



Copie exécutoire : HERNE Pierre
et Me SAUTELET
Copie aux demandeurs : 2
Copie aux défendeurs : 4

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS
AFFAIRES CONTENTIEUSES 15EME CHAMBRE

JUGEMENT PRONONCE LE 22/02/2013
par sa mise à disposition au Greffe

^

RG 2012076280

ENTRE :

SA BOUYGUES TELECOM, dont le siège social est 32 avenue Hoche 75008 PARIS (RCS PARIS : 397 480 930).

Partie demanderesse : assistée de Me Christophe LAPP, membre de la SELARL ALTANA, avocat (R021) et comparant par Me Pierre HERNE, avocat (B835)

ET :

1) SA ILIAD, dont le siège social est 16 rue de la Ville l'Evêque 75008 PARIS (RCS PARIS : 342 376 332).

Partie défenderesse : assistée de Me Yves COURSIN, avocat (C2186), la SCP LUSSAN, agissant par Me Jean-Yves DUPEUX, avocat (P77), et comparant par Me Bruno SAUTELET, avocat (E1344).

2) SASU FREE, dont le siège social est 8 rue de la Ville l'Evêque 75008 PARIS (RCS PARIS : 421.938.861).

Partie défenderesse : assistée de Me Yves COURSIN, avocat (C2186), la SCP LUSSAN, agissant par Me Jean-Yves DUPEUX, avocat (P77), et comparant par Me Bruno SAUTELET, avocat (E1344).

3) SASU FREE MOBILE, dont le siège social est 16 rue de la Ville L'Évêque 75008 PARIS (RCS PARIS : 499.247.138).

Partie défenderesse : assistée de Me Yves COURSIN, avocat (C2186), la SCP LUSSAN, agissant par Me Jean-Yves DUPEUX, avocat (P77), et comparant par Me Bruno SAUTELET, avocat (E1344).

APRES EN AVOIR DELIBERE

I. FAITS

La société BOUYGUES TELECOM (ci-après « BOUYGUES TELECOM »), filiale du Groupe BOUYGUES SA, exploite et commercialise des réseaux, produits et services de télécommunication. Elle fournit à ses clients l'accès à la téléphonie mobile, fixe et/ou à l'internet.

La société ILIAD dont Monsieur Xavier NIEL est le Directeur Général Délégué est la maison mère d'un groupe comprenant comme filiales les sociétés FREE et FREE Mobile, (ci-après conjointement dénommées « FREE »).

FREE déploie et exploite également un réseau de communication électronique et fournit des prestations de services dans le domaine des télécommunications, concurrentes à celles de BOUYGUES TELECOM.

Le 2 mars 2011, FREE a conclu avec la société Orange un contrat d'itinérance lui permettant d'utiliser jusqu'en 2016 le réseau et les antennes d'Orange pour couvrir le territoire national en 2G et en 3G, en attendant de déployer son propre réseau.

C'est dans ce contexte que FREE lance son offre mobile qui sera commercialisée à partir du 10 janvier 2012. Elle consiste en deux offres d'un montant respectif mensuel de 19,99 euros et 2 euros.

Pour lancer son Offre mobile, FREE a développé, selon BOUYGUES TELECOM, une stratégie de communication agressive à l'égard des opérateurs concurrents, dans le seul but

de discréditer leurs offres présentées comme « trop chères » et de provoquer l'hostilité des clients.

En décembre 2011, Monsieur NIEL indiquait qu'à l'exception d'Orange, les autres opérateurs lui donnaient envie de « foutre le « bordel » dans un pays qui n'a vu aucune nouvelle entreprise entrer au CAC 40 au cours des vingt dernières années, à la différence des États-Unis »

Au cours d'une conférence de presse de Monsieur NIEL en date du 10 janvier 2012, ce dernier a opté pour un registre de communication multipliant les attaques contre ses concurrents et qualifiant leurs offres et services d' « escroquerie », « gruge », « racket » et « arnaque » et « victimisant » les clients de ses concurrents qui auraient été pris pour des « pigeons » et des « vaches à lait ».

Le Secrétaire Général de BOUYGUES TELECOM, Monsieur Didier CASAS, a immédiatement réagi à la suite de la Conférence de presse condamnant notamment le buzz qui a précédé l'intervention de Monsieur NIEL.

A la suite de la conférence de presse de Monsieur NIEL, les pages des réseaux sociaux des opérateurs ont été, selon Bouygues Télécom, immédiatement inondées de messages hostiles de consommateurs reprenant à leur profit le vocable « pigeon », « escrocs », « voleurs », « vache à lait » utilisés par Monsieur Niel.

Le 29 août 2012, à l'occasion de la publication des derniers résultats du Groupe Bouygues, Monsieur Martin BOUYGUES a expliqué les mauvais résultats de BOUYGUES TELECOM par la situation de déséquilibre existant entre FREE et BOUYGUES TELECOM.

