

REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE SAINT-DENIS  
ARRÊT DU 12 FEVRIER 2020

RG N° 17/01231

SCS SOCIETE REUNIONNAISE DU RADIOTELEPHONE (X)

C/

SA ORANGE

Appel d'une décision rendue par le TRIBUNAL MIXTE DE COMMERCE DE SAINT-DENIS DE LA REUNION en date du 21 JUIN 2017 RG n° 17/00035 suivant déclaration d'appel en date du 03 JUILLET 2017

APPELANTE :

SCS SOCIETE REUNIONNAISE DU RADIOTELEPHONE (X)

[...]

97490 SAINTE-CLOTILDE

Représentant : Me Mathieu GIRARD de la SELARL HOARAU-GIRARD, Postulant, avocat au barreau de SAINT-DENIS-DE-LA-REUNION, Me Sylvain JUSTIER du cabinet MAGENTA, Plaidant, avocat au barreau de PARIS

INTIMEE :

SA ORANGE

[...]

[...]

Représentant : Me Ariane BOUVET, Postulant, avocate au barreau de SAINT-DENIS-DE-LA-REUNION, Me Alexandre LIMBOUR, du cabinet CHEMARIN & LIMBOUR, Plaidant, avocat au barreau de PARIS

CLOTURE LE

: 15/04/2019

DÉBATS : En application des dispositions de l'article 785 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue à l'audience publique du 06 novembre 2019 devant la cour composée de :

Président : Madame Pauline FLAUSS, Conseillère

Conseiller : Madame Catherine VANNIER, Vice-Présidente placée affectée à la cour d'appel par ordonnance de Monsieur le Premier Président

Conseiller : Monsieur Laurent CALBO, Conseiller

Qui en ont délibéré après avoir entendu les avocats en leurs plaidoiries.

A l'issue des débats, la présidente a indiqué que l'arrêt serait prononcé par sa mise à disposition le 12 février 2020.

Greffier lors des débats : Madame Nathalie BEBEAU, Greffière.

ARRÊT : prononcé publiquement par sa mise à disposition des parties le 12 février 2020.

\* \* \*

LA COUR

Par acte d'huissier du 2 décembre 2016, la SCS Société Réunionnaise du Radiotéléphone (X) a assigné à bref délai la SA Orange devant le tribunal mixte de commerce de Saint Denis aux fins de voir condamner celle-ci à lui payer les sommes de :

. 217.592 euros au titre d'un préjudice d'image lié à la diffusion de publicités, entre le 20 mai et le 30 juin 2015 et entre le 13 et le 23 octobre 2016, dans lesquelles elle se présentait respectivement comme n°1 de l'Internet mobile puis n°1 de la vitesse sur l'Internet mobile;

. 943.582,50 euros au titre de son préjudice commercial;

avec publication des condamnations prononcées, outre 25.000 euros au titre des frais irrépétibles.

Par jugement du 21 juin 2017, le tribunal mixte de commerce de Saint Denis a rejeté l'ensemble des demandes et a condamné X à verser à Orange la somme de 20.000 euros au titre des frais irrépétibles.

Par déclaration du 3 juillet 2017 au greffe de la cour d'appel de Saint Denis de la Réunion, la SCS X a formé appel du jugement.

X sollicite de la cour de :

— annuler, ou subsidiairement, infirmer le jugement entrepris en toutes ses dispositions ;

En conséquence et en toute hypothèse, statuant à nouveau :

— dire que les publicités sont trompeuses et illicites et constituent des actes de concurrence déloyale à son égard ;

— condamner Orange à lui verser :

\* la somme de 200.349,16 euros au titre du préjudice d'image ;

\* la somme de 919.012,50 euros au titre du préjudice commercial subi ;

\* la somme de 1 euro au titre du préjudice moral.

— ordonner les mesures de publications détaillées au point 2.4.3.1 de ses conclusions, et ce dans les 5 jours qui suivent la signification de la décision à intervenir, sous astreinte de 5.000 euros par jour de retard et par infraction constatée que la cour se réservera de liquider ;

— condamner Orange à lui verser la somme de 30.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

— condamner Orange aux entiers dépens.

X soutient que le jugement encourt l'annulation aux motifs que le premier juge n'a pas examiné l'illégalité des publicités qui lui ont été soumises, rejetant sa demande indemnitaire pour absence de démonstration d'un préjudice, alors même que le préjudice subi s'infère de l'illicéité des publicités en elle-même.

