

EXTRAIT DES MINUTES DU
SECRETARIAT-GREFFE DE LA
COUR DE CASSATION

COMM.

COUR DE CASSATION

Audience publique du **30 mai 2012**

Cassation

, président

Arrêt n° 615 F-D

Pourvoi n° G 11-14.564

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Statuant sur le pourvoi formé par la société La Réunion
Numérique, société par actions simplifiée, dont le siège est 7 rue Henri
Cornu, 97490 Sainte-Clotilde,

contre l'arrêt rendu le 24 février 2011 par la cour d'appel de Paris (pôle 5 -
chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1° à la société Mobius, société anonyme, dont le siège est
zone activité concertée, 2000 rue Théodore Drouhet, 97420 Le Port
(Réunion),

2° à L'Autorité de régulation des communications électroniques
et des postes, dont le siège est 7 s Quare Max Hymans, 75730 Paris cedex
15,

défenderesses à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 3 mai 2012, où étaient présents : _____, président, _____, conseiller rapporteur, _____, conseiller doyen, _____, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Mouillard, conseiller, les observations de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de la société La Réunion Numérique, l'avis de _____, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le Conseil régional de La Réunion a fait réaliser une infrastructure de collecte du trafic de communications électroniques destinée à couvrir l'ensemble de l'île, dénommée réseau "Gazelle", dont il a ensuite, par une convention de délégation de service public du 25 juin 2007 conclue pour une durée de 12 ans, délégué l'exploitation et le développement à un groupement d'entreprises, auquel s'est substituée ultérieurement la société La Réunion numérique, qui s'est engagé à prendre en charge l'infrastructure de communications électroniques mise à sa disposition, à concevoir, construire et réaliser les ouvrages de raccordement et d'extension du réseau régional, et à exploiter techniquement et commercialement l'ensemble du réseau ainsi constitué en vue de la fourniture de services aux opérateurs et utilisateurs de réseaux indépendants ; que, pour bénéficier du dégroupage de la boucle locale cuivre de la société France Télécom, la société Mobius, opérateur de détail à La Réunion, a souhaité installer ses propres équipements actifs au plus proche du répartiteur général de la société France Télécom en souscrivant à l'offre d'hébergement en armoire de rue de la société LRN, puis raccorder ces équipements à son réseau de collecte en souscrivant à l'une des offres de fibre optique de la société LRN, enfin, pour compléter la couverture géographique du marché, a demandé à souscrire à l'offre haut débit activé de la société LRN, dite offre "DSL Grand Public", tout en demandant une diminution des conditions tarifaires de ces offres, qu'elle jugeait trop élevées ; qu'invoquant un échec des négociations avec la société LRN, la société Mobius a saisi l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (l'ARCEP) d'une demande de règlement de différend, en lui demandant notamment de déterminer les conditions tarifaires applicables aux offres précitées ; que, par décision du 1^{er} juillet 2010 (n° 2010-0742), l'ARCEP a rejeté les demandes de la société Mobius en ce qui concerne l'offre de location de fibre optique mais a statué sur les tarifs d'hébergement en armoire de rue, ainsi que sur les tarifs des frais d'accès au service de l'offre "DSL Grand Public" et des frais de

résiliation de cette offre, laissant un délai de deux mois à la société LRN pour la mise en oeuvre de la décision ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société LRN fait grief à l'arrêt du rejet de son recours contre cette décision alors, selon le moyen, *que les conditions tarifaires étant fixées par des clauses réglementaires du contrat de délégation de service public liant la société LRN à la région Réunion, l'entreprise délégataire ne dispose d'aucune autonomie en matière de fixation des prix, si bien qu'en faisant peser sur la délégataire la charge de justifier du prix de chaque prestation, la cour d'appel a violé par fausse application l'article D. 99-10 du code des postes et des télécommunications électroniques ;*

Mais attendu que l'arrêt relève que la convention de délégation de service public en cause prévoit que le catalogue des services de la société LRN, qui récapitule l'ensemble de ses offres, peut évoluer sur proposition du délégataire, avec l'accord de la Région, et que, de même, l'article 7.3.3, intitulé "Révision des tarifs", stipule qu'"en cas d'évolution technique et/ou économique rendant nécessaire l'évolution des services fournis aux usagers et/ou des tarifs qui leur sont appliqués, les tarifs pourront être révisés avec l'accord exprès et préalable de la Région qui veillera à assurer de façon effective l'équilibre de l'exploitation confiée au délégataire" ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que c'est à la société LRN, opérateur exploitant en titre, que revenait l'initiative de faire évoluer le contenu technique et tarifaire du catalogue et qu'il lui incombait à cet effet de soumettre toute modification nécessaire à l'approbation de la Région, la cour d'appel a retenu à bon droit que c'était à la société LRN qu'il incombait de justifier des éléments de coût des tarifs contestés ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu les articles L. 1411-1 et L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, ensemble les articles 1134 du code civil et 14 du code de procédure civile ;

