

COMM.

MB

COUR DE CASSATION

Arrêt du 4 juin 2025

Rejet

M. VIGNEAU, président

Arrêt n° 300 FS-D

Pourvoi n° V 23-15.934

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 4 JUIN 2025

La société XpFibre, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 1], venant aux droits de la société SFR FTTH, a formé le pourvoi n° V 23-15.934 contre l'arrêt N° RG 21/01780 rendu le 20 avril 2023 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 7), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Free, société par actions simplifiée, dont le siège est [Adresse 3],

2°/ à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, dont le siège est [Adresse 2],

défenderesses à la cassation.

La société Free a formé un pourvoi incident éventuel contre le même arrêt.

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, trois moyens de cassation.

La demanderesse au pourvoi incident éventuel invoque, à l'appui de son recours, un moyen de cassation.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de M. Regis, conseiller référendaire, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société XpFibre, venant aux droits de la société SFR FTTH, de la SARL Gury & Maître, avocat de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, de la SCP Le Guerer, Bouniol-Brochier, Lassalle-Byhet, avocat de la société Free, et l'avis de Mme Luc, premier avocat général, après débats en l'audience publique du 8 avril 2025 où étaient présents M. Vigneau, président, M. Regis, conseiller référendaire rapporteur, M. Mollard, conseiller doyen, Mmes Poillot-Peruzzetto, Michel-Amsellem, Sabotier, Tréfigny, conseillers, M. Le Masne de Chermont, Mmes Comte, Bessaud, Bellino, conseillers référendaires, Mme Luc, premier avocat général, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 20 avril 2023), le 26 janvier 2018, la société SFR a conclu avec la société Free une convention d'accès permettant à cette dernière d'investir en cofinancement dans le réseau de communication électronique à très haut débit en fibre optique (FttH) déployé par la société SFR dans les zones géographiques les moins peuplées (les ZMD).
2. Le 31 octobre 2019, la société SFR FTTH, à qui la convention a été transmise au titre d'un apport partiel d'activité, a informé la société Free de la hausse de ses tarifs d'accès à compter du 1er février 2020.
3. Le 8 janvier 2020, la société SFR FTTH a transmis à la société Free un nouveau projet de contrat d'accès ayant vocation à se substituer au précédent contrat et reprenant la nouvelle grille tarifaire, lequel a été contesté par la société Free.
4. Le 22 juillet 2020, après l'échec des négociations, la société Free a saisi l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (l'ARCEP) en règlement de différend.
5. Parallèlement, par une décision n° 2020-0077 du 21 janvier 2020, la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'ARCEP (la formation RDPI) a ouvert une enquête administrative concernant les obligations comptables et tarifaires d'accès aux lignes FttH des sociétés SFR et SFR FTTH.
6. Par une décision n° 2020-1498-RDPI du 17 décembre 2020 (la décision), la formation RDPI a accueilli les demandes de la société Free et enjoint à la société SFR FTTH de lui transmettre, d'une part, un premier projet de contrat modifiant le projet initial, d'autre part, à l'issue d'une négociation menée de bonne foi, le projet de contrat avec un certain nombre de modifications, dont une obligation de négocier de bonne foi toute modification des tarifs excédant un certain seuil (article 4 de la décision) et un plafonnement des tarifs de cofinancement (article 5 de la décision).
7. La société SFR FTTH a formé un recours contre cette décision. La société XpFibre est venue aux droits de cette société.

Examen des moyens

Sur le premier moyen du pourvoi principal

Enoncé du moyen

8. La société XpFibre fait grief à l'arrêt de rejeter sa demande d'annulation de la décision fondée sur le moyen pris de la violation de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la Convention) pour défaut d'impartialité, alors :

« 1°/ que, pour déterminer si les doutes sur l'impartialité d'une juridiction collégiale sont ou non objectivement justifiés, le juge doit procéder à une analyse au cas par cas, eu égard aux circonstances de l'espèce et aux règles procédurales applicables dans l'instance concernée, et notamment rechercher s'il existe un lien étroit entre les questions qu'un même juge a eu successivement à trancher ; que celui qui saisit ou poursuit ne peut juger des mêmes faits au fond sans faire naître un doute légitime sur son impartialité ; qu'ainsi le cumul structurel par la même formation RDPI, et spécialement son président, des fonctions de règlement de différend et de poursuite et d'instruction fait nécessairement naître un doute sur l'impartialité de cette formation lorsque celle-ci décide d'exercer successivement, pour les mêmes faits, chacune de ses deux prérogatives ; qu'en décidant au contraire que la circonstance que ce soit la même formation du collège qui a décidé d'ouvrir cette enquête et qui a réglé le différend n'est pas de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'impartialité de cette formation lors de l'adoption de la décision attaquée", la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention ;

