

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR DE CASSATION
Chambre commerciale
25 septembre 2012

N° de pourvoi: 11-21664
M. ESPEL (Président)

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société France Télécom a cédé les câbles des réseaux installés dans le cadre du plan gouvernemental intitulé "plan câble" aux opérateurs qui les exploitaient, et notamment aux sociétés NC Numéricâble et Numéricâble SAS (les sociétés Numéricâble) ; qu'elle est toutefois demeurée propriétaire des installations de génie civil dans lesquelles ces réseaux étaient déployés et dont les "fourreaux" accueillent, en général, également sa boucle locale de cuivre ; que les contrats de cession conclus avec les sociétés Numéricâble prévoient un droit d'occupation par ces sociétés des infrastructures pendant vingt ans, celles-ci étant titulaires d'un droit de passage de leurs câbles ou d'une autorisation permanente d'accès dans le génie civil, leur permettant de maintenir et d'entretenir leurs câbles coaxiaux et, sous certaines conditions, de les moderniser en remplaçant une partie de ces câbles par d'autres en fibre optique ; qu'en conséquence d'une décision n° 2008-0835 du 24 juillet 2008 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (l'ARCEP) reconnaissant les infrastructures de génie civil de France Télécom comme étant des "infrastructures essentielles" et qualifiant cette société d'"opérateur puissant", celle-ci est tenue de faire droit aux demandes raisonnables d'accès à ces infrastructures des opérateurs exploitant des services de communication, dans des conditions transparentes, non discriminatoires et à des tarifs reflétant les coûts correspondants ; qu'en application de cette décision, la société France Télécom, afin d'organiser l'accès partagé à son infrastructure des opérateurs alternatifs souhaitant déployer des réseaux de boucle locale en fibre optique, a publié le 15 septembre 2008 une "offre d'accès aux installations de génie civil de France Télécom pour les réseaux Fttx ", intitulée "l'offre GC Fttx" ; que cette offre précise les modalités opérationnelles organisant l'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom et des règles d'ingénierie, constituées par l'ensemble des prescriptions techniques devant être respectées lors de l'utilisation de ces infrastructures ; que les sociétés Numéricâble ont refusé de souscrire à cette offre, lorsqu'elles disposaient déjà de réseaux câblés, et en application des contrats de cession leur permettant de moderniser leurs réseaux coaxiaux, ces sociétés ont remplacé certains de ces réseaux par de la fibre optique ; que face à la multiplication des demandes d'accès à son génie civil et à la nécessité de partager la ressource, la société France Télécom a souhaité faire évoluer les contrats conclus avec les sociétés Numéricâble afin d'uniformiser les procédures mises en œuvre pour l'accès à son infrastructure ; que soutenant s'être heurtée à leur refus, la société France Télécom a saisi l'ARCEP sur le fondement de l'article 36-8° du code des postes et télécommunications électroniques afin que soit mise en œuvre la procédure de règlement de différend ;

Sur le premier moyen :

Attendu que les sociétés Numéricâble font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur recours formé contre la décision n° 2010-1179 du 4 novembre 2010 de l'ARCEP, alors, selon le moyen, que nul ne pouvant être à la fois juge et partie, l'autorité qui a rendu une décision en première

instance ne peut intervenir devant le juge saisi du recours contre sa décision pour conclure au rejet de ce recours ; qu'en admettant pourtant l'intervention de l'ARCEP devant elle, laquelle concluait au rejet du recours formé par les sociétés Numéricâble contre sa décision, la cour d'appel a violé l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 38-6 du code des postes et des communications électroniques ;

Mais attendu que la présentation par une autorité administrative d'observations écrites devant la cour d'appel de Paris saisie d'un recours contre l'une de ses décisions, ainsi qu'il est prévu, pour l'ARCEP par l'article R. 11-5 du code des postes et télécommunications électroniques, ne méconnaît pas en elle-même l'exigence d'un procès équitable, dès lors que les parties disposent de la faculté de répliquer par écrit et oralement à ces observations ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que les sociétés Numéricâble font le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que si, au jour du prononcé de sa décision, l'ARCEP avait compétence pour statuer sur des différends relatifs à des conventions portant sur l'"accès à un réseau de communications électroniques", cette compétence, dérogoratoire du droit commun, devait s'interpréter strictement ; que ne rentrait donc pas dans la compétence de l'ARCEP la résolution de différends relatifs à des conventions portant sur l'accès au génie civil de France Télécom, qui est une infrastructure passive et non un réseau de communications électroniques ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques, dans sa rédaction applicable au 4 novembre 2010, jour de la décision de l'ARCEP ;

