

COMM.

COUR DE CASSATION

Audience publique du **25 septembre 2012**

Cassation partielle

, président

Arrêt n° 916 F-D

Pourvoi n° A 11-21.664

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par :

1°/ la société NC Numéricâble, société anonyme, dont le siège
est 10 rue Albert Einstein, 77420 Champs-sur-Marne,

2°/ la société Numéricâble, société par actions simplifiée, dont
le siège est 10 rue Albert Einstein, Champs-sur-Marne, 77437
Marne-la-Vallée cedex 2,

contre l'arrêt rendu le 23 juin 2011 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,
chambre 5-7), dans le litige les opposant :

1^o/ à la société France Télécom, société anonyme, dont le siège est 6 place d'Alleray, 75015 Paris,

2^o/ à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, dont le siège est 7 square Max Hymans, 75730 Paris cedex 15,

3^o/ au ministère public, domicilié cour d'appel de Paris, 34 quai des Orfèvres, 75055 Paris cedex 01,

défendeurs à la cassation ;

Les demanderesses invoquent, à l'appui de leur pourvoi, les sept moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 10 juillet 2012, où étaient présents : _____, président, _____, conseiller référendaire rapporteur, _____, conseiller doyen, _____, greffier de chambre ;

Sur le rapport de _____, conseiller référendaire, les observations de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat des sociétés NC Numéricâble et Numéricâble, de la SCP Defrenois et Levis, avocat de la société France Télécom, l'avis de _____, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

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, dérogatoire 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

différents, la cour d'appel retient exactement qu'il ressort des termes des articles L. 32, 2^o et L. 32-8^o 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^o / 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 Ftx, 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 activés 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 l'ensemble des opérations d'études, de commandes et de travaux 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.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour les sociétés NC Numéricâble et Numéricâble

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par les sociétés NUMERICABLE contre la décision n°2010-1179 du 4 novembre 2010 de l'ARCEP,

AUX MOTIFS QUE sont demanderesses au recours, la société NC NUMERICABLE et la société NUMERICABLE SAS, défenderesse au recours la société FRANCE TELECOM SA, en présence de l'AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET DES POSTES,

ET AUX MOTIFS QUE la décision est prise vu les observations écrites de l'ARCEP en date du 17 mars 2011 tendant au rejet du recours,

ALORS 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 NUMERICABLE contre sa décision, la Cour d'appel a violé l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 38-6 du Code des postes et des communications électroniques.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par les sociétés NUMERICABLE contre la décision n°2010-1179 du 4 novembre 2010 de l'ARCEP,

AUX MOTIFS QUE le premier moyen présenté par les sociétés Numéricable est pris du fait que l'ARCEP aurait excédé la compétence qui lui est dévolue par l'article L.36-8 du CPCE en matière de règlement de différend au détriment de la compétence du juge du contrat seul compétent par application de l'article 1134 du code civil s'agissant de la fixation des conditions d'une convention ne relevant pas du régime de l'« accès à un réseau de communications électroniques » ; que, pour invoquer l'incompétence matérielle de l'ARCEP au profit de celle, exclusive, du juge du contrat, les sociétés Numéricable font valoir que : la compétence de l'ARCEP, prévue par l'article L.36-8 CPCE en matière de règlement des différends, ne s'étend pas à tout type d'accès au sens de la définition

générale de l'article L.32, 8° CPCE, mais est limitée aux conventions d'accès « à un réseau de communications électroniques », étant précisé que cette distinction n'emporte aucune conséquence sur la compétence de l'ARCEP pour réguler ex ante le marché de l'accès de gros aux infrastructures de France Télécom, cette compétence étant fondée sur l'article L.38 CPCE qui fait référence à l'accès au sens large de l'article L.32, 8° du même code, que la notion de réseau de communications électroniques définie par l'article L.32, 2° CPCE ne concerne pas les infrastructures passives permettant l'exploitation d'un tel réseau, que c'est d'ailleurs pour cette raison que les acteurs, tels les Egouts de Paris, EDF, les collectivités territoriales..., fournissant du génie civil aux opérateurs pour les besoins de leurs réseaux de communications électroniques ne se sont pas déclarés auprès de l'ARCEP, que l'accès au génie civil de France Télécom n'est pas l'accessoire d'une prestation d'accès au réseau de communications électroniques de France Télécom ce qui aurait, si tel avait été le cas, pu justifier la compétence de l'ARCEP en règlement de différend, que le génie civil n'entre pas dans la définition d'un réseau de communications électroniques telle qu'énoncée par l'article 2a) de la directive 2002/21/CE ou par l'article L.32, 2° CPCE, que la directive 2009/140/CE non encore transposée, qui modifie la directive « accès » de 2002, et dont le délai de transposition expire le 25 mai 2011, ne pouvait être utilisée par l'ARCEP pour interpréter les dispositions du CPCE, que l'Autorité ne pouvait se fonder que sur la directive « accès » 2002/21/CE du 7 mars 2002 dont l'article 20 dispose que l'autorité réglementaire nationale ne statue que sur les litiges intervenant exclusivement entre les opérateurs de communications électroniques, ce qui exclut la modification de conventions conclues entre un opérateur avec le propriétaire d'une infrastructure passive, celle-ci pouvant être détenue par une entreprise n'ayant pas la qualité d'opérateur, que les prérogatives de puissance publique de l'ARCEP doivent s'exercer dans le cadre de la compétence spéciale dévolue à cette autorité en matière de règlement des litiges se cantonnant aux différends relatifs à la conclusion d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques, que cette compétence en ce qu'elle comprend la possibilité d'imposer la signature d'une convention ou d'en modifier les termes constitue une exception au principe d'intangibilité des conventions posé par l'article 1134 du code civil, et ne peut être étendue, au détriment du juge des contrats, à un différend relatif à une prestation isolée d'accès à une infrastructure passive ; qu'aux termes de l'article L.36-8, I du CPCE : « En cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut être saisie du différend par l'une ou l'autre des parties » ; qu'aux termes de l'article L.32 2° du même code : « On entend par réseau de communications électroniques 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 satellitaires, les réseaux terrestres, les systèmes utilisant le réseau électrique pour autant qu'ils servent à l'acheminement de communications électroniques et les réseaux assurant la diffusion ou utilisés pour la distribution de services de communication audiovisuelle » ; que l'article L.32 8° du même code indique : « On entend par accès 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... Ne sont pas visés par le présent code les systèmes d'accès sous condition et les systèmes techniques permettant la réception de services de communication audiovisuelle, définis et réglementés par la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication » ; que 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") prévoit en son article 20 relatif à la résolution des litiges entre entreprises : « 1. Lorsqu'un litige survient, en ce qui concerne des obligations découlant de la présente directive ou des directives particulières, entre des entreprises assurant la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques dans un seul Etat membre, l'autorité réglementaire nationale concernée prend, à la demande d'une des parties, et sans préjudice des dispositions du paragraphe 2, une décision contraignante afin de résoudre le litige dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans un délai de quatre mois, sauf dans des circonstances exceptionnelles. L'Etat membre concerné exige que toutes les parties coopèrent pleinement avec l'autorité réglementaire nationale » ; qu'aux termes de l'article 2 a) de cette directive, on entend par « réseau de communications électroniques : les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise » ; que, parmi les directives particulières visées par la directive cadre, 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) précise qu'« aux fins de la présente directive, les définitions figurant à l'article 2 de la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») sont applicables » et que « les définitions suivantes sont également applicables » : « a) accès » : la mise à la disposition d'une autre entreprise, dans des conditions bien définies et de manière exclusive ou non exclusive,

