

B10 - 2
Mr Didier FAURY et Mr
Jean-Paul AYMAR Experts
Demandeur: 4
Défendeur: 5

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS

JUGEMENT PRONONCE LE 23 FEVRIER 2009

AUDIENCE SPECIALE

J2008006957
12/11/2008
RG 2008078679

ENTRE : SOCIETE FREE - société par actions simplifiée- RCS de PARIS 421 938 861 - siège social 8 rue de la Ville l'Evêque 75008 PARIS, prise en la personne de son Président, Monsieur Cyril POIDATZ -
G PARTIE DEMANDERESSE assistée de Maîtres Didier THEOPHILE et Cyril BONAN Avocats (du Cabinet DARROIS VILLEY MAILLOT BROCHIER - A.A.R.P.I.) et comparant par la SELARL CAMPANA RAVET ASSOCIES Avocats, P209 -

ET : 1°) SOCIETE FRANCE TELECOM - société anonyme - RCS de PARIS 380 129 866 - siège social 6 Place d'Alleray 75015 PARIS, prise en la personne de son Président Directeur Général, Monsieur Didier LOMBARD-
2°) SOCIETE ORANGE SPORTS - société anonyme - RCS de PARIS 433 739 018 - siège social 6 Place d'Alleray 75015 PARIS, prise en la personne de son Président Directeur Général, Monsieur Xavier COUTURE-
PARTIES DEFENDERESSES assistées de Maître Hugues CALVET Avocat et comparant par Maître Alain OLTRAMARE Avocat (AO) -

INTERVENANTE VOLONTAIRE : LA LIGUE DE FOOTBALL PROFESSIONNEL, association régie par la loi du 1^{er} JUILLET 1901, siège social 6 rue Léo Delibes 75116 PARIS, agissant poursuites et diligences de son Président, Monsieur Frédéric THIRIEZ -
INTERVENANTE VOLONTAIRE assistée de Maître Jacques-Philippe GUNTHER Avocat et comparant par la SCP BRODU CICUREL MEYNARD Avocats, P240 -

CAUSE JOINTE ET JUGEE A :

12/11/2008
RG 2008079194

ENTRE : SOCIETE NEUF CEGETEL - société anonyme - RCS de NANTERRE B 414 946 194 - siège social 40-42 Quai du Point du Jour 92659 BOULOGNE BILLANCOURT -
iée- RCS de PARIS 421 938 861 - siège social 8 rue de
G PARTIE DEMANDERESSE assistée de Maîtres Olivier FREGET (du Cabinet ALLEN & OVERY) et Pierre-Olivier CHARTIER Avocats et comparant par Maître Gilles HUVELIN Avocat, D1188 -

ET : 1°) SOCIETE FRANCE TELECOM - société anonyme -
RCS de PARIS 380 129 866 - siège social 6 Place
d'Alleray 75015 PARIS, prise en la personne de son
Président Directeur Général, Monsieur Didier LOMBARD-
2°) SOCIETE ORANGE SPORTS - société anonyme -
RCS de PARIS 433 739 018 - siège social 6 Place
d'Alleray 75015 PARIS, prise en la personne de son
Président Directeur Général, Monsieur Xavier COUTURE-
PARTIES DEFENDERESSES assistées de Maître Hugues
CALVET Avocat et comparant par Maître Alain OLTRAMARE
Avocat (AO) -

INTERVENANTE VOLONTAIRE : LA LIGUE DE FOOTBALL
PROFESSIONNEL, association régie par la loi du 1^{er}
JUILLET 1901, siège social 6 rue Léo Delibes 75116
PARIS, agissant poursuites et diligences de son
Président, Monsieur Frédéric THIRIEZ -
INTERVENANTE VOLONTAIRE assistée de Maître Jacques-
Philippe GUNTHER Avocat et comparant par la SCP BRODU
CICUREL MEYNARD Avocats, P240 -

APRES EN AVOIR DELIBERE

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 TELECOM 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 TELECOM 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 aout 2008.

