



Copie exécutoire : SCP
D'AVOCATS HUVELIN &
ASSOCIES représentée par
Maître Martine Leboucq Bernard
Copie aux demandeurs : 2
Copie aux défendeurs : 2

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS

12 EME CHAMBRE

JUGEMENT PRONONCE LE 09/02/2023
par sa mise à disposition au Greffe

RG 2019060265

1

ENTRE :

SAS FREE MOBILE, dont le siège social est 16 rue de la Ville L'Évêque 75008 Paris -
RCS B 499247138

Partie demanderesse : assistée de Me Olivier Fréget, Me Antoine Labaeye et Me
Ossman Badir, membres du Cabinet Freget, Glaser & Associes AARPI, avocat (L261)
et comparant par Me Martine Leboucq Bernard membre de la SCP D'AVOCATS
HUVELIN & ASSOCIES, avocat (R285)

ET :

SA BOUYGUES TELECOM, dont le siège social est 37-39 rue Boissière 75116 Paris -
RCS B 397480930

Partie défenderesse : assistée de Me Christophe Lapp membre de la SELARL Altana,
avocat (R21) et comparant par Me François Dupuy membre de la SCP HADENGUE
ET ASSOCIES, avocat (B873)

APRES EN AVOIR DELIBERE

LES FAITS

FREE MOBILE ci-après Free Mobile est un opérateur de communication électronique entré sur le marché en 2012 en proposant des forfaits téléphoniques à des prix réduits par rapport à ceux de ses concurrents.

Les offres de Free Mobile sont sans engagement et sans terminal mobile associé.

BOUYGUES TELECOM ci-après Bouygues Telecom est un opérateur de communication concurrent de Free Mobile. Les offres de Bouygues Telecom avec vente d'un terminal, qui sont proposées à un tarif beaucoup plus élevé que les offres similaires « nues » (sans vente de terminal associé), présentent selon Free Mobile comme caractéristique de lier les consommateurs pendant 24 mois en échange d'un paiement fractionné qui vise à rembourser le prix du terminal.

Les offres de Bouygues Telecom associant un forfait et un terminal à prix présenté comme « avantageux » ou « subventionné » comprennent en réalité, selon Free Mobile, sans en informer le consommateur, un étalement du prix du terminal reflété dans l'augmentation du tarif du forfait par rapport aux forfaits identiques ou similaires « SIM-only » des autres opérateurs dont Free Mobile, rendant l'offre plus onéreuse.

La Cour de cassation a, le 7 mars 2018, dans une affaire distincte, qualifié les offres d'un opérateur de contrats d'opération de crédit ce qui emporte l'obligation de respecter le formalisme prescrit par le code de la consommation visant à informer et protéger les consommateurs.

Free Mobile reproche à Bouygues Telecom d'avoir violé les obligations légales prescrites par le code de la consommation et d'avoir commis des pratiques commerciales trompeuses au titre des offres groupées de Bouygues Telecom commercialisées du 30 septembre 2014 au 12 septembre 2021, lui causant ainsi un préjudice matériel et moral du fait de la concurrence déloyale exercée en verrouillant le marché, ce dont elle demande réparation.

Afin de chiffrer son préjudice, Free Mobile a mandaté le cabinet Accuracy lequel a rendu son rapport économique établissant le préjudice subi entre septembre 2014 et septembre 2020, celui-ci demeurant à parfaire en raison de la poursuite des pratiques reprochées.

Bouygues Telecom a soulevé avant dire droit un incident de communication de pièces. Elle soulève à présent des fins de non-recevoir et formule une demande de question préjudicielle.

LA PROCEDURE

C'est dans ces conditions que :

► Par assignation du 22 octobre 2019, réitérée par des conclusions des 16 octobre 2020 et 5 février 2021, FREE MOBILE demande au tribunal de :

Vu les articles L.311-1, L.312-5 et suivants, L.314-1 et L.341-50 du code de la consommation,

Vu la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005,

Vu les articles L.121-1, L.121-2 et L.121-3 du code de la consommation,

Vu l'article 1240 du code civil

DIRE ET JUGER son action recevable ;

DIRE ET JUGER que son action n'est pas abusive ;

DIRE ET JUGER que les offres de téléphonie mobile de Bouygues Telecom associant un forfait téléphonique et l'acquisition d'un terminal mobile constituent des opérations de crédit ;

DIRE ET JUGER que ces offres dont le crédit est d'une durée supérieure à trois mois et d'un montant supérieur à 200 euros sont des crédits à la consommation entrant dans le champ de l'article L.311-1 du code de la consommation ;

DIRE ET JUGER que ces offres de crédit proposées par Bouygues Telecom dont le taux d'intérêt est supérieur au taux d'usure violent l'article L.341-50 du code de la consommation ;

DIRE ET JUGER que la présentation de ces offres comme un " subventionnement " du terminal, un " avantage smartphone " ou l'acquisition d'un terminal à un " prix avantageux " est trompeur pour le consommateur ;

DIRE ET JUGER que la réduction de prix sur le mobile présentée lors de la souscription du forfait avec terminal est trompeuse pour le consommateur ;

DIRE ET JUGER que Bouygues Telecom a commis des actes de concurrence déloyale en proposant de telles offres aux consommateurs ;

DIRE ET JUGER que Free Mobile a subi un préjudice résultant du gain manqué, sauf à parfaire, de 652 millions d'euros ;

DIRE ET JUGER que Free Mobile a subi un préjudice résultant du préjudice moral pour la période de novembre 2014 à ce jour, sauf à parfaire et sans préjudice des périodes antérieures et postérieures, de 70 millions d'euros ;

DIRE ET JUGER que ces sommes devront faire l'objet d'une actualisation au taux de rendement du capital ;

EN CONSEQUENCE

CONDAMNER la société Bouygues Telecom au paiement de la somme de, sauf à parfaire, 722 millions d'euros au titre du préjudice subi par Free Mobile ;
CONDAMNER la société Bouygues Telecom à actualiser les sommes au taux de rendement du capital de Free Mobile ;

EN TOUT ETAT DE CAUSE

REJETER la demande de condamnation de Free Mobile au titre d'un prétendu dénigrement des offres de Bouygues Télécom ;
REJETER la demande de condamnation de Free Mobile au titre d'une prétendue procédure abusive ;
DEBOUTER Bouygues Télécom de toutes ses demandes, fins et prétentions ;
CONDAMNER la société Bouygues Telecom au paiement de la somme de 100.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
CONDAMNER la société Bouygues Telecom aux entiers dépens ;
ASSORTIR le jugement à intervenir de l'exécution provisoire.

► Par des conclusions des 26 juin et 27 novembre 2020, BOUYGUES TELECOM demande au tribunal de :

Vu l'article 122 du code de procédure civile

Vu l'article 2224 du code civil

Vu l'article 1240 du code civil

Vu le protocole transactionnel conclu entre Bouygues Telecom et Free Mobile le 24 mars 2014,

Vu la jurisprudence

Vu les pièces citées à l'appui

1. Juger irrecevable l'action introduite par la société Free Mobile, en ce qu'elle est prescrite ;
Juger irrecevable l'action introduite par la société Free Mobile compte tenu de l'autorité de la chose jugée attachée au protocole transactionnel conclu entre Bouygues Telecom et Free Mobile le 24 mars 2014.

En conséquence, débouter Free Mobile de l'intégralité de ses demandes, fins et prétentions.

2. Juger que la société Free Mobile a commis un abus de droit du fait de son action tardive, de mauvaise foi et empreinte de déloyauté, qui engage sa responsabilité ;

Condamner en conséquence la société Free Mobile à indemniser la société Bouygues Telecom des conséquences de cet abus de droit dont l'évaluation est en cours à la date des présentes conclusions ;

3. Subsidiairement, dans l'hypothèse où le tribunal estimerait l'action recevable

Débouter la société Free Mobile de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions.

En tout état de cause, débouter la société Free Mobile de ses demandes indemnitaires, en raison de sa procédure abusive et du caractère infondé et injustifié de son préjudice,

4. A titre reconventionnel



L

Condamner la société Free Mobile à verser à la société Bouygues Telecom la somme de 1.576.000 euros au titre de l'indemnisation du préjudice subi du fait des propos dénigrants tenus à son encontre ;

Condamner la société Free Mobile à faire publier, à ses frais, l'extrait du dispositif du jugement à intervenir condamnant Free Mobile à réparer le préjudice de Bouygues Telecom du fait du dénigrement de ses offres commerciales, dans les 10 jours de la signification du jugement :

- dans Les Echos, Le Figaro, Le Monde, Capital, La Tribune, Le Parisien ainsi que sur les sites www.freenexs.fr, www.zdnet.fr, www.universfreebox.com, sous astreinte de 50 000 euros par jour de retard,
- et sur la moitié haute de la page d'accueil de son site internet www.mobile.free.fr, ainsi que sur les pages correspondants à ses comptes Facebook (<https://www.facebook.com/Free-350443398302522>) et Twitter (<https://twitter.com/freemobile>), pendant une durée d'un mois, sous astreinte de 50.000 euros par jour de retard.

5. En tout état de cause

Condamner la société Free à Mobile à payer à la société Bouygues Telecom la somme de 100.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamner la société Free Mobile aux entiers dépens de l'instance.

► Par des conclusions d'incident de communication de pièces du 2 avril 2021, BOUYGUES TELECOM demande au tribunal de :

Vu l'article 6 de la CEDH

Vu les articles 10, 11, 132 et suivants du code de procédure civile,

Vu l'article 864 du code de procédure civile,

ENJOINDRE à la société Free Mobile de produire l'intégralité des éléments suivants :

- l'analyse " couples forfait - terminal au sein des Offres Sensation " pour la période entre avril et décembre 2019 et l'année 2020 (Pièce adverse n°13. Rapport n°1, §125. Figure 15 et Pièce adverse n°26. Rapport n°2, §144, figure 27) ;
- les " tableaux d'analyses des offres de Bouygues Telecom " pour la période entre avril et décembre 2019 et l'année 2020 (Pièces adverses n°17 à n°21) ;
- l'analyse de l'annexe n°1 du rapport d'Accuracy " Calcul des écarts de prix entre les forfaits BOUYGUES TELECOM avec terminal et sans terminal " pour la période entre le 22 juin 2020 et le 31 décembre 2020 (Pièce adverse n°26. Rapport n°2. Annexe n°1, page 84) ;
- les pièces A45, A52 et A58 du rapport d'Accuracy n°2 récapitulatif (Pièce adverse n°26);
- les données de Free Mobile qui ont été utilisées par Accuracy pour établir la figure 43 de son rapport n°2 récapitulatif ainsi que le fichier excel " Free c SFR - substituabilité des offres " (Pièce adverse n°26);
- les données de Free Mobile ou autres qui ont été utilisées par Accuracy pour établir la figure 45 de son rapport n°2 récapitulatif (Pièce adverse n°26) ainsi que ces données et la figure correspondante pour les années 2014 à 2020 ;
- les données de l'ARCEP qui ont été utilisées par Accuracy pour établir les figures 46 et 47 de son rapport n°2 récapitulatif (Pièce adverse n°26) ;
- les données utilisées par Accuracy pour calculer le prétendu préjudice qui aurait été subi par Free Mobile au titre des années 2014 à 2020; à savoir conformément aux paragraphes §281 et §288 de son rapport n°2 récapitulatif (Pièce adverse n°26) :



- L'ARPU (average revenue per usager - revenu moyen par utilisateur) mensuel des abonnés de Free Mobile pris en compte par Accuracy ;
 - Les coûts variables de Free Mobile pris en compte par Accuracy ;
 - Les CAPEX (capital expenditure - correspondant aux dépenses d'investissement) engagés par Free Mobile, pris en compte par Accuracy ;
 - Le tableau Excel complet réalisé par Accuracy pour arriver au chiffre total présenté dans son rapport n°2 récapitulatif.
- tout élément de preuve communiqué par Free Mobile au soutien de son préjudice allégué à l'encontre d'Orange dans la procédure initiée devant le Tribunal de commerce de Paris afin de mettre en cause ses offres groupées associant un abonnement de téléphonie mobile à la vente de terminaux mobiles, notamment tout rapport économique qui aurait été déposé par Free Mobile au soutien de sa demande financière.

► Par des conclusions sur l'incident du 14 mai 2021, Free Mobile demande au tribunal de :

Vu les articles 11, 142, 138 et 139 du code de procédure civile,
Vu les articles L. 153-1 et suivants du code de commerce,
Vu les articles R.153-1 et suivants du code de commerce,

A titre principal

CONSTATER que les demandes de Bouygues Telecom de communication de

- L'analyse " coupe-forfait terminal au sein des Offres Sensation " pour la période entre avril et décembre 2019 et l'année 2020
- Les " tableaux d'analyse des offres de Bouygues Telecom " pour la période entre avril et décembre 2019 et l'année 2020
- L'analyse de l'annexe n°1 du rapport Accuracy " Calcul des écarts de prix entre les forfaits BOUYGUES TELECOM avec terminal et sans terminal " pour la période entre le 22 juin 2020 et le 31 décembre 2020
- Les pièces A45, A52 et A58 du rapport d'Accuracy n°2 récapitulatif
- Les données de Free Mobile utilisées par Accuracy pour établir les figures 43, 45, 46 et 47 de son rapport n°2 récapitulatif n'ont plus d'objet puisque ces éléments ont été communiqués dans la présente procédure ;

CONSTATER que la demande de Bouygues Telecom de communication des données utilisées par Accuracy sur l'ARPU mensuel des abonnés de Free Mobile, les coûts variables pris en compte par Accuracy et les CAPEX engagés par Free Mobile ainsi que le tableau excel complet réalisé par Accuracy se heurte au secret des affaires ;

ORDONNER la mise en place d'un cercle de confidentialité restreint pour la communication des données utilisés par Accuracy sur l'ARPU mensuel des abonnés de Free Mobile, les coûts variables pris en compte par Accuracy et les CAPEX engagés par Free Mobile ainsi que le tableau excel complet réalisé par Accuracy, selon les modalités suivantes :

- Ces données et le tableau Excel seront communiqués aux seuls membres du cercle de confidentialité ;
- Le cercle sera composé d'un avocat et d'un expert tiers désigné par BouyguesTelecom ;
- L'expert désigné par Bouygues Telecom membre du cercle de confidentialité souscrira une obligation de confidentialité lui interdisant de divulguer les informations confidentielles à des personnes autres que celles désignées comme membres du cercle par la juridiction et l'obligeant à utiliser ces informations confidentielles uniquement aux fins de la présente procédure ;



L

- Un exemplaire de ces données et de la feuille Excel sera remis sur copie papier à chacun des membres du cercle de confidentialité, qui s'obligent à adopter les mesures nécessaires afin d'empêcher tout accès non autorisé à ces exemplaires et à retourner ou détruire toute copie à l'issue de la procédure.

REJETER la demande de Bouygues Telecom de production de " tout élément de preuve communiqué par Free Mobile au soutien de son préjudice allégué à l'encontre d'Orange dans la procédure initiée devant le Tribunal de commerce de Paris afin de mettre en cause ses offres groupées associant un abonnement de téléphonie mobile à la vente de terminaux mobiles, notamment tout rapport économique qui aurait été déposé par Free Mobile au soutien de sa demande financière " ;

REJETER les autres demandes de Bouygues Telecom ;

A titre reconventionnel

ENJOINDRE à Bouygues Telecom de communiquer la répartition de son parc d'abonnés entre les offres avec terminal (offres Sensation) et les offres sans terminal associé (" SIM-only "), sur une base annuelle entre 2014 et 2021, à Free Mobile ;

En tout état de cause

CONDAMNER Bouygues Telecom à verser à Free Mobile la somme de 15.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNER Bouygues Telecom aux entiers dépens.