de ressources et/ou de services en vue de la fourniture de services de communications électroniques. Cela couvre notamment : l'accès à des éléments de réseaux et à des ressources associées et éventuellement la connexion des équipements par des moyens fixes ou non (cela inclut en particulier l'accès à la boucle locale ainsi qu'aux ressources et services nécessaires à la fourniture de services via la boucle locale) ; l'accès à l'infrastructure physique, y compris les bâtiments, gaines et pylônes l'accès aux systèmes logiciels pertinents, avec notamment les systèmes d'assistance à l'exploitation ; l'accès à la conversion du numéro d'appel ou à des systèmes offrant des fonctionnalités équivalentes ; l'accès aux réseaux fixes et mobiles, notamment pour l'itinérance ; l'accès aux systèmes d'accès conditionnel pour les services de télévision numérique ; l'accès aux services de réseaux virtuels » ; qu'il n'est pas contestable, ainsi que le rappellent les sociétés Numéricable, que les infrastructures de génie civil de France Télécom sont des infrastructures passives constituées de tuyaux, également appelés fourreaux, installés sous le sol et dans lesquels passent les réseaux de câbles de télécommunication desservant les abonnés ; que les sociétés Numéricable contestent la compétence de l'ARCEP pour statuer en règlement d'un différend concernant des infrastructures passives qui, en tant que telles, ne relèveraient pas de l'« accès à un réseau de communications électroniques » ; que, contrairement à ce qui est soutenu, la définition de l'« accès » par l'article L. 32,8°, qui figure au chapitre 1 relatif aux définitions et principes, en tête du livre 2 du CPCE consacré aux communications électroniques, ne saurait être entendue différemment selon qu'est employé le seul terme « accès » ou qu'est utilisée l'expression « accès à un réseau de communications électroniques » ; que l'accès - qui 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 (article L.32,8° CPCE) et qui couvre l'accès à l'infrastructure physique, y compris les bâtiments, gaines et pylônes (article 2 de la directive accès dont le périmètre est sur ce point identique à celui de la directive cadre relativement au pouvoir de règlement de différend de l'autorité réglementaire nationale) - comporte la mise à disposition des infrastructures physiques de génie civil destinées à permettre à son bénéficiaire la fourniture de services de communications électroniques ; que le réseau de communications électroniques comprend les « autres moyens » (article L.32,2° CPCE) ou les « ressources » (article 2 a de la directive cadre) permettant l'acheminement des communications électroniques ; qu'en l'absence de restriction ou d'énumération limitative desdits moyens ou ressources, 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 ; qu'une telle interprétation est également conforme à l'intention du législateur communautaire telle que confirmée par la modification de la directive « cadre » ; que la directive 2009/140/CE du parlement européen et du conseil du 25 novembre 2009 -

modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques - est entrée en vigueur le 19 décembre 2009 et doit être transposée en droit national avant le 25 mai 2011 ; que cette directive - qui indique en son considérant 12 qu'il « convient de préciser ou de modifier certaines définitions pour prendre en compte l'évolution des marchés et des technologies et lever les ambiguïtés recensées lors de la mise en oeuvre du cadre réglementaire » - précise que les autres ressources d'un réseau de communications électroniques comprennent les éléments de réseau qui ne sont pas actifs ; qu'il sera observé s'agissant de la directive du 25 novembre 2009, que c'est, au vu de la décision de l'ARCEP, à tort que les sociétés Numéricable soutiennent que l'ARCEP se serait fondée sur une application directe avant expiration du délai de transposition dans un rapport horizontal des dispositions de cette directive et non sur les directives transposées de 2002 ; qu'au surplus, le droit national doit être interprété afin de donner un effet utile aux directives communautaires sans avoir à s'interroger sur le point de savoir si le délai de transposition est ou non expiré ; qu'enfin, la mission régulatrice confiée par la loi à l'ARCEP lui donne notamment le pouvoir d'imposer aux opérateurs relevant de son autorité des prescriptions et des injonctions ayant une incidence sur la conclusion, le contenu ou l'exécution de leurs conventions et de restreindre ainsi, pour des motifs d'ordre public économique, le principe de liberté contractuelle dont ils bénéficient ; que, contrairement à ce que soutiennent les sociétés Numéricable, il ne s'agit pas en l'espèce d'un différend portant « sur une simple et isolée prestation d'accès à une infrastructure passive », mais d'un différend portant sur l'accès à une infrastructure de génie civil qui constitue une des ressources permettant de fournir des services de communications électroniques ; que ce différend oppose des cablo-opérateurs au propriétaire desdites infrastructures la société France Télécom, tenue, en vertu d'une décision de l'ARCEP du 24 juillet 2008, de faire droit dans certaines conditions aux demandes d'accès à ses fourreaux de génie civil, et par ailleurs en situation de concurrence avec les sociétés Numéricable sur le marché aval de fourniture de services de communications électroniques à très haut débit ; qu'est à cet égard inopérante la référence par les demanderesses au recours au rapport 2007 de l'ARCEP sur « la mise en conformité des conventions câbles » se bornant à rappeler l'incompétence de l'ARCEP pour se prononcer sur la qualification juridique de conventions conclues entre collectivités territoriales et cablo-opérateurs pour l'établissement et l'exploitation des réseaux câblés dans le cadre de la loi relative à la liberté des communications ; qu'il en résulte que le moyen d'annulation pris du fait que l'ARCEP aurait excédé la compétence qui lui est dévolue par l'article L.36-8 du CPCE en matière de règlement de différend au détriment de la compétence du juge du contrat doit être rejeté,

1- ALORS 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, dérogatoire 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 TELECOM, 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- ALORS 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- ALORS 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.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par les sociétés NUMERICABLE contre la décision n°2010-1179 du 4 novembre 2010 de l'ARCEP,

AUX MOTIFS QUE le deuxième moyen invoqué par les sociétés est pris de la méconnaissance des dispositions de l'article L.36-8-I du CPCE en raison de l'absence de demande d'avis présenté par l'ARCEP au Conseil Supérieur de l'Audiovisuel alors que les demandes qui lui étaient soumises étaient susceptibles de restreindre de façon notable l'offre de services de

communication audiovisuelle ; que les dispositions invoquées prévoient que « Lorsque les faits à l'origine du litige sont susceptibles de restreindre de façon notable l'offre de services de communication audiovisuelle, l'autorité recueille l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel... » ; qu'il est observé que les sociétés, qui soutiennent que tel est le cas dès lors que les stipulations contractuelles imposaient à France Télécom de les accompagner pour une intervention en deux heures en cas d'intervention curative alors que l'offre GC Ftx prévoit un accompagnement disponible uniquement sous 48 heures ouvrées, ne justifient pas de cette affirmation générale ; qu'en effet, les sociétés ne contestent pas les constatations de l'ARCEP selon lesquelles, il convient de distinguer, tant dans l'offre GC Ftx que dans les contrats litigieux, les opérations de maintenance préventive de celles de maintenance curative ; que dans l'offre GC Ftx : lorsqu'un opérateur intervient pour des opérations de maintenance préventive de ses réseaux de fibre optique, ces opérations sont réalisées dans le cadre du processus de la « déclaration de travaux », c'est-à-dire une déclaration via un modèle formalisé auprès du guichet unique ; qu'un accusé de réception valant autorisation pour l'opérateur d'intervenir sur les infrastructures de génie civil est alors délivré par le guichet unique dans un délai de 2 jours ouvrés ; que lorsqu'il s'agit d'opérations de maintenance curative, elles font l'objet d'un dépôt par l'opérateur d'une signalisation au guichet unique ; que l'autorisation d'intervenir dans les infrastructures de génie civil est donnée par un accusé de réception émis de manière automatique ; qu'en matière de prestations de maintenance réalisées par les sociétés Numéricable sur son réseau, les contrats de cession distinguent : les travaux programmables (maintenance préventive) lorsque les sociétés Numéricable interviennent sur le génie civil pour remplacer des tronçons de câbles de fibre optique et peuvent être amenées à demander à France Télécom un changement d'attribution de fourreaux ; que les sociétés prennent alors contact, au moins quinze jours avant la date de début des travaux lorsqu'ils sont programmés en heures non ouvrables (sept jours dans le cas contraire), avec l'unité d'intervention de France Télécom ; les travaux non programmables (maintenance curative) ; que pendant les heures ouvrables, le dispositif mis en place est celui applicable à la maintenance préventive, soit une prise de contact avec France Télécom dans les délais indiqués ; qu'hors heures ouvrables, il est prévu que les sociétés Numéricable utilisent un fourreau disponible en respectant les règles de l'art et en informent sans délai France Télécom dès la première heure ouvrable suivante ; que, selon les sociétés Nutuéricable, le fait de leur imposer de passer, dans tous les cas de maintenance curative, par le guichet unique de France Télécom, conduit « en pratique à retarder fortement les délais de rétablissement du service en cas de coupure du service audiovisuel à certains abonnés » et donc à restreindre les demandes présentées sur l'offre de services de communication audiovisuelle et ce, d'autant plus que ces sociétés, qui sont des opérateurs importants en tant que distributeur de services de télévision payante, ne fournissent sur certaines zones que de tels services ; que cependant, d'une part,

