

Grosses délivrées
aux parties le :

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 4

ARRET DU 10 JUIN 2009

(n° 168 , 5 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **05/24643**

Décision déferée à la Cour : Jugement du 25 Novembre 2005
Tribunal de Commerce de PARIS - RG n° 05/43252

APPELANTE

SA FRANCE TELECOM
agissant poursuites et diligences de son directeur général
6, Place d'Alleray
75015 PARIS

représentée par la SCP BAUFUME-GALLAND-VIGNES, avoués à la Cour
assistée de Me POTOT Bertrand, avocat au barreau de PARIS - toque T 700, plaidant pour
la SCP DS avocats

INTIMEE

S.A.S. FREE
8, rue de la Ville l'Evêque
75008 PARIS

représentée par la SCP MONIN - D'AURIAC DE BRONS, avoués à la Cour
assistée de Me COURSIN Yves, avocat au barreau de PARIS - toque C 2186

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 5 mai 2009 en audience publique, après qu'il en ait été fait
rapport par Monsieur LE FEVRE, président, conformément aux dispositions de l'article
785 du Code de procédure civile, devant la Cour composée de :

M. LE FEVRE, président
M. ROCHE, conseiller
M. BIROLLEAU, conseiller

qui en ont délibéré

Greffier lors des débats Mme CHOLLET

18

M

ARRET

- contradictoire
- prononcé publiquement par M. LE FEVRE, président
- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par M. LE FEVRE, président et Mme CHOLLET, greffier.

LA COUR,

Vu le jugement du 25 novembre 2005 du Tribunal de commerce de Paris qui, estimant que la SA FRANCE TELECOM, en faisant apparaître en octobre 2004 dans cinq quotidiens nationaux et "*une soixantaine de titres de la presse régionale*" une publication dans laquelle elle citait nommément FREE avait commis au détriment de la SAS FREE une faute de concurrence déloyale, l'a condamnée à payer à cette dernière les sommes de 5 millions d'euros de dommages-intérêts en réparation de son préjudice matériel, de 1 million d'euros de dommages-intérêts en réparation de son préjudice d'image, 10 000€ au titre de l'article 700 du Code de procédure civile et a ordonné l'exécution provisoire ;

Vu l'appel de la SA FRANCE TELECOM et ses conclusions du 27 avril 2009 par lesquelles elle demande à la Cour de déclarer "*irrecevables*" les pièces n° 123 à 188 communiquées par la société FREE et les écarter des débats ; réformer le jugement ; débouter la société FREE ; lui ordonner de restituer les sommes versées en exécution du jugement ; subsidiairement diminuer le montant des dommages-intérêts ; condamner la société FREE à lui payer 15 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Vu les conclusions du 10 février 2009 de la SAS FREE qui demande à la Cour de condamner FRANCE TELECOM au paiement de 38 millions d'euros au titre du préjudice consécutif à la baisse des recrutements de clients au cours du 4^{ème} trimestre 2004 ; subsidiairement confirmer le jugement quant à l'octroi à son profit d'une somme de 5 millions de dommages-intérêts de ce chef, en réparation de l'atteinte à son image l'autoriser à publier le dispositif de l'arrêt dans les quotidiens et "*titres de la presse régionale*" dans lesquels la publicité a été faite avec remboursement par FRANCE TELECOM à hauteur de 1 525 000 € HT ; ordonner la même publication sous astreinte dans la page d'accueil de sites "*francetelecom.fr*" et "*wanadoo.fr*"; subsidiairement confirmer le jugement quant à la condamnation à 1 million d'euros de dommages-intérêts pour atteinte à l'image et réclame 15 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile ;

Considérant sur la procédure que FRANCE TELECOM ne dit pas clairement pour quelles raisons les pièces adverses n° 123 à 188 devraient être écartées des débats ; que, de manière erronée, en tous cas infondée, elle vise l'ordonnance de clôture partielle du décembre 2007 ; que par ordonnance du 3 mars 2009, le magistrat de la mise en état a constaté la révocation, par l'ordonnance du 1^{er} juillet 2008, de l'ordonnance de clôture partielle du 11 décembre 2007, a prononcé en tant que de besoin cette révocation et dit recevables les écritures de la SAS FREE postérieures au 11 décembre 2007 ; que ceci implique le recevabilité des pièces régulièrement communiquées à l'appui des dites conclusions ;

