

COMM.

COUR DE CASSATION

Audience publique du **25 mars 2014**

Cassation

, président

Arrêt n° 328 FS-P+B

Pourvoi n° W 12-28.426

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société Towercast, société
par actions simplifiée, dont le siège est 46-50 avenue Théophile Gauthier,
75016 Paris,

contre l'arrêt rendu le 25 octobre 2012 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,
chambre 5-7), dans le litige l'opposant à la société TDF, société par actions
simplifiée, dont le siège est 106 avenue Marx Dormoy, 92120 Montrouge,

défenderesse à la cassation ;

EN PRESENCE :

- de l'Autorité de régulation des communications électroniques
et des postes, dont le siège est 7 square Max Hymans, 75730 Paris
cedex 15,

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 18 février 2014, où étaient présents : , président, , conseiller rapporteur, , conseiller doyen, , conseillers, , conseillers référendaires, , greffier de chambre ;

Sur le rapport de , conseiller, les observations de la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat de la société Towercast, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société TDF, de la SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, avocat de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, , avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que, pour proposer leurs programmes aux utilisateurs finals par le biais de la diffusion hertzienne terrestre, les opérateurs de multiplex regroupant des chaînes de télévision numérique terrestre (TNT) achètent à des diffuseurs techniques, sur le marché de gros « aval » de la diffusion hertzienne, des prestations de diffusion de leurs signaux vers les récepteurs des consommateurs finals cependant que, de leur côté, les diffuseurs techniques, pour les zones où ils ne disposent d'aucune infrastructure de diffusion, achètent, sur le marché de gros « amont », l'accès aux infrastructures d'un autre opérateur de diffusion afin d'utiliser les équipements de ce dernier ou d'y installer leurs propres équipements ; que la société TDF, qui bénéficiait d'un monopole légal avant l'ouverture du marché de la diffusion des services de télévision et qui dispose des infrastructures nécessaires à la diffusion de la TNT, a conclu avec des diffuseurs techniques alternatifs, comme la société Towercast, des contrats d'une durée de cinq ans, par lesquels elle leur assure des prestations d'hébergement sur ses sites (prestations « Hébergement-TNT » en vertu desquelles l'opérateur alternatif installe ses équipements sur le pylône ou le terrain de la société TDF), ou des prestations d'utilisation du système antenne déployé par elle (prestations « DiffHF-TNT » en vertu desquelles l'opérateur alternatif dispose, en partage avec elle, de son système antenne) ; que par deux décisions du 6 avril 2006, dites décisions Cycle 1, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (l'ARCEP) a, au terme d'une première analyse de marché, mis en place une régulation *ex ante* sur le marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels et défini les obligations de la société TDF en sa qualité d'opérateur exerçant une influence significative sur ce marché, en lui imposant notamment de faire droit aux demandes d'accès dans des conditions transparentes et non discriminatoires et « de ne pas pratiquer de tarifs d'éviction ou excessifs pour ses offres de gros de diffusion

hertziennes terrestres de programmes télévisuels en mode numérique, ainsi que pour les prestations qui y sont associées » ; que ces décisions étant applicables jusqu'au 1er avril 2009, l'ARCEP a, à l'issue d'un nouveau processus d'analyse du marché, adopté le 11 juin 2009 la décision n° 2009-0484, dite décision Cycle 2, applicable pour une nouvelle période de trois ans, par laquelle elle renforce son dispositif de régulation *ex ante* sur le marché de gros des offres de diffusion hertzienne terrestre de programmes télévisuels en mode numérique, sur lequel la société TDF exerce toujours une influence significative ; qu'à cette fin, la décision Cycle 2 dresse une liste des sites de la société TDF pour la diffusion de la TNT considérés comme « non répliquables » à horizon proche et lui impose d'offrir ses prestations de diffusion sur ces sites à « des tarifs reflétant les coûts correspondants, en respectant en particulier les principes d'efficacité, de non-discrimination et de concurrence effective et loyale », tandis que, pour les offres de gros sur les autres sites, jugés répliquables, elle maintient l'interdiction pour la société TDF de pratiquer des « tarifs d'éviction ou excessifs », dans le dessein d'inciter à l'implantation de sites alternatifs par les opérateurs de diffusion qui ne disposent pas encore d'infrastructures ; que sur le fondement de la décision Cycle 2, la société TDF a publié une offre de référence d'accès partagé à son système antenne « DiffHF-TNT », datée du 2 avril 2010, comportant en annexe les tarifs des sites répliquables et ceux des sites non répliquables ; que la société Towercast a demandé à la société TDF le bénéfice des tarifs orientés vers les coûts pour les contrats « DiffHF-TNT » qu'elle avait conclus avec elle durant le Cycle 1, pour les sites désignés comme non répliquables par la décision Cycle 2 ; que n'ayant pas obtenu satisfaction, elle a saisi l'ARCEP d'une demande de règlement de différend ; que, par décision n° 2011-0809 du 12 juillet 2011, l'ARCEP a décidé que la société TDF devait mettre en conformité avec les obligations qui lui étaient imposées par la décision n° 2009-0484, avec effet au 14 décembre 2010, les tarifs des conventions relatives à différents multiplex sur un certain nombre de sites ; que la société TDF a formé un recours contre cette décision ;

Sur la recevabilité de l'intervention volontaire accessoire de l'ARCEP :

Vu l'article 327, alinéa 2, du code de procédure civile ;

Attendu que l'ARCEP, n'ayant pas intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir les prétentions d'une partie, est irrecevable en son intervention volontaire accessoire ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article L. 38, I, 4° du code des postes et communications électroniques, alors applicable ;

Attendu que pour écarter les conclusions de la société Towercast qui soutenait qu'en raison de l'effet utile attaché à la régulation *ex ante* exercée par l'ARCEP, la décision Cycle 2 prévoyait implicitement mais nécessairement son application immédiate aux contrats en cours, et annuler la décision, l'arrêt retient qu'aucune disposition de cette décision ne prévoit expressément la mise en conformité des conventions conclues antérieurement à la publication de l'offre de référence technique et tarifaire décrite à l'article 5 avec cette offre, ni a fortiori de délai pour une telle mise en conformité, que, s'agissant des sites recensés comme non répliquables, ni les motifs, ni le dispositif de la décision ne suggèrent que les obligations imposées à la société TDF s'appliquent immédiatement (au plus tard le 15 septembre 2009) non seulement aux contrats conclus postérieurement à ladite décision, mais également aux contrats encore en cours conclus sous l'empire du précédent cycle de régulation, qu'il ne saurait être déduit du fait que l'article 7 de la décision - qui impose à TDF d'offrir, sur les sites non répliquables, ses prestations à des tarifs reflétant les coûts correspondants - n'établisse pas de distinction entre les contrats en cours et les nouveaux contrats, que l'Autorité a entendu, par la décision Cycle 2, déroger au principe, issu de l'article 1134 du code civil, selon lequel les contrats demeurent régis par les dispositions législatives et réglementaires applicables à la date de leur conclusion et gouvernant donc les effets du contrat pour l'avenir, qu'enfin, si la mise en oeuvre de l'obligation de transparence « passe par la publication d'une offre de référence au plus tard le 15 septembre 2009 », la décision Cycle 2 ne précise pas que l'offre de référence doit produire son plein effet dans les contrats déjà signés ; que l'arrêt en déduit que l'ARCEP a, par la décision de règlement de différend attaquée, modifié la portée de la décision de régulation Cycle 2 ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à exclure que les dispositions relatives aux tarifs de la décision Cycle 2, prises par l'ARCEP dans l'exercice du pouvoir de régulation qu'elle tient du texte susvisé, fussent implicitement mais nécessairement applicables aux contrats en cours, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

Déclare irrecevable l'intervention volontaire accessoire de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 25 octobre 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, 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 TDF aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette ses demandes et la condamne à payer à la société Towercast la somme de 3 000 euros ;

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 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 mars deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils, pour la société Towercast.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir annulé la décision de l'ARCEP n° 2011-0809 en date du 12 juillet 2011 ;

AUX MOTIFS QU ' il ne peut être déduit du seul fait que l'Autorité a exercé, par la décision Cycle 2, la mission régulatrice que lui a confiée le législateur et que, dans ce cadre, elle serait implicitement habilitée, pour un motif général de maintien de l'équilibre concurrentiel, à prendre des décisions rétroactives, que la décision Cycle 2 doit être interprétée comme ayant implicitement imposé à TDF de répercuter sur les contrats en cours les modifications de l'offre de référence qu'elle a imposé à TDF de mettre en oeuvre au plus tard le 15 septembre 2009 ;

Alors que tout jugement doit être motivé, à peine de nullité ; que le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motifs ; que la société towerCast a soutenu, dans ses conclusions devant la Cour d'appel (points n° 97 et 112 à 116), un moyen tiré de ce que la décision Cycle 2 doit être interprétée comme prévoyant implicitement mais nécessairement son application immédiate aux contrats en cours, en raison de l'effet utile attaché à la régulation ex ante exercée par l'ARCEP en vertu du droit de l'Union ; que ce moyen était opérant et aurait nécessairement conduit la Cour d'appel à reconnaître que la décision Cycle 2 devait s'appliquer immédiatement aux contrats en cours, dans des conditions conduisant à valider la décision n° 2011-0809 et à rejeter la requête de TDF ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, la Cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des articles 455 et 458 du Code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir annulé la décision de l'ARCEP n° 2011-0809 en date du 12 juillet 2011 ;

