

Cour de cassation

Chambre civile 1

Audience publique du 29 mars 2017

N° de pourvoi: 15-13.248

ECLI:FR:CCASS:2017:C100444

Publié au bulletin

Rejet

Mme Batut (président), président

SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 22 janvier 2015), rendu sur renvoi après cassation (1^{re} Civ., 6 octobre 2011, pourvoi n° 10-10.800), que, faisant valoir qu'au cours du mois de décembre 2006, la société Darty et fils (la société Darty) avait proposé à la vente des ordinateurs équipés d'un logiciel d'exploitation et de différents logiciels d'utilisation dans des conditions telles que cette pratique commerciale contrevenait à l'article L. 122-1 du code de la consommation, l'association Union fédérale des consommateurs-Que Choisir (l'UFC) l'a assignée aux fins de la voir condamner, en premier lieu, à cesser de vendre des ordinateurs sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, en deuxième lieu, à indiquer le prix des logiciels préinstallés sur les ordinateurs proposés à la vente dans son réseau de magasins, en troisième lieu, à préciser à l'intention des consommateurs les conditions d'utilisation de ces logiciels ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que la société Darty fait grief à l'arrêt de lui faire injonction, à peine d'astreinte, d'indiquer aux consommateurs les conditions d'utilisation des logiciels préinstallés, ainsi que leurs caractéristiques principales, et de la condamner à payer à l'UFC une certaine somme à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen, qu'une pratique commerciale ne peut être qualifiée de trompeuse que si elle altère ou est de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ; que la cour d'appel a

retenu que constituait une pratique commerciale trompeuse le fait, pour la société Darty, de ne pas indiquer les conditions d'utilisation et les caractéristiques principales des logiciels préinstallés sur les ordinateurs proposés à la vente ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il lui était demandé, si ce défaut d'information altérait ou était de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 121-1 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, tel qu'interprété à la lumière de la directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 ;

Mais attendu que la cour d'appel a, d'abord, énoncé, sur le fondement de l'article L. 121-1 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, tel qu'interprété à la lumière de 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, que constitue une pratique commerciale trompeuse, donc déloyale, le fait d'omettre, de dissimuler ou de fournir de façon inintelligible une information substantielle sur le bien ou le service proposé et que sont considérées comme substantielles les informations portant sur les caractéristiques principales du bien ou du service ;

Qu'elle a, ensuite, constaté que les caractéristiques principales des logiciels d'exploitation et d'application préinstallés sont inconnues du consommateur, puisque celui-ci n'est appelé à souscrire le contrat de licence des logiciels que lors de la mise en service de l'ordinateur, par hypothèse, après avoir acheté l'appareil ;

Qu'elle a, enfin, retenu que la seule identification des logiciels préinstallés, ainsi que l'invitation faite au consommateur de se documenter par lui-même sur la nature et l'étendue des droits conférés par la ou les licences proposées, ainsi que sur les autres caractéristiques principales des logiciels équipant les ordinateurs offerts à la vente, ne constituent pas une information suffisante ;

Qu'ayant ainsi caractérisé l'omission d'informations substantielles, au sens de l'article L. 121-1 du code de la consommation, tel qu'interprété à la lumière de l'article 7, paragraphe 4, sous a), de la directive 2005/29, et fait ressortir que les informations omises, relatives aux caractéristiques principales d'un ordinateur équipé de logiciels d'exploitation et d'application, sont de celles que le vendeur professionnel doit au consommateur moyen pour lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause, de sorte qu'une telle pratique commerciale est trompeuse, dès lors qu'elle amène ou est susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, la cour d'appel de renvoi a statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'avait saisie ; d'où il suit que le moyen, qui appelle la Cour de cassation à revenir sur la doctrine affirmée par son précédent arrêt, est irrecevable ;

Sur le second moyen du même pourvoi :

Attendu que la société Darty fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à l'UFC la somme de 5 000 euros à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ que l'UFC n'invoquait pas de courriers de consommateurs pour justifier du préjudice dont elle demandait réparation ; que la cour d'appel a retenu que le préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs était établi par les nombreux courriers produits par l'association, sans préciser sur quels courriers elle s'appuyait ni expliquer en quoi ces courriers étaient de nature à démontrer le préjudice subi par les consommateurs du fait de l'absence d'information relative aux conditions d'utilisation et aux caractéristiques principales des logiciels préinstallés ; qu'en se déterminant ainsi, par le seul visa de documents non précisément identifiés et n'ayant fait l'objet d'aucune analyse, la cour d'appel n'a pas suffisamment motivé sa décision, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que, s'agissant de l'impossibilité pour le consommateur d'acquérir auprès de la société Darty un ordinateur sans logiciels préinstallés et d'être informé du coût de ces logiciels, la cour d'appel a relevé « que, si les courriers de consommateurs produits par UFC démontrent que cette situation est contestée, leur examen attentif démontre cependant que leurs auteurs sont des amateurs éclairés voire des professionnels de l'informatique, et n'établit donc pas que les décisions du consommateur moyen, qui ne peut être réputé formuler de telles exigences, en sont affectées ou risquent de l'être » ; qu'il résulte ainsi des propres constatations de la cour d'appel que les courriers adressés à l'UFC portaient sur la question de la vente conjointe d'ordinateurs et de logiciels et non sur le manque d'information quant aux conditions d'utilisation et aux caractéristiques principales des logiciels préinstallés, de telles données étant connues des amateurs éclairés et des professionnels de l'informatique dont les lettres émanaient ; qu'en retenant, cependant, que le préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs était établi par les nombreux courriers produits par l'association de consommateurs, sans constater que ces courriers étaient relatifs au manque d'information reproché à la société Darty, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 421-1 du code de la consommation ;

Mais attendu que la cour d'appel a apprécié souverainement le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a faite, sans être tenue d'en préciser les divers éléments ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur les trois moyens du pourvoi incident, réunis :

Attendu que l'UFC fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes tendant à voir juger que les agissements dénoncés constituent une contravention de vente liée, au sens de l'article L. 122-1 du code de la consommation, ainsi qu'une pratique commerciale trompeuse, au sens de l'article L. 121-1 du même code, en conséquence, qu'il soit enjoint, sous astreinte, à la société Darty, de cesser de vendre ses ordinateurs équipés de logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, et qu'il soit enjoint à celle-ci d'indiquer le prix des logiciels préinstallés, alors, selon le moyen :

1°/ qu'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 du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ; que constitue ainsi une pratique commerciale déloyale l'offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, lorsque le consommateur se trouve dans l'impossibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation et d'être informé sur ce prix ; qu'en retenant, néanmoins, après avoir relevé que les ordinateurs équipés de logiciels préinstallés ne formaient pas un produit unique mais étaient constitués d'éléments complémentaires dont chacun pouvait, en théorie, être vendu séparément, que la vente conjointe de ces éléments par la société Darty, sans possibilité offerte au consommateur d'acquérir un ordinateur « nu », en renonçant aux logiciels préinstallés moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation et d'être informés sur celui-ci, n'était pas constitutive d'une pratique commerciale déloyale, la cour d'appel a violé l'article L. 122-1 du code de la consommation, interprété à la lumière de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ;

