

Grosses délivrées **REPUBLIQUE FRANCAISE**

aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 1 - Chambre 3

ARRET DU 18 JUIN 2013

(n° 406 , 8 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **12/13826**

Décision déferée à la Cour : Ordonnance du 06 Juillet 2012 -Tribunal de Commerce de MEAUX -
RG n° 2012004005

APPELANTES

SAS NC NUMERICABLE agissant en la personne de son président

10 Rue ALBERT EINSTEIN

77420 CHAMPS SUR MARNE

**SASU NUMERICABLE agissant en la personne de son président domicilié en cette qualité
audit siège**

10 Rue ALBERT EINSTEIN

77420 CHAMPS SUR MARNE

Représentées par : la SELARL RECAMIER AVOCATS ASSOCIES (Me Benoît HENRY) (avocats
au barreau de PARIS, toque : K0148)

assistées de : Me Yoan HAVARD substituant Me Vincent PECASTAING (avocat au barreau de
PARIS, toque : P0008)

INTIMEE ET APPELANTE INCIDENTE

**SA SFR SOCIETE FRANCAISE DE RADIOTELEPHONE prise en la personne de son
Président**

42 Avenue DE FRIEDLAND

75008 PARIS

Représentée par : Me Stéphane FERTIER de la AARPI JRF AARPI (avocat au barreau de PARIS,
toque : L0075)

assistée de : Me Diego DE LAMMERVILLE de la PUK CLIFFORD CHANCE EUROPE LLP
(avocat au barreau de PARIS, toque : K0112)

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 21 Mai 2013, en audience publique, devant la Cour composée de :

Madame Joëlle BOURQUARD, Présidente de chambre

Madame Martine TAILLANDIER-THOMAS, Conseillère

Madame Sylvie MAUNAND, Conseillère

qui en ont délibéré

Greffier, lors des débats : Mlle Véronique COUVET

ARRET :

- CONTRADICTOIRE

- par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Madame Joëlle BOURQUARD, président et par Mlle Véronique COUVET, greffier.

Ayant constaté en décembre 2011 que la société NUMERICABLE avait lancé une campagne publicitaire par voie d'affichages urbain, laissant trompeusement entendre qu'elle serait classée, au niveau national, n°1 des Fournisseurs d'Accès à Internet (FAI) alors que cette campagne s'appuyait sur une étude réalisée dans deux zones géographiques et ne concernait que deux technologies internet, la société SFR l'a mis en demeure le 9 janvier 2012 de cesser la diffusion de ce type de publicité.

Se prévalant de ce que, après avoir déféré à cette mise en demeure, NUMERICABLE avait repris dès avril 2012, sur son site internet sa campagne publicitaire se présentant comme N° 1 des FAI et N° 1 de la qualité de service, lancé une campagne par voie de presse axée sur ce slogan en extrapolant les résultats d'une enquête de l'ARCEP, de ce qu'elle l'avait vainement mise en demeure le 14 mai 2012 de cesser ces agissements, de ce que cette société diffusait de plus des spots radiophoniques trompeurs au niveau national et que cette attitude était constitutive d'un trouble manifestement illicite, la SOCIETE FRANÇAISE DE RADIOTELEPHONE - SFR SA a, ainsi qu'elle y avait été autorisée, assigné d'heure à heure la société NUMERICABLE SASU et la société NC NUMERICABLE SAS en cessation de ces campagnes sous astreinte devant le juge des référés du tribunal de commerce de Meaux qui, par ordonnance rendue le 6 juillet 2012 a, constaté l'absence de mentions suffisamment restrictives et informatives dans les messages publicitaire de NUMERICABLE qui la qualifient de « numéro 1 des FAI », « numéro 1 des fournisseurs d'accès » et « numéro 1 de la qualité de services », fait injonction à la société NUMERICABLE sous astreinte de 10 000 € par infraction constatée de cesser la diffusion de messages publicitaires utilisant : les slogans « numéro 1 des FAI », « numéro 1 des fournisseurs d'accès » ou « numéro 1 de la qualité de services » et d'une manière générale toute mention indiquant son positionnement relatifs à des concurrents sans que soient spécifiés très lisiblement et de manière explicite les lieux, les périodes et la méthodologie précise des tests sur lesquels se fonde le classement qu'elle revendique, débouter la société SFR de sa demande visant à enjoindre à la société NUMERICABLE de communiquer son plan média et de sa demande visant à enjoindre à cette société de publier l'ordonnance sur son site internet, s'est réservé la liquidation de l'astreinte et condamné solidairement les sociétés NUMERICABLE SASU et NC NUMERICABLE SAS à payer à la société SFR une indemnité de 5 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Appelantes de cette décision, la société NC NUMERICABLE SAS et la société NUMERICABLE SASU, par conclusions déposées le 19 octobre 2012, demandent de confirmer