► Par un jugement en date du 12 juillet 2021, ce tribunal a établi le calendrier de mise en état suivant :

- *Conclusions de Bouygues Telecom au 15 juillet 2021,*
- *Conclusions de Free Mobile au 17 septembre 2021 pour réattribution au juge chargé d'instruire l'affaire à son audience du 8 octobre 2021.*

► Par ses conclusions d'incident n°2 du 15 juillet 2021 puis n°3 régularisées à l'audience du 8 octobre 2021, Bouygues Telecom demande au tribunal de :

Vu l'article 6 de la CEDH,

Vu les articles 10, 11, 132 et suivants du code de procédure civile,

Vu l'article 864 du code de procédure civile,

Vu les conclusions au fond de Bouygues Telecom, qui sont intégralement maintenues,

1.

PRENDRE ACTE de ce que Free Mobile a entendu communiquer ce qui correspond, selon elle, aux pièces suivantes, sans préjudice des observations d'ores et déjà formulées et à faire valoir dans les conclusions au fond de Bouygues Telecom :

- l'analyse « couples forfait - terminal au sein des Offres Sensation » pour la période entre avril et décembre 2019 et l'année 2020 (Pièce adverse n°13, Rapport n°1, §125, figure 15 et Pièce adverse n°26, Rapport n°2, §144, figure 27) ;
- les « tableaux d'analyses des offres de Bouygues Telecom » pour la période entre avril et décembre 2019 et l'année 2020 ;
- l'analyse de l'annexe n°1 du rapport d'Accuracy « Calcul des écarts de prix entre les forfaits BOUYGUES TELECOM avec terminal et sans terminal » pour la période entre le 22 juin 2020 et le 31 décembre 2020 (Pièce adverse n°26, Rapport n°2, Annexe n°1, page 84) ;
- un tableau indiquant les chiffres qui ont été utilisés par Accuracy pour établir la figure 45 de son rapport n°2 récapitulatif (Pièce adverse n°26) concernant l'année 2012 ;
- les pièces A45, A52 et A58 du rapport d'Accuracy n°2 récapitulatif (Pièce adverse n°26);



- les données de l'ARCEP qui ont été utilisées par Accuracy pour établir les figures 46 et 47 de son rapport n°2 récapitulatif (Pièce adverse n°26) ;

2.

PRENDRE ACTE de ce que :

Free Mobile n'a pas entendu faire droit à la demande de Bouygues Telecom de communication des données de Free Mobile qui ont été utilisées par Accuracy pour établir la figure 43 de son rapport n°2 récapitulatif ainsi que le fichier excel « Free c SFR – substituabilité des offres » (Pièce adverse n°26); et que Bouygues Telecom formulera ses observations au fond.

3.

PRENDRE ACTE de ce que :

Free Mobile a communiqué un rapport contenant un « avis sur le caractère comparable des méthodologies suivies dans les demandes indemnitaires présentés [sic] par FREE MOBILIE à BOUYGUES TELECOM et ORANGE »

Free Mobile n'a pas entendu faire droit à la demande de communication de tout élément de preuve communiqué par elle au soutien de son préjudice allégué à l'encontre d'Orange dans la procédure initiée devant le Tribunal de commerce de Paris afin de mettre en cause ses offres groupées associant un abonnement de téléphonie mobile à la vente de terminaux mobiles, notamment la méthode de calcul du préjudice ou tout rapport économique qui aurait été déposé par Free Mobile au soutien de sa demande financière ;

Bouygues Telecom formulera ses observations au fond.

4.

ENJOINDRE à Free Mobile, sans préjudice des observations d'ores et déjà formulées et à faire valoir dans les conclusions au fond de Bouygues Telecom, de communiquer un tableau indiquant pour les années 2014 à 2020 les chiffres correspondant aux différentes catégories de la figure 45 du rapport n°2 récapitulatif d'Accuracy (Pièce adverse n°26), conformément à ce qui a été produit par Free Mobile dans sa pièce n°4 pour l'année 2012 ;

DIRE ET JUGER que Free Mobile ne démontre pas que ces informations relèveraient du secret des affaires, conformément aux articles L 153-1 et suivants du code de commerce ;

A titre subsidiaire

DIRE ET JUGER que le fait que des documents relèvent du secret des affaires ne fait pas obstacle à leur communication et les intégrer dans un cercle de confidentialité à mettre en place.

Le cas échéant,

FIXER le délai dans lequel Free Mobile devra transmettre au juge les documents prescrits par l'article R153-3 du code de commerce

ORDONNER la communication par Free Mobile, sans préjudice des observations d'ores et déjà formulées et à faire valoir dans les conclusions au fond de Bouygues Telecom, des données utilisées par Accuracy pour calculer le prétendu préjudice qui aurait été subi par Free Mobile au titre des années 2014 à 2020, à savoir conformément aux paragraphes §281 et §288 de son rapport n°2 récapitulatif (Pièce adverse n°26) :

- L'ARPU (average revenue per usager - revenu moyen par utilisateur) mensuel des abonnés de Free Mobile pris en compte par Accuracy ;
- Les coûts variables de Free Mobile pris en compte par Accuracy;
- Les CAPEX (capital expenditure – correspondant aux dépenses d'investissement) engagés par Free Mobile, pris en compte par Accuracy ;
- Le tableau Excel complet réalisé par Accuracy pour arriver au chiffre total présenté dans son rapport n°2 récapitulatif.



5.

DIRE ET JUGER que le fait que des documents relèvent du secret des affaires ne fait pas obstacle à leur communication et prévoir que leur communication interviendra dans un cercle de confidentialité à mettre en place, Free Mobile ne s'y opposant pas ;

6.

Concernant les modalités du cercle de confidentialité qui pourrait être mis en place :

DIRE ET JUGER que les modalités de ce cercle de confidentialité seront les suivantes :

DIRE que les termes ci-après auront, dans l'ordonnance à intervenir, les significations suivantes :

"Procédure" : désigne la procédure pendante devant le Tribunal sous le N° RG 2019060265 et tout éventuel recours exercé à l'encontre des décisions rendues dans ce cadre.

- "Partie" : désigne toute partie à la Procédure.
- "Partie Communicante" : désigne toute partie à la Procédure communiquant une Pièce Confidentielle.
- "Partie Destinataire" : désigne toute partie à la Procédure recevant communication d'une Pièce Confidentielle.
- "Objet du Cercle de Confidentialité" : Liste des documents concernés. Cette liste devra être établie en considération de la décision qui sera rendue par Madame le juge chargée d'instruire l'affaire suivant les documents qui doivent, selon elle, être intégrés dans le cercle de confidentialité.

"Pièce Confidentielle" : désigne l'une quelconque des pièces Objet du Cercle de Confidentialité versées aux débats par l'une quelconque des Parties dans le cadre de la Procédure en étant revêtue au moins sur sa première page de la mention de confidentialité ci-après (la "Mention de Confidentialité").

- "Mention de Confidentialité" : désigne le texte ci-après :

« CONFIDENTIEL – ACCÈS RESTREINT

Article L.153-2 du Code de commerce

Tribunal de commerce, Ordonnance de Madame le Juge chargé d'instruire l'affaire du [date], RG 2019060265 Version confidentielle communiquée par : [Nom de l'avocat constitué pour la Partie Communicante, Nom de la Partie Communicante]

à : [Nom de l'avocat constitué pour la Partie Destinataire, Nom de la Partie Destinataire] »

- "Information Confidentielle" : désigne une information contenue dans une Pièce Confidentielle, visible et identifiée, et qui, dans la version non-confidentielle de cette pièce versée aux débats par la Partie Communicante, aura été masquée ou biffée pour en préserver la confidentialité.
- "Cercle de Confidentialité" : désigne le groupe de personnes physiques autorisées à accéder aux Pièces Confidentielles et aux Informations Confidentielles, comprenant au plus et exclusivement, pour chaque Partie Destinataire :

- leur(s) avocat(s) constitué(s) dans la Procédure, inscrit(s) au barreau de Paris, à savoir au cas présent concernant Bouygues Telecom, Maîtres François Dupuy et Christophe Lapp, respectivement des cabinets SCP Hadengue et Associés et SELARL Altana ;

- deux experts privés de la Partie Destinataire.

Le cercle de confidentialité et, en conséquence, l'accès aux informations et pièces confidentielles, est limité aux seuls membres personnes physiques visées ci-après, à savoir deux avocats et deux experts pour chaque partie, qui pourront chacun à certaines conditions faire appel à un collaborateur, à l'exclusion de toute autre personne et notamment des représentants légaux ou statutaires ainsi que des salariés des personnes morales parties à la procédure.

▪ "Engagement Individuel de Confidentialité " : désigne un document écrit, signé par une personne physique faisant partie d'un Cercle de Confidentialité, aux termes duquel elle s'engage notamment à respecter les mesures de protection édictées par l'ordonnance à intervenir. Un modèle d'Engagement Individuel de Confidentialité à utiliser obligatoirement par toutes les Parties Destinataires devra être établi. A cette fin, il est demandé à Madame le juge chargé d'instruire l'affaire de fixer dans son ordonnance un délai pour la transmission par les parties, pour chacune des demandes intégrées dans le cercle de confidentialité selon l'ordonnance, d'un modèle d'engagement de confidentialité établi conjointement en considération des modalités arrêtées.

En tout état de cause, les projets d'engagements de confidentialité soumis par Free Mobile devront être adaptés, concernant les points évoqués par Bouygues Telecom dans le corps de conclusions (page 35) et devront notamment préciser que l'accès aux informations et pièces confidentielles est limité aux seuls membres personnes physiques visées ci-après, à savoir deux avocats et deux experts pour chaque partie (qui pourront chacun à certaines conditions faire appel à un collaborateur), à l'exclusion de toute autre personne et notamment des représentants légaux ou statutaires ainsi que des salariés des personnes morales parties à la procédure. Ainsi, seules les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont pas liées par cette obligation dans leurs rapports entre elles, à l'exclusion de toute autre personne.

En outre, un engagement de confidentialité devra également, le cas échéant, être établi concernant la demande objet du point 4 du dispositif, ainsi que concernant la demande reconventionnelle visée au point 7 du dispositif.

- Ordonner aux Parties de respecter les obligations suivantes concernant le Cercle de Confidentialité :

*Chacune des Parties devra soumettre à Madame le juge en charge d'instruire l'affaire une liste nominative des personnes physiques autorisées, conformément aux modalités déterminées dans l'ordonnance, à faire partie de son Cercle de Confidentialité, en précisant leur identité et leurs fonctions au sein de l'entité à laquelle ils appartiennent Conformément à l'article R153-6 du Code de commerce, Madame le juge en charge d'instruire l'affaire dressera alors la liste des personnes physiques pouvant avoir accès à la pièce ;

*Chacune des Parties fera signer un Engagement Individuel de Confidentialité à toutes les personnes physiques faisant partie de son Cercle de Confidentialité, et en communiquera une copie à chacun des avocats constitués des autres Parties par l'intermédiaire de son avocat constitué.

L(es) avocat(s) constitué(s) pour une Partie, les experts indépendants faisant partie du Cercle de Confidentialité, pourront, sous leur responsabilité personnelle et pour les seuls besoins de leurs missions dans le cadre de la Procédure, permettre respectivement à un collaborateur de leur cabinet d'accéder aux Pièces Confidentielles et Informations Confidentielles qu'elles contiennent, à condition que ces personnes soient (i) tenues envers ce(s) avocat(s) ou expert indépendant, d'obligations de confidentialité au moins aussi restrictives que celles découlant de l'ordonnance à intervenir et (ii) informées des termes de l'ordonnance à intervenir et des obligations découlant des engagements de confidentialité signés par les membres du Cercle de confidentialité ayant accès aux Pièces Confidentielles, aux Informations Confidentielles protégées par l'ordonnance à intervenir.

- Ordonner aux Parties de respecter les obligations suivantes concernant la communication des Pièces Confidentielles :

*Pour chaque Pièce Confidentielle qu'elle entendra communiquer à l'ensemble des Parties, la Partie Communicante préparera :

a) une version confidentielle de la Pièce Confidentielle, dans laquelle toutes les Informations Confidentielles qu'elle contient seront visibles et identifiées et sur laquelle sera apposée la Mention de Confidentialité, cette version confidentielle de la Pièce Confidentielle bénéficiant alors automatiquement et immédiatement des mesures de protection prévues par l'ordonnance à intervenir dès sa communication aux Parties Destinataires ;

b) une version non-confidentielle de la Pièce Confidentielle, dans laquelle toutes les Informations Confidentielles qu'elle contient auront été masquées ou biffées, et qui sera dépourvue de toute Mention de Confidentialité, cette version non confidentielle de la Pièce Confidentielle étant considérée comme une pièce non-confidentielle dès sa communication aux Parties Destinataires conformément aux règles de procédure de droit commun.

* Les versions confidentielle et non-confidentielle de chaque Pièce Confidentielle devront être les mêmes pour toutes les Parties Destinataires.

* La Partie Communicante communiquera préalablement à Madame le Juge chargée d'instruire l'affaire la pièce dans sa version confidentielle, dans sa version non-confidentielle ainsi que des explications précisant en quoi la divulgation est de nature à porter atteinte au secret des affaires, en sollicitant l'application des mesures de protection prévues par la présente Ordonnance ;

* Dès la décision de Madame le Juge en charge d'instruire l'affaire, la Partie Communicante listera séparément, dans ses bordereaux de communication de pièces, celles qu'elle communiquera comme Pièces Confidentielles.

- Ordonner aux Parties de respecter les obligations suivantes concernant la protection des Pièces Confidentielles et des Informations Confidentielles :

* À l'exception des cas limitativement visés ci-après, chacune des Parties Destinataires devra conserver strictement confidentielles les Pièces Confidentielles qui lui auront été communiquées dans ce cadre et les Informations Confidentielles qu'elles contiennent, toute autre divulgation par elle-même et/ou par les personnes autorisées faisant partie de son Cercle de Confidentialité étant strictement interdite.

* Chacune des Parties Destinataires pourra mettre la version confidentielle d'une Pièce Confidentielle et les Informations Confidentielles qu'elle contient à la disposition des seules personnes autorisées faisant partie du Cercle de Confidentialité.

* Les Parties Destinataires sont autorisées à discuter entre elles des Informations Confidentielles, confidentiellement et exclusivement par l'intermédiaire des personnes faisant partie du Cercle de Confidentialité.

* Toute reproduction par une Partie Destinataire d'une Pièce Confidentielle sous quelque forme que ce soit, de même que tout document faisant état d'une Information Confidentielle qu'elle contient, devra être revêtue de la même Mention de Confidentialité que la Pièce Confidentielle originale, sera couverte par les mêmes mesures de protection que cette dernière, et sera traitée comme telle par toutes les Parties.

* La Partie Destinataire et les personnes autorisées faisant partie de son Cercle de Confidentialité devront stocker les Pièces Confidentielles, et tout document faisant référence aux Informations Confidentielles qu'elle contiennent, de manière à en prévenir toute divulgation non autorisée, notamment (i) sur un système informatique équipé de dispositifs de sécurité destiné à empêcher tout accès aux Pièces Confidentielles par un tiers, et (ii) si des copies physiques des Pièces Confidentielles sont créées, en les plaçant sous clé, d'une manière à en empêcher tout accès aux Pièces Confidentielles par un tiers.