2°/ que la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif ; qu'une directive européenne, serait-elle immédiatement invocable devant le juge national à l'issue de son délai de transposition, ne peut donc avoir d'effet rétroactif ; que dès lors, les dispositions de la Directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009, devant être transposée en droit national avant le 25 mai 2011, ne pouvaient être prises en considération pour apprécier la compétence de l'ARCEP dans un litige ayant donné lieu à une décision prononcée le 4 novembre 2010 ; qu'en se fondant sur cette Directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009 pour juger que l'ARCEP était compétente, la cour d'appel a violé l'article 2 du code civil ;

3°/ que si une loi purement interprétative peut être d'application rétroactive, la loi n'est interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite avait rendu susceptible de controverse ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément relevé que la Directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009 non seulement précisait mais aussi modifiait les définitions adoptées par les directives antérieures, ce dont il résultait que cette directive n'était pas un texte purement interprétatif, et ne pouvait donc pas être appliquée rétroactivement ; qu'en se fondant pourtant sur cette Directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009 pour juger que l'ARCEP était compétente, la cour d'appel a violé l'article 2 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir rappelé les termes de l'article L. 36-8, I du code des postes et des communications électroniques fixant la compétence de l'ARCEP en matière de règlement de différends, la cour d'appel retient exactement qu'il ressort des termes des articles L. 32, 2° et L. 32-8° du même code, ainsi que de l'article 2, a) de la Directive

2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre") et de la Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques aux ressources associées ainsi qu'à leur interconnexion (directive accès), d'une part, que l'accès s'entend comme toute mise à disposition de moyens, matériels ou logiciels, ou de services, en vue de permettre au bénéficiaire de fournir des services de communications électroniques et que ce terme vise l'accès à l'infrastructure physique, y compris les bâtiments, gaines et pylônes et recouvre la mise à disposition des infrastructures physiques de génie civil destinées à permettre à son bénéficiaire la fourniture de services de communications électroniques, d'autre part, que le réseau de communications électroniques comprend les installations ou tout ensemble d'installations de transport ou de diffusion mais aussi "les autres moyens" ou les ressources permettant l'acheminement des communications électroniques, et en conclut que l'infrastructure physique permettant le passage des câbles constitue une infrastructure, qui, bien que non active, est nécessaire à l'acheminement de signaux par câbles coaxiaux ou en fibre optique et figure donc au nombre des ressources d'un réseau de communications électroniques ;

Et attendu, en second lieu, que l'arrêt conforte son analyse par référence aux précisions apportées par la Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les Directives 2002/21/CE, dite directive cadre, 2002/19/CE, dite directive accès, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques, entrée en vigueur le 19 décembre 2009 et devant être transposée en droit national avant le 25 mai 2011 ; que la cour d'appel, qui n'a fait que rechercher à atteindre le résultat prévu par les directives précitées de 2002 n'a pas appliqué la directive de 2009 de manière rétroactive ;

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait en ses deux dernières branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le cinquième moyen :

Attendu que les sociétés Numéricâble font le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que le juge ne peut pas modifier l'objet du litige ; qu'en l'espèce, les sociétés Numéricâble expliquaient être dans une situation différente de celle des autres opérateurs soumis à l'offre GC Fttx, ce que France Télécom reconnaissait expressément dans ses écritures ; qu'en jugeant pourtant que lors de la rénovation de leur réseau, les sociétés Numéricâble se trouvaient dans une situation identique à celle des autres opérateurs, la cour d'appel a méconnu l'objet du litige, violant ainsi les articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

