

COMM.

CF

COUR DE CASSATION

Audience publique du 5 juin 2019

Cassation
partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 486 F-P+B

Pourvoi n° Y 17-22.192

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 Verizon France, société par actions simplifiée, dont le siège est [...], contre l'arrêt rendu le 28 avril 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 11), dans le litige l'opposant à la société Orange, société anonyme, dont le siège est [...], défenderesse à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 9 avril 2019, où étaient présentes : Mme Mouillard, président, Mme Orsini, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Labat, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Orsini, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Verizon France, de la SCP Marc Lévis, avocat de la société Orange, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur des marchés de communications électroniques, la société France Télécom, devenue la société Orange, s'est vu imposer par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (l'ARCEP) des obligations comptables et tarifaires, dont celle de pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants, sur les marchés de gros de l'accès et de l'interconnexion fixes ;

qu'invoquant le non-respect de cette obligation par la société Orange, pour les exercices 2006 et 2007, l'Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications (l'AFORST) a saisi l'ARCEP d'une demande de sanction contre la société Orange, sur le fondement de l'article L. 36-11 du code des postes et des communications électroniques, demandant, en outre, que cette société soit mise en demeure d'assurer, par un avenant aux contrats conclus avec les opérateurs alternatifs, le reversement des sommes indûment perçues par elle, par suite de la violation de son obligation d'orientation des tarifs vers les coûts ; que, par une décision du 17 juin 2009, le directeur général de l'ARCEP a prononcé un non-lieu à poursuivre la procédure, au motif que la société Orange avait effectué, le 28 mai 2009, des modifications tarifaires, avec effet rétroactif au 1er janvier 2009, la mettant en conformité avec ses obligations ; que le recours en annulation pour excès de pouvoir formé contre cette décision par l'AFORST a été rejeté ; que s'appuyant sur la décision du directeur général de l'ARCEP, dont il ressortait que les tarifs de départ d'appel pratiqués par la société Orange auraient dû être inférieurs de 2 % en 2006 et de 15 % en 2007, et soutenant que cette société avait manqué à son obligation d'orientation des tarifs vers les coûts et engagé sa responsabilité délictuelle, la société Verizon France (la société Verizon) l'a assignée en restitution des sommes indûment facturées et en paiement de dommages-intérêts au titre du gain manqué ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que pour rejeter la demande de mesures d'instruction formée par la société Verizon, après avoir constaté que cette société invoquait l'existence d'un indice sérieux de manquement de la société Orange à son obligation tarifaire en se fondant sur l'arrêt du 4 décembre 2015, rendu dans l'affaire opposant la société SFR à la société Orange, dans lequel la cour d'appel de Paris avait elle-même qualifié la décision de l'ARCEP, en ce qu'elle faisait référence à une surfacturation de 2 % en 2006 et 15 % en 2007, de "commencement de preuve des pratiques reprochées", l'arrêt, analysant les termes de la décision du 4 décembre 2015, relève que cette décision précise cependant que les constatations de l'ARCEP ne constituent en réalité qu'un constat non détaillé, non circonstancié et dépourvu de qualification juridique et qu'elles peuvent tout au plus constituer un simple indice de la pratique litigieuse, et non une preuve, et qu'il ne s'agit donc que d'un commencement de preuve des pratiques reprochées, insuffisant en soi pour démontrer le manquement tarifaire de la société Orange ; qu'il relève encore que cette même décision précise également que le rapport d'instruction ne peut davantage être admis comme preuve des manquements allégués, aucun constat clair et non équivoque d'un manquement pour 2006 et 2007 ne résultant de l'annexe jointe à ce rapport ; que de cette analyse de l'arrêt du 4 décembre 2015, l'arrêt déduit que la société Verizon échoue à démontrer que le rapport d'instruction de l'ARCEP a établi un manquement de la société Orange, la simple phrase dans cet arrêt, mise en exergue par la société Verizon, relative au "commencement de preuve des pratiques" ne constituant pas un indice sérieux d'un manquement ;

Qu'en statuant ainsi, par voie de référence à une cause déjà jugée, la cour d'appel, qui devait se déterminer, pour apprécier le bien fondé de la demande de mesures d'instruction, au vu des éléments invoqués par la société Verizon, laquelle ne se bornait pas à se référer à l'arrêt rendu dans l'affaire opposant la société SFR à la société Orange mais qui soutenait qu'il résultait de la décision de l'ARCEP et du rapport d'instruction, dont elle citait des extraits, l'existence d'indices sérieux et précis des manquements de la société Orange à son obligation tarifaire, a méconnu les exigences du texte susvisé ;

