Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 59/24 - IX –COM

Audience publique du six juin deux mille vingt-quatre

Numéro 38032 du rôle

Composition:

Carole KERSCHEN, président de chambre,
Danielle POLETTI, premier conseiller,
Françoise WAGENER, conseiller,
Gilles SCHUMACHER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme **SOCIETE1.)** SA, anciennement SOCIETE1.) SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Nadine dite Nanou TAPELLA, en remplacement de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch-sur-Alzette du 21 octobre 2011,

comparant par Maître James JUNKER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme **SOCIETE2.)** SA, anciennement SOCIETE2.) SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du prêt TAPELLA du 21 octobre 2011,

comparant par Maître Benjamin MARTHOZ, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Exposé du litige

Pour rappel, le litige a trait à une demande en dommages et intérêts introduite par la société anonyme SOCIETE1.), anciennement SOCIETE1.) SA (ci-après *SOCIETE1.*)), à l'encontre de la société anonyme SOCIETE2.) SA, actuellement la société anonyme SOCIETE2.) (ci-après *SOCIETE2.*)), pour perte de clientèle subie durant la période de décembre 2007 à février 2008 en raison de publicités comparatives parues à l'initiative de SOCIETE2.) et jugées illicites par ordonnances du tribunal d'arrondissement de Luxembourg des 5 octobre 2007 et 9 janvier 2008.

Statuant sur l'appel interjeté par SOCIETE1.) le 21 octobre 2011 contre le jugement N° 329/2011 du 3 mars 2011 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg ayant partiellement fait droit à la demande de SOCIETE1.) et condamné SOCIETE2.) à payer à SOCIETE1.) le montant de 1.000.- euros et une indemnité de procédure de 1.500.- euros, la Cour a, par arrêt N° 47/16 - IX - COM du 10 mars 2016, nommé expert Paul Laplume (ci-après *l'Expert*) avec la mission d'établir le montant du bénéfice perdu par SOCIETE1.) du fait des actes de concurrence déloyale de SOCIETE2.).

L'Expert a déposé son rapport daté du 11 juin 2019 au greffe de la Cour le 13 juin 2019. Il a conclu à l'existence d'un bénéfice perdu pour SOCIETE1.) de 604.020,48 euros.

Statuant ensuite sur le mérite dudit rapport d'expertise, la Cour a, par arrêt N° 161/22 - IX - COM du 22 décembre 2022, ordonné l'audition personnelle de l'Expert en présence des mandataires des parties.

L'audition de l'Expert s'est tenue en présence des parties le 22 février 2023.

Par ordonnance du 9 mars 2023, le magistrat de la mise en état a ordonné un complément d'expertise.

L'Expert a déposé ses rapports complémentaires datés du 21 avril 2023 (portant sur les questions 1, 2, 3, 4, 5 et 7) et du 23 mai 2023 (portant sur la question 6) au greffe de la Cour les 24 avril et 24 mai 2023.

L'instruction a été clôturée par ordonnance du 18 janvier 2024. Les mandataires des parties ont été informés que l'affaire serait plaidée à l'audience du 20 mars 2024.

L'affaire a été prise en délibéré à la même date.

Discussion

SOCIETE2.) réitère une nouvelle fois sa circonspection par rapport à l'indépendance et l'impartialité de l'Expert, déteignant sur la validité du rapport sinon sur la pertinence de ses « conclusions ». Elle allègue que postérieurement à la comparution personnelle de l'Expert se seraient déroulés de nouveaux événements, en marge de la procédure, ajoutant de la suspicion légitime quant à la neutralité, à l'indépendance et à l'impartialité qu'un expert doit avoir dans une telle affaire et justifiant la nullité de l'expertise : il s'agirait d'une part, des échanges intervenus directement entre PERSONNE1.) (de PERSONNE2.) Consulting) et l'Expert en violation du principe du contradictoire et d'autre part, de la référence faite par l'Expert « *au cadre contractuel considéré avec le client, l'absence de statistiques historiques et les arguments des parties* », dans son courrier du 21 avril 2023 en évoquant les données de SOCIETE3.). Elle conclut en conséquence à la nullité tant du rapport du 11 juin 2019 qu'à celle des rapports complémentaires des 21 avril et 23 mai 2023.

En l'absence de nullité du rapport, elle remet en question les conclusions de l'Expert : dans son courrier du 21 avril 2023 en réponse à l'expertise complémentaire, l'Expert ne répondrait pas d'une manière scientifique et argumentée aux questions lui posées par l'ordonnance d'expertise complémentaire du 9 mars 2023, mais tenterait simplement de justifier son rapport du 11 juin 2019, en confirmant que son rapport initial a suivi une « *approche raisonnable* » (sans plus d'explications) ; en admettant « *volontiers qu'il y a de nombreuses autres possibilités* » ; en reconnaissant ne pas avoir réalisé des tests de robustesse de son analyse principale avec des variantes pour vérifier que les résultats obtenus ne dépendent d'une hypothèse étroite ou erronée dans ses prémisses et que ses résultats sont crédibles et ne contredisent pas d'autres données du marché ou facteurs explicatifs et en renvoyant (question 4) à la réponse de la Cour dans son arrêt du 22 décembre 2022 (« *pour arrêter mes hypothèses, je me suis basé sur l'arrêt du 10 mars 2016 et les principes retenus dans les rapports SOCIETE4.), que j'ai examinés à la lumière des remarques de PERSONNE3.)* »). Selon SOCIETE2.), le rapport de 2019 serait basé sur une impression non vérifiée par rapport aux méthodes d'évaluation applicables à ce type d'expertise et donc sur des présupposés nécessairement arbitraires et, en réalité, une prémisse manifestement erronée consistant à ne pas avoir pris en considération, dans son évaluation du potentiel préjudice de SOCIETE1.), des périodes de comparaison des portages entre les parties sans publicités litigieuses et l'impact de la volatilité naturelle de clientèle sur ses conclusions et ensuite de ne pas avoir effectué de tests de robustesse de son analyse et de ne pas avoir vérifié de manière complète les résultats obtenus et leur crédibilité.

