

**COUR D'APPEL DE NOUMEA**

**RG : 02/578**

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

---

Gérard FEY, Premier Président

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

---

Michelle FONTAINE, Président de Chambre  
Eric GRAFMULLER, Conseiller

---

Mickaëla NIUMELE, Greffier

---

ARRÊT du 06 mai 2004

---

Décision attaquée rendue le : 04 Décembre 2002 par le TRIBUNAL MIXTE DE  
COMMERCE

Date de la saisine: 20 Décembre 2002

Ordonnance de clôture : 19 décembre 2003

PARTIES EN CAUSE DEVANT LA COUR

APPELANTS

X, demeurant à NOUMEA

assisté de la SELARL DUMONS & ASSOCIES, avocats

LA SELARL MARY-LAURE GASTAUD, mandataire-liquidateur, 1 Bis, Route du  
Vélodrome, Baie de l'Orphelinat BP. 3420 - 98846 NOUMEA CEDEX

assistée de la SELARL DUMONS & ASSOCIES, avocats

INTIMÉ

OFFICE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, prise en la personne de son  
représentant légal, - 98800 NOUMEA

assistée de la SELARL JURISCAL, avocats

Débats : le 1er avril 2004 en audience publique où Gérard FEY, Premier Président, a  
présenté son rapport,

Arrêt contradictoire prononcé le 06 mai 2004 en audience publique par Michelle  
FONTAINE, Président de Chambre, magistrat ayant participé aux débats et au délibéré, et signé

par Gérard FEY, Président, et par Mickaela NIUMELE, Greffier présent lors du prononcé de l'arrêt.

## PROCÉDURE DE PREMIÈRE INSTANCE

Par acte d'huissier de justice du 31 août 2001, l'Office des Postes et Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (O.P.T) a fait citer X pour qu'il lui soit ordonné de cesser la diffusion de la carte Millenium sous astreinte de 500.000 FCFP par jour de retard et obtenir sa condamnation au paiement de la somme de 49 millions FCFP à titre de dommages et intérêts.

L'O.P.T exposait que monsieur X commercialise une carte dénommée Millenium en violation du monopole que l'office détient en vertu du décret-loi du 27 décembre 1851. Il précisait que cette carte permettait à son acquéreur de téléphoner en dehors du territoire en utilisant gratuitement le réseau de l'O.P.T selon les modalités suivantes : le titulaire de la carte appelle un automate puis raccroche, l'automate rappelle le numéro appelant, invite le titulaire de la carte d'entrer son numéro de code puis le numéro qu'il souhaite appeler et le met en communication avec son correspondant.

X a conclu au débouté en faisant valoir qu'il n'avait violé aucune règle puisque la Nouvelle-Calédonie n'avait adopté aucune réglementation en matière de télécommunications alors que ce domaine relevait de sa compétence depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002. Il ajoutait que le décret-loi de 1851 invoqué par l'O.P.T avait été promulgué par l'Etat Français qui depuis avait aboli le monopole des télécommunications. Il soutenait en outre que l'O.P.T ne démontrait nullement le préjudice qu'elle alléguait.

Reconventionnellement, il réclamait la somme de 200.000 FCFP au titre de l'article 129 du décret du 7 avril 1928 modifié.

Par jugement du 07 août 2002, le tribunal a invité l'O.P.T à justifier de la publication du décret du 11 décembre 1928 au Journal Officiel de Nouvelle-Calédonie.

L'O.P.T a soutenu que le décret-loi du 27 septembre 1851 et les textes qui l'ont complété et précisé constituent un dispositif légal commun à la métropole et à la Nouvelle-Calédonie sur le territoire de laquelle ils se trouvent par conséquent applicables de plein droit sans publication, ni promulgation à l'échelon local.

Il a affirmé que son monopole constitue une réalité juridique résultant des textes suivants :

- le décret-loi du 27 septembre 1851 dont l'arrêt du Conseil d'Etat a précisé qu'il s'appliquait aux lignes téléphoniques, a été promulgué et publié en Nouvelle-Calédonie le 16 mars 1875,

- un arrêté gubernatorial du 18 novembre 1914 publié au journal officiel le 28 novembre a confié au service des postes et télécommunications le monopole de la télégraphie,

- la loi de finance du 30 juin 1923 a étendu par son article 85 aux signaux radioélectriques, le monopole des lignes télégraphiques et téléphoniques, et a été rendue applicable aux colonies par décret du 10 mars 1930 promulgué en Nouvelle-Calédonie par arrêté du 03 juillet 1952 et publié au journal officiel local les 14 et 21 juillet 1952,

- le décret du 03 décembre 1956 ayant valeur législative selon une décision du tribunal des conflits, prévoit que l'office se voit confier l'exercice du monopole postal et télégraphique tel qu'il résulte des textes en vigueur.