l'ordonnance en ce qu'elle a débouté SFR de sa demande de communication de plan média et dit n'y avoir lieu d'ordonner la publication de l'ordonnance sur la page d'accueil du site internet NUMERICABLE, de l'infirmier pour le surplus et statuant à nouveau de dire que les sociétés NUMERICABLE n'extrapolent pas au niveau national les résultats de l'enquête publiée sur le site « 01. NET » en diffusant le contenu dans plusieurs villes de France, dire que les messages litigieux contiennent des messages restrictifs et informatifs et/ou une invitation du consommateur à composer le numéro de téléphone « 1055 » ou à se rendre en boutique pour être pleinement informé du contenu des services fournis par les sociétés NUMERICABLE, dire que les messages publicitaires litigieux transmettent le contenu d'une analyse indépendante effectuée par un tiers et que les messages sont en conséquence objectifs et leur véracité vérifiable et en conséquence qu'ils ne constituent pas un trouble manifestement illicite et dire n'y avoir lieu à référer et débouter SFR de toutes ses demandes, fins et conclusions ; en tout état de cause, elle sollicite la condamnation de SFR aux entiers dépens ainsi qu'à lui verser la somme de 20 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société SFR SA, par conclusions déposées le 17 décembre 2012 demande de confirmer l'ordonnance en ce qu'elle a fait injonction à NUMERICABLE sous astreinte de 10 000 € par infraction constatée de cesser la diffusion de messages publicitaires utilisant : les slogans « numéro 1 des FAI », « numéro 1 des fournisseurs d'accès » ou « numéro 1 de la qualité de services » et d'une manière générale toute mention indiquant son positionnement relatifs à des concurrents sans que soient spécifiés très lisiblement et de manière explicite les lieux, les périodes et la méthodologie précise des tests sur lesquels se fonde le classement qu'elle revendique étant constaté l'absence de mentions restrictives ou informatives accompagnant les messages de NUMERICABLE qui faisaient la promotion de son prétendu rang de « numéro 1 », et que la société NUMERICABLE se livrait à des pratiques commerciales trompeuses et étant jugé que ces pratiques étaient constitutives d'un trouble manifestement illicite dont le juge des référés a pu valablement ordonner la cessation ; par voie d'appel incident, elle demande d'infirmier l'ordonnance en ce qu'elle n'a pas fait droit à ses autres demandes et statuant à nouveau de faire injonction à NUMERICABLE, sous astreinte de 10 000 € par jour de retard, de lui communiquer, dans les huit jours de la signification de l'arrêt, l'extrait de son plan média relatif aux campagnes de publicité « N° 1 des fournisseurs d'accès à internet » et « N° 1 de la qualité du service » et d'ordonner la publication ' pendant un mois ' du dispositif de l'arrêt en haut de la page d'accueil du site internet de NUMERICABLE (www.numericable.fr) dans un délai de huit jours à compter de la signification de l'arrêt et ce, sous astreinte de 10 000 € par jour de retard ; en tout état de cause, elle sollicite la condamnation solidaire des « défenderesses » aux entiers dépens ainsi qu'à lui verser la somme de 20 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

SUR CE, LA COUR,

Considérant que les appelantes font essentiellement grief à l'ordonnance d'avoir apprécié de façon erronée les faits en estimant qu'elle avait extrapolé les résultats d'une enquête locale réalisée à Neuilly Sur Seine et Nantes alors qu'elle n'a fait que diffuser en France le résultat du test effectué localement en le publiant sur le site « 01.NET » et que NUMERICABLE ne s'est nullement vantée d'être le premier fournisseur d'accès dans toute la France ; qu'elles se prévalent de ce que les messages diffusés sont licites en ce qu'ils contiennent (pièces 4 et 5) des réserves très apparentes, parfaitement lisibles et invitent les consommateurs potentiels à composer la numéro de téléphone « 1055 » pour obtenir des informations complémentaires, qu'elles ajoutent que s'agissant des encarts de presse, NUMERICABLE accorde une place importante à ses mentions restrictives dont le texte est relativement long et occupe une part importante de la partie inférieure des encarts (pièces 4 et 5) et elles se réfèrent à plusieurs décisions de justice qui ont estimé que ce type de publicité ne présentait pas de caractère trompeur ;