2°/ qu'en se bornant à affirmer que la décision prise par la formation RDPI et son président d'ouvrir une enquête n'avait ensuite donné lieu à aucun acte d'investigation, quand cette circonstance résultait de la seule décision de la formation RDPI de privilégier la procédure de règlement de différend sur une instruction classique au mépris des garanties offertes à l'opérateur mis en cause, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à exclure tout doute légitime sur l'impartialité de la formation de jugement, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6 § 1 de la Convention ;

3°/ que, pour déterminer si les doutes sur l'impartialité d'une juridiction collégiale sont ou non objectivement justifiés, le juge doit procéder à une analyse au cas par cas, eu égard aux circonstances de l'espèce et aux règles procédurales applicables dans l'instance concernée, et notamment rechercher s'il existe un lien étroit entre les questions qu'un même juge a eu successivement à trancher ; qu'en affirmant qu'il importait peu que la décision préalable d'ouvrir une enquête sur les mêmes faits ait été prise après des échanges entre l'ARCEP et d'autres opérateurs sur les inquiétudes suscitées chez ces derniers par le projet de hausse tarifaire de la société SFR FTTH, quand les doléances de la société Free avaient été jugées, par la même formation de jugement, suffisamment sérieuses, avant même l'ouverture d'une procédure de règlement de différend, pour justifier une enquête sur les mêmes faits, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention ;

4°/ qu'en considérant, pour retenir que les motifs de la décision d'ouverture d'une enquête ne sont pas de nature à faire naître un doute sur un éventuel parti pris de la part de la formation RDPI, que ces motifs reposent sur des constats purement factuels issus d'un examen objectif du marché dont n'est tirée aucune déduction ou conclusion particulière et n'induisent aucune appréciation de fond sur le caractère raisonnable des tarifs, après avoir constaté que la formation RDPI a, par une décision du 21 janvier 2020, ouvert une enquête administrative, sur le fondement de l'article L. 34-2 du CPCE, à l'encontre des sociétés SFR et SFR FTTH concernant leurs obligations comptables et tarifaires d'accès aux lignes FttH, telles que résultant du cadre réglementaire posé par l'article L. 34-8-3 du CPCE et des décisions cadres de 2009 et 2010, que la société SFR FTTH avait fourni à l'ARCEP des éléments insuffisants sur la construction de ses tarifs et que ces derniers apparaissent supérieurs à ceux des opérateurs d'infrastructures jugés par l'ARCEP comme étant de taille comparable, ce dont il résultait que la décision d'ouverture d'une enquête avait bien pour objet de rechercher d'éventuels manquements de la société SFR FTTH à ses obligations tarifaires, compte tenu des défaillances déjà constatées, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article, 6 § 1 de la Convention ;

5°/ que, pour déterminer si les doutes sur l'impartialité d'une juridiction collégiale sont ou non objectivement justifiés, le juge doit procéder à une analyse au cas par cas, eu égard aux circonstances de l'espèce et aux règles procédurales applicables dans l'instance concernée, et notamment rechercher s'il existe un lien étroit entre les questions qu'un même juge a eu successivement à trancher ; qu'en affirmant que la décision d'ouverture d'une enquête ayant retenu que le projet d'augmentation tarifaire serait mis en œuvre dans un contexte où les tarifs d'accès en zones moins denses des autres opérateurs d'infrastructure de taille comparable sont restés stables" et que le tarif actuel de location à la ligne est très supérieur aux tarifs pratiqués par des opérateurs d'infrastructure de taille comparable alors même que les tarifs de cofinancement sous-jacents de SFR FTTH s'élèvent à des niveaux comparables à ceux des autres opérateurs", après avoir constaté qu'en 2018, seules les sociétés Orange et SFR ont pris des engagements de déploiement de la fibre en dans les ZMD, ce dont il résultait que les opérateurs en cause ne sont pas de taille comparable, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 6 § 1 de la Convention ;

