

REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PAPEETE  
Chambre Commerciale  
30 avril 2020

RG 18/00209 ;

Décision déferée à la Cour : jugement n° CG-77, rg 2018/000380 du Tribunal Mixte de Commerce de Papeete du 15 juin 2018 ;

Sur appel formé par requête déposée et enregistrée au greffe de la Cour d'appel le 21 juin 2018 ;

Appelante :

La Sas Pacific Mobile Télécom, société par actions simplifiées, immatriculée au Rcs de Papeete sous le n° 0974 B, n°Tahiti 897 983 dont le siège social se situe à Papeete [...], prise en la personne de son représentant légal ;

Ayant pour avocat la Selarl Jurispol, représentée par Me François QUINQUIS, avocat au barreau de Papeete ;

Intimée :

La Sas VITI, société par actions simplifiées, immatriculée au Rcs de Papeete sous le n° 09268B, [...], dont le siège social se [...], [...], prise en la personne de son représentant légal ;

Ayant pour avocat la Selarl Mikou, représentée par Me Mourad MIKOU, avocat au barreau de Papeete ;

Ordonnance de clôture du 13 décembre 2019 ;

Composition de la Cour :

La cause a été débattue et plaidée en audience publique du 13 février 2020, devant Mme X,

conseiller faisant fonction de président, MM. GELPI et SEKKAKI, conseillers, qui ont délibéré conformément à la loi;

Greffier lors des débats : Mme OPUTU-TERAIMATEATA;

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 au deuxième alinéa de l'article 264 du code de procédure civile de Polynésie française ;

Signé par Mme X, président et par Mme SUHAS-TEVERO, greffier, à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

A R R E T,

Rappel des faits et de la procédure :

Soutenant que la SAS Pacific Mobile Télécom avait commis un acte de concurrence déloyale en commercialisant ses offres 'Vodasurf Mobile', alors qu'aux termes de son arrêté d'agrément n°2127 CM du 23 novembre 2010, elle ne bénéficiait pas, contrairement à elle, de l'autorisation de fournir un service d'accès fixe à internet, la Sas ViTi l'a faite assigner en responsabilité devant le tribunal mixte de commerce de Papeete, par requête du 27 mars 2018.

Par jugement du 15 juin 2018, auquel la cour se réfère expressément pour un plus ample exposé des faits et de la procédure antérieure, le tribunal mixte de commerce de Papeete a :

— ordonné à la Sas Pacific Mobile Télécom de cesser la commercialisation de l'offre « Vodasurf Mobile » dans un délai de 5 jours suivant la signification de la décision et ce, sous astreinte de 500.000 FCP par jour de retard ;

— enjoint à la Sas Pacific Mobile Télécom de procéder à la résiliation de l'ensemble des abonnements 'Vodasurf Mobile' dans un délai de 30 jours suivant la signification de la décision ;

— débouté la Sas ViTi de ses plus amples demandes ;

— ordonné l'exécution provisoire du jugement ;

— condamné la Sas Pacific Mobile Télécom au paiement de la somme de 300.000 FCP au titre des frais irrépétibles à la Sas ViTi ;

— et condamné la Sas Pacific Mobile Télécom aux dépens.

Suivant requête enregistrée au greffe le 21 juin 2018, la Sas Pacific Mobile Télécom a relevé appel de cette décision. Aux termes de ses conclusions récapitulatives reçues par RPVA au greffe le 2 juillet 2019, elle demande à la cour de :

— infirmer, au visa des articles 1165 et 1134 du code civil, le jugement du tribunal mixte de commerce de Papeete n° 77 du 15 juin 2018 en toutes ses dispositions;

— puis, statuant à nouveau, dire et juger irrecevable la demande de la société ViTi en ce qui concerne la résiliation des abonnements déjà conclus dans le cadre de l'offre « Vodasurf mobile » ;

— pour le surplus, constater l'absence de faute de sa part pouvant constituer un acte de concurrence déloyale et constater l'absence de démonstration d'un quelconque préjudice ;

— dire et juger qu'en toutes hypothèses l'octroi de la licence de fournisseur internet est de nature à rendre sans objet la procédure initiée par la société ViTi ;

— en conséquence, débouter la société ViTi de toutes ses demandes, fins et prétentions ;

— la condamner à lui verser la somme de 1.000.000 FCP à titre d'indemnité pour procédure abusive ;

— la condamner au versement d'une somme de 500.000 FCP au titre des frais irrépétibles, ainsi qu'aux dépens dont distraction au profit de son avocat.

