

DROIT DES TÉLÉCOMMUNICATIONS :

LA CESSIBILITÉ DES CONTRATS IRU

Par **Christophe Pichard,**
Avocat Associé

L'ouverture du marché des télécommunications a conduit de nombreux opérateurs de télécommunications à investir de façon massive pour créer leur propre réseau de télécommunications par câble. A cet égard, les opérateurs ont traditionnellement le choix entre deux modes de constitution de ces infrastructures (qui comprennent les fourreaux, les câbles, les chambres de tirage et de raccordement) :

- Une construction pour leur propre compte des dites infrastructures qui donc leur appartiennent en pleine propriété ;

- Des contrats de longue durée de mise à disposition de fibres et câbles optiques ou mêmes de fourreaux dans lesquels sont tirés ou soufflés les câbles. Ces contrats qualifiés de contrats IRU, c'est-à-dire Indefeasible Right of Use ou Droit Irrévocable d'Utilisation, permettent aux opérateurs de bénéficier de ressources en général disponibles plus rapidement et dont le prix est généralement plus attractif, compte tenu du partage des coûts de construction en particulier de génie civil.

La notion d'IRU

Schématiquement, les principales caractéristiques d'un contrat IRU sont les suivantes :

- Le propriétaire de l'infrastructure s'engage à concéder à l'opérateur un droit irrévocable d'utilisation sur des câbles ou des fourreaux ;
- Le bénéficiaire de cet IRU assume tous les risques normalement supportés par le propriétaire, notamment les risques de perte, de détérioration et de non-disponibilité éventuellement liés à un motif d'intérêt général nécessitant le déplacement de l'infrastructure ;
- Un IRU est consenti pour une période très longue, à savoir en général un minimum de quinze ans, voire vingt ou vingt-cinq ans et plus généralement pour la durée de vie du fourreau ou du câble ;
- La spécificité de ce type de contrat résulte également des modalités de règlement. En effet, le bénéficiaire de l'IRU doit s'acquitter auprès du propriétaire d'un montant forfaitaire d'avance pour la totalité de la durée de cet IRU ;
- Eu égard aux enjeux extrêmement importants et à la durée de ces contrats, leur contenu est relativement complexe et nécessite de nombreuses dispositions afin que les engagements de chacune des parties soient bien encadrés.

Pourtant, alors que les sommes investies sont très importantes, les droits du bénéficiaire d'un IRU paraissent incertains. En effet, le droit français ne prévoit aucune disposition juridique spécifique pour ces contrats d'un type nouveau. De plus, jusqu'à une date encore récente, aucune jurisprudence ne permettait d'orienter la réflexion pour déterminer des règles applicables à ce type de contrats. Toutefois, le Tribunal de Commerce de Nanterre a eu l'occasion de se prononcer récemment en la matière dans le cadre d'une liquidation judiciaire, ce qui, à notre connaissance, constitue la première décision au fond sur cette question.

Afin d'approfondir cette notion d'IRU et d'étudier le régime juridique dont ils relèvent, une approche préliminaire consiste à analyser ce qu'il en est dans le cadre des procédures collectives, puisque cette décision du Tribunal de Commerce de Nanterre en fournit un premier éclairage.

L'objet de la présente étude est donc de s'intéresser à la cessibilité de ces contrats IRU en cas de redressement ou liquidation judiciaire du bénéficiaire d'un tel contrat à la lumière de cette décision et d'avancer des premières pistes de réflexion sur la nature de ces contrats atypiques.

Cette problématique est d'ailleurs loin d'être théorique suite aux faillites retentissantes de certains opérateurs de télécommunications. En effet, d'un point de vue opérationnel et économique, les investissements réalisés pour bénéficier de ces contrats IRU, constituent à n'en point douter des actifs de la société que l'administrateur judiciaire ou le liquidateur selon le cas, aura tout intérêt à valoriser.

Pourtant certaines approches juridiques évoquées ci-après, conduisent à conclure que ces contrats n'ont aucune valeur !

Nous nous attacherons donc ici à analyser quelles règles sont susceptibles de s'appliquer dans les deux situations les plus courantes envisageables : en cas de plan de cession dans le cadre d'un redressement judiciaire lors de la période d'observation, mais aussi en cas de cession d'unités de production dans le cadre de la liquidation judiciaire.

Si du point de vue économique, un plan de cession dans la phase de redressement judiciaire et une cession d'unités de production dans la phase de liquidation judiciaire sont sans doute proches, il en va tout autrement du point de vue juridique.