2°/ que seul l'état de nécessité ou l'impossibilité absolue peut exonérer un professionnel de ses obligations ; qu'en exonérant la société Darty de toute obligation d'offrir au consommateur la possibilité de renoncer aux logiciels préinstallés sur les ordinateurs offerts à la vente dans ses magasins moyennant une déduction de prix correspondant à leur licence d'utilisation et de toute obligation d'information relative au prix de ces logiciels, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si ce distributeur avait mis en oeuvre tous les moyens à sa disposition pour commercialiser les ordinateurs sans logiciels préinstallés et avoir connaissance des informations relatives à ces derniers afin de les transmettre au consommateur, notamment en se prévalant de l'obligation légale d'informer le consommateur sur les prix, 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 la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ;

3°/ qu'une pratique commerciale est déloyale lorsque, notamment, elle altère ou est susceptible d'altérer, de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ; qu'en se bornant à retenir que les courriers produits par l'UFC démontraient que seuls des consommateurs « éclairés voire des professionnels de l'informatique » contestaient les ventes liées d'ordinateurs et de logiciels, sans possibilité d'acquérir un ordinateur « nu » auprès du même vendeur, et qu'il n'était pas établi que les décisions du consommateur moyen en soient altérées ou risquent de l'être, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si les récentes études, notamment menées par les pouvoirs publics et le CREDOC, ne mettaient pas en évidence que le consommateur moyen, même non averti, avait évolué et désirait désormais pouvoir bénéficier d'une offre alternative d'ordinateur « nu », de sorte qu'en l'absence d'une telle offre son comportement commercial se trouvait nécessairement altéré ou était susceptible de l'être, 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 la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ;

4°/ qu'une pratique commerciale est déloyale lorsque, notamment, elle altère ou est susceptible d'altérer, de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ; qu'en se bornant à retenir qu'il était de l'intérêt d'un néophyte de pouvoir acquérir un ordinateur prêt à l'emploi sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si à côté de l'offre d'ordinateurs équipés de logiciels préinstallés il n'était pas possible à la société Darty d'offrir des ordinateurs non équipés de ces logiciels ou de ménager la possibilité aux consommateurs qui le désirent de les désinstaller et donc de ne pas payer le coût correspondant, de sorte qu'en l'absence d'une telle offre complémentaire son comportement commercial se trouvait nécessairement altéré ou était susceptible de l'être, 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 la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ;

5°/ que l'interdiction de la vente d'un bien subordonnée à l'acquisition d'un autre produit ou service constitutive d'une pratique commerciale déloyale ne saurait être excusée par un motif légitime ; qu'en retenant, néanmoins, qu'il n'était pas démontré que les considérations qui avaient conduit l'administration des fraudes à tolérer au début du développement de ce secteur les ventes liées en matière informatique, à savoir qu'il était de l'intérêt d'un néophyte de pouvoir acquérir facilement un ordinateur prêt à l'emploi, soient devenues obsolètes en raison de l'élévation du niveau général de connaissances en informatique dans le grand public, la cour d'appel a violé l'article L. 122-1 du code de la consommation, interprété à la lumière de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ;

6°/ que doit être réputée trompeuse l'omission par le vendeur professionnel, compte tenu du contexte factuel et des caractéristiques du produit, d'une ou plusieurs informations substantielles relatives au produit ou service offert, le prix et son mode de calcul étant l'une d'entre elles ; qu'en rejetant les demandes de l'UFC après avoir relevé qu'il n'était pas démontré que les conditions cumulatives posées par l'article L. 120-1 du code de la consommation étaient remplies, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si les pratiques de la société Darty, consistant à vendre des ordinateurs équipés de logiciels préinstallés sans informer le consommateur de la possibilité d'acquérir un ordinateur « nu » et du prix correspondant aux logiciels préinstallés, n'était pas une pratique commerciale devant être réputée trompeuse, sans qu'il y ait à s'interroger sur un manquement du vendeur aux exigences de ses diligences professionnelles et sur les risques d'altération du consommateur moyen, visés par l'article L. 120-1 du code précité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 121-1 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, tel qu'interprété à la lumière de la directive 2005/29 CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 ;

7°/ que seul l'état de nécessité ou l'impossibilité absolue peut exonérer un professionnel de son obligation légale d'information ; qu'en exonérant la société Darty de toute obligation d'information relative au prix des logiciels préinstallés sur les ordinateurs qu'elle offre à la vente sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si ce vendeur avait mis en oeuvre tous

les moyens à sa disposition pour avoir connaissance de ce prix, notamment en se prévalant de l'obligation légale d'informer le consommateur sur les prix, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 7 de l'arrêté du ministre de l'économie du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix ;

Mais attendu, d'une part, que la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit (arrêt du 7 septembre 2016, Deroo-Blanquart, C-310/15) qu'une pratique commerciale consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés sans possibilité pour le consommateur de se procurer le même modèle d'ordinateur non équipé de logiciels préinstallés ne constitue pas, en tant que telle, une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2005/29, à moins qu'une telle pratique ne soit contraire aux exigences de la diligence professionnelle et n'altère ou ne soit susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport à ce produit ;

Qu'il résulte de l'article L. 121-1 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, susmentionnée, tel qu'interprété à la lumière de l'article 7 de la directive 2005/29, qu'une pratique commerciale est trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet une information substantielle ; que ne constitue pas une pratique commerciale trompeuse l'omission d'informer le consommateur de la possibilité qui lui est offerte d'acquérir un ordinateur non équipé de logiciels préinstallés, dès lors qu'une telle information ne présente pas un caractère substantiel, au sens de l'article L. 121-1 ;

Attendu, d'autre part, qu'il ressort de ce texte que doivent être considérées comme substantielles les informations relatives au prix des biens ou des services ;

Que, dans son arrêt du 7 septembre 2016, précité, la Cour de justice a, cependant, dit pour droit qu'il ressort du libellé de l'article 7, paragraphe 4, sous c), de la directive 2005/29 qu'est considéré comme une information substantielle le prix d'un produit proposé à la vente, c'est-à-dire le prix global du produit, et non le prix de chacun de ses éléments, et qu'il en découle que cette disposition fait obligation au professionnel d'indiquer au consommateur le seul prix global du produit concerné ; qu'elle a ajouté que, conformément au considérant 14 de la directive 2005/29, constitue une information substantielle une information clé dont le consommateur a besoin pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause ; que, selon la Cour de justice, il résulte de l'article 7, paragraphe 1, de la même directive que le caractère substantiel d'une information doit être apprécié en fonction du contexte dans lequel s'inscrit la pratique commerciale en cause et compte tenu de toutes ses caractéristiques ; qu'eu égard au contexte d'une offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, l'absence d'indication du prix de chacun de ces logiciels n'est ni de nature à empêcher le consommateur de prendre une décision commerciale en connaissance de cause ni susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ; que, par suite, le prix de chacun des logiciels ne constitue pas une information substantielle au sens de l'article 7, paragraphe 4, de la directive 2005/29 ; que la Cour de justice en a déduit que, lors d'une offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, l'absence d'indication du prix de chacun de ces

logiciels ne constitue pas une pratique commerciale trompeuse au sens de l'article 5, paragraphe 4, sous a), et de l'article 7 de la directive 2005/29 ;

