

Cour de cassation

Chambre criminelle

Audience publique du 27 janvier 2015

N° de pourvoi: 14-80.220

ECLI:FR:CCASS:2015:CR07809

Publié au bulletin

Rejet

M. Guérin (président), président

SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, a rendu l'arrêt suivant :
Statuant sur le pourvoi formé par :

- La société Free,

contre l'arrêt de la cour d'appel de PARIS, chambre 4-10, en date du 9 décembre 2013, qui, pour tromperie et pratiques commerciales trompeuses, l'a condamnée à 150 000 euros d'amende, a ordonné une mesure de publication, et a prononcé sur les intérêts civils ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 16 décembre 2014 où étaient présents dans la formation prévue à l'article 567-1-1 du code de procédure pénale : M. Guérin, président, Mme Farrenq Nési, conseiller rapporteur, M. Pers, conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre : Mme Randouin ;

Sur le rapport de Mme le conseiller FARRENQ-NÉSI, les observations de la société civile professionnelle WAQUET, FARGE et HAZAN, avocat en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général LIBERGE ;

Vu le mémoire produit ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles L. 213-1, L. 213-6, L. 216-1 du code de la consommation, 121-2, 131-38, 131-39 du code pénal, des articles 513, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale ;

” en ce que l'arrêt attaqué a déclaré la société Free coupable du délit de tromperie sur les qualités substantielles d'une prestation de service, en l'espèce en présentant, avant la conclusion des contrat, un taux d'atténuation théorique prévisible du signal qu'elle savait systématiquement sous évalué et en bridant l'accès au service de certains utilisateurs sans avoir mentionné que la société se réservait cette possibilité ;

” aux motifs propres que c'est par des motifs pertinents que la cour fait siens et par une

juste appréciation des faits et des circonstances particulière de la cause, exactement rapportés par la décision déférée que les premiers juges ont, à bon droit retenu la prévenue dans les liens des préventions pour l'année 2006 ; qu'en effet il ne peut être sérieusement contesté que l'ensemble des contractants avec la société Free, y compris dans les zones non dégroupées étaient en droit d'attendre, au regard de l'offre faite, une utilisation performante de l'ensemble des potentialités de leurs matériels et logiciels informatiques que la pratique du débridage ou de la hiérarchisation ne permettait pas et ce, sans que le consommateur en ait été réellement avisé y compris lorsqu'il consultait les services d'assistance téléphonique aux abonnés ; que la société Free ne peut, par ailleurs, se prévaloir des difficultés techniques qu'elle auraient rencontrées lors de l'installation par elle-même de son système de priorisation des flux, puisque d'une part, elle n'a pas émis auprès de la société Cisco, fournisseur du matériel, de ticket d'incident qui aurait été de nature à établir la nature et l'importance de ces difficultés et que d'autre part, il lui appartenait en sa double qualité de prestation de service d'accès à internet et d'annonceur de s'assurer qu'elle disposait des moyens techniques suffisants pour se conformer à la loyauté et à la conformité de l'offre de service qu'elle mettait sur le marché, et à ses engagements publicitaires et commerciaux vis à vis des consommateurs sans induire ceux-ci en erreur ainsi sur l'offre proposée ; que les infractions étant constituées en tous leurs éléments, le jugement sera confirmé sur la déclaration de culpabilité pour le surplus ;