A titre subsidiaire, elle sollicite, comme cela a été soutenu lors de l'audition de l'Expert du 22 février 2023, à ne voir prononcer qu'une condamnation symbolique à payer un (1) euro à SOCIETE1.) pour préjudice matériel.

Elle conteste encore tout préjudice moral et demande, par réformation du jugement entrepris, à voir l'appelante déboutée de cette demande.

Subsidiairement, elle sollicite à ne voir prononcer qu'une condamnation symbolique à payer un (1) euro à SOCIETE1.), sinon à voir confirmer le jugement entrepris sur ce point. La nouvelle demande de l'appelante à hauteur de 50.000.- euros serait à rejeter.

Quant aux frais d'expertise, elle demande à voir SOCIETE1.) condamnée à payer l'intégralité de ces frais, sinon à voir instaurer un partage entre parties.

SOCIETE2.) demande enfin à voir réformer le jugement *a quo* en ce qu'il l'a condamnée à payer une indemnité de procédure de 1.500.- euros à SOCIETE1.) et en ce qu'il l'a déboutée de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure. Elle réclame à ce titre une somme de 3.000.- euros pour la première instance et une somme de 5.000.- euros pour la procédure d'appel.

SOCIETE1.) se rallie aux conclusions complémentaires de l'Expert lequel, contrairement aux critiques de SOCIETE2.), aurait respecté le principe du contradictoire. Elle explique, après avoir détaillé la méthode d'analyse employée, que les rapports tant de l'Expert que d'SOCIETE4.) tiendraient compte des variations « normales » de flux de clients entre les deux opérateurs, alors que les analyses tiendraient compte de l'évolution du solde des transferts entre les deux opérateurs et que les rapports prendraient en référence une moyenne du solde des portages entre opérateurs sur une longue période de 43 mois qui reflèterait aussi la situation « normale ». Elle précise que l'analyse sur base de la variation mensuelle du solde des flux de portages entre les deux opérateurs de téléphonie permettrait d'exclure les clients qui ont malgré tout porté leur numéro de façon inverse, c'est-à-dire de SOCIETE2.) vers SOCIETE1.) pendant la période litigieuse. La variation mensuelle du solde des portages ainsi « filtrée » permettrait de déterminer avec certitude l'effet des actes de concurrence déloyale incriminés. De même, la méthode de calcul adoptée, basée sur l'évolution du solde compensé des portages sur une période, viendrait pallier la volatilité ponctuelle dont ferait état la partie adverse en retenant la tendance à long terme et les impacts directs des actes de concurrence déloyale.

En réponse aux critiques adverses, elle affirme que le quantum du préjudice retenu par l'Expert serait bien certain, alors qu'il serait sous-estimé dans la mesure où le nombre d'abonnés perdus ne tiendrait compte ni des clients SOCIETE1.) ayant résilié leur abonnement pour aller chez SOCIETE2.) sans conserver leur numéro de téléphone, ni des nouveaux clients ayant contracté directement avec SOCIETE2.), induits en erreur par les campagnes publicitaires illicites de cette dernière. La méthode d'SOCIETE4.) aurait déjà fait ses preuves et aurait été utilisée dans d'autres affaires pour évaluer le préjudice matériel enduré du fait d'une publicité déloyale : elle cite notamment une affaire opposant Bouygues Telecom c/ Free (Jurisclasseur Concurrence - Consommation, Fascicule 797 : PUBLICITE ET CONCURRENCE, se référant à un jugement de la 15^{ème} Chambre du Tribunal de Commerce de Paris du 22 février 2013, RG n° 2012076280). SOCIETE2.) ne pourrait reprocher à l'Expert de ne pas avoir réalisé des tests supplémentaires, à savoir, des « tests de robustesse » dépassant sa mission d'expertise et qui n'auraient été invoqués ni dans le rapport Clerc, ni pendant les opérations d'expertise judiciaire, ni dans les conclusions adverses antérieures, ni même pendant l'audition de l'expert. Il n'y aurait pas lieu

de vérifier la validité d'un modèle mathématique ou statistique en variant les données ou hypothèses d'application en présence d'une méthode d'évaluation validée par la Cour et s'imposant partant à l'Expert. La durée d'abonnement retenue de 24 mois serait justifiée et conforme à la jurisprudence Bouygues Telecom c/ Free précitée.

Par réformation du jugement entrepris, elle demande à voir condamner SOCIETE2.) à lui payer le montant de 604.020,48 euros avec les intérêts légaux à compter de la demande en justice jusqu'à solde, au titre du préjudice matériel, le montant de 50.000.- euros, avec les intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde, à titre de dommage moral, une indemnité de procédure de 6.000.- euros pour chaque instance, sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'à laisser l'intégralité des frais et honoraires de l'expertise judiciaire - y compris les frais et honoraires relatifs à l'audition personnelle de l'Expert décidée par l'arrêt N° 161/22-IX-COM du 22 décembre 2022 et ceux relatifs au complément d'expertise décidé par ordonnance de complément d'expertise du 9 mars 2023 - à charge de SOCIETE2.), de même que tous les frais et dépens de l'instance.

