



Copie exécutoire : SCP Brodu
Cicurel Meynard Gauthier
Copie aux demandeurs : 2
Copie aux défendeurs : 2

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS
15EME CHAMBRE

JUGEMENT PRONONCE LE 29/01/2018
par sa mise à disposition au Greffe

35

RG 2017029202

ENTRE :

SA FRANCAISE DU RADIOTELEPHONE (SFR), dont le siège social est 1 square Béla Bartok 75015 Paris - RCS B 343059564

Partie demanderesse : assistée du Cabinet CLIFFORD CHANCE EUROPE LLP
Avocat (K112) et comparant par la SCP D'AVOCATS HUVELIN & ASSOCIES Avocat
(R285)

ET :

SA ORANGE FRANCE, dont le siège social est 78 rue Olivier de Serres 75015 Paris -
RCS B 380129866

Partie défenderesse : assistée du Cabinet WILLKIE FARR & GALLAGHER et
comparant par la SCP Brodu Cicurel Meynard Gauthier Avocat (P240)

APRES EN AVOIR DELIBERE

LES FAITS :

Les sociétés SFR et FRANCE TELECOM (devenue ORANGE), toutes deux opérateurs d'infrastructures de télécommunications, ont, par un Protocole conclu le 14 novembre 2011, souhaité mettre en cohérence sous l'égide des pouvoirs publics leurs projets de déploiement de réseaux de fibre optique « FttH » au sein des zones dites moyennement denses. Dans ce cadre, ORANGE bénéficiait d'une exclusivité sur 7,8 millions de logements dans la zone visée, SFR couvrant les 2,4 millions de logements restants.

Lors du rachat de SFR par NUMERICABLE en 2014, SFR s'est engagée vis-à-vis de l'Autorité de la concurrence à négocier avec ORANGE un échange de certaines communes. En cas d'échec des négociations, SFR s'engageait à lever l'interdiction pesant sur ORANGE de déployer son réseau FttH dans les communes attribuées par le Protocole à SFR.

SFR reproche à ORANGE d'avoir manqué à son obligation de négocier de bonne foi et de n'avoir formulé aucune proposition alors que l'échec des négociations ne pouvait qu'être défavorable à SFR puisqu'elle a dû lever l'interdiction précitée selon elle sans aucune contrepartie. L'équilibre économique du Protocole en aurait été fortement bouleversé, ORANGE récupérant une partie supplémentaire des logements sur les 10,2 que compte la zone couverte par le Protocole. Le manquement d'ORANGE, qualifié de grave, à l'obligation de négocier de bonne foi cet engagement rendrait selon SFR la poursuite de celui-ci impossible tel quel.

SFR demande donc la résiliation judiciaire de ce Protocole, à tout le moins sa caducité et, subsidiairement, à ce que le Protocole soit renégocié sous l'égide du Tribunal, SFR demandant enfin l'indemnisation de ses préjudices.

ORANGE demande reconventionnellement l'exécution forcée du Protocole ou, en cas de résiliation, la réparation de son préjudice.

LA PROCEDURE :

C'est dans ces conditions que :

► Par assignation à bref délai du 15 mai 2017 autorisée par ordonnance de ce tribunal en date du 11 mai 2017 et dûment signifiée, réitérée par des conclusions additionnelles régularisées à l'audience du 3 novembre 2017, SFR demande au tribunal de :

Vu l'article 11 du Protocole d'accord en date du 14 novembre 2011

Vu les articles 1108, 1134, 1135, 1147, 149 et 1184 (anciens) du Code civil

Sur la résiliation judiciaire du Protocole d'accord conclu entre SFR et Orange à raison de la grave inexécution contractuelle d'Orange

- Constaté que l'article 11 du Protocole contient une obligation contractuelle de « mener des négociations de bonne foi, visant à modifier, le cas échéant, le contenu des annexes 1 ou 2 afin de tenir compte des éléments nouveaux » ;
- Constaté qu'Orange a gravement failli à son obligation générale et contractuelle de mener des négociations de bonne foi avec SFR ;

En conséquence

- Prononcer la résiliation judiciaire du Protocole à raison de l'inexécution contractuelle grave d'Orange ;
- Juger que le Protocole est, en tout état de cause, résilié de plein droit, la condition implicite résolutoire étant réalisée ;