Le 14 septembre 2012, FREE a relancé une campagne à travers plusieurs spots publicitaires, diffusés sur Internet et la télévision, reprenant une nouvelle fois le vocable de « pigeon », la référence à « l'arnaque », invitant les clients à changer d'opérateurs au profit de FREE au prétexte qu'ils seraient dupés.

BOUYGUES TELECOM a alors diffusé, à son tour et en réplique, un spot pour le lancement des nouvelles offres de sa marque B&You.

B&You y fait référence à de nombreux comportements de consommateurs et, parmi un de ceux-ci, indique que ses offres sont destinées notamment à « ceux qui n'aiment pas trop se faire traiter de pigeons ».

Les principaux axes de la campagne de dénigrement orchestrée par FREE consistent, selon BOUYGUES TELECOM en :

- Le rappel constant de la condamnation pour entente des 3 opérateurs en 2005 et les allégations selon lesquelles cette entente se poursuivrait entre les opérateurs mobiles;
- L'utilisation réitérée des termes « escroquerie », « gruge », « racket » et « arnaque » pour qualifier les offres des autres opérateurs;
- La prise a partie des consommateurs au travers de la thématique des « pigeons » et des « vaches à lait »;
- La remise en cause systématique de la pratique tarifaire de ses concurrents et l'appel des consommateurs à la révolte, par le marketing viral notamment, pour déstabiliser ses concurrents.

Ainsi est née la présente instance.

II PROCEDURE

Par assignation à bref délai en date du 6 décembre 2012, BOUYGUES TELECOM demande au tribunal de :

CONSTATER que les déclarations des sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile par l'intermédiaire de Messieurs Xavier NIEL et Maxime LOMBARDINI sont dénigrantes;
CONSTATER que les publicités de FREE et de FREE Mobile sont dénigrantes;

CONSTATER que BOUYGUES TELECOM souffre d'un préjudice moral et économique du fait du dénigrement fautif mis en œuvre par le Groupe ILIAD FREE;
CONSTATER la réalité du lien de causalité entre les pratiques déloyales mises en œuvre par le Groupe ILIAD FREE et le préjudice subi par BOUYGUES TELECOM.

En conséquence:

DIRE ET JUGER que les sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile se rendent coupables de dénigrement à l'encontre de BOUYGUES TELECOM;

CONDAMNER les sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile, sous astreinte de 100.000 € par jour, à mettre un terme aux campagnes de publicités employant le vocable de « pigeon », « vache à lait », « arnaque » et « escroquerie »;

ENJOINDRE les sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile de ne plus utiliser les termes et le champ lexical du « pigeon », de la « vache à lait », de l'« arnaque », du « racket » et de « l'escroquerie » sous astreinte de 100 000 € pour chaque allégation constatée,

CONDAMNER in solidum les sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile au paiement de la somme de 98.800.000 € en réparation du préjudice moral et économique subi par BOUYGUES TELECOM;

ORDONNER la condamnation des sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile à faire publier, à leurs frais, le dispositif du jugement à intervenir les condamnant au motif du dénigrement, dans les 10 jours de la signification, dans LES ECHOS, LE FIGARO, LE MONDE, La TRIBUNE et LIBERATION, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard;

ORDONNER la condamnation des sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile à faire publier, à leurs frais le dispositif du jugement à intervenir, les condamnant au motif du dénigrement, dans les 10 jours de la signification, sur la moitié haute de la page d'accueil de leur site internet accessible aux adresses www.FREE.fr, mobile.FREE.fr et www.iliad.fr, pendant une durée d'un mois, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard,

ORDONNER l'exécution provisoire du jugement à intervenir,

CONDAMNER les sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile à verser à BOUYGUES TELECOM la somme de 40.000 euros chacune en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile, outre les entiers dépens.

A l'audience publique du 7 décembre 2012, le tribunal a fixé la date de l'audience de plaidoirie au vendredi 25 janvier 2013.

Par conclusions en date du 11 janvier 2013, FREE demande au tribunal de :

À TITRE PRINCIPAL

REQUALIFIER l'action de la société BOUYGUES TELECOM sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881.

En conséquence:

SE DÉCLARER incompétent, en application de l'article R211-4, 130 du code de l'organisation judiciaire, pour statuer sur la présente action civile pour diffamation publique envers un simple particulier, en l'espèce la société BOUYGUES TELECOM, fait prévu et réprimé par les articles 29 alinéa 1 et 32 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881.

RENOYER l'affaire devant le tribunal de grande instance de Paris, juridiction exclusivement compétente en la matière en application de l'article R211-4, 130 du code de l'organisation judiciaire afin qu'il soit statué ce que de droit.

À défaut:

ANNULER l'acte introductif d'instance en date du 6 décembre 2012.

DÉBOUTER la société demanderesse de toutes ses demandes, fins et conclusions.

À TITRE SUBSIDIAIRE

DIRE ET JUGER que les sociétés ILIAD, FREE et FREE MOBILE n'ont commis aucune faute de nature à engager leur responsabilité.

DIRE ET JUGER que la société BOUYGUES TELECOM ne rapporte pas la preuve du lien de causalité entre la faute et les préjudices qu'elle invoque.