Appréciation de la Cour

A titre liminaire, la Cour entend préciser qu'elle ne prend en considération pour rendre le présent arrêt que les conclusions récapitulatives dernières en date de chaque partie c'est-à-dire les conclusions du 14 décembre 2023 de l'appelante SOCIETE1.) et celles de l'intimée SOCIETE2.) du 22 novembre 2023.

L'indication de SOCIETE1.) qu'elle entend pour autant maintenir ses conclusions antérieurement prises en cause et celles contenues au dispositif de l'acte d'appel ne sont partant pas pertinentes.

- Récapitulatif des décisions prises par la Cour dans ses arrêts antérieurs

La Cour constate que SOCIETE2.) tend à réintroduire dans les débats des éléments arrêtés par la Cour dans ses arrêts antérieurs, de sorte qu'un bref rappel des points d'ores et déjà tranchés s'impose.

Par arrêt N° 47/16-IX-COM du 10 mars 2016, la Cour a dans son dispositif :

- déclaré l'appel de SOCIETE1.) recevable,
- nommé l'expert LAPLUME afin « *d'établir le montant du bénéfice perdu par SOCIETE1.) du fait des actes de concurrence déloyale de SOCIETE2.), en tenant compte des principes arrêtés dans le présent arrêt et en examinant, sous l'angle économique et comptable, les critiques ponctuelles de SOCIETE5.) SA énumérées dans le présent arrêt* ».

Dans les motifs du prédit arrêt, elle a décidé :

- que SOCIETE2.) a commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil du fait de la violation de la loi du 30 juillet 2002 réglementant certaines pratiques

commerciales et sanctionnant la concurrence déloyale (cf. page 5, in fine de l'arrêt précité),

- que SOCIETE1.) a subi un préjudice du fait de la concurrence déloyale de SOCIETE2.) (cf. page 6, paragraphe 2 de l'arrêt précité),
- que le préjudice est en lien de causalité avec la faute de SOCIETE2.) (cf. page 6, paragraphe 2, in fine de l'arrêt précité),
- que la première méthode d'évaluation décrite par la fiduciaire SOCIETE4.) (rapport unilatéral versé par SOCIETE1.) peut être retenue en principe (cf. pages 6, paragraphe 3, à 8, paragraphe 2 de l'arrêt précité),
- que les critiques de SOCIETE5.) S.A. (rapport unilatéral versé par SOCIETE2.)) formulées au n° 3 de la partie de son rapport intitulée « analyse du préjudice prétendument subi » et sous 4.1 dans la partie de son rapport intitulée « évolution du préjudice prétendument subi » ne peuvent pas être rejetées en l'état actuel de l'instruction du dossier et rendent nécessaire une expertise judiciaire (cf. page 9, paragraphes 5 et 6 de l'arrêt précité),
- que l'ajout, aux montants perdus par SOCIETE1.), de la somme de 52.208,23 euros représentant les frais, qui auraient selon SOCIETE4.) été exposés en vain par SOCIETE1.) est critiquable et donc à écarter (cf. page 10, in fine de l'arrêt précité).

Par arrêt N° 161/22- IX – COM du 22 décembre 2022, la Cour a précisé concernant les points tranchés par l'arrêt N° 47/16-IX-COM du 10 mars 2016 :

- que la question de l'existence d'une faute dans le chef de SOCIETE2.) de nature à engager sa responsabilité envers SOCIETE1.) a été toisée et retenue,
- que l'existence d'un dommage dans le chef de SOCIETE1.) et d'un lien de causalité entre le préjudice et la faute de SOCIETE2.) a également été toisée et retenue,
- que seul le quantum du dommage enduré par SOCIETE1.) reste à toiser (cf. pages 5 à 7 de l'arrêt précité).

La Cour a ensuite examiné la validité du rapport d'expertise judiciaire et écarté les moyens de SOCIETE2.) quant à un prétendu manque d'impartialité de l'Expert (cf. page 10, paragraphe 1 de l'arrêt précité) et quant à une prétendue violation du principe du contradictoire par ce même expert (cf. page 12, paragraphe 4 de l'arrêt précité). S'agissant des dommages et intérêts à octroyer, la Cour a décidé de procéder à l'audition de l'Expert.

Il n'y a en conséquence plus lieu de revenir sur ces différents points.

- Déroulement des opérations d'expertise complémentaire

L'Expert a été auditionné en date du 22 février 2023 en présence des parties et de leurs mandataires qui ont fait part de leurs observations respectives.

SOCIETE2.) a été autorisée à établir une liste de questions à soumettre à l'Expert pour le 7 mars 2023 au plus tard. Elle a établi cette liste pour la date convenue.

Le magistrat de la mise en état a pris le 9 mars 2023 une ordonnance de complément d'expertise portant sur les points repris dans le listing de questions déposé par le mandataire de SOCIETE2.) le 7 mars 2023 :

«1) Nous comprenons que le Rapport de 2019, qui s'appuie sur les données de portage contenues dans les rapports d'expertise unilatéraux SOCIETE6.), ne prend pas en compte, dans l'évaluation du potentiel préjudice de SOCIETE1.), l'élément concurrentiel déterminant qu'est la volatilité naturelle de clientèle entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.), du fait du libre jeu de la concurrence. En effet, la « situation observée » (à partir de la publicité litigieuse) doit être distinguée de la « situation contrefactuelle » (c'est-à-dire la période non affectée par la publicité litigieuse ; par exemple, dans le cas d'espèce, la période de janvier 2005 à fin avril 2007).