Sur ce moyen, pris en sa troisième branche :

Vu les articles 143, 144 et 146 du code de procédure civile ;

Attendu que pour statuer comme il fait, après avoir relevé que la société Verizon avait proposé, afin de rendre possible l'expertise qu'elle demandait, une méthodologie particulière permettant, selon elle, de préserver les intérêts de la société Orange, l'arrêt énonce que la loi a entendu limiter l'accès aux comptes réglementaires de cette société et en préserver la confidentialité, leur publicité présentant un risque d'atteinte au secret des affaires ; qu'il retient que si ce secret n'est pas

absolu et ne constitue pas en soi un obstacle à une mesure d'instruction, seul un motif légitime justifie qu'il y soit porté atteinte, motif légitime que la société Verizon n'établit pas, en l'espèce ; qu'il retient, encore, qu'en dépit des aménagements proposés et de l'ancienneté des données alléguée par la société Verizon, l'expertise demandée porterait atteinte au secret des affaires et mettrait inmanquablement la société Verizon en possession de données de la société Orange relevant d'un tel secret ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, de façon concrète, si les mesures d'instruction demandées ne permettraient pas de concilier le droit à la preuve de la société Verizon et le droit au secret des affaires de la société Orange, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Et sur ce même moyen, pris en sa quatrième branche :

Vu les articles 143, 144 et 146 du code de procédure civile ;

Attendu que pour rejeter la demande de mesures d'instruction formée par la société Verizon, l'arrêt retient que si le pouvoir de sanction de l'ARCEP ne prive pas la présente juridiction de son pouvoir en matière d'indemnisation des opérateurs, clients de la société Orange, encore faut-il que l'opérateur ait établi un manquement de cette société qui aurait été préalablement qualifié par l'Autorité de régulation, seule compétente pour procéder à des contrôles de l'entière comptabilité réglementaire de la société Orange, et qu'en l'espèce, ce supposé manquement n'a jamais été qualifié par l'ARCEP ; qu'il ajoute que l'article 146 du code de procédure civile ne permet pas d'ordonner une mesure d'instruction en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve ;

Qu'en se déterminant ainsi, par une motivation fondée sur la seule absence de preuve de faits que la mesure d'instruction sollicitée avait précisément pour objet d'établir, sans dire en quoi la demande de la société Verizon visait à pallier une carence de sa part dans l'administration de la preuve, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et vu l'article 624 du code de procédure civile ;

Attendu que la cassation prononcée sur le premier moyen du pourvoi entraîne la cassation, par voie de conséquence, des chefs de dispositif de l'arrêt rejetant les demandes de la société Verizon, qui s'y rattachent par un lien de dépendance nécessaire ;

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

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il dit recevable la demande de la société Verizon France relative à l'année 2008, l'arrêt rendu le 28 avril 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur les autres points, 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 Orange aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer la somme de 3 000 euros à la société Verizon France et rejette sa demande ;

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 cinq juin deux mille dix-neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Verizon France

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société Verizon France de sa demande de mesures d'instruction ;