Depuis juillet 2004 France TELECOM 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 TELECOM 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 TELECOM 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 TELECOM 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 neufs 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 Telecom via sa filiale Orange France.

FREE avait assigné en référé d'heure à heure, le 25 juin 2008, FRANCE TELECOM 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 TELECOM.

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.

PROCEDURE :

Par assignation à bref délai du 30 octobre 2008 (RG N° 2008078679), autorisée par une ordonnance du Président de ce tribunal en date du 28 octobre 2008 et par conclusions du 7 janvier 2009, la société FREE, dans le dernier état de ses écritures et déclarations, demande au Tribunal de

Faire injonction à FRANCE TELECOM, sous astreinte de 200.000 euros par jour de retard à compter du prononcé du jugement, de cesser de subordonner l'abonnement à Orange Foot à la souscription d'un abonnement internet haut débit Orange ;

En tant que de besoin, donner acte à Free qu'elle est prête à se doter des moyens techniques nécessaires à la diffusion de la chaîne Orange Foot auprès de ses abonnés ADSL et à constituer un partenariat commercial avec FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS pour promouvoir la commercialisation de cette chaîne ;

Faire injonction à la société FRANCE TELECOM, sous astreinte de 200.000 euros par jour de retard à compter du prononcé du jugement, de diffuser dans les 48 heures suivant le prononcé du jugement 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, en lettres d'un demi centimètre de hauteur, dont les termes seront les suivants : « Par jugement du 2008, 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 de l'infraction pénale de vente subordonnée » ;

Faire injonction à FRANCE TELECOM, sous astreinte de 200 000 euros par jour de retard à compter du prononcé du jugement, d'adresser dans les 48 heures suivant le prononcé du jugement, un courrier aux abonnés à l'offre Orange Foot reprenant les termes du communiqué ci-dessus ;

Désigner tel expert qu'il lui plaira, inscrit sur les listes des experts judiciaires près la Cour d'appel de Paris, lequel, après avoir convoqué les parties, s'être rendu en tous lieux, s'être fait communiquer tous documents utiles et avoir entendu tous sachants, aura pour mission de relever et d'évaluer les éléments du préjudice commercial subi par Free du fait des pratiques de vente subordonnée mises en œuvre par France Télécom ;

Dire que l'expert devra rendre son rapport dans le délai de deux mois à compter de sa désignation et que l'expertise sera effectuée aux frais de France Télécom ;

Condamner FRANCE TELECOM à verser à FREE la somme de 5 000 000 d'euros, sauf à parfaire ;

Déclarer le jugement à intervenir commun à FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS SA ;

Débouter FRANCE TELECOM, Orange Sports et la Ligue de Football Professionnel de l'intégralité de leurs demandes ;

Ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

Condamner la société FRANCE TELECOM aux entiers dépens et à verser à la société FREE la somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Par assignation à bref délai du 31 octobre 2008 (RG N° 2008079194), autorisée par une ordonnance du Président de ce tribunal en date du 30 octobre 2008 et par conclusions en réplique du 7 janvier 2009, la société NEUF CEGETEL, dans le dernier état de ses écritures et déclarations, demande au Tribunal de :

Faire injonction à FRANCE TELECOM, sous astreinte de 200.000 euros par jour de retard à compter du prononcé du jugement, de cesser de subordonner l'abonnement à Orange Foot à la souscription d'un abonnement internet haut débit Orange ;

Autoriser NEUF CEGETEL à faire publier un communiqué reprenant des extraits de son choix de la décision à intervenir, dans trois quotidiens nationaux et le Journal L'Equipe, à hauteur de 6.000 € H.T par publication et ce aux frais de FRANCE TELECOM;

Condamner FRANCE TELECOM à faire publier ledit communiqué sur le site www.orange.fr pendant une durée de quinze jours, sous astreinte de 30.000 € par jour de retard à compter de la demande de Neuf Cegetel ;