* À l'issue définitive de la Procédure, chacune des Parties Destinataires et des personnes autorisées faisant partie de son Cercle de Confidentialité devra s'assurer de la destruction immédiate et définitive de toutes copies physiques et électroniques des Pièces Confidentielles et de tous documents faisant référence à une Information Confidentielle, cette obligation de destruction ne s'étendant cependant pas aux copies contenues dans le

dossier que l'avocat constitué de chaque Partie est légalement tenu de conserver dans ses archives.

- Ordonner aux Parties de respecter les obligations suivantes concernant l'utilisation des Pièces Confidentielles et des Informations Confidentielles :

* Chaque Partie Destinataire et les personnes autorisées faisant partie du Cercle de Confidentialité ne devront utiliser une Pièce Confidentielle ou toute Information Confidentielle qu'elle contient à aucune autre fin que la Procédure et des éventuelles voies de recours exercées à l'encontre des décisions de justice rendues dans ce cadre.

* Toute Partie qui entendra signifier des conclusions faisant état d'une Information Confidentielle, devra signifier deux versions desdites conclusions, à savoir :

a) une version confidentielle des conclusions, dans laquelle tous les passages faisant état d'une Information Confidentielle auront été identifiés de manière visible, cette version confidentielle des conclusions devant alors être traitée par toutes les Parties comme une Pièce Confidentielle; et

b) une version non confidentielle des conclusions, dans laquelle tous les passages faisant état d'une Information Confidentielle auront été masqués ou biffés, et que les autres Parties pourront partager au-delà de leur Cercle de Confidentialité ;

Dire que les parties des audiences de mise en état et des audiences de plaidoiries au cours desquelles seront évoquées une ou plusieurs Informations Confidentielles seront tenues en chambre du conseil, uniquement en présence de personnes faisant partie du Cercle de Confidentialité de chacune de Parties ou faisant partie du cabinet de l'avocat constitué et respectant les conditions énoncées ci-avant ;

- Dire que la motivation des décisions de Madame le Juge chargée d'instruire l'affaire et du Tribunal, ainsi que les modalités de leur publication, seront adaptées aux nécessités de la protection de la confidentialité des Informations Confidentielles qu'elles contiennent ;

- Dire qu'en cas de difficulté de mise en œuvre de l'ordonnance à intervenir, la partie la plus diligente en saisira le Juge en charge d'instruire l'affaire.

Concernant la demande reconventionnelle de Free Mobile :

DIRE ET JUGER que la communication ne pourra porter que sur le « parc d'abonnés » de Bouygues Telecom aux « offres avec terminal (« offres Sensation ») » sur une base annuelle entre le 30 septembre 2014 et le 30 septembre 2021, et ce, sans préjudice des observations d'ores et déjà formulées et à faire valoir dans ses conclusions au fond ;

DIRE ET JUGER que les documents visés par la demande reconventionnelle de Free Mobile relèvent du secret des affaires ;

FIXER le délai dans lequel Bouygues Telecom devra transmettre au juge les documents prescrits par l'article R153-3 du code de commerce ;

ORDONNER la mise en place d'un cercle de confidentialité pour la communication du « parc d'abonnés » de Bouygues Telecom aux « offres avec terminal (« offres Sensation ») » sur une base annuelle entre le 30 septembre 2014 et le 30 septembre 2021, selon des modalités identiques à celles décrites ci-avant concernant la communication des documents relatifs au prétendu préjudice subi par Free Mobile (cf. point 6). Concernant les engagements de confidentialité soumis par Free Mobile, ceux-ci devront être adaptés :

o concernant les points évoqués par Bouygues Telecom dans le corps de ses conclusions (page 35) et devront notamment préciser que l'accès aux informations et pièces

confidentielles est limité aux seuls membres personnes physiques visées ci-après, à savoir deux avocats et deux experts pour chaque partie (qui pourront chacun à certaines conditions faire appel à un collaborateur), à l'exclusion de toute autre personne et notamment des représentants légaux ou statutaires ainsi que des salariés des personnes morales parties à la procédure. Ainsi, seules les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont pas liées par cette obligation dans leurs rapports entre elles, à l'exclusion de toute autre personne.

o concernant les documents visés, dès lors que Free Mobile fait à tort référence aux documents financiers qui seront produits par elle et non aux documents de Bouygues Telecom liés à la demande reconventionnelle.

En tout état de cause :

- REJETER la demande de Free Mobile relative aux frais d'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens ;

- PRENDRE ACTE du fait que Bouygues Telecom réserve ses droits au fond concernant sa propre demande à ce titre.

► Par ses conclusions d'incident du 17 septembre 2021, Free Mobile demande au tribunal de :

Vu les articles 11, 142, 138 et 139 du code de procédure civile

Vu les articles L. 153-1 et suivants du code de commerce

Vu les articles R.153-1 et suivants du code de commerce

A titre principal :

- CONSTATER que les demandes de Bouygues Telecom de communication de :

o L'analyse « coupe-forfait terminal au sein des Offres Sensation » pour la période entre avril et décembre 2019 et l'année 2020

o Les « tableaux d'analyse des offres de Bouygues Telecom » pour la période entre avril et décembre 2019 et l'année 2020

o L'analyse de l'annexe n°1 du rapport Accuracy « Calcul des écarts de prix entre les forfaits BOUYGUES TELECOM avec terminal et sans terminal » pour la période entre le 22 juin 2020 et le 31 décembre 2020

o Les pièces A45, A52 et A58 du rapport d'Accuracy n°2 récapitulatif

o Les données de Free Mobile utilisées par Accuracy pour établir les figures 43, 45, 46 et 47 de son rapport n°2 récapitulatif n'ont plus d'objet puisque ces éléments ont été communiqués dans la présente procédure ;

- CONSTATER que la demande de Bouygues Telecom de communication des données utilisées par Accuracy sur l'ARPU mensuel des abonnés de Free Mobile, les coûts variables pris en compte par Accuracy et les CAPEX engagés par Free Mobile ainsi que le tableau excel complet réalisé par Accuracy se heurte au secret des affaires ;

- ORDONNER la mise en place d'un cercle de confidentialité restreint pour la communication des données utilisés par Accuracy sur l'ARPU mensuel des abonnés de Free Mobile, les coûts variables pris en compte par Accuracy et les CAPEX engagés par Free Mobile ainsi que le tableau excel complet réalisé par Accuracy, selon les modalités suivantes :

- Ces données et le tableau Excel seront communiqués aux seuls membres du cercle de confidentialité ;
- Le cercle sera composé d'un avocat et de deux experts d'un cabinet d'expertise indépendant désigné par Bouygues Telecom ;

- L'expert désigné par Bouygues Telecom membre du cercle de confidentialité souscrira l'obligation de confidentialité ci-après :
 - « [Monsieur/Madame prénom/nom] s'engage, par la signature du présent engagement de confidentialité, à :
 - ne pas divulguer, en tout ou partie, aucune des informations confidentielles sur l'ARPU mensuel des abonnés de Free Mobile, les « coûts variables pris en compte par Accuracy, aussi bien concernant les montants que la nature des postes de coûts retenus » et les « CAPEX [...] engagés par Free Mobile » pris en compte par Accuracy ainsi que les données contenues dans le tableau excel complet réalisé par Accuracy qui ne figurent pas dans les rapports économiques produits dans le contentieux (les « Informations Confidentielles »), de quelque façon et sous quelque support que ce soit, à des personnes autres que celles désignées comme membres du cercle de confidentialité restreint par le Tribunal de commerce de Paris dans la procédure introduite sous le numéro de rôle général 2019060265 ;
 - (ii) ne pas utiliser les Informations Confidentielles à des fins autres que pour les besoins de la présente procédure devant le Tribunal de commerce de Paris et des recours qui seraient le cas échéant formés à l'encontre du jugement du Tribunal de commerce de Paris à l'issue de la présente procédure par Free Mobile et/ou Bouygues Telecom.
 - L'obligation de confidentialité à laquelle [Monsieur/Madame prénom/nom] consent par le présent engagement de confidentialité est applicable pendant toute la durée de la procédure et perdure pendant une durée de 10 ans après le jugement du Tribunal de commerce de Paris ».
- Un exemplaire de ces données et de la feuille Excel sera remis sur copie papier à chacun des membres du cercle de confidentialité, qui s'obligent à adopter les mesures nécessaires afin d'empêcher tout accès non autorisé à ces exemplaires et à retourner ou détruire toute copie à l'issue de la procédure.

REJETER la demande de Bouygues Telecom de production de « tout élément de preuve communiqué par Free Mobile au soutien de son préjudice allégué à l'encontre d'Orange dans la procédure initiée devant le Tribunal de commerce de Paris afin de mettre en cause ses offres groupées associant un abonnement de téléphonie mobile à la vente de terminaux mobiles, notamment tout rapport économique qui aurait été déposé par Free Mobile au soutien de sa demande financière » ;

REJETER les autres demandes de Bouygues Telecom ;

A titre reconventionnel

ENJOINDRE à Bouygues Telecom de communiquer la répartition de son parc d'abonnés entre les offres avec terminal (offres Sensation) et les offres sans terminal associé (« SIM-only »), sur une base annuelle entre 2014 et 2021, à Free Mobile dans le cadre d'un cercle de confidentialité restreint ; ORDONNER la mise en place d'un cercle de confidentialité restreint pour la communication des données sur la répartition du parc d'abonnés de Bouygues Telecom entre les offres avec terminal (offres Sensation) et les offres sans terminal associé (« SIM-only ») sur une base annuelle entre 2014 et 2021, selon les modalités suivantes :

- Les données sur la répartition du parc d'abonnés de Bouygues Telecom entre les offres avec terminal (offres Sensation) et les offres sans terminal associé (« SIM-only ») sur une base annuelle entre 2014 et 2021 seront communiqués aux seuls membres du cercle de confidentialité ;



- Le cercle sera composé de Maîtres Olivier Fréget et Antoine Labaeye, avocats, ainsi que de Messieurs Jean-Baptiste de Courcel et René Pigot, experts économiques du cabinet Accuracy ;
- Monsieur Jean-Baptiste de Courcel et Monsieur René Pigot souscriront l'obligation de confidentialité suivante :
 - « [Monsieur/Madame prénom/nom] s'engage, par la signature du présent engagement de confidentialité, à :
 - (i) ne pas divulguer, en tout ou partie, aucune des informations confidentielles sur l'ARPU mensuel des abonnés de Free Mobile, les « coûts variables pris en compte par Accuracy, aussi bien concernant les montants que la nature des postes de coûts retenus » et les « CAPEX [...] engagés par Free Mobile » pris en compte par Accuracy ainsi que les données contenues dans le tableau excel complet réalisé par Accuracy qui ne figurent pas dans les rapports économiques produits dans le contentieux (les « Informations Confidentielles »), de quelque façon et sous quelque support que ce soit, à des personnes autres que celles désignées comme membres du cercle de confidentialité restreint par le Tribunal de commerce de Paris dans la procédure introduite sous le numéro de rôle général 2019060265 ;
 - (ii) ne pas utiliser les Informations Confidentielles à des fins autres que pour les besoins de la présente procédure devant le Tribunal de commerce de Paris et des recours qui seraient le cas échéant formés à l'encontre du jugement du Tribunal de commerce de Paris à l'issue de la présente procédure par Free Mobile et/ou Bouygues Telecom.
 - L'obligation de confidentialité à laquelle [Monsieur/Madame prénom/nom] consent par le présent engagement de confidentialité est applicable pendant toute la durée de la procédure et perdure pendant une durée de 10 ans après le jugement du Tribunal de commerce de Paris ».
- Un exemplaire de ces données sera remis sur copie papier à chacun des membres du cercle de confidentialité, qui s'obligent à adopter les mesures nécessaires afin d'empêcher tout accès non autorisé à ces exemplaires et à retourner ou détruire toute copie à l'issue de la procédure.

En tout état de cause :

- CONDAMNER Bouygues Telecom à verser à Free Mobile la somme de 25.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- CONDAMNER Bouygues Telecom aux entiers dépens.

► Par un jugement du 13 décembre 2021, ce tribunal a :

Ordonné à Free Mobile de transmettre à Bouygues Télécom : les données de portabilité des abonnés de Bouygues Telecom vers Free Mobile sur une base annuelle entre 2014 et 2020, les données sur le nombre total de nouvelles lignes ainsi que les données sur le nombre de nouvelles lignes hors portabilité sur une base annuelle entre 2014 et 2020 ;

Ordonné à Bouygues Telecom de transmettre à Free Mobile : son parc d'abonnés aux offres avec terminal (« Offres Sensation » ou assimilées) sur une base annuelle entre le 30 septembre 2014 et le 30 septembre 2021 ;

Dit que chaque partie sera libre de verser spontanément de nouvelles pièces dans le cadre du cercle de confidentialité restreint. Dans ce cas, ces pièces seront protégées de la même façon et selon les mêmes modalités que les pièces d'ores et déjà identifiées ci-dessus.



Dit que si la partie destinataire de la pièce devait estimer que celle-ci doit faire l'objet d'une communication plus large car non couverte par le secret des affaires, il lui appartiendrait de saisir le juge chargé d'instruire l'affaire afin que le tribunal détermine si la pièce considérée est couverte par le secret des affaires, et doit donc faire l'objet d'une mesure de protection, ou si tel n'est pas le cas, sous réserve de la possibilité pour la partie souhaitant produire cette pièce aux débats dans le cadre du cercle de confidentialité, si elle ne souhaite pas prendre le risque d'une déconfidentialité, de la retirer avant que le juge ne se prononce ;

Dit que les éléments, actuels ou à venir, seront communiqués dans le cadre exclusif d'un cercle de confidentialité restreint aux membres listés ci-dessous, qui ont été identifiés d'accord parties, étant observé qu'aucun représentant de Free Mobile ou de Bouygues Telecom ne sera autorisé à avoir accès auxdits documents ou information mais uniquement les avocats et experts des parties ;

Dit que les experts devront préalablement souscrire un engagement de confidentialité conforme au modèle figurant au présent jugement, engagement dont ils justifieront auprès du juge chargé d'instruire l'affaire :

Conformément à l'article R 153-6 du code de commerce, le tribunal fixe la composition du cercle de confidentialité ainsi qu'il suit :

Pour Free Mobile :

- Olivier Fréget, Avocat (cabinet Fréget, Glaser & Associés) ;*
- Antoine Labaeye, Avocat (cabinet Fréget, Glaser & Associés) ;*
- Ossman Badir, Avocat (cabinet Fréget, Glaser & Associés) ;*
- Jean-Baptiste de Courcel, Expert économique (cabinet Accuracy) ;*
- René Pigot, Expert économique (cabinet Accuracy) ;*
- Charly Gaillard, Expert économique (cabinet Accuracy).*

Pour Bouygues Telecom :

- Christophe Lapp (Cabinet Altana) ;*
- Caroline Frison-Roche (Cabinet Altana) ;*
- François Dupuy (Cabinet Hadengue & Associés) ;*
- Benjamin Bayi (Cabinet Hadengue & Associés) ;*
- Pierre-Yves Deboudé (Tera Consultants) ;*
- Frédéric Axisa (Tera Consultants) ;*
- Olivier Péronnet (Finexsi) ;*
- Vincent Collot (Finexsi).*

Ordonné la communication des pièces d'ores et déjà identifiées dans les huit jours après la signature des accords de confidentialité des experts ;

Renvoyé la cause à l'audience du juge chargé d'instruire l'affaire du 11 février 2022 pour calendrier de mise en état ;

Réservé les frais et dépens.

