

**COUR D'APPEL DE NOUMÉA**

**RG : 06/075**

---

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

Gérard FEY, Premier Président

---

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

Marie Florence BRENGARD, Conseiller  
Anne AMAUDRIC du CHAFFAUT, Conseiller

---

Cécile KNOCKAERT Greffier

---

ARRÊT du 10 septembre 2007

---

Décision attaquée rendue le : 05 Juillet 2006

Juridiction : Tribunal mixte de Commerce de NOUMEA

Date de la saisine : 26 Juillet 2006

Ordonnance de clôture : 26 juillet 2007

**PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR**

**APPELANTE**

L'OFFICE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS prise en la personne de son représentant légal 2 rue Monchovet - 98800 NOUMEA

représentée par la SELARL LOUZIER-FAUCHE-GHIANI- NANTY, avocats

**INTIMÉ**

M. X, né ... demeurant ... - 98800 NOUMEA

représenté par Me Cécile MORESCO, avocat

Débats : le 20 août 2007 en audience publique où Gérard FEY, Premier Président, a présenté son rapport,

A l'issue des débats, le Président a déclaré que l'affaire était mise en délibéré et que le dossier avec l'arrêt serait remis au greffe le 10 septembre 2007 en application de l'article 451 du Code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

Le dossier avec l'arrêt a été remis au greffe à la date susdite et signé par Gérard FEY, Président, et par Michaëla NIUMELE, Greffier, présent lors de la remise au greffe.

## PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE

Monsieur X, exploitant sous l'enseigne CYBER BD, commercialise et offre au public des liaisons longues distances à des prix qu'il facture à la minute, le système utilisé transformant la voix humaine en données numériques informatiques transportées sur le réseau de l'O.P.T puis le réseau Internet.

Par acte en date du 20 octobre 2005, l'Office des Postes et Télécommunications ci-après O.P.T, exposant que la boutique CYBER BD développe des activités à titre commercial qui font d'elle un opérateur de télécommunication utilisant les ouvrages publics de l'O.P.T et que cette activité est en Nouvelle-Calédonie contrevenante de celle qu'elle exerce en situation de monopole et a un caractère parasitaire, a fait citer M. X devant le président du tribunal mixte de commerce, statuant en matière de référé, à l'effet de lui voir ordonner de cesser, sous trois jours de la signification de l'ordonnance, d'offrir au public des communications et à en faire la publicité sous l'enseigne CYBER BD ou toute autre, de lui voir enjoindre de retirer des panneaux publicitaires des lieux où ils se trouvent et notamment 33 promenade Roger Laroque, dans le complexe immobilier dit de la Baie des Citrons, sous astreinte de 100.000 FCFP par jour de retard et de 100.000 FCFP par infraction dûment constatée et obtenir la condamnation du défendeur au paiement de la somme de 150.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

L'O.P.T fonde sa demande sur l'existence d'un monopole à son profit en Nouvelle-Calédonie en matière de télécommunications, domaine qui relève de la compétence de la Nouvelle-Calédonie et qui résulte du décret loi du 27 décembre 1851 promulgué en Nouvelle-Calédonie par arrêté 107 du 16 mars 1875.

Elle ajoute que ce monopole est justifié par l'intérêt général et le service donné aux usagers en tous points du territoire et que la notion de télécommunication n'exclut pas le mode de correspondance par la conversion et transmission de la voix humaine et du son par procédé numérique.

Elle produit un constat d'huissier du 24 mars 2007 décrivant l'installation publicitaire de CYBER BD à savoir une cabine téléphonique de style anglais avec trois affiches, l'une avec pour titre "téléphonez à prix imbattables vers la métropole", l'autre "téléphonez à prix imbattables vers l'Europe, et la troisième "appelez la métropole et l'étranger à des tarifs imbattables" titre suivi des prix pour appel sur poste fixe en métropole et sur portable ou étranger.

Elle verse un deuxième constat du 30 juin 2005 mentionnant des affichettes placardées "CYBER BD Internet ADJC, CYBER BD c'est la téléphonie internationale sur poste fixe ou mobiles - tarif Internet à la minute".

Par conclusions déposées le 21 novembre 2005, M. X soutenait qu'il n'y avait pas lieu à référé, il sollicitait la condamnation de l'O.P.T au paiement de la somme de 200.000 FCFP à titre de dommages-intérêts et celle de 200.000 FCFP sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie.

Il faisait valoir que la procédure introduite à son encontre par l'O.P.T constituait une atteinte à la liberté de commerce et à celle d'entreprendre, que le développement d'Internet avait

conduit le législateur français à supprimer le monopole des postes par la loi du 26 juillet 1996, que la loi organique du 19 mars 1999, qui avait transféré la compétence de l'Etat à la Nouvelle - Calédonie en matière des postes et des télécommunications, prévoyait en son article 99-12 qu'une loi de pays devait préalablement réglementer cette compétence, ce qui n'était toujours pas le cas à ce jour.