Qu'elles soutiennent par ailleurs que la communication du plan média de NUMERICABLE constituerait une mesure totalement disproportionnée par rapport à l'atteinte invoquée comme visant pour SFR à opérer un contrôle de l'ensemble des activités d'un concurrent, que de même la

publication de la décision demandée par SFR apparaît injustifiée comme totalement disproportionnée ;

Considérant que la société SFR se fonde sur l'article L 121-8 3° du code de la consommation, la position de la Cour de Justice de l'Union Européenne et de la Cour de Cassation qui exigent que le destinataire d'un message publicitaire soit mis en mesure, par l'annonceur, d'en vérifier l'exactitude ainsi que celle de la caractéristique en cause pour estimer que les messages publicitaires ne répondent pas à ces exigences et sont trompeurs ; qu'en effet, en ce qui concernent les messages radiophoniques de NUMERICABLE qui le proclament comme étant « le numéro 1 de la qualité de service » et « le numéro 1 de la fibre optique », ils ne comprennent aucune référence au classement sur lequel ils s'appuient, qu'ils sont volontairement imprécis, n'indiquent aucun critère qualitatif ou quantitatif, ne renvoient à aucun numéro de téléphone le seul renvoi sur le site internet étant insuffisant, que s'agissant du site internet de NUMERICABLE, elle soutient qu'il est impossible de vérifier l'exactitude des allégations publicitaires, qu'effectivement, à la date où le juge des référés a statué, la page d'accueil du site comportait la mention « N°1 des FAI » avec pour seule indication « 01 net mesure les performances des fournisseurs dans trois domaines : Internet, téléphonie et TV », qu'en cliquant sur la mention « NUMERICABLE N°1 des FAI », on accédait à un encadré intitulé « choisissez le N°1 des FAI » avec pour seule indication « 01 Net mesure chaque semaine les performances des fournisseurs dans trois domaines : Internet, téléphonie IP et télévision », qu'un tableau de classement obsolète y était joint mais qu'il ne renvoyait ni au site 01net ni à la méthodologie utilisée ;

Qu'elle soutient que les messages publicitaires sont trompeurs comme contenant des allégations fausses ou de nature à induire en erreur, que celui visant à promouvoir NUMERICABLE comme « numéro 1 des FAI », et qui repose sur une enquête locale, est accessible par internet sur l'ensemble du territoire national et extrapole la position de NUMERICABLE au niveau national en omettant de préciser que les lieux et la nature des tests réalisés, que de plus les tests effectués par ip-label pour 01 net se limitent à deux technologies à l'exclusion de nouvelles offres THD et ne portent pas sur toutes les offres haut débit disponibles, que NUMERICABLE omet de préciser que le classement ne porte en fait que sur l'offre HCF 30 Mbits et non sur l'ensemble des offres internet et non au niveau national ; qu'elle estime en conséquence l'ensemble des pratiques commerciales trompeuses des appelantes comme constitutives d'un trouble manifestement illicite ;

Qu'elle se fonde sur la durée de la campagne, son caractère répétitif pour estimer justifiée sa demande de publication de l'arrêt comme permettant de chasser de l'esprit du public la confusion entretenue par l'appelante ; qu'elle estime que la communication du plan média de NUMERICABLE est justifiée au regard de l'article 145 du code de procédure civile en ce qu'elle lui permettra de connaître l'ampleur des dites campagnes et d'intenter une action au fond en réparation de son préjudice ;

Et considérant qu'aux termes de l'article 873 alinéa 1er du code de procédure civile, la juridiction des référés peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ;

Que le dommage imminent s'entend du « dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer » et le trouble manifestement illicite résulte de « toute perturbation résultant d'un fait qui directement ou indirectement constitue une violation évidente de la règle de droit » ;