Elle expose qu'Orange a commis des actes de concurrence déloyale en s'affranchissant des règles encadrant la publicité comparative dans la diffusion des deux publicités en litige. En particulier, elle énonce que la publicité de 2016 est trompeuse en ce qu'elle laisse croire qu'Orange dispose sur La Réunion de la meilleure couverture du réseau Internet mobile alors même qu'est en cause une étude, par ailleurs critiquable dans son exactitude et son objectivité, de la vitesse de connexion dans les zones urbaines et qu'elle laisse faussement présumer d'un accès à la 4G dans un futur proche. S'agissant de la publicité de 2015 présentant Orange comme n°1 sur l'île de la vitesse mobile, elle prétend que la publicité est également trompeuse pour ne pas respecter les critères dégagés par l'ARPP et pour reposer sur une étude inexacte. Elle rappelle que celle-ci avait été interdite par ordonnance de référé du 3 juin 2015. Elle ajoute que ces publicités ont un caractère dénigrant à son égard comme la présentant nécessairement, à tort, comme proposant un accès Internet mobile à plus faible débit.

Elle en déduit un préjudice d'image, un préjudice commercial, la diffusion des publicités correspondant à un pic de départ de ses clients, et un préjudice moral.

Orange demande à la cour de :

— confirmer la décision entreprise;

— condamner X à lui verser la somme de 30.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

— condamner X aux entiers dépens.

Orange fait valoir qu'elle s'est appuyée sur les enquêtes qu'elle a confiées à la société Directique, société travaillant régulièrement pour l'ARCEP et ayant effectué ces enquêtes en toute indépendance, dans un contexte où l'ARCEP n'avait pas elle-même effectué d'enquête comparative des performances des opérateurs de réseaux mobile à la Réunion. Elle en déduit que les critiques formulées par X quant à la diffusion de publicités établies sur la base d'une étude erronée et partielle sont infondées et souligne qu'une étude établie par l'ARCEP en 2018 a confirmé sa prééminence quant à la vitesse de connexion des services proposés aux consommateurs.

S'agissant de la publicité de 2016, elle soutient que les griefs tirés de ce que celle-ci tendrait à la présenter comme disposant de la meilleure couverture ou d'un accès exclusif aux fréquences 4G manquent en fait. Elle conteste le fait que l'étude sur la vitesse de connexion n'aurait pris en compte

que des zones urbaines alors qu'elle est au contraire fondée sur des tests dans des lieux représentatifs. S'agissant de la publicité de 2015, elle réaffirme la pertinence de l'étude de la société Directique sur laquelle elle s'est fondée. Elle réfute le caractère dénigrant de ces publicités pour X, faute pour cette dernière de démontrer que la vitesse de son réseau était plus performante que le sien.

Subsidiairement, elle prétend qu'il n'existe pas de lien de causalité entre les campagnes de publicité en litige et les préjudices invoqués par X.

## MOTIFS DE LA DECISION

Vu les dernières conclusions de la SCS X du 30 janvier 2019 et celles de la SA Orange du 17 novembre 2018, auxquelles la cour se réfère expressément pour plus ample exposé des prétentions et moyens des parties;

Vu l'ordonnance de clôture du 15 avril 2019;

A titre liminaire, la cour relève qu'au soutien de sa demande en annulation du jugement, X fait valoir une erreur de droit du tribunal d'avoir rejeté sa demande de condamnation sans avoir examiné la licéité des publicités en cause. L'erreur de droit n'étant pas cause d'annulation du jugement, mais, le cas échéant, cause de réformation, la demande en annulation de X ne peut prospérer.

Sur la demande principale

Aux termes de l'article 1240 du code civil, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

En particulier, constituent des actes fautifs de concurrence déloyale, les pratiques trompeuses visant à attirer une clientèle et le dénigrement de concurrents.

Sur le caractère trompeur des publicités

. Sur la publicité diffusée entre le 20 mai et le 30 juin 2015

L'article L.122-1 du code de la consommation énonce que la publicité mettant explicitement ou implicitement en comparaison des biens ou services offerts par des concurrents n'est licite que si elle ne revêt pas de caractère trompeur et si elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services.