Monsieur X a contesté que les textes invoqués soient applicables en Nouvelle-Calédonie faute de publication dans le Journal Officiel de Nouvelle-Calédonie ou précédemment dans le moniteur officiel.

Par jugement du 04 décembre 2002, le tribunal de première instance de NOUMÉA a constaté que l'O.P.T avait un monopole en matière de lignes téléphoniques et a enjoint à monsieur X de cesser la commercialisation en Nouvelle-Calédonie des cartes Millénium sous astreinte de 100.000 FCFP par jour de retard passé le délai de 8 jours après la signification du jugement.

Monsieur X a été condamné à payer la somme d'un million de FCFP à titre de dommages et intérêts.

#### PROCÉDURE D'APPEL

Le 21 décembre 2002, monsieur X a relevé appel de ce jugement.

Dans leur mémoire ampliatif, monsieur X et la SELARL Mary-Laure GASTAUD, intervenante en qualité de liquidateur judiciaire de monsieur X selon jugement du tribunal mixte de commerce de NOUMÉA du 19 février 2003, concluent à l'infirmité du jugement et au débouté de l'O.P.T ainsi qu'à sa condamnation au paiement de la somme de 200.000 FCFP au titre des frais irrépétibles.

Ils présentent les moyens suivants :

1 °) l'existence du principe prédominant de la liberté du commerce et de l'industrie (décret des 02 et 17 mars 1791 et article 34 de la constitution de 1958),

2°) l'organisme de contrôle mondial des télécommunications (UIT) ne fait mention ni de la France ni de la Nouvelle-Calédonie dans la liste des pays ayant interdit le trafic "call back",

3°) la Nouvelle-Calédonie n'a pas interdit le trafic "call back",

4°) en 1996, la France a aboli le monopole de France Telecom et ainsi libéré le marché du téléphone,

5°) la loi organique du 19 mars 1999 en son article 23 a prévu que l'O. P.T deviendrait établissement public de la Nouvelle-Calédonie, le transfert de compétence étant fixé au 1<sup>er</sup> janvier 2002,

6°) l'O.P.T ne peut se prévaloir au plan législatif et réglementaire d'une situation de monopole.

Sur les textes applicables, monsieur X et la SELARL Mary-Laure GASTAUD précisent que pour être applicables en Nouvelle-Calédonie et opposables aux tiers, ils devaient faire l'objet d'une double publication :

- au bulletin officiel de la colonie, exigence qui a disparu en 1885,
- au moniteur officiel devenu le journal officiel de la Nouvelle-Calédonie le 11 juin 1886.

Le décret-loi du 27 septembre 1851 concernant le monopole des lignes télégraphiques rendu applicable aux lignes téléphoniques par arrêt du Conseil d'Etat du 12 janvier 1884 et la loi du 28 juillet 1885 relative à l'établissement, à l'entretien et au fonctionnement des lignes télégraphiques et téléphoniques ont été étendues par décret du 11 décembre 1928 à l'ensemble des colonies françaises et pays sous mandat où elles ne sont pas encore promulguées.

Ce décret du 11 décembre 1928 prévoyait en son article 2 que des arrêtés spéciaux puis par l'autorité locale détermineront pour chacune de ces territoires les modalités d'application des textes envisagés et leur état de mise en vigueur.

Monsieur X et la SELARL Mary-Laure GASTAUD soutiennent que le décret du 11 décembre 1928 n'a jamais été publié au JONC et qu'en conséquence, le décret-loi du 27 septembre 1851 est inapplicable en Nouvelle-Calédonie.

Ils précisent qu'un arrêté gubernatorial du 18 novembre 1914 confiant au service des postes et téléphone le monopole de la radiotélégraphie et l'arrêté du 03 juillet 1952 qui se réfère à ce décret-loi de 1851 n'ont jamais été publiés au JONC.

Par ailleurs, concernant le décret du 03 décembre 1956 portant réorganisation et décentralisation des postes et télécommunications et confiant en son article 7 aux offices locaux l'exercice du monopole tel qu'il résulte des textes en vigueur, ils indiquent qu'il n'a également jamais été publié au JONC.

L'O.P.T conclut à la confirmation du jugement en ce qu'il a enjoint à monsieur X de cesser la commercialisation en Nouvelle-Calédonie de la carte Millenium sous astreinte, mais demande la fixation de cette astreinte à 250.000 FCFP par jour et de son préjudice journalier à 125.000 FCFP à compter du 10 août 2000.

Elle sollicite par ailleurs la réformation du jugement quant à l'évaluation de son préjudice et la fixation de ce préjudice à 128.125.000 FCFP sauf à parfaire à concurrence de 125.000 FCFP par jour jusqu'à la cessation de la commercialisation.