Attendu qu'il résulte de ce qui précède qu'en relevant, d'abord, que la pratique commerciale litigieuse ne présentait pas un caractère déloyal, dès lors que les ordinateurs non équipés de logiciels préinstallés ne faisaient pas l'objet d'une demande significative de la clientèle, exception faite de celle, marginale, constituée par des amateurs éclairés qui souhaitaient bénéficier à la fois des prix attractifs de la grande distribution et de produits non standardisés, de sorte qu'aucun manquement de la société Darty aux exigences de la diligence professionnelle n'était démontré, ensuite, que cette pratique commerciale n'était pas trompeuse, y compris en ce qu'elle était caractérisée par l'absence de mention du prix des logiciels préinstallés, l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix n'étant pas applicable au prix de chacun des éléments d'un même produit, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder aux recherches inopérantes visées par les deuxième, quatrième, cinquième, sixième et septième branches du moyen et qui n'avait pas à s'expliquer sur des éléments de preuve qu'elle décidait d'écarter, a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi principal et le pourvoi incident ;

Condamne la société Darty et fils et l'association Union fédérale des consommateurs-Que Choisir aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-neuf mars deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal par la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat aux Conseils, pour la société Darty et fils.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir fait injonction à la société Darty d'indiquer aux consommateurs les « conditions d'utilisation » des logiciels d'exploitation et d'utilisation préinstallés sur les ordinateurs qu'elle propose à la vente, ainsi que leurs « caractéristiques principales », d'avoir assorti cette injonction d'une astreinte et d'avoir condamné la société Darty à payer à l'UFC – Que Choisir la somme de 5.000 euros à titre de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS que « les textes cités plus haut disposent que : Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle..... Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens. Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes : 1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ; il en résulte que constitue une pratique commerciale trompeuse, donc déloyale, le fait d'omettre, dissimuler ou fournir de façon inintelligible une information substantielle sur le bien ou service proposé, au nombre desquelles se trouvent les caractéristiques principales du bien ou du service ; or il n'est pas contesté que, comme le relève UFC, les caractéristiques principales de la prestation de service portant sur les logiciels sont inconnues de l'acquéreur potentiel, puisque ce dernier n'est appelé à souscrire ce contrat que lors de la mise en service de son ordinateur, donc, par hypothèse, après achat ; s'il est vrai que Darty n'est pas partie au contrat de licence, elle ne peut s'exonérer de son obligation de renseignement et d'information sur ce fondement dans la mesure où c'est bien elle qui vend la prestation de service constituée par l'accès à l'usage des logiciels ; par ailleurs la standardisation des produits commercialisés ne peut que faciliter la mise à disposition d'informations précises sur les droits résultant des contrats de licence proposés et les performances des logiciels qu'ils concernent ; la seule identification des logiciels préinstallés ainsi que l'invitation faite à l'acquéreur potentiel d'avoir à se documenter par lui-même sur la nature et l'étendue des droits conférés par la ou les licences proposées, ainsi que sur les caractéristiques principales des logiciels équipant les ordinateurs offerts à la vente ne constituent pas une information suffisante ; il sera par conséquent fait injonction à Darty d'indiquer aux consommateurs les conditions d'utilisation des logiciels d'exploitation et d'utilisation préinstallés sur les ordinateurs qu'elle propose à la vente, ainsi que leurs caractéristiques principales ; cette injonction sera assortie d'une astreinte de 1 000 € par infraction constatée passé le délai de trois mois après signification du présent arrêt, et ce pendant douze mois après lesquels il pourra à nouveau être fait droit »

ALORS qu'une pratique commerciale ne peut être qualifiée de trompeuse que si elle altère ou est de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ; que la cour d'appel a retenu que constituait une pratique commerciale trompeuse le fait, pour la société Darty, de ne pas indiquer les conditions d'utilisation et les caractéristiques principales des logiciels préinstallés sur les ordinateurs proposés à la vente ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il lui était demandé (conclusions de la société Darty, p. 56 et 57), si ce défaut d'information altérerait ou était de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen en le conduisant à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement, la cour a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.121-1 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, tel qu'interprété à la lumière de la directive 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005.

SECOND MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société Darty à payer à l'UFC – Que Choisir la somme de 5.000 euros à titre de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS que « le préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs est établi par les nombreux courriers produits par l'UFC, laquelle a reçu habilitation à le défendre ; il sera justement réparé par la somme de 5 000 € »

1) ALORS que l'association UFC – Que Choisir n'invoquait pas de courriers de consommateurs pour justifier du préjudice dont elle demandait réparation ; que la cour d'appel a retenu que le préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs était établi par les nombreux courriers produits par l'association, sans préciser sur quels courriers elle s'appuyait ni expliquer en quoi ces courriers étaient de nature à démontrer le préjudice subi par les consommateurs du fait de l'absence d'information relative aux conditions d'utilisation et aux caractéristiques principales des logiciels préinstallés ; qu'en se déterminant ainsi par le seul visa de documents non précisément identifiés et n'ayant fait l'objet d'aucune analyse, la cour d'appel n'a pas suffisamment motivé sa décision, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

2) ALORS que, s'agissant de l'impossibilité pour le consommateur d'acquérir auprès de la société Darty un ordinateur sans logiciels préinstallés et d'être informé du coût de ces logiciels, la cour d'appel a relevé « que, si les courriers de consommateurs produits par UFC démontrent que cette situation est contestée, leur examen attentif démontre cependant que leurs auteurs sont des amateurs éclairés voire des professionnels de l'informatique, et n'établit donc pas que les décisions du consommateur moyen, qui ne peut être réputé formuler de telles exigences, en sont affectées ou risquent de l'être » (arrêt p.9) ; qu'il résulte ainsi des propres constatations de la cour que les courriers adressés à l'association UFC – Que Choisir portaient sur la question de la vente conjointe d'ordinateurs et de logiciels et non sur le manque d'information quant aux conditions d'utilisation et aux caractéristiques principales des logiciels préinstallés, de telles données étant connues des amateurs éclairés et des professionnels de l'informatique dont les lettres émanaient ; qu'en retenant cependant que le préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs était établi par les nombreux courriers produits par l'association de consommateurs, sans constater que ces courriers étaient relatifs au manque d'information reproché à la société Darty, la cour a privé sa décision de base légale au regard de l'article L.421-1 du code de la consommation.

Moyens produits au pourvoi incident par la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat aux Conseils pour l'association UFC-Que Choisir.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de l'UFC – Que Choisir tendant

à voir dire et juger que les agissements dénoncés constituaient la contravention de vente liée au sens de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, interprété à la lumière et à la finalité de la directive n° 2005/29/CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 et, en conséquence, d'AVOIR rejeté sa demande tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Darty et Fils, sous astreinte de 10.000 € par jour de retard, une fois expiré un délai de 8 jours à compter de la signification de la décision à intervenir, de cesser de vendre ses ordinateurs avec des logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, d'AVOIR infirmé le jugement déféré en ce qu'il avait été fait injonction à la société Etablissements Darty et Fils d'indiquer le prix des logiciels préinstallés dans les ordinateurs qu'elle commercialise dans son réseau de magasins, d'AVOIR rejeté la demande de l'UFC – Que Choisir tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Darty et Fils, dans le même délai, d'indiquer le prix des logiciels d'exploitation et d'utilisation préinstallés sur les ordinateurs qu'elle expose à la vente dans son réseau de magasins Darty et d'AVOIR rejeté sa demande tendant à ce que soit ordonnée la diffusion d'un communiqué judiciaire ;

AUX MOTIFS QUE deux observations liminaires doivent être faites ; qu'en premier lieu, le juge civil n'a pas à se prononcer sur l'existence d'une infraction pénale ; qu'il ne peut que faire cesser une situation illicite, telle que définie par un texte pénal, s'il estime qu'elle existe ; qu'en second lieu, la cassation totale de l'arrêt du 26 octobre 2009 a été prononcée au visa de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, qui était la suivante : « est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires » ; que la Cour de cassation a précisé que ce texte devait être interprété à la lumière de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 ; que le législateur français a, depuis, et par les lois du 4 août 2008 et du 17 mai 2011, opéré la transposition de cette directive et a modifié comme suit les dispositions du code de la consommation :

« Art. L. 120-1 : les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou risque d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service...