En tout état de cause, sur la caducité du Protocole d'accord conclu entre SFR et ORANGE le 14 novembre 2011

- Constaté que l'absence de contrepartie à la restitution par SFR de 208 communes a fait disparaître la cause de l'obligation de SFR ;

En conséquence

- Constaté la caducité du Protocole conclu entre SFR et ORANGE en date du 14 novembre 2011 ;

A titre subsidiaire, sur la renégociation du Protocole sous l'égide du Tribunal

- Ordonner une renégociation du Protocole, dans un délai de deux mois, sous l'égide d'un observateur désigné par le Tribunal en vue de corriger son déséquilibre ;
- En cas d'échec de ces négociations, réviser le Protocole aux fins de rééquilibrage après avoir sollicité l'avis des parties, sans préjudice de la faculté du Tribunal de prononcer la résiliation judiciaire du Protocole ;

Sur les préjudices subis par SFR du fait de l'inexécution contractuelle d'ORANGE

- Constaté que SFR a subi un préjudice financier du fait de l'inexécution d'ORANGE à son obligation contractuelle de mener des négociations de bonne foi ;
- Donner acte à SFR qu'elle se réserve l'ensemble de ses droits à cet égard ;

Sur la demande reconventionnelle d'ORANGE tendant à obtenir l'exécution forcée du Protocole sous astreinte

- Constaté qu'ORANGE ne rapporte pas la preuve du moindre manquement qui aurait été commis par SFR dans le cadre de l'exécution du Protocole ;
- Constaté qu'ORANGE n'a pas respecté la procédure particulière prévue à l'article 5.2 du Protocole en cas de défaillance de l'une des parties ;

SL

L

En conséquence

- Déclarer irrecevable la demande d'exécution forcée du Protocole ;

En tout état de cause

- Débouter ORANGE de sa demande tendant à obtenir l'exécution forcée du Protocole sous astreinte ;

Sur la demande indemnitaire subsidiaire d'ORANGE dans l'hypothèse où le Protocole serait résilié

- Juger que le préjudice allégué par ORANGE est éventuel ;

En conséquence

- Déclarer irrecevable la demande indemnitaire reconventionnellement formulée par ORANGE ;

En tout état de cause

- Juger que la demande indemnitaire d'ORANGE est mal fondée ;
- Débouter ORANGE de sa demande tendant à voir condamner SFR à lui payer la somme de 2,245 milliards d'euros ;
- Si, par extraordinaire, le Tribunal condamne SFR à indemniser ORANGE, désigne tel expert qu'il lui plaira de nommer, avec pour mission de :
 - o Evaluer le préjudice financier subi par SFR au titre de l'inexécution contractuelle d'ORANGE et de la résiliation du Protocole ;
 - o Evaluer le préjudice allégué par ORANGE, en écartant la méthodologie inappropriée proposée par la direction financière d'ORANGE ;
- Mettre à la charge d'ORANGE les frais de l'expertise ;

En tout état de cause

- Débouter ORANGE de l'ensemble de ses demandes ;
- Condamner ORANGE à verser à SFR la somme de 100.000 euros sur le fondement de l'article 700 du CPC ;
- Condamner ORANGE aux entiers dépens ;
- Ordonner l'exécution provisoire de la décision à intervenir.

► Par des conclusions du 30 juin 2017 et des conclusions additionnelles régularisées à l'audience du 22/septembre 2017 et 03 novembre 2017, ORANGE demande au tribunal de :
Vu les articles 2, 3, 6 et 7 du Protocole d'accord conclu entre SFR et ORANGE en date du 14 novembre 2011

