

Cour de cassation
Chambre commerciale
13 Juillet 2010

Rejet

N°09-15.304, 09-66.970

Publié au Bulletin

Société Free

Société France Telecom; Société Orange sports; Société française de radiotéléphonie;
l'association la ligue de football professionnel; l'association nationale des ligues de sport
professionnel; le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi

Mme Favre (président), Président

SCP Bénabent, SCP Defrenois et Levis, SCP Piwnica et Molinié, SCP Yves et Blaise Capron,
Avocat

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Joint les pourvois n°E 09-66. 970, formé par la Société française de radiotéléphonie (la société SFR), venant aux droits de la société Neuf Télécom, et n°W 09-15. 304 relevé par la société Free, qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 mai 2009, rectifié le 4 juin 2009), qu'ayant acquis les droits exclusifs de retransmission de certains matches de la compétition de la Ligue 1 de football pour la période 2008-2012, la société France Télécom en a réservé l'exclusivité de diffusion à la chaîne Orange sports, accessible à la fois sur satellite et sur les réseaux ADSL de sa filiale Orange ; que la réception de cette chaîne, diffusée en exclusivité dans le cadre des offres de télévision payante d'Orange, implique la souscription d'un abonnement à l'une des offres internet haut débit d'Orange ; que, soutenant que la double exclusivité de diffusion et de distribution constituait une vente conjointe prohibée par l'article L. 122-1 du code de la consommation et par conséquent une pratique de concurrence déloyale de la part de la société France Télécom, la société Free l'a assignée à bref délai afin qu'il lui soit enjoint, notamment, de cesser de subordonner l'abonnement à la chaîne Orange Foot à la souscription d'un abonnement à internet haut débit d'Orange ; que la société Neuf Télécom a assigné la société France Télécom aux mêmes fins ; que les affaires ont été jointes ;

Sur le moyen unique du pourvoi n°W 09-15. 304, pris en ses première, deuxième et troisième branches et le moyen unique du pourvoi n°E 09-66. 970, pris en sa deuxième branche, réunis :
Attendu que les sociétés Free et SFR font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur demande, alors, selon le moyen :

1°/ que conformément à l'article 249 du Traité de Rome, les directives n'ont pas d'effet direct dans les litiges entre particuliers ; que le juge national ne peut pas, sous le couvert d'une interprétation conforme du droit national aux objectifs de la directive, substituer la directive, au droit national dont il estime qu'il serait contraire à la directive ; qu'en l'espèce, sous le couvert d'une interprétation conforme à la directive, après avoir affirmé que l'article L. 122-1 du code de la consommation était contraire à la dite directive, la cour d'appel a fait une application directe de ladite directive ; qu'en statuant ainsi, elle a violé l'article 249 du Traité de Rome ;

2°/ qu'en vertu de l'article 16 du code de procédure civile, le juge doit observer en toutes circonstances le principe de la contradiction ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a décidé d'office d'appliquer directement la directive sous le couvert d'une interprétation conforme, sans rouvrir les débats afin de respecter le principe du contradictoire ; qu'en statuant ainsi, elle a violé l'article 16 du code de procédure civile ;



Cabinet Gilles BUIS

182, rue de Rivoli – 75001 Paris (France)

Tel : (33) 1 45 05 31 50 - Fax (33) 1 01 45 05 20 05 - gbuis@buis-avocat.fr

3°/ que la Directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales ne s'oppose au maintien des réglementations nationales existantes que lorsqu'elles instituent une interdiction générale et absolue de toute forme d'offres commerciales conjointes faites par un vendeur à un consommateur, sans que le juge ne puisse tenir compte des circonstances spécifiques à chaque espèce ; que l'application de l'article L. 122-1 du code de la consommation est subordonnée à un examen préalable des circonstances particulières de chaque espèce et du contexte particulier dans lequel la vente litigieuse intervient ; qu'en considérant que le juge français n'est tenu de procéder à aucune analyse factuelle de chaque espèce et que les assouplissements jurisprudentiels limités et prédéfinis de la prohibition des ventes subordonnées ne sauraient se substituer à l'analyse qui doit être nécessairement menée au regard du contexte factuel de chaque espèce, quand seules sont prohibées, en droit français, les ventes subordonnées contraires à l'intérêt des consommateurs ou justifiées par aucun autre motif légitime, la cour d'appel a violé de plus fort l'article L. 122-1 du code de la consommation prétendument interprété à la lumière de la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales ;

