

260-05

MOTS-CLÉS

Concurrence, vente subordonnée, concurrence déloyale, télévision, triple play, FAI

DE L'UTILISATION DU DROIT DE LA CONSOMMATION À DES FINS ANTICONCURRENTIELLES

Tribunal de commerce de Paris
23 février 2009
Free et Neuf Cegetel
c/France Télécom et Orange Sports



OBJET DU LITIGE

Free filiale à 100 % du groupe Iliad est un opérateur de communications électroniques. Elle commercialise depuis 2003 dans les zones dégroupées des offres multiservices combinant l'accès à internet haut débit, la téléphonie fixe illimitée par internet et des services de télévision par ADSL. L'offre multiservices de Free comprend les services de télévision suivants : un bouquet de base de 150 chaînes inclus dans le forfait, environ autant de chaînes disponibles en option payante, dont 14 bouquets thématiques en option payante comprenant près de 70 chaînes et des services payants de vidéo à la demande. Avec une base d'abonnés proche de 4 millions depuis l'acquisition d'Alice en juin 2008, Free est le second FAI (Fournisseur d'accès internet) de France avec environ 25 % de parts de marché, derrière France Télécom.

Neuf Cegetel est détenue depuis le 19 juin 2008 par SFR elle-même filiale de Vivendi (56 %) qui contrôle également Canal Plus, et Vodafone (44 %). Neuf Cegetel propose au public une offre d'accès internet haut débit, concurrente de celle de France Télécom. Elle compte plus de 3,2 millions d'abonnés à son offre d'accès internet haut débit. Elle a lancé une offre multiservices combinant l'accès à internet haut débit, la téléphonie fixe, la télévision par ADSL et d'autres services à la carte tels que depuis 2007 le service de téléchargement illimité de musique et des services interactifs (audience des chaînes en temps réel, guide des programmes TV, alertes, Media Center...). Les contenus audiovisuels que Neuf Cegetel propose au sein de son offre multiservices couvrent : un bouquet de base de 75 chaînes inclus dans l'abonnement, 11 bouquets en option payante offrant environ 80 chaînes, 9 chaînes en option payante et des services payants en abonnement ou par acte de vidéo à la demande.

France Télécom est un opérateur de communications électroniques. Elle commercialise ses offres de téléphonie mobile, internet haut débit et télévision sous la marque Orange qui est devenue en 2006 la marque unique du groupe.

Orange Sports, filiale de France Télécom exploite et édite depuis 2007, des services de communication audiovisuelle comprenant notamment la conception, la production, la programmation et la diffusion d'émissions de télévision. Elle édite en particulier le service Orange Sports Info lancé en septembre 2007, ainsi que le service Orange Foot depuis août 2008.

Depuis juillet 2004 France Télécom commercialise des offres multiservices, dites multiplay, combinant un service d'accès internet haut débit, de téléphonie illimitée et de télévision sur ADSL.

L'offre de télévision par ADSL de France Télécom intègre :

- un bouquet propriétaire reprenant un certain nombre de services de télévision linéaire, c'est-à-dire des chaînes classiques, incluses dans l'abonnement, de l'ordre de 60 chaînes, ou disponibles en option payante (environ 46 chaînes),
- un certain nombre de services non linéaires et interactifs tels que le service de vidéo à la demande dénommé (24/24 Vidéo) donnant accès contre paiement à l'acte ou dans le cadre d'un abonnement mensuel à une base de contenus cinématographiques et audiovisuels et le service de télévision de rattrapage 24/24 TV anciennement dénommé Rewind TV permettant de visionner en différé, pendant une courte période suivant leur diffusion à l'antenne, certains programmes de télévision,
- des services innovants constitués d'un ensemble indissociable de services linéaires, non linéaires et interactifs, tel que le service Orange Foot.

Pour mémoire, les services de télévision classiques sont dits linéaires en ce qu'ils sont constitués d'une suite ordonnée d'émissions destinée à être visionnée simultanément par le public. Les services non-linéaires permettent au consommateur d'avoir un rôle plus actif dans le choix des programmes qu'il peut visionner au moment décidé par lui.

