuvent engager des actions correspondantes (construction de BPN) ; que le 7 juillet 2010 la société France Télécom a comparé les règles exposées par la société SFR avec les siennes et a fini par admettre qu'elles conduisent à des résultats similaires ; que la société SFR a marqué son accord et a indiqué même que ses règles conduisent probablement à un taux de blocage meilleur; que le 22 juillet 2010, la société France Télécom a précisé que le dimensionnement réalisé par la société SFR à savoir 'trafic crête majorée de 10% et dimensionné à 1% de blocage est équivalent au dimensionnement réalisé par FT avec 1% de blocage' et en a déduit qu'il n'existe pas de désaccord sur le critère permettant de caractériser le débordement ; que les observations relatives aux données du trafic envoyées par la société SFR sont corroborées par la société FT ;

Qu'en outre la société Télécom Développement, aux droits de laquelle vient le société SFR, a reconnu devant l'ART (litige ayant abouti à la décision du 5 janvier 2000) qu'elle 'disposait d'outils pour identifier une saturation de faisceaux due à une heure de pointe : les moyens de la supervision en temps réel permettent de détecter immédiatement une telle saturation, les mesures hebdomadaires des taux d'occupation de chaque faisceau à l'heure chargée, le traitement a posteriori des tickets de taxation : ce contrôle permet d'identifier toutes les communications qui ont été acheminées via les PRO alors qu'elles auraient du l'être via l'interconnexion au CA' ; qu'elle a expliqué que la société FT dispose selon elle d'outils comparables ;

Que la société SFR ne donne aucun motif sérieux accréditant sa thèse selon laquelle elle ne serait plus en mesure aujourd'hui de disposer de ces outils de mesure évoqués par la société Télécom Développement ;

Qu'enfin la circonstance que les débordements ont totalement cessé depuis juillet 2014 - ce qui n'est pas démenti par la société SFR- démontre que l'absence de collaboration de la société Orange, selon elle, ne l'a pas empêché de mettre fin aux débordements pour pointes de trafic; qu'elle proposait dans le comité bilatéral du 3 mars 2010 d'acheter des BPN (ce qu'elle a fait) et a également signé un accord de mutualisation relatifs aux ex-réseaux Neuf Telecom et Cegetel (pour le trafic de préselection) qui a débuté le 8 juillet 2013 et s'est achevé le 23 novembre suivant, mesures qu'elle a mises en oeuvre et qui sont à l'origine de l'absence de tout débordement ;

Considérant, en cinquième lieu, que la société SFR soulève l'absence d'élément probant du calcul du nombre d'abus à l'appui des demandes de la société ORANGE, critiquant la décision des premiers juges qui ne se sont fondés que sur le document 27 ter créé de toute pièce par cette dernière ; qu'elle conteste les calculs du nombre d'abus que lui impute la société Orange ; qu'elle estime que l'expert

M.Znaty dans son rapport ne pouvait la veille de la clôture de la procédure en appel produire la méthode et le fichier de calcul 'dit Najoua' établi en 2010, de sorte que les données brutes fournies par la société ORANGE sont inexploitable ; qu'en outre, les tableaux fournis ne couvrent que la période de janvier à juin puis d'août à septembre 2010 alors que les premiers juges l'ont condamnée pour la période de juin 2010 à juin 2011 ; qu'enfin son expert M.Gravand a critiqué le rapport de M.Naccache, expert mandaté par la société ORANGE, les critères retenus par ce dernier pour définir la saturation des faisceaux, la méthode pour estimer le trafic de débordement ;

Que la société ORANGE réplique pour l'essentiel que les données retenues par M.Naccache ne sont que les constats issus de l'archivage du trafic par faisceau, dont la société SFR a nécessairement eu connaissance ;

Mais considérant que la société SFR, qui a refusé devant les premiers juges la proposition formée par la société ORANGE d'une expertise judiciaire, ce qui eût permis de lever tous désaccords, n'est pas fondée à contester en appel les données brutes fournies par la société ORANGE ; que par ailleurs la méthode de cette dernière société (1ère étape: suppression des données de sécurisation, 2ème étape: retrait des données ne correspondant pas à un taux de charge en Erlang anormal [L' Erlang est une unité de mesure de l'intensité du trafic sur une liaison. L' Erlang correspond à l'occupation de la ligne pendant une heure ; cette valeur sert à évaluer l'occupation optimale d'une ligne. Elle résulte d'un calcul multipliant le nombre moyen de communications par la durée moyenne des communications en secondes des communications et divisant le tout par 3.600, ce qui donne une valeur comprise entre 0 et 1], 3ème étape: écrêtage correspondant à l'application du taux de blocage de 1 pour 1000), qui est objective en ce qu'elle est 'retraitée' de tout ce qui relève de la sécurisation et écrêté du 1 pour 1000, ce qui constitue une minoration du nombre réel de débordements de trafic de pointe, qui par ailleurs forme la règle que la société ORANGE applique à son propre réseau conformément au principe de non discrimination, et, qui surtout n'est pas contraire à celle adoptée par la société SFR ainsi qu'il résulte des échanges entre les parties qui ont eu lieu le 3 mars 2010, les 7 et 22 juillet 2010 susrappelés, peut ainsi être retenue par la Cour ;

Que dans ces conditions, la Cour confirme les modalités de calcul des pénalités opérées par les premiers juges pour le réseau Neuf Télécom (anciennement LDCOM) à compter du 28 mai 2010 date de réception de la mise en demeure (en l'absence de tout délai contractuellement convenu) et ce ,pour la période de juin 2010 à juin 2011, soit une somme globale de 22.133.512€ ;