II.- Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1.

Art. L. 121-1 : une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes ;

1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;

2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

- a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;
- b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou service ;
- c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;
- d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;
- e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;
- f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;
- g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;

3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en oeuvre n'est pas clairement identifiable.

II.- Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.

Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes ;

1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ;

...

Art. L. 122-1 : 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 dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 » ;

Que les faits dénoncés par UFC, qui remontent à décembre 2006, doivent ainsi être appréciés, ainsi que rappelé par la Cour de cassation, conformément au droit positif applicable à ce moment, c'est-à-dire conformément aux articles L. 121-1 et L. 122-1 du Code de la consommation dans leur rédaction alors applicable, mais interprétés à la lumière de la directive du 11 mai 2005 ; que le contenu matériel des dispositions des articles cités plus haut, dans leur rédaction issue des lois de transposition, étant cependant identique à celui de la directive, l'exigence de clarté de l'exposé justifie que soient seuls mentionnés ces articles, d'autant plus que l'essentiel des demandes formées par UFC consiste en des injonctions de faire, qui ne peuvent s'appliquer que pour l'avenir, et donc sous l'empire des nouveaux textes, et que ces derniers, qui ne contiennent aucune prohibition « per se » des ventes liées, et soumettent l'exigence de publicité des prix au critère de déloyauté, sont globalement plus favorables à Darty, dont le comportement commercial est mis en cause ; que les parties elles-mêmes visent d'ailleurs exclusivement ces derniers ; que, sur l'existence de ventes liées illicite, bien que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation n'y fasse aucune référence, la cassation prononcée est totale, et la cour de céans doit examiner cette demande, qui, rejetée par le tribunal, est à nouveau formulée par UFC ; que les ventes liées ne sont désormais prohibées que si elles constituent une pratique déloyale telle que définie par les articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation ; que selon les dispositions qui viennent d'être rappelées, est prohibée comme déloyale toute pratique trompeuse au sens de l'article L. 121-1, qui contient des indications fausses ou de nature à induire en erreur, notamment sur le prix et les caractéristiques principales du bien ; que ces dispositions ne concernent pas directement l'offre de vente liée de logiciels, et il y a donc lieu d'examiner si cette pratique entre dans la définition générale de la pratique déloyale donnée par l'article L. 120-1 ; que ce texte édicte deux conditions cumulatives, soit le fait d'être contraire aux exigences de la diligence professionnelle et d'altérer ou risquer d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé à l'égard d'un bien ou d'un service ; que l'existence d'un motif légitime n'est donc pas pertinente, le texte précité ne le mentionnant qu'en ce qui concerne le refus de vente ; qu'il est constant que, comme la plupart de ses concurrents, Darty propose exclusivement des ordinateurs équipés d'un logiciel d'exploitation et de logiciels d'utilisation préinstallés, sans faculté pour le consommateur de n'acheter que l'ordinateur ; que le prix est global et ne détaille pas la fraction correspondant à l'ordinateur proprement dit et celle correspondant au coût des logiciels ; que l'acquéreur d'un ordinateur est ainsi conduit à acquérir certains logiciels dont il peut ne pas avoir l'usage, s'il décide par exemple d'installer d'autres logiciels d'exploitation, tels « linux » cité par les parties et qui serait librement et gratuitement accessible ; que Darty ne conteste pas cet état de fait, mais soutient que cette pratique ne peut être qualifiée de déloyale ; qu'en effet le public auquel elle s'adresse est en son immense majorité désireux d'acquérir un ordinateur prêt à l'emploi, et ne dispose pas des capacités et connaissances techniques nécessaires pour installer lui-même les logiciels nécessaires ; qu'étant exclusivement distributeur, et non fabricant, elle achète elle-même ses produits déjà équipés, qui sont des produits standardisés destinés au grand public pour un prix global, et il lui est impossible de déterminer le prix payé au titre des logiciels ; qu'en ce qui concerne ces derniers, elle n'est pas partie au contrat qui se forme entre l'utilisateur final et l'éditeur des logiciels, qui s'analyse en un contrat de licence assimilable au louage ; qu'elle n'est par ailleurs pas en mesure d'assurer une garantie ou un service après-vente pour des ordinateurs qui ne seraient pas équipés de logiciels préinstallés, puisqu'alors elle ignorerait tout de la configuration adoptée par l'utilisateur ; qu'elle conteste ainsi tout manquement aux exigences de la diligence professionnelle et toute incidence de cette situation sur le comportement économique du consommateur moyen, qui est celui auquel

elle s'adresse ; que l'ensemble ordinateur logiciel constitue, ainsi que l'a justement observé le tribunal, un produit complexe constitué d'éléments indépendants les uns des autres, puisqu'un ordinateur peut être équipé de divers logiciels, dont notamment des logiciels gratuits ; qu'il ne peut donc être considéré comme un produit unique constitué d'éléments complémentaires ; que le tribunal a en outre justement retenu que la faculté de bénéficier d'un contrat de licence d'utilisateur final en ce qui concerne les logiciels doit s'analyser en une prestation de service ; qu'il est enfin constant qu'existe un marché des ordinateurs « nus » c'est-à-dire non équipés de logiciels préinstallés, qui intéresse plus spécialement les usages professionnels de ces matériels ; que par conséquent, sur un plan théorique, rien ne paraît s'opposer à ce que chaque élément puisse être vendu séparément ; qu'il résulte néanmoins des pièces produites par Darty d'une part qu'elle achète en l'état ces produits et d'autre part que les fabricants se refusent à fournir la moindre indication sur le coût des logiciels préinstallés, ainsi qu'en témoignent les courriers de HP, Asus, Apple par exemple, certains précisant qu'ils ne vendent pas séparément les ordinateurs et les logiciels ; que les experts qu'elle a saisis se sont déclarés dans l'incapacité d'évaluer le prix des logiciels préinstallés ; que selon les pièces produites par UFC elle-même, les ordinateurs « grand public » commercialisés par les concurrents de Darty (tels la Fnac, Surcouf, Auchan) sont également systématiquement équipés de logiciels préinstallés, ce qui démontre que cette pratique est générale dans la grande distribution de ces produits ; qu'aucun élément ne permet par ailleurs d'affirmer que la puissance économique de Darty, et sa position de distribution de masse, lui permettraient d'obtenir de ses partenaires commerciaux la modification de ce comportement ; qu'est ainsi démontré l'impossibilité pratique pour Darty de commercialiser séparément les logiciels faisant l'objet d'une préinstallation sur les ordinateurs qu'elle vend et d'isoler leur coût ; qu'aucune règle de droit positif ne permet par ailleurs de l'astreindre à commercialiser des ordinateurs identiques « nus » alors que ceux-ci ne font pas l'objet d'une demande significative de sa clientèle, exception faite de celle, marginale, qui souhaite à la fois bénéficier des prix attractifs de la grande distribution, et de produits non standardisés ; qu'aucun manquement aux exigences de diligence professionnelle n'est donc démontré contre Darty ; que les conditions posées par l'article 120-1 pour qu'une pratique soit considérée comme déloyale étant cumulatives, l'examen de la seconde condition, relative aux risques d'altération du comportement du consommateur moyen n'a pas lieu d'être examinée ; qu'il sera cependant observé que, si les courriers des consommateurs produits par UFC démontrent que cette situation est contestée, leur examen attentif démontre cependant que leurs auteurs sont des amateurs éclairés voire des professionnels de l'informatique, et n'établissent donc pas que les décisions du consommateur moyen, qui ne peut être réputé formuler de telles exigences, en sont affectées ou risquent de l'être ; qu'il n'est ainsi pas démontré que les considérations qui avaient conduit l'administration des fraudes à tolérer au début du développement de ce secteur les ventes liées en matière d'informatique, à savoir qu'il était dans l'intérêt d'un néophyte de pouvoir acquérir facilement un ordinateur prêt à l'emploi, soient devenues obsolètes en raison de l'élévation du niveau général de connaissances en informatique dans le grand public ; que les demandes d'UFC tendant à ce qu'il soit fait injonction à Darty de cesser de vendre ses ordinateurs avec logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, et d'indiquer le prix des logiciels préinstallés seront donc rejetées ; que, sur l'obligation d'information sur les produits mis en vente, pour les motifs ci-dessus développés, la demande relative à la fraction du prix correspondant aux logiciels fondée sur l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 ne peut aboutir ;