” aux motifs expressément adoptés que sur la culpabilité de Free concernant la tromperie, courant 2006, la société Free propose un forfait haut débit « triple play » qui permet l'accès à la téléphonie, aux chaînes de télévision, aux jeux en ligne ou téléchargements, en haut débit et en illimité, pour un montant mensuel de 29, 90 euros, soit une formule particulièrement attractive parmi les offres faites par l'ensemble des fournisseurs d'accès à internet ; que la société Free organise sa campagne publicitaire autour de cette offre et propose des films publicitaires, qui évoquent un « débit maximal susceptible d'être atteint » très attractif, films validés par le bureau de vérification de la publicité et qui ont été rassemblés sur un support CD Rom exploité par la BRDE dans le cadre de la deuxième commission rogatoire de cette instruction ; que la société Free dispose également d'un site par le biais duquel les consommateurs peuvent s'informer sur les offres de ce fournisseur d'accès à internet, souscrire éventuellement un abonnement auprès d'eux, vantant l'attrait d'un « débit maximal susceptible d'être atteint », ce qui attire plus particulièrement les « gros consommateurs en bande passante », à savoir les utilisateurs de jeux en ligne, les téléspectateurs et les consommateurs de téléchargements ; que l'enquête menée par la DGCCRF s'attache tout d'abord à distinguer les zones « non dégroupées », zones géographiques dans lesquelles France Telecom loue à Free de la bande passante issue de son réseau d'acheminement, des « zones groupées », zones géographiques dans lesquelles Free dispose de son propre réseau d'acheminement, et la DGCCRF met en évidence que « seuls des abonnés résidant dans des zones géographiques « non dégroupées » semblent concernés » ; que les enquêteurs procèdent en ligne, le 15 décembre 2006, à une simulation d'inscription au service internet haut débit « non dégroupé » de Free et constatent, aux diverses étapes de la procédure, que plusieurs mentions apparaissent à plusieurs reprises, vantant tant la rapidité de l'accès à internet que son caractère forfaitaire et illimité alors que n'apparaît à aucun moment de la procédure d'inscription une information relative à la possibilité pour l'utilisateur de se trouver, à certains moments de la journée ou de la nuit, confronté à une hiérarchisation des flux de bandes passantes, et partant, à son ralentissement éventuel ; que les « conditions générales de vente » figurant sur le site de poursuivent cette communication publicitaire fondé sur le tarif mensuel unique proposant aux consommateurs une connexion internet illimitée en haut débit sans préciser qu'en zone « non dégroupée » ce service peut être très variable au point de n'assurer qu'un débit très faible ; qu'il convient

d'entrer en voie de condamnation à l'encontre de Free sur ce chef de prévention ;

" 1°) alors que le délit de tromperie sur la qualité substantielle d'une prestation de service n'est constitué que si la prestation visée par le contrat n'est pas fournie ou n'est pas conforme à ses prévisions ; qu'en l'espèce, pour entrer en voie de condamnation, la cour d'appel a simplement caractérisé un risque pour les clients de la société Free situés en zone non-dégroupées, de voir la qualité du débit internet amoindrie en cas de nécessité, pour l'opérateur, de hiérarchiser les flux pour fluidifier le trafic ; pratique commune à tous les fournisseurs d'accès internet ; qu'en déclarant néanmoins l'infraction constituée à l'encontre de la prévenue sans constater que l'omission de la mention de ce risque par l'opérateur lors de la conclusion des contrats aurait induit des consommateurs en erreur, la cour d'appel a exposé sa décision à la censure ;

" 2°) alors que le délit de tromperie n'est constitué que lorsque la pratique reprochée au prévenu induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur et amène celui-ci ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ; qu'en se bornant à affirmer, pour déclarer la société Free coupable de tromperie, que le consommateur n'était pas « réellement avisé » de la possibilité pour le fournisseur d'accès internet de procéder à une hiérarchisation des flux, sans indiquer en quoi cette omission d'information était de nature à induire l'internaute en erreur et que s'il l'avait connue, elle l'aurait dissuadé de contracter, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

" 3°) alors que la société Free faisait expressément valoir, dans ses écritures, attestation technique à l'appui, que la pratique de la hiérarchisation des flux qui lui était reprochée n'avait aucun effet sur le débit du réseau ; qu'en se bornant à énoncer, pour entrer en voie de condamnation à l'encontre de l'exposante, que Free n'aurait pas délivré d'informations relative à la possibilité pour l'utilisateur de se trouver confronté à certains moments de la journée à une hiérarchisation des flux, et partant à son ralentissement éventuel, sans répondre aux écritures précises et circonstanciées de l'exposante à cet égard, la cour d'appel a exposé sa décision à la censure ;

" 4°) alors que le délit de tromperie sur une qualité substantielle d'une prestation de service est un délit intentionnel qui n'est constitué que si le prestataire a sciemment fourni une information erronée ou omis de fournir une information à son cocontractant dans le but de le persuader de contracter ; qu'en l'espèce, la société Free faisait expressément valoir dans ses écritures que la hiérarchisation des flux à laquelle elle avait pu avoir recours n'impactait pas le débit proposé par l'opérateur en sorte qu'elle n'avait jamais eu aucune intention de proposer une prestation de service à ses clients en sachant ne pas disposer des moyens techniques nécessaires pour se conformer à ses engagements ; qu'en déclarant néanmoins que la prévenue coupable de tromperie sur la qualité substantielle de la prestation fournie, sans caractériser l'élément intentionnel du délit, la cour d'appel a violé les textes visés au moyen " ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles L. 121-1, L. 121-4, L. 121-5, L. 121-6 du code de la consommation, 112-1 121-2, 131-38, 131-39 du code pénal, des articles 513, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale ;