Vu l'article 1134 (ancien) du Code civil

Vu les articles 1104 et 1195 du Code civil

Vu l'article L 430-7II du Code de commerce

- Rejeter la demande de SFR visant à obtenir la résiliation judiciaire du Protocole conclu entre SFR et ORANGE en date du 14 novembre 2011 ;
- Rejeter la demande de SFR visant à obtenir la caducité du Protocole conclu entre SFR et ORANGE en date du 14 novembre 2011 ;
- Rejeter la demande subsidiaire de SFR visant à obtenir la négociation et le rééquilibrage du Protocole sous l'égide du Tribunal ;
- Rejeter la demande d'indemnisation formulée par SFR ;
- Rejeter la demande de SFR visant à obtenir la condamnation d'ORANGE à verser à SFR la somme de 50.000 euros sur le fondement de l'article 700 du CPC ;
- Rejeter la demande de SFR visant à condamner ORANGE aux entiers dépens ;
- Rejeter la demande d'exécution provisoire de la décision dans l'hypothèse où le Tribunal ferait droit à l'une des demandes de SFR ;

En tout état de cause

- Ordonner l'exécution forcée du Protocole par SFR sous astreinte jusqu'au déploiement de la fibre par les Parties suivant les modalités prévues par le Protocole ;
- Si par extraordinaire le tribunal de céans faisait droit aux demandes de SFR de résiliation du Protocole ou constatait sa caducité, condamner SFR à payer à ORANGE la somme de 2,245 milliards d'euros au titre de dommages et intérêts sauf à parfaire ;

Et si par extraordinaire SFR contestait cette demande, désigner tel expert qu'il lui plaira de nommer avec pour mission de :

- Constater le préjudice subi par ORANGE lié à l'arrêt de la souscription obligatoire par SFR à l'offre de gros d'ORANGE dans les communes pour lesquelles ce dernier est désigné Opérateur Responsable et
- Evaluer ledit préjudice en utilisant la méthodologie proposée par la direction financière d'ORANGE en Pièce n° 63 ;
- Dire qu'il déposera son rapport au greffer de la juridiction dans le délai de deux (2) mois à compter de la date de sa désignation ;
- Dire qu'en cas de difficultés, l'expert saisira le Tribunal qui l'aura désigné ;
- Fixer le montant de la provision à valoir sur la rémunération de l'expert et dire que cette provision devra être consignée au greffe du Tribunal ;
- Mettre à la charge de SFR le paiement de la mission d'expertise ;
- Ordonner l'exécution provisoire de la décision à venir du Tribunal dans l'hypothèse où l'ensemble des demandes de SFR seraient rejetées, ainsi que dans l'hypothèse où il serait fait droit à l'une des deux demandes reconventionnelles d'ORANGE ;

En tout état de cause

- Condamner SFR à verser à ORANGE la somme de 100.000 euros sur le fondement de l'article 700 du CPC et
- Condamner SFR aux entiers dépens.

L'ensemble de ces demandes a fait l'objet du dépôt de conclusions ; celles-ci ont été échangées en présence d'un greffier qui en a pris acte sur la cote de procédure ou qui ont été régularisées à l'audience du juge chargé d'instruire l'affaire.

Les parties ont été régulièrement convoquées à l'audience collégiale de plaidoirie qui s'est tenue le 22 septembre 2017. A la demande du Président, un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions de l'article 870 du CPC. Le Tribunal a écarté les écritures et pièces présentées tardivement par ORANGE, celles-ci ne pouvant faire l'objet d'un débat contradictoire. Les parties entendues sur la demande de SFR de résiliation du Protocole, le tribunal a renvoyé la cause à l'audience du 3 novembre 2017 pour débattre des préjudices et de leur quantification ainsi que des demandes reconventionnelles d'ORANGE.

A l'audience du 3 novembre 2017, les parties entendues, le tribunal a clos les débats, mis le jugement en délibéré pour être prononcé par mise à disposition le 18 décembre 2017, date reportée au 29 janvier 2018, report dont les parties ont été averties par courrier.

LES MOYENS

Après avoir pris connaissance de tous les moyens et arguments développés par les parties, tant dans leurs plaidoiries que dans leurs écritures, appliquant les dispositions de l'article 455 du CPC, le tribunal les résumera succinctement de la façon suivante :

SFR soutient que :