AUX MOTIFS QUE sur les demandes avant-dire droit de mesures d'instruction, l'article 1315 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige, dispose que "celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver." ; que, conformément à l'article 9 du code de procédure civile, il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ; que les mesures sollicitées par Verizon (expertise judiciaire aux fins d'examen des comptes et des clés d'allocation choisies, communications des pièces sous certaines conditions, dont le rapport d'instruction en version non expurgée, audition de l'ARCEP en qualité d'amicus curiae...), fondées sur les articles 143 et 144 du code de procédure civile, supposent la réunion de trois critères : l'existence d'indices sérieux d'un manquement, l'utilité et la pertinence des mesures et des pièces sollicitées, l'absence d'un empêchement légitime ; que sur l'existence d'indices sérieux d'un manquement d'Orange, Verizon soutient que, dans sa décision du 4 décembre 2015, la Cour de céans a elle-même établi que la décision de non-lieu en date du 17 juin 2009 de l'ARCEP, en ce qu'elle fait notamment référence à une surfacturation par Orange de 2 % et 15 % en 2006 et 2007, constitue un indice sérieux du manquement d'Orange à ses obligations tarifaires, en la qualifiant de "commencement de preuve des pratiques reprochées à Orange" ; que (cependant) l'arrêt du 4 décembre 2015 ajoute "ce simple constat, non circonstancié et non étayé, ne saurait, en soi, démontrer l'illégalité des tarifs' 2006-2007"; que le constat opéré résulte de l'instruction préalable à la décision de non-lieu : "l'instruction a établi que, par le passé, la société France Télécom n'a pas intégré suffisamment dans ses tarifs de départ d'appel les effets des gains de productivité et des modifications des méthodes d'allocations des coûts. Ainsi, il ressort de l'instruction que les tarifs' de départ d'appel auraient dû être inférieurs à ceux pratiqués de 2 % en 2006 et de 15 % en 2007" ; que l'arrêt précité retient : "rien dans la décision (de non-lieu de l'ARCEP) ne corrobore cette phrase", le directeur de l'ARCEP estimant qu'il ne subsistait pas "d'indice invitant à poursuivre l'instruction concernant le supposé non-respect par la société France Télécom de l'obligation tarifaire qui lui est imposée..." ; que "le rapport d'instruction ne saurait davantage être admis comme preuve des manquements allégués", "aucun constat clair non équivoque de manquement pour 2006 et 2007 ne résulte de l'annexe jointe à ce rapport" ; que la Cour précise : "les prétendues constatations de l'ARCEP, présentée par la société SFR comme le deuxième indice, ne constituent en réalité qu'un constat non détaillé, non circonstancié et dépourvu de qualification juridique. Non dépourvues d'ambiguïté, elles peuvent tout au plus constituer un simple indice de la pratique litigieuse, et non une preuve. Ne subsiste en définitive, que le deuxième indice qui ne constitue qu'un commencement de preuve des pratiques reprochées à Orange, insuffisant en soi pour démontrer le manquement tarifaire de cet opérateur en 2006 et 2007." ; qu'en conséquence, Verizon échoue à démontrer que le rapport d'instruction de l'ARCEP a établi un manquement d'Orange, la simple phrase mise en exergue par Verizon pour étayer ses allégations ne constituant pas un indice sérieux d'un manquement ; que sur l'utilité et la pertinence des mesures sollicitées, Verizon soutient, par ailleurs, que les juridictions commerciales ont une compétence concurrente en matière de communications électroniques et sollicite de la Cour que soit confié à un expert judiciaire le soin de procéder à l'analyse de la comptabilité réglementaire d'Orange aux fins de vérification du respect de ses obligations tarifaires ; qu'en fait, Verizon demande qu'il soit procédé à une nouvelle analyse de l'entière comptabilité d'Orange ; que si le pouvoir de sanction de l'ARCEP ne prive pas la présente juridiction de son pouvoir en matière d'indemnisation des opérateurs clients d'Orange, encore faut-il que l'opérateur ait établi un manquement d'Orange qui aurait été préalablement qualifié par l'Autorité de régulation, seule compétente pour procéder à des contrôles de l'entière comptabilité réglementaire d'Orange ; qu'en l'espèce, ce supposé manquement n'a jamais été qualifié par l'ARCEP ; qu'ainsi que l'a retenu la Cour dans son arrêt du 4 décembre 2014, "la vérification des obligations tarifaires d'Orange ne pouvait utilement être exercée que par l'ARCEP", reprenant la position de la Cour d'appel de céans dans son arrêt du 20 mai 2014 (dans l'instance opposant Orange à BRITISH TELECOM) qui a rappelé : " (...) qu'en application de ces dispositions (article D 312-III du CPCE), Orange n'a l'obligation de communiquer ses comptes réglementaires qu'à l'ARCEP, autorité de régulation qui a pour mission de publier annuellement une attestation de conformité des comptes et de sélectionner les données qui peuvent être rendues publiques ; (...) que de ces dispositions, il résulte que la loi a entendu limiter l'accès aux comptes réglementaires d'Orange et en préserve la confidentialité, ce dont se déduit nécessairement que leur publicité présenterait un risque d'atteinte au secret des affaires ; (...) qu'il résulte de ces développements que la société BT France, à laquelle incombe de démontrer l'utilité et la pertinence de la mesure d'expertise qu'elle sollicite, Orange ne pouvant se voir contrainte par un concurrent de rapporter la preuve qu'il recherche sur ce point, n'apporte pas d'indices sérieux d'une violation des obligations imposées à l'intimée, ni ne justifie que le contrôle de l'autorité de régulation est insuffisant." ; que l'ARCEP, en charge du contrôle et