Par ordonnance du 20 février 2006, le juge des référés, au visa de l'article 811-1 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie a renvoyé l'affaire au fond devant le tribunal mixte de commerce.

Par jugement du 5 juillet 2006, le tribunal mixte de commerce de NOUMEA a débouté l'O.P.T de ses demandes et l'a condamnée à payer à monsieur X la somme de 100.000 F au titre des frais irrépétibles.

Le tribunal a motivé sa décision en relevant que le décret loi de 1851 relatif au monopole des lignes téléphoniques ne pouvait limiter la liberté de commercialiser des prestations par Internet, une limitation à la liberté fondamentale du commerce de l'industrie ne pouvant résulter d'une interprétation par analogie.

#### PROCÉDURE D'APPEL

Le 26 juillet 2006, l'O.P.T a relevé appel de ce jugement.

Dans son mémoire du 8 novembre 2006, l'O.P.T faisait référence à un précédent arrêt de cette cour du 6 mai 2004 qui avait considéré que le monopole n'existait plus mais que l'OPT avait un droit de contrôle de son réseau et de l'usage qui en est fait par des opérateurs tiers.

Monsieur X est, selon l'O.P.T, un opérateur téléphonique quand bien même la téléphonie est effectuée via Internet par conversion numérique de la voix.

L'O.P.T demande la réformation du jugement pour qu'il soit ordonné à monsieur RAMEAUX, sous trois jours de la signification de l'arrêt, de cesser d'offrir au public des communications téléphoniques et à en faire la publicité sous l'enseigne CYBER BD, et de lui enjoindre de retirer ses panneaux publicitaires des lieux où ils se trouvent, notamment au 33 promenade Laroque et ce, sous astreinte.

Il réclame la somme de 300.000 FCFP au titre des frais irrépétibles.

Par conclusions additionnelles du 22 janvier 2007, l'O.P.T ajoutait à son argumentaire en exposant que par délibération n° 236 du 15 décembre 2006 le code des postes et télécommunications de la Nouvelle-Calédonie a précisé les points suivants :

article 211-2 du code : on entend par télécommunication toute transmission, émission ou réception de signe, de signaux, d'écrits, d'image, de son ou de renseignement de toute nature par fil optique, radio électricité ou autres systèmes électroniques.

article 221-2 : Le service public des télécommunications comprend la fourniture d'un service de voix y compris au moyen d'un service de voix par Internet.

article 211-3 : Le service public des télécommunications défini à l'article 221-2 relève de la compétence exclusive de la Nouvelle Calédonie, le service public des télécommunications est assuré par l'OPT.

article 261-1 : Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 8.900.000 FCFP le fait pour toute personne autre que l'OPT de fournir ou de faire fournir au public un service de télécommunication relevant de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie, d'établir ou de faire établir un réseau ouvert au public.

article 231-3 : La fourniture d'accès à Internet à distance ou dans des locaux dédiés à cet effet s'exerce librement. Conformément aux dispositions du titre II du présent livre, l'utilisation pour un usage personnel ou professionnel d'un service de voix sur Internet offert par un fournisseur autre que l'exploitant public est prohibée.

Monsieur X conclut à la confirmation du jugement en soutenant que l'OPT ne peut invoquer un monopole à son profit en matière de télécommunication, l'Etat ayant lui-même mis fin au monopole à son profit en métropole en 1996.

Il précise qu'il ne fait qu'utiliser le dispositif de l'O.P.T mis à sa disposition et pour lequel il paie abonnement et communications et qu'il propose dès lors en toute légalité son service Internet à ses clients sauf à poursuivre tout particulier utilisant Skype, Net 2 Phone pour communiquer.

Concernant les dispositions du code des P.T.T, il invoque la liberté du commerce et le principe de concurrence.

Il réclame la somme de 150.000 FCFP au titre des frais irrépétibles.

#### MOTIFS DE LA DÉCISION

L'OPT soutenant qu'elle exerce le monopole du service public des télécommunications y compris le service de voix sur Internet en vertu du code des postes et télécommunications tel qu'il résulte de la délibération n° 236 du 15 décembre 2006, demande à la Cour d'ordonner à monsieur X de cesser d'offrir au public des communications téléphoniques et d'en faire la publicité sous l'enseigne CYBER BD ou toute autre et de lui enjoindre de retirer ses panneaux publicitaires des lieux où ils se trouvent et notamment, 33 promenade Roger Laroque à NOUMEA, le tout assorti d'une astreinte.

L'O.P.T verse aux débats deux constats d'huissier des 24 mars 2005 et 30 juin 2005.

Il est constant et non contesté que monsieur X exerce sous l'enseigne "CYBER BD" une activité de cybercafé en disposant régulièrement d'un branchement sur le réseau de l'OPT pour lequel il paie un abonnement et des consommations et d'un accès à Internet par un fournisseur d'accès (Can'l) par un abonnement ADSL.