France Télécom a lancé au mois de juillet 2008 une offre multiservices permettant l'accès à des services de télévision numérique via le satellite. Ils couvrent notamment un

bouquet de base de 17 chaînes inclus dans l'abonnement, des bouquets de chaînes disponibles en option payante, et le service Orange Foot disponible en option payante.

France Télécom ayant participé à l'appel de candidatures lancé par la Ligue de football professionnel pour la retransmission des matchs de la ligue 1 de football pour la période 2008-2012 s'est vue attribuer les droits exclusifs sur trois des douze lots pour un montant annuel de 203 millions d'euros, le groupe Canal Plus ayant remporté les neuf autres lots pour la somme de 465 millions d'euros par an.

La Ligue de football professionnel, ci-après la LFP, est une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901. Par délégation de la Fédération française de football, ci-après la FFF, la LFP exerce une mission de service public et est notamment chargée de la commercialisation des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions de la FFF. C'est à ce titre que, le 6 février 2008, la LFP a attribué une partie des droits d'exploitation audiovisuels de la ligue 1, pour les saisons 2008 à 2012 à la société France Télécom via sa filiale Orange France.

Free avait assigné en référé d'heure à heure, le 25 juin 2008, France Télécom sur le fondement des articles 872 et 873 du Code de procédure civile et des articles L. 122-1 du Code de la consommation et 1382 du Code civil aux fins notamment de la voir condamnée sous astreinte de 200 000 euros par jour de retard à compter du prononcé de l'ordonnance de référé, à cesser la commercialisation de l'offre commerciale Orange Foot.

Neuf Cegetel était intervenue à titre principal à cette instance en formulant des demandes identiques.

La Ligue de football professionnel était intervenue à cette instance au soutien de la position de France Télécom.

Par une ordonnance de référé en date du 1^{er} juillet 2008, le président du tribunal de commerce de Paris a dit n'y avoir lieu à référé. Free et Neuf Cegetel n'ont pas fait appel de l'ordonnance.

C'est dans ces circonstances qu'est intervenue la présente instance.

[...]

SUR CE, LE TRIBUNAL

Sur la recevabilité de l'intervention volontaire de la Ligue de football professionnel

Attendu que la Ligue de football professionnel fonde son intervention volontaire au soutien des prétentions des défenderesses sur les dispositions des articles 330 et suivants du Code de procédure civile qui précisent que l'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une autre partie et qu'elle est recevable si son auteur a intérêt pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie,

Attendu que la Ligue de football professionnel a attribué une partie des droits d'exploitation audiovisuels de la ligue 1, pour les saisons 2008-2012 à la société France Télécom, via sa filiale, Orange France, que les demanderesses contestent la commercialisation de ces droits par France Télécom et Orange Sports, qu'elle a intérêt à intervenir à l'instance pour assurer la continuité de leur exploitation et, partant, la conservation des droits concédés aux défenderesses,

Le tribunal dira la Ligue de football professionnel recevable en son intervention volontaire,

Sur la demande en principal :

Sur la qualification de vente subordonnée,

Attendu que l'offre Orange Foot de France Télécom se présente comme une offre audiovisuelle dédiée à la Ligue 1 de football, constituée d'un ensemble de services linéaires de télévision classiques, services non linéaires et services interactifs, qu'elle est proposée dans le cadre du bouquet TV d'Orange en tant qu'option payante (6 € par mois), que, selon France Télécom, elle nécessite un accès internet haut débit, et que France Télécom ne la met à la disposition du consommateur que s'il contracte un abonnement d'accès à internet haut débit Orange, et que, s'il dispose d'un abonnement à un autre FAI, il est obligé de le résilier, une ligne téléphonique ne pouvant acheminer plus d'une transmission ADSL,

Attendu que Free et Neuf Cegetel soutiennent que cette offre constitue une vente subordonnée prohibée par l'article L.122-1 du Code de la consommation,

