

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 1 - Chambre 3
ARRET DU 06 NOVEMBRE 2012

Numéro d'inscription au répertoire général : 12/05513

Décision déferée à la Cour : Ordonnance du 09 Mars 2012 -Président du TC de Meaux - RG n° 2012000396

APPELANTE

SASU NUMERICABLE

10, rue Albert Einstein

77420 Champs sur Marne

Rep: la SCP ATALLAH COLIN JOSLOVE MARQUE MICHEL & ASS - Cabinet FRANKLIN (Me Yann COLIN) (avocats au barreau de PARIS, toque : P0008)

assistée de : Me Vincent PECASTAING plaidant pour le cabinet FRANKLIN (avocat au barreau de PARIS, toque : P0008)

INTIMEE ET APPELANTE INCIDENTE

SA FRANCE TELECOM

78 rue Olivier de Serres

75015 PARIS

Rep : Me Matthieu BOCCON GIBOD de la SCP LISSARRAGUE DUPUIS BOCCON-GIBOD (avocat au barreau de PARIS, toque : C2477) assistée de Me Alexandre LIMBOUR plaidant pour le cabinet DS AVOCATS, toque T 700

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 01 Octobre 2012, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Joëlle BOURQUARD, Présidente de chambre

Madame Martine TAILLANDIER-THOMAS, Conseillère

Madame Sylvie MAUNAND, Conseillère, qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Mlle Véronique COUVET

ARRET :

- Contradictoire

- 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 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame Joëlle BOURQUARD, président et par Mlle Véronique COUVET, greffier.

Se prévalant de ce que la société NUMERICABLE SASU se présentait, dans le cadre d'une vaste campagne publicitaire (affichage, presse) comme le N° 1 des fournisseurs d'accès à internet, ainsi qu'elle l'avait fait constater et que cette allégation constituait une publicité trompeuse au sens de l'article L 121-1 du code de la consommation, la société France TELECOM SA l'a assignée afin qu'il lui soit fait injonction sous astreinte de produire son plan média détaillé et ce devant le juge des référés du tribunal de commerce de Meaux qui, par ordonnance rendue le 9 mars 2012, faisant partiellement droit à la demande, a condamné la société NUMERICABLE à fournir à la société France TELECOM dans le délai d'un mois et sous astreinte de 500 € par jour de retard, la seule partie du plan média NUMERICABLE qui concerne la publicité N°1 des fournisseurs d'accès à internet et qui a fait l'objet de la campagne publicitaire à l'origine du litige et qui aujourd'hui terminée.

Appelante de cette décision, la société NUMERICABLE, par conclusions déposées le 21 mai 2012, demande de l'annuler pour absence de motivation et en tout état de cause de l'infirmier et statuant à nouveau de dire que France TELECOM ne justifie d'aucun motif légitime permettant de fonder sa demande de communication forcée dans la mesure où elle a été à même de réunir les preuves des faits qu'elle allègue et que sa demande repose sur un motif illégitime visant à lui nuire et à prendre connaissance d'informations confidentielles sur sa stratégie commerciale et de communication, données relevant du secret des affaires et la débouter de l'ensemble de ses prétentions et d'ordonner en conséquence que le plan media communiqué en exécution de l'ordonnance sera insusceptible d'être produit en justice par France TELECOM à quelque titre que ce soit et elle réclame, en tout état de cause, la condamnation de France TELECOM aux entiers dépens et à lui payer une indemnité de 20 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société France TELECOM, par conclusions déposées le 14 septembre 2012, demande de confirmer l'ordonnance en ce qu'elle a condamné la société NUMERICABLE à fournir à la société France TELECOM dans le délai d'un mois et sous astreinte de 500 € par jour de retard, la seule partie du plan média NUMERICABLE qui concerne la publicité N°1 des fournisseurs d'accès à internet et qui a fait l'objet de la campagne publicitaire à l'origine du litige et par voie d'appel incident elle demande qu'il soit fait injonction à NUMERICABLE de produire dans le délai d'une semaine à compter de la signification de l'arrêt l'ensemble de son plan média détaillé sous astreinte de 1 000 € par jour de retard et en tout état de cause de condamner NUMERICABLE aux entiers dépens et à lui payer une indemnité de 5 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

