

**Cour d'appel de Nouméa
chambre civile**

N° de RG: 12/00076

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA SARL TELENET

L'OFFICE DES POSTES ET
TELECOMMUNICATIONS

M. Yves ROLLAND, Président de Chambre,
président,
M. Jean-Michel STOLTZ, Conseiller,
M. François BILLON, Conseiller,
qui en ont délibéré, sur le rapport de M. Yves
ROLLAND.

Infirmes la décision déférée dans toutes ses
dispositions, à l'égard de toutes les parties au
recours

Arrêt du 21 Janvier 2014

Décision déférée à la cour : Jugement rendu(e) le 28 Novembre 2011 par le Tribunal de première instance de NOUMEA (RG no :09/2582)

Saisine de la cour : 21 Février 2012

APPELANT

LA SARL TELENET à l'enseigne INTERNET NC, prise en la personne de son représentant
légal en exercice
dont le siège social sis 2 rue de l'Astrolabe - Magenta - BP. 12284 - 98802 NOUMEA CEDEX

Représentée par Me Séverine BEAUMEL de la SELARL TEHIO-BEAUMEL, avocat au
barreau de NOUMEA

INTIMÉ

L'OFFICE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, Etablissement Public représenté par
son Directeur en exercice
dont le siège social sis 1 rue Montchovet - Immeuble "WARUNA" - Port Plaisance - Baie des
Pêcheurs - 98800 NOUMEA

Représentée par Me Franck ROYANEZ de la SELARL d'avocat Franck ROYANEZ, avocat au
barreau de NOUMEA

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 12 Décembre 2013, en audience publique, devant la cour composée de :

M. Yves ROLLAND, Président de Chambre, président,
M. Jean-Michel STOLTZ, Conseiller,
M. François BILLON, Conseiller,
qui en ont délibéré, sur le rapport de M. Yves ROLLAND.

Greffier lors des débats: Mme Cécile KNOCKAERT
ARRÊT :

- contradictoire,
- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 451 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie,
- signé par M. Yves ROLLAND, président, et par M. Stéphan GENTILIN, greffier, auquel la minute de la décision a été transmise par le magistrat signataire.

PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE.

Par acte sous seing privé en date du 29 septembre 2006 la SARL Telenet, fournisseur d'accès internet (FAI) exerçant sous l'enseigne INTERNET NC nouvellement crée sur le territoire, concluait un contrat d'abonnement au service des liaisons louées par l'Office des Postes et Télécommunications de Nouvelle- Calédonie (l'OPT NC).

Le contrat stipulait notamment :

- article 3.1 :

" On entend par liaison louée la mise à disposition par l'OPT NC d'une capacité de transmission entre des points de terminaison déterminés du réseau public, au profit d'un utilisateur, à l'exclusion de toute commutation contrôlée par cet utilisateur. (...)".

- article 6 :

" l'OPT NC détermine seul le tracé et les moyens techniques permettant de constituer une liaison louée.

La mise à disposition de la liaison louée est effectuée par l'OPT NC au point de terminaison située à l'intérieur des locaux occupés par le client (...)".

- article 9 (service après-vente) :

" l'OPT NC assure la mise en place des moyens nécessaires à la bonne marche du service (...) Sauf dans les cas de force majeure... l'OPT NC s'engage sur un délai d'intervention type délai standard.... En cas de non-respect du délai standard de rétablissement, l'OPT NC verse à la demande du client une pénalité égale à 25 % du prix mensuel d'abonnement au service. Cette

pénalité n'est applicable qu'une seule fois par mois calendaire quelque soit la durée le nombre d'interruptions. Par convention expresse, cette pénalité constitue pour le client une indemnité forfaitaire couvrant la totalité du préjudice subi. Elle exclut toute réclamation dommages-intérêts pour ce motif...".

Dès sa mise en service, la SARL Telenet se plaignait d'une part du non-respect des capacités de transmission délivrée par l'Office au titre du contrat de raccordement au réseau fédérateur, plus précisément de ne pas bénéficier du débit contractuel en «full duplex » le niveau de débit d'émission « upload » à l'international étant à son avis très inférieur à celui souscrit contractuellement, d'autre part de divers dysfonctionnements dans la fourniture, la régularité et la stabilité des liaisons internet.

Après échange de nombreuses correspondances sur ses deux points, le directeur de l'Office indiquait dans un message électronique daté du 1er juin 2009:

"Concernant les problèmes de "débits non atteints", nos investigations ont montré que les débits des FAI raccordés sur les réseaux gigabit Ethernet étaient configurés en Ethernet et non en IP, ce qui génère un débit utile moindre du fait de l'encapsulation ("la perte" correspond au 10 % que tu mentionnes)",

Puis dans un courrier adressé au conseil de la SARL Telenet le 11 août 2009:

"Au sujet du non respect des capacités de transmission

Nous avons rencontré des divergences d'appréciation sur la nature des débits délivrés à votre mandant car une confusion existait entre débit de type Ethernet et débit de type Internet Protocol (IP).