Autoriser NEUF CEGETEL à publier le même communiqué sur son site internet pendant une durée de quinze jours ;

Se réserver la liquidation des astreintes ;

Nommer aux frais de FRANCE TELECOM, tel expert qu'il plaira au Tribunal avec notamment pour mission de :

Déterminer le nombre d'abonnements à une offre d'accès internet Orange souscrits en conséquence de la commercialisation illicite de l'offre Orange Foot, déterminer le nombre de clients dont Neuf Cegetel a pu être privée du fait de la commercialisation illicite de l'offre Orange Foot, déterminer le caractère captif de la clientèle ainsi acquise par Orange, déterminer le préjudice en résultant pour Neuf Cegetel, notamment en termes de manque à gagner, dire que l'expert désigné pourra s'attirer tout sapiteur de son choix, devra déposer son rapport au greffe dans un délai de deux mois à compter de la date de la consignation et qu'il référera à Monsieur le Juge chargé du contrôle des expertises de toute difficulté qu'il pourrait rencontrer dans l'exercice de sa mission ;

En toute hypothèse :

Débouter FRANCE TELECOM, Orange Sports et la Ligue de Football Professionnel de l'intégralité de leurs demandes ;
Ordonner l'exécution provisoire du jugement à intervenir ;
Déclarer le jugement à intervenir commun à ORANGE SPORTS, en sa qualité d'éditeur de la chaîne Orange Foot ;
Condamner FRANCE TELECOM à verser à Neuf Cegetel la somme de 30.000 € au titre de l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

Les affaires ont été jointes à l'audience de mise en état du 12 novembre 2008.

Par conclusions en intervention volontaire des 12 novembre 2008, du 10 décembre 2008 et du 7 janvier 2009, la LIGUE DE FOOTBALL PROFESSIONNEL, demande au tribunal de juger recevable et bien fondée son intervention volontaire, de faire droit aux demandes de la société France Télécom et de rejeter purement et simplement les demandes des sociétés Free et Neuf Cegetel et de les condamner aux entiers dépens.

Par conclusions en défense et demande reconventionnelle du 10 décembre 2008 et par conclusions en duplique du 7 janvier 2009, la société France TELECOM, et la société ORANGE SPORTS SA demandent au Tribunal :

Sur les demandes de FREE et de NEUF CEGETEL

Débouter FREE et NEUF CEGETEL de l'ensemble de leurs demandes ; dire qu'il n'y a lieu à quelque injonction de publication aux frais de FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS et rejeter la demande d'exécution provisoire.

Sur la demande reconventionnelle de FRANCE TELECOM et d'ORANGE SPORTS, condamner FREE et NEUF CEGETEL à payer chacune à France TELECOM et à ORANGE SPORTS la somme de 30.000 euros sur le fondement des articles 32-1 du Code de procédure civile et 1382 du Code civil, en réparation du préjudice subi du fait de la présente action abusive ;

Sur l'article 700 du code de procédure civile, condamner FREE et NEUF CEGETEL à payer chacune à FRANCE TELECOM et à ORANGE SPORTS la somme de 30.000 euros.

Après avoir entendu les parties lors l'audience collégiale du 7 janvier 2009, le tribunal a mis l'affaire en délibéré et indiqué que le jugement correspondant serait prononcé le lundi 23 février à 13 h 45.

Le 14 janvier 2009, FREE et NEUF CEGETEL ont adressé au tribunal une note en délibéré non sollicitée qui à ce titre a été écartée des débats de même que les réponses que FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS et la LIGUE DE FOOTBALL PROFESSIONNEL

ont adressées au tribunal en date respectivement des 19 et 20 janvier 2009.

Le 5 février 2009, FREE et NEUF CEGETEL ont adressé au tribunal une note en délibéré non sollicitée qui à ce titre a été écartée des débats de même que les réponses que FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS et la LIGUE DE FOOTBALL PROFESSIONNEL ont adressées au tribunal en date du 9 février 2009.

LES MOYENS DES PARTIES :

A l'appui de ses demandes, **FREE** expose:

L'Offre d'Orange Foot avec un abonnement à une offre internet haut débit Orange est caractéristique d'une vente subordonnée, constitutive de concurrence déloyale, qui engage la responsabilité civile de FRANCE TELECOM. En effet, elle subordonne l'accès à la chaîne Orange Foot à la souscription préalable d'une offre parfaitement distincte.

Les deux conditions d'une vente subordonnée sont réunies :
(1) Orange Foot est une chaîne de télévision distincte d'un abonnement à une offre multiservices à internet haut débit et
(2) on ne peut y souscrire qu'à condition de s'abonner d'abord à une offre Orange.

Aucun motif légitime ne permet de justifier la vente subordonnée orchestrée par France Telecom. La chaîne Orange Foot et les offres internet haut débit d'Orange sont dissociables, constituent deux produits distincts et non pas des produits complémentaires au sens de l'article L.122-1 du Code de la consommation.

Il convient de mettre fin à l'Offre Orange Foot qui lui cause un préjudice considérable.

En réponse aux arguments de FRANCE TELECOM, elle précise tout d'abord les enjeux :

1 - Il ne faut pas confondre les exclusivités de contenus acquises par un éditeur de chaîne de télévision et la distribution exclusive d'une chaîne de télévision subordonnée à un abonnement à internet. Le premier type d'exclusivité, qui ne concerne pas cette affaire, tout à fait habituel en télévision permet à un éditeur de différencier ses programmes vis à vis des chaînes concurrentes. Le second type d'exclusivité en revanche est inédit en France et nocif pour les consommateurs.

2 - FREE ne se livre pas à des pratiques de ventes subordonnées illicites en proposant des offres multiservices.

Puis elle développe :

L'Offre Orange Foot est bien une vente subordonnée internet / télévision

A - Orange Foot est diffusée par satellite dans certaines zones, c'est à dire sans abonnement internet haut débit à Orange et est alors considérée comme une chaîne de télévision payante.

B - Orange Foot peut aussi être techniquement diffusée sur toute offre internet haut débit. Il suffit de disposer d'un abonnement à une offre d'un fournisseur d'accès à internet (FAI) quelconque pour recevoir cette chaîne.

C - L'Offre Orange Foot ne forme pas un tout indissociable avec un abonnement à une offre multiservices. L'existence d'offres multiservices n'empêche nullement en effet de souscrire aujourd'hui encore des abonnements individuels à chacun des services qui constituent ces offres. Les offres multiservices ne sont régies par aucun impératif technique.

D - Dès lors qu'elle constitue une vente subordonnée, l'Offre Orange Foot ne peut être justifiée. France Télécom ne peut parler à son propos d'un usage commercial puisque précisément cette offre déroge à la norme du marché.

Les conséquences résultant d'une interdiction de l'Offre Orange Foot ne sont pas catastrophiques comme le prétendent FRANCE TELECOM et la LIGUE DE FOOTBALL PROFESSIONNEL. La chaîne Orange Foot continuera à diffuser le grand match du samedi soir, qui bénéficiera l'une plus grande exposition et ce, au bénéfice des amateurs du football, des clubs et de leurs sponsors, et de France Telecom qui bénéficiera de davantage de revenus pour rentabiliser son investissement et de la Ligue.

NEUF CEGETEL reprend sensiblement les moyens et arguments exposés par FREE.

Elle ajoute :

1 - La décision N° 08-D-10 du Conseil de la Concurrence du 7 mai 2008 mise en avant par FRANCE TELECOM pour qualifier son Offre Orange Foot de produit unique, est une décision d'irrecevabilité pour absence d'éléments probants qui n'a pas, de ce fait, autorité de la chose décidée.

2 - Il n'existe pas d'indissociabilité technique entre la chaîne de télévision Orange Foot et un accès internet haut débit d'Orange. FRANCE TELECOM a créé une indissociabilité qui est pseudo-technique et artificielle puisque l'offre est disponible via un accès filaire ADSL ou câble ou même via le satellite seul.

3 - La vente subordonnée prohibée mise en place par FRANCE TELECOM constitue un acte de concurrence déloyale au préjudice de NEUF CEGETEL. La violation du droit de la consommation par

un opérateur peut se doubler d'un acte de concurrence déloyale dès lors que le comportement prohibé lui permet d'acquérir une clientèle qui est détournée de ses concurrents, lesquels, quant à eux, respectent la législation applicable. FRANCE TELECOM ne vise qu'à recruter de nouveaux clients à son offre d'accès internet haut débit, au détriment de ses concurrents, dont Neuf Cegetel.

4 - L'exclusivité des droits de diffusion acquis par FRANCE TELECOM (portant sur le match de football de ligue 1 du samedi soir) n'est pas une exclusivité visant une diffusion qui devrait s'opérer via un accès internet haut débit. Aucun mode de diffusion particulier (satellite, Adsl) ne lui est imposé par la Ligue de Football Professionnel. Le fournisseur d'accès internet est techniquement et juridiquement contraint d'exploiter les droits de diffusion qu'il acquiert auprès des éditeurs de chaînes sur son réseau de télécommunication et il ne peut donc proposer au public la souscription d'abonnements aux chaînes de télévision indépendamment d'un accès internet haut débit sur lequel transite le signal de la chaîne avec laquelle il a contracté. Tandis que FRANCE TELECOM et sa filiale ORANGE SPORTS sont éditeurs de la chaîne Orange Foot et possèdent donc en tant que tels la totale maîtrise de son mode de diffusion : internet, par satellite, etc ...

En réponse aux arguments de France Telecom, elle précise :

1 - Pour que la qualification de vente subordonnée soit écartée, il faut qu'elle ne soit pas susceptible de porter atteinte à l'intérêt du consommateur, que celui-ci puisse se procurer sur le marché les biens de manière séparée. La vente de France Telecom n'est pas une vente groupée.

2 - France TELECOM, ORANGE SPORTS et la LIGUE DE FOOTBALL PROFESSIONNEL tentent d'éluder le débat en avançant des arguments invoquant la mise en péril du football français, de l'intérêt du consommateur ou encore de l'ensemble du modèle économique du secteur de l'internet haut débit. Si FRANCE TELECOM choisissait de mettre fin à la situation dénoncée en rendant ainsi accessible Orange Foot à l'ensemble du public, NEUF CEGETEL et l'ensemble des autres opérateurs pourraient tout à fait proposer Orange Foot à leurs abonnés, sur leurs réseaux, sans commercialiser eux mêmes cette chaîne, ORANGE SPORTS conservant la pleine maîtrise de la commercialisation des abonnements à sa chaîne de télévision Orange Foot.

FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS font valoir :

1 - Sa stratégie cherche à se différencier des concurrents FAI en enrichissant les offres proposées aux consommateurs par des services innovants à contenus attractifs. Elle entend

remonter la chaîne de valeur pour devenir un véritable acteur de la télévision payante participant au financement de contenus audiovisuels et développant une offre propre sur la base de contenus audiovisuels qu'elle maîtrise.

2 - L'Offre Orange Foot est une offre innovante constituée d'un ensemble indissociable de services linéaires de télévision classiques, de services non linéaires et de services interactifs. Il s'agit en réalité d'un service audiovisuel complet centré autour d'un match diffusé en direct et intégrant plusieurs services interactifs et non linéaires, indissolublement liés. Orange foot ne peut être diffusée en dehors d'une plateforme internet haut débit. Elle ne peut donc, d'un point de vue technique, être rendue accessible en dehors d'un abonnement internet haut débit intégrant une box et un décodeur. Le constat est valable pour tous les clients qu'ils soient situés dans des zones éligibles ou non à la télévision par ADSL.

3 - FREE et NEUF CEGETEL déforment à dessein la prohibition énoncée à l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Leurs critiques ne relèvent nullement de la problématique des ventes liées, mais visent en réalité à remettre en cause l'issue d'un appel d'offres régulier. Toutes les offres de bouquets de chaîne et des offres multiservices commercialisées notamment par les demanderesses sont par nature et par essence même des offres subordonnées.

4 - Les éléments constitutifs de l'infraction visée à l'article L. 122-1 du Code de la consommation ne sont pas réunis en l'espèce :

i) Les offres multiservices de FRANCE TELECOM à l'image de ceux des autres fournisseurs d'accès à internet sont des produits uniques ainsi que l'a constaté le Conseil de la concurrence dans sa décision N° 08.D.10 du 7 mai 2008,

ii) L'existence d'un produit unique exclut toute qualification de vente liée. L'offre Orange foot est composée d'un ensemble de services de télévision classiques dits linéaires interactifs et non-linéaires qui sont totalement complémentaires et forment un tout indissociable. Le caractère dissociable allégué par les demanderesses est temporaire.

iii) Le service Orange Foot ne peut être transporté par le satellite dans son intégralité en raison de l'absence de voie de retour du satellite. Si France TELECOM concluait avec n'importe quel autre FAI un accord de distribution de l'Offre Orange Foot, ce dernier ne pourrait pas commercialiser ce service en dehors de son offre d'accès à internet haut débit.

iv) FREE et NEUF CEGETEL ont pratiqué ces mêmes offres avec Sport + et Foot + qui selon elles sont des chaînes de télévision distinctes de l'abonnement à l'offre multiservices de FREE ou de NEUF CEGETEL et même pour Foot + distincte

également de l'abonnement à un bouquet payant et auxquelles les amateurs de football ne peuvent accéder, notamment aux termes particulièrement attractifs disponibles chez FREE, qu'après avoir non seulement souscrit à une offre multiservices mais en plus à un bouquet payant.

En réponse aux arguments de FREE et NEUF CEGETEL, FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS précisent :

1 - La question posée au Tribunal de céans est celle de la conformité avec l'article L. 122-1 du Code de la consommation, de la commercialisation par FRANCE TELECOM du service Orange foot au sein de ses abonnements à internet haut débit et plus généralement au sein de ses offres multiservices.

2 - La vente par lots n'est prohibée que si le consommateur se trouve dans l'impossibilité d'acheter séparément auprès du même commerçant chacun des produits ou services distincts regroupés. Elle est donc prohibée lorsqu'aucun des produits ou services distincts composant le lot n'est accessible séparément. Or, l'interdiction des ventes liées doit être appréciée dans la relation entre un consommateur et un professionnel donné. Par conséquent, la question de savoir si un produit ou service donné est disponible ou non chez un autre professionnel n'a aucun impact sur la qualification de vente liée. L'article L. 122-1 du Code de la consommation ne vise que les offres par lesquelles un consommateur est contraint d'acheter auprès d'un professionnel donné deux produits ou/et services distincts que ce même professionnel ne propose pas de manière séparée au consommateur.

3 - FREE et NEUF CEGETEL proposent des offres présentant ces mêmes caractéristiques (NEUF Music), et la prétention de FREE selon laquelle ses propres offres multiservices seraient conformes à cette disposition pour la simple et bonne raison que tous les services qu'elle comporte sont accessibles au consommateur auprès d'autres opérateurs est totalement inopérante. Les demandes de FREE et NEUF CEGETEL de distribuer Orange Foot leur permettront si elles sont acceptées de subordonner l'accès au service Orange foot à l'abonnement à leurs offres multiservices.

La LIGUE de FOOTBALL PROFESSIONNEL fait valoir :

1 - En intervenant volontairement à la présente instance, elle ne vise qu'à défendre un modèle de commercialisation des droits de ligue 1 ouvert le plus largement possible au stade de l'appel à candidatures tout en prévoyant la possibilité, pour les gagnants, de réserver à leurs abonnés le fruits de leurs investissements, c'est à dire l'exclusivité.

2 - Elle rappelle que la commercialisation en exclusivité des droits de ligue 1 est parfaitement licite, qu'elle n'a pas pour mission d'organiser la diffusion des matchs de Ligue 1 auprès de l'ensemble des téléspectateurs et que par l'appel à candidature ouvert transparent et non discriminatoire organisé pour la commercialisation des droits de Ligue 1, elle a souhaité ouvrir au plus grand nombre d'opérateurs, et donc, indirectement, au plus grand nombre de téléspectateurs l'accès à une partie des matchs de ligue 1.

3 - Sur la dénaturation totale du grief de vente subordonnée par les demanderesses et la réalité des offres ADSL multiservices, elle fait observer qu'il est particulièrement étonnant que FREE et NEUF CEGETEL fondent leurs demandes sur une disposition du Code de la consommation visant, par définition à défendre l'intérêt des seuls consommateurs à l'exclusion des professionnels et que les demanderesses procèdent à une dénaturation complète du grief de vente subordonné. FREE et NEUF CEGETEL tentent ainsi de démontrer que l'offre d'Orange Foot en exclusivité sur Orange constituerait une vente subordonnée prohibée, contrairement aux services disponibles au sein des offres ADSL multiservices de FREE et du seul fait que ces derniers seraient à l'inverse des matchs de ligue 1 disponibles auprès d'autres opérateurs.

Or, le fait qu'un consommateur puisse accéder à un service donné auprès d'un autre fournisseur n'a strictement aucune incidence sur la qualification de vente subordonnée. La vente subordonnée n'est ainsi prohibée que si le consommateur ne peut acheter séparément auprès d'un seul et même fournisseur les produits distincts concernés. La rareté du produit convoité par le consommateur chez d'autres fournisseurs n'a aucun impact sur la qualification de vente subordonnée.

La prétendue vente subordonnée alléguée par NEUF CEGETEL et FREE constitue une modalité incontournable de toutes les offres de télévision payantes et notamment de toutes les offres ADSL multiservices. L'objectif poursuivi in fine par les deux demanderesses consiste purement et simplement à reproduire à leur profit la prétendue vente subordonnée d'Orange en subordonnant à leur tour l'accès aux matchs de Ligue 1 à un abonnement préalable à leur offre ADSL.

4 - Les exclusivités sont parfaitement licites à tous les niveaux de la chaîne de valeur du secteur de la télévision. En particulier en matière de distribution de chaînes et ce, quelles que soient leurs modalités techniques de diffusion (satellite. ADSL. câble..). Pour France Télécom, la diffusion en exclusivité auprès de ses seuls abonnés des droits était indispensable pour rentabiliser cet investissement.

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 Telecom, via sa filiale, Orange France, que les demanderesses contestent la commercialisation de ces droits par France TELECOM 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 TELECOM 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 TELECOM, elle nécessite un accès internet haut débit, et que FRANCE TELECOM 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 TELECOM 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 TELECOM 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 TELECOM 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 TELECOM,

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'impératif 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 TELECOM 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 TELECOM 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 TELECOM, 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 TELECOM, 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 TELECOM 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 TELECOM 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 TELECOM s'est rendue coupable d'actes de concurrence déloyale, qu'il lui incombe de réparer le préjudice qu'elle a causé aux demanderesses,

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 TELECOM et ORANGE SPORTS et la LIGUE DE FOOTBALL PROFESSIONNEL succombent, le tribunal les déboutera de leurs demandes reconventionnelles,

Sur l'exécution provisoire :

Attendu que, vu la nature de l'affaire et les conséquences irréversibles de certaines des mesures ordonnées alors que cette décision est susceptible d'appel, le Tribunal ordonnera l'exécution provisoire de ce jugement sauf pour ce qui concerne la mesure de publication sur le site internet www.Orange.fr,

Sur l'application de l'article 700 du CPC :