- ▶ Un calendrier de mise en état a été fixé le 11 février 2022 :
 - Conclusions de Bouygues Telecom au 15 avril 2022
 - Conclusions de Free Mobile pour le 15 juin 2022



- Bouygues Telecom pouvant répondre au plus tard au 15 septembre 2022.

► Par des conclusions récapitulatives en demande n°3 régularisées à l'audience du 14 octobre 2022, Free Mobile demande au tribunal, dans le dernier état de ses prétentions, de :

Vu les articles L.311-1, L.312-5 et suivants, L.314-1 et L.341-50 du code de la consommation

Vu la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005

Vu les articles L. 121-1, L. 121-2 et L. 121-3 du code de la consommation

Vu l'article 1240 du code civil

- DIRE ET JUGER son action recevable ;
- DIRE ET JUGER que son action n'est pas abusive ;
- DIRE ET JUGER que les offres de téléphonie mobile de Bouygues Telecom associant un forfait téléphonique et l'acquisition d'un terminal mobile constituent des opérations de crédit ;
- DIRE ET JUGER que ces offres dont le crédit est d'une durée supérieure à trois mois et d'un montant supérieur à 200 euros sont des crédits à la consommation entrant dans le champ de l'article L. 311-1 du code de la consommation ;
- DIRE ET JUGER que ces offres de crédit proposées par Bouygues Telecom dont le taux d'intérêt est supérieur au taux d'usure violent l'article L.341-50 du code de la consommation ;
- DIRE ET JUGER que la présentation de ces offres comme un « subventionnement » du terminal, un « avantage smartphone » ou l'acquisition d'un terminal à un « prix avantageux » est trompeur pour le consommateur ;
- DIRE ET JUGER que la réduction de prix sur le mobile présentée lors de la souscription du forfait avec terminal est trompeuse pour le consommateur ;
- DIRE ET JUGER que Bouygues Telecom a commis des actes de concurrence déloyale en proposant de telles offres aux consommateurs ;
- DIRE ET JUGER que Free Mobile a subi un préjudice résultant du gain manqué, sauf à parfaire, de 742 millions d'euros ;
- DIRE ET JUGER que Free Mobile a subi un préjudice résultant du préjudice moral pour la période de novembre 2014 à ce jour, sauf à parfaire et sans préjudice des périodes antérieures et postérieures, de 70 millions d'euros ;
- DIRE ET JUGER que ces sommes devront faire l'objet d'une actualisation au taux de rendement du capital.
- EN CONSEQUENCE,
 - CONDAMNER la société Bouygues Telecom au paiement de la somme de, sauf à parfaire, 812 millions d'euros au titre du préjudice subi par Free Mobile.
- EN TOUT ETAT DE CAUSE,
 - REJETER la demande de condamnation de Free Mobile au titre d'un prétendu dénigrement des offres de Bouygues Télécom ;
 - REJETER la demande de condamnation de Free Mobile au titre d'une prétendue procédure abusive ;
 - DEBOUTER Bouygues Télécom de toutes ses demandes, fins et prétentions ;
 - CONDAMNER la société Bouygues Telecom au paiement de la somme de 350.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
 - CONDAMNER la société Bouygues Telecom aux entiers dépens ;
 - ASSORTIR le jugement à intervenir de l'exécution provisoire.

► Par des conclusions des 15 avril et 15 septembre 2022, Bouygues Telecom demande au tribunal, dans le dernier état de ses prétentions, de :

Vu l'article 122 du code de procédure civile
Vu l'article 2224 du code civil
Vu le protocole transactionnel conclu entre Bouygues Telecom et Free Mobile le 24 mars 2014
Vu la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen
Vu la Section 3 du Chapitre IV du Titre II du Livre II du code de la consommation relative aux contrats de services de communications électroniques
Vu l'article 1240 du code civil
Vu la jurisprudence
Vu les pièces citées à l'appui

1. À titre principal

Déclarer irrecevable l'action introduite par la société Free Mobile à l'encontre de la société Bouygues Telecom, en ce qu'elle est prescrite ;

Déclarer irrecevable l'action introduite par la société Free Mobile à l'encontre de la société Bouygues Telecom compte tenu de l'autorité de la chose jugée attachée au protocole transactionnel conclu entre elles le 24 mars 2014 ;

2. À titre subsidiaire, dans l'hypothèse où par extraordinaire le tribunal estimerait l'action de Free Mobile recevable

Juger que la réglementation des communications électroniques exclut l'application, aux offres groupées de Bouygues Telecom, de la réglementation relative au crédit à la consommation ;

Saisir la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles suivantes :

« (1) *L'article 107 de la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen relatif aux «offres groupées» doit-il s'interpréter en ce sens qu'il est susceptible de s'appliquer à une offre d'un opérateur de services de téléphonie mobile combinant, dans un même contrat et moyennant un engagement contractuel d'une durée maximale de 24 mois, un abonnement téléphonique à la vente d'un terminal mobile subventionné pour un prix supérieur à celui d'un abonnement vendu sans terminal mobile et d'une durée d'engagement inférieure ?*

Dans l'affirmative :

- *L'article 107, lu en combinaison avec l'article 101, paragraphe 1, de la directive (UE) 2018/1972 et les considérants 5, 257 et 283 de cette directive, doivent-ils être interprétés en ce sens que les principes d'harmonisation complète prévu à l'article 101, paragraphe 1 et/ou lex specialis derogat legi generali excluent l'application des articles 4, 5, 8, 10, 11, 13, 14 à 16 et 19 de la directive 2008/48/CE concernant les contrats de crédit aux consommateurs, notamment eu égard au caractère sectoriel de la directive (UE) 2018/1972 ; et/ou*
- *(b) L'application des articles 4, 5, 8, 10, 11, 13, 14 à 16 et 19 de la directive 2008/48/CE doit-elle être exclue au motif que ces articles constituent une duplication des obligations prévues aux articles 102, 103, 105 et 106 de la directive (UE) 2018/1972, lus en combinaison avec le considérant 258 de cette directive,*

notamment eu égard au fait que les dispositions précitées de la directive (UE) 2018/1972 visent à assurer une protection plus élevée des consommateurs ; et/ou

- *(c) L'article 107, lu en combinaison avec les articles 102, 103, 105 et 106 de la directive (UE) 2018/1972, doivent-ils être interprétés en ce sens que leur application est inconciliable avec les obligations prévues aux articles 4, 5, 8, 10, 11, 13, 14 à 16 et 19 de la directive 2008/48/CE ?*

*(2) Pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la directive (UE) 2018/1972, l'application des articles 4, 5, 8, 10, 11, 13, 14 à 16 et 19 de la directive 2008/48/CE doit-elle être exclue au motif que les articles 20 à 22 et 30, paragraphe 5, lus en combinaison avec les considérants 2, 30 et 49 de la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques priment sur les dispositions de la directive 2008/48/CE en vertu du principe *lex specialis derogat legi generali*, notamment eu égard au caractère sectoriel de la directive 2002/22/CE ?*

(3) En cas de réponse négative aux sous-questions (a), (b) et (c) de la question 1 et/ou à la question 2, une offre groupée telle que décrite dans la question (1) ci-dessus en ce qu'elle combine, d'une part, une prestation de services de communications électroniques à exécution et paiement successifs et, d'autre part, la vente d'un terminal mobile subventionné, peut-elle également être qualifiée de « contrat de crédit » ou de « contrat de crédit lié » au sens de l'article 3, sous c) et n) de la directive 2008/48/CE, lorsque :

- *le contrat peut être résilié à tout moment pour des motifs légitimes et en tout état de cause avant le terme contractuel de l'abonnement mobile, sans que cette résiliation anticipée entraîne une obligation de restitution du terminal mobile, ni de paiement de la totalité des échéances restant à courir au titre du contrat d'abonnement ;*
- *(b) l'offre groupée comprend des services complémentaires dédiés ayant pour conséquence que cette offre n'est pas comparable, sur le plan économique et sur le plan de ses caractéristiques, avec les services individuels composant ces offres ?*

(4) En cas de réponse positive à la précédente question, la liberté de prestation de services garantie par l'article 56 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne et le principe de sécurité juridique s'opposent-ils à l'application cumulative par le juge national, aux offres groupées telles que décrites dans la question (1) ci-dessus, des articles 4, 5, 8, 10, 11, 13, 14 à 16 et 19 de la directive 2008/48/CE et des articles 102, 103, 105, 106 et 107 de la directive (UE) 2018/1972 ?

(5) En cas de réponse positive aux questions (1), (2) et/ou (4) ci-dessus, une offre groupée telle que visée à la question 1) comportant les informations mentionnées à l'Annexe VIII de la directive 2018/1972 visée par l'article 102 de ladite directive, et notamment l'article B I 2) v) prévoyant l'obligation de communiquer le prix de l'équipement terminal dans la mesure où il est également commercialisé séparément, pourrait-elle être néanmoins considérée comme une pratique commerciale trompeuse au sens de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs? »

Prendre acte de ce que les offres de Bouygues Telecom, objet de la présente instance, sont les offres groupées commercialisées entre le 30 septembre 2014 et le 12 septembre 2021 ;



Juger que ces offres ne constituent pas des opérations de crédit déguisé et que la communication y afférente ne constitue pas une pratique commerciale trompeuse ;

Débouter la société Free Mobile de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions.

3. À titre infiniment subsidiaire, dans l'hypothèse où par extraordinaire le tribunal considérerait que les offres groupées de Bouygues Telecom relèvent d'un crédit à la consommation et d'une pratique commerciale trompeuse et ont causé un préjudice à Free Mobile, il est demandé au tribunal de :

Ordonner une expertise ;

Désigner tel expert qu'il plaira au tribunal, avec mission de :

- déterminer le nombre des abonnés ayant souscrit à des offres Sensation avec terminal, sur la période du 30 septembre 2014 au 12 septembre 2021, d'un montant supérieur à 200 euros, qui se seraient révélées défavorables aux consommateurs ;
- évaluer parmi ceux-ci ceux qui se seraient détournés de Bouygues Telecom s'ils avaient été informés de l'importance de leur remboursement ;
- évaluer au sein de ceux-ci, le pourcentage de ceux susceptibles de souscrire à une offre Free Mobile *Sim-only* ;
- évaluer le coût d'un abonné Free Mobile en tenant compte des investissements ou des dépenses complémentaires à réaliser par Free Mobile ;
- en conséquence de ce qui précède, définir les éléments d'un éventuel préjudice de perte de chance subie par Free Mobile et résultant de la pratique de concurrence déloyale, elle-même découlant de la souscription aux offres Sensation avec terminal pour la période du 30 septembre 2014 au 12 septembre 2021, d'un montant supérieur à 200 euros, et en évaluer le montant ;
- plus généralement, fournir au tribunal tous les éléments lui permettant de déterminer le préjudice de perte de chance.

Surseoir à statuer sur la réparation du préjudice,
Réserver les dépens.

L'ensemble de ces demandes a fait l'objet du dépôt de conclusions ; celles-ci ont été échangées en présence d'un greffier qui en a pris acte à la procédure ou ont été régularisées à des audiences collégiales de plaidoirie.

Les parties ont été régulièrement convoquées à l'audience collégiale de plaidoirie qui s'est tenue le 14 octobre 2022 sur les fins de non-recevoir et la question préjudicielle. Les parties entendues, l'audience a été renvoyée au 23 novembre 2022 sur le fond. A la demande du Président, un rapport a été présenté dans les conditions de l'article 870 du code de procédure civile. Les parties entendues, le tribunal a clos les débats, mis l'affaire en délibéré et dit que le jugement sera rendu le 23 janvier 2023. Le tribunal a autorisé Free Mobile à communiquer une note en délibéré relative aux pratiques commerciales trompeuses au plus tard le 5 décembre 2022 et laissé à Bouygues Telecom un délai de réponse fixé au 20 décembre 2022.

► Par un jugement en date du 12 décembre 2022, le tribunal a réouvert les débats sur huit questions et fixé une nouvelle audience le 10 janvier 2023 pour entendre les parties sur ces points.

► Par des conclusions additionnelles sur les questions soulevées par le tribunal en date du 18 décembre 2022, Free Mobile demande au tribunal de :



Vu les articles L.311-1, L.312-5 et suivants, L.314-1 et L.341-50 du code de la consommation

Vu la Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005

Vu les articles L. 121-1, L. 121-2 et L. 121-3 du code de la consommation

Vu l'article 1240 du code civil,

Dire et juger son action recevable ;

Dire et juger que son action n'est pas abusive ;

Dire et juger que les offres de téléphonie mobile de BOUYGUES TELECOM associant un forfait téléphonique et l'acquisition d'un terminal mobile constituent des opérations de crédit ;

Dire et juger que ces offres dont le crédit est d'une durée supérieure à trois mois et d'un montant supérieur à 200 euros sont des crédits à la consommation entrant dans le champ de l'article L. 311-1 du code de la consommation ;

Dire et juger que ces offres de crédit proposées par BOUYGUES TELECOM dont le taux d'intérêt est supérieur au taux d'usure violent l'article L.341-50 du code de la consommation ;

Dire et juger que la présentation de ces offres comme un « subventionnement » du terminal, un « avantage smartphone » ou l'acquisition d'un terminal à un « prix avantageux » est trompeur pour le consommateur ;

Dire et juger que la réduction de prix sur le mobile présentée lors de la souscription du forfait avec terminal est trompeuse pour le consommateur ;

Dire et juger que BOUYGUES TELECOM a commis des actes de concurrence déloyale en proposant de telles offres aux consommateurs ;

Dire et juger que Free Mobile a subi un préjudice résultant du gain manqué, sauf à parfaire, 742 millions d'euros ;

Dire et juger que Free Mobile a subi un préjudice résultant du préjudice moral pour la période de novembre 2014 à ce jour, sauf à parfaire et sans préjudice des périodes antérieures et postérieures, de 70 millions d'euros ;

Dire et juger que ces sommes devront faire l'objet d'une actualisation au taux de rendement du capital ;

En conséquence

Condamner la société BOUYGUES TELECOM au paiement de la somme de, sauf à parfaire, 812 millions d'euros au titre du préjudice subi par Free Mobile ;

En tout état de cause

Rejeter la demande de condamnation de Free Mobile au titre d'un prétendu dénigrement des offres de BOUYGUES TELECOM ;

Rejeter la demande de condamnation de Free Mobile au titre d'une prétendue procédure abusive ;

Débouter BOUYGUES TELECOM de toutes ses demandes, fins et prétentions ;

Condamner BOUYGUES TELECOM au paiement de la somme de 350.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Condamner BOUYGUES TELECOM aux entiers dépens ;

Assortir le jugement à intervenir de l'exécution provisoire.

► Par des conclusions d'incident du 7 janvier 2023, Bouygues Telecom demande au tribunal de :

Vu l'article 6 de la CEDH

Vu les articles 10, 11, 16 et 132 et suivants du code de procédure civile

Vu les articles 3, 10, 27, 143 et 179 du code de procédure civile

Vu les questions posées par le tribunal
Vu les sommations délivrées à Free Mobile le 23 décembre 2022 et le 4 janvier 2023

A titre principal

Enjoindre à la société Free Mobile de produire :

- l'assignation que Free Mobile a délivrée à la Société Française de Radiotéléphone (SFR) devant le tribunal de commerce de Paris fin novembre 2022, afin de mettre en cause ses offres groupées associant un forfait téléphonique et l'acquisition d'un terminal mobile ;
- le dernier document (note aux parties, pré-rapport ou rapport) émis par l'Expert judiciaire mandaté par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 avril 2019 (RG n°18/18100) dans l'affaire pendante opposant Free Mobile à la société Française de Radiotéléphone (SFR) au titre de ses offres Carré.