Attendu que la délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie, pour une durée déterminée, la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire et que les conditions financières du contrat sont déterminées par la convention de délégation de service public, laquelle stipule les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution ;

Attendu qu'en imposant au délégataire une modification des tarifs fixés par la convention de délégation de service public, par une décision rendue hors la présence de l'autorité délégante, et donc inopposable à cette dernière, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 février 2011, 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 Mobius aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société La Réunion Numérique ;

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 trente mai deux mille douze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils pour la société La Réunion Numérique.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Ce moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société La Réunion Numérique (LRN) contre la décision n°2010-0742 rendue le 1^{er} juillet 2010 par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

AU MOTIFS QU'en application du I et du II de l'article L. 36-8 du C P C E ainsi que du III de l'article L. 1425-1 du C G C T, la circonstance que l'opérateur offre les services faisant l'objet du litige dans le cadre d'une délégation de service public n'est pas de nature à exclure la compétence de l'Autorité pour connaître d'un litige relatif à l'accès ou l'interconnexion entre cet opérateur et un autre opérateur déclaré et qu'il appartient seulement à l'opérateur délégataire de prendre toutes les mesures permettant d'assurer la pleine application de la décision de règlement de différend, le cas échéant en saisissant l'autorité délégante conformément aux dispositions de la convention de délégation de service public applicables ; qu'au rebours de ce que soutient L R N, le III de l'article L. 1425-1 du C G C T, par le renvoi qu'il opère au I du même article, ne peut être interprété comme définissant la compétence de l'Autorité *ratione personae*, en la limitant au cas où les réseaux seraient établis et exploités par les collectivités territoriales et leurs groupements, une telle interprétation conduisant d'ailleurs à subordonner la compétence de l'Autorité au choix, opéré en amont par la collectivité territoriale, du mode de gestion, en régie ou déléguée, du service public qu'elle crée ; qu'à l'opposé, la compétence de l'Autorité se définit *ratione materiae* et que la loi l'habilite à régler tous les différends relatifs aux réseaux et infrastructures visés au I de l'article L. 1425-1 du C G C T, c'est-à-dire aux réseaux établis et/ou exploités par les collectivités territoriales et leurs groupements, y compris dans l'hypothèse où la collectivité publique décide de l'établissement des réseaux et des infrastructures, ainsi que des principes régissant leur exploitation, mais confie la réalisation des ouvrages et la gestion du service à un tiers par une convention de délégation de service public ; que la société L R N soutient vainement que le règlement par l'Autorité du différend qui l'oppose à la société Mobius la conduirait nécessairement à connaître de clauses réglementaires d'une convention de délégation de service public, dont seul le juge administratif pourrait apprécier la légalité ; qu'en effet, l'Autorité, qui a été saisie en application de l'article L. 36-8 du C P C E d'un différend survenu entre deux entreprises privées dans le cadre de négociations relatives à la conclusion d'un contrat de droit privé, n'est pas conduite, pour trancher ce différend, à prononcer l'annulation ou la réformation d'une clause de portée réglementaire d'un

contrat administratif, mais, tout au plus, à l'interpréter ; que l'article 7.3.3. de la convention de délégation de service public intitulé « révision des tarifs », stipule que : « en cas d'évolution technique et/ou économique rendant nécessaire l'évolution des services fournis aux usagers et/ou des tarifs qui leur sont appliqués, les tarifs pourront être révisés avec l'accord express et préalable de la région qui veillera à assurer de façon effective l'équilibre de l'exploitation confiée au délégataire. La demande du délégataire devra être accompagnée des documents et justifications nécessaires à son examen par la Région » ; qu'il résulte de cette clause que les tarifs ne sont pas fixés de manière unilatérale par la Région Réunion, qui statue en effet sur des demandes de révision tarifaire qui lui sont adressées par LRN dans le cadre d'une procédure qui laisse une place pour une négociation entre LRN et ses clients puis entre LRN et la Région ; que la Région Réunion n'a, même si le différend qui est soumis à l'Autorité par MOBIUS implique, sans lui retirer pour autant sa compétence, la révision de certains tarifs découlant de la convention de délégation de service public qu'elle a consentie à LRN, pas la qualité de partie au différend au sens de l'article L.36-8 du code des postes et communication électronique ;