DIRE ET JUGER que la société BOUYGUES TELECOM n'apporte pas la preuve, ni de son préjudice lié à une perte de clientèle à raison des propos prétendument dénigrants tenus à son encontre, ni de son préjudice d'image.

En conséquence :

DÉBOUTER la société demanderesse de toutes ses demandes, fins et conclusions.

À TITRE RECONVENTIONNEL

CONSTATER que des déclarations dénigrantes ont été tenues publiquement au préjudice des sociétés FREE MOBILE et FREE ;

DIRE ET JUGER que ces déclarations dénigrantes constituent des fautes civiles au sens de l'article 1382 du code civil ;

CONDAMNER la société BOUYGUES TELECOM à payer à la société FREE MOBILE :

- la somme de 52.700.000 euros au titre de la perte de clientèle;
- la somme de 25.100.000 euros au titre de l'atteinte à son image;

CONDAMNER la société BOUYGUES TELECOM à payer à la société FREE la somme de 15.200.000 euros au titre de la perte de clientèle;

ORDONNER la publication du dispositif du jugement, dans les 10 jours de la signification, dans les journaux LES ÉCHOS, LE FIGARO, LE MONDE, LA TRIBUNE et LIBÉRATION sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard, et ce, aux frais de la société BOUYGUES TELECOM, dans la limite de 20.000 euros HT par insertion;

CONDAMNER la société BOUYGUES TELECOM à faire publier, à ses frais, le dispositif du jugement à intervenir, dans les 10 jours de la signification, sur la moitié haute de la page d'accueil des sites Internet accessibles aux adresses www.bouyguetelecom.fr, www.laboutique.bouyguetelecom.fr et www.b-and-you.fr pendant une durée de un mois, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard;

ORDONNER la compensation judiciaire de toutes les condamnations qui pourraient être prononcées ;

CONDAMNER la société BOUYGUES TELECOM à payer à chacune des sociétés FREE, FREE MOBILE et ILIAD la somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et les dépens;

ORDONNER l'exécution provisoire du jugement à intervenir.

A l'audience publique du 25 janvier 2013, par conclusions d'incident, FREE demande au tribunal de renvoyer l'audience à une date ultérieure en fixant un calendrier permettant aux défendeurs de répondre aux moyens, faits et pièces qui viennent d'être communiqués par le demandeur.

A l'audience publique du 25 janvier 2013, reprenant ses écritures, BOUYGUES TELECOM demande qu'il soit acté par le tribunal sa demande de débouter de la demande reconventionnelle.

L'ensemble de ces demandes a fait l'objet de dépôt de conclusions ; celles-ci ont été échangées en présence d'un greffier qui a pris acte sur la côte de procédure ou ont été régularisées par le tribunal en présence des parties.

A l'audience de plaidoirie du 25 janvier 2013, FREE a demandé le renvoi, le tribunal a, compte tenu de la procédure de bref délai et du calendrier qui avait été fixé, joint l'incident au fond et entendu les parties.

Après avoir entendu les parties en leurs explications et observations, le tribunal a clos les débats, mis l'affaire en délibéré et dit que le jugement sera mis à disposition le 22 février 2013.

A BUD

III DISCUSSION

Après avoir pris connaissance de tous les moyens et arguments développés par les parties, tant dans leurs plaidoiries que dans leurs écritures, appliquant les dispositions de l'article 455 du code de procédure civile, le tribunal les résumera succinctement de la façon suivante sur la base des arguments qu'il a retenus :

BOUYGUES TELECOM soutient principalement que :

- Le plan media de FREE est agressif en raison de son ampleur, les déclarations visant les offres des concurrents qualifiées d'escroqueries, leurs pratiques commerciales accusées de relever d'une entente mais également les clients accusés d'être des pigeons sans épargner les collaborateurs ;
- Les accusations sont brutales et largement répandues ;
- FREE accrédite la thèse selon laquelle les opérateurs historiques continueraient à s'entendre au détriment des consommateurs ;
- Cette entente porterait sur les prix excessivement hauts ;
- Les messages dénigrants sont réitérés de manière systématique et permanente ;
- Le public est convaincu d'avoir été pris pour des « pigeons » ;
- L'objectif poursuivi est de susciter l'hostilité des clients pour les inciter à quitter leur opérateur ;
- Les propos et le plan media portent atteinte à ses services et à ses offres et tendent à jeter le discrédit sur ses pratiques commerciales ;
- FREE accréditerait l'idée fautive selon laquelle toute offre mobile dont le prix serait supérieur à un prétendu prix standard ou juste prix défini à 19,99 euros, constituerait une « arnaque » dont les clients seraient victimes ;
- FREE remet en cause la licéité et l'intégrité des pratiques de ses concurrents ;
- FREE serait conscient du risque de condamnation mais privilégierait les effets dévastateurs, immédiats et irréversibles sur les concurrents de son plan de communication ;
- Tous ces faits constituent des actes de dénigrement fautif constitutifs de concurrence déloyale ;
- En outre, FREE a volontairement procédé à la manipulation des consommateurs en détournant de manière déloyale, le marketing viral de ses fins habituelles, en invitant les consommateurs à propager des propos péjoratifs et dénigrants ;
- Les demandes reconventionnelles devront être rejetées, FREE faisant référence dans ces demandes à des propos tenus en 2007, 2008 et 2009 qui ont fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée d'une part, et ceux plus récemment tenus l'ayant été par les dirigeants de Bouygues Télécom dans le cadre d'un débat entamé par les pouvoirs publics ;
- Bouygues Télécom a perdu de nombreux clients du fait du dénigrement par FREE ;
- Son image de marque s'est sérieusement dégradée ;
- Elle évalue son préjudice à la somme de 98.800.000 € en réparation du préjudice moral et économique subi.