6°/ que, pour déterminer si les doutes sur l'impartialité d'une juridiction collégiale sont ou non objectivement justifiés, le juge doit procéder à une analyse au cas par cas, eu égard aux circonstances de l'espèce et aux règles procédurales applicables dans l'instance concernée, en tenant compte notamment de la fonction exercée par le juge concerné ; qu'en affirmant, pour exclure tout doute sur l'impartialité du président de l'ARCEP que les propos publics tenus par celui-ci le 11 avril 2020 indiquant notamment qu'il y a un des grands opérateurs qui déploie la fibre en zone privée qui a des pratiques tarifaires qui posent question, que l'ARCEP y travaille et qu'elle ne laissera pas de passagers clandestins du système, (en particulier) un acteur qui profiterait de la situation pour pratiquer des prix plus élevés en ayant instauré un monopole privé, l'ARCEP (entendant) remettre les points sur les i" sur ce sujet, sont des propos généraux ne suggérant pas que les tarifs pratiqués par SFR FTTH nécessitaient une intervention de la part de l'ARCEP pour le contraindre à pratiquer des tarifs conformes à ses obligations réglementaires, après avoir constaté que ces propos sur les tarifs élevés d'un opérateur privé visaient nécessairement SFR FTTH seul opérateur à la date du 11 avril 2020 faisant l'objet d'une procédure en cours en raison du niveau de ses tarifs, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 6 § 1 de la Convention. »

Réponse de la Cour

9. En premier lieu, s'agissant du cumul par la formation RDPI des fonctions d'enquête administrative et de règlement des différends, l'arrêt relève que cette enquête, conduite sous l'autorité de la directrice générale de l'ARCEP, n'a donné lieu à aucun acte d'investigation, ni à aucune sanction, ce dont il déduit qu'il convient de déterminer si la seule décision de la formation RDPI d'ouvrir une enquête est de nature à créer un doute objectivement justifié sur son impartialité lors du règlement du différend. Il retient que, si l'objet de cette enquête couvrait pour partie les mêmes faits que ceux faisant l'objet du différend dont a ensuite été saisie l'ARCEP quelques jours après son ouverture, elle n'avait pour seule finalité que de recueillir des informations en vue de s'assurer du respect par la société SFR puis par la société SFR FTTH de leurs obligations légales et réglementaires à l'occasion du déploiement et de l'exploitation de réseaux FttH. L'arrêt en conclut que cette décision d'ouverture d'enquête ne constitue pas un pré-jugement d'une éventuelle méconnaissance par ces deux opérateurs de ces obligations, peu important qu'elle ait été prise après des échanges entre l'ARCEP et d'autres opérateurs à la suite des inquiétudes suscitées chez ces derniers par le projet de hausse tarifaire de la société SFR FTTH. Il ajoute que la seule circonstance que la même formation ait décidé d'ouvrir cette enquête et réglé le différend n'est pas de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur son impartialité lors de l'adoption de la décision.

10. S'agissant des motifs de la décision d'ouvrir une enquête, l'arrêt relève que ces motifs sont tirés, d'une part, du caractère insuffisant des explications et pièces transmises par les sociétés SFR et SFR FTTH en réponse aux demandes du régulateur pour expliquer leurs tarifs et le projet d'augmentation de ces tarifs, d'autre part, des constats relatifs au fait que la hausse envisagée serait mise en œuvre dans un contexte de stabilité des tarifs pratiqués par les autres opérateurs présents dans les ZMD, et que le tarif actuel de location pratiqué par la société SFR FTTH est supérieur à ceux pratiqués par d'autres opérateurs de taille comparable. Il retient que ces derniers motifs sont les seuls critiqués et reposent sur des constats purement factuels, issus d'un examen objectif du marché dont n'est tirée aucune déduction ou conclusion particulière, et qui n'induisent aucune appréciation de fond sur le caractère raisonnable ou non des tarifs des sociétés SFR et SFR FTTH. L'arrêt en conclut que ces motifs ne sont pas de nature à faire naître un doute sur un éventuel parti pris de la part de la formation RDPI, dès lors que, pour régler le différend dont elle était saisie, cette formation ne s'est pas

contentée de reprendre ces motifs, mais a procédé à sa propre appréciation des éléments du dossier.