contrairement à ce qui est soutenu, l'obligation de recourir au guichet unique de France Télécom ne s'impose pas aux sociétés Numéricable dans tous les cas de maintenance curative puisqu'elle ne concerne pas le réseau coaxial de ces sociétés ; que cette obligation ne s'impose que lorsque la maintenance curative porte sur le réseau fibre optique de ces sociétés ; que, d'autre part, ainsi que l'a relevé l'ARCEP, s'agissant du processus de maintenance curative, l'autorisation automatique émise par le guichet unique, prévue par l'offre GC Ftx, permet aux sociétés Numéricable d'intervenir rapidement dans le génie civil notamment en cas d'incidents ou de dysfonctionnement sur leurs installations ; qu'enfin, que les sociétés Numéricable ne sont pas fondées à évoquer des difficultés internes de communication entre leurs équipes de techniciens et leurs équipes chargées des relations avec France Télécom pour invoquer des retards de délais de rétablissement de leur service et ne justifient pas en quoi les informations à fournir à France Télécom les empêcheraient de rechercher l'origine d'une panne dès lors qu'il leur suffit de procéder à une signalisation, étant en outre observé qu'il n'est pas contesté que la probabilité de pannes est très faible sur un réseau rénové en fibre optique ; que c'est par conséquent sans en justifier que les sociétés Numéricable soutiennent que les demandes présentées à l'ARCEP étaient susceptibles de restreindre de façon notable l'offre de services de communication audiovisuelle pour leurs abonnés ; qu'il ne peut être reproché à l'ARCEP de ne pas avoir recueilli l'avis du CSA,

1- ALORS QUE dans leurs conclusions d'appel, les sociétés NUMERICABLE expliquaient qu'en cas de panne, elles ne savaient pas par avance jusqu'où elles devraient remonter dans le génie civil, ni si elles devraient intervenir dans des chambres sécurisées, alors que ces informations devaient pourtant être fournies à FRANCE TELECOM dans le cadre de l'offre GC Ftx avant toute intervention, ce qui rendait donc impossible les interventions de NUMERICABLE sur le génie civil ; qu'en jugeant que ces sociétés ne justifiaient pas en quoi les informations à fournir à FRANCE TELECOM les empêcheraient de rechercher l'origine de la panne, la Cour d'appel a dénaturé les conclusions des exposantes, violant ainsi l'article 4 du Code de procédure civile.

2- ALORS QUE la Cour d'appel a expressément relevé que par application des contrats de cession, les sociétés NUMERICABLE pouvaient intervenir pour des opérations de maintenance curative, en dehors des heures ouvrables, sans information préalable de FRANCE TELECOM, alors que, par application de l'offre GC Ftx, elles devaient préalablement à toute intervention curative fournir des informations à FRANCE TELECOM ; qu'il s'en évinçait nécessairement que sous le régime nouveau envisagé, les interventions curatives, nécessitant une fourniture d'informations préalables, nécessiteraient de plus longs délais, ce qui constituait un risque de restriction notable de l'offre audiovisuelle en cas de panne et imposait donc à l'ARCEP de saisir le CSA ; qu'en jugeant le contraire, la Cour d'appel n'a pas tiré les

conséquences légales de ses propres constatations au regard de l'article L.36-8 I du Code des postes et des communications électroniques.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par les sociétés NUMERICABLE contre la décision n°2010-1179 du 4 novembre 2010 de l'ARCEP,

AUX MOTIFS QUE le troisième moyen invoqué par les sociétés est pris de la violation des dispositions de l'article L.36-8 du CPCE, en ce que la décision de l'ARCEP est fondée sur une erreur de droit et d'appréciation des faits dans l'examen d'un échec des négociations alors que certaines des demandes présentées se fondaient sur un document postérieur à la saisine de cette autorité ; que les sociétés Numéricable font valoir : d'une part, que les échanges entre les parties ne caractérisent pas un échec des négociations dès lors que l'objet des négociations entre elles et France Télécom a varié, que la réunion du 26 mai 2010 devait se cantonner à l'évolution des règles opérationnelles dans les cas d'extension de réseaux en fibre optique hors les cas de modernisation du réseau câblé couverts par les conventions des parties et que France Télécom pouvait reprogrammer cette réunion au lieu de saisir l'ARCEP ; d'autre part, que les demandes soumises par France Télécom dans ses saisines différaient des demandes qui leur avaient été soumises lors des négociations dès lors en premier lieu que celles-ci visaient le déploiement ex nihilo de la fibre optique et les saisines l'alignement des modalités des conventions des parties sur l'offre OC Fttx et dès lors en second lieu que France Télécom a indiqué lors de l'instruction demander un alignement sur les dispositions de l'offre GC Fttx dans sa version dite 4 du 26 août 2010, - offre qui n'existant pas lors des saisines, n'avait pu faire l'objet de négociations, offre qui faisait suite à une décision de l'ARCEP du 20 juillet 2010 constatant la non conformité de certaines modalités de la version 3 de l'offre OC Fttx, - et offre dont l'Autorité ne pouvait affirmer qu'elle n'a pas substantiellement modifié les conditions de l'offre existante sans analyser les évolutions des demandes de France Télécom en cours d'instruction ; mais qu'il résulte des pièces versées aux débats que par courriers identiques du 13 avril 2010 adressés l'un à la société NC Numéricable, l'autre à la société Numéricable SAS et relatifs aux contrats de cession de 1999, 2001 et 2004, la société France Télécom indique qu'elle « entend homogénéiser les règles d'intervention dans le génie civil des différents intervenants et pour ce faire aligner (les) conditions d'intervention (des sociétés Numéricable) sur celles prévues au contrat d'accès Fttx » ; que ces courriers comportent une annexe décrivant « les principales étapes du processus d'intervention dans le génie civil de France Télécom et les dispositions associées applicables aux opérations de modification ou d'extension des infrastructures pour les déploiements de fibre optique autorisées par le contrat et qu'il conviendrait d'intégrer à celui-ci dans