SUR CE, LA COUR,

Considérant que l'appelante reproche en premier lieu à l'ordonnance d'avoir été rendue en violation des dispositions de l'article 455 du code de procédure civile comme dénaturant ses conclusions et ne répondant pas à ses moyens essentiels et notamment en ce qu'elle se prévalait du caractère licite de sa publicité, que France TELECOM qui possédait déjà de constats et de coupures de presse sur le message incriminé, l'avait assignée au fond dans l'affaire jugée par le tribunal de commerce de Paris le 20 janvier 2012 et ne disposait donc d'aucun motif légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile étant ajouté que de plus France TELECOM se comportait de la même manière en s'autoproclamant « réseau mobile n°1 » sur son site internet ;

Qu'elle fait valoir ensuite que ses messages ne contiennent aucun caractère trompeur dès lors que des études indépendantes ont prouvé qu'elle était N° 1, que le tribunal de commerce de

Paris a statué dans une affaire similaire en sa faveur, qu'elle ajoute que la mesure requise est inutile, qu'elle vise à suppléer la carence de France TELECOM dans l'administration de la preuve, qu'elle ajoute qu'elle a pour objet d'obtenir la communication forcée de l'ensemble de son plan média et obtenir l'intégralité de sa stratégie commerciale portant ainsi atteinte au secret des affaires ;

Que l'intimée fait valoir que la campagne de presse initiée par NUMERICABLE le 5 octobre 2011 disponible sur son site internet se décline par voie d'affichage (2507 panneaux à Paris et 232 en province entre le 27 décembre 2011 et le 3 janvier 2012) et de presse comme elle l'a fait constater par huissier à Paris et Rennes et dans différents quotidiens et régionaux ou nationaux, que NUMERICABLE se présente comme le N° 1 des fournisseurs d'accès, que notamment la méthode de réalisation de l'étude sur laquelle elle se fonde, la disproportion entre les mentions attractives et restrictives de cette publicité démontre le caractère mensonger de cette publicité, qu'elle ajoute que contrairement à ses affirmations, NUMERICABLE poursuit cette campagne ce qui a conduit France TELECOM à une nouvelle saisine de la juridiction des référés sur le fondement de l'article 873 du code de procédure civile, que cette juridiction a, par ordonnance du 6 juillet 2012, fait droit à l'intégralité de ses demandes ; qu'elle soutient que NUMERICABLE n'a pas exécuté l'ordonnance déférée se contentant de lui transmettre des éléments inexploitable ne portant que sur des affichages, que sa mauvaise foi est avérée ; qu'elle se prévaut de ce que dans la perspective du procès au fond qu'elle envisage d'intenter, il apparaît indispensable de connaître la véritable étendue de la campagne litigieuse, d'en déterminer exhaustivement les supports et l'organisation de celle-ci dans le temps ce qui justifie qu'il soit fait injonction à NUMERICABLE de communiquer l'intégralité de son plan média ;

Et considérant que la procédure devant la juridiction des référés est orale, qu'elle obéit aux dispositions des articles 446-1 et suivants du code de procédure civile, que c'est donc vainement que l'appelante se prévaut de ce que l'ordonnance n'aurait pas répondu aux moyens développés dans ses conclusions et dénaturé ses demandes pour arguer de la nullité de cette décision dès lors qu'elle ne justifie pas que les demandes qu'elles a présentées oralement n'auraient pas été régulièrement consignées et qu'il n'y aurait pas été répondu, que sa demande d'annulation de l'ordonnance sera donc rejetée ;

Et considérant qu'aux termes de l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé ;

Que les conditions d'application de l'article 145 du code de procédure civile n'impliquent la démonstration d'aucune urgence, qu'elles supposent que soit démontré qu'il existe un motif légitime (fait plausible comme ne relevant pas d'une simple hypothèse) justifiant la mesure sollicitée en vue d'un litige potentiel futur dont l'objet et le fondement juridique sont suffisamment déterminés et dont la solution peut dépendre de la mesure d'instruction sollicitée à condition que cette mesure ne porte pas une atteinte illégitime aux droits d'autrui ;

Que l'existence de contestations sérieuses ne constitue pas un obstacle à la mise en œuvre des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que l'application de ce texte n'implique aucun préjugé sur la responsabilité des personnes appelées comme parties à la procédure ni sur les chances de succès du procès susceptible d'être ultérieurement engagé ;