Attendu que l'article L.122-1 du Code de la consommation dispose : « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit. » ,

Attendu que cet article a pour objet de préserver la liberté de contracter du consommateur, que s'il veut obtenir un bien ou un service qu'il convoite, il ne soit pas obligé de se procurer un bien ou un service qu'il n'aurait sans doute pas acheté, que ceci suppose donc que l'on puisse acquérir séparément les deux biens ou services sur le marché,

Attendu en conséquence, qu'il convient de déterminer si les deux éléments qui composent l'offre Orange Foot peuvent être acquis séparément sur le marché,

1- Attendu que France Télécom présente son offre Orange Foot comme constituée d'un ensemble indissociable de services linéaires de télévision, classiques, de services non linéaires et de services interactifs, nécessitant un accès internet haut débit, et donc indissociable de cet abonnement, et donc d'un abonnement d'accès à internet haut débit Orange,

Qu'il résulte cependant des éléments soumis au tribunal que les matches de la Ligue 1 peuvent être techniquement diffusés séparément des services interactifs qui les accompagnent, que l'indissociabilité entre un spectacle et des services interactifs est artificiellement construite par France Télécom pour son offre, que l'une peut être parfaitement distribuée sans l'autre, que dans les zones non éligibles à l'ADSL, le consommateur accède par satellite à la totalité des services de télévision sans les services interactifs et que, d'autre part, dans ces mêmes zones, l'offre Orange Foot est actuellement diffusée par satellite et non exclusivement par internet haut débit,

Que même si le raisonnement de France Télécom relatif à l'indissociabilité de l'offre Orange Foot et d'un abonnement d'accès à internet haut débit était retenu, l'indissociabilité avec un abonnement d'accès à internet haut débit Orange n'est pas démontrée, que l'offre Orange Foot peut être techniquement diffusée sur toute offre internet haut débit, qu'il suffit de disposer d'un abonnement à une offre d'un fournisseur d'accès à internet (FAI) quelconque pour la recevoir,

2 - Attendu que le tribunal relève que l'offre Orange Foot et l'abonnement d'accès à internet haut débit Orange sont deux produits distincts, d'une part, la diffusion d'un service de télévision de matches de football et, d'autre part, un

abonnement d'accès à internet haut débit, que la chaîne Orange Foot est une chaîne de télévision qui peut faire l'objet d'une offre commerciale autonome distincte d'une offre internet haut débit d'Orange, qu'il en est ainsi de toutes les chaînes de télévision transportées par France Télécom,

3 - Attendu qu'il résulte de ces mêmes éléments qu'Orange Foot et les offres multiservices d'Orange ne sont pas de même nature; l'une est une chaîne de télévision, l'autre, un moyen de diffusion de données, qu'ils ne sont pas destinés à remplir la même fonction, qu'ils ne constituent donc pas des produits complémentaires au sens de l'article L.122-1,

4 - Attendu que contrairement à ce qui est allégué, l'offre Orange Foot et l'abonnement internet haut débit d'Orange ne constituent pas un produit unique,

Que les offres multiservices sont un regroupement d'offres dissociables, chacune pouvant être proposée séparément ou regroupée différemment, qu'il n'existe pas d'imperatif technique les régissant et les maintenant liées, que l'existence d'offres multiservices n'empêche pas en effet de souscrire aujourd'hui encore des abonnements individuels à chacun des services qui constituent ces offres,

5 - Attendu que France Télécom oppose à ses contradicteurs la décision N° 08-D-10 du Conseil de la concurrence du 7 mai 2008 mais que celle-ci concernait un service différent, la télévision de rattrapage, dans des zones limitées, que ce service était de plus gratuit, que le Conseil de la concurrence a été saisi sur un fondement différent de celui de la présente instance qui se présente également dans des conditions différentes, qu'en conséquence le tribunal n'en retiendra pas les conclusions pour le présent raisonnement,