" en ce que l'arrêt attaqué a condamné la société Free du chef de pratique commerciale trompeuse, consistant en la diffusion de messages publicitaires concernant des offres de fourniture internet, sous forme d'allégations fausses portant sur les qualités substantielles du service, sur la quantité de bande passante disponible pour l'utilisateur, en présentant un débit maximal susceptible d'être atteint sans mentionner la possibilité que se réservait la société de brider l'accès au service de certains utilisateurs ;

" aux motifs propres que c'est par des motifs pertinents que la cour fait siens et par une juste appréciation des faits et des circonstances particulière de la cause, exactement rapportés par la décision déférée que les premiers juges ont, à bon droit retenus la

prévue dans les liens des préventions pour l'année 2006 ; qu'en effet il ne peut être sérieusement contesté que l'ensemble des contractants avec la société Free, y compris dans les zones non dégroupées étaient en droit d'attendre, au regard de l'offre faite, une utilisation performante de l'ensemble des potentialités de leurs matériels et logiciels informatiques que la pratique du débridage ou de la hiérarchisation ne permettait pas et ce, sans que le consommateur en ait été réellement avisé y compris lorsqu'il consultait les services d'assistance téléphonique aux abonnés ; que la société Free ne peut par ailleurs se prévaloir des difficultés techniques qu'elle auraient rencontrées lors de l'installation par elle-même de son système de priorisation des flux, puisque d'une part, elle n'a pas émis auprès de la société Cisco, fournisseur du matériel, de ticket d'incident qui aurait été de nature à établir la nature et l'importance de ces difficultés et que d'autre part, il lui appartenait en sa double qualité de prestation de service d'accès à internet et d'annonceur de s'assurer qu'elle disposait des moyens techniques suffisants pour se conformer à la loyauté et à la conformité de l'offre de service qu'elle mettait sur le marché, et à ses engagements publicitaires et commerciaux vis à vis des consommateurs sans induire ceux-ci en erreur ainsi sur l'offre proposée ; que les infractions étant constituées en tous leurs éléments, le jugement sera confirmé sur la déclaration de culpabilité pour le surplus ;

” et aux motifs expressément adoptés que sur la culpabilité de Free concernant la pratique commerciale trompeuse, une mention, figurant également dans les « conditions générales de vente », précise que « si la qualité de service et les débits annoncés pour les abonnés en zones non dégroupées sont présentés comme des maxima variables en fonction de caractéristiques techniques, ces mêmes caractéristiques techniques sont définies comme des paramètres indépendants de toute mise en oeuvre d'une limitation volontaire des débits par le FAI » ; que l'enquête de la DGCCRF permet précisément de mettre en évidence, parallèlement à la stratégie publicitaire mise en oeuvre par la société Free, qu'une limitation volontaire des débits est pratiquée au cours de 2006 dans les zones « non dégroupées » et à l'encontre de certains utilisateurs ; que France Télécom informe la DGCCRF de ses modalités de facturation de location de bande passante à différents opérateurs FAI et que, si Free facture de façon forfaitaire une consommation illimitée d'accès à internet à ses abonnés, tel n'est pas le cas pour France Télécom qui facture Free en fonction du volume de bande passante que consomment ses abonnés ; que France Télécom fait état d'une rupture franche et durable dans l'évolution du trafic de bande passante louée par Free à compter de juillet 2006 et précise, que si des fluctuations sont toujours observables, cette rupture de consommation de bande passante, qui a occasionné une baisse du chiffre d'affaire réalisé avec Free, n'a concerné que ce seul opérateur ; que la facturation du trafic de Free sur le réseau de France Télécom chute ainsi brutalement entre juillet et octobre 2006 ; que France Télécom n'explique pas cette variation soudaine, totalement inexistante chez les autres opérateurs locataires, d'autant que dans le même temps le parc d'accès au haut débit de la société Free continue à croître, ce qu'a confirmé M. Cyril X... au tribunal, tant par les chiffres qu'il a fournis concernant l'augmentation forte et constante du nombre de ses abonnés que par la description qu'il a donnée de son attachement, durant la période des faits litigieux, à accroître son propre réseau d'acheminement, ayant ainsi à faire face dans le même temps à des coûts très importants ; que la société Free établit en 2006 quinze contrats de location de « routeurs » auprès de la société Cisco, ainsi que le font d'autres opérateurs, comme le montrent les exercices de 2004 à 2007 de la société Cisco auxquels la DGCCRF a eu accès ; qu'il apparaît clairement de l'ensemble des interventions de la DGCCRF auprès de Free et de Cisco que ce matériel a été mis en service dès janvier 2006, qu'il a tout d'abord été mis à disposition de Free par Cisco gratuitement afin que cette société puisse procéder elle-même au paramétrage qui convenait à la gestion de son parc d'abonnés et à la sécurisation recherchée, qu'ensuite des tests d'évaluation sont