36

l

- Elle a choisi très tôt d'être un opérateur d'infrastructures de télécommunications et n'a jamais voulu se mettre en situation de devoir payer des redevances à ORANGE pour l'utilisation de ses réseaux ;
- L'obligation de loyauté était au cœur du Protocole conclu avec SFR en 2011 ;
- SFR bénéficiait au titre de ce Protocole de communes à plus fort rendement même si ORANGE disposait d'un plus grand nombre de communes, ce qui permettait à chaque opérateur de dégager une rentabilité équivalente. Cet équilibre constituait d'ailleurs aux termes même d'ORANGE un élément important de l'arbitrage global trouvé entre opérateurs pour apporter une couverture optimale du territoire en réseau très haut débit tout en limitant pour chacun les investissements nécessaires ;
- SFR et ORANGE ont pris l'engagement auprès des pouvoirs publics de couvrir avant 2020 l'intégralité de la zone visée par le Protocole; en cas de retard de déploiement non corrigé par l'un des opérateurs, l'autre était libre de procéder sur la ou les zones concernées ;
- A la suite du rachat de SFR par NUMERICABLE, l'ADLC a imposé à SFR l'engagement, sur lequel ORANGE a été non seulement consultée mais aussi impliquée, consistant à négocier avec ORANGE un échange de communes de la zone câble et, dans l'hypothèse où les parties ne seraient pas parvenues à un accord, à lever, dans un délai de six mois à compter du début des négociations, l'interdiction pesant sur ORANGE de déployer son réseau FttH dans les zones concernées ;
- SFR ne pouvait préjuger de l'attitude déloyale d'ORANGE et n'a jamais accepté ce qui aurait été pour elle une renonciation sans contrepartie ; ceci d'autant que le Protocole obligeait les parties à renégocier en cas de survenance d'évènements nouveaux affectant la cohérence initiale. Les exigences posées par l'ADLC dans le cadre du rachat de SFR par NUMERICABLE constituaient à l'évidence un évènement nouveau ;
- Une première phase de négociation a été entamée le 4 février 2015 mais ORANGE a refusé le rééquilibrage entre les opérateurs en ne formulant aucune contreproposition. ORANGE n'a en fait jamais voulu exécuter le Protocole.
- SFR a pourtant dû, à l'issue du délai de six mois, lever, sans contrepartie, l'interdiction de déploiement d'ORANGE dans les communes qui lui avaient été initialement attribuées;
- L'équilibre contractuel en a été fortement bouleversé puisqu'ORANGE a récupéré la quasi-totalité des logements de la zone couverte par le Protocole, manifestant ainsi sa volonté de reconstituer son monopole avec la technologie de la fibre ;
- ORANGE a d'ailleurs délaissé les communes visées par le Protocole et concentré ses investissements dans les zones très denses, donc rentables, ouvertes à la concurrence, violant en cela les engagements pris auprès des pouvoirs publics ; il en résulte qu'ORANGE ne pourra pas couvrir dans le délai prévu la zone visée;
- Une seconde phase de discussion a été amorcée par SFR en 2016 mais ORANGE s'est contentée de formuler une proposition dépourvue de sens, ce qui a conduit SFR à mettre en œuvre le 7 mars 2017 la procédure de résolution amiable des différends prévue au Protocole. ORANGE a toutefois formulé une proposition vague, ne pouvant s'analyser en une juste contrepartie pour SFR. La procédure amiable s'est donc soldée par un échec ;
- Le Protocole doit en conséquence être résilié en raison de la grave inexécution par ORANGE de son obligation, générale et contractuelle, de négocier de bonne foi résultant de son refus de rééquilibrage du Protocole;
- La résiliation judiciaire est d'autant plus justifiée que le Protocole a été conclu sous la condition résolutoire qu'une négociation de bonne foi ait effectivement lieu en cas de survenance d'évènements nouveaux et que cette condition s'est réalisée ;

L

2

- Le Protocole doit *a minima* être déclaré caduc en raison des bouleversements de son économie générale ; la disparition de la cause emporte la caducité du contrat ;
- Le Protocole doit à tout le moins être renégocié sous l'égide du tribunal ;
- Le préjudice subi par SFR s'analyse comme l'impossibilité pour elle de déployer son réseau dans de nombreux logements mais aussi comme le gain enregistré par ORANGE du fait de l'inexécution contractuelle.