En l'espèce, la publicité susvisée a été diffusée par panneaux publicitaires (pièce 13 X) et sur le site Internet d'Orange (pièce 14 X).

Elle consiste en la figuration du chiffre 1 sous forme de feu d'artifice présenté sur fond noir, surmonté d'un titre « de nouveau, premier sur la vitesse de l'Internet mobile », suivi d'une mention difficilement lisible « n°1 sur les débits de l'Internet mobile à la Réunion sur la base d'une moyenne établie à partir des débits mesurés sur 100 lieux. Étude réalisée du 07/04/2015 au 17/04/2015 à la demande d'Orange Réunion par la société Directique. Tests simultanés sur les mêmes lieux, avec même modèle de téléphone (Samsung Galaxy S4). Détails disponibles sur [www.orange.re/reseau](http://www.orange.re/reseau). Orange Réunion SA au capital de 7 661 115 € RCS Saint Denis 432 495 802. Mai 2015 » et du logo d'Orange.

Il est clairement compréhensible pour le consommateur moyen que la publicité d'Orange vise à la comparer à ses concurrents au regard des débits de connexion, non d'autres caractéristiques du service, tels la couverture du réseau.

Le seul fait que l'étude de la société Directique mentionné en référence ne reprend pas les mêmes critères et méthodes que l'ARCEP n'est pas en soi de nature à démontrer que cette étude ne serait pas objective. De plus, X ne remet pas en cause le fait que l'étude mette en exergue le fait que la

vitesse sur le réseau d'Orange serait meilleure que sur le réseau de ses concurrents mais qu'elle serait incomplète pour ne pas mentionner le faible taux d'Orange dans la mesure de la possibilité de se connecter à Internet. Toutefois, dès lors qu'il est clair que la publicité d'Orange compare uniquement les débits et non le taux de réussite des connexions, l'omission mise en exergue par X est sans effet dans l'appréciation du caractère trompeur de la publicité en cause.

En revanche, il est exact que les assertions de la publicité sur la vitesse des débits d'Orange n'ont pas été vérifiables par le consommateur dès lors que le site d'Orange ne permettait pas l'accès à l'ensemble de l'étude réalisée par la société Directique, mais à une synthèse des résultats, laquelle n'offrait pas au consommateur de pouvoir porter par lui-même une appréciation de ces résultats et des méthodes mises en oeuvre pour y parvenir. Cette irrégularité apparaît cependant ne pas avoir biaisé la situation de concurrence entre X et Orange dès lors qu'il n'est pas allégué par X, qui a eu communication de l'intégralité de l'étude, que cette synthèse était erronée.

L'existence d'une concurrence déloyale à raison de cette première publicité n'est ainsi pas démontrée.

. Sur la publicité diffusée entre le 13 et le 23 octobre 2016

Cette publicité a été diffusée à la fois sur panneaux publicitaires (pièce 5 X), dans la presse (pièce 6 X) et sur Internet ( Facebook et Twitter- pièce 7 X).

Elle est essentiellement figurative et comporte comme seules mentions en gros caractères :

. un titre: « Le meilleur de l'Internet sur mon mobile »;

. un encart « Orange n°1 sur l'Internet Mobile »;

. une phrase en bandeau au bas de la publicité: « Et bientôt encore plus rapide avec la 4G », hormis sur les réseaux sociaux où cette mention est inexistante (pièce 7 SSR).

Au centre figure un dessin imagé de la Réunion: une plage, des montagnes, un volcan, un phare, une case traditionnelle.

Outre la forme de l'encart dans lequel figure la phrase « Orange n°1 sur l'Internet Mobile », quatre autres pictogrammes, habituellement utilisés pour marquer les localisation sur une carte interactive, sont postés l'un avant le titre et les autres dans ledit dessin, au dessus de la plage, des montagnes et du volcan.

La publicité litigieuse ne donne aucune information écrite ou graphique évidente quant aux critères suivant lesquels les services d'Orange priment ceux de ses concurrents réunionnais. En particulier, la mention « Et bientôt encore plus rapide avec la 4G » ne permet pas au consommateur moyen d'inférer que la publicité en litige ne porterait que sur la vitesse de connexion ; à l'inverse, la présence multiple du pictogramme précité dans le graphisme de la publicité laisse à penser au consommateur que c'est

notamment au titre de l'étendue de sa couverture réseau qu'Orange est « n°1 » à la Réunion. Pour le public visualisant cette publicité, cette dernière diffuse l'idée que les services proposés par Orange en matière d'Internet mobile sont supérieurs à ceux des autres opérateurs dans toutes les caractéristiques de service attendues par le consommateur d'Internet : vitesse de connexion, vitesse de téléchargement et couverture réseau.