11. De ces constatations et appréciations, la cour d'appel a, par des motifs propres à justifier sa décision, exactement déduit que la formation RDPI de l'ARCEP n'a pas manqué à son devoir d'impartialité en statuant sur le règlement du différend après avoir ouvert une enquête administrative ayant eu pour objet de recueillir des informations en vue de s'assurer du respect par la société SFR FTTH de ses obligations légales et réglementaires dans l'exploitation de ses réseaux.

12. Les griefs des première à cinquième branches ne sont donc pas fondés.

13. En second lieu, s'agissant des propos tenus par le président de l'ARCEP au cours d'un « chat » vidéo public du 11 avril 2020, l'arrêt retient que, s'ils désignaient bien la société SFR FTTH, ces propos étaient généraux et ne faisaient que rappeler la mission et les pouvoirs de régulation de l'ARCEP, sans suggérer que les tarifs pratiqués par cette société n'étaient pas conformes à ses obligations réglementaires ni qu'ils nécessitaient une intervention de l'ARCEP. Il en conclut exactement que ces propos ne sont pas de nature à faire naître un doute objectivement justifié sur l'absence de parti pris du président de cette autorité sur la question des tarifs de la société SFR FTTH et, partant, sur son impartialité.

14. S'agissant des propos tenus par le président de l'ARCEP au cours d'une audition du 22 avril 2020 devant la commission de l'aménagement du territoire et du développement durable du Sénat, l'arrêt retient que, si ces propos suggèrent une critique en creux du recours au chômage partiel par la société SFR FTTH, ils sont toutefois sans lien direct avec la question des tarifs de cette société, objets du différend l'opposant à la société Free, et ne traduisent pas non plus une animosité contre le groupe SFR ou un parti pris du président de la formation RDPI contre ce groupe. Il en déduit à juste titre que ces propos ne sont pas de nature à créer un doute objectivement justifié sur l'impartialité de ce dernier.

15. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a exactement conclu à l'absence de manquement de la formation RDPI à son devoir d'impartialité.

16. Le moyen n'est donc pas fondé pour le surplus.

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal

Enoncé du moyen

17. La société XpFibre fait grief à l'arrêt de rejeter son recours en annulation et réformation de l'article 4 de la décision, alors :

« 1°/ que, les opérateurs d'immeubles ou d'infrastructures doivent fournir aux opérateurs commerciaux un accès dans des conditions transparentes et non discriminatoires et permettant leur raccordement effectif, à des conditions économiques, techniques et d'accessibilité raisonnables ; que si ces opérateurs commerciaux qui co-investissent doivent pouvoir bénéficier d'un certain niveau de prévisibilité sur ces conditions économiques et techniques, rien n'interdit aux opérateurs d'immeubles d'augmenter unilatéralement leurs tarifs pourvu que cette hausse s'effectue dans des conditions transparentes et non discriminatoires et que les tarifs modifiés restent raisonnables ; qu'en considérant au contraire que le besoin de prévisibilité des opérateurs commerciaux permettait de subordonner une hausse tarifaire dépassant un certain seuil de l'opérateur d'immeuble à leur accord, la cour d'appel a violé l'article L. 34-8-3 du CPCE ;

2°/ qu'une hausse tarifaire n'est injustifiée que si elle conduit à un tarif effectivement déraisonnable ; qu'en considérant, pour subordonner toute évolution des tarifs de la société SFR FTTH dépassant un certain seuil à un avenant négocié de bonne foi entre les parties, que l'augmentation des tarifs pourrait compromettre le caractère raisonnable des conditions d'accès, sans même qu'il soit besoin de vérifier le caractère raisonnable des tarifs initiaux et modifiés, la cour d'appel a violé l'article L. 34-8-3 du CPCE ;

3°/ qu'en reprochant à la société SFR FTTH de ne pas produire les éléments nécessaires à l'examen de ses coûts, après

avoir constaté que dans le présent différend opposant la société Free à la société SFR FTTH, Free n'a pas saisi l'ARCEP d'une demande lui permettant d'appréhender les coûts de la société SFR FTTH et de vérifier le lien entre les tarifs et les coûts", la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 34-8-3 du CPCE. »

Réponse de la Cour

18. L'arrêt énonce, d'abord, que, par application de l'article L. 34-8-3 du code des postes et des communications électroniques et de la décision de l'ARCEP n° 2009-1106 du 22 décembre 2009, l'opérateur d'infrastructure (OI) est tenu de fournir aux opérateurs commerciaux (OC) un accès à la partie terminale de son réseau FttH dans des conditions économiques et techniques raisonnables, respectant les principes d'objectivité, de non-discrimination, de transparence et de prévisibilité. Il ajoute que, pour leur permettre d'élaborer leurs plans d'affaires et de sécuriser leurs investissements, les OC doivent bénéficier d'une visibilité suffisante quant aux conditions techniques et tarifaires proposées par l'OI et que, pour être raisonnables, les tarifs doivent reposer sur des coûts clairs et opposables, et leur évolution doit être justifiée par des éléments objectifs liés à l'évolution des coûts sous-jacents.