ORANGE rétorque que :

- Le Protocole n'est pas un accord de coopération inter-entreprise revêtant une obligation de coopération ou de loyauté renforcée ; l'exigence de loyauté ne va pas au-delà des obligations légales ;
- La levée de l'exclusivité revient à la conclusion en 2015 d'un avenant à ce Protocole; SFR ne peut dès lors exiger en 2016-2017 une réallocation des zones prétextant un bouleversement de la « mise en cohérence » ;
- A tout le moins les conditions de l'article 11 du Protocole ne sont-elles pas réunies car seule une remise en cause, par la survenance d'éléments nouveaux, de la cohérence initialement convenue aurait pu conduire à l'application de cet article ; l'absence de négociation ne forme pas une condition résolutoire implicite du Protocole ;
- La procédure de résolution amiable n'a pas été conduite de bonne foi par SFR laquelle n'a donc pu, aux termes de l'article 7 du Protocole, valablement assigner ORANGE en justice ; les discussions n'ont été qu'un simulacre de conciliation ;
- SFR avait préparé la présente assignation bien avant la clôture de la procédure de conciliation ;
- SFR cherche avant tout à servir les intérêts de son actionnaire ALTICE qui veut déployer son réseau en complément de son réseau câblé au mépris des engagements contractuels du Protocole pourtant avalisé par l'ADLC visant à un déploiement rapide, efficace et complet de la fibre ; elle veut donc obtenir un nouvel accord qui lui permettra de concentrer ses investissements dans les zones les plus rentables;
- SFR entretient la confusion sur le sens de ce que sont des négociations, sur la notion d'équilibre et sur celle de mise en cohérence ;
- SFR dénature ainsi le sens et la portée des engagements volontairement souscrits par elle auprès de l'ADLC ; les engagements ont été proposés par SFR en contrepartie des risques de gel du déploiement de la fibre dans les zones peu denses identifiés par l'ADLC;
- ORANGE n'était pas tenue de modifier la répartition des zones convenues dans le Protocole, la levée de l'exclusivité permettant effectivement de parvenir à un échange de communes;
- Aucune faute ne peut être imputée à ORANGE dans le cadre des négociations de l'engagement auprès de l'ADLC et de la levée de l'exclusivité ;
- SFR n'a pas demandé une extension du délai de négociation et a ainsi assumé le choix de voir l'engagement produire ses effets ;
- Après la levée de l'exclusivité, ORANGE a continué à négocier de bonne foi bien qu'en dehors du champ du Protocole afin d'apaiser les tensions ;
- Les propositions ultérieures de SFR étaient inacceptables car irréalistes et disproportionnées ;
- Les demandes de SFR doivent être rejetées en ce qu'elles remettraient en cause le plan national de déploiement de la fibre en France et l'efficacité des engagements entérinés par la décision d'autorisation par l'ADLC de l'opération NUMERICABLE/SFR.

32

L

24

SUR CE LE TRIBUNAL

Sur les demandes de SFR

Attendu que les pouvoirs publics ont estimé en 2010 que le déploiement des réseaux en fibre optique très haut débit jusqu'à l'abonné (*fiber to the home* ou FttH) dans les zones moins denses du territoire français constituait un enjeu d'intérêt général et ont lancé un appel à manifestation d'intérêt d'investissement pour recueillir les intentions d'investissement des opérateurs privés de télécommunications électroniques ; que, dans ce cadre, seules ORANGE et SFR ont répondu et que, pour assurer la cohérence dans le déploiement- et non l'équilibre entre les opérateurs- et de satisfaire aux objectifs de complétude et de célérité des déploiements des lignes FttH, les pouvoirs publics ont encouragé les opérateurs à se répartir les zones entre eux, sous l'égide des pouvoirs publics et sous le contrôle de l'ARCEP et de l'Autorité de la concurrence (ADLC) ; qu'un Protocole a ainsi été conclu le 14 novembre 2011 à la satisfaction affirmée de l'ensemble des parties, ORANGE étant désignée opérateur responsable de 80% des zones concernées (7,8 millions de logements) et SFR ayant la charge du déploiement sur 20% des zones (2,3 millions de logements), et ce dans un temps précisément imparti et dans une logique de co-investissements entre opérateurs ;

Que ce Protocole prévoyait notamment :