A titre subsidiaire

Enjoindre à la société Free Mobile de répondre aux questions suivantes concernant le dernier document émis par l'Expert judiciaire (note aux parties, pré-rapport, ou rapport) mandaté par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 avril 2019 (RG n°18/18100) dans l'affaire pendante opposant Free Mobile à la société Française de Radiotéléphone (SFR) au titre de ses offres Carré :

1. L'Expert judiciaire a-t-il communiqué aux parties son pré-rapport ou déposé son rapport ? Dans la négative, une date a-t-elle été fixée par la Cour pour ce faire ou annoncée par l'Expert ?

Indépendamment de la réponse à la question ci-dessus, à la lumière des documents émis à ce jour par l'Expert judiciaire et/ou des questions qu'il a posées aux parties :

2. Sur le premier chef de mission de l'expertise judiciaire ordonnée par la Cour d'appel de Paris visant à « *évaluer la perte de chance subie par la société Free et résultant de la pratique de concurrence déloyale, elle-même découlant des offres Formule [C] souscrites de juin 2011 à septembre 2012 d'un montant supérieur à 200 euros* » :
 - Quelle est la méthode retenue par l'Expert judiciaire pour « *évaluer la perte de chance subie par la société Free [...] découlant des offres Formule [C] souscrites de juin 2011 à septembre 2012 d'un montant supérieur à 200 euros* » et quel pourcentage de probabilité retient-il ?
3. Sur le deuxième chef de mission de l'expertise judiciaire ordonnée par la Cour d'appel de Paris visant à « *déterminer le pourcentage des offres qui se [seraient] révélées défavorables aux consommateurs* » :
 - Quelle est la méthode retenue par l'Expert judiciaire pour déterminer « *le pourcentage des offres qui se [seraient] révélées défavorables aux consommateurs* » ?
 - Quel est, selon l'Expert judiciaire, « *le pourcentage des offres qui se [seraient] révélées défavorables aux consommateurs* » ?
4. Sur le troisième chef de mission de l'expertise judiciaire ordonnée par la Cour d'appel de Paris visant à « *évaluer le nombre de consommateurs qui se seraient détournés de la société SFR s'ils avaient été dûment informés de l'importance de leur remboursement* » :

m

l

- Quelle est la méthode retenue par l'Expert judiciaire pour « évaluer le nombre de consommateurs qui se seraient détournés de la société SFR s'ils avaient été dûment informés de l'importance de leur remboursement » ?
 - Quel est, selon l'Expert judiciaire, le pourcentage de consommateurs « qui se seraient détournés de la société SFR s'ils avaient été dûment informés de l'importance de leur remboursement » ?
5. Sur le quatrième chef de mission de l'expertise judiciaire ordonnée par la Cour d'appel de Paris visant à « évaluer au sein de ceux-ci, le pourcentage de ceux susceptibles de souscrire à une offre Free »
- Quelle est la méthode retenue par l'Expert judiciaire pour « évaluer, au sein de ceux-ci, le pourcentage de ceux susceptibles de souscrire à une offre Free » ?
 - Quel est, selon l'Expert judiciaire, « au sein de ceux-ci, le pourcentage de ceux susceptibles de souscrire à une offre Free » ?
6. Sur le cinquième chef de mission de l'expertise judiciaire ordonnée par la Cour d'appel de Paris visant à « évaluer le coût d'un abonné Free » :
- Quelle est la méthode retenue par l'Expert judiciaire pour « évaluer le coût d'un abonné Free » ?
 - Quel pourcentage du montant revendiqué par Free Mobile pour le coût d'un abonné a été retenu par l'Expert judiciaire ?
7. le sixième chef de mission de l'expertise judiciaire ordonnée par la Cour d'appel de Paris visant à « fournir à la cour tous les éléments lui permettant de fixer le préjudice » :
- Quelle est la méthode retenue par l'Expert judiciaire pour permettre à la Cour « de fixer le préjudice » ?
 - Quel est le pourcentage retenu par l'Expert judiciaire sur le montant total de préjudice invoqué par Free Mobile devant l'Expert judiciaire ?
8. Plus précisément, au regard des questions posées par le tribunal, dans l'instance opposant Free Mobile à Bouygues Telecom, à la suite de la réouverture des débats qu'il a ordonnée, Bouygues Telecom fait sommation à Free Mobile de répondre aux questions suivantes :
- Free Mobile a-t-elle soutenu une position identique dans l'expertise judiciaire Free Mobile / SFR relative aux offres Carré et dans la présente procédure l'opposant à Bouygues Telecom ?
 - Dans l'affirmative, quelle est la position de l'Expert judiciaire ?
 - Dans la négative, quelles sont les raisons pour lesquelles Free Mobile n'a pas soutenu une position identique ?

A titre infiniment subsidiaire

Entendre en qualité d'amicus curiae l'Expert judiciaire mandaté par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 avril 2019 (RG n°18/18100) dans l'affaire pendante opposant Free Mobile à la société Française de Radiotéléphone (SFR) au titre de ses offres Carré.

En tout état de cause
Réserver les dépens.

► Par des conclusions en réponse sur l'incident soulevé par Bouygues Télécom du 7 janvier 2023, Free Mobile demande au tribunal de :

Vu les articles 9, 11, 101 et suivants du code de procédure civile,

- REJETER l'incident de communication de pièces soulevé par Bouygues Télécom en ce qu'il est irrecevable,
- Subsidiairement,
- REJETER l'incident de communication de pièces soulevé par Bouygues Télécom en ce qu'il est mal fondé.

Les parties entendues, le tribunal a clos les débats, mis l'affaire en délibéré et dit que le jugement sera rendu le 6 février 2023, reporté au 09 février 2023, par sa mise à disposition au greffe en application de l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile.

LES MOYENS

Après avoir pris connaissance de tous les moyens et arguments développés par les parties sur les fins de non-recevoir et la question préjudicielle, 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 l'irrecevabilité des demandes

Bouygues Telecom soutient que l'action de Free Mobile est irrecevable car :

- prescrite puisqu'elle porte sur une pratique et des communications dont Free Mobile indique avoir eu connaissance dès 2012, de sorte qu'elle aurait dû agir dans les cinq ans de cette date, soit au plus tard en 2017. En effet, ce n'est pas en limitant ses demandes aux cinq années précédant son assignation que Free Mobile peut échapper à la prescription de son action qui a commencé à courir en 2012 ;

L'article 2224 du code civil, dans sa rédaction en vigueur à la date de l'assignation, dispose en effet que :

« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».

Le délai de prescription a donc commencé à courir au jour où Free Mobile a eu connaissance des offres et de la communication de Bouygues Telecom.

Elle connaissait les faits reprochés et le principe d'un prétendu dommage possible au titre de la « *pratique* » dénoncée dès les offres Eden de 2011 et les offres Sensation d'avril 2013. Par ailleurs, Free Mobile a pu indiquer expressément qu'elle réservait ses droits pour la période antérieure à 2014, admettant ainsi qu'elle avait connaissance des faits et du dommage allégué depuis son entrée sur le marché en 2012

En l'espèce, Free Mobile est prescrite depuis janvier 2017, les offres subventionnées et la communication de Bouygues Telecom sur ces offres existant selon les mêmes modalités depuis 2012.

La règle est en effet la même lorsque l'action concerne une pratique continue dans le temps, comme c'est le cas en l'espèce. Raisonner de façon rétroactive à partir de la date de l'assignation comme le fait Free Mobile revient en définitive à décaler artificiellement le point de départ du délai de prescription de son action à 2014. Cette approche est contraire aux règles applicables en matière de prescription.

En outre l'action de Free Mobile est une action en concurrence déloyale qui lui est personnelle et ne relève pas de l'ordre public.

Free Mobile admet au demeurant elle-même que son action vise une pratique unique et continue, et non une succession de faits distincts. Les critiques et les demandes de Free Mobile visent en effet toutes les offres groupées de Bouygues Telecom, qui présentent trois « *caractéristiques générales* » communes et les juge toutes illicites depuis 2012. Les développements de Free Mobile et d'Accuracy confirment qu'il ne s'agit pas d'une critique liée à une offre ou une autre, mais bien la critique d'une « *pratique* », d'un « *mécanisme* » et de toutes les offres groupées de Bouygues Telecom.

Free Mobile soutient quant à elle que le point de départ du délai de prescription devrait être retardé au jour de l'arrêt de la Cour de cassation de 2018 concernant les offres Carré de SFR car ce n'est qu'à compter de celui-ci qu'elle se serait vu « *révéler qu'elle disposait d'un droit d'agir contre toutes les offres de Bouygues Telecom* » (§134).

Elle ajoute qu'en raison des caractéristiques des offres de SFR « *Free a dès 2012 raisonnablement pu être convaincue que SFR proposait bien une facilité de paiement pouvant être qualifiée de crédit à la consommation* » alors qu'elle était dans « *l'incertitude quant à son droit d'agir contre Bouygues Telecom* » jusqu'à l'arrêt de la Cour de cassation concernant les offres Carré de SFR.

Bouygues Telecom rétorque que cette affirmation est contredite par l'expert économique de Free Mobile.

Par ailleurs Free Mobile ne peut affirmer, comme elle le fait, que la Cour de cassation aurait « *dit pour droit* » que les offres subventionnées sont des crédits à la consommation : cette décision de justice n'a pas d'effet *erga omnes* et n'édicte pas une règle générale de droit. En effet, l'article 5 du code civil interdit les arrêts de règlement.

Free Mobile ajoute qu'en tout état de cause, aucune prescription n'est acquise pour les actes de concurrence déloyale postérieurs au 22 octobre 2014, soit 5 ans avant l'assignation.

- éteinte par un protocole transactionnel conclu entre Bouygues Telecom et Free Mobile le 24 mars 2014

L'autorité de la chose jugée attachée aux transactions constitue également une fin de non-recevoir, par application combinée des articles 122 du code de procédure civile et 2052 du code civil (dans sa rédaction antérieure à la réforme de 2016).

Or, le 24 mars 2014, Bouygues Telecom et Free Mobile ont conclu un protocole transactionnel aux termes duquel Free Mobile a renoncé définitivement et irrévocablement aux actions de toute nature relatives notamment à la communication de Bouygues Telecom, dès lors que celle-ci est antérieure au protocole, quand bien même ses effets se manifesteraient postérieurement - article 1 (v) :

Free Mobile prétend toutefois que le protocole ne serait pas applicable car la démonstration du caractère trompeur n'est réalisée qu'à partir d'offres et de communications postérieures au protocole et la demande de préjudice n'est effectuée que pour une période à partir du 30 septembre 2014, soit également postérieure au protocole.

Sur la demande de questions préjudicielles



Bouygues Telecom fait valoir que les offres groupées de Bouygues Telecom associant un abonnement téléphonique et l'acquisition d'un téléphone sont légales et sont régies par les règles européennes, transposées en droit français, spécifiques au secteur régulé des communications électroniques, ce qui exclut l'application des règles du crédit.

Ce cadre a été renforcé progressivement, notamment en 2008, 2011 et plus récemment avec la transposition de la directive 2018/1972 établissant le code des communications électroniques européen (CCEE). Le droit sectoriel consacre les offres groupées et s'applique à toutes leurs composantes, c'est-à-dire aussi bien au service qu'au terminal.

Tout d'abord, la directive CCEE prévoit son application exclusive aux offres groupées :

- Le régime de protection des consommateurs du CCEE est d'harmonisation maximale, ce qui signifie que les consommateurs d'offres groupées ne peuvent pas se voir appliquer des règles divergeant des protections garanties par le droit sectoriel.
- L'article 107 de la directive CCEE postule que ses dispositions essentielles en matière de transparence, récapitulatif contractuel, durée, résiliation du contrat, changement de fournisseur doivent s'appliquer à tous les éléments de l'offre groupée. L'application d'exigences supplémentaires serait, selon les propres dires du législateur européen, « incompatible » avec la directive CCEE.
- L'objectif de non-duplication des informations contractuelles poursuivi par la directive CCEE s'oppose à une application cumulative des obligations d'information prévues par la directive Crédit qui serait préjudiciable au consommateur.

Ensuite, le principe de spécialité commande d'appliquer aux offres groupées le droit sectoriel qui les encadre expressément. L'application cumulative du droit du crédit conduirait à des disparités contraires au principe de sécurité juridique et à la libre prestation de services.

Enfin, les régimes du droit sectoriel et du droit du crédit sont inconciliables :

- Si leurs règles ont pour la plupart un objet identique, leur contenu diverge sensiblement.
- Les deux régimes se contredisent sur des aspects aussi essentiels que la durée du contrat et les frais de résiliation anticipée.
- En matière de transparence, particulièrement pour les offres groupées, une application cumulative conduirait à une duplication des informations qui serait source de confusion pour les consommateurs.
- En définitive, la réglementation sectorielle est plus protectrice des consommateurs sur de nombreux points : les contrats sont plafonnés à 24 mois et les possibilités de résiliation plus nombreuses, comme Free Mobile le reconnaît elle-même. L'indemnité limitée en cas de résiliation anticipée au bout de 12 mois fait obstacle à tout risque d'enfermement contractuel.

Les questions que soulève la présente discussion n'ayant jamais été examinées, le tribunal ne pourra écarter l'application de cette réglementation sectorielle sans avoir au préalable interrogé la CJUE en posant les questions préjudicielles développées

Free Mobile soutient quant à elle que la directive précitée ne concerne que les services de télécommunication électroniques et régit la concurrence entre les fournisseurs d'abonnements mobiles. Le postulat initial de Bouygues Telecom est par conséquent erroné au regard de l'article 1^{er} de la directive. En effet, le présent litige est introduit sur le fondement de la tromperie du consommateur et la concurrence déloyale et ne vise en aucun cas les services. Bouygues Telecom se trompe dans son analyse du texte qu'elle dénature.

Sur le fond

Free Mobile fait valoir les éléments suivants :

m

L

Bouygues Telecom structure ses offres de téléphonie mobile autour de deux gammes de forfaits :

- les offres « sim-only » ne proposant que la souscription d'un forfait, sans achat d'un terminal « subventionné » ou « à prix avantageux », (forfaits « B&YOU », sans engagement, ou forfaits « Sensation » sans « Avantages Smartphone ») ;
- les offres couplant la souscription d'un abonnement avec l'achat d'un terminal (les offres « Sensation » avec engagement de 24 mois, avec mobile ou « Avantages Smartphone ») particulièrement mises en avant sur son site Internet et faisant l'objet d'importantes campagnes de communication de Bouygues Telecom.

Ces dernières présentent toujours trois caractéristiques: d'une part, l'acquisition d'un terminal mobile avec un forfait y est présentée au consommateur comme représentant un « avantage », car celui représente un « prix avantageux », et/ou comprend un « subventionnement » du terminal, donc une aide financière, d'autre part ces forfaits sont plus onéreux que les forfaits « sim-only » et assortis d'un engagement de 24 mois et, enfin, aucune des offres ne précise que l'étalement du prix relève d'une forme de crédit.