19. L'arrêt retient, ensuite, que, si la société SFR FTTH fixe seule ses tarifs, en sa qualité d'OI, elle doit néanmoins le faire dans le respect du cadre réglementaire et des principes précités et que, contrairement à ce que soutient cette société, l'article 4 de la décision ne confère pas à la société Free un droit de veto interdisant toute évolution tarifaire, mais prévoit qu'au-delà d'un certain seuil, une modification tarifaire doit faire l'objet d'un avenant négocié de bonne foi entre les parties, sur la base des explications et informations transmises par la société SFR FTTH pour justifier l'évolution envisagée de ses tarifs.

20. L'arrêt retient, encore, que si l'indexation des tarifs permet à l'OI de se prémunir contre la dévalorisation de ses tarifs dans le temps, ce mécanisme ne doit toutefois pas compromettre les besoins de prévisibilité des OC en cofinancement ni le caractère raisonnable des tarifs d'accès qui leur sont proposés. Il relève que les articles 15.4.1 et 15.4.2 du contrat d'accès proposé par la société SFR FTTH stipulent, pour le premier, un indice commun aux tarifs correspondant à des dépenses d'investissement, dont le tarif non récurrent en cofinancement, et, pour le second, un autre indice pour des tarifs correspondant à des dépenses de fonctionnement, dont le tarif récurrent en cofinancement, et que ces tarifs seront révisés uniquement à la hausse une fois par année civile, en fonction de l'évolution de l'indice. Il estime que ce contrat prévoit une modification des tarifs sur la base d'un mécanisme d'indexation systématique, successive et uniquement à la hausse, qui exclut toute possibilité de prendre en compte une baisse des indices et coûts sous-jacents, laquelle reste soumise au bon vouloir de la société SFR FTTH. L'arrêt précise que ces clauses d'indexation comprennent des indices susceptibles de faire évoluer les tarifs à la hausse, cependant que certaines composantes des coûts qui structurent les tarifs d'accès, telle que la réserve ou encore la redevance de génie civil, ont vocation à diminuer. Il en déduit que c'est à juste titre que l'ARCEP a retenu, d'une part, que, cumulée sur plusieurs années, l'augmentation des tarifs d'accès résultant de ce mécanisme d'indexation pourrait entraîner une décorrélation entre les tarifs et les coûts supportés et compromettre ainsi le caractère raisonnable des conditions d'accès de la société Free, d'autre part, qu'en ne prévoyant aucun mécanisme permettant à cette dernière société de se prémunir contre de tels effets, le contrat ne lui offre pas une prévisibilité suffisante quant à l'évolution des tarifs de l'OI. Il ajoute qu'il importe peu que l'ARCEP n'ait pas vérifié si les tarifs pratiqués par la société SFR FTTH étaient éloignés de ses coûts, dès lors que l'application automatique et successive de l'indexation litigieuse, uniquement à la hausse et a fortiori au niveau de son plafond, automatique et cumulée, est de nature à compromettre le caractère raisonnable de l'évolution de ces tarifs, et qu'en tout état de cause, la société SFR FTTH n'est pas fondée à reprocher à l'ARCEP de ne pas avoir recherché quel était le niveau d'éloignement de ses tarifs initiaux par rapport à ses coûts dans la mesure où elle a refusé de produire les éléments nécessaires à cet examen.