Attendu que pour faire reconnaître leurs droits, FREE et NEUF CEGETEL ont dû exposer des frais non compris dans les dépens qu'il serait inéquitable de laisser à leur charge, le Tribunal condamnera FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS à payer à chacune d'elles la somme de 30.000 € au titre de l'article 700 du CPC et débouterà FREE et NEUF CEGETEL du surplus de leurs demandes,

Sur les dépens :

Attendu que les entiers dépens seront mis à la charge de FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS,

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 TELECOM, sous astreinte de 50.000 euros par jour de retard, pendant 3 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 TELECOM 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 : « 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 de vente subordonnée interdite par la loi»,

Désigne le collègue expertal suivant : Monsieur Didier FAURY, demeurant 140 Boulevard Haussmann 75008 PARIS, et Monsieur Jean-Paul AYMAR, demeurant 5 rue de Castiglione 75001 PARIS, expert, avec la mission de donner au tribunal des éléments pour déterminer le quantum du préjudice subi par FREE et NEUF CEGETEL, à partir du nombre d'abonnements à une offre d'accès internet Orange en même temps qu'à Orange Foot souscrits par désabonnement de FREE et NEUF CEGETEL et plus généralement 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 privés de ce fait.

Dit que le collègue expertal sera présidé par Monsieur Didier FAURY.

Fixe à 10.000 € le montant de la provision à consigner par moitié par les sociétés FREE et NEUF CEGETEL, avant le 23 MARS 2009, au Greffe de ce Tribunal, par application des dispositions de l'article 269 du Code de Procédure Civile.

Dit qu'à défaut de consignation dans le délai prescrit, il sera constaté que la désignation de l'expert est caduque (article 271 du Code de Procédure Civile) et l'instance poursuivie.

Dit que dans les deux mois à compter de sa désignation, l'expert indiquera au Greffe le montant de sa rémunération définitive prévisible sous forme d'un budget prévisionnel afin que soit éventuellement ordonnée la consignation d'une provision complémentaire dans les conditions de l'article 280 du Code de Procédure Civile et qu'à défaut d'une telle indication le Tribunal pourrait être amené à considérer que le montant de la consignation initiale devra constituer la rémunération définitive de l'expert.

Dit que, si les parties ne viennent pas à composition entre elles, le rapport de l'expert devra être déposé au Greffe dans un délai de 4 mois à compter de la consignation de la provision fixée ci-dessus et, dans l'attente de ce dépôt, inscrit la cause au rôle des mesures d'instruction.

Dit que le magistrat chargé du contrôle des mesures d'instruction suivra l'exécution de la présente expertise.

Dit qu'en cas de difficulté rencontrée par l'expert dans l'exécution de sa mission, il en sera référé au Juge chargé du contrôle des mesures d'instruction.

Déboute les sociétés FREE et NEUF CEGETEL de leurs autres demandes de publication,

Déboute les sociétés FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS et la LIGUE DE FOOTBALL PROFESSIONNEL de leurs demandes reconventionnelles,

Condamne les sociétés FRANCE TELECOM et ORANGE SPORTS à payer à chacune des sociétés FREE et NEUF CEGETEL la somme de 30.000 € en application des dispositions de l'article 700 du Code de Procédure Civile et déboute les sociétés FREE et NEUF CEGETEL du surplus de leurs demandes formées de ce chef ;

Dit les parties mal fondées en leurs demandes plus amples ou contraires au dispositif du présent jugement, les en déboute respectivement,

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement à l'exception de la mesure de publication sur le site www.Orange.fr ;

Réserve les dépens.

Retenu et plaidé à l'Audience Publique où siégeaient Messieurs CHATIN, PIERRE et D'ARJUZON.

Délibéré par les mêmes magistrats et prononcé à l'Audience Publique où siégeaient :

Monsieur CHATIN, Président présidant l'audience, Monsieur AUBERGER, Président, Monsieur d'ARJUZON, Juge, assistés de Monsieur OLIVIERO, Greffier. Les parties en ayant été préalablement avisées.

La minute du jugement est signée par le Président du délibéré et le Greffier.