En réplique, suivant conclusions récapitulatives reçues par RPVA au greffe le 15 août 2019, la Sas ViTi demande à la cour de :

— débouter la Sas Pacific Mobile Télécom de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions ;

— confirmer en toutes ses dispositions le jugement rendu par le tribunal mixte de commerce de Papeete le 15 juin 2018 ;

— y ajoutant, dire et juger que, jusqu'au 19 juillet 2018, la Sas Pacific Mobile Télécom ne pouvait pas commercialiser son offre « Vodasurf Mobile » à défaut d'avoir la qualité de fournisseur d'accès à internet (FAI) ;

— constater que, suivant arrêté n° 1242 du 19 juillet 2018, la Sas Pacific Mobile Télécom s'est vue conférer la qualité de fournisseur d'accès à internet (FAI) ;

— dire et juger que l'autorisation de fournisseur d'accès à internet (FAI) n'est assortie d'aucun effet rétroactif de sorte que la Sas Pacific Mobile Télécom est l'auteur d'actes de concurrence déloyale pour la période antérieure au 19 juillet 2018 ;

— dire et juger en conséquence que la Sas Pacific Mobile Télécom était tenue de se conformer au jugement rendu par le tribunal mixte de commerce de Papeete le 15 juin 2018 et signifié le 19 juin 2018 en cessant la commercialisation de son offre « Vodasurf Mobile », dans l'attente d'obtenir la qualité de fournisseur d'accès à internet qui ne lui a été attribuée que par arrêté n° 1242 du 19 juillet 2018 et sans effet rétroactif;

— condamner la Sas Pacific Mobile Télécom à lui verser la somme de 1.000.000 FCP au titre de son préjudice moral causé par son recours abusif et dilatoire ;

— condamner la Sas Pacific Mobile Télécom à lui verser la somme de 750.000 FCP au titre des frais irrépétibles d'appel sur le fondement de l'article 407 du code de procédure civile ;

— et condamner la Sas Pacific Mobile Télécom à prendre en charge les dépens dont distraction d'usage au profit de son avocat, en ce compris spécifiquement les frais d'huissier de justice de 42.050 FCP déboursés par la société Viti pour l'établissement du procès-verbal ayant constaté l'existence et le contenu de la page cachée sur le site internet de l'appelante.

L'article 268 du code de procédure civile prescrivant d'exposer les moyens développés par les parties au soutien de leurs prétentions, il y sera procédé dans la motivation ci-après, à l'effet d'y répondre, en renvoyant pour un plus ample exposé à leurs écritures respectives.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 13 décembre 2019, fixant l'affaire à l'audience commerciale de la cour du 13 février 2020.

À l'issue de celle-ci, les parties ont été informées que la décision, mise en délibéré, serait prononcée le 2 avril 2020, prorogée au 30 avril 2020.

Motifs de la décision :

Sur la demande principale :

Par arrêté du président de la Polynésie française n° 2127 CM du 23 novembre 2010, la Sas Pacific Mobile Télécom s'est vue conférer la qualité d'opérateur de télécommunication et, en conséquence, a été autorisée à : «établir et exploiter un réseau de télécommunications de 3e génération ouvert au public et fournir un service de télécommunication mobile ouvert au public».