FREE rétorque principalement que :

- Les faits dont se plaint Bouygues Télécom ne peuvent être sanctionnés sur le fondement de la responsabilité de droit commun dans la mesure où ils entrent directement dans le champ d'application de la loi du 29 juillet 1881 ;

6A

- Le tribunal devra ainsi constater son incompétence ;
- A titre subsidiaire : les interventions querellées s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général et sont à ce titre protégées ;
- Les critiques même si elles sont agressives, ne vont pas au delà de la limite admissible ;
- Ce n'est pas le supposé dénigrement qui a causé à Bouygues Télécom un supposé dommage mais son manque de compétitivité et son positionnement commercial face à l'arrivée d'un nouveau concurrent ayant annoncé qu'il diviserait la facture mobile des Français par deux ;
- Le lien de causalité entre l'aspect prétendument dénigrant des propos litigieux et les ventes de FREE en septembre et octobre 2012 n'est pas établi dans la mesure où il n'existe pas de loi statistique permettant d'isoler l'impact d'une campagne de publicité de son message ;
- Bouygues Télécom est devenu un des trois opérateurs historiques et a perdu son image de challenger ;
- En outre, la preuve d'une perte d'image quantifiable n'est pas rapportée par Bouygues Télécom ;
- ReConventionnellement FREE rappelle un certain nombre de propos dénigrants tenus par Bouygues Télécom depuis cinq ans notamment sur le réseau qui serait inexistant, le fonctionnement qui serait, quand il fonctionne, calamiteux, le service client qui serait inconsistant, les tarifs FREE mobile qui seraient scandaleux et les rapports entre FREE et ORANGE aux termes desquels FREE s'arrangerait avec ORANGE pour reconstituer un duopole ;
- FREE soutient que FREE Mobile et FREE ont perdu de nombreux clients et qu'elle a subi une atteinte à son image de marque ;
- FREE évalue son préjudice à la somme de 52.700.000 euros au titre de la perte de clientèle et à la somme de 25.100.000 euros au titre de l'atteinte à son image et en demande réparation au tribunal.

IV SUR CE LE TRIBUNAL

1 Sur l'exception d'incompétence

Attendu que FREE soutient que l'article 29, alinéa 1, de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 définit la diffamation comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé », et qu'il apparaît clairement, selon elle, que les faits et actes litigieux reprochés comme constitutifs de dénigrement et caractérisant une prétendue concurrence déloyale à son égard, ne peuvent être sanctionnés sur le fondement de l'article 1382 du code civil, dès lors que les propos querellés par la société BOUYGUES TELECOM ne visent pas les produits et services qu'elle commercialise, mais visent à dénoncer les pratiques des opérateurs historiques, dont la société BOUYGUES TELECOM, à l'égard des consommateurs,

Attendu que la responsabilité de droit commun s'effacerait ainsi devant le régime spécial des infractions de presse prévues et réprimées par la loi du 29 juillet 1881 ;

Mais attendu que le dénigrement est défini comme une pratique qui « consiste à jeter le discrédit sur un concurrent, en répandant à son propos, ou au sujet de ses produits ou services, des informations malveillantes » ;

Attendu que les termes de « escroquerie », « arnaque », pour ne viser qu'eux, renvoient incontestablement à une critique des services et des offres proposés par BOUYGUES TELECOM et tendent à jeter le discrédit sur ces offres et ces services, dans le but de promouvoir ses propres offres et de détourner la clientèle de ses concurrents ;

Attendu que le dénigrement prohibé peut être direct lorsqu'il vise nommément le concurrent ou ses produits, mais aussi indirect lorsqu'un opérateur attribue des qualités à ses propres produits, ou services, en laissant entendre que ceux de la concurrence en sont dépourvus ou lorsqu'il consiste, sans la nommer, à rendre clairement identifiable l'entreprise directement dénigrée ou à faire de même avec ses produits ou services ;
 Attendu que BOUYGUES TELECOM n'est pas nommément visée, mais que ses offres et services sont clairement identifiables, que le marché mobile en France métropolitaine est composé, à l'exclusion de FREE, de seulement trois opérateurs que sont les sociétés SFR, Orange et BOUYGUES TELECOM, que ceci n'est pas contesté et que BOUYGUES TELECOM est identifiable par les offres visées;

Le tribunal dira que les propos relatés doivent être analysés sous l'angle du dénigrement conformément aux dispositions de l'article 1382 du code civil dans la mesure où ils concernent ces offres et services, et non de la diffamation, rejettera en conséquence l'exception d'incompétence soulevée et se déclarera compétent pour statuer sur les demandes de BOUYGUES TELECOM.