2°/ que l'ARCEP est tenue, dans le cadre de ses pouvoirs, de veiller à l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs, ce qui lui interdit de traiter de manière identique des opérateurs se trouvant dans des situations différentes ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément relevé qu'à la différence des opérateurs entrants, les sociétés Numéricâble libèrent, après installation de leurs câbles en fibres optiques, de l'espace dans le génie civil de France Télécom en déposant leurs câbles coaxiaux ; que contrairement à ce qu'a jugé la cour d'appel, ce fait n'est nullement indifférent, puisque l'action des sociétés Numéricâble dans le génie civil permet, in fine, de créer de l'espace dans une ressource rare, le génie civil, alors que l'action des autres opérateurs ne

consiste qu'à prendre de l'espace dans cette ressource rare ; qu'en jugeant pourtant que les sociétés Numéricâble se trouvaient dans une situation identique à celle des autres opérateurs, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, au regard des articles L. 32-1 et L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques et de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que l'ARCEP est tenue, dans le cadre de ses pouvoirs, de veiller à l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs, ce qui lui interdit de traiter de manière identique des opérateurs se trouvant dans des situations différentes ; qu'en l'espèce, les sociétés Numéricâble expliquaient qu'elles avaient déboursé 920 millions d'euros pour avoir accès au génie civil de France Télécom aux conditions prévues dans les contrats de cession, ce qui les différenciait des autres opérateurs qui pourraient avoir accès à ce génie civil pour un prix bien inférieur, la décision n° 2008-0835 du 24 juillet 2008 de l'ARCEP imposant dorénavant à France Télécom de pratiquer un tarif orienté vers les coûts pour l'accès à son génie civil ; qu'en s'abstenant de rechercher s'il n'y avait pas là une différence fondamentale qui justifiait de soumettre les sociétés Numéricâble à un formalisme d'intervention sur le génie civil moins lourd que celui imposé aux autres opérateurs par l'offre GC Fttx, peu important que le principe même de l'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom ne soit pas remis en cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 32-1 et L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques et de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu qu'après avoir relevé qu'il n'est pas contesté que lorsque les sociétés Numéricâble entendent déployer des réseaux en fibre optique pour rénover les réseaux coaxiaux dont elles sont propriétaires, elles ne peuvent, en une seule intervention dans les infrastructures de génie civil de France Télécom, enlever ces câbles coaxiaux en les remplaçant par des câbles en fibre optique, mais qu'elles doivent, en pratique, maintenir actifs leurs réseaux coaxiaux afin d'assurer la continuité du service pour leurs abonnés, déployer dans un nouvel espace au sein des infrastructures de génie civil de France Télécom de nouveaux réseaux en fibre optique, puis transférer leurs abonnés sur ces nouveaux réseaux avant de déposer les anciens réseaux coaxiaux devenus inutiles, l'arrêt retient que, par conséquent, l'Autorité a considéré à juste titre que lors de la rénovation de leurs réseaux, les sociétés Numéricâble se trouvent dans une situation identique à celles des opérateurs déployant des réseaux en fibre optique ex nihilo, tous les opérateurs y compris Numéricâble, devant installer de nouveaux câbles optiques dans les "fourreaux" de France Télécom et consommer pour cela de nouvelles ressources dans le génie civil en intervenant sur des zones où d'autres opérateurs sont susceptibles d'intervenir ; que l'arrêt relève, enfin, que les demandes de France Télécom ne tendent qu'à ce que les modalités opérationnelles s'appliquant à l'ensemble des opérateurs accédant à ses infrastructures de génie civil s'appliquent également aux sociétés Numéricâble lorsqu'elles déploient des câbles en fibre optique pour rénover leurs réseaux, étant rappelé que ces modalités opérationnelles décrivent les règles et processus d'intervention des opérateurs dans le génie civil de France Télécom et que la situation particulière invoquée par les sociétés Numéricâble en ce qu'elles ont acquis et rénové des réseaux câblés, ce qui leur a donné une avance notable sur leurs concurrents, n'est pas méconnue, dès lors que les mesures demandées ne portent pas atteinte aux droits de ces sociétés d'accéder aux infrastructures de génie civil de France Télécom ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il ressort, d'une part, que le remplacement par les sociétés Numéricâble des câbles coaxiaux par des câbles en fibre optique aboutit, dans un premier

temps, au maintien des deux sortes de câble dans les "fourreaux", pour ensuite retirer les câbles coaxiaux en laissant les câbles en fibre optique, sans, contrairement à ce que ces sociétés soutiennent, créer d'espace dans le "fourreau", d'autre part, que l'alignement demandé par la société France Télécom ne concerne que le respect de modalités d'intervention des opérateurs dans son infrastructure de génie civil, la cour d'appel, qui n'a pas modifié l'objet du litige et a procédé à la recherche visée par la troisième branche, a légalement justifié sa décision ; que le moyen, qui manque en fait en ses première et troisième branches, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le sixième moyen :

