

**N° 52 / 2017
du 18.5.2017.**

Numéro 3789 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, dix-huit mai deux mille dix-sept.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Nico EDON, conseiller à la Cour de cassation,
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,
Nathalie JUNG, conseiller à la Cour d'appel,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, premier avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

l'établissement public ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, établi et ayant son siège social à L-2020 Luxembourg, 8A, avenue Monterey, représenté par son directeur général, inscrit au registre de commerce et des sociétés sous le numéro J28,

demandeur en cassation,

comparant par Maître Arsène KRONSHAGEN, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

la société anonyme SOC1, établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Henri FRANK, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

LA COUR DE CASSATION :

Vu le jugement attaqué, numéro 78/2016, rendu le 17 février 2016 sous le numéro 19128 du rôle par le tribunal d'arrondissement de Diekirch, siégeant en matière commerciale et en instance d'appel ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 4 juillet 2016 par l'établissement public ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS à la société anonyme SOC1), déposé au greffe de la Cour le 12 juillet 2016 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 18 août 2016 par la société anonyme SOC1) à l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, déposé au greffe de la Cour le 23 août 2016 ;

Sur le rapport du conseiller Carlo HEYARD et sur les conclusions du premier avocat général Marie-Jeanne KAPPWEILER ;

Sur les faits :

Attendu, selon le jugement attaqué, que le tribunal de paix de Diekirch, siégeant en matière commerciale, avait condamné la société anonyme SOC1) à payer à l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS un certain montant du chef de communications téléphoniques ; que le tribunal d'arrondissement de Diekirch a, par réformation, déclaré la demande de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS non fondée ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Attendu que la société anonyme SOC1) conclut à l'irrecevabilité du pourvoi en raison de l'imprécision des moyens de cassation ;

Attendu qu'une éventuelle irrecevabilité des moyens de cassation n'a pas d'incidence sur la recevabilité du pourvoi ;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé et que le pourvoi, introduit dans les forme et délai de la loi, est recevable ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 1134 du Code civil ;

En ce que le tribunal a pour dire fondé l'appel fait abstraction des conditions générales en ne se référant pas aux conditions générales et en ne les appliquant pas ;

Alors qu'il ressort des conditions générales de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS qu'au cas où elle n'installe pas elle-même les produits achetés auprès de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, elle n'est en aucun cas responsable par la suite du mauvais fonctionnement » ;

Attendu que les conditions générales de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS disposent que « *L'entreprise assure le bon fonctionnement de ses installations et équipements. (...)* » (article 13.2.) et que « *La responsabilité de l'entreprise en cas de contestation du fonctionnement d'un raccordement ou service est dérogée quand elle démontre leur bon fonctionnement sur l'interface entre les équipements et installations fournis par l'entreprise et ceux fournis par un tiers.* » (article 13.3.) ;

Attendu qu'en retenant qu'« *en présence d'un piratage téléphonique, il incombe en premier lieu au fournisseur des télécommunications de faire preuve du bon fonctionnement de ses propres installations et équipements* », les juges d'appel ont fait application des conditions générales de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS ;

Qu'il en suit que le moyen manque en fait ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré « de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 1315 du Code civil ;

En ce que la Cour d'appel a dit qu'il incombe en premier lieu au fournisseur des télécommunications de faire preuve du bon fonctionnement de ses propres installations et équipements et a dit qu'en présence d'un piratage électronique, il incombe en premier lieu au fournisseur des télécommunications de faire preuve du bon fonctionnement de ses installations et équipements ;

Alors qu'en application de l'article 1315 alinéa 1 la partie demanderesse en cassation a prouvé l'existence de sa créance et qu'en application de l'article 1315 alinéa 2 celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. Il appartient à la société anonyme SOCI) S.A. de prouver qu'elle s'est libérée de son obligation et non l'inverse. La société anonyme SOCI) S.A. doit prouver qu'elle s'est libérée en prouvant que les faits de piratage sont la faute de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, or aucune preuve n'a été versée en ce sens.

Bien au contraire, en application des conditions générales, il convient de noter que l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS n'est pas responsable du bon fonctionnement, respectivement de la sécurisation d'une centrale téléphonique qui a été installée par une autre entreprise » ;

Attendu qu'en retenant que

« (...) en présence d'un piratage téléphonique, il incombe en premier lieu au fournisseur des télécommunications de faire preuve du bon fonctionnement de ses propres installations et équipements.

En l'occurrence, il ne résulte toutefois d'aucun élément du dossier, notamment d'une enquête technique, même interne, que les installations et lignes fournies par l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS ont toujours été fonctionnelles.