4°/ qu'en vertu de l'article L. 122-1 du code de la consommation, la vente subordonnée n'est interdite que si elle est contraire, dans les conditions factuelles de l'espèce, à l'intérêt du consommateur moyen ; que dans ces conditions, l'article L. 122-1 précité n'est pas contraire au droit communautaire ; que dès lors, en l'espèce, en décidant que le fait d'être obligé de souscrire à l'offre ADSL d'Orange pour bénéficier de la chaîne Orange sports ne devait pas être interdit en l'espèce, car l'article L. 122-1 du code de la consommation serait contraire au droit communautaire, sans rechercher si le fait d'être obligé d'abandonner son propre fournisseur d'accès à internet pour souscrire à une chaîne diffusant le championnat de la ligue 1 n'est pas contraire à l'intérêt du consommateur moyen, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé l'obligation qui s'impose à toutes les autorités des Etats membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles, d'atteindre le résultat prévu par les directives, ainsi que leur devoir, en vertu de l'article 10 du Traité instituant la Communauté européenne, devenu l'article 4 § 3 du Traité sur l'Union européenne, de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, l'arrêt relève que par arrêt du 23 avril 2009 (C-261 / 07 et C-299 / 07), rendu sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que la directive 2005 / 29 / CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84 / 450 / CEE du Conseil et les directives 97 / 7 / CE, 98 / 27 / CE et 2002 / 65 / CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n°2006 / 2004 du Parlement européen et du Conseil, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur ; qu'ayant énoncé que l'article L. 122-1 du code de la consommation interdit de telles offres conjointes sans tenir compte des circonstances spécifiques, la cour d'appel, sans avoir à procéder à la recherche inopérante visée au quatrième grief et quels que soient les assouplissements jurisprudentiels d'application de ce texte, en a exactement déduit qu'elle devait l'appliquer dans le respect des critères énoncés par la directive pour la qualification du caractère déloyal d'une pratique et a, sans procéder à l'application directe de celle-ci par un effet de substitution, ni violer le principe de la contradiction, justement recherché si ces critères étaient en l'espèce réunis ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen du pourvoi n°E 09-66. 970, pris en ses quatrième, cinquième et onzième branches et le moyen du pourvoi n°W 09-15. 304, pris en ses quatrième, cinquième, sixième et septième branches, réunis :

Attendu que les sociétés SFR et Free font le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que selon l'article 2h) de la Directive la notion de diligence professionnelle correspond au " niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur conformément aux pratiques de marché honnêtes et / ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité " ; que la société SFR avait



Cabinet Gilles BUIS

182, rue de Rivoli – 75001 Paris (France)

Tel : (33) 1 45 05 31 50 - Fax (33) 1 01 45 05 20 05 - gbuis@buis-avocat.fr

précisément fait valoir qu'aucun éditeur de programmes audiovisuels, ayant également une activité distincte de fournisseur d'accès internet n'avait jamais été autorisé à subordonner l'accès payant à ses programmes à la souscription d'un abonnement internet également payant auprès du même groupe, avant d'en déduire que la pratique de vente subordonnée du groupe Orange était contraire aux règles de la diligence professionnelle dans la mesure où elle contraint le consommateur à acheter un produit abondant (fourniture d'accès internet) pour accéder à un bien rare (matches de la ligue 1 diffusés exclusivement sur Orange sports), qu'elle rend cette clientèle captive d'Orange FAI et constitue un détournement de clientèle au préjudice des opérateurs concurrents ; qu'en se bornant à affirmer que les parties n'invoquent aucun élément précis au soutien de leur affirmation selon laquelle l'offre litigieuse serait contraire à la diligence professionnelle, sans vérifier comme elle y avait été invitée, si les autres fournisseurs d'accès internet également éditeurs de programmes audiovisuels interdisaient également l'accès à leurs programmes audiovisuels aux abonnés des autres FAI et si ce mécanisme de double exclusivité ne constituait pas un acte de concurrence déloyale au préjudice des opérateurs concurrents et des consommateurs rendus captifs de l'opérateur historique, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 122-1 du code de la consommation interprété à la lumière des articles 2 et 5-2 de la Directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales ;