du respect des tarifs, veille à la loyauté et à l'équilibre de la tarification des opérateurs, a la possibilité de sanctionner les manquements en application de l'article L.36-11 du CPCE et a, en outre, pour mission de publier annuellement une attestation de conformité des comptes et de sélectionner les données qui peuvent être rendues publiques ; que la demande de contre-expertise du travail réalisé par l'ARCEP ne saurait aboutir, faute pour Verizon de démontrer que ce travail aurait été insuffisant ; que sur l'absence d'empêchement légitime, Verizon a proposé, pour rendre cette expertise possible, une méthodologie permettant, selon elle, de préserver les intérêts d'Orange ; qu'en l'espèce, la loi a entendu limiter l'accès aux comptes réglementaires d'Orange et en préserver la confidentialité, leur publicité présentant un risque d'atteinte au secret des affaires ; que, si ledit secret n'est pas absolu et ne constitue pas en soi un obstacle à une mesure d'instruction, seul un motif légitime justifie qu'il y soit porté atteinte, motif légitime que Verizon n'établit pas en l'espèce ; que l'expertise sollicitée par Verizon, en dépit des aménagements proposés et de l'ancienneté des données (en l'occurrence non démontrée en ce qui concerne les coûts des réseaux qui sont amortis sur des durées très longues), porterait atteinte au secret des affaires et mettrait inmanquablement Verizon en possession de données de la société Orange relevant d'un tel secret ; qu'il ne saurait donc être fait droit à la demande d'expertise ; que les conditions nécessaires pour ordonner les mesures d'instruction sollicitées ne sont pas réunies ; qu'au surplus, l'article 146 du code de procédure civile ne permet pas d'ordonner une mesure d'instruction en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve, cette disposition ni ne portant atteinte au principe d'effectivité du droit de l'Union européenne, ni ne faisant obstacle à l'efficacité de la régulation sectorielle et au droit communautaire, ni ne contrevenant aux directives communautaires visant à la libéralisation des communications électroniques, ni ne rendant impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ; qu'il convient en conséquence de débouter Verizon de ses demandes de ce chef ;

1°) ALORS QUE pour motiver sa décision, le juge doit se déterminer d'après les circonstances particulières du procès et non par voie de référence à des causes déjà jugées ; que dès lors, en reprenant expressément pour motiver sur des points essentiels son refus d'ordonner la mesure d'instruction sollicitée par la société Verizon, la motivation précédemment adoptée le 4 décembre 2015 dans une affaire SFR c/ Orange ou encore le 20 mai 2014 dans un arrêt opposant Orange à British Télécom, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE le juge ne peut pas refuser d'ordonner une mesure d'instruction, en reprochant au demandeur de ne pas rapporter la preuve que la mesure demandée avait précisément pour objet de rapporter ; qu'en affirmant, pour considérer que « la société Verizon échoue à démontrer que le rapport d'instruction de l'ARCEP a établi un manquement d'Orange », par une adoption de la motivation de l'arrêt Sfr du 4 décembre 2015 que « non dépourvues d'ambiguïté, (les constatations de l'ARCEP) peuvent tout au plus constituer un simple indice de la pratique litigieuse, et non une preuve », quand la mesure d'expertise sollicitée avait précisément pour objet de rapporter cette preuve, la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, a violé l'article 145 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE ni le secret des affaires ni le secret professionnel ne constitue en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile et à la production d'un document pourvu que celui-ci soit nécessaire à la protection des droits du demandeur ; que la volonté du demandeur d'établir la preuve d'un acte fautif lui causant un préjudice constitue un motif légitime justifiant une mesure d'instruction ; que le juge doit s'efforcer de concilier la nécessité de respecter le secret des affaires avec le droit pour le demandeur d'établir la preuve d'actes illicites commis à son encontre ; qu'en affirmant, pour rejeter la demande d'expertise, que la société Verizon ne justifie d'aucun motif légitime et que l'expertise sollicitée porterait atteinte au secret des affaires et mettrait inmanquablement Verizon en possession de données de la société Orange relevant d'un tel secret, la cour d'appel a violé l'article 145 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QU'en affirmant, pour débouter la société Verizon de sa demande de mesures d'instruction que l'article 146 du code de procédure civile ne permet pas d'ordonner une mesure d'instruction en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve, après avoir affirmé que « si le pouvoir de sanction de l'ARCEP ne prive pas la présente juridiction de son pouvoir en matière d'indemnisation des opérateurs clients d'Orange, encore faut-il que l'opérateur ait établi un manquement d'Orange qui aurait été préalablement qualifié par l'Autorité de régulation, seule compétente pour procéder à des contrôles de l'entière comptabilité réglementaire d'Orange (et) qu'en l'espèce, ce supposé manquement n'a jamais été qualifié par l'ARCEP », ce dont il résulte que la société Verizon n'était pas en mesure