21. L'arrêt retient, enfin, que, si l'article 19 du contrat d'accès, qui permet à la société SFR FTTH de modifier unilatéralement les tarifs à la hausse dans trois situations dont la survenance d'un événement extérieur bouleversant l'économie générale du contrat et accroissant les coûts de déploiement et d'exploitation, impose à cette société de justifier de l'existence de cet événement, elle ne lui impose pas de motiver ni de justifier son impact sur ses tarifs, de sorte que l'OC n'est pas en mesure d'apprécier le caractère raisonnable de l'évolution tarifaire appliquée, et ce en

méconnaissance du principe de transparence. Il ajoute que cette clause a vocation à s'appliquer à tous les tarifs, en ce compris les tarifs récurrents de cofinancement, et autorise l'OI à pratiquer des évolutions qui peuvent être importantes, voire à créer de nouveaux tarifs, dans une mesure susceptible de remettre en cause les conditions au regard desquelles la société Free avait pris sa décision d'investir en cofinancement. Il en conclut que cette clause ne présente pas de garantie suffisante en matière de transparence et de prévisibilité.

22. De ces énonciations, constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que l'obligation mise à la charge de la société SFR FTTH par l'article 4 de la décision était nécessaire et proportionnée aux objectifs de régulation prévus à l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques et n'a pas méconnu l'article L. 34-8-3 du même code.

23. Le moyen, qui manque en fait en sa troisième branche, dès lors que la cour d'appel s'est contentée de répondre au grief fait à la décision ne pas avoir vérifié le lien entre les tarifs et les coûts de la société SFR FTTH, n'est pas fondé pour le surplus.

Sur le troisième moyen du pourvoi principal

Enoncé du moyen

24. La société XpFibre fait grief à l'arrêt de rejeter son recours en annulation et réformation de l'article 5 de la décision, alors :

« 1°/ que, le respect du principe de la contradiction, qui s'impose à l'ARCEP comme au juge saisi du recours, leur interdit de statuer sur la base de pièces non versées aux débats ou de se fonder sur des analyses économiques dont les éléments n'ont pas été communiqués préalablement à la partie adverse, afin de lui permettre d'en débattre contradictoirement ; qu'en affirmant, pour considérer que l'ARCEP avait pu, sans méconnaître le principe de la contradiction, se fonder sur les données produites par la société Free, mais non communiquées, que la société SFR FTTH ne peut ignorer que l'utilisation du modèle retenu par la société Free nécessite des données payantes non transmissibles aux tiers, quand il incombait à la société Free d'établir son modèle à partir de données communicables et vérifiables par les autres parties, afin de leur permettre d'en débattre contradictoirement, la cour d'appel a violé les articles 6 § 1 de la Convention, L. 36-8, R. 11-1 du CPCE et 16 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en se bornant à affirmer, pour considérer que l'ARCEP avait pu, sans méconnaître le principe de la contradiction, se fonder sur les données produites par la société Free issues d'un modèle de tarification mais sans produire les données sources utilisées dans ce modèle, que la société SFR FTTH ne peut ignorer que l'utilisation du modèle retenu par la société Free nécessite des données payantes non transmissibles aux tiers, sans vérifier, comme elle y avait été invitée, si la société Free ne pouvait obtenir, moyennant rémunération, l'accord des sociétés concernées pour communiquer ces données essentielles, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 § 1 de la Convention, L. 36-8, R. 11-1 du CPCE et 16 du code de procédure civile ;

3°/ que, le respect du principe de la contradiction qui s'impose à l'ARCEP comme au juge saisi du recours leur interdit de statuer sur la base de pièces non versées aux débats ou de se fonder sur des analyses économiques dont les éléments n'ont pas été communiqués préalablement à la partie adverse, afin de lui permettre d'en débattre contradictoirement ; qu'en se bornant à affirmer, pour considérer que l'ARCEP avait pu, sans méconnaître le principe de la contradiction, se fonder sur les données produites par la société Free issues d'un modèle de tarification mais sans produire les données sources utilisées dans ce modèle, qu'un opérateur de communications électroniques de l'envergure de la société SFR FTTH est en capacité de se procurer ces données ou d'obtenir et d'utiliser des données équivalentes, quand il appartient à une partie de communiquer à son adversaire les pièces sur lesquelles elle se fonde afin de lui permettre d'en débattre contradictoirement, la cour d'appel, qui a statué par des motifs impropres à justifier l'absence de communication par la société Free des éléments ayant servi à l'élaboration de son propre modèle et justifié la décision, a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 § 1 de la Convention, L. 36-8, R. 11-1 du CPCE et 16 du code de procédure civile ;