Sur base de ces constats, **comment votre analyse permet-elle, avec la précision attendue quant à l'effectivité du prétendu dommage (et donc sans surévaluation d'un potentiel préjudice concernant les portages), de différencier entre : d'une part, un éventuel préjudice réparable dû à un prétendu effet négatif des publicités litigieuses sur les portages entre SOCIETE2.) et SOCIETE1.) ; et d'autre part, une perte de clientèle pour SOCIETE1.) au profit de SOCIETE2.) résultant du jeu normal de la concurrence et ne pouvant donner lieu à réparation ?**

2) Sachant que les chiffres de portage ne distinguent pas entre les différents segments existants à l'époque (notamment entre les produits pour consommateurs et pour professionnels, les produits prépayés et les abonnements, et les abonnements avec téléphone portable ou sans téléphone portable) et que les publicités litigieuses ne portent que sur un produit spécifique (abonnement SOCIETE2.) Easy (destiné aux seuls consommateurs, par un abonnement et distinct des autres offres SOCIETE2.)) (ci-après la « Spécificité du potentiel préjudice »), **comment votre analyse permet-elle d'arriver à une évaluation du prétendu préjudice de SOCIETE1.), sans amalgamer les différents types de clientèles mélangées dans les statistiques de portage ?**

3) De même, en ce qui concerne toujours cette Spécificité du potentiel préjudice, sachant que les chiffres de portage incluent Improprement des personnes intéressées par d'autres abonnements ou plans tarifaires sur lesquels SOCIETE2.) communiquait à l'époque des faits en cause (produits SOCIETE7.) ou SOCIETE8.)), **comment votre analyse permet-elle d'arriver à une évaluation du prétendu préjudice sans amalgamer les différents types de clientèles contenues dans les statistiques de portage ?**

4) Sachant que votre Rapport de 2019 ne prend pas en considération la notion cardinale de droit de la concurrence constituée par « l'effet de nouveauté » du produit SOCIETE9.) de SOCIETE2.) et l'effet concurrentiel naturel d'attractivité

d'un tel nouveau produit, comment l'évaluation du prétendu préjudice que vous avez formulée se justifie-t-elle ?

5) Sachant que tous les contrats SOCIETE9.) de SOCIETE2.) n'ont pas été conclus pour une période de 24 mois, quelles raisons justifient la prise en compte d'une telle période de 24 mois? Plus précisément, quels processus de nettoyage ou de pondération appliquez-vous pour affiner/pondérer votre analyse sur ce point afin d'arriver à votre conclusion dans le Rapport de 2019 ?

6) Comment avez-vous déterminé la moyenne de 244 portages sur la période allant de janvier à mars 2008 ? Merci de bien vouloir fournir à la Cour et aux parties des explications détaillées et circonstanciées sur ce point, eu égard au fait que le rapport unilatéral PERSONNE3.) indiquait qu'il n'était pas parvenu à déterminer une telle moyenne mensuelle.

7) Enfin, et en lien avec toutes les questions ci-dessus, avez-vous effectué, avant de rendre le Rapport de 2019, des « tests de robustesse » de votre analyse principale avec des variantes à votre analyse principale pour vérifier que :

- d'une part, les résultats obtenus ne dépendent pas de façon cruciale d'une hypothèse étroite ou erronée dans ses prémisses ; et
- d'autre part, que vos résultats sont crédibles et ne contredisent pas d'autres données du marché ou facteurs explicatifs ?

Si oui, pouvez-vous fournir aux parties et à la Cour une copie des « tests de robustesse » que vous aviez effectués avant de remettre votre Rapport de 2019, ainsi que les documents illustrant les processus de nettoyage de données que vous avez réalisés (qui permettent de passer des données brutes aux données finalement utilisées dans votre rapport), afin que les parties et la Cour puissent être capables d'évaluer la pertinence de la mise à l'écart de certaines données éventuellement jugées non pertinentes et le caractère satisfaisant du regroupement de classes de données utilisées pour constituer votre analyse finale ? »

L'Expert a accepté la mission complémentaire par courriel du 9 mars 2023.

Par courriel du 10 mars 2023, l'Expert a interrogé SOCIETE1.) concernant le mode de calcul ayant permis à PERSONNE1.) (SOCIETE6.) Consulting) d'obtenir la moyenne mensuelle de 244 portages.

L'Expert a relancé SOCIETE1.) par courriel le 24 mars 2023.

Par courriel du 27 mars 2023, le mandataire de SOCIETE1.) a répondu à l'Expert en se référant aux explications lui fournies par PERSONNE1.) (SOCIETE6.) Consulting).

Par courriel du 28 mars 2023, l'Expert a demandé à SOCIETE1.) de lui fournir la méthode de calcul utilisée par PERSONNE1.) et les données sous-jacentes retenues.

Par courriel du 30 mars 2023, le mandataire de SOCIETE1.) a informé l'Expert que PERSONNE1.) doit réouvrir le dossier pour répondre à la question lui posée.

Par courriel du 7 avril 2023, le mandataire de SOCIETE1.) a informé l'Expert que PERSONNE1.) est en congés et ne pourra pas prendre position avant le 24 avril 2023.

Par courrier du 11 avril 2023, l'Expert a sollicité un délai supplémentaire pour déposer son rapport complémentaire.

Par ordonnance du 20 avril 2023, le magistrat de la mise en état a prolongé le délai alloué à l'Expert pour le dépôt du complément d'expertise jusqu'au 31 mai 2023.

