



UNIVERSITE DE MONTPELLIER
FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

DROIT CIVIL - LICENCE 3EME ANNEE

Groupe A - Année 2016-2017 - Semestre 5

Cours du Pr. François VIALLA

Equipe pédagogique :
Marine BRUNEL
Pauline CASSAN
Manon MAZZUCOTELLI
Léo ROQUE

CONTRATS SPECIAUX :

Séance 8 : Les ventes spéciales

❖ Référence bibliographique

Marie MALAURIE-VIGNAL, « Parrainage, vente à la boule de neige et vente pyramidale : la délicate frontière entre le licite et l'illicite », RTD Com, 2016.

❖ Jurisprudence

Les ventes illicites

- Cass. Crim., 4 mars 1998, n° 97-80.776

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, le quatre mars mil neuf cent quatre-vingt-dix-huit, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le rapport de Mme le conseiller référendaire FERRARI, les observations de la société civile professionnelle GUIGUET, BACHELLIER et de la VARDE, avocat en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général le FOYER de COSTIL ;

Statuant sur le pourvoi formé par :

- X... Alain, contre l'arrêt de la cour d'appel de NIMES, chambre correctionnelle, du 17 janvier 1997, qui, pour publicité de nature à induire en erreur et **vente "à la boule de neige"**, l'a condamné à 100 000 francs d'amende ;

Vu le mémoire produit ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 121-3 du Code pénal, L. 121-1 du Code de la consommation, de l'article 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt confirmatif attaqué a déclaré Alain X... coupable de publicité trompeuse ;

"aux motifs que courant 1993 et 1994, Alain X..., responsable de Alfa Diffusion, faisait paraître par petites annonces parues dans différents journaux locaux une proposition d'activité de travail de copie d'adresses à domicile;

qu'en réponse à leur demande de renseignements, les personnes intéressées recevaient de Alfa Diffusion un document intitulé "vous recherchez une activité sérieuse et rentable à domicile?" dont le contenu laissant à penser aux destinataires que l'annonceur offrait une activité rémunérée ("vous êtes l'une des personnes que nous recherchons", "nous cherchons justement un certain nombre de personnes qui désirent se lancer dans cette activité...") susceptible de procurer des gains substantiels (1 920 francs par semaine);

qu'en réalité, il ne s'agissait pour Alfa Diffusion que de vendre, pour une somme de 149 francs, une brochure susceptible d'aider son destinataire à réaliser une hypothétique activité de copies d'adresses à domicile;

qu'à l'évidence, les lecteurs étaient aguichés par la perspective d'une activité salariée et non par celle de recevoir une brochure;

que le prévenu ne saurait s'exonérer de sa responsabilité sous le prétexte qu'il a consulté son expert comptable sur la légalité des procédés, que son activité n'était pas clandestine, qu'il se trouvait en règle avec les administrations concernées et que sa comptabilité avait été régulièrement tenue;

que le dossier fait apparaître à cet égard qu'Alain X... avait fait imprimer environ 700 brochures et estimait en avoir vendu près de 350 à 149 francs et que son chiffre d'affaires a été évalué pour l'année 1993 à 232 570 francs ;

"alors que le délit de publicité trompeuse suppose, pour être constitué, que l'annonceur ait diffusé une publicité qu'il savait illicite;

qu'en se bornant à affirmer, pour déclarer Alain X..., coupable de ce délit que les lecteurs de sa publicité étaient de toute évidence attirés par la perspective d'une activité salariée de travail de copie d'adresses à domicile et non par celle de recevoir

une brochure destinée à informer les personnes désireuses d'exercer une telle activité, sans rechercher si le prévenu avait eu conscience de ce que le consommateur moyen pouvait sérieusement croire en une véritable offre de travail à domicile de sa part, la cour d'appel n'a pas caractérisé l'élément intentionnel de l'infraction dont elle l'a déclaré coupable, et, partant, n'a pas légalement justifié sa décision" ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation de l'article L. 122-6 du Code de la consommation et de l'article 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt confirmatif attaqué a déclaré Alain X... coupable du délit de vente dite "à la boule de neige" ;

"aux motifs adoptés qu'Alain X... proposait, par annonces publicitaires, la vente de thèmes astrologiques en offrant également la possibilité aux adhérents de diffuser à leur tour les études astrologiques d'Alpha Diffusion, moyennant une commission sur les ventes réalisées et une réduction sur son thème astrologique acheté ;

que ce système de vente est formellement interdit par l'article L. 122-6 du Code de la consommation;

que l'infraction est donc constituée ;

"et aux motifs propres qu'Alain X... ne saurait valablement argumenter sur le prix de 100 francs payé par le diffuseur et celle de la valeur réelle d'un horoscope alors que lui même dans la description du système destinée au diffuseurs, indique notamment : 1°) le prix d'une étude astrologique est fixé à 170 francs;

2°) la marge qui est vous est réservée est de 100 francs soit plus de 50 % ;

"alors que le délit de vente dite "à la boule de neige" suppose, pour être constitué, que la réalisation de la vente soit subordonnée à la collecte d'adhésions ou inscriptions;

que le simple fait d'offrir au consommateur le choix entre intégrer le réseau des distributeurs à l'occasion de l'achat d'une marchandise, moyennant une réduction de prix sur cette marchandise et une commission sur chaque vente, et acheter la même marchandise sans remise, s'il ne désire pas recruter de nouveaux acheteurs, n'entre pas dans les prévisions de l'article L. 122-6, alinéa 1er, du Code de la consommation puisque seule la remise, mais non la vente elle-même, est subordonnée à l'acceptation par le destinataire de l'offre de joindre le réseau de vente ;

"alors que le délit de vente "à la boule de neige" suppose encore pour être constitué, que le consommateur se voit proposer un avantage lié à l'acquisition de la marchandise, celle-ci lui étant proposée à un prix inférieur à sa valeur réelle, voire à titre gratuit, afin de l'inciter pernicieusement à accepter l'offre qui lui est faite de trouver de nouveaux acheteurs;

qu'en l'espèce, Alain X... faisait valoir, dans ses observations orales devant la cour

d'appel, que le prix payé par les diffuseurs était au contraire largement supérieur à la valeur réelle des horoscopes;

qu'en affirmant que cet argument était sans valeur dans la mesure où Alain X... expliquait lui-même à ses diffuseurs que sur le prix de vente d'une étude astrologique fixé à 170 francs, la marge qui leur était réservée était de 100 francs, ce qui fait pourtant seulement apparaître qu'Alain X... rémunérait ses distributeurs au moyen d'une commission sur les ventes qu'ils réalisaient, mais ne permet pas d'établir qu'il était parvenu à les recruter de façon insidieuse en leur offrant d'acheter un horoscope à un prix inférieur à sa valeur réelle, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision" ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de Cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel, par des motifs exempts d'insuffisance ou de contradiction et répondant aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, a caractérisé en tous ses éléments constitutifs les délits dont elle a déclaré le prévenu coupable ;

D'où il suit que les moyens, qui se bornent à remettre en discussion l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause contradictoirement débattus, ne sauraient être accueillis ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

• **Cass. Com. 13 juillet 2010, n° 09-15304 09-66970**

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 ;

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 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, " 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 ;

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 :

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 ;
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. 304 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 ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer aux sociétés France Télécom et Orange sports la somme globale de 2 500 euros et la même somme à l'association Ligue de football professionnel et rejette la demande de la société SFR ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du treize juillet deux mille dix.

Les cessions de clientèle

- Cass. Civ.1^{re}, 7 février 1990, n° 88-18.441

Attendu que M. Y..., chirurgien-dentiste, après avoir remplacé pendant deux mois son confrère, M. X..., a pris en location, en décembre 1985, les locaux professionnels

et le matériel de celui-ci ; qu'après s'être renseigné en mai 1986 sur les conditions de " vente " du cabinet de M. X... , il a accepté par écrit, le 16 juillet 1986, le prix de 270 000 francs " en règlement du cabinet " ; que M. Y... s'étant ensuite rétracté, un premier jugement du tribunal de grande instance d'Agen du 22 juillet 1987, fondé sur l'article 1583 du Code civil, l'a condamné " à passer l'acte authentique de **cession** du cabinet de M. X... " et à payer à celui-ci le montant du " prix de vente " convenu ; que M. Y... ayant alors exigé la stipulation dans le contrat d'une obligation de non-installation du vendeur pendant dix ans dans un rayon de 35 kilomètres, tandis que M. X... offrait de limiter cette obligation à un rayon de 5 kilomètres pendant deux ans à compter du 1er décembre 1985, un second jugement, du 24 novembre 1987, estimant qu'il existait un " consensus minimal " des parties sur une interdiction de rétablissement pendant deux ans dans un rayon de 5 kilomètres à compter du 7 août 1987, a ordonné l'inclusion de cette stipulation dans l'acte de **cession** ; que la cour d'appel a confirmé ces deux décisions ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal de M. Y..., pris en sa première branche :

Vu les articles 1128 et 1131 du Code civil ;

Attendu que lorsque l'obligation d'une partie est dépourvue d'objet, l'engagement du cocontractant est nul, faute de cause ;

Attendu que, pour déclarer parfaite la vente du cabinet de M. X... à M. Y..., l'arrêt énonce que " la validité des cessions de clientèles civiles ne se discute pas " ; qu'en se déterminant ainsi, alors que les malades jouissant d'une liberté absolue de choix de leur médecin ou dentiste, leur " clientèle ", attachée exclusivement et de façon toujours précaire à la personne de ce praticien, est hors du commerce et ne peut faire l'objet d'une convention, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur les deuxième et troisième branches du moyen : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident de M. X... :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 juillet 1988, entre les parties, par la cour d'appel d'Agen ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse

- Cass. Civ .1^{re}, 7 novembre 2000, n° 98-17.731 (À COMMENTER)

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que M. Y..., chirurgien, a mis son cabinet à la disposition de son confrère, M. X..., en créant avec lui une société civile de moyens ; qu'ils ont ensuite conclu, le 15 mai 1991, une convention aux termes de laquelle M. Y... cédait la moitié de sa **clientèle** à M. X... contre le versement d'une indemnité de 500 000 francs ; que les parties ont, en outre, conclu une " convention de garantie d'honoraires " par laquelle

M. Y... s'engageait à assurer à M. X... un chiffre d'affaires annuel minimum ; que M. X..., qui avait versé une partie du montant de l'indemnité, estimant que son confrère n'avait pas respecté ses engagements vis-à-vis de sa **clientèle**, a assigné celui-ci en annulation de leur convention ; que M. Y... a demandé le paiement de la somme lui restant due sur le montant conventionnellement fixé ;

Attendu que M. Y... fait grief à l'arrêt attaqué (Colmar, 2 avril 1998) d'avoir prononcé la nullité du contrat litigieux, de l'avoir condamné à rembourser à M. X... le montant des sommes déjà payées par celui-ci et de l'avoir débouté de sa demande en paiement du solde de l'indemnité prévue par la convention, alors, selon le moyen, d'une part, qu'en décidant que le contrat était nul comme portant atteinte au libre choix de son médecin par le malade, après avoir relevé qu'il faisait obligation aux parties de proposer aux patients une " option restreinte au choix entre deux praticiens ou à l'acceptation d'un chirurgien différent de celui auquel ledit patient avait été adressé par son médecin traitant ", ce dont il résultait que le malade conservait son entière liberté de s'adresser à M. Y..., à M. X... ou à tout autre praticien, de sorte qu'il n'était pas porté atteinte à son libre choix, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation des articles 1128 et 1134 du Code civil ; et alors, d'autre part, qu'en s'abstenant de rechercher comme elle y était invitée, si l'objet du contrat était en partie licite, comme faisant obligation à M. Y... de présenter M. X... à sa clientèle et de mettre à la disposition de celui-ci du matériel médical, du matériel de bureautique et du matériel de communication, de sorte que l'obligation de M. X... au paiement de l'indemnité prévue par le contrat était pour partie pourvu d'une cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1128, 1131 et 1134 du Code civil ;

Mais attendu que si la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient ; qu'à cet égard, la cour d'appel ayant souverainement retenu, en l'espèce, cette liberté de choix n'était pas respectée, a légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen, mal fondé en sa première branche, est inopérant en sa seconde ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

- Cass. Com. 1^{er} avril 2014, n° 13-10.629

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :
Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Schmeltz et associés que sur le pourvoi provoqué éventuel relevé par la société Audit international associés ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Audit international associés (la société AIA), a cédé sa clientèle à la société Schmeltz et associés (la société Schmeltz) et s'est portée fort pour chacun de ses associés, qu'ils s'abstiendraient de toute intervention, directe ou indirecte, auprès de cette clientèle ; que la société Schmeltz reprochant à M. X... d'avoir accepté de traiter les dossiers d'anciens clients, elle a assigné la société cédante en résolution de la cession et dommages-intérêts ;
Sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en sa première branche :
Vu l'article 1120 du code civil ;

Attendu que le porte-fort, débiteur d'une obligation de résultat autonome, est tenu envers le bénéficiaire de la promesse, des conséquences de l'inexécution de l'engagement promis ;

Attendu que, pour rejeter les demandes de la société Schmeltz, l'arrêt retient qu'aucun trouble personnel ne peut être reproché à la société AIA, celle-ci ayant cessé toute activité d'expertise comptable, que M. X... n'a pas pris l'engagement de cesser lui-même son activité, aucune disposition de la convention de présentation de clientèle n'ayant prévu une telle obligation pour les associés de la cédante et qu'il ne saurait être sanctionné pour avoir donné suite aux sollicitations de clients, même entrant dans le champ de la cession, dès lors qu'il n'est pas démontré qu'il les aurait démarchés, ni qu'il aurait utilisé des moyens déloyaux ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société AIA avait promis à la société Schmeltz que les associés n'effectueraient pas de travaux d'expertise comptable pour les clients cédés, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le moyen unique du pourvoi provoqué éventuel :

Vu l'article 624 du code de procédure civile ;

Attendu que la cassation sur le pourvoi principal emporte la cassation par voie de conséquence du chef du dispositif ayant débouté faute d'objet la société Schmeltz de sa demande en garantie à l'encontre de M. X... ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le dernier grief :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 24 octobre 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elle se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Colmar, autrement composée ;

Condamne la société Audit international associés aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à la société Schmeltz la somme de 3 000 euros ; rejette les autres demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du premier avril deux mille quatorze.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit au pourvoi principal par la SCP Vincent et Ohl, avocat aux Conseils, pour la société Schmeltz et associés

En ce que l'arrêt attaqué, par confirmation du jugement dont appel, a débouté la société Schmeltz et associés de ses demandes de dommages et intérêts à raison de la violation par la société AIA de sa promesse de porte fort ;

Aux motifs que la garantie d'éviction édictée par l'article 1626 du code civil interdit à la société AIA de détourner la clientèle cédée ; que cette interdiction pèse également sur Monsieur X... en qualité d'administrateur de la société AIA à la date de la signature de la convention ; qu'aucun trouble personnel ne peut être reproché à la société AIA puisque celle-ci a cessé toute activité d'expertise comptable à compter de la date de prise d'effet de la convention ; que s'étant portée fort « pour chacun des associés », la cédante répond des éventuels troubles commis par Monsieur X... ; que Monsieur X... ne conteste pas que les clients Y..., Z..., A..., B..., C..., D..., E..., F..., G..., H..., I..., J..., K..., L...et M..., qui figuraient parmi les clients cédés, lui ont ultérieurement confié leurs comptabilité ; que les courriers adressés par Monsieur

X... à la société Schmeltz et associés pour l'aviser du remplacement établissent que ce phénomène a débuté au mois de janvier 2003 ; que Monsieur X... n'a jamais pris l'engagement de cesser l'activité d'expert-comptable et aucune disposition de la convention de présentation de clientèle n'a prévu que les associés de la cédante abandonneraient cette activité ; que sauf à remettre en cause le caractère intuitu personae de la lettre de mission et à restreindre la liberté de choix des clients de s'adresser à tout expert-comptable exerçant légalement sa profession, Monsieur X... ne saurait être sanctionné pour avoir donné suite aux sollicitations d'un client, même entrant dans le champ de la cession ; que la société Schmeltz et associés ne démontre nullement que Monsieur X... aurait démarché les clients précités, ni a fortiori qu'il aurait utilisé des moyens déloyaux pour les récupérer ; qu'au contraire, il résulte des attestations de trois clients ayant rejoint Monsieur X..., que la cour n'a aucun motif de suspecter, que la désinvolture du repreneur dans l'exécution de sa mission est à l'origine de leur départ ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il ne peut pas être reproché à Monsieur X... d'avoir failli à son obligation d'éviction (sic) et que la société Schmeltz et associés doit être déboutée de sa demande en restitution du prix ; que sa demande complémentaire de dommages-intérêts doit concomitamment être rejetée (arrêt attaqué, p. 6 et 7) ;

1°/ Alors, d'une part, que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'en statuant comme elle a fait par des motifs qui reviennent à admettre que la société AIA ne se serait engagée au titre de la promesse de porte-fort qu'à répondre d'un éventuel détournement par ses associés de la clientèle cédée quand le porte-fort avait contracté une obligation purement objective aux termes de laquelle il s'engageait envers le cessionnaire « à ne pas intervenir au titre de l'expertise-comptable sur l'ensemble des dossiers-clients transmis, que ce soit directement ou indirectement », la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, ensemble l'article 1120 du même code ;

2°/ Et alors, d'autre part, que le porte-fort engage sa responsabilité contractuelle à l'égard du bénéficiaire de la promesse dès lors qu'il n'a pas satisfait à son obligation de résultat ; qu'en statuant comme elle a fait après avoir constaté que Monsieur X... avait effectivement repris la comptabilité de quinze des clients cédés, en infraction avec l'engagement souscrit de ne plus intervenir au titre de l'expertise comptable sur l'ensemble des dossiers clients transmis, la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences légales qui s'en évinçaient au regard de l'article 1120 du code civil qu'elle a violé.

Moyen produit au pourvoi provoqué éventuel par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils pour la société Audit international

Le moyen reproche à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir débouté une personne morale cédante (la société AUDIT INTERNATIONAL et ASSOCIES, l'exposante) de sa demande de garantie à l'encontre de l'un de ses anciens associés (M. Raphaël X...) ; AUX MOTIFS adoptés QUE, les demandes d'indemnisation formulées par la société SCHMELTZ à l'encontre de la société AIA étant rejetées, il s'imposait de rejeter l'appel en garantie de la société AIA contre M. X... ;

ALORS QUE la cassation d'un chef de dispositif entraîne par voie de conséquence celle des autres chefs qui lui sont rattachés par un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire ; que la cassation du chef de dispositif ayant débouté la **cessionnaire** de ses demandes de dommages et intérêts à raison de la violation par la cédante de sa promesse de porte-fort entraînera, par voie de conséquence,

l'annulation de la disposition ayant débouté la seconde de sa demande de garantie contre son ancien associé, en application de l'article 624 du code de procédure civile.