Eu égard au caractère nouveau du contrat IRU, on envisage ici trois premières hypothèses de travail concernant la qualification que l'on pourrait donner à ces IRU :

- L'IRU : un contrat de prestation de service « ordinaire ».
- L'IRU : un contrat de bail d'immeubles.
- L'IRU : un actif à part entière.

I - L'IRU : un contrat de prestation de services « ordinaire »

Dans cette hypothèse, on considère qu'un IRU est un simple contrat de prestation de services. Certes, il présente les spécificités décrites ci-dessus, mais celles-ci ne seraient pas de nature à changer la qualification juridique de ce contrat.

Le redressement judiciaire

Dans le cadre de redressement judiciaire, et plus particulièrement dans le cas où un plan de cession est envisagé, le législateur a prévu la possibilité de céder les contrats en cours. En effet, l'article L. 621-88 du Code de commerce énonce :

« Le Tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens et services nécessaires au maintien de l'activité, au vu des observations des co-contractants du débiteur transmises par l'administrateur ».

La doctrine semble accepter l'idée selon laquelle l'énumération de cet article est assez vaste et peut recouvrir de nombreux types de contrats. La Cour de Cassation a eu l'occasion d'indiquer que même les contrats conclus *intuitu personae* avaient vocation à rentrer dans le champ d'application de cet article (Cass. Com. 8 décembre 1997, n° 87-11.501, Bull. civ. n°266).

Dans cette situation, l'administrateur judiciaire aura donc certainement toute possibilité de valoriser ces contrats puisque le Tribunal pourra ordonner leur transmission forcée au profit d'un repreneur.

La liquidation judiciaire

La situation est toute autre en cas de liquidation judiciaire et plus particulièrement dans le cas où la cession d'unités de production est envisagée par le liquidateur. En effet, le législateur ne semble pas avoir prévu de dispositions similaires à celles de l'article L. 621-88, applicable seulement en cas de redressement judiciaire et non en matière de liquidation judiciaire. C'est ce que semble confirmer la jurisprudence, puisque la Cour de Cassation considère que « les cessions opérées au cours des opérations de liquidation judiciaire n'entraînent pas transmission forcée des contrats de fournitures de biens de services concernant les biens cédés » (Cass. Com. 19 décembre 1995, n° 2242 P, RJDA 3/96, n° 429).

Compte tenu de cette jurisprudence, la doctrine estime en général que, dans le cadre d'une cession d'une unité de production, il n'est pas possible d'opérer la transmission forcée des contrats de prestations de services. Dans cette approche, un IRU ne pourrait donc pas être cédé par le liquidateur.

Toutefois, compte tenu de la nature très spécifique des contrats IRU, ces règles ont-elles vocation à s'appliquer *mutatis mutandis* ?

On peut avancer plusieurs arguments afin de tenter de mettre en échec cette jurisprudence et conclure à la cessibilité d'un contrat IRU, y compris à ce stade de la procédure.

- On constatera tout d'abord que cette jurisprudence vise la transmission forcée de contrats de fournitures, de biens ou services concernant des biens cédés dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire. Elle ne vise pas, à proprement parler, le droit d'usage dont la société pourrait bénéficier et qui constitue l'objet même de la cession. A cet égard, il a été décidé qu'un juge commissaire peut ordonner la cession d'un droit de concession sur le fondement de l'article L.622-18 du Code de commerce (Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 5 février 1988, Juris Data : 1988-041957). Or à l'évidence, un IRU s'apparente à une concession de droit d'usage sur un réseau de télécommunication.

- On pourrait également constater que ces contrats sont très spécifiques et nécessitant sans doute un traitement particulier par la jurisprudence, et ce même si la loi ne prévoit pas de dispositions particulières.

La résiliation d'office des contrats IRU

Indépendamment de cette possibilité ou interdiction d'ordonner la transmission forcée d'un contrat IRU, on pourrait être tenté de démontrer que les contrats IRU ne sont pas cessibles puisqu'ils sont résiliés du seul fait de la décision de mise en liquidation judiciaire décidée sans poursuite d'activité. Cette question nécessiterait à elle seule une étude complète. Néanmoins, on peut faire quelques remarques eu égard au contexte particulier de l'IRU :

- La logique des textes en matière de liquidation judiciaire semble bien aller dans le sens d'une résiliation de plein droit des contrats en cours si le jugement de mise en liquidation judiciaire ne décide pas une poursuite d'activité.