L'Expert a établi un premier rapport complémentaire le 21 avril 2023, exception faite de la question n° 6 concernant la moyenne de 244 portages utilisée pour déterminer les écarts entre janvier et mars 2008.

Par courriel du 10 mai 2023, PERSONNE1.) s'est directement adressé à l'Expert pour lui fournir les informations réclamées quant à la formule de calcul du trend sans mettre en copie le mandataire de SOCIETE2.) et la Cour.

Le 11 mai 2023, le courriel de PERSONNE1.) a immédiatement été continué par le mandataire de SOCIETE1.) au mandataire de SOCIETE2.), ainsi qu'à la Cour.

Par courriel du 15 mai 2023, l'Expert a encore demandé au mandataire de SOCIETE1.) la transmission du fichier Excel avec l'ensemble des données utilisées pour retracer les calculs.

L'Expert a établi un second rapport complémentaire le 23 mai 2023 concernant la question n° 6. Il y a joint un fichier xlsx permettant de vérifier les calculs.

- *Nullité de l'expertise judiciaire*

Concernant le moyen tiré de la nullité du rapport du 11 juin 2019, la Cour renvoie à ses conclusions figurant page 7 de l'arrêt N° 161/22 - X - COM du 22 décembre 2022 sous le point « *validité du rapport d'expertise judiciaire* » pour rappeler que les critiques émises par SOCIETE2.) à l'encontre de ce rapport ont été vidées.

Reste à examiner les moyens tirés de la nullité des deux rapports complémentaires des 21 avril et 23 mai 2024.

Le premier grief tient au fait que l'expert, en correspondant directement avec PERSONNE1.) sans en référer à son mandataire et à la Cour, aurait violé le principe du contradictoire.

En vertu des articles 64 et 65 du Nouveau Code de procédure civile, le juge doit, en toutes circonstances, faire observer le principe de la contradiction (voir Encyclopédie Dalloz, mesures d'instruction confiées à un technicien). Dans cette logique, il doit sanctionner la violation du principe du contradictoire dans le cadre des opérations d'une expertise.

La violation du principe du contradictoire constitue, en principe, une irrégularité de forme qui n'entache l'expertise de nullité que si l'irrégularité, même substantielle, a effectivement nui aux intérêts de celui qui s'en prévaut et lui a causé un grief concret dont il rapporte la preuve.

En ce qui concerne la portée du principe du contradictoire, il est admis que l'expert doit s'assurer que les pièces ou informations litigieuses qui lui ont été communiquées par une partie ont été portées à la connaissance de son adversaire.

Cette obligation de communication est toutefois atténuée dès lors qu'il ne s'agit pas de documents émanant d'une partie, mais, comme dans le cas d'espèce, de pièces ou d'informations obtenues ou demandées auprès de tiers.

Dans de telles hypothèses, il est satisfait au principe du contradictoire si l'expert annexe ces pièces et/ou ces informations à son rapport, de sorte que celui-ci avec les pièces et informations sur lesquelles il est basé puisse faire l'objet d'un débat contradictoire devant les juges de fond, ce qui a bien été le cas en l'espèce.

En tout état de cause, SOCIETE2.) ne prouve pas le grief que lui aurait causé l'atteinte alléguée au principe de la contradiction en raison du défaut de communication du courriel de PERSONNE1.) par l'expert, ceci d'autant plus que le courriel litigieux a été continué dès le lendemain à son mandataire par le mandataire de SOCIETE1.).

Au vu de ce qui précède, le grief tenant à une violation du principe du contradictoire laisse d'être fondé.

S'agissant enfin du second grief de SOCIETE2.) tiré de la référence litigieuse faite par l'Expert dans son courrier du 21 avril 2023, il y a lieu de relever qu'outre de ne pas être clair, ce moyen n'est également pas de nature à faire douter de l'impartialité de l'expert dans ses opérations d'expertise.

A la lecture dudit complément d'expertise, aucune partialité ne peut en effet être relevée. Le fait que les conclusions sont défavorables à SOCIETE2.) n'est pas synonyme de partialité.

Le moyen de nullité des rapports complémentaires des 21 avril et 23 mai 2024 est, partant, à rejeter.

- *Au fond*

Il y a lieu de rappeler que le comportement fautif de SOCIETE2.) est clairement établi, que ce comportement a nécessairement eu une incidence sur l'exploitation

de SOCIETE1.), ne serait-ce que par le fait que toute entreprise a un droit à ne pas avoir à lutter contre des actes de concurrence déloyale, et que tout acte de concurrence déloyale constitue au moins un trouble commercial, forme de préjudice constitué par la déstabilisation du rival et la diminution de sa capacité de concurrence.

Pour déterminer son préjudice, SOCIETE1.) a renvoyé à un rapport unilatéral d'SOCIETE4.) du 29 septembre 2011 lequel a retenu un préjudice matériel de 1.702.140,23 euros suivant qu'il a été calculé selon la méthode de l'equity value et de 844.083,60 euros calculé suivant la méthode du chiffre d'affaires.

De son côté, SOCIETE2.) s'est prévalué d'un rapport unilatéral de SOCIETE5.) du 14 mai 2014 pour s'opposer à ces estimations.

Ces deux rapports unilatéraux ont été soumis à l'appréciation de la Cour.

Dans son arrêt N ° 47/16 - IX - COM du 10 mars 2016, la Cour a avalisé la première méthode d'évaluation décrite par SOCIETE4.) qui repose sur la détermination des revenus effectivement perdus par SOCIETE1.) du fait de la publicité déloyale de SOCIETE2.), laquelle a abouti à contrer, de manière illicite, les effets favorables pour SOCIETE1.) du produit SOCIETE10.).