2°/ qu'en vertu de l'article 5 de la Directive 2005 / 29 / CE, 3 " 1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. 2. Une pratique commerciale est déloyale si : a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse ? " ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que les parties n'invoquent aucun élément précis au soutien de leur affirmation selon laquelle l'offre litigieuse serait contraire à la diligence professionnelle ; qu'en décidant que la pratique n'était pas déloyale, sans rechercher, comme l'y invitait la société Free, si la faute de France Télécom ne consistait pas à avoir utilisé un système de vente subordonnée prohibée, et à s'être ainsi rendue coupable d'un acte de concurrence déloyale, ce qui constituait le manquement à la diligence professionnelle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-1 du code de la consommation, interprété à la lumière de l'article 5 de la Directive susvisée ;

3°/ qu'en application de la Directive du 11 mai 2005, une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique par rapport aux produits du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale et ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ; qu'ainsi, la Directive relative aux pratiques déloyales ne prohibe pas seulement les pratiques commerciales trompeuses ou agressives ; qu'en limitant la notion d'altération substantielle du comportement économique des consommateurs, définie à l'article 2e) de la directive comme l'utilisation d'une pratique commerciale compromettant sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement au seul caractère " trompeur par rapport à un consommateur d'attention moyenne ", la cour d'appel a violé les articles 2 et 5 de la Directive ;

4°/ qu'en vertu de l'article 5 de la Directive 2005 / 29 / CE, " 1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. 2. une pratique commerciale est déloyale si : a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse ? " ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que la pratique de vente subordonnée querellée obligeait le consommateur à choisir comme fournisseur d'accès à internet, Orange dont il n'est pas contesté que les tarifs sont plus élevés que ceux des autres fournisseurs d'accès à internet ; qu'en décidant néanmoins que cette pratique n'était pas de nature à altérer de manière substantielle le comportement du consommateur moyen, la cour d'appel a violé l'article L. 122-1 du code de la consommation, interprété à la lumière de l'article 5 de la Directive susvisée ;



Cabinet Gilles BUIS

182, rue de Rivoli – 75001 Paris (France)

Tel : (33) 1 45 05 31 50 - Fax (33) 1 01 45 05 20 05 - gbuis@buis-avocat.fr

5°/ qu'en vertu de l'article 5 de la Directive 2005 / 29 / CE, " 1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. 2. une pratique commerciale est déloyale si : a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle, et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse ? " ; qu'en l'espèce, la cour d'appel n'a pas recherché si le fait de ne pouvoir avoir qu'un seul fournisseur d'accès à internet sur une ligne téléphonique n'impliquait pas que la pratique de vente subordonnée querellée, outre qu'elle obligeait à adopter l'ADSL d'Orange pour avoir la chaîne Orange sports, contraignait le consommateur à quitter son fournisseur d'accès à internet antérieur, et n'était pas de ce fait de nature à altérer de manière substantielle le comportement du consommateur ; qu'en statuant ainsi elle privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-1 du code de la consommation, interprété à la lumière de l'article 5 de la Directive susvisée ;

6°/ qu'une pratique commerciale est réputée trompeuse et déloyale lorsqu'elle est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes ; qu'en se bornant à affirmer que la mention faisant état de la possibilité de souscrire à l'option Orange Foot pour 6 euros par mois était subordonnée à la nécessité d'être client de la télévision d'Orange n'était pas trompeuse, sans vérifier si le consommateur moyen engagé auprès d'un autre fournisseur d'accès avait été suffisamment informé de l'obligation qui lui était faite de résilier son contrat en cours au profit de Orange FAI pour bénéficier de l'option Sport, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article L. 122-1 du code de la consommation, interprété à la lumière de l'article 6 de la Directive du 11 mai 2005 ;