Considérant en sixième lieu que la société SFR considère d'une part, que la société ORANGE n'ayant engagé qu'une seule procédure de sanction , ne peut appliquer qu'une seule pénalité, d'autre part que cette pénalité doit être réduite du fait de son caractère excessif conformément aux dispositions de l'article 1152 du code civil ;

Mais considérant qu'il n'est pas contractuellement prévu que la société ORANGE ait l'obligation d' adresser une mise en demeure à chaque abus constaté ; qu'en effet aux termes des avenants 8, 9 et 10 le mot 'abus' n'est utilisé que de manière générique ;

Que par ailleurs il est constant que la clause pénale peut s'appliquer en l'absence de justification de tout préjudice et que le juge n'a pas à motiver spécialement sa décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention, il refuse de modérer ou d'augmenter le montant de la peine qui y est forfaitairement prévue ; qu'il s'ensuit que ces deux moyens ne peuvent être que rejetés ;

Considérant que reconventionnellement la société SFR met en cause la responsabilité de la société Orange pour abus de position dominante en violation de l'article L.420-2 du code de commerce ; qu'elle fait valoir que depuis le début de l'année 2010 la société Orange développe une stratégie (dite d'augmentation des coûts des rivaux) d'éviction à son égard des marchés de gros de transit (consistent en l'acheminement de minutes de communication entre deux points d'interconnexion pour le compte des opérateurs alternatifs de taille modeste) et des marchés avals de service de détail à

destination des entreprises (les prestations d'acheminement de trafic (terminaison d'appel) qui permettent de fournir les communications d'une entreprise à destination d'un SVA) car elle est son principal concurrent sur ces deux marchés ; qu'elle estime que la modification qu'elle propose de mettre en oeuvre, à savoir une augmentation des tarifs, seulement en 2010 alors qu'elle ne lui a rien reproché pendant 10 ans, ne résulte pas d'une logique économique mais révèle une volonté de l'éliminer ; qu'elle a alerté l'ARCEP en soulignant que la modification tarifaire souhaitée par la société Orange mettrait en péril son activité d'opérateur de gros et que cet organisme s'est opposé au projet ;

Que la société ORANGE conteste, à juste titre, cette argumentation, en faisant valoir que c'est au contraire la société SFR qui a bénéficié d'un avantage concurrentiel par rapport aux autres opérateurs alternatifs qui eux ont correctement dimensionné leur interconnexion avec elle contrairement à la société SFR qui a violé l'interdiction de débordement automatique par sécurisation, ainsi qu'il a été retenu plus haut ; qu'en réalité la société SFR ne dénonce aucune pratique anticoncurrentielle effective, qu'en tout état de cause cette dernière peut choisir de ne pas souscrire à son offre de sécurisation, qu'enfin le débat sur l'évolution tarifaire a été public devant l'Autorité Régulatrice et que cette proposition d'augmentation des tarifs n'a en tout état de cause pas été mise en application ; que par ailleurs, la société SFR ne démontre pas avoir été évincé des marchés susmentionnés, alors qu'en 2005 l'ARCEP a souligné que le marché du transit était parfaitement concurrentiel, en 2010 l'Autorité de la concurrence a constaté que l'opérateur Completel fait face à la concurrence des sociétés France Télécom et SFR qui disposent chacune d'une part de marché de 30-40%, en 2011 l'ARCEP reprenant la contribution de la société SFR dans sa synthèse sur sa troisième analyse des marchés fixes a rappelé que France Télécom et SFR considèrent le marché du transit comme concurrentiel ;

Que la société SFR ne fait pas la démonstration qui lui incombe d'un effet concurrentiel potentiel de nature à évincer les concurrents, de sorte que son argumentation ne saurait prospérer ; que de même elle ne fait pas la preuve d'un abus lié à la présente action judiciaire, dès lors que la société SFR perd sur l'essentiel du litige ;

Considérant que la société SFR se plaint également d'actes de concurrence déloyale commis par la société ORANGE en ce qu'elle a diffusé des communiqués relatant les actions entreprises à son encontre ; qu'ainsi elle reproche à un porte-parole d'Orange d'avoir contacté l'AFP en septembre 2011 pour relater l'assignation déposée devant le Tribunal de commerce de Paris selon laquelle la société SFR mène depuis 2005 une pratique interdite réglementairement et sanctionnée contractuellement par des pénalités, la société SFR a pris l'habitude de gérer toutes ses pointes de trafic en le faisant déborder sur le réseau de la société ORANGE, qu'elle estime que ses déclarations sont de nature à jeter le discrédit sur elle et ont porté atteinte à son honneur, à sa considération et à sa réputation ;

Que la société ORANGE rétorque qu'elle n'a jamais communiqué sur la présente procédure, que les pièces produites par son adversaire sont pour l'essentiel des articles disponibles sur internet ; que la société SFR a elle-même évoqué ce litige dans sa communication financière;

Qu'à bon droit les premiers juges ont considéré que la preuve n'était pas apportée par la société SFR que la société ORANGE aurait pris l'initiative de ce communiqué, de sorte que cette demande ne saurait être accueillie ;

Considérant que l'équité commande d'allouer à la société ORANGE une indemnité de 20.000€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile;

PAR CES MOTIFS

Statuant contradictoirement,

Déboute la société SFR de sa demande de rejet de pièces,

Constata que la société SFR n'a pas repris en cause d'appel les deux fins de non recevoir invoquées devant les premiers juges,

Confirme le jugement rendu le 10 décembre 2013 par le Tribunal de commerce de Paris en toutes ses dispositions,

Condamne la société SFR à verser à la société ORANGE une indemnité de 20.000€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société SFR aux dépens avec droit de recouvrement direct conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le Greffier Le Président