Considérant qu'en l'espèce l'appelante ne justifie pas qu'une procédure au fond ait été engagée à son encontre relativement à la campagne publicitaire litigieuse par France TELECOM, qu'en effet, le jugement rendu le 20 janvier 2012 par le tribunal de commerce de Paris statue sur une commercialisation et des communications mises en place à la mi-mai 2011 par NUMERICABLE; que cette dernière ne peut, par ailleurs, utilement arguer de ce que la mesure sollicitée viserait à suppléer la carence de France TELECOM dans l'administration de la preuve dès lors que les dispositions de l'article 146 relatives aux mesures d'instruction ordonnées au cours d'un procès ne s'appliquent pas lorsque le juge est saisi d'une demande fondée sur l'article 145 du code de procédure civile ;

Que la contestation qu'elle élève quant à la légalité et légitimité de sa campagne publicitaire n'est pas de nature à faire échec à la demande dès lors que, saisie sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, il ne revient pas à la juridiction de statuer sur le degré de sérieux de la contestation qu'elle élève ni de juger que la publicité litigieuse présente un caractère trompeur comme le souhaite France TELECOM, mais d'examiner s'il existe ou non un motif légitime au soutien de la demande ;

Considérant que les caractéristiques de la campagne de presse comportant l'affirmation « Numéricable ' N° 1 DES FOURNISSEURS D'ACCES INTERNET », affirmation péremptoire qui induit dans l'esprit du consommateur que ce fournisseur est à la tête au niveau national de tous les autres fournisseurs d'accès alors que ce classement ne résulte que de tests réalisés sur deux villes entre le 1er octobre et le 31 décembre 2011 et que la référence à ces tests n'est mentionnée qu'en très petits caractères en bas de l'encart publicitaire, suffisent à rendre plausible le fait que cette campagne enfreigne les dispositions de l'article L 121-1 du code de la consommation et à démontrer l'intérêt probatoire de France TELECOM à solliciter la communication du plan média de son concurrent dans la perspective d'un litige futur éventuel en concurrence déloyale ;

Qu'il convient de relever que le fait que France TELECOM dispose déjà d'éléments sur la réalisation de cette campagne, (constats d'huissier à Paris des 9 et 6 janvier ' pièces 3 et 4), affichage (pièce 2), étendue de la campagne (attestation de la société KANTARA), encarts publicitaires de presse (pièces 5, 6, 8, 9, 13, 15), ne rend pas la mesure probatoire sollicitée dépourvue de motif légitime dès lors que la demande de communication du plan média par son concurrent vise non pas à établir l'existence de cette campagne publicitaire mais à en déterminer l'étendue ;

Considérant toutefois que seules sont légalement admissibles les mesures qui ont un lien et une utilité par rapport à l'objet de la preuve à administrer, que dès lors que les griefs formulés par la société France TELECOM concernent la seule campagne publicitaire (affichage, presse) dans laquelle NUMERICABLE se présente comme le N° 1 des fournisseurs d'accès à internet, elle ne saurait prétendre obtenir la communication de l'intégralité du plan média de sa concurrente, que c'est donc à juste titre que l'ordonnance a limité l'injonction donnée à NUMERICABLE à la communication de la seule partie du plan média NUMERICABLE qui concerne la publicité N°1 des fournisseurs d'accès à internet et qui a fait l'objet de la campagne publicitaire à l'origine du différend opposant les deux sociétés ; que la circonstance selon laquelle NUMERICABLE aurait poursuivi cette campagne n'est pas de nature à modifier cette appréciation, que de même le fait qu'elle n'aurait pas totalement ou mal exécuté l'ordonnance dont appel est sans incidence sur l'étendue de la mesure ordonnée, étant rappelé

que l'injonction donnée à NUMERICABLE est assortie d'une astreinte d'un montant exactement apprécié ;

Que l'ordonnance doit être en conséquence confirmée en toutes ses dispositions sauf en ce qu'elle précise dans son dispositif que la campagne litigieuse est aujourd'hui terminée ;

Considérant que l'équité commande de ne pas faire application de l'article 700 du code de procédure civile ; que la société NUMERICABLE doit supporter les entiers dépens ;

PAR CES MOTIFS

Confirme en toutes ses dispositions l'ordonnance entreprise sauf en ce qu'elle précise que la campagne litigieuse est aujourd'hui terminée ;

Rejette toutes autres prétentions des parties et dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société NUMERICABLE SASU aux entiers dépens qui seront recouvrés comme il est prescrit à l'article 145 du code de procédure civile.

LE GREFFIER
LE PRESIDENT