Qu'il s'ensuit que pour que la mesure sollicitée soit prononcée, il doit nécessairement être constaté, à la date à laquelle la cour doit se placer pour statuer et avec l'évidence qui s'impose à la juridiction des référés, l'imminence d'un dommage, d'un préjudice ou la méconnaissance d'un droit, sur le point de se réaliser et dont la survenance et la réalité sont certaines, qu'un dommage purement éventuel ne

saurait donc être retenu pour fonder l'intervention du juge des référés ; que la constatation de l'imminence du dommage suffit à caractériser l'urgence afin d'en éviter les effets ;

Considérant qu'il est établi que les publicités incriminées ont, ensuite du prononcé de l'ordonnance dont appel, désormais cessé, que même si le référé est devenu sans objet au moment où la cour statue, il appartient à la présente juridiction d'appel de déterminer si la demande était justifiée lorsque le premier juge a statué ;

Considérant qu'en l'espèce, l'illicéité manifeste du trouble invoqué est fondée sur l'existence d'une pratique commerciale trompeuse dans les circonstances telles que définies par l'article L 121-1 du code de la consommation à savoir comme reposant « sur des allégations, indications ou présentation fausse ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode ou 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 le service, la portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de service, l'identité, les qualités et aptitudes et les droits du professionnel » ; que pour caractériser l'illicéité manifeste du trouble invoqué, la société SFR s'appuie également sur la violation de l'article L 121-8 du même code relatif à la publicité comparative qui notamment prévoit que toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant implicitement ou explicitement un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles et pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens, dont le prix peut faire partie ;

Considérant qu'il est établi et au demeurant non contesté que la société SFR a fondé sa demande en première instance sur l'illicéité de spots radiophoniques diffusés à l'initiative de NUMERICABLE et sur la mention « N° 1 des FAI », figurant sur le site internet à l'adresse <http://offres.numericable.fr>, que les caractéristiques des encarts publicitaires parus à leur initiative dans la presse écrite (pièces 4 et 5) auxquelles les appelantes essentiellement se réfèrent, pour critiquer l'ordonnance et justifier du caractère licite de la publicité incriminée, sont donc indifférentes à la solution du présent litige ;

Considérant que les messages radiophoniques diffusés par les appelantes tels qu'ils résultent de leurs « transcripts » (pièces 13 et 15 de l'intimée) et qui présentent NUMERICABLE comme le numéro 1 de la fibre optique et numéro 1 de la qualité de service sont indéniablement à caractère publicitaire, que leur lecture démontre qu'ils ne font référence à aucune mention informative quant à ce classement, que s'ils comportent une mention « pour avoir plus d'informations », celle-ci vise l'offre soumise à conditions relatives au lancement de la BOX BY NUMERICABLE » et non les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service permettant à NUMERICABLE d'affirmer qu'il est numéro 1 de la fibre optique et numéro 1 de la qualité des services, que cette mention invite le consommateur à se rendre en boutique ou sur NUMERICABLE.FR ; qu'il s'ensuit qu'en ne se référant à aucune source permettant de justifier du classement revendiqué, ces messages qui contreviennent aux dispositions précédemment rappelées du code de la consommation sont de nature à induire en erreur le consommateur et en tant que tels sont constitutifs d'un trouble manifestement illicite pour les autres opérateurs, dont l'intimée, en ce qu'ils laissent supposer que les qualités des services qu'ils offrent sont moins performantes ; que dans ces conditions, c'est à juste titre que l'ordonnance a enjoint de les faire cesser sous astreinte ;

Considérant qu'il est par ailleurs établi (pièce 17) qu'à la date du 13 juin 2012, NUMERICABLE se présentait sur la page d'accueil de son site internet, accessible aux internautes depuis l'ensemble du territoire national, comme le « N° 1 des FAI », en se fondant sur un tableau de classement 01 net région parisienne et province sans plus de précision quant à la date, aux conditions de ce classement et sans aucun message restrictif, alors qu'il est démontré d'une part que l'étude conduite par 01net ayant conduit à ce classement, n'avait été effectuée que sur les zones de Nantes et Neuilly sur Seine,

que les mesures effectuées par ip-label pour 01net ne portent que sur une partie des offres internet ; que l'allégation ainsi reproduite sur le site internet de NUMERICABLE à destination de l'ensemble du public de France et sans restriction quant au ciblage géographique restreint ayant conduit à ce classement et qui porte donc à laisser croire qu'il s'agit d'un classement réalisé au vu de l'ensemble des offres du marché et à l'échelon national, région parisienne d'une part et province d'autre part, est mensonger, qu'il est trompeur en ce qu'il conduit à faire croire que NUMERICABLE est le meilleur des fournisseurs d'accès sur l'ensemble du territoire, qu'il est constitutif d'un trouble manifestement illicite pour les autres fournisseurs d'accès dont SFR, supposés, du fait de la teneur de cette affirmation fautive, offrir des services de moindre qualité ;