ALORS, D'UNE PART, QU'il résulte des articles L.1411-1 et L.1411-2 du code général des collectivités territoriales que la délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie, pour une durée déterminée, la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire, que les conditions financières du contrat sont déterminées par la convention de délégation de service public, laquelle notamment fixe les tarifs à la charge des usagers et précise l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution ; qu'en imposant au délégataire une modification des tarifs fixés par la convention de délégation de service public, par une décision rendue hors la présence de l'autorité délégante et donc inopposable à cette dernière, la Cour d'appel a violé les textes précités, ensemble l'article 1134 du code civil et l'article 32 du code de procédure civile ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU'il résulte des articles L.1411-1 et L.1411-2 du code général des collectivités territoriales que le délégataire d'un service public ne dispose d'aucune autonomie en matière financière, les conditions tarifaires applicables aux usagers étant déterminées par les clauses du contrat de délégation, lesquelles ont un caractère réglementaire, si bien qu'en retenant que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes pouvait décider d'une modification des conditions tarifaires applicables aux usagers hors la présence de la collectivité publique délégante la Cour d'appel a violé les textes précités ensemble l'article 1425-1 du code général des collectivités territoriales et l'article L.36-8 du code des postes et communications électroniques ;

ET ALORS QU'en imposant au délégataire une modification des tarifs fixés par la convention de délégation de service public, tout en constatant que le contrat lui laissait seulement la faculté de proposer des révisions tarifaires à l'autorité délégante, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations au regard des articles 1411-1 et 1411-2 du code général des collectivités territoriales et de l'article 1134 du code civil.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Ce moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours de la société La Réunion Numérique contre la décision n°2010-0742 rendue le 1er juillet 2010 par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

AUX MOTIFS QU'en effet, L R N a soumis à la Région Réunion une proposition d'évolution de son catalogue qui a été présentée aux opérateurs le 9 février 2010, soit antérieurement à la saisine de l'Autorité par Mobius le 4 mars 2010 et que c'est dans ces conditions que la commission du développement économique de la Région Réunion a finalement décidé, lors d'une réunion du 11 février 2010, de reporter sa décision, ce qui aurait dû conduire l'Autorité à constater l'absence d'échec des négociations ; qu'en tout état de cause, en sa qualité de délégataire, L R N ne disposait pas d'un pouvoir de décision sur les évolutions du catalogue de services et de la grille tarifaire ses offres et ne pouvait donc négocier avec les opérateurs, ce qui doit conduire la cour à constater qu'il ne peut y avoir un «échec des négociations» ; que concernant tout d'abord les conditions tarifaires de l'offre d'hébergement en armoire de rue que, dans un courrier du 30 octobre 2009, Mobius a indiqué à L R N qu'elle souhaitait recourir à cette offre en faisant valoir que ses tarifs présentaient un caractère excessif, que L R N lui a alors répondu qu'un délai de 15 jours n'était pas suffisant pour répondre à sa demande et enfin que, lors de la réunion du 9 février 2010 du «Comité des utilisateurs du réseau Gazelle», il n'a pas été fait état, par la Région ou L R N, d'une proposition de modification des tarifs mais de la possibilité de supprimer cette offre, à l'exception des petits N R A, si celle-ci était trop «perturbante» ; que, dès lors, l'Autorité a exactement déduit de ces circonstances un échec des négociations entre les deux opérateurs concernés, dont les positions sont antagonistes, au sujet des conditions tarifaires en cause ; que concernant ensuite l'offre de fibres optiques noires que, par un courriel du 11 décembre 2009, Mobius a contesté le tarif d'un devis proposé par L R N pour la location d'une paire de fibres optiques entre le Port et Saint-Denis, en avançant que ce tarif était sans lien avec les coûts et sans rapport avec ceux proposés par France Télécom et que tout en demandant une renégociation des prix proposés, Mobius opte pour une liaison en bande passante ; que, le même jour, par courriel, L R N a proposé un nouveau devis pour la même liaison, empruntant un trajet plus court mais nécessitant des travaux et donc la facturation de frais d'accès au service de l'ordre de 130 000 et que le compte-rendu du «Comité des utilisateurs du