Les offres couplant un terminal et un forfait ont été proposées avec une durée d'engagement plus importante (24 mois contre 0 à 12 mois pour l'offre « sim-only ») et à un tarif plus élevé que ces dernières, avec des surcoûts d'un montant compris entre 48 euros et 360 euros sur 24 mois. L'offre de services entre ces deux gammes d'offres était pourtant parfaitement identique.

Ce surcoût correspond en totalité au solde du prix du terminal mobile. Durant cette période, les consommateurs pouvaient souscrire des offres couplant le téléphone et le forfait, sans aucune information sur le prix réellement acquitté pour le téléphone, sous la réserve de s'engager fermement auprès de l'opérateur pour une durée de 24 mois.

En outre, les abonnés à une offre « Sensation » pouvaient opter pour un « étalement de paiement » du prix initial du mobile sur toute la durée de leur engagement (étalement au maximum de 8 euros par mois pendant 24 mois

En mai 2018, quelques semaines après un arrêt de la Cour de cassation en date du 7 mars 2018 qui qualifiait certaines offres associant un terminal mobile et un forfait de téléphonie mobile d'opération de crédit, Bouygues Telecom a modifié la structure de ses offres en introduisant de nouveau des offres « Sensation » sans terminal (« sim-only ») aux côtés des offres avec terminal et des offres « sim-only » « B&You ».

Or, dans le but de protéger les consommateurs face aux professionnels leur proposant des crédits à la consommation, le législateur a édicté des règles d'ordre public visant à leur permettre de connaître et de comprendre les coûts et conditions des offres de crédit qui leur sont soumises ainsi que l'étendue de leur engagement, et d'interdire toute dissimulation par les professionnels de ces informations essentielles au consentement des consommateurs.

Ainsi, toutes les opérations considérées comme des crédits à la consommation entrant dans le champ de l'article L. 311-6 du code de la consommation, c'est-à-dire des opérations de crédit à un consommateur supérieures à 3 mois et à 200 euros, doivent indiquer, dans les publicités de telles offres, dans les fiches d'informations obligatoirement remises au client et dans les contrats les informations essentielles de l'offre de crédit, à savoir :

- le taux débiteur ;
- la nature de ce taux (fixe, variable ou révisable) ;

- le montant total du crédit ;
- le taux annuel effectif global ;
- la durée du contrat de crédit ;
- la mention « *un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager* »

En outre, le prêteur doit nécessairement fournir à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière ainsi que vérifier la solvabilité de l'emprunteur « *à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur* ».

Enfin, les articles L. 312-17 et L. 314-25 du code de la consommation imposent au prêteur de fournir une fiche à chaque emprunteur mentionnant les éléments relatifs à ses ressources et charges ainsi que les prêts qu'il a contractés et en cours, fiche qui doit être signée par l'emprunteur, et de former à la distribution du crédit à la consommation et à la prévention du surendettement les personnes chargées de fournir à l'emprunteur la fiche précitée et les explications sur le crédit proposé.

Ces exigences précontractuelles sont cruciales afin d'éclairer le consentement du consommateur avant la souscription de l'offre de crédit et de lui permettre de faire un arbitrage entre les différentes offres – la Directive n°2008/48/CE précise à cet égard que ces exigences doivent permettre au consommateur « *de comparer différentes offres* » – tout en assurant qu'il ne s'engage dans une offre de crédit qu'en toute connaissance de cause, ce qui impose une vigilance particulière des Etats membres afin d'interdire que la mise en œuvre de ces exigences « *ne puissent être contournées* ».

L'emprunteur dispose même d'un droit de rétractation d'une durée de quatorze jours visant à lui permettre d'analyser l'offre de manière sereine, y compris lorsqu'il y a déjà souscrit.

Ces exigences liées au crédit à la consommation doivent permettre au consommateur de faire un choix éclairé, et même d'y renoncer sous 14 jours, ce qui n'est pas favorable à un opérateur mobile lorsqu'il souhaite que le consommateur souscrive un engagement de durée pour son forfait contre la promesse d'une réduction de prix sur un terminal mobile haut de gamme.

En effet, outre un formalisme contraignant pouvant retarder et augmenter les coûts de souscription de l'offre, le consommateur est alors informé du prix réellement payé pour obtenir le terminal mobile et peut alors réaliser qu'il est plus avantageux d'acheter le terminal « nu » et de souscrire à une offre « sim-only » qu'à un forfait majoré avec engagement de durée de 24 mois.

Les offres de Bouygues Télécom associant la vente d'un téléphone mobile avec la souscription d'un forfait pour une durée minimale constituent non seulement des crédits à la consommation ne respectant pas les règles applicables mais aussi des prêts usuriers.

En s'affranchissant de la réglementation, Bouygues Telecom a nécessairement commis une faute de concurrence déloyale et engagé sa responsabilité délictuelle vis-à-vis de Free Mobile en méconnaissant ses obligations vis-à-vis des consommateurs en matière de crédits accordés aux consommateurs et de publicité sincère et loyale.



L

En l'absence de ces comportements fautifs, le marché ouvert à Free Mobile aurait été beaucoup plus important. Dans ces conditions, le non-respect de la législation, en ce qu'elle a permis à Bouygues Telecom de conquérir des clients et de faire croire à ses clients qu'ils ne pouvaient pas la quitter pour un autre opérateur comme Free Mobile lui ont nécessairement causé un préjudice qu'il convient de réparer.

Comme l'indique le rapport d'expertise économique réalisé par le cabinet Accuracy, il n'est pas contestable que Free Mobile aurait *a minima* réalisé la même performance de croissance que celle réalisée sur les clients qui n'étaient pas tenus par un engagement de durée.

il existe bien un lien de causalité direct entre la faute commise par Bouygues Télécom ayant conduit à soustraire des millions de consommateurs de la base adressable par ses concurrents et le préjudice subi par Free Mobile résidant dans la perte de chance de conquérir chacun de ces clients.

Free Mobile aurait obtenu chaque année à partir de 2014 une part du marché incrémentale égale à sa part historique sur le marché, non impacté par les pratiques dénoncées mais similaire à celui des offres subventionnées puisque situé dans la même zone géographique et avec un niveau concurrentiel équivalent voire supérieur, des contrats SIM-Only compatibles smartphones. Free Mobile aurait ainsi obtenu entre 2014 et 2019 une part de ce marché incrémentale passant de 15% à 18%.

Cette perte de chance de conquérir chacun de ces clients, dont la proportion de clients conquise en l'absence des pratiques serait *a minima égale* à sa performance réalisée sur la base des clients effectivement prospectables, a engendré un gain manqué qui résulte de la différence de marge brute générée par l'ensemble des clients de Free Mobile dans le scénario réel avec celle qu'aurait généré l'ensemble du parc client qu'aurait eu la demanderesse si Bouygues Télécom avait respecté la législation (scénario contrefactuel).

Dans ce scénario contrefactuel, Free Mobile aurait ainsi obtenu chaque année à partir de 2014 un volume de clients supérieur se calculant par application de son pourcentage de vente constaté sur le marché des contrats « *sim-only* » compatibles smartphones à un marché plus vaste.

Bouygues Telecom a donc en définitive illicitement capté et conservé une partie des consommateurs et ainsi causé directement un détournement de clientèle ainsi qu'un préjudice moral important qu'il convient de réparer dans son intégralité.

Par ailleurs et contrairement à ce que prétend Bouygues Télécom, Free Mobile ne s'est rendue coupable d'aucun dénigrement à l'encontre des offres de son concurrent. La totalité des propos reprochés relève en effet du droit à la libre expression des auteurs de ceux-ci dès lors qu'ils se sont prononcés en termes mesurés sur un débat d'intérêt public.

Bouygues Telecom rétorque que :

Les offres subventionnées de Bouygues Telecom sont des offres groupées au sens du cadre réglementaire des communications électroniques, dont l'application exclut la qualification de ces offres en contrat de crédit.

Free Mobile élude le fait que les offres subventionnées de Bouygues Telecom sont régies par le droit sectoriel des communications électroniques qui prévoit un régime de protection renforcé des consommateurs et s'applique à l'exclusion du droit du crédit. Il s'agit d'un

élément central pour l'examen des offres subventionnées de Bouygues Telecom, qui n'avait pas été traité dans les affaires ayant préalablement opposé Free Mobile à SFR.

Les offres groupées relèvent du droit sectoriel des communications électroniques, qui prévoit un régime de protection des consommateurs et fait l'objet d'une section spécifique dans le code de la consommation. Ce droit sectoriel consacre les offres groupées et s'applique à toutes leurs composantes, c'est-à-dire aussi bien au service qu'au terminal

Le droit du crédit ne peut pas s'appliquer aux offres groupées, pour plusieurs raisons :

- la directive 2018/1972 établissant le code des communications électroniques européen « CCEE » prévoit son application exclusive aux offres groupées,
- le principe de spécialité commande d'appliquer aux offres groupées le droit sectoriel qui les encadre expressément. L'application cumulative du droit du crédit conduirait à des disparités contraires au principe de sécurité juridique et à la libre prestation de services,
- les régimes du droit sectoriel et du droit du crédit sont inconciliables.

Tant le droit français que le droit européen confirment ainsi l'application exclusive du régime sectoriel de protection des consommateurs prévu par le cadre réglementaire des communications électroniques aux offres groupées avec subvention du terminal de Bouygues Telecom, et ce depuis le début des années 2000.

L'argumentation de Free Mobile consistant à voir appliquer les règles du crédit à la consommation aux offres groupées de Bouygues Telecom contrevient par conséquent au cadre réglementaire français et européen des communications électroniques.

Les offres Sensation avec terminal mobile de Bouygues Telecom ne constituent pas des ventes à crédit sous forme de facilité de paiement au regard des décisions SFR.

Ainsi, contrairement aux offres Carré de SFR :

- les offres de Bouygues Telecom avec et sans terminal ne sont aucunement comparables en termes de contenu et de coût de revient, ces différences justifiant la différence de prix entre les offres *Premium* subventionnées et les offres low cost et sans terminal ;
- les terminaux ne sont aucunement vendus à des prix symboliques ou même simplement très modiques lorsque Bouygues Telecom les propose dans ses offres groupées ;
- il n'existe aucune concomitance entre la diminution du prix du mobile et une prétendue « majoration » du prix du forfait, étant précisé que le prix du forfait reste inchangé à l'issue de la période d'engagement ;
- enfin, aucun élément de communication de Bouygues Telecom ne suggère que le prix du terminal mobile est payé en partie dans le cadre du forfait téléphonique de telle sorte que le prix du forfait n'est pas justifié par un quelconque « report » du prix du terminal, au sens des décisions SFR.

La réduction du prix du mobile s'explique en réalité par la stratégie visant à favoriser l'équipement des clients afin que ceux-ci utilisent les services de Bouygues Telecom pendant 24 mois.

Les évènements susceptibles d'affecter les contrats de services de téléphonie de Bouygues Telecom et empêchant leur exécution jusqu'au terme de l'engagement sont nombreux et constituent un véritable obstacle à la restitution que suppose un contrat de crédit.

Les offres subventionnées de Bouygues Telecom revêtent les caractéristiques de la vente avec prime.

Quant au préjudice allégué :

Il est totalement infondé et injustifié, de plus fort pour la période antérieure à l'assignation pour laquelle Free Mobile a volontairement décidé de ne pas agir.

En outre :

- l'application du formalisme propre au crédit à la consommation n'aurait pas nécessairement conduit les clients à se détourner des Offres Sensation avec terminal ;
- le contrefactuel utilisé par Accuracy dans son analyse ne tient pas compte des capacités d'adaptation de Bouygues Telecom qui aurait pu adapter son offre commerciale pour la rendre licite ;
- les clients qui ont souscrit aux offres Sensation n'auraient pas souscrit aux offres de Free Mobile puisqu'ils retiennent comme « critères déterminant de leur choix » la « qualité du réseau de l'opérateur », la « relation client » et la « réputation de l'opérateur » ce dont n'a pas tenu compte Accuracy dans son analyse ; et enfin que
- le préjudice de Free Mobile est un préjudice de « perte de chance » mais a été calculé équivalent à 100% du prétendu gain manqué ».

La mauvaise foi, l'inaction intentionnelle et l'absence de mesure propre à prévenir la faute et le dommage caractérisent par contre un abus de droit et constituent ainsi un comportement fautif de Free Mobile.

Sur les questions complémentaires posées par le tribunal aux parties, le tribunal résume les positions des parties ainsi qu'il suit :

Question 1 : Représentativité de l'échantillon d'offres analysées retenu par Free Mobile

Free Mobile rappelle avoir examiné toutes les brochures tarifaires des offres Bouygues Telecom sur la période 2014-2019 et avoir constitué et analysé environ 350 couples terminal-forfait. Dans ce cadre, Free Mobile a constaté que 100% « des forfaits vendus avec terminal présentent un prix de vente supérieur au prix du même forfait vendu sans terminal ».

Les couples analysés comprennent certains des terminaux les plus vendus ; Free Mobile considère avoir ainsi constitué un échantillon de couples suffisamment représentatif et indique que le nombre théorique possible de couples terminal-forfait mis en avant par Bouygues Telecom (au total 19.600, soit 280 téléphones x 10 forfaits x 7 années) n'a aucun sens car le nombre de téléphones commercialisés selon la défenderesse est calculé sur un modèle et un prix (le même modèle vendu à deux prix différents comptés deux fois). La position de l'expert de Bouygues Telecom (Cabinet TERA) présente ainsi un biais majeur en ce qu'elle est assise sur les combinaisons théoriquement possibles mais non sur les couples effectivement commercialisés.

Bouygues Telecom, de son côté, considère que l'échantillon analysé par Free Mobile n'est pas représentatif des terminaux les plus vendus sur la période 2018-2020 et affirme que « 98,1% des couples forfait-terminal ayant généré au moins une vente pour Bouygues Telecom ne sont pas présents dans l'échantillon Accuracy ». Les 346 couples sur la période 2014-2020 analysés par Accuracy représentent une très faible part du nombre total de couples effectivement vendus par Bouygues Telecom et de leur volume total des ventes. Bouygues Telecom affirme que les couples forfait-terminal ayant généré au moins une vente entre 2018 et 2020 ressortent à 8.459, alors que seuls 161 couples sont présentés dans

l'échantillon analysé par Accuracy. A titre illustratif, l'analyse du forfait SAS 70Go conduit à des conclusions radicalement différentes de celles d'Accuracy.

Question 2 : Justification de l'hypothèse de latence d'un an après expiration des abonnements

Selon Free Mobile, en faisant l'hypothèse d'acquisitions mensuelles stables, les abonnés étant engagés sur deux ans, le parc à un instant « t » présente une durée de vie résiduelle d'engagement d'un an. Cette hypothèse est très conservatrice car la durée résiduelle d'engagement est très inférieure à la durée de vie moyenne d'un abonné chez le même opérateur (5,5 ans d'après les données ARCEP).

Bouygues Telecom considère que cette analyse est erronée et surestime la durée de vie résiduelle car elle repose sur le postulat selon lequel l'ensemble des abonnés du parc est composé par des abonnés qui sont toujours engagés, ce qui, en réalité, n'est pas le cas. La durée de vie résiduelle est donc en réalité inférieure à un an.

Question 3 : Montants par poste de coûts variables retenus pour le calcul de la marge

Free Mobile a calculé sa marge sur coûts variables en prenant en compte notamment les coûts d'interconnexion et *roaming*, les reversements aux éditeurs, les coûts de la relation abonnés (call-center), les coûts des boutiques, les impôts et autres coûts variables, les redevances. Ces résultats sont cohérents avec les comptes annuels de Free Mobile.