1) ALORS QU'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 du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ; que constitue ainsi une pratique commerciale déloyale l'offre conjointe consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés, lorsque le consommateur se trouve dans l'impossibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation et d'être informé sur ce prix ; qu'en retenant néanmoins, après avoir relevé que les ordinateurs équipés de logiciels préinstallés ne formaient pas un produit unique mais étaient constitués d'éléments complémentaires dont chacun pouvait, en théorie, être vendu séparément, que la vente conjointe de ces éléments par la société Darty, sans possibilité offerte au consommateur d'acquérir un ordinateur « nu », en renonçant aux logiciels préinstallés moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation et d'être informés sur celui-ci, n'était pas constitutive d'une pratique commerciale déloyale, la Cour d'appel a violé l'article L. 122-1 du Code de la consommation, interprété à la lumière de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ;

2) ALORS QUE seul l'état de nécessité ou l'impossibilité absolue peut exonérer un professionnel de ses obligations ; qu'en exonérant la société Darty de toute obligation d'offrir au consommateur la possibilité de renoncer aux logiciels préinstallés sur les ordinateurs offerts à la vente dans ses magasins moyennant une déduction de prix correspondant à leur licence d'utilisation et de toute obligation d'information relative au prix de ces logiciels, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée (v. les conclusions d'appel de l'UFC Que Choisir, spé. p. 61 et s.), si ce distributeur avait mis en oeuvre tous les moyens à sa disposition pour commercialiser les ordinateurs sans logiciels préinstallés et avoir connaissance des informations relatives à ces derniers afin de les transmettre au consommateur, notamment en se prévalant de l'obligation légale d'informer le consommateur sur les prix, 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 la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ;

3) ALORS QU'une pratique commerciale est déloyale lorsque, notamment, elle altère ou est susceptible d'altérer, de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ; qu'en se bornant à retenir que les courriers produits par l'UFC démontraient que seuls des consommateurs « éclairés voire des professionnels de l'informatique » contestaient les ventes liées d'ordinateurs et de logiciels, sans possibilité d'acquérir un ordinateur « nu » auprès du même vendeur, et qu'il n'était pas établi que les décisions du consommateur moyen en soient altérées ou risquent de l'être, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée (v. les conclusions d'appel de l'UFC, spé. p. 41 et s.), si les récentes études, notamment menées par les pouvoirs publics et le CREDOC, ne mettaient pas en évidence que le consommateur moyen, même non averti, avait évolué et désirait désormais pouvoir bénéficier d'une offre alternative d'ordinateur « nu », de sorte qu'en l'absence d'une telle offre son comportement commercial se trouvait nécessairement altéré ou était susceptible de l'être, 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 la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ;

4) ALORS QU'une pratique commerciale est déloyale lorsque, notamment, elle altère ou est susceptible d'altérer, de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ; qu'en se bornant à retenir qu'il était de l'intérêt d'un néophyte de pouvoir acquérir un ordinateur prêt à l'emploi sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée (v. les conclusions d'appel de l'UFC, spé. p. 35 et s.), si à côté de l'offre d'ordinateurs équipés de logiciels préinstallés il n'était pas possible à la société Darty d'offrir des ordinateurs non équipés de ces logiciels ou de ménager la possibilité aux consommateurs qui le désirent de les désinstaller et donc de ne pas payer le coût correspondant, de sorte qu'en l'absence d'une telle offre complémentaire son comportement commercial se trouvait nécessairement altéré ou était susceptible de l'être, 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 la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur ;

5) ALORS QUE l'interdiction de la vente d'un bien subordonnée à l'acquisition d'un autre produit ou service constitutive d'une pratique commerciale déloyale ne saurait être excusée par un motif légitime ; qu'en retenant néanmoins qu'il n'était pas démontré que les considérations qui avaient conduit l'administration des Fraudes à tolérer au début du développement de ce secteur les ventes liées en matière informatique, à savoir qu'il était de l'intérêt d'un néophyte de pouvoir acquérir facilement un ordinateur prêt à l'emploi, soient devenues obsolètes en raison de l'élévation du niveau général de connaissances en informatique dans le grand public, la Cour d'appel a violé l'article L. 122-1 du Code de la consommation, interprété à la lumière de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande de l'UFC – Que Choisir tendant à voir dire et juger que la vente d'ordinateurs avec logiciels préinstallés sans indication de leur prix et sans possibilité de renoncer sur le lieu de vente auxdits logiciels constituait une pratique commerciale trompeuse, au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation et, en conséquence, d'AVOIR rejeté sa demande tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Darty et Fils, sous astreinte de 10.000 € par jour de retard, une fois expiré un délai de 8 jours à compter de la signification de la décision à intervenir, de cesser de vendre ses ordinateurs avec des logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, d'AVOIR infirmé le jugement déféré en ce qu'il avait été fait injonction à la société Etablissements Darty et Fils d'indiquer le prix des logiciels préinstallés dans les ordinateurs qu'elle commercialise dans son réseau de magasins, d'AVOIR rejeté la demande de l'UFC – Que Choisir tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Darty et Fils, dans le même délai, d'indiquer le prix des logiciels d'exploitation et d'utilisation préinstallés sur les ordinateurs qu'elle expose à la vente dans son réseau de magasins Darty et d'AVOIR rejeté sa demande tendant à ce que soit ordonnée la diffusion d'un communiqué judiciaire ;

AUX MOTIFS QUE deux observations liminaires doivent être faites ; qu'en premier lieu, le juge civil n'a pas à se prononcer sur l'existence d'une infraction pénale ; qu'il ne peut que faire cesser une situation illicite, telle que définie par un texte pénal, s'il estime qu'elle existe ; qu'en second lieu, la cassation totale de l'arrêt du 26 octobre 2009 a été prononcée au visa de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, qui était la suivante : « est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires » ; que la Cour de cassation a précisé que ce texte devait être interprété à la lumière de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 ; que le législateur français a, depuis, et par les lois du 4 août 2008 et du 17 mai 2011, opéré la transposition de cette directive et a modifié comme suit les dispositions du code de la consommation :

« Art. L. 120-1 : les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou risque d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service...