effectués par Free et qu'enfin à partir d'avril 2006, les routeurs de Cisco sont mis en place, paramétrés par Free et effectifs selon la hiérarchie de flux souhaitée dans le cadre de la politique économique et commerciale menée par la société Free ; que M. Rani Y..., directeur technique de la société Free, explique la rupture soudaine de consommation par Free auprès de France Télécom par l'existence d'un « bug », par le départ de nombreux abonnés pendant les vacances d'été et par l'existence d'un bridage involontaire lié à un mauvais paramétrage de l'équipement ; que M. Rani Y...confirme que le paramétrage des routeurs, équipement permettant de hiérarchiser volontairement les flux de bande passante auprès des utilisateurs du FAI, a été effectué par Free, selon ses propres exigences et que l'enquête de la DGCCRF montre qu'à partir d'avril 2006 les routeurs sont installés sur le réseau de Free ; que les vérifications faites concernant le « bug » évoqué montrent qu'il a effectivement existé mais que dès février 2006 il était résolu et qu'il ne peut expliquer en aucun cas la diminution soudaine de location par Free du réseau d'acheminement de France Télécom ; que la comparaison concernant la baisse de la consommation de l'accès à internet durant la période de vacances d'été faite, tant auprès d'autres opérateurs, comme « T-On line » qu'avec la consommation de Free des années précédentes, montre l'existence d'un infléchissement de la consommation mais en aucun cas une rupture importante et soudaine, comme celle survenue en 2006 ; que les explications données par M. Cyril X..., tant au cours de l'information qu'à l'occasion des débats devant le tribunal, ne permettent pas d'expliquer la raison pour laquelle la société Free fait le choix, en pleine période d'accroissement de son parc d'abonnés, et partant, de besoin croissant de bande passante disponible, de réduire considérablement son approvisionnement auprès de France Télécom ; que les raisons invoquées par M. Cyril X..., similaires à celles invoquées par le directeur technique de la société, ne concordent pas avec le calendrier des faits litigieux, plus particulièrement de juillet à octobre 2006 et ne concordent pas non plus avec les informations données par la société Cisco, fournisseur des routeurs ; que la volonté affichée à l'audience de M. Cyril X..., d'assurer avant tout à tous ses abonnés la continuité de leur accès à la téléphonie, au détriment de leur accès à d'autres services,- qui sont précisément pour certains abonnés, consommateurs de jeux en ligne, de programmes télévisés ou de téléchargements, la raison pour laquelle ils avaient fait le choix de cet opérateur, ne permet pas pour autant de comprendre le silence de la société Free, confrontée à « la rançon du succès » de sa politique commerciale, et partant, à un manque de bande passante disponible, à l'égard de ses abonnés ou de ses futurs abonnés, concernant des difficultés possibles liées au « débit maximal susceptible d'être atteint » pour les consommateurs résidant en zone « non dégroupée » ; en effet qu'il apparaît tant au cours de la simulation d'inscription effectuée par les enquêteurs de la DGCCRF que par les constats faits sur l'ensemble des pages du site de la société Free que l'information relative à une hiérarchisation volontaire des flux susceptible d'être faite par l'opérateur, pour réguler sa consommation de bande passante et assurer en priorité la téléphonie, n'est pas donnée ou lorsqu'elle l'est, c'est de manière « furtive et tardive » pour n'être donnée que lorsque la souscription de l'abonnement est déjà effectuée ; qu'en effet, les « Conditions générales de vente » du site internet de Free font apparaître « des paramètres indépendants de toute mise en oeuvre d'une limitation volontaire des débits par le FAI » alors que la société Free, dans le même temps, accroît son nombre d'abonnés, diminue sa location de bande passante auprès de France Télécom, met en service des routeurs dont la fonction, dirigée par Free, est l'orientation prioritaire des flux, et alors que la société Free ne rapporte pas la preuve qu'elle a déjà élargi son propre réseau d'acheminement pour son parc d'abonnés ; qu'en effet, il demeure inexplicable que la société Free confrontée à un moment donné, à un dépassement de ses moyens par rapport à l'offre de prestations qu'elle prétend faire, n'ait pas pris le soin, a minima, d'informer le personnel de la « hotline » qu'elle a mise à la disposition de ses abonnés en cas de difficulté,- pour un montant non négligeable-, afin