2 Sur les actes de dénigrement, constitutifs de concurrence déloyale

Attendu qu'il n'est pas en tant que tel interdit de comparer ses produits avec ceux des concurrents mais qu'une telle comparaison doit respectée des règles strictes d'objectivité et de loyauté ;
 Attendu qu'il ressort des très nombreuses pièces versées aux débats que, tout au long de la campagne et encore aujourd'hui, FREE communique sur l'idée selon laquelle les clients des opérateurs concurrents, auraient, pendant des années, été « pris pour des idiots » payant des forfaits trop chers, que cela laisse à penser que les opérateurs, et en particulier BOUYGUES TELECOM, auraient « berné » leurs clients par des offres trop chères ;
 Attendu que FREE a suscité un sentiment persistant de défiance et d'hostilité des clients envers leur opérateur, en accréditant l'idée, fautive, selon laquelle toute offre mobile dont le prix serait supérieur à un prétendu « prix standard » ou « juste prix » défini par elle seule à 19,99€, constituerait nécessairement une « arnaque » dont les clients seraient les victimes ;
 Attendu que de telles accusations, laissant entendre que les offres mobiles supérieures à 20 euros seraient une « arnaque » faite au consommateur, sont fausses, car sous couvert d'une affirmation péremptoire, FREE masque en réalité des situations très différentes, selon que l'on se réfère à des forfaits simples « sans engagement », ou à des offres avec engagement qui comprennent des services supplémentaires comme la fourniture d'un terminal parfois haut de gamme à prix réduit, un service client, un réseau de boutiques sur tout le territoire pour conseiller et permettre aux clients de découvrir et d'acquérir en boutique les offres et services de BOUYGUES TELECOM, des services adaptés aux besoins des clients : offres avec ou sans engagement, offres prépayées, offres proposant exclusivement de la data, des services associés, comme le paramétrage du terminal, le prêt d'un téléphone en cas de panne, une prise en charge en service après vente des produits défectueux ;
 Attendu que FREE propose à ses clients des offres dites « SIM only » (fourniture de la carte SIM seulement pour permettre l'accès au réseau) sans engagement commercialisées uniquement sur Internet, ne propose pas de terminal à prix réduit alors que les clients de BOUYGUES TELECOM, pour l'essentiel des offres, ont la possibilité d'acheter pour 100 € ou moins un terminal en contrepartie de la souscription d'un contrat de service pour une période de 12 ou 24 mois, n'offre pas non plus à ses clients la possibilité de choisir entre des formules prépayées, des formules avec ou sans engagement ou uniquement data, ne dispose que de vitrines au travers d'une dizaine de boutiques « showroom » alors que BOUYGUES TELECOM a développé un important réseau de distribution physique dans les enseignes de la distribution (grandes surfaces alimentaires, spécialisées téléphonie etc.) et

au travers de boutiques présentes sur l'ensemble du territoire (650 Boutiques Club BOUYGUES TELECOM vs une dizaine pour FREE) ;
Attendu ainsi qu'en réduisant l'offre mobile à la seule composante du prix, FREE occulte volontairement les autres offres de BOUYGUES TELECOM, proposant une gamme de prestations complémentaires, pouvant justifier que le consommateur choisisse d'acquitter un prix plus élevé ;

Attendu ainsi que le discours trompeur et dénigrant véhiculé par FREE a non seulement contribué à dévaloriser l'ensemble des offres supérieures à 20 € de BOUYGUES TELECOM, mais aussi installé dans l'esprit du public l'idée selon laquelle toute offre supérieure à 20 € constitue une « arnaque », induisant l'ensemble des consommateurs en erreur ;

Attendu que dans l'avis publié le 10 octobre 2012 par la Commission des Affaires Économiques de l'Assemblée Nationale sur la crise traversée par le secteur des communications électroniques, Madame Corine ERHEL, Députée, souligne l'impact des offres de FREE sur l'ensemble de la filière, et souligne notamment que « les autres opérateurs ont dû développer de nouvelles offres « low cost » et diminuer le prix de celles qu'ils avaient déjà lancées. Le revenu par abonné a de ce fait diminué, impactant leur revenu. Cette tendance devrait se poursuivre, voire s'accroître, en 2013 car un très grand nombre de clients mobiles sortiront l'année prochaine de leur période d'engagement et pourront souscrire de nouvelles offres à bas prix. De nombreux acteurs estiment que l'arrivée d'un quatrième opérateur mobile a durablement modifié les préférences des consommateurs et que ceux-ci ne sont désormais pas prêts à payer plus d'une dizaine d'euros de premium pour un service de meilleure qualité » ;