la perspective de la finalisation de l'alignement » ; que cette annexe contient en particulier l'ensemble des points qui ont par la suite fait l'objet des saisines de l'Autorité ; que les sociétés Numéricable ne se sont pas méprisées sur le sens de ces courriers en répondant le 5 mai 2010 : « nous ne sommes pas, bien au contraire, opposés par principe à un aménagement de ces conventions, Nous vous proposons de nous rencontrer à cette fin pour en discuter plus avant (...) nous ne pouvons que nous étonner que vous nous proposiez, tout au long de votre courrier, un alignement sur les conditions contractuelles et tarifaires des opérateurs en fibre optique » ; qu'une rencontre a eu lieu le 6 mai 2010 entre des représentants de France Télécom et des sociétés Numéricable, prévoyant une réunion de négociation le 26 mai 2010 ; que, les sociétés Numéricable, qui ne se sont pas présentées à la réunion programmée du 26 mai 2010, ne donnent pas plus devant la Cour d'appel que devant l'Autorité d'explication sur cette absence ; qu'elles ne peuvent, alors qu'elles avaient émis les réserves écrites sus-rappelées le 5 mai 2010 et ne se sont pas expliquées sur leur absence à une réunion convenue, reprocher à France Télécom de ne pas avoir réorganisé cette « réunion avortée » au lieu de saisir l'ARCEP sans les relancer ; qu'elles ne peuvent davantage, au vu des termes des courriers échangés, soutenir que la réunion du 26 mai 2010 n'avait pas pour objet de négocier l'aménagement proposé par France Télécom le 13 avril 2010 (entretien, modernisation et extension du réseau câblé Numéricable) ; qu'à cet égard, le courrier électronique adressé le 27 mai 2010 par France Télécom à Numéricable s'étonnant de l'absence de ces sociétés à la réunion programmée la veille et rappelant que les discussions devaient porter « sur les questions relatives à l'alignement des processus des contrats de cessions sur ceux de l'offre Ftx dans le cadre des déploiements fibre optique » ne peut être interprété comme limitant l'objet de la réunion programmée à l'évolution des règles opérationnelles dans les cas d'extension de réseaux en fibre optique hors les cas de modernisation du réseau câblé couverts par les conventions des parties, ou au déploiement ex nihilo de la fibre optique d'extension du réseau câblé en fibre optique ; qu'en effet les sociétés Numéricable n'ignorent pas que le déploiement de la fibre optique intervient aussi bien dans des hypothèses de modernisation du réseau coaxial que dans des hypothèses d'extension de leur réseau ; qu'est ainsi caractérisé en l'espèce un échec des négociations relatives à l'alignement sur l'offre Ftx des règles et processus d'intervention de Numéricable dans le génie civil de France Télécom ; que l'appréciation de la réalité d'un tel échec dépendant des circonstances propres à chaque affaire, les sociétés ne sont pas fondées à invoquer une « pratique décisionnelle de l'ARCEP » qui, dans une précédente décision du 4 novembre 2008 a relevé d'autres circonstances qui dans cette dernière affaire caractérisaient un échec des négociations ; que par ailleurs, contrairement à ce qui est soutenu, l'objet des négociations qui ont échoué ne diffère pas des demandes soumises par France Télécom dans ses saisines de l'Autorité le 7 juillet 2010 ; que ces saisines tendaient, en effet, à ce qu'il soit enjoint aux sociétés Numéricable « de souscrire... à

l'alignement sur l'offre d'accès aux installations de Fttx des modalités opérationnelles d'accès prévues par les contrats conclus (en 1999, 2001 et 2004) pour les opérations de modernisation en fibre optique de ses réseaux concernant les règles d'intervention dans le génie civil et (certains) processus d'intervention dans le génie civil » ; que l'alignement demandé portait sur l'offre GC Fttx de France Télécom (offre de référence d'accès à son génie civil à destination des opérateurs souhaitant déployer des réseaux de boucles locales en fibre optique) dans sa version dite 3 de 2009, la 1ère version datant du 15 septembre 2008 et la version 3 précédant la version dite 4 du 26 août 2010 postérieure aux saisines, et celle actuellement en vigueur du 29 décembre 2010 ; qu'il importe peu, au regard de l'appréciation de l'échec des négociations, que France Télécom se soit, au cours de l'instruction menée par l'ARCEP, référé à la version 4 de l'offre GC Fttx, dès lors que les négociations vainement tentées antérieurement aux saisines de l'Autorité ont porté sur la version 3 de ladite offre, que cette version était en vigueur lors des saisines, que l'Autorité s'est référée à la lettre sus-rappelée de France Télécom et son annexe du 13 avril 2010 reprenant certaines modalités de l'offre GC Fttx dans sa version 3 et fondant les demandes formées par France Télécom devant l'Autorité, et que l'Autorité a statué au vu des stipulations de la version 3 de l'offre ; qu'il en résulte que c'est à tort que les sociétés contestent la réalité d'un échec des négociations avec France Télécom préalablement à la saisine de l'ARCEP par cette dernière et invoquent une erreur de droit,

1- ALORS QUE la négociation devant être loyalement menée, une partie ne saurait tirer argument de la seule absence de son partenaire commercial à une réunion pour en déduire l'échec des négociations ; qu'en jugeant pourtant que la seule absence des sociétés NUMERICABLE à la réunion du 26 mai 2010 suffisait à caractériser l'échec des négociations permettant à la société FRANCE TELECOM de saisir l'ARCEP, la Cour d'appel qui a statué par un motif insuffisant à établir cet échec, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.36-8 du Code des postes et des communications électroniques.

2- ALORS QUE le juge ne peut pas modifier l'objet du litige ; qu'en l'espèce, la Cour d'appel a relevé que FRANCE TELECOM avait, en cours d'instance devant l'ARCEP, demandé à ce que les sociétés NUMERICABLE respectent la version 4 de l'offre GC Fttx ; qu'en jugeant pourtant que l'ARCEP avait valablement pu statuer au vu des stipulations de la version 3 de l'offre, la Cour d'appel a entériné une méconnaissance de l'objet du litige par l'ARCEP, en violation des articles 4 et 5 du Code de procédure civile.

CINQUIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par les sociétés NUMERICABLE contre la décision n°2010-1179 du 4 novembre 2010 de l'ARCEP,

AUX MOTIFS QUE le quatrième moyen invoqué par les sociétés, pris de la violation des dispositions de l'article L.32 du CPCE soutient que l'ARCEP ne pouvait accueillir la demande de règlement de différend présentée par France Télécom fondée sur la nécessité de lui permettre d'aligner les modalités d'accès pour l'ensemble des opérateurs alors que France Télécom reconnaissait elle-même que Numéricable ne se trouvait pas dans la même situation que les autres opérateurs ; que les sociétés, invoquant l'article L.32-I, 9° du CPCE, soutiennent que le principe de non discrimination qui s'impose à l'ARCEP consiste à ne traiter de la même manière que les personnes qui sont dans la même situation ; qu'elles font valoir que l'Autorité a méconnu leur situation particulière en considérant à tort qu'elles se trouvaient dans la même situation que les opérateurs déployant de la fibre optique ex nihilo alors que leur réseau coaxial occupe déjà les infrastructures de génie civil de France Télécom depuis plus de 25 ans et qu'en déposant leur câble coaxial après installation de leurs nouveaux câbles optiques dans ces infrastructures et transfert de leurs abonnés, elles déposent leurs anciens câbles libérant ainsi de l'espace dans les fourreaux de l'opérateur historique ; qu'en outre, l'économie générale des conventions en cause reflète leur situation particulière dès lors qu'elles ont déboursé initialement plus de 920 millions d'euros pour avoir accès au génie civil de France Télécom pendant 20 ans, ce prix devant comprendre le droit de rénover le réseau en utilisant de la fibre optique et d'accéder selon des modalités adéquates aux infrastructures ; qu'aux termes de l'article L. 32-1, II, 9° CPCE : « Dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes prennent, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis et veillent... à l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs » ; qu'il n'est contesté - ni que les sociétés Numéricable sont propriétaires des câbles des réseaux coaxiaux déployés sur certaines zones géographiques dans les fourreaux appartenant à France Télécom, - ni que lorsque ces sociétés entendent déployer des réseaux en fibre optique pour rénover leurs réseaux coaxiaux, elles ne peuvent, en une seule intervention dans le génie civil de France Télécom, enlever leurs câbles coaxiaux en les remplaçant par des câbles en fibre optique ; qu'elles doivent, en pratique, maintenir activés 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 ; que c'est par conséquent à juste titre que l'Autorité retient que lors de la rénovation de leurs réseaux, les sociétés