A défaut du moindre élément permettant de présumer que l'origine du piratage téléphonique n'est pas due à un dysfonctionnement des installations de l'intimée, il y a lieu, par réformation du jugement entrepris, de dire non fondée la demande de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS en paiement du montant de 9.097,28 euros. »,

les juges d'appel ont fait application de la convention relative à la charge de la preuve prévue par les articles 13.2. et 13.3. des conditions générales de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS ;

Attendu que la disposition légale visée au moyen est partant étrangère au litige ;

Qu'il en suit que le moyen est irrecevable ;

Sur le troisième moyen de cassation :

tiré « de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 109 du Code de commerce ;

En ce que la Cour d'appel a dit qu'il incombe en premier lieu au fournisseur des télécommunications de faire preuve du bon fonctionnement de ses propres installations et équipements et a dit qu'en présence d'un piratage électronique, il incombe en premier lieu au fournisseur des télécommunications de faire preuve du bon fonctionnement de ses installations et équipements ;

Alors qu'en application de l'article 109 du Code de commerce il incombe à la société anonyme SOCI) S.A. de prouver que les faits de piratage sont la faute de l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS, or aucune preuve n'a été versée en ce sens. » ;

Attendu qu'il ne résulte ni du jugement attaqué ni d'aucune autre pièce à laquelle la Cour de cassation peut avoir égard que la demanderesse en cassation ait invoqué l'article 109 du Code de commerce devant la juridiction d'appel ;

Que le moyen est partant nouveau et, en ce qu'il comporterait l'examen de l'acceptation de la facture et de l'existence de contestations, mélangé de fait et de droit ;

Qu'il en suit qu'il est irrecevable ;

Sur le quatrième moyen de cassation :

tiré « de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 45 (1) de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques ;

En ce que les juges d'appel ont dit qu'en présence d'un piratage téléphonique, il incombe en premier lieu au fournisseur de télécommunications de faire preuve du bon fonctionnement de ses propres installations et équipements ;

Alors que l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS ne peut être tenue responsable des failles de sécurité qui surviennent sur le réseau privé d'une société cliente, alors que l'obligation légale qui pèse sur l'ENTREPRISE DES POSTES ET TELECOMMUNICATIONS concerne exclusivement la sécurité du réseau public et en aucun cas ne peut concerner la sécurité des réseaux internes des sociétés clientes » ;

Attendu qu'il ne résulte ni du jugement attaqué ni d'aucune autre pièce à laquelle la Cour de cassation peut avoir égard que la demanderesse en cassation ait invoqué l'article 45 (1) de la loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques devant la juridiction d'appel ;

Que le moyen est partant nouveau et, en ce qu'il comporterait l'examen des conditions d'application en fait de la loi invoquée, mélangé de fait et de droit ;

Qu'il en suit qu'il est irrecevable ;

Sur le cinquième moyen de cassation :

tiré « de la violation, sinon du refus d'application, sinon de la mauvaise application, sinon de la mauvaise interprétation de l'article 65 du Nouveau code de procédure civile ;

En ce que les juges ont entendu unilatéralement le représentant de la société anonyme SOCI) S.A. sans ordonner une comparution personnelle des parties ;

Alors que la violation du principe du contradictoire donne lieu à ouverture à cassation » ;

Attendu que l'article 65 du Nouveau code de procédure civile dispose que :

« Le juge doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.

Il ne peut retenir dans sa décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations. » ;

Attendu que la demanderesse en cassation fait grief aux juges d'appel d'avoir, à l'audience du 25 mars 2015, lors de laquelle elle n'était pas représentée, entendu le représentant de la société anonyme (SOC1) au sujet du caractère anormal des communications facturées, sans ordonner une comparution personnelle des parties ;

Attendu que lors de l'audience du 13 janvier 2016, à laquelle l'affaire avait été renvoyée suite à la demande de rupture du délibéré de la demanderesse en cassation, les parties en cause avaient présenté leurs moyens ;

Attendu que la partie demanderesse en cassation a partant été à même de débattre contradictoirement des explications fournies par la société anonyme (SOC1) ;

Qu'il en suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :

Attendu qu'il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens ; qu'il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.000 euros ;

Par ces motifs,

rejette le pourvoi ;

condamne la demanderesse en cassation à payer à la défenderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.000 euros ;

condamne la demanderesse en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Henri FRANK, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Madame Marie-Jeanne KAPPWEILER, premier avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.