18

M

Considérant sur le caractère fautif de la publicité incriminée que le Tribunal a rappelé les faits et notamment décrit les publicités litigieuses ; qu'une seule des quatre publicités cite nommément FREE, à côté de TISCALI et AOL, une autre mentionnant d'autres concurrents de FRANCE TELECOM, NEUF TELECOM et CEGETEL ;

Considérant que c'est à juste titre que FRANCE TELECOM déclare que le dénigrement n'est pas caractérisé, que la publicité incriminée ne comporte aucune critique, ni aucune information malveillante ou péjorative relative à FREE ou à l'un quelconque de ses services ; que la proclamation "*a votre avis, comment font TISCALI, AOL ou FREE pour fournir un accès à INTERNET ? Comme vous, ils passent par le réseau de FRANCE TELECOM*", dont il n'est pas contesté qu'elle est, pour l'essentiel, objectivement exacte quant au fait, ne saurait être interprétée comme constituant, ou contenant, même de manière implicite, une critique de la qualité des services de FREE ;

Considérant que le parasitisme n'est pas plus caractérisé ; que FRANCE TELECOM ne s'est pas placée ni n'a tenté de se placer dans le sillage de FREE pour profiter des ses investissements, de sa notoriété, de son savoir-faire, de sa technologie ou de tout autre élément pour lequel il y aurait une prépondérance de FREE ou auquel FRANCE TELECOM n'aurait accès ou dont elle ne pourrait profiter que par son intermédiaire ou en s'y référant ;

Mais considérant que FREE place ses critiques, à titre principal, sur le terrain contractuel en invoquant la convention d'accès à la "*boucle locale*" conclue entre FRANCE TELECOM et FREE qui stipule, en son article 20-1 "*Communication*" : "*les parties s'engagent, dans le cadre de leurs communications commerciales et informations écrites et orales, sous toutes leurs formes, à ne porter en aucun cas confusion dans l'esprit des clients finals entre leurs services ni à porter atteinte à la réputation des services de l'autre partie ni à la réputation de celle-ci*", et en son article 20-2 "*Atteinte à l'image*" : "*Chaque partie s'engage à respecter... l'image et la réputation de l'autre partie... et de ne pas porter confusion entres ses services et ceux de l'autre partie dans l'esprit du client final*" ;

Considérant que ces stipulations, importantes pour les parties puisque celles-ci expriment par deux fois la préoccupation de ne pas créer, une "*confusion entre les services*" dans "*l'esprit du client final*" édictent une interdiction qui doit être appréciée, quant à son respect ou sa violation, non sur des éléments de fait matériels et objectifs mais sur des éléments psychologiques ; que ce sont les effets indésirables sur l'esprit du client du fait de leur comportement et notamment de leur "*communication sous toutes ses formes*" que les parties se sont engagées à éviter ;

Considérant qu'en diffusant sa publicité dans la quasi-totalité des grands quotidiens nationaux et régionaux, FRANCE TELECOM a voulu qu'elle atteigne la majorité de la population française, y compris surtout les personnes n'ayant aucune connaissance technique quant à l'accès à Internet et l'articulation entre les opérateurs et le "*réseau*" technique permettant cet accès, mais désireux, ou pouvant devenir désireux et s'y abonner, le marché étant alors en pleine expansion ;

Considérant que la rédaction de la publicité ci-dessus rappelée est susceptible de faire croire au "*client final*", essentiellement au client final potentiel, non averti, que la possession ou l'opération par FRANCE TELECOM de son "*réseau*" est un service spécifique que "*TISCALI, AOL ou FREE*" ne peuvent rendre, étant dépendants de FRANCE TELECOM et qu'il est préférable de contracter avec FRANCE TELECOM, seule susceptible d'offrir des services complets en raison de la maîtrise du réseau, plutôt qu'avec l'un des concurrents cités ; que s'il n'en avait pas été ainsi, la Cour ne peut identifier l'intérêt qu'aurait eu FRANCE TELECOM à mettre en oeuvre une opération publicitaire aussi importante et donc coûteuse ; que le réseau n'est pas un service au client

final mais un moyen technique à la disposition, tant de FRANCE TELECOM que des ses concurrents; qu'il en résulte que FRANCE TELECOM a procédé à une opération de communication susceptible de créer une confusion, dans l'esprit de certains clients finaux, entre ses services et ceux de FREE, en violation des stipulations contractuelles précitées;