Attendu que les sociétés Numéricâble font le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que la proportionnalité des mesures ordonnées par l'ARCEP auxquelles est subordonné l'accès à une infrastructure de génie civil doit être appréciée en considération des dépenses totales engagées par un opérateur pour avoir accès à cette infrastructure ; qu'en se bornant à juger que les contraintes de travail, de coût et de délais invoquées par les sociétés Numéricâble sont identiques à celles s'appliquant aux autres opérateurs, sans prendre en considération la dépense supplémentaire de 920 millions d'euros engagée préalablement par ces sociétés, notamment pour avoir accès au génie civil de France Télécom, la cour d'appel a violé les articles L. 32-1 et L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques ;

2°/ que la proportionnalité des mesures ordonnées par l'ARCEP auxquelles est subordonné l'accès à une infrastructure de génie civil doit être appréciée en considération des dépenses totales engagées par un opérateur pour avoir accès à cette infrastructure ; qu'en se bornant à juger que les sociétés Numéricâble ne justifient pas de la nécessité de changer leur système d'information dès lors que les échanges avec le guichet unique de France télécom peuvent avoir lieu via le mode "Interface Homme Machine" (IHM), sans s'interroger sur les coûts d'embauche et de formation de personnel nécessaires à ce nouveau mode de communication avec France télécom, venant se substituer à un mode de communication éprouvé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 32-1 et L. 36-8 du code des postes et des communications électroniques ;

Mais attendu que l'arrêt déduit de l'ensemble des contraintes techniques pesant sur la société France Télécom, ainsi que la nécessité pour elle d'accueillir les demandes d'opérateurs déployant de la fibre optique que seul le passage par un guichet unique permet à France Télécom de normaliser, de rationaliser et donc de mettre en œuvre de façon rapide et efficace les échanges avec l'ensemble des opérateurs accédant à ses infrastructures de génie civil ; qu'il ajoute que si le recours au guichet unique et les mesures décidées s'agissant des phases d'études, de commandes et de travaux imposent aux sociétés Numéricâble des adaptations, ces sociétés ne justifient pas que celles-ci seraient disproportionnées au regard de leur situation et qu'il rappelle à cet égard, d'une part, que les contraintes de travail, de coûts et de délais invoquées par les sociétés Numéricâble sont identiques à celles s'appliquant à tout opérateur déployant de la fibre optique, d'autre part, que les mesures ordonnées ne concernent pas les cas dans lesquels ces sociétés interviennent sur leur réseau câblé existant en dehors de tout déploiement de fibre optique ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel qui n'avait pas à procéder à la recherche visée par la première branche, qui ne lui était pas demandée, et n'avait pas à suivre les sociétés Numéricâble dans le détail de leur argumentation, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que les troisième et quatrième moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le septième moyen :

Vu l'article 16 du code de procédure civile ;

Attendu que pour déclarer irrecevable la demande d'annulation de la décision n° 2010-1179 rendue par l'ARCEP le 4 novembre 2010, en ce qui concerne ses délais de mise en œuvre, l'arrêt retient que cette demande présentée dans les motifs des dernières écritures déposées le 4 avril 2011, par les sociétés Numéricâble non seulement n'est pas reprise dans le dispositif desdites conclusions, mais encore et surtout, ne figure pas dans la déclaration de recours du 8 décembre 2010 ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen relevé d'office, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande d'annulation de la décision n° 2010-1179 rendue par l'ARCEP le 4 novembre 2010 en ce qui concerne ses délais de mise en œuvre, l'arrêt rendu le 23 juin 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société France Télécom aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

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