La Cour a également jugé non dépourvues de pertinence à première vue les critiques suivantes de SOCIETE5.) :

- la période envisagée par SOCIETE4.) comporte 43 mois et non 31, comme indiqué, et sur base des chiffres fournis par SOCIETE4.), SOCIETE5.) n'est pas parvenue à déterminer une moyenne de 244 sur la période de 43 mois de juin 2005 à décembre 2008, ni sur aucune des périodes de 31 mois débutant en juin 2005 ou se terminant le 31 décembre 2008 ;
- les analyses faites par SOCIETE4.) se basent sur des données qui ne distinguent pas entre les différents segments (lignes prépayées, professionnelles et résidentielles) ;
- le rapport SOCIETE4.) ne précise pas si et comment le montant de 33,85 euros htva a été vérifié, mais se borne à indiquer « les informations reçues de la société SOCIETE1.) à notre demande » ;
- le préjudice ne saurait être égal au chiffre d'affaires perdu ou non gagné, car en ne réalisant pas le chiffre d'affaires incriminé, SOCIETE1.) aurait aussi fait l'économie de coûts, coûts qu'il y aurait lieu de déduire pour obtenir la marge sur coûts variables ;
- la durée obligatoire de 24 mois d'abonnement, qui correspondrait à la durée minimale que les abonnés devraient respecter dans les cas de remise sur un nouvel appareil téléphonique, ne concernerait que les clients qui auraient profité de la remise d'un nouveau téléphone, mais ne tiendrait pas compte du pourcentage de clients SOCIETE10.) qui auraient choisi cette option et devrait être réduite.

La Cour a enfin missionné un expert judiciaire de vérifier quant à chacun de ces points, dans quelle mesure ils se justifient.

L'évaluation de ce préjudice économique a été arrêtée dans le rapport d'expertise initial du 11 juin 2019 à la somme de 604.020,48 euros. Les rapports complémentaires des 21 avril et 23 mai 2023 ont eu pour but de clarifier le résultat financier dégagé dans le premier rapport.

SOCIETE1.) a marqué son accord avec l'approche reprise par l'expert dans ses rapports, tandis que SOCIETE2.) conteste ces différents rapports.

Une mesure d'instruction est ordonnée par une juridiction en vue de lui fournir des éléments de renseignement qu'elle estime nécessaire à la solution du litige. C'est en ce sens que son contenu va évidemment influencer sur l'issue de l'instance. Mais cette influence n'est pas déterminante, l'article 446 du Nouveau Code de procédure affirmant avec netteté que le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien.

En ce sens, les conclusions de l'expert n'ont qu'une valeur consultative ; les juges auxquels est soumis l'examen d'un rapport disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain et ils n'ont à tenir compte de l'avis du technicien que dans la mesure où il leur paraît fondé. Ils sont libres de ne pas suivre l'avis de l'expert si leur conscience s'y oppose. Les tribunaux ne doivent toutefois s'écarter des conclusions de l'expert judiciaire qu'avec la plus grande circonspection et uniquement dans le cas où il existe des éléments sérieux permettant de conclure qu'il n'a pas correctement analysé toutes les données qui lui ont été soumises.

La Cour retient d'abord que c'est à juste titre que l'Expert s'est basé sur la méthode de l'évolution statistique du nombre de portages décrite par SOCIETE4.), méthode d'ores et déjà validée par arrêt N ° 47/16 - IX - COM du 10 mars 2016 et qui peut se résumer de la façon suivante : nombre d'abonnés perdus (la différence des portages) x chiffre d'affaires mensuel par numéro x nombre de mois d'engagement.

Concernant le calcul du nombre d'abonnés perdus, l'expert a 1. vérifié le nombre de portages de SOCIETE1.) vers SOCIETE2.) sur base des informations fournies par les statistiques de l'Institut Luxembourgeois de Régulation (SOCIETE11.)) et des documents comptables émis par la plateforme SOCIETE12.) vers le GIE TELECOM et de ce dernier vers les opérateurs et 2. le nombre de portages de SOCIETE2.) vers SOCIETE1.) sur base des mêmes informations (à noter qu'il s'agit de données objectives et fiables acceptées par les parties au litige). Il a ensuite calculé le solde compensé des portages (différence entre 1. et 2.) ainsi qu'une moyenne du solde des portages sur une longue période (à noter que la période de référence initialement retenue par SOCIETE4.) de 43 mois indiquée comme allant de juin 2005 à décembre 2008 a été amendée à 31 mois suivant rapport de cette dernière du 12 septembre 2014). La moyenne du solde des entrées-sorties a été évaluée à 244 portages en faveur de SOCIETE1.). Dans son rapport d'expertise complémentaire du 23 mai 2023, en réponse aux critiques de SOCIETE2.) sur ce point, l'Expert a confirmé la valeur de référence retenue

de 244 tout en précisant que pour sa part, il aurait utilisé une autre période de référence pour aboutir à 248,83 portages (ce qui aurait pour conséquence d'accroître le dommage de SOCIETE1.) de 8.958,30 euros).