6 - Attendu qu'il apparaît, au vu des déclarations de Free et Neuf Cegetel, que ces sociétés pourraient aussi distribuer Orange Foot, que France Télécom pourrait trouver la rentabilisation de l'investissement qu'elle va consentir annuellement pendant les années restant à courir, dans une extension de son audience résultant d'une plus grande distribution de son service linéaire de télévision des matchs de la ligue 1 de football,

En conclusion, attendu que pour bénéficier de l'offre Orange Foot, il n'est pas contesté qu'il est nécessaire au client de souscrire un abonnement haut débit internet Orange, que le consommateur ne peut avoir accès à Orange Foot sans cet abonnement, et que s'il dispose d'un abonnement à un autre FAI, il est obligé de l'abandonner, que le consommateur est bien privé de sa liberté de contracter et que les deux produits, distincts, dissociables et non complémentaires, ne sont pas disponibles séparément sur le marché,

Le tribunal dit que l'offre Orange Foot en ce qu'elle conditionne l'abonnement à la chaîne Orange Foot à un abonnement internet Orange, constitue une vente subordonnée, prohibée par l'article L.122-1 du Code de la consommation, et fera droit à certaines des mesures sollicitées en aménageant toutefois leur délai d'exécution pour tenir compte de l'importance des moyens à mettre en œuvre pour ce faire,

Sur les mesures sollicitées

Le tribunal

Fera injonction à France Télécom, sous astreinte de 50 000 euros par jour de retard à compter du délai d'un mois à compter de la signification du présent jugement, de cesser de subordonner l'abonnement à Orange Foot à la souscription d'un abonnement internet haut débit Orange,

Fera injonction à la société France Télécom, de diffuser et pendant deux mois, un communiqué sur la page d'accueil de son site internet www.orange.fr situé au même endroit que les publicités pour son offre Orange Foot, dont les termes seront les suivants: « Par jugement du 23 février 2009, le tribunal de commerce de Paris a enjoint à la société France Télécom de cesser de subordonner l'accès à sa chaîne Orange Foot à la souscription d'un abonnement internet haut débit Orange, cette pratique étant constitutive d'une vente subordonnée interdite par la loi. »,

Déboutera Free et Neuf Cegetel de leurs autres demandes de publication,

Sur la concurrence déloyale

Attendu que cette vente subordonnée permet à France Télécom d'acquérir une clientèle qu'elle détourne de ses concurrents,

Attendu, en effet, qu'en imposant aux amateurs de football de souscrire un abonnement à internet Orange pour visionner la chaîne Orange Foot, France Télécom les contraint, s'ils sont déjà abonnés auprès d'un autre FAI, à le quitter pour s'abonner à internet haut débit d'Orange, et être ainsi en mesure de s'abonner à Orange Foot,

Attendu qu'en utilisant pour ce faire un système de vente, la vente subordonnée, prohibée par l'article L.122-1 du Code de la consommation, France Télécom s'est rendue coupable d'actes de concurrence déloyale, qu'il lui incombe de réparer le préjudice qu'elle a causé aux demanderessees,

Sur le préjudice

Attendu que le tribunal relève que ce préjudice est constitué par le manque à gagner résultant pour Free et Neuf Cegetel du nombre d'abonnements à une offre d'accès internet Orange en même temps qu'à Orange Foot souscrits par désabonnement de leurs clients, et accessoirement du nombre d'abonnements à une offre d'accès internet Orange souscrits en conséquence de la commercialisation illicite de l'offre Orange Foot et dont Free et Neuf Cegetel ont pu être privées de ce fait,

Attendu qu'il s'estime insuffisamment éclairé pour se prononcer sur le quantum de ce préjudice,

Le tribunal, avant dire droit sur le quantum de ce préjudice, désignera un expert avec la mission de donner au tribunal des éléments pour le déterminer à partir du nombre d'abonnements à une offre d'accès internet Orange et à Orange Foot en même temps qu'à Orange Foot souscrits par désabonnement de Free et Neuf Cegetel et accessoirement du nombre d'abonnements à une offre d'accès internet Orange souscrits en conséquence de la commercialisation illicite de l'offre Orange Foot et dont Free et Neuf Cegetel ont pu être privées de ce fait,

Attendu que France Télécom et Orange Sports et la Ligue de football professionnel succombent, le tribunal les déboutera de leurs demandes reconventionnelles, [...]