- Les termes et conditions dans lesquels les parties mettent en cohérence leurs projets de déploiement de réseaux FttH en dehors des zones très denses (article 2),
- Qu'en cas d'événements nouveaux, les parties renégocieraient (article 11 « Evolution ») et
- Qu'en cas de litige persistant après l'échec d'une tentative de résolution amiable, compétence était attribuée au tribunal de céans pour régler ce litige;

Attendu que le présent différend entre les parties fait suite à l'engagement pris par l'actionnaire majoritaire de NUMERICABLE devant l'ADLC en 2014 dans le cadre de l'acquisition de SFR par NUMERICABLE et plus précisément de la renonciation par SFR à une partie de son exclusivité de déploiement dans les zones qui lui ont été attribuées par le Protocole (zones de croisement câble/fibre); qu'il est ainsi nécessaire de rappeler le contenu de cet engagement, dont il est souligné qu'il a été imposé à SFR et non à ORANGE quand bien même cette dernière a été entendue sur le sujet ;

Qu'à cet égard, il est établi que l'ADLC craignait que la nouvelle entité NC/SFR, disposant déjà d'un important réseau câblé, ne freinât le déploiement du réseau FttH dans les zones déjà câblées, et en particulier dans les zones moins denses couvertes par le Protocole sur lesquelles SFR disposait d'une exclusivité, dès lors que la duplication d'infrastructures très haut débit concurrentes n'aurait pas été, selon l'ARCEP et l'ADLC, un choix économique rationnel pour l'opérateur, et qu'il n'en résultât une atteinte non seulement à la concurrence mais aussi à l'intérêt des consommateurs finals ;

Que NC/SFR a proposé à l'ADLC, qui l'a accepté et rendu obligatoire, un engagement suivant lequel :

- Dans un premier volet, SFR s'est engagée à entrer de bonne foi en négociation avec ORANGE, pour un délai de six mois à compter de la décision de l'ADLC, en vue de réaliser un échange entre des communes allouées exclusivement à SFR au titre du Protocole et où NUMERICABLE disposait d'ores et déjà d'infrastructures câblées et un certain nombre de prises (ou logements) allouées exclusivement à ORANGE ; que cette obligation de négocier de bonne foi pesait certes sur SFR mais également de manière générale sur ORANGE ;
- Dans un second volet, à défaut d'accord et dans le but d'assurer l'effectivité de l'engagement imposé, le remède consistait à ce que SFR soit obligée de lever l'interdiction pesant sur ORANGE de déployer son réseau FttH sur ces zones, c'est-à-dire de renoncer à son exclusivité de déploiement ; que selon l'ADLC ce remède

32

L

permettait de lever un verrou contractuel au déploiement par ORANGE en zone câble, et ce soit sur la base d'une renégociation soit par la suppression de la clause d'exclusivité si les négociations n'aboutissaient pas ; que cet engagement n'était soumis à aucune autre mesure ultérieure et notamment à l'adaptation du Protocole de 2011 ;

Attendu que cet engagement a ainsi été formalisé en vue de répondre aux préoccupations de concurrence de l'ADLC et d'autoriser l'opération NC/SFR et que la décision de l'ADLC n'a fait l'objet d'aucun recours ;

Attendu qu'il convient dans un premier temps de s'attacher ainsi aux discussions intervenues dans ce cadre en 2015 indépendamment de celles intervenues ultérieurement entre les parties ; que SFR estime qu'ORANGE a violé son obligation générale et contractuelle de négocier de bonne foi en adoptant une attitude inacceptable et qu'ORANGE porterait ainsi la responsabilité de l'échec des négociations dans le cadre de l'engagement devant l'ADLC ;

Attendu que ces négociations se placent dans le strict cadre de la procédure devant l'ADLC et sont en dehors du champ d'application du Protocole, celui-ci n'étant d'ailleurs aucunement visé par les engagements proposés par SFR ou par la décision de l'ADLC, SFR ayant à cet égard précisé dans sa lettre d'engagements que la levée d'exclusivité serait réalisée nonobstant toute clause contraire du contrat ;

Attendu que, s'agissant des négociations relatives à l'engagement, le tribunal relève qu'ORANGE a adressé à SFR dès décembre 2014 un projet d'accord de confidentialité mais que les discussions n'ont démarré que le 4 février 2015 en raison de la réponse tardive de SFR, laquelle a formellement reconnu la volonté d'ORANGE d'entrer en négociation ; qu'il est établi que les étapes des discussions ont été les suivantes :