que ce personnel dispense une information précise et rapide relative au ralentissement ou aux interruptions survenant dans leur accès à internet ; qu'ainsi des abonnés des zones « non dégroupées » se sont trouvés tout à la fois confrontés à des difficultés d'accès à internet et de plus à une « hotline » coûteuse et de surcroît parfaitement incapable de résoudre leurs difficultés pour n'avoir pas reçu elle-même les informations appropriées ; qu'il convient ainsi d'affirmer que la société Free a trompé de nombreux abonnés situés principalement en zones « non dégroupées », sur les qualités substantielles de ses contrats, en n'assurant pas la quantité de bande passante nécessaire à l'offre proposée d'accès illimité à internet, non seulement pour la téléphonie mais également pour les autres services, en n'offrant pas une « hotline » qui soit une véritable aide technique, informée au plus près des problèmes rencontrés par l'opérateur, et des solutions qu'elle propose à ses abonnés, et en hiérarchisant délibérément les flux de bande passante à l'aide de routeurs qu'elle a paramétrés elle-même, afin de pouvoir limiter l'accès à certains de ses services à des utilisateurs « gros consommateurs de bande passante » ; qu'il convient d'entrer également en voie de condamnation à l'encontre de la société Free sur ce chef de prévention ;

" 1°) alors qu'une loi pénale élargissant la champ d'application d'une incrimination préexistante est plus sévère ne peut s'appliquer à des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur ; que l'article L. 121-1 du code de la consommation a été instauré par la loi Chatel du 3 janvier 2008 ayant créé le nouveau délit de « pratiques commerciales trompeuses » ; que les dispositions de ce dernier texte, qui élargissaient le champ d'application de l'ancien délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur, étaient plus sévères et ne pouvaient trouver à s'appliquer en l'espèce ; qu'en condamnant, néanmoins, la société Free pour pratique commerciale trompeuse pour des faits commis antérieurement à la création de ce délit, sans caractériser les éléments constitutifs du délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur seul applicable au jour de la commission des faits, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

" 2°) alors que la société Free faisait expressément valoir, dans ses écritures, attestation technique à l'appui, que la pratique de la hiérarchisation des flux qui lui était reprochée n'avait aucun effet sur le débit du réseau ; qu'en se bornant à énoncer, pour entrer en voie de condamnation à l'encontre de la demanderesse, que Free n'aurait pas délivré d'informations relative à la possibilité pour l'utilisateur de se trouver confronté à certains moments de la journée à une hiérarchisation des flux, et partant à son ralentissement éventuel, sans répondre aux écritures précises et circonstanciées de la demanderesse à cet égard, la cour d'appel a exposé sa décision à la censure ;

" 3°) alors qu'en toute hypothèse qu'une pratique commerciale est réputée trompeuse et déloyale lorsqu'elle contient des informations fausses et qu'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 ; qu'en se bornant à affirmer, pour déclarer la société Free coupable de pratique commerciale trompeuse, que le consommateur n'était pas averti que la hiérarchisation des flux ne permettait pas toujours une utilisation « performante » du matériel informatique, sans indiquer en quoi cette omission, à la supposer établie, était de nature à altérer le comportement du consommateur afin de l'inciter à contracter, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ;

" 4°) alors que le délit de pratique commerciale trompeuse est un délit intentionnel qui suppose que soit établie à la charge de son auteur la volonté d'induire en erreur le consommateur sur les caractéristiques essentielles d'un bien ; qu'en s'abstenant en l'espèce de caractériser l'élément intentionnel du délit à l'encontre de la société Free, la cour d'appel a violé les textes susvisés " ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué et du jugement qu'il confirme mettent la

Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel, qui a répondu sans insuffisance ni contradiction aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, n'a pas méconnu le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale dès lors qu'il résulte de ses motifs qu'est caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, non seulement le délit de tromperie sur les qualités substantielles d'une prestation de service, mais également celui qualifié de publicité mensongère par l'article L. 121-1 du code de la consommation dans sa rédaction en vigueur au moment des faits, puis qualifié de pratique commerciale trompeuse dans sa rédaction issue de la loi du 3 janvier 2008 ;
D'où il suit que les moyens, qui pour le surplus reviennent à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne sauraient être accueillis ;

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

REJETTE le pourvoi ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le vingt-sept janvier deux mille quinze ;

En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, le rapporteur et le greffier de chambre.

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris , du 9 décembre 2013