Par ailleurs, la mention inscrite au bas de la publicité dans une police peu lisible (pièces 5 et 6 X) indique qu'Orange est le meilleur service mobile pour la « qualité » de service sur la base d'une étude réalisée à sa demande par la société Directique. Or, il résulte de la synthèse de cette étude (pièce 9 SSR) et de celle de l'ARCEP (pièce 1 Orange) qu'en matière de téléphonie mobile, la qualité de service n'est pas entendue dans une acception générale mais est définie comme s'attachant essentiellement à des mesures du débit de connexion dans les zones couvertes par l'opérateur. Au cas présent, l'étude de la société Directique a réalisé trois tests de mesure : mesure de débits via l'application Speedtest.net ; mesure de la qualité de service de transfert de données, mesure de la qualité de service de la navigation web.

Au regard de ces éléments, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs formés par X au titre de cette seconde publicité, il a lieu de relever que cette dernière a été de nature à tromper les consommateurs sur les caractéristiques de service au titre desquelles Orange se revendiquait « n°1 », en laissant croire que la comparaison incluait la couverture de son réseau alors qu'elle ne s'attachait qu'au débit Internet en zone de couverture.

Par ailleurs, la mention « Et encore plus rapide avec la 4G » corrélée avec celle affirmant la prééminence d'Orange sur ses concurrents à la Réunion (« n°1 sur l'Internet mobile ») laisse à penser au consommateur qu'Orange bénéficiera d'un avantage accru sur ses concurrents avec l'introduction de la 4G alors que cette hypothèse n'est confirmée par aucun élément de l'étude Directique précitée, ni même invoquée par Orange.

La faute née de la déloyauté de la publicité alléguée par X est ainsi établie.

#### Sur le dénigrement

Le dénigrement consiste à porter atteinte à l'image de marque d'une entreprise ou d'un produit désigné ou identifiable afin de détourner la clientèle en usant de propos ou d'arguments répréhensibles ayant ou non une base exacte, diffusés ou émis en tout cas de manière à toucher les clients de l'entreprise visée, concurrente ou non de celle qui en est l'auteur.

Le fait qu'une étude ultérieure ait donc pu confirmer qu'Orange disposait à la Réunion d'une meilleure rapidité de connexion est, en tout état de cause, sans portée dans l'appréciation d'un comportement dénigrant.

Néanmoins, les publicités en litige ne comportent dans leurs éléments aucun élément agressif ou de nature à jeter le discrédit sur ses concurrents en matière de téléphonie mobile dont fait partie X.

La faute d'Orange au titre du dénigrement de X n'est ainsi pas démontrée.

#### Sur le préjudice en lien avec la faute

S'agissant du préjudice d'image, X n'exergue d'aucun élément susceptible d'établir un préjudice causé à son image par la campagne publicitaire d'octobre 2016. Le seul fait que la publicité de 2016 procède à une comparaison implicite des services des opérateurs n'est pas de nature à caractériser un préjudice

d'image direct à X dès lors que cette dernière n'est nullement mentionnée dans ladite publicité. La demande indemnitaire à ce titre ne peut qu'être rejetée.

La mesure complémentaire de publication de la décision en réparation du préjudice d'image doit dès lors également être rejetée.

S'agissant du préjudice commercial, il convient de relever que, dans la situation de concurrence importante des opérateurs de téléphonie mobile à la Réunion, mentionnée par l'une et l'autre partie, une publicité diffusée par trois médias différents, présentant l'un des trois opérateurs concurrents comme proposant de meilleurs services de réseau que les deux autres impacte nécessairement les ventes d'abonnements du premier au détriment des autres. L'existence d'un préjudice est donc établie.