- Une première proposition de SFR le 4 février 2015 consistait à lever l'exclusivité dans 160 communes, représentant environ 800.000 prises, en échange de 3,1 millions de prises en zone ORANGE ; que cette proposition a été considérée comme inacceptable par ORANGE dès lors qu'elle concernait des prises en dehors du périmètre concerné et aurait généré d'importantes difficultés d'application ; que SFR a d'ailleurs oralement admis que cette proposition était une approche volontairement basse de début de négociation ;
- Une seconde proposition de SFR en date du 16 juin 2015, soit peu de temps avant l'expiration du délai de six mois, consistait en la rétrocession de 172 communes à ORANGE en échange d'un nombre identique de prises ORANGE ; que SFR n'établit pas en quoi le refus par ORANGE de cette proposition et l'absence de contre proposition caractériseraient la violation d'une obligation de négociation de bonne foi alors qu'ORANGE a indiqué à SFR, par un courrier du 30 juin 2015 (pièce n°27 d'ORANGE) que cette proposition ne visait selon elle qu'à retarder le déploiement de la fibre dans les zones où NUMERICABLE disposait d'un réseau câblé ;

Attendu que l'échec des négociations a été acté par NC/SFR le 22 juillet 2015 laquelle n'a pas demandé à l'ADLC de renouveler la période de négociation comme elle aurait pu le faire et que l'ADLC n'a pas non plus souhaité prolonger les discussions entre les opérateurs, voyant dans le prononcé de la levée de l'exclusivité une mesure de nature à accélérer le déploiement par ORANGE du Très Haut Débit FttH dans les communes concernées ;

Attendu dans ces conditions qu'aucun élément probant n'établit l'absence de bonne foi d'ORANGE dans les négociations au titre de l'engagement souscrit par SFR devant l'ADLC ;

Attendu que SFR soutient par ailleurs qu'ORANGE n'a pas déployé la fibre sur ses zones, ni sur les zones SFR mais que SFR n'a pas saisi le comité de pilotage prévu à l'article 5.2 du Protocole avant le 7 mars 2017 pour traiter du différend entre les parties et que rien n'atteste au demeurant un tel retard puisqu'il est établi qu'ORANGE couvre actuellement 20% de sa zone, soit 2.408.000 prises réalisées, alors que SFR ne couvre que 11% de la sienne avec 173.140 prises déployées;

Attendu, s'agissant de l'adaptation du Protocole, lequel n'est pas un contrat à exécution successive dès lors que les obligations des parties ont été fixées dès sa conclusion, que l'article 11 du Protocole prévoyait une renégociation en cas de survenance d'éléments nouveaux affectant la mise en cohérence initiale :

« Dans l'hypothèse de la survenance d'éléments nouveaux, notamment de nature réglementaire ou législative, susceptibles de remettre en cause partiellement ou totalement la mise en cohérence ici convenue de leurs projets de déploiement en dehors des zones très denses, les Parties conviennent de convoquer le Comité de pilotage, dans les conditions prévues à l'article 6, afin de décider des suites à donner à ces changements de contexte. Elles s'engagent alors à mener des négociations de bonne foi visant à modifier, le cas échéant, le contenu des annexes 1 ou 2 afin de tenir compte des éléments nouveaux que l'une aura porté à la connaissance de l'autre » ;

Attendu que la cohérence voulue par les pouvoirs publics tendait au développement de la fibre sur le territoire national quand bien même la répartition des communes n'était pas équilibrée entre les parties et que la levée de l'exclusivité opérée à la suite des négociations précitées ne s'est pas faite sans contrepartie pour SFR puisque l'opération NC/SFR a été autorisée ;

Que la levée de l'exclusivité de SFR sur les communes concernées a été acceptée par les deux parties :

- Par NC/NUMERICABLE en ce que cet engagement a été volontairement souscrit par son actionnaire majoritaire, ALTICE, auprès de l'ADLC ;
- Par ORANGE en ce que cela lui permettait d'éviter de laisser à SFR des communes câblées sans y déployer de la fibre tout en empêchant ORANGE d'y déployer sa propre fibre ;