de rapporter seule la preuve de la faute passée de l'opérateur historique, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir débouté la société Verizon de sa demande indemnitaire formée contre la société Orange au titre des années 2006 et 2007 en raison d'une surfacturation fautive ;

AUX MOTIFS QUE sur les comportements fautifs d'Orange, l'article 1353 du code civil, dans sa rédaction applicable à la cause, dispose que "les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol." ; que la société Verizon soutient qu'Orange a violé ses obligations réglementaires au regard de ses obligations tarifaires et que cette violation constitue une faute délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction applicable au litige, et de l'article L.420-3 du code de commerce, violation consistant en une surfacturation fautive qui lui aurait porté préjudice ; qu'elle sollicite principalement le remboursement des facturations excessives opérées par Orange à son détriment sur les marchés de gros soumis à une obligation d'orientation vers les coûts, pour les exercices 2006 à 2008, et à la réparation des gains manqués subis en raison de cette faute ; que la preuve de cette surfacturation résulte, selon Verizon, du rapport d'instruction de l'Autorité de régulation saisie par un courrier du 4 septembre 2008 de l'Association française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications (AFORST) sollicitant le prononcé d'une sanction à l'encontre de la société France Télécom à la suite de la publication, par la société France Télécom, de ses comptes séparés pour l'année 2006 qui relève" (...) qu'avant le 28 mai 2009, la société France Télécom fondait son tarif de départ d'appel pour les années 2006 à 2009 sur l'unique base de ses coûts prévisionnels audités. Par le passé, la société France Télécom n'a pas intégré suffisamment dans ses tarifs de départ d'appel les effets des gains de productivité et des modifications des méthodes d'allocations des coûts. Ainsi, il ressort de l'instruction que les tarifs de départ d'appel auraient dû être inférieurs à ceux pratiqués de 2 % en 2006 et de 15 % en 2007" ; qu'elle soutient également qu'il résulte de la publication des comptes séparés d'Orange pour les années 2006 et 2007 l'existence nécessairement fautive de soldes positifs de plusieurs centaines de millions d'euros par rapport aux coûts prévisionnels ; qu'elle estime qu'Orange n'a répercuté aucun gain d'efficience sur les tarifs pour 2007, ce qui constitue en soi un indice du manquement à l'obligation d'orientation vers les coûts, que son préjudice est constitué a minima de la surfacturation susvisée sur le départ et la terminaison d'appel ainsi que de la perte subie et du gain manqué du fait de son éviction partielle des marchés de détail par Orange ; qu'aux termes de plusieurs décisions de 2005 et 2006, l'ARCEP a désigné la société France Telecom (devenue Orange) comme opérateur exerçant une influence significative sur le marché de la téléphonie et lui a imposé certaines obligations tarifaires consistant : - dans l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts, ce qui implique que les tarifs des offres doivent être égaux aux coûts encourus directement ou indirectement par Orange pour fournir ces prestations ; - dans l'obligation de non-éviction, consistant à ne pas pratiquer des offres qui évincent ses concurrents et à laisser à ceux-ci un espace économique leur permettant de commercialiser des offres aussi attractives que les siennes ; que le rapport d'instruction susvisé sur lequel repose les allégations de Verizon, a donné lieu à la décision de non-lieu du directeur général de l'ARCEP du 17 juin 2009, conforme aux conclusions du rapport d'instruction qui indique " qu'il ne subsiste pas d'indice invitant à poursuivre l'instruction concernant le supposé non- respect par la société France Télécom de l'obligation tarifaire qui lui est imposée sur le tarif du départ d'appel à la durée." ; que cette décision a été confirmée par le Conseil d'Etat par arrêt du 4 juillet 2012 ; que, dans sa décision du 4 décembre 2015, dont la motivation peut être reprise, la Cour d'appel de céans, dans un litige opposant SFR à Orange écrit : "ce simple constat, non circonstancié et non étayé, ne saurait, en soi, démontrer l'illégalité des tarifs 2006-2007"; que ce simple constat résulte de l'instruction qui a abouti au non-lieu aux termes duquel : "l'instruction a établi que par le passé, la société France Télécom n'a pas intégré suffisamment dans ses tarifs de départ d'appel les effets des gains de productivité et des modifications des méthodes d'allocations des coûts. Ainsi, il ressort de l'instruction que les tarifs de départ d'appel auraient dû être inférieurs à ceux pratiqués de 2% en 2006 et de 15% en 2007"; qu'ainsi que le souligne l'arrêt précité, "Or, rien dans la décision (de non-lieu de l'ARCEP) ne corrobore cette phrase ", le directeur de l'ARCEP estimant qu'il ne subsistait pas "d'indice invitant à poursuivre l'instruction concernant le supposé non-respect par la société France Télécom de l'obligation tarifaire qui lui est imposée..." ; que, comme continue la Cour, "le rapport d'instruction ne saurait davantage être admis comme preuve des manquements allégués ", "aucun constat clair non équivoque de manquement pour 2006 et 2007 ne résulte de cette annexe." ; qu'en effet, les rapporteurs ont souligné qu'un décalage entre les coûts