- Une analyse a contrario de l'article L. 622-13 du Code de Commerce pourrait également aller en ce sens. En effet, cet article prévoit que la liquidation judiciaire n'entraîne pas de plein droit la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise. On pourrait donc en conclure a contrario que pour les autres contrats, la décision de liquidation judiciaire sans poursuite de l'activité entraîne de plein droit cette résiliation.

- La Cour de Cassation a eu l'occasion de se prononcer assez récemment et a considéré que le compte courant d'un débiteur mis en liquidation judiciaire était clôturé par l'effet de cette mesure (Cass. Com. 24 mai 2002, Actualité des Procédures Collectives, n° 12-5 juillet 2002, n° 155).

- Toutefois, on peut opposer à cette analyse un autre arrêt récent de la Cour de Cassation qui a décidé que selon l'article L. 621-28 du Code de Commerce, aucune résiliation de contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire à laquelle il y a lieu d'assimiler celle d'une procédure de liquidation judiciaire (Cassation Commerciale, 22 janvier 2002, Actualité des Procédures Collectives, n° 8-10 mai 2002, n° 102).

Indépendamment de cette jurisprudence qui peut sembler contradictoire, on peut relever encore une fois le caractère extrêmement particulier des contrats en cause qui devraient nécessiter un traitement spécifique :

- On peut sans doute admettre que la continuation d'un contrat « ordinaire » dans le cadre de la liquidation judiciaire ne peut être sollicitée qu'en cas de poursuite d'activité du fait, d'une part, de l'impossibilité à payer à échéance la contre-partie du contrat à continuer et, d'autre part, de l'inutilité de principe de la continuation d'un tel contrat en dehors d'une poursuite d'activité.

- Toutefois, on constatera, s'agissant des contrats IRU, que la situation est radicalement différente. En effet, on ne pourra pas objecter l'impossibilité de payer à échéance la contrepartie du contrat continué dès lors que le paiement intégral et d'avance du prix a été effectué. Dans ces conditions, la poursuite du contrat ne pose aucune difficulté en termes de prix à payer pour ladite poursuite. Par ailleurs, à l'évidence, l'utilité de la continuation de tels contrats est incontestable en dehors même de toute poursuite d'activité, notamment pour permettre la préservation de l'actif du débiteur à réaliser au profit des créanciers.

Le jugement du Tribunal de Commerce de Nanterre

A ce stade de la discussion, il paraît important de citer le jugement du Tribunal de Commerce de Nanterre du 4 juin 2003 qui a eu l'occasion de se pencher sur ces questions en matière de contrats IRU.

En effet, le Tribunal de Commerce de Nanterre a jugé que la résiliation d'un contrat IRU n'était pas entraînée de plein droit par la liquidation judiciaire. Le Tribunal a ainsi jugé que :

« Les deux critères principaux qui justifient dans le cas général la résiliation des contrats de fournitures de biens et services lors de la liquidation judiciaire sans poursuite d'activité ne trouvent pas à s'appliquer au contrat d'IRU ; (que) d'une part, le défaut de paiement n'est plus à craindre, le cocontractant se trouvant protégé par le paiement d'avance du prix et (que) d'autre part, l'arrêt de l'exploitation ne met pas fin à la nécessité de ces contrats, bien au contraire, puisque la sauvegarde de la valeur des actifs au bénéfice des créanciers impose au liquidateur de maintenir les droits de passage associés au vecteur de transmission sauf à enlever toute valeur à ces derniers. »

Aux termes de ce jugement, le Tribunal a donc clairement tranché la question et a jugé que les contrats IRU pouvaient ainsi être inclus dans la cession d'une unité de production au sens de l'article L.622-17 du Code de Commerce.

II - L'IRU : un bail d'immeuble

Une autre approche consisterait à considérer que ces contrats I.R.U. peuvent être qualifiés de bail d'immeuble affecté à l'activité de l'entreprise. En effet, selon l'article 1713 du Code civil, « on peut louer toutes sortes de biens, meubles ou immeubles ». On pourrait alors soutenir qu'un contrat IRU est un contrat de « louage de choses » au sens de l'article 1709 du même code et qu'il devrait être assimilé à un contrat de location longue durée sur des biens immeubles.