Selon le type de débit pris en compte, les capacités correspondantes varient de l'ordre de 10 %, les débits de type Internet Protocol étant supérieurs à ceux de type Ethernet de près de 10 %. En l'occurrence, les paramétrages effectués sur les équipements de l'Office étaient effectués pour des débits de type Ethernet et non Internet Protocol.

Néanmoins, dans la mesure où la nature du débit n'était pas clairement définie dans le contrat, il a été décidé de considérer le cas de figure le plus favorable pour nos clients, c'est-à-dire que les débits commercialisés par l'Office étaient des débits de type Internet Protocol et non Ethernet.

Au regard de ces éléments, l'Office accepte d'indemniser votre client dans la limite des dispositions convenues contractuellement entre les parties, à savoir le paiement d'une pénalité au remboursement des capacités souscrites au titre du contrat de raccordement au réseau fédérateur IP de votre client et qui, en définitive, pour 10 % d'entre elles, n'ont pas été délivrées par l'Office .../..."

et proposait de verser à son co-contractant :

5 118 277 F CFP au titre des pénalités encourues pour la période de mai 2008 à juin 2009, dans les limites de la prescription de l'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications électroniques applicable en Nouvelle-Calédonie;

889 598 F CFP au titre des pénalités forfaitaires "couvrant l'intégralité des préjudices causés par l'ensemble des dysfonctionnements imputables à l'Office".

Insatisfaite de ces propositions la SARL Telenet faisait citer l'OPT NC devant le tribunal de première instance de Nouméa par requête introductive d'instance enregistrée le 23 décembre 2009 et signifiée le 03 décembre 2009 à l'effet d'obtenir sa condamnation à lui payer, au visa des dispositions des articles 1147 et 1382 du Code civil :

¿ 26 000 000 F CFP à titre de dommages et intérêts pour inexécution partielle de ses obligations contractuelles de capacité de débit IP;
¿ 83 158 416 F CFP à titre de dommages et intérêts pour inexécution de ses obligations contractuelles et concurrence déloyale;
¿ 1 000 000 F CFP sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile de Nouvelle- Calédonie et ce, en sus de la charge des entiers dépens de l'instance recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du code précité.

Par jugement rendu le 28 novembre 2011 le tribunal de première instance de Nouméa, après avoir exclu le cumul des responsabilités contractuelles et quasi délictuelle, déboutait les parties de l'ensemble de leurs demandes, les dépens étant laissé à la charge de la société demanderesse.

PROCÉDURE D'APPEL.

Par requête déposée au greffe de la cour d'appel le 21 février 2012 la SARL Telenet interjetait appel de cette décision qui n'avait pas été signifiée.

Aux termes de son mémoire ampliatif du 29 mai 2012 et de ses conclusions du 24 janvier 2013, écritures auxquelles il y a lieu de se référer pour un plus ample exposé de ses prétentions et des moyens présentés à leur appui, elle conclut à l'infirmité du jugement déféré en toutes ses dispositions et demande à la cour, statuant à nouveau, au visa des articles "1147 et suivants du Code civil" :

De juger l'OPT NC entièrement et exclusivement responsable de l'inexécution partielle de ses obligations contractuelles au titre de son contrat d'abonnement;

Le condamner à lui payer, avec "exécution provisoire nonobstant appel ou opposition" :

¿ 25 115 629 Fr. Cfp de dommages-intérêts "pour inexécution partielle de ses obligations contractuelles de capacité de débit IP" ;
¿ 83 158 416 F CFP de dommages-intérêts " pour inexécution de ses obligations contractuelles" ;
¿ 47 272 317 F CFP de dommages-intérêts "pour inexécution de ses obligations contractuelles en accordant pas le débit loué en émission «upload » ;
¿ 1 000 000 F CFP en application de l'article 700 du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie outre les dépens.

Au soutien de ses prétentions la SARL Telenet fait essentiellement valoir que l'OPT NC, qui est tenu à une obligation de résultat, n'a respecté ni les capacités ni les débits des liaisons louées depuis le début de son exploitation et qu'au surplus elle n'a pas été en mesure d'assurer une qualité constante et continue des connexions, ces dysfonctionnements importants ayant provoqué une perte conséquente de clientèle.