Attendu que FREE attaque les offres et services de ses concurrents et en particulier de BOUYGUES TELECOM, qu'elle va jusqu'à qualifier « d'arnaque », « d'escroquerie », « de racket » ou de « gruge », les propos rapportés visant à suggérer que BOUYGUES TELECOM se comporterait comme un « escroc », se rendant coupable d'un comportement frauduleux et malhonnête à l'égard de ses clients lié à une pratique tarifaire condamnable ;
Attendu que l'utilisation de ces termes est particulièrement grave et constitue un acte de dénigrement constitutif de concurrence déloyale ;

Attendu que Monsieur NIEL a reconnu lui-même à plusieurs reprises « aller trop loin » dans ces propos tout en s'étonnant de ne pas avoir encore été poursuivi (le 22 janvier 2012 notamment, interrogé par le quotidien la Dépêche du Midi) ;

Le tribunal condamnera FREE pour actes de dénigrement constitutifs de concurrence déloyale du fait des propos particulièrement violents et injurieux utilisés, sur le fondement de l'article 1382 du code civil et enjoindra aux sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile de ne plus utiliser les termes et le champ lexical violent et injurieux utilisé et notamment ceux d'« arnaque », de « racket » et de « l'escroquerie » sous astreinte de 100 000 € pour chaque allégation constatée.

3 Sur les préjudices subis par BOUYGUES TELECOM

3.1 Sur la clientèle de BOUYGUES TELECOM perdue

Attendu que la campagne de dénigrement orchestrée par FREE a eu inévitablement des effets pour BOUYGUES TELECOM, en particulier, compte tenu des propos dénigrants tenus par FREE, visant à présenter les offres et services de BOUYGUES TELECOM supérieures à 20 €, comme une « arnaque » faite au consommateur, que ces propos ont provoqué un

sentiment d'hostilité chez les clients, incitant ces derniers à quitter BOUYGUES TELECOM et à migrer vers FREE, cette dernière se présentant comme un « chevalier blanc » ;

Attendu que BOUYGUES TELECOM évalue l'entrée de FREE sur le marché comme ayant entraîné pour elle une perte de 1.000.000 de clients vers ce nouvel opérateur, cette évaluation ayant été réalisée en tenant compte du nombre de clients ayant demandé la portabilité de leur numéro vers FREE et de ceux ayant résilié leur abonnement BOUYGUES TELECOM pour rejoindre cet opérateur ;

Attendu que Monsieur Didier KLING, expert judiciaire a isolé l'effet du seul dénigrement de celui de l'arrivée d'un quatrième opérateur sur le marché, pour déterminer la quote-part des clients BOUYGUES TELECOM perdus au profit de FREE ;

Attendu qu'il considère que la part de cette perte liée au dénigrement peut être individualisée par l'analyse des flux de portabilité des clients BOUYGUES TELECOM sur les périodes significatives suivantes: au moment du lancement de l'Offre mobile de FREE (janvier- mars 2012), pendant une période de développement de l'Offre mobile (avril-août 2012), au moment de la reprise d'une communication agressive et péjorative utilisant tous les vecteurs de communication à sa portée et notamment le détournement du marketing viral (septembre - octobre 2012) ;

Attendu que la jurisprudence prend en compte le caractère systématique et obstiné d'un message dénigrant, outre sa large diffusion, pour augmenter le quantum du préjudice subi ;

Attendu que l'expert en conclut que sans les dénigrements dénoncés, FREE n'aurait pas capté 784.794 abonnés forfaits de BOUYGUES TELECOM mais seulement 603.688 abonnés, soit 181.106 clients de moins ;

Attendu que même si FREE conteste la méthode, elle ne conteste pas le chiffre de 181 106 clients de moins, le tribunal retiendra en conséquence ce chiffre de 181 106 comme base de calcul des clients BOUYGUES TELECOM ayant migré chez FREE compte tenu des actes de dénigrement ;

Attendu que la valorisation des abonnés détournés par FREE du fait du dénigrement peut s'apprécier sur une durée minimale de 24 mois, qui correspond à la durée de vie de l'abonné « forfait », que la valeur d'un abonné sur 24 mois s'élève à la somme de 357 € ;

Attendu que cette formule de calcul de la valeur d'un abonné n'est pas spécifique à BOUYGUES TELECOM puisqu'il s'agit d'une formule mathématique standard de calcul de Valeur Actuelle Nette (ou Net Present Value - NPV) tenant compte notamment de la marge générée par abonné (MeV), du churn (c) et du taux d'actualisation ;

Attendu que la valeur de l'abonné sur 24 mois (357 €) ne suppose pas que tous les abonnés aient une durée de vie de 24 mois puisque le calcul tient compte d'un churn ;

Attendu que le tribunal usant de son pouvoir d'appréciation, évaluera le préjudice subi du fait des clients perdus à la somme de 15 000 000 d'euros et condamnera FREE à verser cette somme à BOUYGUES TELECOM compte tenu du préjudice subi du fait de la perte de clientèle.