L'Expert a ensuite déterminé la période d'impact direct de la publicité illicite de SOCIETE2.) (fixée d'octobre 2007 à décembre 2007) en calculant la différence du solde des portages entre octobre 2007 et décembre 2007 et la période de retour à la normale (fixée de janvier à mars 2008) en calculant l'écart entre les soldes compensés de portages et la moyenne du solde compensé sur la longue période. Il a ainsi fixé le nombre total d'abonnés perdus à 977 abonnés (à noter que pour arriver au nombre de 977 abonnés perdus, n'ont été retenus que le nombre de départs portés, c'est-à-dire les détenteurs d'un numéro de téléphone qui ont demandé l'attribution du même numéro auprès du concurrent, et non le nombre de clients SOCIETE1.) ayant résilié leur abonnement au bénéfice d'un nouvel abonnement SOCIETE2.) sans conserver le numéro de téléphone de leur ancien abonnement, de même que le nombre de clients SOCIETE3.) ayant contracté directement avec SOCIETE2.)).

Cette analyse tient suffisamment compte des variations « normales » de flux de clients entre les deux opérateurs. Le fait que l'Expert admette l'existence d'autres possibilités de calculs n'est pas de nature à remettre en cause l'approche retenue en l'espèce. La Cour relève par ailleurs que les chiffres retenus par l'expert sont des chiffres minimums.

La Cour renvoie pour le surplus sur cette question au point 3.3. pages 4 à 6 du rapport PERSONNE4.) du 11 juin 2019 qui contiennent les calculs d'SOCIETE6.) Consulting vérifiés par l'expert sous l'optique des critiques de SOCIETE5.).

Quant au reproche formulé en ce que la base statistique ne distinguerait pas entre les segments et les types d'abonnements, l'Expert a, à suffisance, précisé que : « *L'objet de l'analyse consiste à déterminer un comportement des clients sur une période bien déterminée en prenant en compte la moyenne sur 43 mois, la date de lancement du produit SOCIETE10.) par SOCIETE1.) (06/2007), la date de lancement du produit SOCIETE9.) par SOCIETE2.) (07-08/2007) et la fin de la publicité SOCIETE2.) (01/2008). L'analyse statistique a permis de déterminer des écarts significatifs sur cette période de quelques mois. Il est alors pertinent de rapprocher ces écarts avec les produits SOCIETE10.) et SOCIETE9.) et de considérer que la ségrégation entre segments et types d'abonnements n'a pas de conséquences pour les résultats de la présente expertise.* »

S'agissant enfin de la nécessité de tests de robustesse mise en avant par SOCIETE2.), l'Expert a clairement pris position en ces termes : « *La question de SOCIETE13.) rejoint une analyse par scénarios, qui consiste à établir différents scénarios pour élargir le champ de l'analyse et de la réflexion. Les tests de robustesse ou d'élasticité peuvent participer d'une telle démarche, en permettant de déterminer l'influence des différentes variables sur le résultat final.*

En l'occurrence la formule de calcul est relativement simple, il s'agit d'une équation à trois inconnues, qui s'écrit de la manière suivante :

Préjudice = nombre de clients x chiffre d'affaires moyen x nombre de mois

S'agissant d'une multiplication chacune des grandeurs est significative. Chaque hypothèse dont découle une des grandeurs a une influence sur le calcul. En variant une des inconnues, le préjudice varie en conséquence.

Dans mon rapport j'ai présenté un raisonnement, un calcul et un résultat que j'estime être cohérents et pertinents. Je n'ai pas réalisé des tests de robustesse alors qu'ils sont susceptibles de compliquer les raisonnements, mais non d'apporter de la clarté. ».

Par ailleurs, la Cour rappelle qu'en l'occurrence il n'y a pas lieu de vérifier la validité d'un modèle mathématique ou statistique en variant les données ou hypothèses d'application, étant donné que la méthodologie appliquée a d'ores et déjà été retenue par arrêt N ° 47/16 - IX - COM du 10 mars 2016 et s'imposait dès lors à l'expert commis.

La critique de SOCIETE2.) est en conséquence à rejeter.

L'Expert a ensuite procédé au calcul du chiffre d'affaires moyen et retenu une dépense moyenne mensuelle par abonné de 33,85 euros sur base notamment des références de l'SOCIETE11.), dont il a déduit les coûts économisés à concurrence du montant de 8,09 euros pour en conclure un chiffre d'affaires total de 25,76 euros (cf. point 3.4. pages 7 à 8 du rapport PERSONNE4.) du 11 juin 2019).

Si SOCIETE2.) conteste actuellement ce montant, la Cour constate que l'estimation retenue n'a pas fait l'objet des critiques soumises à l'Expert à l'occasion de l'élaboration de son rapport complémentaire.

A défaut de preuve que l'Expert se soit trompé dans son chiffrage, il n'y a pas lieu de s'écarter de ses conclusions.

Concernant enfin le nombre de mois d'engagement perdus, l'Expert a retenu une durée de 24 mois d'abonnements par référence aux contrats types et aux durées moyennes d'engagement des clients de SOCIETE1.) (cf. point 3.5. pages 8 à 9 du rapport PERSONNE4.) du 11 juin 2019).

Dans son rapport complémentaire du 21 avril 2023, l'Expert a indiqué avoir considéré le cadre contractuel avec le client, l'absence de statistiques historiques et les arguments des parties. Selon lui, la durée possible se situe entre 12 mois, 18 mois, 24 mois et - en admettant une fidélité importante - de plusieurs années.

D'après SOCIETE1.), sur le marché de la téléphonie mobile, la durée moyenne de 24 mois serait une hypothèse a minima. Elle cite pour exemple une affaire opposant devant les tribunaux français Bouygues Telecom c/ Free dans laquelle l'expert aurait calculé une perte d'abonnés pour Bouygues Telecom et retenu une valorisation par abonné sur 24 mois de 357.- euros (Jurisclasseur Concurrence – Consommation, Fascicule 797 : PUBLICITE ET

CONCURRENCE, se référant à un jugement de la 15^{ème} Chambre du Tribunal de Commerce de Paris du 22 février 2013, RG n°2012076280).