7°/ qu'en vertu de l'article 6 de la Directive, " une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses, et qu'elle est donc mensongère ou que, d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, elle induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes, en ce qui concerne un ou plusieurs des aspects ci-après et que, dans un cas comme dans l'autre, elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement " ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a constaté que sur le site Internet Orange le consommateur était informé que pour adopter l'option Orange sports à 6 euros, il fallait être client de la télévision d'Orange ; qu'en décidant que cela suffisait à exclure le caractère trompeur de la pratique pour le consommateur moyen, sans rechercher si le consommateur était informé qu'il ne pouvait avoir qu'un seul fournisseur d'accès à Internet par ligne téléphonique et qu'il devrait donc abandonner son ancien fournisseur d'accès à internet, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 122-1 du code de la consommation, interprété à la lumière de l'article 6 de la Directive susvisée ;

Mais attendu qu'après avoir rappelé que l'article 5 de la Directive précise qu'une pratique commerciale est déloyale si, à la fois, elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport aux produits, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, en particulier lorsqu'elle est trompeuse au sens des articles 6 et 7, ou agressive au sens des articles 8 et 9, l'arrêt relève qu'il n'est pas démontré que l'offre de la société France Télécom serait trompeuse ou contraire à la diligence professionnelle et retient que cette offre laisse au consommateur toute liberté quant au choix de son opérateur ADSL en raison de la configuration du marché et en particulier de la structure de l'offre, laquelle conduit le consommateur à choisir son opérateur en considération des services associés et donc de la capacité des offreurs de se différencier de leurs concurrents ; que la cour d'appel, qui n'a ainsi pas limité la notion d'altération substantielle du comportement économique des consommateurs au seul caractère " trompeur par rapport à un consommateur d'attention moyenne ", a, sans avoir à procéder à la recherche que les première, deuxième, cinquième, sixième et septième branches lui reprochent d'avoir négligée et que ses constatations rendaient inutile, légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le moyen du pourvoi n°E 09-66. 970, pris en ses sixième, septième, huitième, neuvième et dixième branches :



Cabinet Gilles BUIS

182, rue de Rivoli – 75001 Paris (France)

Tel : (33) 1 45 05 31 50 - Fax (33) 1 01 45 05 20 05 - gbuis@buis-avocat.fr

Attendu que la société SFR fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que si les exclusivités simples sont fréquentes, le modèle dit de la double exclusivité de distribution de transport et d'accès subordonnant l'accès à une offre payante de programmes audiovisuels exclusifs à la souscription d'un abonnement préalable à une offre triple play auprès d'un fournisseur d'accès internet déterminé constitue, en revanche, un modèle économique inédit ; qu'en considérant que la stratégie d'Orange liant l'édition et la diffusion de programmes audiovisuels exclusifs de sa chaîne Orange sports à la fourniture obligatoire d'un accès internet préalable par Orange FAI était comparable à celle mise en œuvre par les fournisseurs d'accès concurrents qui n'éditent en propre aucun programme et recherchent seulement des droits exclusifs de transport et d'accès à certaines chaînes éditées par des tiers ou à certains modes de distribution, quand le mécanisme de la double exclusivité mis en place par Orange pour verrouiller le marché de l'internet haut débit était entièrement nouveau, la cour d'appel a violé de plus fort l'article L. 122-1 du code de la consommation ;

2°/ que la Directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales interdit les pratiques dommageables du point de vue de la protection des consommateurs ; que la double exclusivité de distribution de programmes attractifs par une chaîne de télévision et d'accès à un réseau internet haut débit appartenant à un même groupe intégré verticalement entraîne une restriction des choix du consommateur et porte atteinte à la liberté de ce dernier ; qu'en affirmant que la circonstance que l'accès à la chaîne Orange sports soit associé exclusivement à l'offre ADSL Orange n'altère pas la liberté de choix du consommateur à l'égard des offres ADSL sans tenir compte de la nature particulièrement attractive du programme de football diffusé en exclusivité par la chaîne Orange sports, la cour d'appel qui a méconnu l'intérêt des consommateurs a violé l'article L. 122-1 du code de la consommation ;