anticipés ex ante et les coûts constatés ex post ne démontre pas, en soi, l'existence d'une faute de France Télécom ; qu'ainsi, ce constat non étayé ne saurait constituer une présomption grave, précise et concordante valant preuve au sens de l'article 1353 ancien du code civil ; que c'est en raison de cette absence d'établissement non équivoque d'un manquement de la part d'Orange que Verizon a demandé, trois ans après avoir interjeté appel et un mois avant la clôture de l'affaire, des mesures d'instruction qui ont été refusées par le magistrat en charge de la mise en état dans son ordonnance du 12 mai 2016 et sollicite à nouveau ces mesures devant la présente Cour ; qu'en outre, le rapport et son annexe n'ayant pas été soumis au principe du contradictoire en application de l'article 23 du règlement intérieur de l'ARCEP, qui stipule que la personne mise en cause ne peut accéder à l'ensemble des pièces du dossier qu'à la réception de la notification des griefs, cette hypothèse retenue par les rapporteurs n'a pu être contredite par Orange qui n'a pas eu connaissance de ce rapport pendant la procédure devant l'ARCEP ; qu'il convient de souligner qu'en cas de manquement constaté, l'Autorité de régulation dispose d'un pouvoir de sanction en application de l'article L.36-11 du CPCE après avoir respecté la procédure de notification préalable des griefs qui permet une procédure contradictoire ; qu'ainsi, le rapport d'instruction ne peut en aucun cas constituer un constat de manquement ; qu'en outre, que l'obligation de séparation comptable à la charge de l'opérateur a pour objet de vérifier l'absence de subventions croisées entre activités séparées ; que la circonstance que ces comptes montrent un solde positif ne démontre pas que des surfacturations fautives par rapport à l'obligation d'orientation vers les coûts auraient été pratiquées ; que la seule existence d'un écart entre les coûts prévisionnels qui servent à définir les tarifs des offres de gros et les coûts constatés ne peut suffire à caractériser l'existence d'une attitude fautive et encore moins une violation délibérée de ses obligations réglementaires par FRANCE TELECOM, en raison de la difficulté d'établir des comptes prévisionnels aussi proches que possible de la réalité, tenant compte de prévision sur les volumes de trafic et sur les coûts prévisionnels intégrant des prévisions de gains de productivité ; qu'en effet, le solde de ces comptes englobe un certain nombre de prestations qui ne sont pas soumises à l'obligation d'orientation vers les coûts ; que selon l'ARCEP, les soldes des comptes séparés englobent un certain nombre de prestations qui ne sont soumises à aucune obligation tarifaire ; que les tarifs sont établis de la manière suivante : "(...) à partir du modèle réglementaire sur la base des coûts prévisionnels, qui doivent être établis de bonne foi et tenir compte de l'ensemble des informations disponibles à leur date d'élaboration, en particulier des comptes établis et audités (...) Les tarifs obtenus reposent donc sur le meilleur jeu d'hypothèses prévisibles et intègrent notamment des gains d'efficacité évalués ex ante. Compte tenu des modalités de tarification applicables au marché en cause, lorsque l'opérateur soumis à une obligation de pratiquer des tarifs reflétant les coûts réalise des gains plus importants que ceux qui étaient anticipés, il doit, dès lors que les informations disponibles lui permettent d'en avoir connaissance, les répercuter sans délai dans les tarifs à venir. Cette méthode a une vertu incitative en termes d'efficacité de l'opérateur régulé, ce dont bénéficie le secteur en général : à court terme les recettes dues à des gains d'efficacité supérieurs aux prévisions sont conservées par la société Orange et les pertes dues à des gains d'efficacité inférieurs à ceux attendus sont encourus par la société Orange. Dans un second temps, ces gains d'efficacité sont partagés, à travers les tarifs à venir, avec l'ensemble des acteurs. Aussi, l'existence d'un écart entre les coûts prévisionnels et les coûts constatés n'implique pas nécessairement que l'opérateur a méconnu ses obligations tarifaires." (décision de l'ARCEP en date du 11 février 2016) ; que seule la non-répercussion des gains de non productivité et autres économies de coûts qui pourraient être anticipés ex ante est répréhensible au regard de la régulation, les éventuels gains devant être répercutés sur les tarifs pour l'avenir qui doivent tenir compte des coûts constatés ; qu'en effet, les coûts prévisionnels restent dépendants d'hypothèses qui peuvent évoluer dans le futur, ce qui est inhérent à toute modélisation prospective ; qu'en l'espèce, Orange, dont il n'est pas établi par Verizon qu'elle avait connaissance, lors de l'établissement des coûts prévisionnels (coûts du personnel et coûts informatiques), des gains de productivité, a procédé à une modification de ses tarifs le 28 mai 2009 avec effet rétroactif au 1er janvier 2009, comme le relève l'ARCEP dans sa décision de non-lieu du 17 juin 2009 ; que les demandes de Verizon portent aussi sur certains marchés non soumis à une obligation tarifaire d'orientation vers les coûts, tels que le marché de transit inter-territorial, le marché de segment terminal de services de capacité et le marché du bitstream (pour lequel Verizon a retiré sa demande), marchés pour lesquels, Orange étant tenue à une obligation de non-éviction, sont inopérantes la vérification du respect des obligations tarifaires, et, partant, l'existence d'une éventuelle surfacturation ; qu'en effet, l'obligation de non-éviction n'interdit pas l'existence d'un écart par rapport aux coûts ; que Verizon n'établit pas l'existence d'un lien entre les tarifs pratiqués par France Telecom supposés excessifs et le gain manqué qu'elle invoque, alors que les tarifs de France Télécom communs à tous les opérateurs alternatifs ont permis à certains opérateurs de gagner des parts de marchés importantes ; qu'en conséquence, Verizon n'apporte la preuve ni de l'existence d'une surfacturation fautive, ni de l'illégalité, ni du manquement fautif d'Orange dont elle demande réparation concernant les obligations tarifaires pour 2006 et 2007 ; qu'il convient donc de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la société Verizon de sa demande d'indemnisation fondée sur les prétendues