A la lecture des articles 211-2 et 212-3 du code des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie, il est constant que le service public des télécommunications qui relève de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie est assuré par l'OPT, ce service public comprenant la fourniture d'un service de voix y compris au moyen d'un service de voix sur Internet

L'article 231-3 alinéa 1 du même code énonce par ailleurs le principe que la fourniture d'accès à Internet s'exerce librement.

En vertu de ce principe, il ne peut être reproché à M. X d'utiliser Internet ou de vendre au public comme tout cybercafé un accès à Internet et des durées de connexion.

L'alinéa 2 de l'article L.231-3 du code des postes et télécommunications initialement rédigé ainsi "conformément aux dispositions du titre II du présent livre, l'utilisation pour un usage personnel ou professionnel d'un service de voix sur Internet offert par un fournisseur autre que l'exploitant public est prohibé" (libellé figurant dans les conclusions de l'OPT du 22 janvier 2007) a été modifié comme suit par un erratum du 20 mars 2007 : "conformément aux dispositions du titre II du présent livre, la fourniture d'un service de voix sur Internet par toute personne autre que l'exploitant public est prohibée".

Cette dernière version de l'alinéa 2 de l'article L.231-3 prohibe non pas l'usage d'un service de voix sur Internet offert par une autre personne que l'OPT mais "la fourniture d'un service de voix sur Internet".

Faut-il considérer en l'espèce que M. X fournit un service de voix sur Internet ?

La connexion à Internet qu'il commercialise n'est pas suffisante pour permettre une communication verbale sur Internet puisqu'il est nécessaire de faire usage de systèmes informatiques en libre accès sur Internet tel skype, Net 2 phone ou MSN pour permettre le transport de la voix sur IP, chaque utilisateur devant être titulaire d'un pseudo et d'un mot de passe pour bénéficier d'une adresse personnelle IP.

Les constats produits par l'OPT ne démontrent pas que M. X ait configuré ses ordinateurs pour que chaque utilisateur bénéficie de son adresse personnelle IP, qu'il ait prédéfini ses matériels pour privilégier les communications téléphoniques par Internet ou qu'il ait limité techniquement les matériels à ce seul usage.

Ceci étant, la publicité importante et très ciblée mise en place par CYBER BD pour en définitive vendre des communications téléphoniques "à prix imbattables" avec un comparatif de prix et la mention "s'adresser à l'accueil" (constat du 24 mars 2005), ainsi que la réponse faite à l'huissier par M. A, personne chargée de la clientèle de CYBER BD, lors du constat du 30 juin 2005 qui a déclaré que "CYBER BD n'établit plus de communication téléphonique depuis que l'OPT le lui a interdit", démontrent que CYBER BD s'est comporté comme un opérateur de télécommunication et un fournisseur de service de voix sur Internet en établissant des communications pour ses clients au moins jusqu'à la mise en demeure délivrée par l'OPT le 21 mars 2005.

La demande de l'OPT tendant à faire cesser cette pratique est donc fondée et il sera donc ordonné à CYBER BD de cesser d'établir des communications téléphoniques pour ses clients.

L'usage fait d'Internet par chacun des clients de CYBER BD lors de la connexion à Internet relève de la liberté individuelle et il ne peut en être demandé compte à M. X dès lors qu'il n'intervient pas autrement que pour permettre une connexion Internet.

Sur la demande de l'OPT tendant à faire cesser toute publicité relative aux communications téléphoniques par Internet, la Cour observe que CYBER BD a mis en place une publicité à seule fin de vendre des communications téléphoniques par Internet ainsi qu'il apparaît

clairement à la lecture du constat du 24 mars 2005 qui décrit en vitrine une cabine téléphonique de style anglais et 3 panneaux (photos 1, 2 et 3) particulièrement explicites :

photo 1 "téléphonez à prix imbattables vers la métropole",

photo 2 "téléphonez à prix imbattables vers l'Europe",

photo 3 "appelez la métropole et l'étranger à des tarifs imbattables" suivi d'un comparatif de prix et de la mention "s'adresser à l'accueil"

Ces panneaux devront donc être enlevés ainsi que la cabine téléphonique.

PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant par arrêt contradictoire déposé au greffe ;

Réforme le jugement entrepris ;

Ordonne à monsieur X de cesser d'établir des communications téléphoniques pour ses clients et d'en faire de la publicité sous l'enseigne CYBER BD ce, sous astreinte de cent mille (100.000) FCFP par infraction constatée ;

Enjoint à monsieur X de retirer les panneaux publicitaires décrits au constat du 24 mars 2005 (photos 1, 2 et 3) ainsi que la cabine téléphonique des lieux où ils se trouvent et notamment, 33 promenade Roger Laroque à NOUMEA, sous astreinte de cent mille (100.000) FCFP par jour de retard passé le délai de trois (3) jours à compter de la signification de l'arrêt ;

Condamne monsieur X à payer la somme de cent mille (100.000) FCFP au titre de l'article 700 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

Le condamne aux dépens d'instance et d'appel.

Et signé par Gérard FEY, Président, et par Michaëla NIUMELE, Greffier présent lors de la remise du dossier avec l'arrêt au greffe.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT