

COMM.

COUR DE CASSATION

Audience publique du **4 novembre 2008**

Rejet

, président

Arrêt n° 1137 F-D

Pourvoi n° E 07-19.996

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 la société 118 218
Le Numéro, société par actions simplifiée, dont le siège est 14 boulevard de
la Madeleine, 75008 Paris,

contre l'arrêt rendu le 11 septembre 2007 par la cour d'appel de Paris
(1^{re} chambre civile, section H), dans le litige l'opposant :

1^o/ à la société Orange France, dont le siège est 1 avenue
Nelson Mandela, 94745 Arcueil cedex,

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

défenderesses à la cassation ;

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, en l'audience publique du 7 octobre 2008, où étaient présents : , président, , conseiller référendaire rapporteur, , conseiller doyen, , avocat général, , greffier de chambre ;

Sur le rapport de , conseiller référendaire, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société 118 218 Le Numéro, de la SCP Defrenois et Levis, avocat de la société Orange France, les conclusions de , avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à la société 118218 Le Numéro du désistement de son pourvoi en ce qu'il est dirigé contre l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

Attendu selon l'arrêt attaqué (Paris, 11 septembre 2007), que la société 118 218 Le Numéro (la société Le Numéro) qui exerce une activité de fournisseur de services de renseignements téléphoniques propose, dans ce cadre, deux prestations complémentaires qui consistent, d'un côté, en la mise en relation optionnelle avec le correspondant dont le numéro est recherché, de l'autre, en l'envoi systématique d'un court message écrit, dit "SMS", de confirmation reprenant le renseignement demandé ; que pour fournir ce dernier service la société Le Numéro achète une prestation d'envoi de SMS à un opérateur dénommé "intégrateur" ; qu'afin d'exercer son activité, la société Le Numéro a passé des accords avec les opérateurs de réseaux fixes et des opérateurs de réseaux mobiles, dont la société Orange France (la société Orange) ; que la société Le Numéro a conclu avec la société Orange un contrat dit "d'ouverture de numéro" fixant, notamment, les conditions de rémunération des deux entreprises ; que ce contrat précise que la société Orange est chargée de facturer à son abonné et de recouvrer, en sus du prix de la communication, le prix du service de renseignements, puis qu'elle reverse à la société Le Numéro 85 % du prix de ce service et en conserve 15 %, cette part étant dénommée "taux de rétention" ; qu'en définitive le prix total supporté par l'abonné mobile pour un appel vers la société Le Numéro et facturé par la société Orange s'établit par l'addition, d'une part, du prix du service de renseignements téléphoniques décidé par la société Le Numéro, qui en reçoit 85 % que lui reverse la société Orange, d'autre part, de "l'airtime" qui se définit comme le prix facturé par l'opérateur pour le temps d'utilisation de son réseau, ce prix étant intégralement conservé par la société Orange ; qu'à la suite d'un

désaccord sur les évolutions de cette convention, la société Le Numéro a saisi l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (l'ARCEP) d'une demande de règlement de différend ; qu'elle demandait dans ce cadre, notamment, la réduction du taux de rétention prélevé par la société Orange et la fixation par cette autorité de règles de partage équitable des revenus générés par la facturation de l'"airtime" par la société Orange et, enfin, qu'il soit enjoint à cette société de proposer une offre d'interconnexion pour la terminaison des SMS sur la base de conditions techniques et tarifaires fixées par l'ARCEP ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Le Numéro fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Orange de lui proposer, dans un délai d'un mois, une offre d'interconnexion pour la terminaison de ses SMS sur la base des conditions techniques et tarifaires fixées par l'ARCEP, alors, selon le moyen :

1°/ que l'article L. 34-8 II du code des postes et communications électroniques impose aux exploitants de réseaux ouverts au public de faire droit à toute demande d'interconnexion, dès lors que celle-ci est présentée par un autre exploitant de réseau ouvert au public en vue de fournir au public des services de communications électroniques ; qu'en retenant, pour refuser à la société Le Numéro le bénéfice d'une prestation d'interconnexion pour la terminaison de ses SMS de confirmation, que l'envoi de ces SMS ne répondait pas au besoin d'une communication interpersonnelle et n'était pas l'accessoire indispensable de la prestation de mise en relation, et en déduire qu'il ne constituait pas lui-même une prestation d'interconnexion, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qui n'y figure pas, a violé, par fausse application, l'article L. 34-8 II du code des postes et communications électroniques ;

2°/ qu'en application de l'article L. 34-8 II du code des postes et communications électroniques, le droit à une prestation d'interconnexion doit être reconnu dès lors que la demande d'interconnexion émane d'un exploitant de réseau ouvert au public et qu'elle a pour finalité la fourniture au public d'un service de communications électroniques ; qu'en se bornant à énoncer, pour refuser à la société Le Numéro, dont elle a par ailleurs reconnu la qualité d'exploitant de réseau ouvert au public, le droit à une prestation d'interconnexion, que le service d'envoi de SMS de confirmation, pour la fourniture duquel la société Le Numéro a sollicité une prestation d'interconnexion, ne répondait pas au besoin d'une communication interpersonnelle, n'était pas l'accessoire indispensable de la prestation de mise en relation, et ne constituait donc pas une prestation d'interconnexion mais, tout au plus, un service de contenu complétant le service de

renseignement téléphonique, sans rechercher si ce service d'envoi de SMS ne constituait pas un service de communications électroniques au sens de l'article L. 32 6°) du code des postes et communications électroniques, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 34-8 II du code des postes et communications électroniques ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 34-8 II du code des postes et communications électroniques les exploitants de réseaux ouverts au public doivent faire droit aux demandes d'interconnexion des autres exploitants de réseaux ouverts au public présentées en vue de lui fournir des services de communications électroniques, d'autre part, que l'interconnexion est définie comme la liaison physique et logique des réseaux ouverts au public exploités par le même opérateur ou un opérateur différent, afin de permettre aux utilisateurs d'un opérateur de communiquer avec les utilisateurs de même réseau ou d'un autre, ou bien d'accéder aux services fournis par un autre opérateur et que les services de communications électroniques sont définis comme les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques, l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que si la société Le Numéro a bien la qualité d'opérateur de réseau en ce qu'elle assure, dans le cadre de son activité de renseignements téléphoniques, l'acheminement de communications électroniques entre deux clients d'un même réseau ou de réseaux différents, le service de SMS fourni par elle consiste seulement à transmettre les informations demandées par oral par le client sous la forme d'un message écrit au format prédéfini ; qu'en l'état de ces constatations dont il résulte que le service dit de SMS de confirmation consiste à fournir des contenus à l'aide de réseaux de communications électroniques et ne constitue pas un service de communications électroniques au sens de l'article L. 32, 6° du code des postes et communications électroniques, la cour d'appel, qui a effectuée la recherche prétendument omise, a, à bon droit, jugé que la société Le Numéro ne pouvait bénéficier en application de cette disposition d'une offre d'interconnexion pour la terminaison de ses SMS de confirmation ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société Le Numéro fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Orange de réduire très significativement le taux de rétention prélevé sur le tarif public à l'appel et de fixer des règles de partage équitable des revenus générés par la facturation de l'"airtime" par la société Orange, alors, selon le moyen, que l'appréciation du caractère équitable des conditions financières d'un contrat d'accès ou d'interconnexion, effectuée en application des articles L. 34-8 I et L. 36-8 du code des postes et communications

électroniques, implique qu'il soit tenu compte entre autres critères des coûts supportés par l'opérateur fournissant la prestation d'accès ou d'interconnexion ; qu'en retenant, pour affirmer le caractère équitable des conditions financières du "contrat d'ouverture" conclu entre les sociétés Le Numéro et Orange, qu'il n'y avait pas lieu de prendre en considération les coûts supportés par cette dernière, laquelle n'était soumise à aucune régulation ex ante spécifique et notamment à aucune obligation d'orientation vers les coûts, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L. 34-8 I et L. 36-8 du code des postes et communications électroniques ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que les deux partenaires n'étaient pas en situation de concurrence, puis, que la société Orange n'était soumise à aucune régulation *ex ante* spécifique et notamment à aucune obligation d'orientation vers les coûts, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, retient, tout d'abord, qu'il n'est pas démontré que les modes de rémunération fixés par la convention seraient discriminatoires à l'égard du numéro de renseignement exploité par France Télécom dont la société Orange est filiale ; qu'il précise, ensuite, que dans la mesure où les deux partenaires coopèrent pour rendre un service unique aux clients de la société Orange, il convient de rechercher si, compte tenu des prestations fournies par les deux parties, les conditions financières du contrat et, en particulier, le reversement prévu au profit de la société Le Numéro, ne présentent pas un caractère inéquitable pour celle-ci ; qu'appréciant souverainement les éléments de preuve soumis, il retient à cet égard, d'une part, par comparaison avec les rémunérations fixées pour les opérateurs fixes, d'autre part, au regard des charges encourues par la société Le Numéro pour la mise en relation avec un mobile, qu'il n'est pas établi que les conditions financières fixées par le contrat signé entre les parties, qui rémunèrent les prestations de celles-ci et fixent les conditions de partage de la valeur ajoutée entre elles, soient inéquitables ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Le Numéro aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à la société Orange France la somme de 2 500 euros et rejette sa demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quatre novembre deux mille huit.