En revanche, en dépit de la motivation du premier juge qui souligne l'absence de pièces utiles afférentes au préjudice et aux conclusions d'Orange qui exergue de la carence de X à ce titre, l'appelante ne verse aux débats que peu de documents permettant de chiffrer son préjudice commercial en lien avec la publicité diffusée en octobre 2016, tels des éléments comptables, des descriptifs économiques de son positionnement sur le marché réunionnais avant et après la diffusion de la publicité, des dépenses de communication qu'elle aurait dû engager pour regagner une part de clientèle, du taux de marge réalisé sur ses produits....

La pièce sur laquelle s'appuie X pour chiffrer le nombre de clients perdus suite à la diffusion de la publicité en octobre 2016 consiste en un graphique (pièce 35 X) représentant l'évolution des ratios « portabilité Numéro mobile » mesurant le nombre d'abonnés X ayant sollicité la résiliation de leur abonnement et le transfert de leur numéro vers Orange (ou vers Only), rapporté au nombre d'abonnés Orange (ou Only) ayant sollicité la résiliation de leur abonnement et le transfert de leur numéro chez X. Il s'en déduit que plus le ratio est élevé, plus le nombre d'abonnés en partance de X est élevé. En l'espèce, ce ratio calculé à l'égard d'Orange est en très légère augmentation en octobre et début novembre 2016 pour ensuite connaître une augmentation plus franche début novembre 2016.

Dans ses conclusions page 56, Orange présente quant à elle un graphique faisant référence aux mêmes données, à savoir la portabilité numéro mobile, calculée en valeur absolue, devant être comprise comme la différence entre le nombre de clients X ayant sollicité la portabilité de leur numéro vers Orange minorée du nombre de clients Orange ayant sollicité la portabilité de leur numéro vers X. Or, cette courbe et celle présentée par X devrait présenter les mêmes tendances puisque s'attachant toutes deux à la « portabilité numéro mobile ». Tel n'est pas le cas, puisque sur le graphique d'Orange, la courbe d'évolution connaît une baisse entre mi octobre et début novembre pour ensuite connaître une forte inversion début novembre.

Dans ces circonstances, alors que ces graphiques constituent des éléments de preuve confectionnés à partir de documents internes aux opérateurs, sans qu'aucun élément extérieur ne viennent accréditer les informations qu'ils présentent, le chiffrage de la perte de client par X ne peut être déterminée suivant les chiffres mentionnés sur le graphique qu'il verse aux débats (pièce 35).

Aucun autre élément n'étant susceptible d'éclairer la cour sur le calcul du montant du préjudice subi par X, celui-ci sera justement indemnisé par l'allocation d'une somme de 1 euro.

S'agissant du préjudice moral de X, il sera quant à lui apprécié à la somme de 1 euro.

Sur les dépens et les frais irrépétibles

Orange, qui succombe pour l'essentiel, supportera les dépens.

L'équité commande en outre de la condamner à verser à X la somme de 4.000 euros au titre des frais irrépétibles.

#### PAR CES MOTIFS

La Cour, statuant publiquement, par décision contradictoire, en matière commerciale et en dernier ressort, par mise à disposition au Greffe conformément à l'article 451 alinéa 2 du Code de procédure civile,

Rejette la demande en annulation du jugement entrepris ;

Confirme le jugement entrepris en ce qu'il a :

. rejeté les demandes de la SCS X au titre de la publicité diffusée par la SA Orange entre le 20 mai et le 30 juin 2015;

. rejeté la demande de la SCS X tendant à condamner la SA Orange à l'indemniser au titre d'un préjudice d'image ;

. rejeté la demande en publication de la décision formé par X ;

Infirmes le jugement pour le surplus;

Statuant à nouveau,

Constate le caractère trompeur de la publicité diffusée à la Réunion par la SA Orange entre le 13 et le 23 octobre 2016 ;

Dit que celle-ci est constitutive d'un comportement déloyal de concurrence à l'égard de la SCS X ;

Condamne la SA Orange à payer à la SCS X les sommes de :

. 1 euro en indemnisation de son préjudice commercial ;

. 1 euro au titre de son préjudice moral ;

Condamne la SA Orange à payer à la SCS X la somme de 4.000 euros au titre des frais irrépétibles ;

Condamne la SA Orange aux dépens.

Le présent arrêt a été signé par Madame Pauline FLAUSS, Conseillère faisant fonction de Présidente de la chambre commerciale, et par Madame Nathalie BEBEAU, Greffière à laquelle la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

LA GREFFIÈRE SIGNE LA PRÉSIDENTE