

**Cour de cassation**

**Chambre civile 1**

**Audience publique du 10 septembre 2015**

**N° de pourvoi: 14-16.599**

ECLI:FR:CCASS:2015:C100956

Publié au bulletin

**Cassation partielle**

**Mme Batut (président), président**

SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, SCP Monod, Colin et Stoclet, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Télénet, fournisseur d'accès à internet, a conclu avec l'Office des postes et télécommunication de Nouvelle-Calédonie (l'Office), un contrat d'abonnement au service des liaisons louées, pour l'accès au réseau de communication dont celui-ci est en charge ; que se plaignant du non-respect des capacités de transmission délivrées ainsi que de divers dysfonctionnements dans la fourniture, la régularité et la stabilité des liaisons internet, elle l'a assigné en indemnisation de ses préjudices ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu que l'Office fait grief à l'arrêt de le condamner à payer une certaine somme à la société Télénet, à titre de dommages-intérêts pour inexécution partielle de ses obligations contractuelles, alors, selon le moyen :

1°/ que selon l'article L. 34-2 du code des postes et des communications électroniques applicable à la Nouvelle-Calédonie, la prescription est acquise, au profit des opérateurs mentionnés à l'article L. 33-1, pour toutes demandes en restitution du prix de leurs prestations de communications électroniques présentées après un délai d'un an à compter du jour du paiement ; que la demande présentée par un fournisseur d'accès à Internet tendant au remboursement d'une partie du prix au regard des capacités de transmission livrées effectivement par une opérateur de réseau en vertu d'un contrat d'abonnement est une demande de restitution du prix ; qu'en l'espèce, il ressort des énonciations de l'arrêt

attaqué que la société Télénet a demandé à ce que 10 % des sommes effectivement payées à l'Office sans contrepartie lui soit restitué ; que dès lors en refusant de rechercher si la demande de la société Télénet n'était pas prescrite, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation de l'article susvisé ;

2°/ que le juge doit restituer aux faits ou actes litigieux leur exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée, qu'en décidant que la demande de la société Télénet n'est pas une contestation de la facturation et qu'il n'y a donc pas lieu d'appliquer le délai de prescription prévu à l'article L. 34-2 du code des postes et communications électroniques quand la société Télénet a demandé à ce que 10 % des sommes effectivement payées sans contrepartie lui soit restitué, la cour d'appel a violé l'article 12, alinéa 2, du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

3°/ qu'en présence d'une situation ambiguë, les juges du fond sont tenus de rechercher la commune intention des parties contractantes ; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué qu'il existait un silence du contrat sur la configuration de la bande passante, conduisant à une modification du débit utile ; qu'en relevant que l'Office avait finalement accepté de fournir le débit dans la bande passante la plus favorable à son client, sans rechercher, quelle était, au moment du contrat, l'intention des parties à cet égard, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1156 du code civil ;

4°/ que la présence d'une clause pénale exclut toute indemnité supplémentaire en réparation du préjudice subi ; qu'en l'espèce l'Office soutenait qu'elle avait versé à la société Télénet une indemnité forfaitaire couvrant la totalité du préjudice subi et excluant toute réclamation en dommages-intérêts pour ce motif conformément à l'article 10-2 des conditions spécifiques des offres de raccordement Ethernet ; que cette clause prévoyait qu'en cas de non-respect du délai de rétablissement ensuite d'une interruption totale ou partielle des trafics IP provenant d'un élément quelconque du réseau fédérateur IP, du RLB ou des raccordements Ethernet sous la responsabilité de l'Office ; qu'en s'abstenant de toute réponse à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

5°/ que le principe de réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit est applicable en matière de responsabilité contractuelle ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que la cour d'appel a octroyé à la société Télénet une somme correspondant à 10 % des sommes payées sans contrepartie ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher le préjudice effectivement subi du fait l'absence de fourniture du débit contractuellement dû, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, ensemble le principe susvisé ;

Mais attendu, d'abord, que l'article L. 34-2 du code des postes et communications électroniques institue au profit de l'utilisateur une prescription annale pour toute demande en restitution du prix payé pour les prestations de communications électroniques fournies par un opérateur et qu'aux termes de l'article L. 32, 6° du même code, on entend par services de communications électroniques les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques ; qu'ayant constaté que la société