Numéricable se trouvent dans une situation identique à celles des opérateurs déployant des réseaux en fibre optique ex nihilo, tous les opérateurs y compris Numéricable, 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, contrairement à ce qui est soutenu, le fait que les sociétés Numéricable libèrent - après installation de câbles en fibre optique et transfert de ses abonnés - de l'espace dans le génie civil de France Télécom en déposant leurs câbles coaxiaux, ne saurait placer ces sociétés dans une situation différente de celle de tout opérateur au moment où il installe des câbles optiques et donc occupe de l'espace dans les fourreaux appartenant à l'opérateur historique ; que par ailleurs, il n'est contesté - ni que les sociétés Numéricable ont acquis des câbles coaxiaux installés dans des infrastructures de génie civil appartenant à France Télécom, - ni que les conventions en cause confèrent pour 20 ans à ces sociétés un droit d'occupation des infrastructures de France Télécom, ce droit comportant un droit, non exclusif, de passage de leurs câbles (contrat de 1999) ou une autorisation permanente d'accès dans le génie civil de France Télécom (contrats de 2001 et 2004) et leur permettant de maintenir leurs câbles coaxiaux et, sous certaines conditions, de les moderniser ; que cependant, ces droits ne sont pas atteints par les demandes de France Télécom qui ne remettent pas en cause - ni le droit pour les sociétés Numéricable d'accéder aux infrastructures France Télécom dans les zones géographiques concernées par les contrats pour maintenir les réseaux existants et entretenir dans les termes des contrats son réseau coaxial, - ni la faculté pour ces sociétés de moderniser leurs réseaux en accédant au génie civil de France Télécom pour y déployer des câbles optiques ; qu'en effet 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 Numéricable lorsqu'elles déploient des câbles en fibre optique pour rénover leurs réseaux, étant rappelé que ces "modalités opérationnelles" qui rassemblent un ensemble de règles et processus organisant l'accès au génie civil de France Télécom par les opérateurs pour l'installation et le maintien de nouveaux réseaux en fibre optique, décrivent les règles et processus d'intervention des opérateurs dans le génie civil de France Télécom et que lorsqu'elles déploient de nouveaux réseaux optiques dans de nouvelles zones ou pour moderniser leurs réseaux coaxiaux, les sociétés Numéricable se trouvent dans une situation analogue à celle de tout opérateur ; que les mesures demandées ne concernent ainsi que l'organisation de certaines modalités d'accès par Numéricable au génie civil de France Télécom afin de les aligner sur celles, applicables à tout opérateur déployant des câbles en fibre optique, telles que figurant dans l'offre GC Ftx ; qu'enfin, la situation particulière invoquée par les sociétés Numéricable en ce qu'elles ont acquis et rénové des réseaux câblés - ce qui, ainsi qu'elles relèvent elles mêmes, 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 ; que c'est par conséquent à tort que les sociétés reprochent à l'Autorité d'avoir méconnu les dispositions sus-rappelées du CPCE,

1- ALORS QUE le juge ne peut pas modifier l'objet du litige ; qu'en l'espèce, les sociétés NUMERICABLE expliquaient être dans une situation différente de celle des autres opérateurs soumis à l'offre GC Ftx, ce que FRANCE TELECOM reconnaissait expressément dans ses écritures ; qu'en jugeant pourtant que lors de la rénovation de leur réseau, les sociétés NUMERICABLE 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- ALORS 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 NUMERICABLE libèrent, après installation de leurs câbles en fibres optiques, de l'espace dans le génie civil de FRANCE TELECOM 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 NUMERICABLE 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 NUMERICABLE 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 européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

3- ALORS 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 NUMERICABLE expliquaient qu'elles avaient déboursé 920 millions d'euros pour avoir accès au génie civil de FRANCE TELECOM aux conditions prévues dans les contrats de cession, ce qui les différencie 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 TELECOM 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 NUMERICABLE à un formalisme d'intervention sur le génie civil

moins lourd que celui imposé aux autres opérateurs par l'offre GC Ftx, peu important que le principe même de l'accès aux infrastructures de génie civil de FRANCE TELECOM 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 européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

SIXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par les sociétés NUMERICABLE contre la décision n°2010-1179 du 4 novembre 2010 de l'ARCEP,

AUX MOTIFS QUE par un cinquième moyen, les sociétés soutiennent que les mesures ordonnées par l'ARCEP ne sont pas nécessaires, qu'elles sont inéquitables et disproportionnées ; que cependant, s'agissant des motifs de la décision contestée, les sociétés soutiennent à tort (dernières conclusions n° 232 et svts) : d'une part que l'Autorité se serait bornée pour justifier la nécessité des mesures ordonnées à mener « l'analyse selon laquelle » « les droits acquis par Numéricable en matière d'accès au génie civil ne seraient pas remis en cause » et « la rénovation des câbles soulèverait des contraintes opérationnelles identiques à celles du déploiement des boucles locales optiques », d'autre part que la Décision n'aurait pas mentionné la raison pour laquelle les modifications des conventions demandées par France Télécom seraient nécessaires pour poursuivre un objectif de régulation tel que défini par l'article L32-1 du CPCE en ce qu'il prévoit que « Dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes prennent, dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis et veillent :... à l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques, et au développement de l'emploi, de l'investissement efficace dans les infrastructures, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques », enfin que la Décision ne mentionne pas en quoi les dispositions existantes des conventions ne permettraient pas de remplir ces objectifs alors que la modification de conventions, dérogeant à la volonté des parties, n'est : soit pas nécessaire et proportionnée s'il s'agit de simples modifications de forme, soit nécessaire à la poursuite d'un objectif impérieux auquel cas, il ne s'agit pas d'un simple formalisme et il n'est pas équitable de les imposer sans procéder à une révision complète des conventions incluant la révision du prix payé ; qu'il ressort de la décision : qu'après avoir constaté que les contrats de cession liant Numéricable à France Télécom fixent un ensemble de processus et de règles d'intervention