Elle réclame enfin la somme de 1.500.000 FCFP au titre des frais irrépétibles.

L'O.P.T relève que le débat porte sur la publication ou non en Nouvelle-Calédonie des textes qu'elle invoque.

Elle note en préliminaire que cette publication, localement, n'est pas utile car les textes qui concernent des organes communs à la métropole et à la France d'Outre-mer sont applicables de plein droit Outre-mer selon les jurisprudences du Conseil d'Etat.

Elle précise en outre que le décret-loi du 27 septembre 1851 a été promulgué en Nouvelle-Calédonie le 16 mars 1875 et publié au bulletin officiel et l'arrêté gubernatorial du 18 novembre 1914 a confié à l'office des poste et téléphone le monopole de la radiotélégraphie.

La loi de finances du 30 juin 1923 qui a étendu le monopole aux signaux radioélectriques a été rendue applicable en Nouvelle-Calédonie par décret du 10 mars 1930 publié au JONC des 14 et 21 juillet 1930.

L'O.P.T ajoute que le décret du 03 décembre 1956 portant réorganisation et décentralisation des postes et télécommunications a une valeur législative.

Au regard de ces textes, l'O.P.T considère- que le monopole qu'elle revendique a une réalité juridique opposable à tous.

Sur le préjudice, l'O.P.T évalue en prenant la base de 108.143 appels de 4 mn sur 11 mois du 10 août 2000 au 30 juin 2001, soit une perte de chiffre d'affaires totale de 41.526.912 FCFP et un préjudice de 125.000 FCFP par jour, soit sur 1025 jours, 128.125.000 FCFP.

Monsieur X et la SELARL Mary-Laure GASTAUD répliquent :

- que le décret-loi du 27 décembre 1851 n'est pas opposable car il n'a pas été publié au moniteur de la Nouvelle-Calédonie comme il était prévu par l'arrêté de promulgation, ajoutant que l'O.P.T ne peut tirer argument de ce texte exclusivement pénal pour soutenir qu'elle bénéficie d'un monopole,

- que le décret du 11 décembre 1928 n'a pas non plus été publié localement ainsi que l'arrêté du 18 novembre 1914 et le décret du 3 décembre 1956,

- que la loi de finances du 30 juin 1923 n'instaure aucun monopole.

S'agissant de l'application directe en Nouvelle-Calédonie des textes métropolitains, monsieur X et la SELARL Mary-Laure GASTAUD précisent que la jurisprudence citée fait référence aux règles concernant un organe commun alors que l'O.P.T soutient qu'il dispose d'un statut propre d'établissement public industriel et commercial.

Ils rappellent que le principe constitutionnel de la liberté du commerce ne peut être limité que par une loi alors que la loi du 02 juillet 1990 relative à France Telecom ne conférait pas à France Telecom un monopole et que l'O.P.T est un établissement public industriel et commercial.

Ils précisent que le système du "call back" n'est nullement frauduleux car le titulaire d'une carte Millenium doit nécessairement souscrire un abonnement téléphonique pour accéder au réseau puis régler le coût d'une communication internationale pour appeler le serveur de "call back", ce qui assure la rémunération de l'O.P.T.

Les parties, par conclusions suivantes, ont développé leur argumentaire.

#### MOTIFS DE LA DÉCISION

Ainsi qu'il est écrit dans les publicités distribuées par monsieur X comme d'ailleurs par tout opérateur offrant au public le système du "call back", l'appel d'un particulier vers le serveur de "call back" ne donne lieu à aucune rémunération au profit de l'opérateur local, en l'espèce l'O.P.T, car cet appel aboutit sur un poste qui sonne "occupé" mais qui enregistre le numéro appelant et le rappelle.

Au terme des articles 1 et 7 du décret du 03 décembre 1956 modifié portant réorganisation des postes et télécommunications d'Outre-mer rendu applicables en Nouvelle-Calédonie par le décret du 15 mai 1957 et qui, pris en application de la loi du 23 juin 1956, a valeur législative à la suite de son approbation par le Parlement, l'O.P.T de la Nouvelle-Calédonie est un établissement public à caractère industriel et commercial de l'Etat qui s'est vu confier "l'exercice du monopole postal, télégraphique et téléphonique tel qu'il résulte des textes en vigueur".

En application de la loi organique du 19 mars 1999, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière des postes et télécommunications depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000 et par une résolution du Congrès de la Nouvelle-Calédonie du 21 décembre 1999, il a été demandé de convertir l'O.P.T établissement industriel et commercial de l'Etat en établissement public de la Nouvelle-Calédonie. Le transfert a été effectif le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

L'O.P.T expose qu'en vertu des dispositions antérieurement adoptées par l'Etat, elle a été chargée localement de l'exercice du monopole d'Etat des télécommunications.