Dans cette hypothèse, les dispositions de l'article L. 622-13 du Code de Commerce trouveraient alors à s'appliquer. Il résulte de cet article dans son alinéa 2 que : « Le liquidateur ou l'administrateur peut continuer le bail ou le céder dans les conditions prévues au contrat conclu avec le bailleur avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent ».

Dans ces conditions, le contrat IRU apparaîtrait alors comme un élément cessible tant dans la phase de redressement judiciaire que dans la phase de liquidation judiciaire. En effet, dans le cas de redressement judiciaire, on pourrait également se prévaloir de l'article 621-88 qui autorise la cession des contrats de location sans distinction dans le cadre d'un plan de cession.

L'IRU hors champ d'application de l'article L. 622-13

On pourrait objecter à cette analyse que qualifier un contrat IRU de bail d'immeuble au sens de l'article L. 622-13 dénature la portée de cet article. En effet, la doctrine semble considérer que cet article L. 622-13 a vocation à s'appliquer au bail commercial nécessaire à l'activité de l'entreprise, le droit au bail étant un élément essentiel du fonds de commerce que le législateur a entendu préserver par toute une série de dispositions protectrices. Cet article L. 622-13 n'aurait donc

vocation à s'appliquer qu'au seul bail commercial dans lequel est exploité le fonds de commerce de l'entreprise. En revanche, il n'aurait pas lieu de s'appliquer au contrat IRU qui ne semble pas correspondre exactement à ce champ d'application.

Par ailleurs, la qualification d'immeubles pour les fourreaux et câbles constituant l'infrastructure de télécommunication des opérateurs n'est pas encore clairement établie.

Les clauses d'incessibilité

On pourrait également objecter les clauses d'incessibilité qui sont généralement prévues dans les contrats IRU. En effet, ces contrats prévoient de façon quasi-systématique qu'il est interdit de les transférer sous quelque forme que ce soit, en tout ou partie, sans l'accord préalable et écrit du propriétaire.

Or, l'article L. 622-13 précité énonce que la cession du bail doit intervenir dans les conditions prévues au contrat avec le bailleur avec tous les droits et obligations qui s'y attachent.

L'analyse stricte de cet article conduirait à considérer qu'une clause d'incessibilité a vocation à s'appliquer et interdirait donc au liquidateur de céder le contrat IRU quand bien même on retiendrait sa qualification de bail d'immeuble.

Cette analyse relativement stricte va à l'encontre de l'article L. 145-16 du Code de Commerce relatif aux baux commerciaux qui édicte la nullité des clauses d'incessibilité d'un bail lors de la vente du fonds de commerce ou de l'entreprise.

Le jugement du Tribunal de Commerce de Nanterre

A ce stade de la discussion, il nous paraît indispensable de citer à nouveau le jugement du Tribunal de Commerce de Nanterre en date du 4 juin 2003 susvisé. En effet, le Tribunal a retenu la qualification de bail d'immeuble d'une part et a rejeté l'application de la clause d'incessibilité d'autre part.

Le Tribunal de Commerce a ainsi constaté : « Les contrats I.R.U. ont la qualité de bail d'immeubles affectés à l'activité de l'entreprise ; (...) en conséquence, ces contrats relèvent de l'article L. 622-13 du Code de Commerce et (que) leur résiliation n'est pas entraînée de plein droit par la liquidation judiciaire ; (...) l'article L. 622-13 du Code de Commerce ne met pas de limites à la liberté du liquidateur de céder les baux des immeubles nécessaires à l'activité de l'entreprise, sinon le respect des conditions contractuelles ».

III - L'IRU : un actif à part entière

On pourrait être tenté d'aller plus loin dans la qualification du contrat IRU et considérer que le contrat IRU en lui-même est un actif de l'entreprise. En effet, cette qualification simplifierait largement les incertitudes juridiques liées à la cession de l'IRU.

On pourrait ainsi soutenir qu'en égard aux caractéristiques de l'IRU rappelées en tête de cette étude, à savoir la durée de l'IRU, le paiement intégral d'avance, le transfert total des risques, un IRU constitue bien un actif de l'entreprise.

Le traitement comptable des IRU est d'ailleurs significatif à cet égard puisque les règles comptables appliquées par les

opérateurs prévoient l'inscription de ces IRU en tant qu'actif au bilan des sociétés de télécommunication. A titre d'exemple, on peut citer le cas de France Télécom qui décrit ainsi ces contrats dans son rapport sur les comptes annuels : « *Les achats de capacité de transmission sur les câbles terrestres et sous-marins (IRU) sont immobilisés et amortis sur leur durée prévisible d'utilisation* » (Rapport Annuel 2001, section «Autres Immobilisations Incorporables»).