en ce qui concerne les “modalités opérationnelles” d'accès au génie civil de France Télécom et que les demandes de France Télécom tendent à un alignement des modalités opérationnelles prévues par ces conventions sur celles prévues par l'offre GC Fttx alors en vigueur, et après avoir relevé que les modifications demandées par France Télécom ne remettent pas en cause les droits acquis par Numéricable au titre des contrats de cession et que, lorsqu'elle installe des câbles optiques avant de démonter ses câbles coaxiaux, Numéricable se trouve dans une situation identique à celle de tout opérateur déployant des câbles optiques dans le génie civil, l'ARCEP (Cf décision page 20), afin d'apprécier le caractère équitable des demandes formées par France Télécom, s'attache : dans un premier temps à apprécier la nécessité de modifier ces “modalités opérationnelles”, c'est-à-dire à vérifier si ces modifications demandées sont justifiées au regard de ce qui est nécessaire pour permettre à France Télécom de mettre en oeuvre, dans le cadre du déploiement industriel de nouveaux réseaux en fibre optique, un accès partagé et efficace de l'ensemble des opérateurs, à la ressource limitée que constitue son génie civil, et dans un second temps à analyser le caractère proportionné des modifications demandées au regard de la situation particulière des sociétés Numéricable ; que, pour conduire cet examen du caractère équitable des demandes de France Télécom, l'Autorité procède à deux analyses complémentaires celle, générale, de la cohérence globale des demandes de France Télécom et celle, individuelle, de chacune des modifications demandées par cette société ; qu'enfin, contrairement à ce qui est soutenu, à supposer que les adaptations des contrats ordonnées relèvent d'un “simple formalisme” ou d'une rationalisation, ce simple fait ne saurait exclure a priori leur nécessité ; qu'il ne peut être reproché à la décision de ne pas avoir recherché si l'homogénéisation des procédures d'accès aux infrastructures de génie civil de France Télécom et la rationalisation des modalités d'occupation des infrastructures étaient ou non nécessaires pour garantir un accès partagé et efficace du génie civil à l'ensemble des opérateurs et si les mesures demandées à cette fin étaient ou non proportionnées eu égard à la situation de Numéricable ; que, pour contester le caractère équitable et proportionné des mesures ordonnées par l'Autorité, les sociétés Numéricable font valoir - en premier lieu que l'analyse de la cohérence globale d'une offre GC Fttx qui n'est pas précisément identifiée par l'ARCEP ne justifie ni la nécessité de l'alignement imposé, ni son caractère raisonnable et proportionné, - et en second lieu que l'analyse individuelle de chacune des stipulations révèle l'absence de nécessité et de proportionnalité des mesures ordonnées par l'Autorité ; mais qu'en premier lieu, l'analyse par l'Autorité (Cf décision pages 20 à 25) de « la cohérence globale des modifications souhaitées par France Télécom » est menée, ainsi que le confirme l'ARCEP dans ses observations, au vu de l'offre GC Fttx dans sa troisième version publiée en avril 2009 et en vigueur au jour des saisines, offre dont les sociétés Numéricable avaient connaissance pour avoir participé, sous l'égide de l'Autorité, aux échanges multilatéraux conduits pour son élaboration puis son évolution et offre à laquelle ces

sociétés ne contestent pas se soumettre lorsqu'elles développent des câbles en fibre optique en dehors du périmètre des conventions en cause ; qu'après un exposé du déroulé opérationnel de l'accès au génie civil prévu par cette offre, l'Autorité expose, sans être contredite, que ce déroulé « vise à permettre aux opérateurs d'intervenir de façon autonome, rapide, mais néanmoins coordonnée sur le génie civil de France Télécom » ; qu'elle constate que les modifications demandées par France Télécom de certaines modalités opérationnelles d'accès prévues dans les contrats Numéricable tendent à un alignement sur certains aspects du déroulé opérationnel d'accès au génie civil prévu par l'offre GC Ftx (information préalable à toute intervention sur le génie civil, échanges formalisés et référentiel commun entre France Télécom et tout opérateur, accès soumis à un processus de réservation précédé d'une étude sur le terrain, information de France Télécom sur les modifications intervenues dans le génie civil après travaux conduits par l'opérateur) ; qu'elle retient, à l'issue de cet examen de la cohérence globale des demandes de France Télécom que ces demandes « répondent directement aux contraintes soulevées par la nécessité de garantir un accès partagé et efficace du génie civil de France Télécom » - contraintes auxquelles il a été vainement contesté ci-dessus que les déploiements de Numéricable sont soumis, qu'il s'agisse de déploiement de nouveaux réseaux ou de la rénovation de réseaux coaxiaux par remplacement de câbles coaxiaux par des câbles en fibre optique ; qu'il en résulte que c'est à tort que les sociétés Numéricable soutiennent que l'Autorité se serait bornée à examiner in abstracto si l'offre GC Ftx est intrinsèquement ou globalement cohérente, étant en outre rappelé qu'après avoir constaté que la nécessité de garantir un accès partagé et efficace au génie civil de l'ensemble des opérateurs de plus en plus nombreux à déployer de la fibre optique, fondait en leur principe les demandes de France Télécom tendant à une homogénéisation des procédures d'accès à ses infrastructures de génie civil et à la rationalisation des modalités de leur occupation, l'Autorité s'attache à vérifier le caractère équitable et proportionné de chacune des demandes de France Télécom au regard de la situation des sociétés Numéricable ; qu'en second lieu, pour soutenir que l'analyse individuelle de chacune des stipulations révèle l'absence de nécessité et de proportionnalité des mesures ordonnées par l'Autorité, les sociétés Numéricable contestent la décision - d'une part en ce qu'elle aurait fait droit à l'analyse de France Télécom selon laquelle les règles d'ingénierie de l'offre GC Ftx s'imposeraient déjà à Numéricable, - et d'autre part en chacune des mesures imposées s'agissant de la mise en conformité des conventions avec certaines modalités opérationnelles prévues dans l'offre GC Ftx ; que, sur le premier point, il est exact que la décision rappelle que « selon France Télécom, aux termes des contrats de cession, les « règles d'ingénierie » telles que modifiées à l'occasion de l'élaboration de l'offre « GC Ftx » s'appliquent d'ores et déjà aux sociétés Numéricable dès lors qu'elles leur ont été notifiées », et que France Télécom a notifié à Numéricable en 2008 et 2009 les modifications des règles d'ingénierie qui s'appliquent à l'ensemble des opérateurs, y

compris France Télécom, dans le cadre des déploiements de fibre optique (pages 16 et 17) ; mais que l'Autorité constate que « les règles d'ingénierie » applicables en matière de déploiement de fibre optique ne font pas l'objet de demandes de France Télécom ; que la décision rappelle (page 17, § 62) que les demandes présentées par France Télécom dans le cadre du règlement de différend en cause « visent uniquement une modification des « modalités opérationnelles » applicables en matière de déploiement de fibre optique » ; que les demandes dont était saisie l'Autorité n'ayant pas pour objet les règles d'ingénierie et que l'Autorité n'ayant par conséquent pas décidé de mesures sur ce point, l'argumentation présentée dans le cadre du présent recours par les sociétés Numéricable relativement aux « règles d'ingénierie » n'est pas recevable, le contrôle de la Cour, saisie d'un recours en annulation ou en réformation, ne pouvant s'exercer que dans le cadre des compétences et des questions ayant été soumises à l'ARCEP ; que, sur le second point les sociétés Numéricable contestent les mesures ordonnées par la décision relatives à la mise en conformité des conventions avec les modalités opérationnelles prévues par l'offre OC Ftx concernant : - l'obligation de s'adresser à un guichet unique, - les phases d'études, de commandes et de travaux dont la fourniture de la documentation préalable et le dossier de fin de travaux, - la prestation de regroupement de câbles, - la maintenance ; qu'elles soutiennent que ces mesures non nécessaires sont disproportionnées et inéquitables, leur disproportion résultant de l'effort opérationnel et financier qui leur est demandé au regard « du but de « formalisme » recherché » ; que le « déroulé opérationnel » de l'accès au génie civil de France Télécom dans le cadre du déploiement de nouvelles boucles locales optiques tel qu'il résulte de l'offre GC Ftx est décrit par l'Autorité en pages 20 à 22 de la décision à laquelle il est renvoyé sur ce point ; qu'il est simplement rappelé que, selon cette offre, les échanges entre France Télécom et les opérateurs se déroulent via un « guichet unique » et se composent d'étapes indépendantes (comportant notamment plans itinéraires, phase d'étude, commande d'accès, déclaration de travaux, dossier de fin de travaux) formant une suite logique et cohérente, et constaté que ce « déroulé opérationnel vise à permettre aux opérateurs d'intervenir de façon autonome, rapide, mais néanmoins coordonnée sur le génie civil de France Télécom » ; que, s'agissant de l'obligation de s'adresser exclusivement à un guichet unique pour les échanges avec France Télécom, les sociétés Numéricable font valoir que le recours au guichet unique de France Télécom n'est - ni nécessaire dès lors qu'elles communiquent efficacement depuis plus de 10 ans avec France Télécom par le biais d'unités régionales dites URR de France Télécom, - ni adapté à sa situation particulière dès lors que, contrairement aux autres opérateurs déployant leurs réseaux ex nihilo, leur réseau étant déjà déployé dans les fourreaux de France Télécom, elles en connaissent le tracé et l'état - ni proportionné car l'obligation de passer par le guichet unique leur impose une surcharge de travail, de coût de mise en place et des délais inutiles ; qu'en ce qui concerne les phases d'études, de commandes et de travaux, les sociétés Numéricable