PAR CES MOTIFS:

Le tribunal, statuant publiquement en premier ressort, par jugement contradictoire, causes jointes

DIT la Ligue de football professionnel recevable en son intervention volontaire,

FAIT INJONCTION à la société France Télécom, sous astreinte de 50 000 euros par jour de retard, pendant trois mois, à compter du délai d'un mois à compter de la signification du présent jugement, de cesser de subordonner l'abonnement à Orange Foot à la souscription d'un abonnement

internet haut débit Orange, le tribunal se réservant le droit de liquider ladite astreinte,

FAIT INJONCTION à la société France Télécom de diffuser pendant deux mois un communiqué sur la page d'accueil de son site internet www.orange.fr situé au même endroit que les publicités pour son offre Orange Foot, dont les termes seront les suivants [...]

DÉSIGNE le collège expertal suivant: (...)

ORDONNE l'exécution provisoire du présent jugement à l'exception de la mesure de publication sur le site www.orange.fr.

Trib. : MM. Chatin, Pierre et D'Arjuzon – Av. : M^{es} Théophile, Bonan, Calvet, Oltramare, Gunther, Freget, Chartier, Huvelin,

Décision non définitive

COMMENTAIRE

COMMENT NE PAS RESTER perplexe à la lecture de ce jugement? Il étonne à plus d'un titre. Pas tellement parce qu'il met en œuvre la théorie de la concurrence déloyale. On est loin de l'époque où la classification du doyen Paul Roubier des actes de concurrence déloyale interdisait pratiquement d'admettre de nouveaux cas d'application. S'il surprend, c'est d'abord à raison de l'utilisation par les juges du commerce d'un texte ancien, maintenu tel quel dans le Code de la consommation, sur l'interdiction des ventes liées ou jumelées dans un contexte où on ne l'attendait vraiment pas. C'est surtout parce que les juges n'ont – semble-t-il – pas perçu les implications de leur décision. La lecture des commentaires dans la presse, des avis de l'ARCEP et du CSA concernant la légitimité des offres exclusives de contenu audiovisuel des FAI révèle, en effet, les véritables enjeux de l'action des plaignants qui ne sont pas, contrairement à ce qu'il y paraît, les intérêts immédiats du consommateur-télé spectateur.

Selon le tribunal de commerce de Paris, le fait pour Orange de subordonner la possibilité de bénéficier de l'offre Orange Foot à la souscription d'un abonnement haut débit internet Orange constitue une vente liée qui, dès lors qu'elle lui permet « d'acquérir une clientèle qu'elle détourne de ses concurrents », doit être qualifiée d'acte de concurrence déloyale de nature à engager sa responsabilité. En conséquence, les juges ont ordonné à France Télécom, « sous astreinte de 50000 euros par jour de retard, pendant trois mois, de cesser de subordonner l'abonnement à Orange Foot à la souscription d'un abonnement internet haut débit Orange ». Allant au-delà, France

Télécom a purement et simplement suspendu la commercialisation de sa chaîne Orange Sport qui, rappelons-le, est censée diffuser en exclusivité le match du samedi soir de la Ligue 1 de football acheté à la Ligue de football professionnel (LFP) pour les années 2008 à 2012.

1 - La référence à l'interdiction légale des ventes liées au préjudice des consommateurs est assez rare dans la pratique judiciaire. Mais le tribunal de commerce n'a pas craint de suivre les arguments développés par Free et Neuf Cegetel et de mettre en application un texte qui, adopté pendant la période de pénurie de l'après guerre, est fort peu usité dans le contexte économique actuel. Mais il est vrai que sa rédaction, inchangée depuis l'ordonnance du 30 juin 1945, permet, pour peu qu'on le veuille, de condamner nombre de pratiques commerciales aujourd'hui courantes, celle d'Orange en particulier.