3.2 Sur l'atteinte portée à l'image de marque de BOUYGUES TELECOM

Attendu que la marque BOUYGUES TELECOM et l'image qui en découle ont toujours été différenciées, notamment en raison de son arrivée plus tardive sur le marché des télécommunications ainsi que de son positionnement de jeune opérateur dynamique, novateur ;

Attendu que la stratégie de dénigrement de FREE a permis à cette dernière de s'emparer du positionnement historique de BOUYGUES TELECOM ;

Attendu que Monsieur NIEL lui-même a encouragé « l'insurrection » des consommateurs et les a invités à se manifester auprès de leur opérateur lors de sa conférence de presse du 10 janvier 2012, en proclamant: *« On [ne] vient pas là pour gagner de l'argent, on vient là pour « foutre le bordel ». Si on « fout le bordel » et qu'ils le reconnaissent tout de suite, quelle bonne nouvelle. »*

Attendu en outre que les faits de dénigrement évoqués précédemment ont nécessairement provoqué une hostilité de la part des consommateurs vis-à-vis de BOUYGUES TELECOM ;
Attendu que ce préjudice est d'autant plus important que les propos véhiculés par FREE ont provoqué de violentes réactions chez certains consommateurs ;

Attendu que les propos dénigrants ont été véhiculés par FREE, que BOUYGUES TELECOM a subi un préjudice au-delà du jeu normal de la concurrence sur les prix ;

Attendu que deux instances de délégation du personnel de BOUYGUES TELECOM (CFTC et FO) ont d'ailleurs réagi et respectivement déclaré : *« De nombreux collaborateurs sont choqués et particulièrement affectés par les propos insultants de Xavier NIEL. Ces propos entraînent un climat de crainte car certains collaborateurs, usés, pensent ne pas pouvoir être à même de gérer longtemps cette situation difficile. La Direction peut-elle préciser les mesures d'accompagnement prévues en cas d'agression physique ou verbale par un client ? »*; *« Suite à l'arrivée de FREE, et aux propos tenus par Xavier NIEL, de nombreux collaborateurs sont victimes d'agressions verbales et d'insultes de la part de certains clients (vous vous suicidez quand ??, vous êtes quand au chômage ? comme nous l'avons indiqué dans notre tract. Ces agressions sont sans commune mesure avec ce que nous avons pu connaître par le passé. Que compte faire la Direction ? »*

Attendu que pour faire face à cette vague d'incompréhension et de mécontentement de ses clients, consécutifs à la campagne dénigrante de FREE, BOUYGUES TELECOM a dû mettre en place en 2012 des moyens humains supplémentaires et des moyens financiers correspondant aux gestes commerciaux consentis à sa clientèle ;

Attendu que BOUYGUES TELECOM devra également effectuer des investissements en communication ;

Attendu que de l'aveu même de Monsieur Niel, *« le coût d'une campagne publicitaire est d'une bonne dizaine de millions d'euros »* que FREE elle-même demande la somme de 25 100 000 euros au titre de la soi disant atteinte à son image de marque;

Le tribunal, usant de son pouvoir d'appréciation, fixera à 10 000 000 d'euros le préjudice subi par BOUYGUES TELECOM du fait de l'atteinte à son image de marque et condamnera FREE à verser à BOUYGUES TELECOM cette somme de 10 000 000 d'euros en réparation du préjudice subi de ce fait, déboutant des demandes de publication compte tenu de la nature particulièrement sensible de cette affaire.

4 Sur la demande reconventionnelle de condamnation de BOUYGUES TELECOM pour actes de dénigrement

Attendu que ces déclarations dénigrantes concernent la thématique dite du « coucou », car ce volatile s'installe dans le nid des autres, c'est-à-dire qu'il n'a pas son propre nid, à l'instar de FREE qui n'aurait pas son propre réseau ;

Attendu que malgré le fait qu'il ait déjà été jugé dénigrant par une décision du présent tribunal en date du 17 juin 2011, ce qualificatif de « coucou » a été cité notamment dans le magazine challenges du 29 février 2012, dans les Echos du 29 février 2012 et est, comme l'avait déjà jugé le tribunal dénigrant ;

Attendu que FREE soutient que BOUYGUES TELECOM commet des actes de dénigrement en critiquant le réseau qui serait inexistant, le fonctionnement du réseau qui serait calamiteux, le service clients de FREE qui serait inconsistant, les tarifs FREE qui seraient scandaleux et les rapports entre FREE et ORANGE ;

[Signature]

Attendu par ailleurs que l'emploi du terme « calamité » à plusieurs reprises, pour qualifier le réseau de son concurrent, son offre et son service, est également un acte de dénigrement car ce sont les qualités même du service et celle du produit qui sont publiquement mises en cause ;

Attendu que BOUYGUES TELECOM qualifie également de « scandaleuse » l'offre de FREE, à savoir: « L'offre à 2 euros est scandaleuse » (titre de l'article) et « Le «tarif social» de FREE est scandaleux. Il comporte des surcoûts importants car ni les appels, ni les SMS, ni Internet ne sont bloqués » (pièce 52 : Journal du Dimanche, 15 janvier 2012) ;

Attendu que ces appréciations mettent en cause, une des caractéristiques essentielles du service, à savoir son prix ;

Attendu enfin que BOUYGUES TELECOM reproche à FREE de s'entendre avec ORANGE ;
Attendu que FREE considère ces déclarations comme dénigrantes car contraires à la réalité, BOUYGUES TELECOM faisant courir de fausses rumeurs qui lui causent un préjudice notamment en ternissant sa réputation ;

Le tribunal dira que BOUYGUES TELECOM a commis des actes de dénigrement au préjudice de FREE.