4°/ que, le respect du principe de la contradiction, qui s'impose à l'ARCEP comme au juge saisi du recours, leur interdit de statuer sur la base de pièces non versées aux débats ou de se fonder sur des analyses économiques dont les éléments n'ont pas été communiqués préalablement à la partie adverse, afin de lui permettre d'en débattre contradictoirement ; qu'en se bornant à affirmer, pour considérer que l'ARCEP avait pu, sans méconnaître le principe de la contradiction, se fonder sur les données produites par la société Free issues d'un modèle de tarification mais sans produire les données sources utilisées dans ce modèle, que la société SFR FTTH aurait pu, pour contester les valeurs proposées par la société Free et issues du modèle BLOM, produire ses propres éléments de coût de déploiement avant de lui reprocher de ne pas avoir fourni d'éléments concernant ses propres coûts, quand il appartient à une partie de communiquer à son adversaire les pièces sur lesquelles elle se fonde afin de lui permettre d'en débattre contradictoirement, la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à justifier l'absence de communication par la société Free des données sources ayant permis de déterminer les données produites et justifié la décision, a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 § 1 de la Convention, L. 36-8, R. 11-1 du CPCE et 16 du code de procédure civile ;

5°/ qu'il appartient à la société qui se prévaut du caractère déraisonnable d'un tarif d'établir l'irrégularité de celui-ci ; qu'en affirmant qu'il appartenait à la société SFR FTTH de fournir à l'ARCEP les éléments lui ayant permis de construire ses tarifs de cofinancement et ceux l'ayant conduit à les augmenter et les communiquer, fut-ce de manière agrégée, à la société Free, la cour d'appel a violé les articles L. 34-8-3 et L. 36-8 du CPCE ;

6°/ que, si l'article L. 36-8 du CPCE permet à l'ARCEP de demander à un opérateur de justifier de ses tarifs, ces dispositions n'ont pas pour objet ou pour effet de le contraindre à communiquer ses comptes réglementaires ou tout autre élément couvert par le secret des affaires à ses concurrents ; qu'en affirmant que la société SFR FTTH invoque (vainement) devant la cour le caractère confidentiel de ces coûts de déploiement pour justifier son refus de les communiquer dès lors que () le secret n'est pas opposable à l'Autorité () et qu'il lui était loisible de les présenter de manière suffisamment agrégée pour permettre leur communication à Free", la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

7°/ qu'en reprochant à la société SFR FTTH de ne pas produire les éléments nécessaires à l'examen de ses coûts et de ne pas les avoir communiqués à la société Free, après avoir constaté que dans le présent différend opposant la société Free à la société SFR FTTH, Free n'a pas saisi l'ARCEP d'une demande lui permettant d'appréhender les coûts de la société SFR FTTH et de vérifier le lien entre les tarifs et les coûts, Free ayant indiqué en substance qu'elle ne peut pas se fier aux coûts que lui fournirait la société SFR FTTH, du fait de la structure actionnariale du groupe Altice, qui contient plusieurs sociétés de sous-traitance auxquelles la société SFR FTTH fait appel pour la construction ou l'exploitation du réseau", la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 34-8-3 et L. 36-8 du CPCE. »

Réponse de la Cour

25. En premier lieu, l'arrêt relève que les parties ont utilisé le modèle de tarification de référence pour les ZMD, publié en 2015 par l'ARCEP, et ses paramètres, pour discuter du caractère raisonnable, tant des tarifs d'accès au réseau FttH pratiqués par la société SFR FTTH que de ceux souhaités par la société Free, et qu'elles ont chacune utilisé à ce titre des valeurs différentes entre lesquelles l'ARCEP a dû arbitrer, en retenant, selon les paramètres, soit les propositions de la société SFR FTTH, soit celles de la société Free, ou encore en fixant elle-même ces valeurs à partir des propositions des parties et en expliquant ses choix dans un document figurant en annexe de la décision. Il ajoute qu'en utilisant ce modèle à partir des valeurs d'entrée qui lui paraissaient les plus pertinentes, l'ARCEP n'a fait que trancher le différend à partir des éléments mis à sa disposition par les parties et que celles-ci ont pu discuter.