L'article L. 122-1 du Code de la consommation interdit de « subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit ». Or, le fait pour Orange de subordonner l'accès à sa chaîne Orange Sport à la souscription d'un abonnement à son offre internet multi-services (dite *triple play*) constitue bien, au regard de cette disposition, une vente liée. Il y a bien d'un côté une chaîne de télévision, de l'autre un service internet haut débit, c'est-

à-dire deux services techniquement divisibles. On se demande d'ailleurs pourquoi France Télécom a soutenu avec tant d'obstination l'indissociabilité technique des différentes composantes de son offre alors même que, dans les zones non éligibles à l'ADSL, les consommateurs ont la possibilité d'accéder aux programmes d'Orange Sport par satellite.

Alors faut-il conclure que ce jugement est une application, certes originale du fait du contexte, mais somme toute prévisible de l'article L. 122-1? Nous ne le pensons pas. Mis en perspective, ce jugement soulève plus de questions qu'il n'en résout. Les juges du commerce paraissent – s'il nous est permis de nous exprimer ainsi – avoir largement méconnu les implications juridiques et économiques de leur décision.

2 - Juridiquement déjà, l'exécution d'une telle décision, si elle venait à être confirmée par la cour d'appel, engendrerait d'inévitables difficultés. En effet, qu'attend-on de France Télécom? Que cette entreprise offre à toute personne intéressée la possibilité d'acheter le droit de recevoir la chaîne Orange Sport sans abonnement auprès d'elle et en dépit du fait qu'elle serait contractuellement liée à l'un de ses concurrents? Comme nous l'avons souligné, ceci est techniquement possible avec une deuxième ligne téléphonique (1) ou une parabole. Mais est-ce vraiment un progrès pour le consommateur? À la réflexion, une telle contrainte physique et financière ne paraît pas constituer une avancée très concrète. Or, c'est tout

1. On ne suivra pas le tribunal lorsqu'il affirme que, si le consommateur « dispose d'un abonnement à une autre FAI, il est obligé de l'abandonner ». Il peut très bien souscrire deux abonnements. Sa liberté de contracter n'est nullement en cause.

ce que permet l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Il faut y insister, ce texte offre au consommateur la possibilité d'imposer à "un" fournisseur de diviser les différents éléments composant son offre dès lors qu'ils sont effectivement dissociables. Il ne permet certainement pas au consommateur d'exiger de son fournisseur qu'il lui laisse acheter certains éléments de son offre chez un autre, à savoir ici, chez Free ou Neuf Cegetel.

Aussi bien, ce texte ne permet-il pas à Free ou à Neuf Cegetel d'imposer à Orange de leur concéder le droit de diffuser les événements sportifs (2) dont cette dernière a acquis – tout à fait légitimement – les droits de diffusion auprès de la LFP. On devrait d'ailleurs se demander si ce procès aurait eu lieu en l'absence de l'acquisition par France Télécom des droits d'exploitation audiovisuels de la Ligue 1 pour les saisons 2008-2012, droits partagés avec Canal +.

Dans le même temps, France Télécom reste contractuellement liée à la LFP auprès de laquelle elle a acquis les droits de diffusion avec, comme corolaire, une obligation de diffusion. Or, cette obligation de diffusion ne disparaîtra pas dans le cas où la cour d'appel confirmerait le jugement du tribunal de commerce. Comment pourrait-elle être exécutée sans remise en cause, dans le même temps, de l'exclusivité légitimement acquise? La réponse est loin d'être évidente.

3 - En effet sur un plan plus économique, il n'est nul besoin de réfléchir longuement pour réaliser que, sous prétexte de protéger l'intérêt qu'a un téléspectateur à accéder le plus largement possible aux événements sportifs les plus attractifs – ce qui, on l'oublie, est déjà l'objectif des dispositions sur la diffusion en clair des événements d'importance majeure (3) – ce jugement remet en cause la possibilité pour un opérateur de télécommunication d'acheter le droit exclusif de diffusion d'un événement sportif alors même que ce droit est reconnu depuis longtemps aux opérateurs de télédiffusion, tant par

la Commission européenne que par l'Autorité française de concurrence.