Télénet réclamait une indemnisation pour non-respect de la fourniture des capacités de transmission données en location selon le contrat d'ouverture de ligne permettant l'accès à un réseau de communications électroniques, étrangère au premier de ces textes, c'est à bon droit que la cour d'appel en a déduit que le délai de prescription invoqué n'avait pas vocation à s'appliquer ;

Attendu, ensuite, qu'ayant relevé que la société Télénet avait loué une capacité de transmission de 30 Mo à l'international et de 4 Mo en débit local, et que les débits livrés étaient inférieurs de 10 % à ceux prévus par le contrat, ce que l'Office avait reconnu, de sorte que la configuration du réseau en mode « Internet Protocole » ou en mode « Ethernet » était indifférente, la cour d'appel n'avait pas à procéder à la recherche prétendument omise ;

Attendu, enfin, que sous le couvert d'un grief non fondé de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à remettre en cause devant la Cour de cassation, l'appréciation souveraine de la cour d'appel qui, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation et de répondre à des allégations dépourvues d'offre de preuve, a souverainement estimé que le préjudice subi par la société Télénet correspondait à 10 % des sommes effectivement payées sans contrepartie ;

Que, dès lors, le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi incident, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 1147 du code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société Télénet tendant à la condamnation de l'Office à l'indemniser au titre du débit loué en émission « upload », l'arrêt énonce que la société Télénet reprend ce chef de demande déjà formalisé au titre du non-respect des capacités de transmission ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le débit en téléchargement ascendant « upload » est distinct du non-respect des capacités de transmission, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen unique du pourvoi incident :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il rejette la demande d'indemnisation de la société Télénet au titre du débit en émission « upload », l'arrêt rendu le 21 janvier 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Nouméa ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nouméa, autrement composée ;

Condamne l'Office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du dix septembre deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit au pourvoi principal par la SCP Meier-Bourdeau et Lécuyer, avocat aux Conseils, pour l'Office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir condamné l'OPT NC à payer à la SARL Télénet la somme de 25 115 629 Fr. Cfp à titre de dommages et intérêts pour inexécution partielle de ses obligations contractuelles ;

AUX MOTIFS QUE il n'est pas discuté que la SARL Télénet a loué auprès de l'OPT NC une capacité de transmission de 30 Mo à l'international et de 4 Mo en débit local ; qu'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 ; qu'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 ; que 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" ; que 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 ; qu'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 ;

1°) ALORS QUE, selon l'article L. 34-2 du code des postes et des communications électroniques applicable à la Nouvelle-Calédonie, la prescription est acquise, au profit des opérateurs mentionnés à l'article L. 33-1, pour toutes demandes en restitution du prix de leurs prestations de communications électroniques présentées après un délai d'un an à compter du jour du paiement ; que la demande présentée par un fournisseur d'accès à Internet tendant au remboursement d'une partie du prix au regard des capacités de transmission livrées effectivement par un opérateur de réseau en vertu d'un contrat d'abonnement est une demande de restitution du prix ; qu'en l'espèce, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la société Télénet a demandé à ce que 10% des sommes effectivement payées à l'OPT NC sans contrepartie lui soit restitué ; que dès lors en refusant de rechercher si la demande de la société Télénet n'était pas prescrite, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation de l'article susvisé ;

2°) ALORS QUE, le juge doit restituer aux faits ou actes litigieux leur exacte qualification sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée, qu'en décidant que la demande de la société Télénet n'est pas une contestation de la facturation et qu'il n'y a donc pas lieu d'appliquer le délai de prescription prévu à l'article L. 34-2 du code des postes et des communications électroniques quand la société Télénet a demandé à ce que 10% des sommes effectivement payées sans contrepartie lui soit restitué, la cour d'appel a violé l'article 12, alinéa 2, du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

3°) ALORS QUE, SUBSIDIAIREMENT, en présence d'une situation ambiguë, les juges du fond sont tenus de rechercher la commune intention des parties contractantes; qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué qu'il existait un silence du contrat sur la configuration de la bande passante, conduisant à une modification du débit utile ; qu'en relevant que l'OPT NC avait finalement accepté de fournir le débit dans la bande passante la plus favorable à son client, sans rechercher, quelle était, au moment du contrat, l'intention des parties à cet égard, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1156 du code civil.