surfacturations tirées de l'analyse des comptes séparés au titre des exercices 2006 et 2007 ;

1°) ALORS QUE pour motiver sa décision, le juge doit se déterminer d'après les circonstances particulières du procès et non par voie de référence à des causes déjà jugées ; que dès lors, en motivant sa décision concluant à l'absence de preuve de la faute reprochée à la société Orange par une reprise de la motivation précédemment adoptée le 4 décembre 2015 dans une affaire SFR c/ Orange, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du Code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE tout rapport non établi contradictoirement peut valoir à titre de preuve pourvu qu'il soit ensuite soumis à la libre discussion des parties devant la juridiction devant laquelle il est produit ; qu'en affirmant péremptoirement que « le rapport d'instruction (de l'ARCEP) ne peut en aucun cas constituer un constat de manquement » dans la mesure où il n'a pas été établi contradictoirement, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE dans sa décision du 4 juillet 2012, le Conseil d'Etat a jugé que le directeur de l'ARCEP n'avait commis aucune erreur de droit, en estimant qu'il devait être mis un terme à la procédure de sanction ouverte au motif que les manquements avaient cessé au cours de l'instruction du fait de la régularisation des tarifs opérée par France Télécom au regard des obligations tarifaires d'orientation vers les coûts qui lui avaient été imposées, compte tenu des modifications tarifaires auxquelles cette société a procédé le 28 mai 2009, avec effet rétroactif au 1er janvier 2009 ; qu'en déduisant de la décision de non-lieu du directeur de l'ARCEP du 17 juin 2009 confirmée par le Conseil d'Etat le 4 juillet 2012 une absence d'indice invitant à poursuivre l'instruction, la Cour d'appel a dénaturé la décision du Conseil d'Etat sur laquelle elle s'est fondée en violation du principe interdisant au juge de dénaturer les documents de la cause, ensemble l'article 1192 du Code civil ;