Attendu que par souci de cohérence, FREE admet le principe d'évaluer le préjudice selon la même méthode que celle d'évaluation du préjudice subi par BOUYGUES TELECOM ;

Attendu que dans ce cadre, le tribunal retiendra le chiffre de 48 440 clients de FREE ;

Attendu que ce chiffre est non contesté et que le tribunal retiendra ainsi la somme de 5 000 000 d'euros;

Attendu qu'en ce qui concerne la perte d'abonnés fixes, il n'est pas rapporté d'éléments précis, ni du chiffre ni du nombre, ni du lien de causalité avec les actes de dénigrement évoqués, le tribunal ne retiendra pas ce chef de préjudice invoqué ;

Attendu qu'en ce qui concerne l'image de marque de FREE, il ressort, de l'aveu même de FREE, que cette dernière jouit d'une excellente image de marque, nombreuses pièces à l'appui, et qu'en conséquence il ne démontre pas que son image aurait pu être encore meilleure en l'absence d'actes de dénigrement de BOUYGUES TELECOM et qu'en conséquence il n'y aura pas lieu de retenir un préjudice à ce titre ;

Le tribunal condamnera BOUYGUES TELECOM à verser à FREE la somme de 5.000.000 d'euros au titre des actes de dénigrement commis, déboutant des demandes de publication compte tenu de la nature particulièrement sensible de cette affaire et ordonnant la compensation des condamnations, la société FREE ayant en conséquence du fait de cette compensation la somme de 20 000 000 d'euros à verser à BOUYGUES TELECOM.

5 Sur les demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile, l'exécution provisoire et les dépens.

Attendu que compte tenu de la nature particulière de cette affaire dans laquelle les deux parties sont condamnées pour actes de dénigrement constitutifs de concurrence déloyale, il apparaît équitable au tribunal de laisser à chaque partie les frais qu'elle a dû engager dans le cadre de la présente instance,

Le tribunal déboutera des demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile mais ordonnera l'exécution provisoire pour permettre à BOUYGUES TELECOM de lancer

[Signature] *[Signature]*

une campagne de communication en réparation des actes de dénigrement subis, et condamnera les défenderesses aux dépens.

V PAR CES MOTIFS

Le tribunal, statuant publiquement par jugement contradictoire en premier ressort :

Se déclare compétent ;

Condamne in solidum les sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile pour actes de dénigrement constitutifs de concurrence déloyale du fait des propos particulièrement violents et injurieux utilisés, sur le fondement de l'article 1382 du code civil ;

Enjoint aux sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile de ne plus utiliser les termes et le champ lexical violent et injurieux utilisé « arnaque », « racket » et « l'escroquerie » sous astreinte de 100 000 € pour chaque allégation constatée ;

Condamne in solidum les sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile à payer la somme de 15 000 000 d'euros à la SA BOUYGUES TELECOM compte tenu du préjudice subi du fait de la perte de clientèle ;

Condamne les sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile à verser à la SA BOUYGUES TELECOM la somme de 10 000 000 d'euros en réparation du préjudice subi du fait de l'atteinte à son image de marque ;

Condamne la SA BOUYGUES TELECOM à verser à la SASU FREE Mobile la somme de 5.000.000 d'euros au regard d'un actif inexistant titre des actes de dénigrement commis qui ont entraîné une perte de clientèle ;

Ordonne la compensation des condamnations prononcées ;

En conséquence condamne in solidum les sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile à payer la somme de 20.000.000 d'euros à verser à la SA BOUYGUES TELECOM ;

Ordonne l'exécution provisoire du présent jugement ;

Débouté les parties de toutes les autres demandes et notamment celles relatives aux publications compte tenu de la nature particulièrement sensible de cette affaire ;

Dit n'y avoir lieu à application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamne les sociétés ILIAD, FREE et FREE Mobile aux entiers dépens, dont ceux à recouvrer par le greffe, liquidés à la somme de 128,81 € dont 20,89 € de TVA.

Retenu et plaidé à l'audience publique du 25 janvier 2013.

Délibéré par Mme Béatrice Charlier-Bonatti, Mme Nathalie Dostert et M. Alain Wormser.

Dit que le présent jugement est prononcé par sa mise à disposition au greffe de ce tribunal, les parties en ayant été préalablement avisées lors des débats dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 CPC.

La minute du jugement est signée par Mme Béatrice Charlier-Bonatti, président du délibéré et par Mme Catherine Soyez, greffier.