3°/ que la double exclusivité de distribution et d'accès oblige un consommateur à demeurer abonné d'un fournisseur d'accès déterminé non plus en raison de l'attractivité de l'offre triple play dont il bénéficie mais exclusivement pour les contenus audiovisuels que son opérateur a acquis à titre exclusif ; qu'en considérant que la question de la double exclusivité mise en œuvre au profit de Orange FAI ne se pose qu'au consommateur moyen qui s'apprête à souscrire un abonnement internet qui se détermine précisément en considération des services qui y sont associés et partant des capacités de différenciation de ces dernières par rapport aux offres concurrentes, quand une telle exclusivité portant sur des programmes premium rend les amateurs de football captifs d'un seul fournisseur d'accès internet ou les oblige à résilier leur abonnement internet souscrit auprès d'un fournisseur d'accès concurrent, la cour d'appel a violé l'article L. 122-1 du code de la consommation ;

4°/ qu'une pratique commerciale est réputée agressive au sens de la Directive du 11 mai 2005, lorsqu'elle est susceptible d'altérer notamment par la contrainte ou d'une influence injustifiée la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen ; qu'il en est spécialement ainsi lorsque le professionnel impose un obstacle non contractuel important au consommateur qui souhaite mettre fin au contrat ou changer de produit ou de fournisseur ; qu'en affirmant que l'essentiel, au sens de la directive, est que le consommateur soit libre de ne pas souscrire à une offre quand le texte communautaire prévoit expressément que sa liberté de changer ensuite d'opérateur ne doit pas non plus être entravée, la cour d'appel a violé les articles 8 et 9 de la Directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales ;

5°/ qu'en décidant que la double exclusivité mise en œuvre par France Télécom pour contraindre les amateurs de football souhaitant regarder en direct les matches de la ligue 1 du samedi soir non seulement à souscrire un contrat avec la chaîne Orange sports mais aussi à demeurer abonné chez Orange FAI ne constituait pas une pratique agressive au sens de la directive, tout en constatant qu'une pratique commerciale est agressive lorsqu'elle amène le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement et spécialement en l'empêchant de mettre fin au contrat ou de changer de fournisseur, ce qui était précisément le cas en l'espèce, la cour d'appel a violé l'article L. 122-1 du code de la consommation interprété à la lumière de l'article 9 de la Directive du 11 mai 2005 ;



Cabinet Gilles BUIS

182, rue de Rivoli – 75001 Paris (France)

Tel : (33) 1 45 05 31 50 - Fax (33) 1 01 45 05 20 05 - gbuis@buis-avocat.fr

Mais attendu qu'après avoir relevé qu'il est constant que, dans le cadre de la concurrence qu'ils se livrent, tous les fournisseurs d'accès à internet s'efforcent d'enrichir le contenu de leurs offres pour les rendre plus attractives par la mise en place de services innovants ou l'acquisition de droits exclusifs sur des contenus audiovisuels cinématographiques ou sportifs événementiels, l'arrêt observe que le consommateur moyen qui s'apprête à souscrire un abonnement à la fourniture d'accès à internet se détermine précisément en considération des services qui y sont associés et par conséquent des capacités de différenciation des diverses offres concurrentes ;

que de ces constatations qui traduisent, de façon générale, le comportement habituel du consommateur moyen dans sa démarche d'appréciation des offres de fourniture d'accès à internet et concernent également la décision éventuelle de changer d'opérateur, la cour d'appel a pu déduire, sans être tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des sociétés SFR et Free, que l'exclusivité d'accès à la chaîne Orange sports, dont bénéficie l'offre ADSL de la société Orange, n'était pas de nature à compromettre sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que les première et troisième branches du moyen du pourvoi n°E 09-66. 970 et la huitième branche du moyen du pourvoi n°W 09-15. 30 4 ne seraient pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;
Condamne les sociétés SFR et Free aux dépens ;



Cabinet Gilles BUIS

182, rue de Rivoli – 75001 Paris (France)

Tel : (33) 1 45 05 31 50 - Fax (33) 1 01 45 05 20 05 - gbuis@buis-avocat.fr