L'article D.211 du code des postes et des télécommunications de la Polynésie française opère une distinction entre le 'service de télécommunication mobile' et la 'fourniture d'accès internet' (FAI). En effet :

— le premier est défini en son alinéa 11, comme suit : «On entend par service de télécommunication mobile, tout service de télécommunication dans lequel le son, l'image et les données sont transmis par des fréquences radioélectriques vers un équipement terminal de télécommunication mobile connecté à un réseau ouvert au public» ;

— tandis que le second est défini ainsi par l'alinéa 22 : «On entend par fourniture d'accès à internet, le fait pour un organisme d'offrir à des clients d'accéder à internet. Le fournisseur d'accès à internet est l'opérateur de télécommunication qui effectue par ses moyens techniques propres ou ceux d'un tiers, la liaison avec un point d'échanges de données d'internet».

Ce n'est qu'aux termes d'un nouvel arrêté n° 1242 CM du 19 juillet 2018, adopté après qu'un jugement du 26 juin 2018 du tribunal administratif de la Polynésie française a annulé la décision implicite par laquelle le territoire avait rejeté la demande formée par la Sas Pacific Mobile Télécom aux fins d'être autorisée à exploiter un service de FAI, que cette dernière s'est vue conférer en sus la qualité d'opérateur de télécommunication comme fournisseur d'accès internet et, en conséquence, s'est vue autoriser à établir et exploiter un réseau de télécommunication ouvert au public et à fournir au public des services d'accès à internet.

Pour sa part, et à l'inverse, la Sas Viti s'était vue reconnaître la qualité de fournisseur d'accès internet dès un arrêté n° 164 CM du 12 février 2010. En revanche, elle ne dispose pas de l'autorisation d'exercer en qualité d'opérateur de téléphonie mobile. Selon ses écritures, elle n'a sollicité cette autorisation auprès des autorités compétentes de la Polynésie française qu'au cours de l'année 2016, mais, sa demande ayant été implicitement rejetée, elle a été contrainte de former également un recours devant le tribunal administratif.

Ces éléments étant rappelés, la cour observe que la question soumise à l'appréciation du premier juge était donc circonscrite au fait de savoir si les offres, dénommées 'Vodasurf Mobile', commercialisées par la Sas Pacific Mobile Télécom à compter du 5 juillet 2017, entraient ou non dans le périmètre de la seule licence d'exploitation dont elle disposait sur cette période.

Il résulte des documents produits aux débats que ces offres, déclinées en 4 forfaits offrant une capacité d'accès à internet (exprimée en Go) plus ou moins étendue, proposaient aux clients d'obtenir un routeur mo-bile de marque Huawei (modèle B 315s-22), leur permettant d'accéder à internet en le branchant sur n'importe quelle prise électrique.

Mais, contrairement à ce qu'a estimé le premier juge, il n'est pas indifférent de s'interroger sur le mode de fonctionnement desdits routeurs, en particulier au moyen d'une carte 'SIM' qui permet aussi l'activation d'un téléphone mobile. En effet, l'utilisation d'une telle carte permet un accès mobile à

internet, via le routeur, au moyen des réseaux 2G, 3G ou 4G désormais. Ainsi, ces matériels sont utilisables dans des zones qui ne bénéficient pas de points fixes d'accès à internet, faute d'être couvertes par la fibre ou un réseau ADSL. Pour preuve supplémentaire, ces routeurs sont transportables et opérationnels en d'autres lieux, sans que la nécessité de les brancher au réseau électrique puisse suffire à les considérer comme un point d'accès 'fixe' à internet.

D'ailleurs, le cahier des charges inhérent à l'arrêté accordé le 23 novembre 2010 à la Sas Pacific Mobile Télécom, lui-même approuvé par un arrêté n° 581 CM du 4 mai 2011, indique précisément, en son article A.2 ('Caractéristiques du service') que : «L'opérateur fournit au public des services de télécommunication mobile conformes à la norme GSM et à la norme UMTS [...]. S'agissant de l'UMTS [...], le service de télécommunication de l'opérateur fournit à ses abonnés ou usagers itinérants des services et applications fondées sur la transmission de paquets et comprend principalement : [...] la navigation sur internet (consultation, téléchargement, achat en ligne,...)».