4°) ALORS QUE, EN TOUTE HYPOTHESE, la présence d'une clause pénale exclut toute indemnité supplémentaire en réparation du préjudice subi ; qu'en l'espèce l'OPT NC soutenait qu'elle avait versé à la société Télénet une indemnité forfaitaire couvrant la totalité du préjudice subi et excluant toute réclamation en dommages et intérêts pour ce motif conformément à l'article 10-2 des conditions spécifiques des offres de raccordement Ethernet ; que celle clause prévoyait qu'en cas de non-respect du délai de rétablissement ensuite d'une interruption totale ou partielle des trafics IP provenant d'un élément quelconque du réseau fédérateur IP, du RLB ou des raccordements Ethernet sous la responsabilité de l'OPT-NC ; qu'en s'abstenant de toute réponse à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile de la Nouvelle-Calédonie ;

5°) ALORS QUE le principe de réparation intégrale du préjudice sans perte ni profit est applicable en matière de responsabilité contractuelle ; qu'en l'espèce, il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que la cour d'appel a octroyé à la société Télénet une somme correspondant à 10% des sommes payées sans contrepartie ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher le préjudice effectivement subi du fait l'absence de fourniture du débit contractuellement dû, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil, ensemble le

principe susvisé. Moyen produit au pourvoi incident par la SCP Monod, Colin et Stoclet, avocat aux Conseils pour la société Télénét à l'enseigne internet NC.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir débouté la société TELENET de sa demande tendant à voir condamner l'OPT à lui payer la somme de 47.272.317 FCFP à titre de dommages et intérêts pour inexécution de ses obligations contractuelles en n'accordant pas le débit loué en émission « upload » ;

AUX MOTIFS QUE 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 ; qu'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 ; qu'elle ajoute qu'un constat d'huissier dressé le 2 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) ; que 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 ; que 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 » ; qu'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 et intérêts réclamés de ce chef ;

1°/ ALORS QUE la preuve du fait juridique peut être administrée par tout moyen ; qu'en l'espèce, la société TELENET versait aux débats un constat d'huissier établissant la différence entre le débit de téléchargement ascendant « upload » contractuellement prévu et le débit de téléchargement ascendant « upload » effectivement fourni par l'OPT ; qu'en retenant, pour débouter la société TELENET de son action en responsabilité civile, que, pour administrer la preuve de la négligence fautive de l'OPT s'agissant de la fourniture de débit upload, le constat d'huissier ne saurait avoir la valeur probante d'une expertise qui n'avait pas sollicitée par les parties, la cour d'appel a subordonnée la preuve de l'existence du manquement contractuel à une expertise et ainsi violé l'article 1315 du code civil ;

2°/ ALORS QUE les juges ne peuvent méconnaître l'objet du litige tel que déterminé par les conclusions des parties ; qu'en l'espèce, il résultait de manière claire et non équivoque des conclusions de la société TELENET que celle-ci reprochait à l'OPT, outre une insuffisance de bande passante et l'irrégularité des flux causant des temps de latence anormaux, d'avoir été à l'origine d'un écart entre le débit de téléchargement descendant, «

download » et le débit de téléchargement ascendant, « upload » ; qu'en retenant que la société TELENET n'expliquait pas en quoi ce préjudice était distinct de celui résultant de la capacité totale de transmission et de l'irrégularité des flux causant des temps de latence anormaux, la cour d'appel a méconnu l'article 4 du code de procédure civile de Nouvelle-Calédonie ;

3°/ ALORS QUE l'écart entre le débit de téléchargement descendant, « download » et le débit de téléchargement ascendant, « upload » constitue un chef de préjudice distinct de celui résultant d'une carence dans la bande passante et de celui résultant de l'irrégularité des flux causant des temps de latence anormaux ; qu'en retenant le contraire, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Nouméa , du 21 janvier 2014

**Textes appliqués :**

- Cour d'appel de Nouméa, 21 janvier 2014, 12/00076