II.- Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1.

Art. L. 121-1 : une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes ;

1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;

2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

h) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;

i) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou service ;

j) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;

k) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un

remplacement ou d'une réparation ;

l) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;

m) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;

n) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;

3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en oeuvre n'est pas clairement identifiable.

II.- Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.

Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes ;

1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ;

...

Art. L. 122-1 : 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 dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 » ;

Que les faits dénoncés par UFC, qui remontent à décembre 2006, doivent ainsi être appréciés, ainsi que rappelé par la Cour de cassation, conformément au droit positif applicable à ce moment, c'est-à-dire conformément aux articles L. 121-1 et L. 122-1 du Code de la consommation dans leur rédaction alors applicable, mais interprétés à la lumière de la directive du 11 mai 2005 ; que le contenu matériel des dispositions des articles cités plus haut, dans leur rédaction issue des lois de transposition, étant cependant identique à celui de la directive, l'exigence de clarté de l'exposé justifie que soient seuls mentionnés ces articles, d'autant plus que l'essentiel des demandes formées par UFC consiste en des injonctions de faire, qui ne peuvent s'appliquer que pour l'avenir, et donc sous l'empire des nouveaux textes, et que ces derniers, qui ne contiennent aucune prohibition « per se » des ventes liées, et soumettent l'exigence de publicité des prix au critère de déloyauté, sont globalement plus favorables à Darty, dont le comportement commercial est mis en cause ; que les parties elles-mêmes visent d'ailleurs exclusivement ces derniers ; que, sur l'existence de ventes liées illicite, bien que la

motivation de l'arrêt de la Cour de cassation n'y fasse aucune référence, la cassation prononcée est totale, et la cour de céans doit examiner cette demande, qui, rejetée par le tribunal, est à nouveau formulée par UFC ; que les ventes liées ne sont désormais prohibées que si elles constituent une pratique déloyale telle que définie par les articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation ; que selon les dispositions qui viennent d'être rappelées, est prohibée comme déloyale toute pratique trompeuse au sens de l'article L. 121-1, qui contient des indications fausses ou de nature à induire en erreur, notamment sur le prix et les caractéristiques principales du bien ; que ces dispositions ne concernent pas directement l'offre de vente liée de logiciels, et il y a donc lieu d'examiner si cette pratique entre dans la définition générale de la pratique déloyale donnée par l'article L. 120-1 ; que ce texte édicte deux conditions cumulatives, soit le fait d'être contraire aux exigences de la diligence professionnelle et d'altérer ou risquer d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé à l'égard d'un bien ou d'un service ; que l'existence d'un motif légitime n'est donc pas pertinente, le texte précité ne le mentionnant qu'en ce qui concerne le refus de vente ; qu'il est constant que, comme la plupart de ses concurrents, Darty propose exclusivement des ordinateurs équipés d'un logiciel d'exploitation et de logiciels d'utilisation préinstallés, sans faculté pour le consommateur de n'acheter que l'ordinateur ; que le prix est global et ne détaille pas la fraction correspondant à l'ordinateur proprement dit et celle correspondant au coût des logiciels ; que l'acquéreur d'un ordinateur est ainsi conduit à acquérir certains logiciels dont il peut ne pas avoir l'usage, s'il décide par exemple d'installer d'autres logiciels d'exploitation, tels « linux » cité par les parties et qui serait librement et gratuitement accessible ; que Darty ne conteste pas cet état de fait, mais soutient que cette pratique ne peut être qualifiée de déloyale ; qu'en effet le public auquel elle s'adresse est en son immense majorité désireux d'acquérir un ordinateur prêt à l'emploi, et ne dispose pas des capacités et connaissances techniques nécessaires pour installer lui-même les logiciels nécessaires ; qu'étant exclusivement distributeur, et non fabricant, elle achète elle-même ses produits déjà équipés, qui sont des produits standardisés destinés au grand public pour un prix global, et il lui est impossible de déterminer le prix payé au titre des logiciels ; qu'en ce qui concerne ces derniers, elle n'est pas partie au contrat qui se forme entre l'utilisateur final et l'éditeur des logiciels, qui s'analyse en un contrat de licence assimilable au louage ; qu'elle n'est par ailleurs pas en mesure d'assurer une garantie ou un service après-vente pour des ordinateurs qui ne seraient pas équipés de logiciels préinstallés, puisqu'alors elle ignorerait tout de la configuration adoptée par l'utilisateur ; qu'elle conteste ainsi tout manquement aux exigences de la diligence professionnelle et toute incidence de cette situation sur le comportement économique du consommateur moyen, qui est celui auquel elle s'adresse ; que l'ensemble ordinateur logiciel constitue, ainsi que l'a justement observé le tribunal, un produit complexe constitué d'éléments indépendants les uns des autres, puisqu'un ordinateur peut être équipé de divers logiciels, dont notamment des logiciels gratuits ; qu'il ne peut donc être considéré comme un produit unique constitué d'éléments complémentaires ; que le tribunal a en outre justement retenu que la faculté de bénéficier d'un contrat de licence d'utilisateur final en ce qui concerne les logiciels doit s'analyser en une prestation de service ; qu'il est enfin constant qu'existe un marché des ordinateurs « nus » c'est-à-dire non équipés de logiciels préinstallés, qui intéresse plus spécialement les usages professionnels de ces matériels ; que par conséquent, sur un plan théorique, rien ne paraît s'opposer à ce que chaque élément puisse être vendu séparément ; qu'il résulte néanmoins des pièces produites par Darty d'une part qu'elle achète en l'état ces produits et d'autre part que les fabricants se refusent à fournir la moindre indication sur le coût des logiciels préinstallés, ainsi qu'en témoignent les courriers de HP, Asus, Apple par exemple, certains précisant qu'ils ne vendent pas séparément les ordinateurs et les logiciels ; que les experts qu'elle a saisis se sont