Afin d'assurer l'effectivité de ses offres, la Sas Pacific Mobile Télécom a conclu un contrat de prestation de services avec l'Office des postes et télécommunications (OPT) de Tahiti, en sa qualité de fournisseur d'accès à internet. Ce contrat précise : «L'OPT est l'opérateur public de télécommunication autorisé à établir et exploiter un réseau ouvert au public et à fournir un service de télécommunication fixe sur l'ensemble du territoire polynésien. L'OPT est également fournisseur d'accès internet [...]. PMT (Pacific Mobile Télécom) est un opérateur de télécommunication autorisé à établir et à exploiter un réseau radioélectrique de 3e génération ouvert au public et à fournir un service de télécommunication mobile sur l'ensemble du territoire polynésien. En vue de fournir à ses clients un service d'accès à l'internet mobile, PMT a retenu l'OPT en sa qualité de fournisseur d'accès à Internet [...] ». Si l'appelante avait disposé elle-même des moyens techniques réservés aux FAI, elle n'aurait pas été contrainte de conclure un tel contrat qui, de surcroît, qualifie le service : 'd'accès à l'internet mobile'.

Afin de contester cette analyse, l'intimée se prévaut notamment d'un extrait du guide d'achat du routeur Huawei B315s-22, que l'appelante fournit aux souscripteurs des offres litigieuses, en soulignant qu'il le présente comme un 'routeur fixe pratique'. Toutefois, ce document précise également qu'il s'agit d'un 'routeur 4G', permettant d'aller sur internet 'quel que soit l'endroit où vous vous trouvez'. La notice indique encore : 'Pour fonctionner, il récupère le signal 4G et le retransmet grâce à la connexion Wifi ou grâce au port ethernet. Ce modèle offre par ailleurs la possibilité d'introduire une carte SIM dans un slot réservé à cet effet et de brancher un téléphone sur son port Rj11 [...]'. Ainsi, contrairement à ce que soutient l'intimée, ces précisions techniques accréditent l'idée qu'il s'agit d'une solution de connexion internet mobile, et non d'un accès fixe. En réalité, la société ViTi tend à entretenir une confusion entre le moyen d'accès à internet (3G, 4G ou ADSL, Fibre), critère déterminant de la qualification des offres des opérateurs, et son support matériel (MoDem, routeur, ligne téléphonique, téléphone mobile, etc), qui n'en est que la déclinaison technique.

Quant aux moyens de l'intimée faisant valoir le non-respect par l'appelante des clauses de son cahier des charges lui imposant, d'une part (A.2), de : « permettre à ses abonnés ou usagers itinérants munis d'équipements terminaux, lorsqu'ils sont dans la zone de couverture du réseau, d'établir des communications avec l'ensemble des abonnés des autres réseaux ouverts au public et d'être joints par ces derniers », et d'autre part (B.1) de : « prendre toutes les mesures de nature à garantir un accès ininterrompu aux services d'urgence », ils n'emportent pas la conviction de la cour. En effet, non seulement l'incompatibilité technique de ces prescriptions avec les offres litigieuses n'est pas suffisamment démontrée, mais de surcroît, une telle méconnaissance alléguée de certaines dispositions du cahier des charges, au demeurant non relevée par l'autorité de tutelle (la Direction générale de

l'économie numérique) à l'encontre de la Sas Pacific Mobile Télécom, ne suffit pas à considérer que ces offres relèveraient alors nécessairement d'une activité de FAI, pour l'exercice de laquelle elle ne disposait d'aucune autorisation.