réseau Gazelle» du 9 février 2010 relate qu'une proposition de création d'I R U de 9 et 10 ans est faite et qu'une évolution à la baisse de la tarification de l'offre est étudiée, concernant une partie des tarifs de location de fibre optique noire en complément de la location de la boucle Gazelle complète, ce compte-rendu précisant également qu'en réponse à cette proposition, Mobius a demandé qu'une réunion soit organisée pour présenter les évolutions concernant ces offres ; qu'au vu de ces éléments, l'Autorité était également fondée à constater un échec des négociations concernant l'offre de fibres optiques noires ; que, concernant enfin les conditions tarifaires de l'offre «D S L Grand Public» il est constant, concernant en premier lieu la révision des tarifs : - que, par deux courriels en date des 17 février et 21 avril 2009, la société Mobius a demandé aux services techniques de la Région leur position relative aux deux demandes de révision des tarifs et des offres de la société La Réunion Numérique, et, dans le cas où ses demandes seraient acceptées, selon quel calendrier les modifications pouvaient avoir lieu, Mobius précisant qu'il était urgent de modifier les tarifs, spécialement les frais de mise en service et de résiliation qui seraient très excessifs ; - que, par un courriel en date du 21 avril 2009, Mobius a rappelé à L R N et aux services techniques de la Région ses questions relatives aux tarifs des offres de ; - que, par un courrier en date du 22 mai 2009, Mobius a informé L R N de la saisine du président du Conseil régional de La Réunion sur la question des tarifs de l'offre « D S L Grand Public », sur lesquels Mobius prétendait avoir attiré l'attention de L R N depuis de long mois, en les qualifiant d'incohérents et excessifs, notamment les frais d'accès au service et les frais de résiliation ; - que, par un courrier en date du 10 juin 2009, L R N a pris acte de points de blocage présentés par la société Mobius « depuis novembre 2008 » et justifié la construction de ses frais d'accès et de résiliation, L R N indiquant qu'elle a soumis à la Région Réunion une proposition de révision de ces deux tarifs à la baisse ; - que, par un courrier en date du 30 octobre 2009, Mobius a mis en demeure L R N de fixer, au plus tard le 15 novembre 2009, les frais d'accès au service de l'offre « D S L Grand Public » à 54 euros et de supprimer les frais de résiliation, afin que cette offre soit au moins équivalente à celle de la société France Télécom ; - que le compte-rendu de réunion du « Comité des utilisateurs du réseau Gazelle» du 17 décembre 2009 indique que le surcoût des frais d'accès et de résiliation facturés par la société La Réunion Numérique à ses clients est destiné à compenser des coûts non facturés aux clients et qu'il est expliqué que si L R N aligne les frais d'accès au service et de résiliation au niveau de ceux de la société France Télécom, elle devra répercuter l'intégralité des frais facturés par la société France Télécom à ses clients ; - que le compte-rendu de réunion de ce comité du 25 février 2010 fait état d'une proposition de baisse des frais d'accès et de résiliation, d'une proposition de baisse des redevances d'accès partagé et total à la suite de l'évolution du catalogue de la société France Télécom et d'une facturation nouvelle de frais ponctuels et relate, par ailleurs, des remarques de la société Mobius selon lesquelles les offres de la société La Réunion Numérique demeurent plus

chères que celles de la société France Télécom ; qu'au rebours de ce que soutient la requérante, ces circonstances, exactement rappelées par l'Autorité, suffisent à démontrer l'échec des négociations concernant la tarification de l'offre « D S L Grand Public » ;

ALORS QU'en se déterminant par de tels motifs impropres à caractériser un échec des négociations commerciales justifiant l'intervention de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.36-8 du code des postes et télécommunications ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Ce moyen reproche à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté le recours formé par la société LRN contre la décision n°2010-0742 rendue le 1er juillet 2010 par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

AU MOTIFS QU'en ce qui concerne le renversement de la charge de la preuve, il est constant qu'en application de l'article D.99-10 du C P C E qui prévoit que les conditions tarifaires des conventions d'interconnexion et d'accès respectent les principes d'objectivité et de transparence et qu'elles doivent pouvoir être justifiées sur demande de l'Autorité, il incombait bien à L R N de fournir tous les éléments économiques et financiers permettant de justifier le prix de chaque prestation contestée ou, à tout le moins, de produire certains éléments de coût, étant précisé qu'au cas d'espèce, il est constant que l'Autorité a pris ses décisions concernant les tarifs contestés en se fondant sur des éléments produits par les parties puis débattus contradictoirement ;

ALORS QUE les conditions tarifaires étant fixées par des clauses réglementaires du contrat de délégation de service public liant la société L R N à la Région Réunion, l'entreprise délégataire ne dispose d'aucune autonomie en matière de fixation des prix, si bien qu'en faisant peser sur la délégataire la charge de justifier le prix de chaque prestation, la Cour d'appel a violé par fausse application l'article D.99-10 du code des postes et des télécommunications électroniques.