Par conclusions des 12/11/2012 et 19/8/2013, écritures auxquelles il y a lieu de se référer pour un plus ample exposé de ses prétentions et des moyens présentés à leur appui, l'OPT NC conclut au débouté de toutes les demandes de l'appelante et à sa condamnation à lui payer 350 000 F CFP en application de l'article 700 du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie outre les dépens.

Il soutient principalement que les dispositions du code de la consommation métropolitain ne sont pas applicables Nouvelle-Calédonie, qu'il n'est tenu qu'à une obligation de moyens("best effort"), que le contrat "liaisons louées" l'engage sur une capacité et non sur un débit, qu'il n'a commis aucune faute contractuelle ou technique ni reconnue avoir commis une telle faute contrairement à ce qu'indique le premier juge, que les pertes de trafic invoquées par la société ne sont pas établis et contestées, que les dysfonctionnements qui lui sont imputables ont été réglés à chaque fois dans les délais requis et dans le cas contraire dûment indemnisés, les carences et les capacités insuffisantes de la SARL Telenet expliquant en grande partie les dysfonctionnements allégués.

Les dernières ordonnances de clôture et de fixation ont été rendues les 4 et 5 juin 2013.

MOTIFS DE LA DÉCISION.

En application des dispositions de l'article 1147 du Code civil « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être appliquée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part ».

L'appréciation par le juge de l'inexécution de l'obligation est corrélée à la nature de l'obligation elle-même.

Le fournisseur d'accès Internet étant lui-même tenu d'assurer effectivement l'accès aux services promis ce qui s'analyse en une obligation de résultat, l'obligation de l'OPT NC, opérateur de réseau dont l'intervention conditionne celle du FAI, ne peut se limiter à une obligation de moyens.

Il s'en déduit que l'Office ne peut s'exonérer de sa responsabilité à l'égard du FAI en raison d'une défaillance technique hormis le cas de force majeure, c'est-à-dire d'un événement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible au moment de son d'exécution.

En l'espèce la SARL Telenet reproche à l'OPT NC trois manquements principaux à ses obligations contractuelles:

- le non respect des capacités de transmission louées ;
- divers dysfonctionnements tels que des irrégularités de flux, des coupures complètes de transmission de quelques heures à plusieurs jours, des temps de latence anormaux...;
- le non respect du débit loué en émission "upload".

Sur les capacités de transmission.

Il n'est pas discuté que la SARL Telenet a loué auprès de l'OPT NC une capacité de transmission de 30 Mo à l'international et de 4 Mo en débit local.

Elle soutient qu'au lieu de bénéficier d'une capacité cumulée (local et international) de 34 Mo, 28 Mo seulement lui ont été livrés, qu'elle a donc été spoliée de 6 Mo de capacités de transmission en continu depuis le début de son exploitation jusqu'en juin 2009 et qu'en définitive l'OPT lui a livré des débits de 10 % inférieurs à ceux prévus par le contrat.

Il ressort des pièces produites et notamment des termes de son courrier du 11/08/2009 que le directeur général de l'office a reconnu ce fait dans plusieurs correspondances échangées avec la société.

L'Office ne peut sans se contredire prétendre qu'il est tenu d'assurer le "best effort" et dans le même temps soutenir que, dans le silence du contrat sur le type de configuration, il n'était pas tenu de configurer la bande passante en mode « Internet Protocole » (IP) et non en mode Ethernet alors qu'il est établi que dans cette dernière hypothèse le débit utile est de 10 % inférieur au mode IP du fait de « l'encapsulation ».

Dès lors l'appelante est fondée à soutenir que l'Office ne lui a pas assuré la capacité de transmission louée et qu'elle a subi un préjudice correspondant à 10 % des sommes effectivement payées sans contrepartie, soit, sur la base des factures correspondantes la somme totale de 25 115 629 Fr. Cfp détaillée de la façon suivante:

17 259 941 Fr. Cfp en collecte ADSL et débit local
7 855 688 Fr. Cfp en transmission internationale.

Il n'y a pas lieu d'appliquer aux demandes des délais de prescription qui n'ont aucunement vocation à s'appliquer dans un cas semblable puisqu'il ne s'agit pas d'une contestation de la facturation.

Sur les dysfonctionnements divers.

La SARL Telenet reproche à l'OPT NC, qui détient un monopole en la matière, de ne pas lui fournir des connexions stables, de qualité constante et continue dans la capacité de débit, carence à l'origine des désordres suivants:

- une irrégularité des flux "en dent de scie",
- des coupures complètes de transmission de quelques heures à plusieurs jours;
- des temps de latence anormaux.

L'existence des désordres invoqués est établie et d'ailleurs reconnue par l'OPT dans plusieurs correspondances et par les pièces produites aux débats (échanges de mails, graphiques provenant de tests de mesures proposés par des sites internet, constat d'huissier...).