Que cet évènement entraîne de fait une modification de l'annexe 1 du Protocole intitulée *« Annexe 1 : liste des communes pour lesquelles SFR est désignée comme Opérateur »*, y soustrayant les communes concernées (208) ;

Attendu que les conditions de mise en œuvre de l'article 11 n'étaient pas satisfaites en 2017 ; qu'en effet, le bouleversement de l'économie du Protocole allégué par SFR comme résultant de l'engagement souscrit n'est pas un élément nouveau extérieur indépendant des parties, ce que SFR a d'ailleurs admis en indiquant dans la présente assignation que l'article 11 constitue une clause de renégociation par laquelle les parties admettent que le contrat ne pourra pas se poursuivre sur les mêmes bases si les circonstances extérieures lui font subir un grave déséquilibre et qu'elles tenteront alors de rééquilibrer le contrat ; que le caractère nécessairement extérieur de l'évènement doit être affirmé, faute de quoi les évènements n'auraient rien d'imprévisible, l'une des parties ayant le loisir de provoquer la modification du Protocole ; que cette affirmation est corroborée par le fait que l'article 3.2 du Protocole traite par ailleurs des modifications apportées à l'initiative de l'une ou l'autre des parties ; que, de plus, l'évènement allégué par SFR n'a rien de nouveau puisqu'il résulte de l'engagement validé par l'ADLC dans sa décision en date du 30 octobre 2014 et que le périmètre des communes en 2016-2017 n'avait pas évolué par rapport à celui résultant de la mise en œuvre de l'engagement ;

Attendu que le tribunal note de plus qu'ORANGE est restée ouverte à la discussion avec SFR (courrier d'ORANGE à SFR du 5 avril 2017) quand bien même elle a toujours affirmé se situer hors application de l'article 11 du Protocole, et a formulé une proposition d'échange de prises dans le souci de permettre la poursuite du plan de déploiement de la fibre soutenu par les pouvoirs publics ; que la mauvaise foi d'ORANGE n'est ainsi pas établie ;

Le tribunal débouterà SFR de l'intégralité de ses demandes ;

Sur les demandes reconventionnelles d'ORANGE

Attendu que rien ne démontre que le Protocole ne serait pas en cours d'exécution, le tribunal débouterà ORANGE de ses demandes reconventionnelles.

Sur l'article 700 du CPC et les dépens

Attendu qu'ORANGE a dû, pour défendre ses intérêts, supporter des frais irrépétibles qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge, le tribunal condamnera SFR à payer à ORANGE la somme de 100.000 euros au titre de l'article 700 du CPC et la condamnera aux entiers dépens.

PAR CES MOTIFS

Le tribunal, statuant publiquement par jugement contradictoire en premier ressort mis à disposition :

- Déboute la SA FRANCAISE DU RADIOTELEPHONE (SFR) de l'ensemble de ses demandes ;
- Déboute la SA ORANGE FRANCE de ses demandes reconventionnelles ;
- Condamne la SA FRANCAISE DU RADIOTELEPHONE (SFR) à payer à la SA ORANGE FRANCE la somme de 100.000 euros au titre de l'article 700 du CPC ;
- Condamne la SA FRANCAISE DU RADIOTELEPHONE (SFR) aux dépens, dont ceux à recouvrer par le greffe, liquidés à la somme de 78,36 € dont 12,85 € de TVA.

En application des dispositions de l'article 871 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 03 novembre 2017, en audience publique, devant Mme Nathalie Dostert, Mme Marie-Claire Bizot et Mme Michèle Faurie.

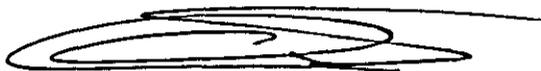
Un rapport oral a été présenté lors de cette audience.

Délibéré le 12 janvier 2018 par les mêmes juges.

Dit que le présent jugement est prononcé par sa mise à disposition au greffe de ce tribunal, les parties en ayant été préalablement avisées lors des débats dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

La minute du jugement est signée par Mme Nathalie Dostert président du délibéré et par Mme Brigitte Pantar, greffier.

Le Greffier



Le Président