Free Mobile rappelle ne pas avoir pris en compte la marge perdue sur les ventes manquées des terminaux ni l'impact indirect sur la vente des lignes fixes.

Selon Bouygues Telecom, les données communiquées par Free Mobile ne sont pas documentées, aucun document comptable ou analytique avec une piste d'audit n'étant fourni. Bouygues Telecom s'interroge sur l'exhaustivité des coûts variables pris en compte et sur les clés d'allocation utilisées et estime que le taux de marge sur coûts variables calculé par Free Mobile ne peut servir de base pour le calcul d'un préjudice.

Question 4 : Montants des investissements retenus pour absorber les abonnés supplémentaires retenus dans le préjudice demandé, en particulier pour le développement du réseau 4G

Free Mobile considère que l'évaluation du préjudice présentée intègre bien les investissements qu'elle aurait dû supporter pour absorber les abonnés supplémentaires. Il s'agit en particulier des investissements fixes liés à l'itinérance (calculés sur la base des données historiques sur la période) et de ceux liés à l'équipement et à la livraison des cartes SIM. Ces coûts s'ajoutent à ceux que Free mobile a effectivement supportés pour développer son réseau en propre entre 2014 et 2017.

Elle soutient qu'en 2014 son réseau était en mesure d'absorber entre 10 et 20 millions d'abonnés supplémentaires et qu'elle n'avait pas besoin d'autres investissements pour absorber les abonnés manqués. Au surplus, elle rappelle avoir toujours proposé à ses clients plus de data que ses concurrents, chose qu'elle n'aurait pas pu maintenir si elle avait rencontré un problème de réseau. Elle n'avait pas besoin non plus d'ouvrir des boutiques.

Bouygues Telecom retorque que les chiffres avancés par la demanderesse concernant le contrat d'itinérance avec Orange ne sont pas documentés. La modélisation par Free Mobile des investissements additionnels repose sur le postulat qu'Orange aurait accepté

d'augmenter la capacité maximale accordée et qu'elle l'aurait fait aux mêmes conditions du passé, au prorata. En réalité Orange aurait pu refuser d'augmenter la capacité ou aurait pu augmenter sensiblement ses prix.

De plus, la qualité de son réseau n'aurait pas pu être maintenue au même niveau en présence d'un nombre plus important d'abonnés ; Free Mobile n'aurait donc pas pu obtenir tous les abonnés qu'elle retient dans sa modélisation pour estimer le préjudice.

Concernant les investissements pour les cartes SIM, Free Mobile ne fournit aucun document probant au soutien de ses calculs.

Question 5 : Comparaison des investissements retenus dans le modèle vs réel (2021) concernant les coûts de développement du réseau physique des boutiques Free

Free Mobile prétend que son modèle d'exploitation repose majoritairement sur des canaux de distribution digitaux et qu'elle aurait atteint des parts de marché sur le segment SIM-only équivalentes sans ouvrir des nouvelles boutiques. Cependant, un coût additionnel des boutiques a été pris en compte dans les coûts variables sous forme de coûts d'exploitation, les investissements relatifs étant, eux, portés par une filiale du groupe.

Free Mobile s'est développée significativement entre 2012 et 2018 avec un nombre très faible de boutiques, en s'appuyant sur son business model digital, pour atteindre sa part de marché actuelle à hauteur de 15-18%. La nouvelle stratégie avec une augmentation du nombre de boutiques est récente (2019-2020) et, à titre d'exemple, le coût des boutiques facturé à Free Mobile en 2021 a été marginal (160 boutiques).

Bouygues Telecom retorque que Free Mobile n'était pas en mesure de continuer à croître et toucher les abonnés manqués allégués en l'absence d'un réseau de boutique significatif. Bouygues Telecom opérait environ 600 boutiques dès 2014 et elle en opère encore 500 en 2022, hors réseau de distribution concurrentiel. Les boutiques de Bouygues Telecom sont des véritables points de ventes ainsi que des centres SAV. Environ ¾ de ses forfaits Sensation avec terminal sont souscrits auprès du réseau de distribution physique. Par conséquent, Free Mobile n'aurait pas été en mesure de capter les 700.000 abonnés Sensation avec terminal repartis sur toute la France, sans disposer de boutiques.

Par ailleurs, les investissements dont fait état Free Mobile sont beaucoup plus bas que ceux constatés par Bouygues Telecom, ils ne sont pas, par conséquent normatifs et ils ne sont de plus pas documentés.

Question 6 : Analyse et décomposition du stock de départ

Free Mobile considère que toutes les offres Sensation avec terminal sont illicites (contrairement aux offres SIM-only) et elle estime son préjudice en prenant en compte le nombre d'abonnés correspondant communiqué par Bouygues Telecom.

Free Mobile cesse de prendre en compte les abonnés qui ont quitté Bouygues Telecom sur la période 2014-2021 et les abonnés qui ont migré vers une offre SIM-only chez Bouygues Telecom.

Bouygues Telecom retorque que, en retenant comme base de calcul tous les abonnés existant au 31 décembre 2014, Free Mobile intègre de facto les abonnements ayant été souscrits avant le 22 octobre 2014, soit cinq ans avant l'assignation, qui ne sont pas concernés par les pratiques litigieuses. Seules les souscriptions réalisées entre le 22 octobre

2014 et le 31 décembre 2014 pourraient être prises en considération, soit un rapport de 1 à 49 avec le stock de départ retenu.

De plus, Free Mobile intègre des abonnés libres de tout engagement dans son stock de départ et les abonnés qui ont rejoint Free Mobile.

Question 7 : Quel est selon vous le « marché adressable » par Free Mobile sur le total des lignes litigieuses de Bouygues (et d'autres)

Selon Free Mobile, le marché adressable est constitué par l'intégralité des abonnés aux offres Sensation avec terminal. En revanche, elle ne prétend pas qu'elle aurait effectivement conquis l'intégralité de ces abonnés, mais plutôt seulement un nombre d'abonnés à hauteur de sa part de marché.

En l'espèce, la part de marché effective de Free Mobile reflète les préférences des consommateurs pour les différences de tarifs de Bouygues Telecom, ses circuits de distribution et sa qualité de service.

Free Mobile propose une approche alternative d'évaluation du préjudice, qu'elle estime néanmoins moins pertinente, qui consiste à prendre en compte sa part effective sur l'ensemble des offres compatibles Smartphone (y compris avec terminal) et pas seulement les offres SIM-only. Cette part de marché est par nature plus faible (en effet Free Mobile n'est pas présente sur le segment des offres dites « subventionnées »).

Selon cette méthode, le préjudice subi par Free Mobile, estimé au 12 septembre 2021, ressort à 505 m€ (414 m€ de gains manqués sur la période 2014-2021 et 91 m€ pour la période postérieure au 12 septembre 2021).

Par ailleurs, l'exclusion du stock d'ouverture dans l'évaluation du préjudice (donc hors abonnés ayant souscrit aux offres litigieuses avant 2014), conduirait à minorer le préjudice de 43 m€ additionnels.

Selon Bouygues Telecom, la base adressable alléguée par Free Mobile n'est pas pertinente dans la mesure où elle intègre des abonnés non concernés par les pratiques litigieuses ; le stock d'abonnés retenu par Free Mobile ne peut pas correspondre à son marché adressable. En effet :

- Le périmètre retenu (intégralité du parc) est incohérent avec l'argumentaire affirmant que seuls les « nouveaux » abonnements seraient concernés par les pratiques litigieuses,
- Ce périmètre retient des abonnés non engagés qui auraient pu librement se diriger vers un autre opérateur,
- Free Mobile retient l'hypothèse d'une substituabilité totale des offres Sensation avec terminal et Sim-only et ne tient pas compte de certaines spécificités des abonnés Sensation que Free Mobile n'aurait pas pu adresser.

Au surplus, Free Mobile ne retient aucune probabilité de réalisation dans son scénario contrefactuel mais considère qu'elle aurait capté 100% de sa part de marché et l'approche alternative proposée par Free Mobile revient à réduire la part de marché de référence tout en y appliquant une probabilité de 100% comme dans la première approche.

Par ailleurs, l'approche proposée par Free Mobile pour déterminer l'impact de l'exclusion des abonnés du stock d'ouverture dans l'évaluation du préjudice revient à sous-estimer son poids car il aurait fallu exclure également tous les abonnés existant au 22 octobre 2014 et ayant fait le choix de conserver leur offre sans se réengager sur les années suivantes.

Question 8 : Comment mieux cerner la valeur des « services additionnels » de Bouygues Telecom ?

Free Mobile considère que les services proposés avaient une valeur nulle ou négligeable et que de toute façon celle-ci ne peut pas être valablement appréciée au regard des informations fournies par la défenderesse.

Bouygues Telecom considère avoir communiqué les prix fournis par les éditeurs de certains de ces services ainsi que le prix des « bonus » inclus dans les offres, lorsqu'ils sont vendus seuls, pour démontrer que leur valeur ne peut pas être nulle. L'offre groupée comporte un terminal et des services qui ne peuvent pas ne pas avoir de valeur.

SUR CE LE TRIBUNAL

Sur la prescription

L'article 2224 du code civil dispose que « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Ceci s'entend des faits permettant d'agir ou de défendre ce droit.

Bouygues Telecom soutient que l'action de Free Mobile est prescrite puisqu'elle porte sur une pratique et des communications dont Free Mobile indique avoir eu connaissance dès 2012. Elle connaissait en effet les faits reprochés et le principe d'un prétendu dommage possible au titre de la « *pratique* » dénoncée dès les offres Eden de 2011 puis les offres Sensation d'avril 2013. Par ailleurs, Free Mobile indiquant expressément qu'elle réserve ses droits pour la période antérieure à 2014, admet ainsi qu'elle avait connaissance des faits et du dommage allégué depuis son entrée sur le marché en 2012.

Le délai quinquennal de prescription était ainsi écoulé à la date de la présente assignation en vertu de l'article 2224 du code civil.

Free Mobile affirme que ses prétentions s'attachent à toutes les offres groupées de Bouygues Telecom, qui présentent des « *caractéristiques générales* » communes et qu'elle estime toutes illicites depuis 2012.

Free Mobile soutient toutefois que, conformément à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, le délai de prescription ne pouvait courir qu'à compter du jour où la pratique dénoncée a été non seulement soupçonnée mais également constatée et établie dans ses éléments factuels et juridiques.

Le tribunal retient que la fixation du point de départ de la prescription impose de déterminer quand Free Mobile s'est trouvée en mesure d'agir valablement à l'encontre de Bouygues Telecom. A cet égard, le tribunal relève que, si Free Mobile avait identifié dès 2012 une possible opération de crédit sur les offres de Bouygues Telecom, elle n'a pu se déterminer avant l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 7 mars 2018 dans l'affaire SFR qui a posé les conditions juridiques ouvrant le champ de la présente action. Cet arrêt a en effet infirmé l'arrêt de la cour d'appel en jugeant que les offres « Carré » de SFR s'analysaient en une facilité de paiement accordée au consommateur s'agissant de l'acquisition d'un terminal.

Le tribunal déboutera en conséquence Bouygues Telecom de sa demande d'irrecevabilité du fait de la prescription et dira les demandes de Free Mobile recevables.



Sur l'autorité de chose jugée attachée au protocole transactionnel conclu entre les parties le 24 mars 2014

Bouygues Telecom soutient que le protocole transactionnel conclu avec Free Mobile le 24 mars 2014 a conduit celle-ci à renoncer définitivement et irrévocablement aux actions de toutes natures relatives notamment à la communication de Bouygues Telecom, dès lors que celle-ci est antérieure au protocole, quand bien même ses effets se manifesteraient postérieurement. Les demandes de Free Mobile sont dès lors irrecevables puisque couvertes par ce protocole.

Free Mobile fait valoir que ledit protocole ne visait pas les pratiques reprochées au titre du crédit à la consommation et que ses prétentions se rattachent à des offres qui sont toutes postérieures à sa formalisation.

Le tribunal retient qu'il est établi que le protocole transactionnel du 24 mars 2014 ne prenait en considération que les faits antérieurs à sa date de signature et que les pratiques reprochées au titre de la présente instance visent des offres qui n'existaient pas encore au 24 mars 2014 et sont différentes de celles visées au protocole. Free Mobile n'a pu renoncer à un droit qui n'était pas encore né.

Le tribunal débouterà en conséquence Bouygues Telecom de sa fin de non-recevoir de ce chef.

Sur la question préjudicielle

Le tribunal retient que la Directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (CCEE) dispose dans son article 1 que :

« 1. La présente directive crée un cadre harmonisé pour la réglementation des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, et de certains aspects des équipements terminaux. Elle fixe les tâches incombant aux autorités de régulation nationales et, s'il y a lieu, aux autres autorités compétentes et établit une série de procédures visant à garantir l'application harmonisée du cadre réglementaire dans l'ensemble de l'Union.

2. La présente directive vise à :

a) mettre en œuvre un marché intérieur des réseaux et des services de communications électroniques qui aboutisse au déploiement et à la pénétration de réseaux à très haute capacité, à l'instauration d'une concurrence durable, à l'interopérabilité des services de communications électroniques, à l'accessibilité, à la sécurité des réseaux et services, tout en procurant des avantages aux utilisateurs finaux; et b) assurer la fourniture dans toute l'Union de services accessibles au public de bonne qualité et abordables grâce à une concurrence et à un choix effectifs, traiter les cas où les besoins des utilisateurs finaux ne sont pas correctement satisfaits par le marché, notamment les besoins des personnes handicapées afin qu'elles puissent avoir accès aux services sur un pied d'égalité avec les autres utilisateurs, et définir les droits qu'il est nécessaire de conférer aux utilisateurs finaux [...] ».

S'agissant des offres groupées, au cœur du présent contentieux, le tribunal relève que le considérant 263 de cette directive indique que :

« Les offres groupées comprenant au moins un service d'accès à l'internet ou un service de communications interpersonnelles fondé sur la numérotation accessible au public, ainsi que d'autres services tels que des services de communications interpersonnelles non fondés sur

103

h

la numérotation accessibles au public, la radiodiffusion linéaire et les services de machine à machine ou les équipements terminaux tendent à se répandre et constituent une composante importante de la concurrence. Aux fins de la présente directive, une offre devrait être considérée comme groupée dans les situations où les éléments de l'offre groupée sont fournis ou vendus par le même fournisseur en vertu du même contrat ou d'un contrat étroitement lié ou associé. Si les offres groupées présentent souvent des avantages pour les consommateurs, elles peuvent rendre le changement de fournisseur plus difficile ou onéreux et entraîner un risque d'enfermement contractuel. Lorsque différents services et les équipements terminaux faisant partie d'une offre groupée sont soumis à des règles divergentes en matière de résiliation du contrat ou de changement de fournisseur ou en matière d'engagements contractuels concernant l'acquisition d'équipements de terminaux, les consommateurs subissent effectivement une entrave au droit que leur confère la présente directive de souscrire à une offre concurrentielle pour tout ou partie des éléments de l'offre groupée. Certaines dispositions essentielles de la présente directive concernant les informations relatives au récapitulatif contractuel, la transparence, la durée et la résiliation du contrat ainsi que le changement de fournisseur devraient, dès lors, s'appliquer à tous les éléments d'une offre groupée, y compris aux équipements terminaux, à d'autres services tels que les contenus numériques ou les services numériques, et aux services de communications électroniques qui ne sont pas directement compris dans le champ d'application de ces dispositions. Toutes les obligations relatives aux utilisateurs finaux applicables au titre de la présente directive à un service de communications électroniques donné fourni ou vendu en tant que service autonome devraient également s'appliquer lorsque ce service fait partie d'une offre groupée comprenant au moins un service d'accès à l'internet ou un service de communications interpersonnelles fondé sur la numérotation accessible au public. Les autres aspects contractuels, comme les voies de recours prévues en cas de non-respect du contrat, devraient être régis par les règles applicables à l'élément concerné de l'offre groupée, par exemple les règles applicables aux contrats de vente de biens ou de fourniture de contenu numérique. Toutefois, le droit de résilier, avant la fin de la période contractuelle convenue, en cas de non-conformité ou de défaut de fourniture, tout élément d'une offre groupée comprenant au moins un service d'accès à l'internet ou un service de communications interpersonnelles fondé sur la numérotation accessible au public, devrait donner au consommateur le droit de résilier tous les éléments de l'offre groupée. En outre, afin de maintenir leur capacité à changer facilement de fournisseur, les consommateurs ne devraient pas être prisonniers d'un fournisseur en raison d'une reconduction de fait de la période contractuelle initiale ».