Pour autant, l'article 23 alinéa 2 de la loi organique qui dispose que "le transfert emporte cession à la Nouvelle-Calédonie ... des droits et obligations de l'Etat" conduit à considérer que l'Etat n'a pu transférer à l'O.P.T plus de droit que ceux dont il disposait à la date du transfert en matière de télécommunications.

L'Etat Français ayant mis fin en 1996 au monopole à son profit en matière de télécommunications, l'O.P.T ne peut se prévaloir d'un monopole qui n'existe plus.

L'article L.33-1 du code des postes et télécommunications métropolitain permet en effet l'établissement et l'exploitation par des opérations autres que France Telecom, de réseaux ouverts au public en vue de la fourniture de tous services de télécommunications autres que le service téléphonique entre points fixes à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1996 et entre points fixes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1998.

Ces dispositions ont été déclarées applicables aux territoires d'Outre-mer par l'article 17 de la loi du 26 juillet 1996.

Il en résulte que l'O.P.T ne peut invoquer l'existence d'un monopole à son profit en matière de télécommunications.

Ceci étant, en sa qualité de propriétaire privé du réseau téléphonique, l'O.P.T, qui en assure l'entretien et le développement, est bien fondé à en autoriser et à en contrôler l'usage par des opérateurs tiers.

Il est constant en l'espèce que monsieur X n'a sollicité aucune autorisation pour utiliser le réseau téléphonique de l'O.P.T, usage qu'il a choisi par préférence à d'autres sans doute plus coûteux tel le réseau satellite puisqu'en définitive, il ne verse aucune rémunération à l'O.P.T.

A défaut de convention d'usage du réseau acceptée par l'O. P.T, celui-ci est bien fondé en sa demande tendant à faire cesser la commercialisation en Nouvelle-Calédonie de la carte Millenium.

La cour confirme en conséquence par substitution de motifs le jugement entrepris en ce qu'il a enjoint à monsieur X de cesser cette commercialisation sous astreinte, celle-ci étant

maintenue à 100.000 FCFP par jour de retard mais passé le délai de 6 mois à compter de la signification du présent arrêt compte tenu de l'absence d'une réglementation locale en la matière depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000 permettant aux opérateurs tiers de solliciter comme en métropole l'utilisation commerciale du réseau.

Sur le préjudice, l'O.P.T réclame la somme de 128.125.000 FCFP en indiquant que du 10 août 2000 au 30 juin 2001, elle a enregistré 104.143 appels vers le serveur de la carte Millenium, appels qu'elle chiffre à 384 FCFP chacun, soit une perte de chiffre d'affaires de 125.000 FCFP par jour.

Cette demande n'est justifiée par aucun élément de preuve.

Il est constant toutefois que le préjudice de l'O.P.T est réel puisqu'il ne perçoit aucune rémunération lors de chaque appel du serveur de "call back".

L'évaluation de ce préjudice ne peut reposer sur la perte de chiffre d'affaires et seule la perte du bénéfice commercial sur une taxation minimale lors de chaque appel doit être retenue.

Compte tenu des éléments dont la cour dispose, il apparaît que le préjudice subi par l'O.P.T a été justement évalué par le premier juge à la somme d'un million de FCFP, montant auquel sera fixé la créance indemnitaire de l'O.P.T.

Au titre des frais irrépétibles, il est équitable d'allouer à l'O.P.T la somme de 300.000 FCFP.

Monsieur X, qui succombe, supportera les entiers dépens.

PAR CES MOTIFS

LA COUR,

STATUANT publiquement et par arrêt contradictoire ;

CONFIRME le jugement entrepris en ce qu'il a enjoint à X de cesser la commercialisation en Nouvelle-Calédonie de la carte Millenium sous astreinte de 100.000 FCFP par jour de retard ;

REFORMANT pour le surplus,

DIT que l'astreinte sera due par monsieur X passé le délai de 6 mois à compter de la signification du présent arrêt ;

FIXE à la somme d'UN MILLION (1.000.000) FCFP le montant de la créance indemnitaire de l'Office des Postes et Télécommunications ;

CONDAMNE la SELARL Mary-Laure GASTAUD, es qualité de liquidateur judiciaire de monsieur X, aux dépens tant de première instance que d'appel dont distraction au profit de la société d'avocats JURISCAL ;

LA CONDAMNE en outre à payer à l'O.P.T la somme de TROIS CENT MILLE (300.000) FCFP au titre des frais irrépétibles.

REJETTE comme inutiles ou non fondées toutes autres demandes.

ET signé par Gérard FEY, Président, et par Mickaela NIUMELE, Greffier présent lors du prononcé de l'arrêt.

LE GREFFIER

LE PRESIDENT