Il y a plus; dans un important avis rendu en 2004 suite à une saisine du ministre de l'Économie, le Conseil de la concurrence (aujourd'hui l'Autorité de la concurrence) a reconnu la licéité de la cession en exclusivité par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives à certaines conditions, à savoir la mise en place d'un appel à candidature transparent permettant une sélection fondée sur des critères objectifs et non discriminatoires et la limitation de la durée de l'exclusivité acquise (4). Or, le décret pris après avis du Conseil de la concurrence ne fait pas de différence entre les différents supports susceptibles d'assurer la diffusion des images (réseau hertzien, câble, satellite, téléphonie, ADSL), donc de les acheter en exclusivité.

On attendait de ce qu'il est convenu d'appeler "la convergence des médias" qu'elle apporte plus de concurrence, d'abord sur le marché de l'achat des droits de diffusion mais aussi sur celui de la consommation (réception) des produits audiovisuels, en augmentant le nombre de supports assurant la diffusion audiovisuelle, notamment des événements sportifs. Or le jugement commenté s'inscrit en faux contre cette ouverture en interdisant précisément à ces nouveaux entrants que sont les opérateurs de télécommunication (au moins, en l'état, à l'un d'entre eux, mais la solution vaut aussi bien pour les autres) de jouer pleinement leur rôle en concurrence avec les acheteurs traditionnels que sont les chaînes de télévision. Sans oublier que les plaignants ne se

sont jamais porté acquéreurs des droits dont ils contestent le bénéfice à Orange. Ceci mérite d'être souligné.

On ne peut s'empêcher de penser que le débat aurait eu plus de pertinence sur le terrain du droit de la concurrence. Par exemple sur le fondement de l'article L. 420-2 du Code de commerce qui prévoit expressément les ventes liées parmi les abus susceptibles d'être commis par une entreprise en situation de position dominante. Est-ce parce que, compte tenu de la présence de Canal +, la situation d'Orange n'apparaît pas à l'évidence dominante? Quoi qu'il en soit, le choix du droit de la consommation, nous venons de le voir, non seulement masque les véritables enjeux mais, bien plus, soulève de sérieuses difficultés juridiques de mise en œuvre. Difficultés encore accrues par le récent arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes qui, par interprétation de plusieurs directives concernant les pratiques commerciales déloyales, a jugé qu'une interdiction des "offres conjointes" – ce qui dans notre législation peut être assimilé à des "ventes liées ou jumelées" – était contraire au droit communautaire (5). Certes, la France a soutenu que son droit était protecteur du consommateur. Toutefois, le 30 avril prochain, les magistrats de la cour d'appel de Paris ne pourront pas ne pas tenir compte de cet arrêt préjudiciel.

Marie-Chantal Boutard-Labarde

Professeur agrégé,
Université Paris X Nanterre
Ancien membre du collège du Conseil
de la concurrence

Fabienne Fajgenbaum

Avocat au Barreau de Paris,
Nataf Fajgenbaum & associés

2. Nous parlons intentionnellement d'« événement sportif » et non de la chaîne Orange en raison des dispositions de Code de la propriété intellectuelle sur la propriété des marques qui interdiraient, bien évidemment, à Neuf Cegetel ou à Free d'utiliser la marque Orange.

3. V. la directive 97/36/CE et le décret 2004-1392 du 22 février 2004 relatif à la diffusion des événements d'importance majeure pris pour l'application de l'article 20-2 de la loi 86-1067 du 30 septembre 1986.

4. V. not. Avis du Conseil de la concurrence 04-A-09 du 28 mai 2004 relatif à un projet de décret sur la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives.

5. Aff. jointes C-261/07 et C-299/07, arrêt du 23 avril 2009.