déclarés dans l'incapacité d'évaluer le prix des logiciels préinstallés ; que selon les pièces produites par UFC elle-même, les ordinateurs « grand public » commercialisés par les concurrents de Darty (tels la Fnac, Surcouf, Auchan) sont également systématiquement équipés de logiciels préinstallés, ce qui démontre que cette pratique est générale dans la grande distribution de ces produits ; qu'aucun élément ne permet par ailleurs d'affirmer que la puissance économique de Darty, et sa position de distribution de masse, lui permettraient d'obtenir de ses partenaires commerciaux la modification de ce comportement ; qu'est ainsi démontré l'impossibilité pratique pour Darty de commercialiser séparément les logiciels faisant l'objet d'une préinstallation sur les ordinateurs qu'elle vend et d'isoler leur coût ; qu'aucune règle de droit positif ne permet par ailleurs de l'astreindre à commercialiser des ordinateurs identiques « nus » alors que ceux-ci ne font pas l'objet d'une demande significative de sa clientèle, exception faite de celle, marginale, qui souhaite à la fois bénéficier des prix attractifs de la grande distribution, et de produits non standardisés ; qu'aucun manquement aux exigences de diligence professionnelle n'est donc démontré contre Darty ; que les conditions posées par l'article 120-1 pour qu'une pratique soit considérée comme déloyale étant cumulatives, l'examen de la seconde condition, relative aux risques d'altération du comportement du consommateur moyen n'a pas lieu d'être examinée ; qu'il sera cependant observé que, si les courriers des consommateurs produits par UFC démontrent que cette situation est contestée, leur examen attentif démontre cependant que leurs auteurs sont des amateurs éclairés voire des professionnels de l'informatique, et n'établissent donc pas que les décisions du consommateur moyen, qui ne peut être réputé formuler de telles exigences, en sont affectées ou risquent de l'être ; qu'il n'est ainsi pas démontré que les considérations qui avaient conduit l'administration des fraudes à tolérer au début du développement de ce secteur les ventes liées en matière d'informatique, à savoir qu'il était dans l'intérêt d'un néophyte de pouvoir acquérir facilement un ordinateur prêt à l'emploi, soient devenues obsolètes en raison de l'élévation du niveau général de connaissances en informatique dans le grand public ; que les demandes d'UFC tendant à ce qu'il soit fait injonction à Darty de cesser de vendre ses ordinateurs avec logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, et d'indiquer le prix des logiciels préinstallés seront donc rejetées ; que, sur l'obligation d'information sur les produits mis en vente, pour les motifs ci-dessus développés, la demande relative à la fraction du prix correspondant aux logiciels fondée sur l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 ne peut aboutir ;

ALORS QUE doit être réputée trompeuse l'omission par le vendeur professionnel, compte tenu du contexte factuel et des caractéristiques du produit, d'une ou plusieurs informations substantielles relatives au produit ou service offert, le prix et son mode de calcul étant l'une d'entre elles ; qu'en rejetant les demandes de l'UFC – Que Choisir après avoir relevé qu'il n'était pas démontré que les conditions cumulatives posées par l'article L. 120-1 du Code de la consommation étaient remplies, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée (v. les conclusions d'appel de l'UFC, not. p. 21 et s., p. 28 et s. et p. 50 et s.), si les pratiques de la société Darty, consistant à vendre des ordinateurs équipés de logiciels préinstallés sans informer le consommateur de la possibilité d'acquérir un ordinateur « nu » et du prix correspondant aux logiciels préinstallés, n'était pas une pratique commerciale devant être réputée trompeuse, sans qu'il y ait à s'interroger sur un manquement du vendeur aux exigences de ses diligences professionnelles et sur les risques d'altération du consommateur moyen, visés par l'article L. 120-1 du Code précité, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, tel qu'interprété à la lumière de la directive 2005/29 CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté sa demande tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Darty et Fils, sous astreinte de 10.000 € par jour de retard, une fois expiré un délai de 8 jours à compter de la signification de la décision à intervenir, de cesser de vendre ses ordinateurs avec des logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, d'AVOIR infirmé le jugement déféré en ce qu'il avait été fait injonction à la société Etablissements Darty et Fils d'indiquer le prix des logiciels préinstallés dans les ordinateurs qu'elle commercialise dans son réseau de magasins, d'AVOIR rejeté la demande de l'UFC – Que Choisir tendant à ce qu'il soit enjoint à la société Darty et Fils, dans le même délai, d'indiquer le prix des logiciels d'exploitation et d'utilisation préinstallés sur les ordinateurs qu'elle expose à la vente dans son réseau de magasins Darty et d'AVOIR rejeté sa demande tendant à ce que soit ordonnée la diffusion d'un communiqué judiciaire ;

AUX MOTIFS QUE deux observations liminaires doivent être faites ; qu'en premier lieu, le juge civil n'a pas à se prononcer sur l'existence d'une infraction pénale ; qu'il ne peut que faire cesser une situation illicite, telle que définie par un texte pénal, s'il estime qu'elle existe ; qu'en second lieu, la cassation totale de l'arrêt du 26 octobre 2009 a été prononcée au visa de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, qui était la suivante : « est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires » ; que la Cour de cassation a précisé que ce texte devait être interprété à la lumière de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 ; que le législateur français a, depuis, et par les lois du 4 août 2008 et du 17 mai 2011, opéré la transposition de cette directive et a modifié comme suit les dispositions du code de la consommation :

« Art. L. 120-1 : les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou risque d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service...

II.- Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses définies aux articles L. 121-1 et L. 121-1-1 et les pratiques commerciales agressives définies aux articles L. 122-11 et L. 122-11-1.

Art. L. 121-1 : une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes ;

1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;

2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

o) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;

p) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou service ;

q) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;

r) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;

s) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;

t) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;

u) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;

3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en oeuvre n'est pas clairement identifiable.

II.- Une pratique commerciale est également trompeuse si, compte tenu des limites propres au moyen de communication utilisé et des circonstances qui l'entourent, elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte.

Lorsque le moyen de communication utilisé impose des limites d'espace ou de temps, il y a lieu, pour apprécier si des informations substantielles ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par le professionnel pour mettre ces informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens.

Dans toute communication commerciale constituant une invitation à l'achat et destinée au consommateur mentionnant le prix et les caractéristiques du bien ou du service proposé, sont considérées comme substantielles les informations suivantes ;

1° Les caractéristiques principales du bien ou du service ;

...

Art. L. 122-1 : 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 dès lors que cette subordination constitue une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L. 120-1 » ;