soutiennent que les nouvelles contraintes qui leur sont imposées ne sont pas nécessaires dans la mesure où elles disposent déjà d'un réseau existant qu'elle remplace progressivement par de la fibre optique et que ces contraintes inutiles retardent la rénovation de leurs réseaux câblés et la rendent plus coûteuse, ce qui constitue une conséquence disproportionnée des mesures ordonnées ; que cependant, ainsi qu'il a été vu précédemment, les sociétés Numéricable sont, lorsqu'elles déploient des câbles optiques sur le même tracé que leurs câbles coaxiaux, dans la même situation qu'un opérateur déployant ex nihilo un réseau en fibre optique dès lors que leurs câbles optiques occupent un espace supplémentaire dans le fourreau, peu important à cet égard que leurs câbles coaxiaux soient par la suite démontés ; qu'en outre, ces sociétés ne disposent d'aucun droit exclusif dans les fourreaux France Télécom qui ont vocation à accueillir les réseaux d'autres opérateurs, ce qui rend nécessaire une coordination des interventions des opérateurs supposant l'échange et la centralisation des informations relatives aux interventions ; que ces sociétés ne peuvent invoquer leur connaissance du tracé de leurs réseaux ou la simple existence de ce tracé alors que la question, commune à tous les opérateurs, n'est pas celle du tracé mais celle de l'espace disponible dans les fourreaux ; que l'occupation d'un espace supplémentaire dans les fourreaux rend nécessaire, pour les sociétés Numéricable comme pour tout opérateur, - tant la conduite d'une étude de terrain pour vérifier la disponibilité des ressources en fonction notamment des réservations ayant pu être effectuées par d'autres opérateurs, - que la réservation de l'espace disponible, via la commande d'accès, garantissant qu'un autre opérateur n'interviendra pas simultanément ; qu'enfin seul le passage - pour l'ensemble des opérations d'études, de commandes et de travaux - par un guichet unique permet à France Télécom de normaliser, de rationaliser et donc de mettre en oeuvre de façon rapide et efficace les échanges avec l'ensemble des opérateurs accédant à ses infrastructures de génie civil ; 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 Numéricable des adaptations, il n'est pas justifié du fait que ces adaptations seraient disproportionnées au regard de la situation de ces sociétés ; qu'il est à cet égard rappelé que les contraintes de travail, de coûts et de délais invoquées par les sociétés Numéricable sont identiques à celles s'appliquant à tout opérateur déployant de la fibre optique et que les mesures ordonnées ne concernent pas les cas dans lesquels Numéricable intervient sur son réseau câblé existant en dehors de tout déploiement de fibre optique ; qu'en particulier s'agissant des différentes phases du "déroulé opérationnel" partiellement imposées aux sociétés Numéricable, ces sociétés ne justifient pas leur affirmation selon laquelle France Télécom fournirait des plans itinéraires du « segment » et non des plans par zones de commandes désignées par l'opérateur (Cf décision pages 28 à 30), que, s'agissant de la phase d'étude, la critique des sociétés Numéricable qui soutiennent que la décision leur imposerait une obligation dont le principe n'était pas prévu par

les conventions (Cf ses conclusions n° 297 et 298) n'est pas justifiée ; qu'en effet, les conventions prévoient en leur principe la conduite par Numéricable d'« études de terrain » et de demande d'utilisation de nouveaux fourreaux ; que les mesures ordonnées ne tendent qu'à étendre le domaine d'application de ces obligations et à formaliser leur mise en oeuvre ; que sont, sur ce point, adoptés les développements de l'Autorité (pages 30 à 32) ; que, contrairement à ce qui est soutenu, l'Autorité ne se fonde pas sur l'existence de pénalités de retard à l'encontre de France Télécom pour justifier de la proportionnalité des modifications demandées relatives à la déclaration de travaux par (Cf décision pages 34 et 35) ; que les sociétés Numéricable, qui soutiennent que leur système d'information devra être adapté pour devenir compatible avec le guichet unique de France Télécom, ne contestent pas les conclusions de l'Autorité selon lesquelles les échanges entre les opérateurs et France Télécom s'effectuent au travers d'un système d'information dédié dit FCI qui peut être utilisé en mode "M2M" (machine à machine) totalement automatisé ou en mode "IHM" (Interface Home Machine) et que ces sociétés ne seront donc pas bloquées dans leurs échanges avec France Télécom qui peuvent avoir lieu via le mode "IHM" aujourd'hui utilisé par les opérateurs pour passer des commandes sans modification de leurs systèmes d'informations ; que, par ailleurs, les sociétés Numéricable ne sont pas fondées à soutenir (dernières conclusions n° 300 et 301) que les mesures ordonnées sont inutiles dans son cas dès lors, ainsi qu'il a été vu ci-dessus, qu'elles sont nécessaires à tous les opérateurs, y compris les requérantes, pour garantir un accès partagé et efficace au génie civil de France Télécom pour le déploiement de la fibre optique ; qu'enfin, si certaines des mesures décidées imposent aux sociétés Numéricable des contraintes supplémentaires, il n'est pas justifié du fait que les mesures ordonnées retarderaient la rénovation de leurs réseaux câblés et la tendraient plus coûteuse, ce qui, selon les sociétés, constituerait une conséquence disproportionnée desdites mesures ; que les sociétés Numéricable ne contestent pas utilement les analyses par la décision (pages 27 et suivantes) de la proportionnalité de chacune des mesures ordonnées au regard de leur situation ou de l'absence de caractère excessif des contraintes supplémentaires qui leur sont imposées par certaines mesures, voire de l'intérêt de certaines mesures pour les sociétés elles-mêmes ; qu'il est à ce dernier égard observé, pour répondre à l'argumentation des sociétés, que les études de terrain et relevé de chambres ne sont pas inutiles au motif que le tracé du réseau Numéricable est déjà déterminé ; que ces études servent à constater l'occupation réelle du génie civil par les différents opérateurs et à identifier les espaces possibles pour de nouveaux câbles optiques avant de les réserver ; que contrairement à ce qui est soutenu devant la cour, les conventions prévoyaient déjà que les prestations de France Télécom liées à la consultation et à la copie par Numéricable des plans itinéraires des infrastructures sont payantes ; que la déclaration de travaux qui avait, aux termes des conventions, pour étalon le centre de distribution, ne devient pas aux termes de la décision un segment qui serait un tronçon de génie civil