Par conséquent au regard de l'ensemble de ces éléments, la cour, à l'inverse du premier juge, considère que les offres 'Vodasurf Mobile' commercialisées par l'appelante ne constituaient pas des prestations déguisées d'accès fixe à internet, exclues du périmètre de la licence d'exploitation d'opérateur de téléphonie mobile dont elle bénéficiait depuis le 23 novembre 2010. Il s'en déduit que la Sas Pacific Mobile Télécom n'a commis aucun acte de concurrence déloyale susceptible d'engager sa responsabilité civile sur le fondement des dispositions de l'article 1382 du Code civil, de sorte que le jugement déferé sera infirmé en toutes ses dispositions.

A titre surabondant, la cour relève que la portée de cette décision a été, depuis son prononcé, fortement réduite par le jugement prononcé le 26 juin 2018 par le tribunal administratif de céans qui a enjoint à la Polynésie française de délivrer à l'appelante une autorisation d'exploiter un service de fourniture au public d'accès à internet.

Sur la demande accessoire :

La Sas Pacific Mobile Télécom sollicite, en outre, la condamnation de l'intimée à lui verser la somme de 1.000.000 FCP à titre d'indemnité pour procédure abusive. Au soutien de sa demande, elle expose que le maintien par la société Viti de ses prétentions tendant à lui enjoindre de cesser la commercialisation de ses offres 'Vodasurf Mobile', malgré l'obtention depuis le mois de juillet 2018 d'une licence de fournisseur d'accès à Internet, est constitutif d'un abus de droit caractérisé, dès lors qu'il vise à instrumentaliser le juge judiciaire aux fins d'entraver le libre jeu de la concurrence.

Toutefois, l'arrêt n° 1242 CM qui lui a été accordé le 19 juillet 2018 serait demeuré sans effet sur les éventuels actes de concurrence déloyale commis jusqu'à cette date, de sorte que, contrairement à ce que soutient l'appelante, la société Viti était légitime à maintenir ses demandes en appel, fussent-elles désormais circonscrites à une période de temps réduite.

Par suite, il n'est rapporté la preuve d'aucun abus de droit commis par l'intimée, ce qui motive le rejet de la demande de dommages-intérêts formée, à titre accessoire, par la Sas Pacific Mobile Télécom.

Sur la demande reconventionnelle :

À titre reconventionnel, la Sas Viti sollicite la condamnation de l'appelante à lui verser la somme de 1.000.000 FCP à titre de dommages-intérêts, en réparation du préjudice moral que lui cause son appel, dont le caractère abusif et dilatoire résulte de son obstination à maintenir son recours alors qu'elle n'a obtenu son autorisation de FAI qu'à compter du 19 juillet 2018.

Cependant, dès lors que la cour n'a pas retenu l'existence d'actes de concurrence déloyale, il en résulte nécessairement un rejet de cette demande reconventionnelle en dommages-intérêts.

Sur l'article 407 du code de procédure civile de la Polynésie française :

La présente procédure ne constituant qu'une conséquence indésirable d'une concurrence qui, pour être exacerbée dans le secteur économique en cause, n'en mérite pas moins d'être préservée, il apparaît équitable de laisser à chaque partie la charge de ses frais irrépétibles.

Sur les dépens :

Compte tenu de ce qui précède, il convient de dire que chaque partie conservera la charge de ses propres dépens.

PAR CES MOTIFS,

La Cour, statuant publiquement, contradictoirement, en matière commerciale et en dernier ressort ;

Infirme le jugement déferé en toutes ses dispositions ;

Statuant à nouveau :

Dit que la commercialisation par la Sas Pacific Mobile Télécom de ses offres 'Vodasurf Mobile' jusqu'au 19 juillet 2018, ne constitue pas un acte de concurrence déloyale ;

Déboute en conséquence la Sas ViTi de ses entières demandes ;

Déboute également la Sas Pacific Mobile Télécom de sa demande de dommages-intérêts pour procédure abusive ;

Déboute les parties de leurs demandes respectives au titre de l'article 407 du code de procédure civile de la Polynésie française ;

Dit que chaque partie conservera la charge de ses propres dépens.

Prononcé à Papeete, le 30 avril 2020.

Le Greffier, Le Président,