4°) ALORS QUE les opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché de détail du secteur des communications électroniques sont notamment tenus de ne pas pratiquer de tarifs excessifs ou d'éviction sur le marché en cause et de pratiquer des tarifs reflétant les coûts correspondants et doivent, pour assurer le respect de ces obligations, tenir une comptabilité séparée des services et des activités ; qu'en considérant au contraire que l'obligation de séparation comptable mise à la charge d'un tel opérateur a seulement pour objet de vérifier l'absence de subventions croisées entre activités séparées, quand elle doit aussi permettre de déceler une éventuelle violation par l'opérateur qui exerce une influence significative de son obligation sectorielle de pratiquer des tarifs orientés vers les coûts, la cour d'appel a violé l'article 38-1 du CPCE ;

5°) ALORS EN TOUTE HYPOTHESE QUE les articles L 36-11 et L 38 du Code des postes et des communications électroniques, tels qu'interprétés par le Conseil d'Etat par la Cour de cassation méconnaissent les principes constitutionnels d'égalité devant la justice, d'accès au juge, du droit à un recours effectif et des droits de la défense ; que cette interprétation jurisprudentielle constante des juridictions suprêmes interdit à la fois à l'ARCEP d'établir et de sanctionner la faute commise par l'opérateur historique au titre de manquements passés auxquels celui-ci a mis fin, tout en considérant que seule l'ARCEP peut rapporter la preuve des manquements passés de l'opérateur historique en accédant à sa comptabilité, ce qui prive les opérateurs alternatifs de toute possibilité raisonnable de faire constater les manquements délictuels passés auxquels l'opérateur historique a mis fin et d'obtenir l'indemnisation de son préjudice devant un juge ; qu'une telle interprétation jurisprudentielle de ces textes est contraire aux articles 1er, 6 et 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté la société Verizon de sa demande indemnitaire formée contre la société Orange au titre de l'année 2008 ;

AUX MOTIFS QUE sur la demande de Verizon au titre d'un manquement fautif d'Orange sur l'exercice 2008 () la demande présentée par Verizon au titre de 2008 tend aux mêmes fins et est le complément des demandes formées devant les premiers juges ; qu'elle doit être déclarée recevable en application de l'article 566 du code de procédure civile ; que sur le fond, qu'il convient de rappeler que les développements qui précèdent n'ont pas retenu de comportement fautif d'Orange dans l'établissement des tarifs ; que, sur l'allégation de faute d'Orange qui n'aurait modifié ses tarifs qu'a

compter du 1^{er} janvier 2009, cette modification s'explique par le changement de contexte réglementaire modifiant les modalités d'encadrement de la prestation de départ d'appel sur la base des coûts audités d'Orange en 2009; qu'il y a donc lieu de débouter Verizon de sa demande de dommages et intérêts au titre de l'exercice 2008 ; que l'équité impose de condamner la société Verizon à payer à la société Orange la somme de 100.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile en cause d'appel ;

ALORS QUE pour débouter la société Verizon de sa demande indemnitaire au titre d'un manquement fautif d'Orange sur l'exercice 2008, l'arrêt attaqué a retenu que sur le fond, il convient de rappeler que les développements qui précèdent – critiqués par le deuxième moyen - n'ont pas retenu de comportement fautif d'Orange dans l'établissement des tarifs ; qu'ainsi la censure à intervenir sur le deuxième moyen entraînera par voie de conséquence la cassation de ce chef en application des dispositions de l'article 624 du code de procédure civile.