d'environ 40 mètres ; que, dans l'offre GC Ftx telle qu'imposée aux sociétés, le périmètre de la déclaration de travaux fait référence à une zone de commande délimitée par l'opérateur que l'Autorité expose dans ses conclusions, sans être contredite, que si, pour sa déclaration de travaux, l'opérateur doit découper sa zone de commande en zones de travaux ne pouvant comporter plus de 100 chambres, la zone de travaux ne correspond pas à 40 mètres de génie civil (qui représentent la distance moyenne séparant deux chambres) ; que s'il est cependant exact que le périmètre des déclarations de travaux prévu par l'offre GC Ftx et imposé aux sociétés est moins large que celui prévu par les conventions, cette réduction conduit, ainsi que l'a relevé la décision (Cf pages 34 et 35), à une planification plus précise des interventions et à une meilleure coordination, sans remettre en cause les capacités de déploiement des sociétés ; qu'à supposer même que France Télécom et Numéricable aient, ainsi que le soutient cette dernière, convenu de déclarations sur des zones moins étendues que celles prévues par les conventions, la mesure ordonnée s'agissant de la déclaration de travaux serait justifiée par la nécessaire rationalisation de cette étape liée aux autres séquences du processus mis en oeuvre pour garantir un accès efficace et partagé au génie civil de France Télécom ; que s'agissant du rallongement des délais de bascule des abonnés Numéricable en très haut débit, auquel conduirait, selon les requérantes, les étapes imposées du processus pour déployer de la fibre optique au lieu du coaxial, les sociétés Numéricable ne contestent pas dans leurs dernières écritures du 4 avril 2011 les observations du 17 mars 2011 par lesquelles l'Autorité relève que ces sociétés se fondent sur des éléments incorrects lorsqu'elles soutiennent que la procédure doit être répétée pour chaque segment de 40 mètres, précise que les étapes opérationnelles visées par Numéricable peuvent être conduites en parallèle sur plusieurs zones, et ajoute que non seulement l'expérience d'autres opérateurs ne conduit pas aux délais invoqués et qu'en outre, elle n'est pas transposable à Numéricable ; que s'agissant de la prestation de regroupement des câbles, que les sociétés contestent sa nécessité en relevant que cette prestation est déjà prévue par les conventions ; que cependant, ainsi que le relève l'Autorité (décision, page 35), le principe de cette prestation et ses modalités sont actés dans les conventions existantes ; que la demande de France Télécom consiste en ce que les modalités de mise en oeuvre de cette prestation soient alignées sur celles de l'offre GC Ftx consistant à ce que la commande de cette prestation s'effectue auprès du guichet unique ; que c'est à juste titre, au vu de ce qui précède relativement à la nécessité d'organiser un accès efficace et partagé au génie civil de France Télécom, que la décision retient que cette étape du déroulé opérationnel sus-rappelé doit, comme les autres séquences du processus, s'effectuer auprès du guichet unique ; que, s'agissant des opérations de maintenance notamment curatives, que les sociétés soutiennent que la décision ne pouvait leur imposer un alignement sur les dispositions de l'offre GC Ftx qui ne sont pas adaptées à leur situation particulière dès lors qu'elles disposent d'un réseau étendu et vieillissant

soufflant de pannes fréquentes et que, n'étant pas en mesure d'identifier avant recherches le câble à réparer, elles ne peuvent fournir au guichet unique les informations réclamées pour autoriser une intervention en maintenance curative ; mais que la décision n'ayant pas imposé aux sociétés Numéricable d'alignement sur l'offre GC Ftx lorsqu'elles interviennent sur leur réseau coaxial en cas de panne, les stipulations non modifiées des contrats demeurent applicables en cas de maintenance curative de leurs réseaux coaxiaux ; que la contestation développée sur ce point est par conséquent sans objet ; qu'enfin, contrairement à ce qui est soutenu (conclusions n° 323), la décision (Cf page 36) n'a pas imposé aux sociétés Numéricable une obligation de sous-tubage, mais une modification des modalités opérationnelles de mise en oeuvre du tubage, lorsqu'il est imposé par les règles d'ingénierie, par alignement sur les modalités de l'offre GC Ftx, étant rappelé que les sociétés Numéricable ne sont pas soumises à obligation de sous-tubage lorsqu'elles déploient leurs câbles en fibre optique dans un fourreau déjà occupé par leur réseau de câble axial et que cet alignement permet aux sociétés de voir désormais leurs opérations de tubage prises en charge financièrement par France Télécom,

1- ALORS 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 NUMERICABLE 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 NUMERICABLE notamment pour avoir accès au génie civil de FRANCE TELECOM, la Cour d'appel a violé les articles L.32-1 et L.36-8 du Code des postes et des communications électroniques.

2- ALORS 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 NUMERICABLE ne justifient pas de la nécessité de changer leur système d'information dès lors que les échanges avec le guichet unique de FRANCE TELECOM 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 TELECOM, 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.

SEPTIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par les sociétés NUMERICABLE contre la décision n°2010-1179 du 4 novembre 2010 de l'ARCEP,

AUX MOTIFS QUE dans les motifs de ses dernières écritures déposées le 4 avril 2011, les sociétés Numéricable sollicitent « de la Cour qu'elle annule la décision en ce qui concerne ses délais de mise en oeuvre, compte tenu de son manque de proportionnalité » ; que cette demande, qui 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, n'est pas recevable,

1- ALORS QUE le juge doit, en toutes circonstances, faire respecter et respecter lui-même le principe de la contradiction ; qu'en l'espèce, aucune des parties n'avait soutenu que la demande des sociétés NUMERICABLE visant à l'annulation de la décision en ce qui concerne ses délais de mise en oeuvre était irrecevable, faute d'avoir été exposée dans le dispositif des conclusions et d'avoir figuré dans la déclaration de recours du 8 décembre 2010 ; qu'en soulevant ce moyen d'office, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations, la Cour d'appel a violé les articles 16 du Code de procédure civile et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2- ALORS QUE les dispositions du titre VI du livre II du Code de procédure civile, et plus précisément l'article 954 de ce code, qui dispose que la Cour ne statue que sur les prétentions énoncées au dispositif des conclusions, ne sont pas applicables à la procédure régissant le recours en annulation des décisions de l'ARCEP devant la Cour d'appel de PARIS ; qu'en jugeant pourtant qu'elle n'avait pas à statuer sur une demande qui n'était pas reprise dans le dispositif des conclusions des exposantes, la Cour d'appel a violé l'article R.11-2 du Code des postes et des communications électroniques.

3- ALORS, en tout état de cause, QUE dans le dispositif de leur dernier mémoire, les sociétés NUMERICABLE demandaient à la Cour de constater le défaut de proportionnalité des mesures ordonnées par l'ARCEP et d'annuler la décision entreprise, demande qui comprenait nécessairement celle d'annuler la décision en ce qui concerne ses délais de mise en oeuvre, compte tenu de son manque de proportionnalité ; qu'en jugeant pourtant qu'une telle demande n'était pas formulée par le dispositif des dernières écritures des exposantes, la Cour d'appel a dénaturé ces écritures, violant ainsi l'article 4 du Code de procédure civile.

4- ET ALORS QUE dans leur recours du 8 décembre 2010, les sociétés NUMERICABLE avaient demandé à la Cour de constater le défaut de proportionnalité des mesures ordonnées par l'ARCEP et d'annuler la décision entreprise, demande qui comprenait nécessairement celle d'annuler la

décision en ce qui concerne ses délais de mise en oeuvre, compte tenu de son manque de proportionnalité ; qu'en jugeant pourtant qu'une telle demande n'était pas formulée dans la déclaration de recours du 8 décembre 2010, la Cour d'appel a dénaturé cette déclaration, violant ainsi l'obligation faite au juge de ne pas dénaturer les éléments de la cause.