Contrairement à ce que soutient l'Office, la persistance des difficultés malgré ses différentes interventions (installation d'un BAS provisoire puis surdimensionné, injonction relative à la mise en conformité du matériel, attribution d'un câble de fibre optique en liaison directe avec le réseau gigabits...) engage sa responsabilité d'opérateur de réseau dès lors que ces défaillances répétées ont nécessairement eu des conséquences sur le service dont ont bénéficié en aval les clients de la SARL Telenet, tant en termes de quantité que de qualité de liaisons Internet.

L'Office reconnaît du reste que si tous les FAI connaissent une période lourde de réglage et d'ajustement, l'appelante est de loin celle dont les remontées négatives de la clientèle ont été les plus nombreuses.

Toutefois le fait que la SARL Telenet ait choisi des opérateurs métropolitains, ce qui ne permettait pas à l'Office de contrôler en continu le niveau de charge, est de nature à limiter cette responsabilité.

Par ailleurs l'office souligne à juste titre qu'il n'avait aucun contrôle sur la politique commerciale de la SARL Telenet comme sur la gestion de ses contrats, de telle sorte qu'elle ne peut être tenue pour seule responsable de la perte de clientèle invoquée pour justifier le montant de son préjudice (223 résiliations d'abonnement sur la période).

Compte tenu de ces éléments et de l'importance des investissements dont justifie la SARL Telenet pour faire face aux dysfonctionnements relevés, le préjudice qu'elle a subi doit être évalué à la somme de 30 000 000 Fr. Cfp.

Sur le débit Loué en émission "upload".

La SARL Telenet reproche à l'OPT de ne pas lui délivrer un débit constant à l'international en full duplex, soit en émission et en réception.

Elle explique qu'elle a souscrit un abonnement locatif de bande passante en full duplex; qu'elle n'est servie qu'à 90 % en "download" et à 40 % en "upload" ; qu'en effet le débit accordé par l'OPT en émission "upload" ne correspond pas au contenu loué et plafonne le plus souvent à 21 Mo alors qu'il devrait logiquement se situer à 55 Mo.

Elle ajoute qu'un constat d'huissier dressé le 02 août 2010 démontre qu'elle ne bénéficie pas du débit contractuel en full duplex, le niveau du débit d'émission "upload" à l'international étant très inférieur à celui souscrit contractuellement (contrôlé à 25 Mbps au lieu de 55 Mbps).

Ce constat d'huissier, qui décrit les résultats de tests effectués par le gérant de la société au moyen d'un logiciel "CACTI", ne saurait avoir la valeur probante d'une expertise dès lors que ces tests n'ont pas été réalisés en toute indépendance par un tiers au litige, reconnu pour ses compétences en la matière, expertise qui n'est pas sollicitée par les parties.

Par ailleurs et surtout il ressort des explications fournies par l'appelante (Cf notamment p. 16 de son mémoire ampliatif) que ce chef de préjudice n'est pas véritablement distingué des précédents et que la SARL Telenet reprend dans ce chef de demande des griefs déjà formalisés au titre du « non respect des capacités de transmission » en indiquant notamment: « en conséquence l'office ne garantit aucune capacité de débit aux opérateurs qui néanmoins continuent de payer leurs factures pour la totalité des capacités louées contractuellement mais non fournies ».

En l'absence de démonstration d'une part d'une négligence fautive différente des précédentes et d'un préjudice qui ne soit pas déjà indemnisé, il y a lieu de rejeter les dommages-intérêts réclamés de ce chef.

PAR CES MOTIFS

La cour ;

Infirme le jugement rendu par le tribunal de première instance de Nouméa le 28 novembre 2011 ;

Et, statuant à nouveau sur le tout ;

Condamne l'Office des postes et télécommunications - OPT NC, établissement public pris en la personne de son représentant légal en exercice à payer à la SARL Telenet, FAI à l'enseigne « Internet NC », prise en la personne de son représentant légal en exercice, outre les intérêts au taux légal à compter de ce jour :

25 115 629 Fr. Cfp de dommages intérêts pour inexécution partielle de ses obligations contractuelles ;

30 000 000 Fr. Cfp de dommages intérêts en réparation du préjudice causé par les dysfonctionnements divers occasionnés par ses manquements ;

Rejette le surplus des demandes en dommages-intérêts ;

Condamne l'Office intimé à payer à la société appelante 400 000 Fr. Cfp en application de l'article 700 du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie au titre des frais irrépétibles exposés en première instance et en appel ;

Le condamne aux dépens de première instance et d'appel avec distraction au profit de la Selarl Tehio, sur l'affirmation qu'elle en a fait l'avance sans avoir reçu provision.