26. S'agissant plus particulièrement du paramètre relatif au coût de déploiement d'une ligne FttH, l'arrêt relève, d'abord, que l'ARCEP a retenu la valeur proposée par la société Free telle qu'issue de l'utilisation de la modélisation ascendante d'un réseau de boucle locale optique mutualisée, dit modèle BLOM, qui permet d'estimer les coûts de déploiement d'un réseau de boucle locale optique mutualisée, et notamment du segment allant du point de mutualisation au point de branchement optique du réseau, lequel a été publié par l'ARCEP en 2017 et actualisé en 2020. Il ajoute que l'estimation des coûts établie par la société Free à partir de ce modèle figure dans son premier mémoire en réplique déposé devant l'ARCEP, et communiqué à la société SFR FTTH, qui précise que les données d'entrée qu'elle a utilisées sont issues, pour

certaines d'entre elles, de trois fichiers qu'elle a obtenus, contre rémunération, auprès des sociétés Orange pour les deux premiers et Pitney Bowes pour le troisième.

27. L'arrêt retient, ensuite, d'une part, que la société SFR FTTH, en sa qualité d'OI, ne peut ignorer l'existence de cette modélisation du coût de déploiement d'une ligne et le fait que son utilisation nécessitait des données payantes non transmissibles aux tiers, d'autre part, que cette société ne saurait invoquer le fait qu'elle ne détenait pas de telles données, cependant qu'un opérateur de son envergure est en capacité d'obtenir et d'utiliser des données équivalentes. Il ajoute que, pour contester les valeurs proposées par la société Free résultant du modèle BLOM, la société SFR FTTH aurait pu produire ses propres éléments de coût de déploiement, fût-ce par grande masse, pour justifier son coût réel et l'utiliser comme donnée d'entrée dans le modèle de 2015. L'arrêt en déduit que la société SFR FTTH a été mise en mesure de discuter les données produites par la société Free et que l'ARCEP n'a pas méconnu le principe de la contradiction en prenant en compte ces données.

28. En l'état de ces constatations et appréciations, dont il ressort que la société SFR FTTH avait à la fois connaissance des données fournies à la cour d'appel et pouvait en discuter la pertinence, la cour d'appel, qui a statué par des motifs propres à justifier sa décision et n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par la deuxième branche, que ses constatations et appréciations rendaient inopérante, a exactement retenu que l'ARCEP n'avait pas méconnu le principe de la contradiction en rejetant la demande tendant à voir écarter ces données du débat.

29. Le moyen, pris en ses première à quatrième branches, n'est donc pas fondé.

30. En second lieu, ayant relevé que la société Free avait contesté, avec l'aide du modèle BLOM, le caractère raisonnable des tarifs de cofinancement de la société SFR FTTH et retenu qu'en réponse, cette dernière société n'avait fourni aucun élément relatif aux coûts qu'elle avait réellement supportés, l'arrêt en conclut que les valeurs obtenues par la société Free au moyen de ce modèle constituaient les seuls éléments permettant à l'ARCEP d'évaluer les coûts de déploiement de la société SFR FTTH, nécessaires à l'examen du caractère raisonnable de ses tarifs, objet du différend dont elle était saisie.

31. L'arrêt retient, ensuite, que si la société SFR FTTH considérait que l'estimation obtenue à l'aide du modèle BLOM n'était pas représentative de ses coûts de déploiement, il lui appartenait de produire les éléments lui ayant permis de construire ses tarifs de cofinancement et ceux l'ayant conduit à les augmenter à compter du 1er février 2020, comme le lui avaient demandé les rapporteurs de l'ARCEP. Il ajoute que c'est en vain que la société SFR FTTH invoque le caractère confidentiel de ses coûts de déploiement pour justifier son refus de les communiquer dès lors, d'une part, que le secret des affaires n'est pas opposable à l'ARCEP, d'autre part, qu'il lui était loisible de présenter ses coûts de manière suffisamment agrégée pour permettre leur communication à la société Free.

32. En l'état de ces constatations et appréciations, dont il ressort que l'ARCEP n'a pas demandé à la société SFR FTTH de communiquer à l'un de ses concurrents ses comptes réglementaires ou des éléments couverts par le secret des affaires mais seulement les informations relatives à ses coûts, nécessaires à l'examen du caractère raisonnable de ses tarifs, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve du caractère raisonnable des tarifs de cofinancement, a pu statuer comme elle a fait sans encourir les griefs du moyen.

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident, qui est éventuel, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société XpFibre aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société XpFibre et la condamne à payer à la société Free et à l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse la somme de 5 000 euros chacune ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé publiquement le quatre juin deux mille vingt-cinq par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.