SOCIETE2.) maintient ses contestations.

La Cour note que les abonnements SOCIETE1.) de l'époque pouvaient en théorie être souscrits pour une durée de 12 mois ou de 24 mois, étant entendu qu'avec l'option 24 mois, et contrairement à l'option 12 mois, les clients bénéficiaient d'un nouveau téléphone subventionné.

A noter que la jurisprudence Bouygues Telecom c/ Free citée ci-avant n'est pas transposable telle quelle, la durée retenue par le tribunal étant calquée sur la durée de vie d'un abonné « forfait » qui était de 24 mois.

En l'absence de statistiques internes de SOCIETE1.), compte tenu des explications de l'Expert et des critiques de SOCIETE2.), la Cour décide de retenir en l'espèce une durée de 18 mois.

Dans ces conditions, le dommage matériel de SOCIETE1.) doit être évaluée, par réformation du jugement entrepris, au montant de (977 x 25,76 x 18) 453.015,36 euros.

Quant au dommage moral, c'est à juste titre et pour des motifs que la Cour fait siens, que le tribunal a accueilli l'argumentation de l'époque de SOCIETE1.) à concurrence du montant de 1.000.- euros.

La Cour précise encore à cet égard que SOCIETE2.) a été condamnée pour des faits de publicité comparative illicite et non pour des faits de dénigrement comme dans l'affaire Bouygues Telecom c/ Free.

L'analyse faite à cet égard par les juges du premier degré et leur solution reste ainsi, en l'absence de tout élément nouveau permettant d'énervier lesdites conclusions, correcte en appel.

- Demandes accessoires

SOCIETE2.) conclut à sa décharge de la condamnation prononcée sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile. Elle réclame la condamnation de l'appelante à lui payer une indemnité de procédure de 3.000.- euros pour la première instance et de 5.000.- euros pour l'instance d'appel.

Dans ses dernières conclusions, SOCIETE1.) demande à la Cour de condamner SOCIETE2.) à lui payer pour chaque instance une indemnité de procédure de 6.000.- euros.

Aux termes de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, « *lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine* ».

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation, arrêt n° 60/15 du 2 juillet 2015, JTL 2015, p. 166).

La demande de SOCIETE2.) à être déchargée de la condamnation prononcée à son encontre par les juges de première instance sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à rejeter en l'absence de toute preuve que les premiers juges l'ont à tort condamnée au paiement d'une indemnité de procédure.

Sa demande en allocation d'une indemnité de procédure pour la première instance n'est pas fondée au vu du fait que le jugement dont appel est partiellement à confirmer. En tant que partie succombante en appel, sa demande n'est également pas fondée.

SOCIETE1.) n'invoquant, ni a fortiori ne démontrant de raison impliquant l'inexactitude de la décision de première instance ayant limité le montant de l'indemnité de procédure lui accordée à 1.500.- euros, il convient en conséquence de confirmer le jugement entrepris sur ce point.

Comme il paraît inéquitable de laisser à charge de cette partie l'intégralité des frais irrépétibles qu'elle a dû exposer en appel, il y a lieu de faire droit à sa demande à concurrence du montant de 2.500.- euros.

En ce qui concerne finalement les frais et dépens de l'instance, l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile prévoit que la partie perdante est condamnée aux dépens, à moins que le juge, par décision spéciale et motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge de l'autre partie.

Les juges de première instance ayant procédé à une saine répartition des frais et dépens de la première instance, le jugement est encore à confirmer sur ce point.

Les frais de l'expertise PERSONNE4.) (rapport final du 11 juin 2019 et rapports complémentaires des 21 avril et 23 mai 2024) sont, quant à eux, à inclure dans les frais et dépens de la présente instance.

En ce qui concerne la répartition des frais et dépens d'appel entre les parties litigantes, la Cour prend en considération l'issue du litige, le mérite des moyens soulevés de part et d'autre, ainsi que le résultat du rapport d'expertise PERSONNE4.), pour imposer les frais et dépens dans leur globalité à charge de SOCIETE2.).

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

statuant en continuation des arrêts N° 47/16 - IX - COM du 10 mars 2016 et N° 161/22 - IX - COM du 22 décembre 2022 ;

vu les rapports complémentaires PERSONNE4.) des 21 avril et 23 mai 2023 ;

rejette le moyen de nullité des rapports complémentaires des 21 avril et 23 mai 2023 ;

réformant,

déclare la demande de la société anonyme SOCIETE1.) SA fondée à concurrence du montant de 453.015,36 euros au titre du dommage matériel ;

partant, condamne la société anonyme SOCIETE2.) SA à payer à la société anonyme SOCIETE1.) SA le montant de 453.015,36 euros, avec les intérêts légaux à partir du présent arrêt jusqu'à solde ;

confirme pour le surplus le jugement entrepris ;

condamne la société anonyme SOCIETE2.) SA à payer à la société anonyme SOCIETE1.) SA le montant de 2.500.- euros au titre de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

condamne la société anonyme SOCIETE2.) SA aux frais et dépens de l'instance d'appel, y compris les frais d'expertise PERSONNE4.), avec distraction au profit de Maître James JUNKER, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Carole KERSCHEN, président de chambre, en présence du greffier Gilles SCHUMACHER.