Considérant sur le préjudice que cette faute contractuelle a nécessairement causé un préjudice à FREE, constituant une incitation des clients futurs des opérateurs d'accès à contracter avec FRANCE TELECOM plutôt qu'avec ses concurrents ; qu'il en est résulté pour FREE une perte de chance d'un accroissement de sa clientèle plus important que celui qu'elle a réalisé, en période d'expansion rapide et importante du marché concerné ; que les effets psychologiques d'une opération de grande ampleur mais sur une durée de huit jours seulement ont toutefois été nécessairement limités ; que la baisse de croissance subie par FREE au quatrième trimestre 2004 est nécessairement due à de multiples facteurs, notamment à ses propres difficultés techniques ; qu'en combinant l'ensemble des éléments évoqués par les parties dans leurs conclusions, la Cour est en mesure d'évaluer à 6 000 nouveaux clients potentiels environ, la perte de croissance du marché FREE en lien de causalité avec la faute de FRANCE TELECOM ci-dessus caractérisée ; que l'évaluation à 1 270 € par FREE du gain rapporté par un abonné est manifestement excessive ; que le rapport de la valeur boursière de l'entreprise au nombre de clients n'est pas un critère pertinent, en tous cas comme critère exclusif ; que la valeur boursière inclut un facteur de spéculation et que les actifs de FREE ne sont pas constitués exclusivement par ses clients; que l'évaluation de FRANCE TELECOM à 217 € par client sur la base d'une "durée de vie" d'un abonné de quatre ans et d'une marge de 14,6 % apparaît à l'inverse excessivement faible ; que notamment la "durée de vie" de seulement 4 ans eu égard à la généralisation des communications électroniques et au petit nombre des fournisseurs d'accès est peu réaliste; qu'en considération de l'ensemble des données en sa possession, la Cour dispose de suffisamment d'éléments pour fixer à 500 € environ la valeur pour FREE de chaque client;

Considérant que la publicité litigieuse n'était pas de nature à inciter les clients déjà abonnés chez FREE à changer brutalement de fournisseur d'accès, sauf pour une quantité de clients infinitésimale ; qu'eu égard à la nature de la faute et du préjudice, le préjudice d'"image" se confond avec le préjudice commercial étant un élément de celui-ci ; que l'objet de la publicité était précisément d'attirer chez FRANCE TELECOM de nouveaux clients en se donnant une "image" plus favorable que celle de ses clients ; que l'article 20-2 du contrat précité inclut d'ailleurs la confusion entre les services dans l'esprit du client final dans l'atteinte à l'image ; que la Cour ne peut constater de préjudice d'"image" spécifique distinct du préjudice matériel ;

Considérant qu'en définitive, eu égard à ce qui précède, la Cour estime à 3 millions d'euros le montant du préjudice indemnisable de FREE en lien de causalité avec le manquement de FRANCE TELECOM ; que la Cour retiendra la responsabilité de FRANCE TELECOM, quoique partiellement pour d'autres motifs que le Tribunal et prononcera une condamnation globale au profit de FREE à 3 millions d'euros de dommages-intérêts, toutes causes incluses;

Considérant sur les demandes de publication que, près de cinq années après les faits et eu égard à l'évolution importante du marché au cours de cette période, ces publications ne seraient pas utiles ; qu'en tous cas la Cour ne les estime pas opportunes ;

Considérant sur les frais irrépétibles et les dépens que les parties triomphant et succombant partiellement devant la Cour, il est équitable de laisser à chacune d'elles la charge des frais irrépétibles et dépens d'appel qu'elle a engagés ;

PAR CES MOTIFS

Infirme le jugement entrepris en ce qu'il a prononcé deux condamnations distinctes en réparation du préjudice matériel et du préjudice d'"image" de la SAS FREE et sur le montant des dommages-intérêts au profit de la SAS FREE.

Réduit ce montant à la somme globale de 3 millions d'euros.

Ordonne à la SAS FREE de restituer la somme différentielle perçue en vertu de l'exécution provisoire.

Confirme le jugement pour le surplus.

Déboute les parties de leurs autres demandes.

Laisse à chacune d'elles la charge des dépens d'appel qu'elle a engagés.

LE GREFFIER

LE PRESIDENT