Que c'est donc à juste titre que l'ordonnance a enjoint aux sociétés NC NUMERICABLE et NUMERICABLE de le faire cesser sous astreinte, qu'il sera constaté que le trouble invoqué a désormais cessé ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'accéder à la demande de publication du dispositif du présent arrêt sur le site internet de NUMERICABLE dès lors que le trouble a cessé et que cette mesure ne s'avère ni nécessaire ni opportune ;

Et considérant qu'aux termes de l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé ;

Que les conditions d'application de l'article 145 du code de procédure civile n'impliquent la démonstration d'aucune urgence, qu'elles supposent que soit démontré qu'il existe un motif légitime (fait plausible comme ne relevant pas d'une simple hypothèse) justifiant la mesure sollicitée en vue d'un litige potentiel futur dont l'objet et le fondement juridique sont suffisamment déterminés et dont la solution peut dépendre de la mesure d'instruction sollicitée à condition que cette mesure ne porte pas une atteinte illégitime aux droits d'autrui ;

Que l'existence de contestations sérieuses ne constitue pas un obstacle à la mise en 'uvre des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile dès lors que l'application de ce texte n'implique aucun préjugé sur la responsabilité des personnes appelées comme parties à la procédure ni sur les chances de succès du procès susceptible d'être ultérieurement engagé ;

Considérant qu'en l'espèce, la société SFR justifie qu'elle dispose d'un motif légitime à obtenir la communication du plan média relatif à la campagne publicitaire NUMERICABLE « N°1 des fournisseurs d'accès internet » et « N°1 de la qualité de service » dès lors que ces campagnes, et ce dans la perspective d'une éventuelle instance au fond en réparation du préjudice résultant éventuellement du trouble manifestement illicite subi du fait de cette campagne et dont l'appréciation dépend de son étendue, que la communication demandée, contrairement à ce que soutiennent les appelantes, n'est pas une mesure générale et disproportionnée par rapport à l'atteinte portée par elle aux droits des autres opérateurs, qu'elle ne préjudicie pas au secret des affaires dès lors qu'elle est restreinte à la campagne de publicité « N°1 des fournisseurs d'accès internet » et à celle « N°1 de la qualité de service », qu'il y sera fait droit mais qu'elle sera limitée sur une période telle que déterminée par la cour dans le dispositif de cet arrêt ; que la cour estime n'y avoir lieu d'assortir l'injonction ainsi donnée aux sociétés NUMERICABLE d'une astreinte estimée ni nécessaire ni opportune ;

Considérant que l'équité commande d'allouer à l'intimée une indemnité complémentaire en cause d'appel sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et d'un montant tel que précisé au dispositif de cet arrêt ; que les appelantes doivent supporter les entiers dépens ;

PAR CES MOTIFS

Infirme l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a débouté la société SFR de sa demande de communication de plan média,

Statuant à nouveau quant à ce,

Enjoint aux sociétés NC NUMERICABLE et NUMERICABLE de communiquer à la société SFR le plan média relatif aux campagnes de publicité « N°1 de la qualité de service » et « N°1 des fournisseurs d'accès internet » et ce pour la période du 1er avril au 6 juillet 2012,

Confirme pour le surplus en son principe l'ordonnance entreprise,

Vu l'évolution du litige,

Constata que le trouble manifestement illicite a cessé en exécution de l'ordonnance déferée,

Y ajoutant,

Condamne la société NC NUMERICABLE SAS et la société NUMERICABLE SASU à payer à la société SOCIETE FRANÇAISE DE RADIOTELEPHONE SA dite SFR une indemnité complémentaire de 6 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile,

Condamne la société NC NUMERICABLE SAS et la société NUMERICABLE SASU aux entiers dépens qui seront recouvrés comme il est prescrit à l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER LE PRESIDENT