Que les faits dénoncés par UFC, qui remontent à décembre 2006, doivent ainsi être appréciés, ainsi que rappelé par la Cour de cassation, conformément au droit positif applicable à ce moment, c'est-à-dire conformément aux articles L. 121-1 et L. 122-1 du Code de la consommation dans leur rédaction alors applicable, mais interprétés à la lumière de la directive du 11 mai 2005 ; que le contenu matériel des dispositions des articles cités plus haut, dans leur rédaction issue des lois de transposition, étant cependant identique à celui de la directive, l'exigence de clarté de l'exposé justifie que soient seuls mentionnés ces articles, d'autant plus que l'essentiel des demandes formées par UFC consiste en des injonctions de faire, qui ne peuvent s'appliquer que pour l'avenir, et donc sous l'empire des nouveaux textes, et que ces derniers, qui ne contiennent aucune prohibition « per se » des ventes liées, et soumettent l'exigence de publicité des prix au critère de déloyauté, sont globalement plus favorables à Darty, dont le comportement commercial est mis en cause ; que les parties elles-mêmes visent d'ailleurs exclusivement ces derniers ; que, sur l'existence de ventes liées illicite, bien que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation n'y fasse aucune référence, la cassation prononcée est totale, et la cour de céans doit examiner cette demande, qui, rejetée par le tribunal, est à nouveau formulée par UFC ; que les ventes liées ne sont désormais prohibées que si elles constituent une pratique déloyale telle que définie par les articles L. 120-1 et L. 121-1 du Code de la consommation ; que selon les dispositions qui viennent d'être rappelées, est prohibée comme déloyale toute pratique trompeuse au sens de l'article L. 121-1, qui contient des indications fausses ou de nature à induire en erreur, notamment sur le prix et les caractéristiques principales du bien ; que ces dispositions ne concernent pas directement l'offre de vente liée de logiciels, et il y a donc lieu d'examiner si cette pratique entre dans la définition générale de la pratique déloyale donnée par l'article L. 120-1 ; que ce texte édicte deux conditions cumulatives, soit le fait d'être contraire aux exigences de la diligence professionnelle et d'altérer ou risquer d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé à l'égard d'un bien ou d'un service ; que l'existence d'un motif légitime n'est donc pas pertinente, le texte précité ne le mentionnant qu'en ce qui concerne le refus de vente ; qu'il est constant que, comme la plupart de ses concurrents, Darty propose exclusivement des ordinateurs équipés d'un logiciel d'exploitation et de logiciels d'utilisation préinstallés, sans faculté pour le consommateur de n'acheter que l'ordinateur ; que le prix est global et ne détaille pas la fraction correspondant à l'ordinateur proprement dit et celle correspondant au coût des logiciels ; que l'acquéreur d'un ordinateur est ainsi conduit à acquérir certains logiciels dont il peut ne pas avoir l'usage, s'il décide par exemple d'installer d'autres logiciels d'exploitation, tels « linux » cité par les parties et qui serait librement et gratuitement accessible ; que Darty ne conteste pas cet état de fait, mais soutient que cette pratique ne peut être qualifiée de déloyale ; qu'en effet le public auquel elle s'adresse est en son immense majorité désireux d'acquérir un ordinateur prêt à l'emploi, et ne dispose pas des capacités et connaissances techniques nécessaires pour installer lui-même les logiciels nécessaires ; qu'étant exclusivement distributeur, et non fabricant, elle achète elle-même ses produits déjà équipés, qui sont des produits standardisés destinés au grand public pour un prix global, et il lui est impossible de déterminer le prix payé au titre des logiciels ; qu'en ce qui concerne ces derniers, elle n'est pas partie au contrat qui se forme entre l'utilisateur final et l'éditeur des logiciels, qui s'analyse en un contrat de licence assimilable au louage ; qu'elle n'est par ailleurs pas en mesure d'assurer une garantie ou un service après-vente pour des ordinateurs qui ne seraient pas équipés de logiciels préinstallés, puisqu'alors elle

ignorerait tout de la configuration adoptée par l'utilisateur ; qu'elle conteste ainsi tout manquement aux exigences de la diligence professionnelle et toute incidence de cette situation sur le comportement économique du consommateur moyen, qui est celui auquel elle s'adresse ; que l'ensemble ordinateur logiciel constitue, ainsi que l'a justement observé le tribunal, un produit complexe constitué d'éléments indépendants les uns des autres, puisqu'un ordinateur peut être équipé de divers logiciels, dont notamment des logiciels gratuits ; qu'il ne peut donc être considéré comme un produit unique constitué d'éléments complémentaires ; que le tribunal a en outre justement retenu que la faculté de bénéficier d'un contrat de licence d'utilisateur final en ce qui concerne les logiciels doit s'analyser en une prestation de service ; qu'il est enfin constant qu'existe un marché des ordinateurs « nus » c'est-à-dire non équipés de logiciels préinstallés, qui intéresse plus spécialement les usages professionnels de ces matériels ; que par conséquent, sur un plan théorique, rien ne paraît s'opposer à ce que chaque élément puisse être vendu séparément ; qu'il résulte néanmoins des pièces produites par Darty d'une part qu'elle achète en l'état ces produits et d'autre part que les fabricants se refusent à fournir la moindre indication sur le coût des logiciels préinstallés, ainsi qu'en témoignent les courriers de HP, Asus, Apple par exemple, certains précisant qu'ils ne vendent pas séparément les ordinateurs et les logiciels ; que les experts qu'elle a saisis se sont déclarés dans l'incapacité d'évaluer le prix des logiciels préinstallés ; que selon les pièces produites par UFC elle-même, les ordinateurs « grand public » commercialisés par les concurrents de Darty (tels la Fnac, Surcouf, Auchan) sont également systématiquement équipés de logiciels préinstallés, ce qui démontre que cette pratique est générale dans la grande distribution de ces produits ; qu'aucun élément ne permet par ailleurs d'affirmer que la puissance économique de Darty, et sa position de distribution de masse, lui permettraient d'obtenir de ses partenaires commerciaux la modification de ce comportement ; qu'est ainsi démontré l'impossibilité pratique pour Darty de commercialiser séparément les logiciels faisant l'objet d'une préinstallation sur les ordinateurs qu'elle vend et d'isoler leur coût ; qu'aucune règle de droit positif ne permet par ailleurs de l'astreindre à commercialiser des ordinateurs identiques « nus » alors que ceux-ci ne font pas l'objet d'une demande significative de sa clientèle, exception faite de celle, marginale, qui souhaite à la fois bénéficier des prix attractifs de la grande distribution, et de produits non standardisés ; qu'aucun manquement aux exigences de diligence professionnelle n'est donc démontré contre Darty ; que les conditions posées par l'article 120-1 pour qu'une pratique soit considérée comme déloyale étant cumulatives, l'examen de la seconde condition, relative aux risques d'altération du comportement du consommateur moyen n'a pas lieu d'être examinée ; qu'il sera cependant observé que, si les courriers des consommateurs produits par UFC démontrent que cette situation est contestée, leur examen attentif démontre cependant que leurs auteurs sont des amateurs éclairés voire des professionnels de l'informatique, et n'établit donc pas que les décisions du consommateur moyen, qui ne peut être réputé formuler de telles exigences, en sont affectées ou risquent de l'être ; qu'il n'est ainsi pas démontré que les considérations qui avaient conduit l'administration des fraudes à tolérer au début du développement de ce secteur les ventes liées en matière d'informatique, à savoir qu'il était dans l'intérêt d'un néophyte de pouvoir acquérir facilement un ordinateur prêt à l'emploi, soient devenues obsolètes en raison de l'élévation du niveau général de connaissances en informatique dans le grand public ; que les demandes d'UFC tendant à ce qu'il soit fait injonction à Darty de cesser de vendre ses ordinateurs avec logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, et d'indiquer le prix des logiciels préinstallés seront donc rejetées ; que, sur l'obligation d'information sur les produits mis en vente, pour les motifs ci-dessus développés, la demande relative à la fraction du prix correspondant aux logiciels fondée sur l'article 7 de l'arrêté du 3 décembre 1987 ne peut aboutir ;

ALORS QUE seul l'état de nécessité ou l'impossibilité absolue peut exonérer un professionnel de son obligation légale d'information ; qu'en exonérant la société Darty de toute obligation d'information relative au prix des logiciels préinstallés sur les ordinateurs qu'elle offre à la vente sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée (v. les conclusions d'appel de l'UFC – Que Choisir, spé. p. 61 et s.), si ce vendeur avait mis en oeuvre tous les moyens à sa disposition pour avoir connaissance de ce prix, notamment en se prévalant de l'obligation légale d'informer le consommateur sur les prix, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 7 de l'arrêté du ministre de l'économie du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix.

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles , du 22 janvier 2015