AUX MOTIFS QU 'aucune disposition de la décision Cycle 2 ne prévoit expressément la mise en conformité des conventions conclues antérieurement à la publication de l'offre de référence technique et tarifaire décrite à l'article 5 avec cette offre, ni a fortiori de délai pour une telle mise en conformité ; que l'Autorité ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que l'application immédiate des obligations de la décision Cycle 2 aux contrats en cours n'est non seulement pas exclue par cette décision, mais est même implicite ; que ni les motifs, ni le dispositif de la décision Cycle 2 du 11 juin

2009 ne suggèrent, s'agissant des sites non-réplicables, que les obligations imposées à TDF s'appliquent immédiatement (au plus tard le 15 septembre 2009) non seulement aux contrats conclus postérieurement à ladite décision, mais également aux contrats encore en cours conclus sous l'empire du précédent cycle de régulation ; qu'il ne saurait être déduit du fait que l'article 7 de la décision Cycle 2 – qui impose à TDF d'offrir, sur les sites non réplicables, ses prestations à des tarifs reflétant les coûts correspondants – n'établisse pas de distinction entre les contrats en cours et les nouveaux contrats, que l'Autorité a entendu, par la décision Cycle 2, déroger au principe, issu de l'article 1134 du code civil, selon lequel les contrats demeurent régis par les dispositions législatives et réglementaires applicables à la date de leur conclusion et gouvernant donc les effets du contrat pour l'avenir ; qu'en outre, si la mise en oeuvre de l'obligation de transparence « passe par la publication d'une offre de référence au plus tard le 15 septembre 2009 », la décision Cycle 2 ne précise pas que l'offre de référence doit produire son plein effet dans les contrats déjà signés ; qu'en définitive, à supposer que l'Autorité dispose, ainsi qu'elle le retient, d'une habilitation législative implicite pour adopter des décisions de régulation rétroactives, elle n'a pas, dans la décision Cycle 2, fait usage de cette faculté faute d'avoir prévu de façon expresse que cette décision serait applicable aux contrats conclus sous l'empire du cycle de régulation antérieur ; qu'en outre, il ne peut être déduit du seul fait que l'Autorité a exercé, par la décision Cycle 2, la mission régulatrice que lui a confiée le législateur et que, dans ce cadre, elle serait implicitement habilitée, pour un motif général de maintien de l'équilibre concurrentiel, à prendre des décisions rétroactives, que la décision Cycle 2 doit être interprétée comme ayant implicitement imposé à TDF de répercuter sur les contrats en cours les modifications de l'offre de référence qu'elle a imposé à TDF de mettre en oeuvre au plus tard le 15 septembre 2009 ;

Alors qu'une régulation ex ante temporaire d'un secteur a pour vocation essentielle de promouvoir une transition d'une situation de monopole historique vers une situation de concurrence effective et de prévenir les entorses à la concurrence ; qu'elle doit pouvoir être appliquée à des contrats en cours en vue d'atteindre efficacement les objectifs pour lesquels elle a été mise en place ; que de tels objectifs conduisent à déroger au principe de l'article 1134 du Code civil et à prévoir l'application immédiate d'une réglementation sectorielle à des contrats en cours, dès lors qu'en l'absence de dispositions explicites du législateur en ce sens, il existe un motif d'ordre public caractérisé et qu'il est porté aux intérêts des particuliers une atteinte proportionnée aux objectifs poursuivis par ladite réglementation ; qu'en l'espèce, l'ARCEP dispose d'une habilitation législative implicite pour adopter des décisions de régulation ex ante s'appliquant aux situations contractuelles en cours ; qu'il existe un motif d'ordre public caractérisé en l'objectif issu de la directive « cadre » et de la directive « accès » de garantie du développement d'un marché concurrentiel des communications

électroniques ; qu 'enfin, une application immédiate de la décision Cycle 2 aux contrats en cours ne porte pas une atteinte disproportionnée aux intérêts particuliers de TDF, qui se trouve en situation monopolistique de fait sur les offres de gros amont de diffusion par voie hertzienne de programmes télévisuels en mode numérique qu'elle propose sur ses sites non-réplicables, au regard des objectifs poursuivis par la régulation ex ante ; qu 'à cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que certaines obligations spécifiques imposées à l'entreprise puissante sur le marché pertinent constituaient des mesures protectrices prévues dans l'intérêt des utilisateurs et des entreprises concurrentes de cette entreprise puissante ; qu 'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé les articles L. 32-1, L. 37-2 et L. 38 du Code des postes et des communications électroniques, ensemble les directives 2002/19/CE et 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 7 mars 2002.