Toutefois, on peut objecter que le traitement comptable de ces IRU ne constitue pas à lui seul un élément permettant de confirmer que ces IRU sont des actifs à part entière du point de vue juridique.

En tout état de cause, d'aucuns pourraient avancer qu'il ne faut pas confondre le contrat IRU lui-même qui crée un droit d'usage au profit du titulaire du contrat et l'actif incorporel qui résulte de ce droit. En effet, il est indéniable que ce contrat produit des droits qui peuvent être considérés comme des actifs incorporels puisqu'il s'agit de droits d'usage de longue durée. Néanmoins, le contrat en lui-même peut-il être considéré dans ce cas comme un actif ?

En pleine cohérence avec la qualification de bail d'immeubles qu'il avait retenu, on soulignera que, dans son jugement du 4 juin 2003 précité, le Tribunal de Commerce de Nanterre a donc rejeté cette analyse de l'IRU en tant qu'actif.

Comme on aura pu le constater au vu des différents arguments avancés dans la présente étude, la qualification d'un contrat d'IRU est une question certainement très délicate à trancher. Cette étude a mis en lumière un certain nombre de pistes de réflexion. Néanmoins, d'autres pistes pourraient certainement être explorées comme par exemple l'assimilation d'un IRU à un usufruit. Toutefois, il est vrai qu'à notre connaissance, seul le Tribunal de Commerce de Nanterre a eu l'occasion de se prononcer sur cette question et a donné ainsi un premier éclairage au regard des trois hypothèses de qualification que nous avons retenues ici.

Indépendamment des aspects juridiques qui ont été soulevés ci-dessus, on pourrait pour finir s'interroger sur l'aspect économique lié à ces contrats. En effet, s'il devait être retenu que ces contrats sont incessibles, cela signifierait en conséquence que le propriétaire retrouverait la pleine propriété de ses contrats et, en particulier, que le droit d'usage qu'il a concédé lui reviendrait en totalité. A fortiori, le propriétaire pourrait alors éventuellement céder une deuxième fois le droit d'usage qu'il avait pourtant consenti à un premier opérateur de télécommunications en redressement et liquidation judiciaire.

Eu égard à la très longue durée de ces contrats, si la liquidation de l'opérateur titulaire du contrat IRU intervient dans les premières années du contrat, cela voudrait dire que le propriétaire pourrait recevoir quasiment deux fois le prix pour un même bien. On pourrait alors légitimement s'interroger si du point de vue économique, il n'y a pas là un enrichissement injustifié du propriétaire, ce qui légitimerait de traiter les IRU comme des contrats *sui generis*.

Christophe Pichard
Ancien Elève de l'École Polytechnique
Avocat Associé, Pichard & Associés

Au cours de longues années de pratiques notariales, Maître Jacques Benhamou, notaire à Paris et Président d'honneur du Mouvement Jeune Notariat, a constaté à quel point les Français manquaient de l'information la plus élémentaire sur leurs droits. Ce livre-guide répond à toutes les questions que chacun se pose, un jour ou l'autre.

La vie humaine, de la naissance à la mort, en passant par le mariage ou le pacs, entraîne à chaque fois des situations juridiques, des droits et des obligations. Lors d'un mariage, il faut décider du régime matrimonial (régime légal de communauté, séparation de biens, communauté universelle ou tout autre). Ce choix est déterminant pour l'avenir et la conduite des affaires des époux.

Lors du décès de l'un des époux, de quelle protection le conjoint survivant bénéficiera-t-il ? S'agira-t-il de la protection légale instituée par la loi ou d'une protection spécifique telle la donation entre époux, le testament ou autre ? Quels seront les droits des enfants ? Ceux-ci varieront naturellement en fonction des droits revenant au conjoint.

Régimes matrimoniaux, pacs, droits du conjoint, testament, donation, adoption, placements financiers et immobiliers, impôts... Tous ces sujets, et bien d'autres encore, sont expliqués clairement dans ce guide, avec de très nombreux exemples et des questions réponses pratiques.

Héritage, Patrimoine, Successions
Où en êtes vous ?
Auteur : Jacques Benhamou
Editeur : Le Cherche-midi
Collection « Guides »
452 pages
Contact : 01 42 22 71 20