L'objet de la directive vise ainsi, aux termes mêmes de son article 2, à :

- « a) mettre en œuvre un marché intérieur des réseaux et des services de communications électroniques qui aboutisse au déploiement et à la pénétration de réseaux à très haute capacité, à l'instauration d'une concurrence durable, à l'interopérabilité des services de communications électroniques, à l'accessibilité, à la sécurité des réseaux et services, tout en procurant des avantages aux utilisateurs finaux; et*
- b) assurer la fourniture dans toute l'Union de services accessibles au public de bonne qualité et abordables grâce à une concurrence et à un choix effectifs, traiter les cas où les besoins des utilisateurs finaux ne sont pas correctement satisfaits par le marché, notamment les besoins des personnes handicapées afin qu'elles puissent avoir accès aux services sur un pied d'égalité avec les autres utilisateurs, et définir les droits qu'il est nécessaire de conférer aux utilisateurs finaux ».*

Les offres groupées sont encore traitées à l'article 107 de la directive qui indique que :

- « 1. Si une offre groupée de services ou une offre groupée de services et d'équipements terminaux proposée à un consommateur comprend au moins un service d'accès à l'internet ou un service de communications interpersonnelles fondé sur la numérotation accessible au*

00

L

public, l'article 102, paragraphe 3, l'article 103, paragraphe 1, l'article 105 et l'article 106, paragraphe 1, s'appliquent à tous les éléments de l'offre groupée, y compris mutatis mutandis à ceux non couverts par ces dispositions.

2. Lorsque le consommateur a, en vertu du droit de l'Union ou du droit national conformément au droit de l'Union, le droit de résilier tout élément de l'offre groupée visé au paragraphe 1 avant la fin de la période contractuelle convenue, en cas de non-conformité avec le contrat ou de défaut de fourniture, les États membres prévoient que le consommateur a le droit de résilier le contrat en ce qui concerne tous les éléments de l'offre groupée.

3. Le fait de s'abonner à des services ou équipements terminaux supplémentaires fournis ou distribués par le même fournisseur de services d'accès à l'internet ou de services de communications interpersonnelles fondés sur la numérotation accessibles au public n'entraîne pas une prolongation de la durée initiale du contrat auquel ces services ou équipements terminaux sont ajoutés, à moins que le consommateur n'en convienne expressément autrement lorsqu'il s'abonne aux services ou équipements terminaux supplémentaires.

4. Les paragraphes 1 et 3 s'appliquent également aux utilisateurs finaux qui sont des microentreprises, des petites entreprises ou des organisations à but non lucratif, à moins qu'elles n'aient accepté expressément de renoncer à tout ou partie de ces dispositions.

5. Les États membres peuvent également appliquer le paragraphe 1 en ce qui concerne d'autres dispositions prévues dans le présent titre ».

Les articles visés à l'article 107 point 1 renvoient à des exigences de transparence des offres et de qualité de service mais n'ont pas pour objet de traiter, ni de s'articuler avec, les questions traitées au titre de la présente instance.

Bouygues Telecom ne peut donc valablement écarter les reproches formulés par Free Mobile au titre des pratiques trompeuses et de la concurrence déloyale au motif que ses offres groupées associant un abonnement téléphonique et l'acquisition d'un téléphone seraient régies par la directive en cause, transposée en droit français, traitant de la régulation du secteur des communications électroniques, ce qui exclurait l'application des règles du crédit. Cette directive, qui n'exclut à aucun moment de façon explicite de son champ d'application les dispositions concernant les contrats de crédit aux consommateurs, s'applique nonobstant l'existence de ces autres dispositions légales.

L'analyse menée par Bouygues Telecom dans le cadre de la présente instance est ainsi dénuée de fondement. Le tribunal la débouterait de sa demande de question préjudicielle à la CJUE.

Sur le fond

Sur la faute de concurrence déloyale résultant de la violation des règles de crédit à la consommation

Le tribunal note que la nécessaire protection des consommateurs face aux professionnels leur proposant des crédits à la consommation, a conduit le législateur à édicter des règles d'ordre public visant à permettre aux consommateurs de connaître et de comprendre les coûts et conditions des offres de crédit qui leur sont soumises ainsi que l'étendue de leur engagement, et d'interdire toute dissimulation par les professionnels de ces informations essentielles au consentement des consommateurs.

A cet égard, le législateur européen a reconnu la nécessité, pour « *inspirer confiance aux consommateurs* », de leur assurer « *un niveau suffisant de protection* » en matière de crédit

à la consommation, notamment en leur permettant de « recevoir des informations adéquates sur les conditions et le coût du crédit, ainsi que sur [leurs] obligations ».

Outre les dispositions relatives aux pratiques commerciales déloyales et trompeuses, des dispositions particulières aux opérations de crédit à la consommation, « capable[s] de s'adapter aux futures formes du crédit », ont été édictées afin « d'assurer une transparence aussi complète que possible ».

L'article L.311-1, 6° du code de la consommation, qui a transposé la Directive 2008/48/CE et en a repris la définition, définit l'opération de crédit comme une « opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture ». Les opérations dont le montant total du crédit est inférieur à 200 euros sont exclues de la réglementation sur le crédit à la consommation.

La législation, aussi bien française qu'européenne, adopte ainsi une définition fonctionnelle de l'opération de crédit par son champ d'application qui vise « toute autre facilité de paiement », et cela afin que les exigences d'information des consommateurs sur « les conditions et le coût du crédit, ainsi que sur [leurs] obligations » « ne puissent être contournées » comme le rappelle la Directive 2008/48/CE précitée.

Toutes les opérations considérées comme des crédits à la consommation entrant dans le champ du code de la consommation doivent indiquer, dans les publicités de telles offres, dans les fiches d'informations obligatoirement remises au client et dans les contrats, les informations essentielles de l'offre de crédit, à savoir :

- le taux débiteur ;
- la nature de ce taux (fixe, variable ou révisable) ;
- le montant total du crédit ;
- le taux annuel effectif global ;
- la durée du contrat de crédit ;
- la mention « un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager ».

En outre, le prêteur doit nécessairement fournir à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière ainsi que vérifier la solvabilité de l'emprunteur « à partir d'un nombre suffisant d'informations, y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur ».

Enfin, les articles L. 312-17 et L. 314-25 du code de la consommation imposent au prêteur de fournir une fiche à chaque emprunteur mentionnant les éléments relatifs à ses ressources et charges ainsi que les prêts qu'il a contractés et en cours, fiche qui doit être signée par l'emprunteur, et de former à la distribution du crédit à la consommation et à la prévention du surendettement les personnes chargées de fournir à l'emprunteur la fiche précitée et les explications sur le crédit proposé.

La Cour de cassation a quant à elle déterminé les critères d'analyse d'un crédit au sens du 6° de l'article L.311-1 du code de la consommation en indiquant qu'il appartient au juge de

rechercher « si le report du prix d'achat du mobile sur le prix de l'abonnement en cas d'acquisition d'un terminal mobile à un prix symbolique n'était pas établi par le fait que la majoration mensuelle du forfait imposée au consommateur était concomitante à la réduction substantielle du prix du mobile, qu'aucune autre explication rationnelle ne justifiait ».

Sans s'attacher à l'analyse des offres « Carré » de SFR sur lesquelles la Cour de cassation s'est positionnée en 2018, le tribunal retient que les offres Sensation de Bouygues Télécom présentent les caractéristiques développées ci-après.

Bouygues Telecom propose à ses abonnés des offres dites « subventionnées » permettant d'acheter des terminaux mobiles à tarifs réduits en contrepartie d'un engagement de 24 mois.

Bouygues structure ses offres autour de deux gammes de forfaits :

- les offres « sim-only » ne proposant que la souscription d'un forfait, sans achat d'un terminal « subventionné » ou « à prix avantageux », (forfaits « B&YOU », sans engagement, ou forfaits « Sensation » sans « Avantages Smartphone ») ;
- les offres couplant la souscription d'un abonnement avec l'achat d'un terminal (les offres « Sensation » avec engagement de 24 mois, avec mobile ou « Avantages Smartphone ») qui sont particulièrement mises en avant sur son site Internet et font l'objet d'importantes campagnes de communication.

S'agissant de ces dernières, seules concernées par la présente procédure, elles présentent toujours trois caractéristiques que ne conteste pas Bouygues Telecom.

- d'une part, l'acquisition d'un terminal mobile avec un forfait y est présentée au consommateur comme représentant un « avantage », car celui-ci représenterait un « prix avantageux », et/ou comprendrait un « subventionnement » du terminal, donc une aide financière ;
- d'autre part, ces forfaits sont plus onéreux que les forfaits « sim-only » et assortis d'un engagement de 24 mois ;
- enfin, aucune des offres ne précise que l'étalement du prix relève d'une forme de crédit.

On retrouve ces caractéristiques générales dans :

- les offres proposées entre avril 2013 et novembre 2014 (phase n°1) ;
- les offres proposées entre novembre 2014 et mai 2018 (phase n°2) ;
- les offres commercialisées entre mai 2018 et juin 2020 (phase n°3) ;
- et dans les offres proposées entre juin 2020 et septembre 2021 (phase n°4).

Les offres commercialisées par Bouygues Telecom depuis septembre 2021 (phase n°5) présentent le même type de mécanisme.

Les offres dites subventionnées sont proposées à des tarifs significativement plus élevés que les forfaits « Sensation » sans « Avantages Smartphone » (ou « sim-only »).

Le tribunal relève que le prix moindre du terminal dans le cadre des offres groupées de Bouygues Telecom est établi et qu'il est présenté comme un avantage offert aux consommateurs, l'opérateur indiquant que ces offres favorisent le développement de l'équipement des consommateurs.

Le prix préférentiel est toujours couplé à la souscription d'un forfait de 24 mois à un tarif majoré par rapport aux offres « sim-only » comparables. Au sein du catalogue de Bouygues Télécom, les seules offres qui permettent ainsi de bénéficier d'un terminal à tarif facialement

réduit, avec une réduction affichée de plusieurs centaines d'euros, sont les offres « Sensation » avec terminal associé. Elles comprennent toutes un engagement de 24 mois. Bouygues Telecom admet qu'elle ne peut consentir de réduction de prix sur le terminal qu'en contrepartie d'un engagement de 24 mois.

Il existe de plus une corrélation directe entre, d'une part, le niveau du tarif du forfait « Sensation » avec terminal souscrit et, d'autre part, le niveau des réductions affichées sur le terminal.

Le tribunal observe ainsi que les offres de Bouygues Telecom sont intrinsèquement construites pour compenser la réduction accordée sur les terminaux.

Pour autant la décomposition du prix réellement payé sur 24 mois n'est pas portée à la connaissance des consommateurs qui ne sont pas mis en capacité, comme ils devraient l'être, de pouvoir apprécier ce qui leur est facturé au titre de l'abonnement qu'ils souscrivent.

Ils ne peuvent apprécier le prix des services compris dans leur offre que par référence au prix des services hors forfait publié par Bouygues Telecom, étant toutefois relevé que le coût des services inclus dans les offres ne suffit pas à expliquer le prix des abonnements. La différence ne peut s'expliquer que par un étalement du prix du terminal.

Au vu des éléments présentés, le tribunal ne retient en effet pas la justification de Bouygues Telecom sur la différence importante de tarif de ses offres groupées au regard de l'absence de comparabilité de celles-ci avec les offres sans terminal en ce qu'elles « *comportent davantage de services et de contenus, présentent des coûts de commercialisation et, plus généralement, un coût de revient plus élevés* ». Elle soutient que ces services et contenus auraient « *une valeur économique indéniable* » ainsi que des coûts de commercialisation qui seraient supérieurs puisque ces offres seraient disponibles au sein d'un réseau de distribution physique.

La réalité de l'opération économique élaborée par Bouygues Telecom ressort d'ailleurs de sa documentation comptable et financière qui précise que la réduction affichée du prix du terminal est comptabilisée comme un « *actif sur contrat [qui] sera repris sur la durée de vie moyenne du contrat* », de sorte que « *lors de la vente d'un abonnement et d'un terminal subventionné [...], la subvention est comptabilisée en créances clients et étalée sur la durée de vie moyenne du contrat* ».

De même encore, la communication financière du groupe Bouygues est explicite lorsqu'il s'est agi d'appliquer la norme comptable IFRS 15 :
« *Avec IFRS 15, la répartition du chiffre d'affaires entre le terminal vendu et la prestation de service, ainsi que le rythme de reconnaissance sont modifiés. La prise en compte accélérée du chiffre d'affaires sur la vente de terminaux se traduit par la reconnaissance d'une créance client au bilan pour la différence entre le prix payé par le client lors de la souscription et le prix de la transaction retenu. Cet actif sera repris sur la durée de vie moyenne du contrat.* »

En application de cette norme, la communication financière du Groupe Bouygues indique ainsi qu'au sein des contrats d'abonnement subventionnés, une part identifiable du tarif mensuel vient rembourser la « subvention » octroyée sur le terminal plutôt que le service.

Le tribunal relève en conséquence que la majoration mensuelle du forfait concomitante à la réduction substantielle du prix du mobile constitue un report du prix d'achat du mobile sur le prix de l'abonnement dès lors qu'aucune autre explication rationnelle ne le justifie, ainsi que le reconnaît Bouygues Telecom dans ses conclusions en réponse n° 3, et qualifie donc une

facilité de paiement au sens de l'article L.311-1 du code de la consommation. Par ce moyen, l'opérateur s'assure du remboursement des sommes avancées en obtenant de son client la souscription d'un forfait majoré avec une durée d'engagement de 24 mois, et l'aléa qui peut affecter le remboursement des sommes avancées, que la Cour de cassation a estimé théorique dans son arrêt SFR ou en tout cas limité dans le cas de ces forfaits, n'est pas un obstacle à la qualification de facilité de paiement.

Le tribunal relève ainsi qu'en méconnaissant la législation applicable aux opérations de crédit, et sans qu'il soit nécessaire de statuer plus avant, Bouygues Telecom a commis une faute dont elle doit réparation à Free Mobile.

Il débouterà Bouygues Telecom de sa demande de communication de pièces formulée par elle dans ses conclusions d'incident du 7 janvier 2023 demandant au tribunal d'ordonner la production par Free Mobile des documents suivants :

- l'assignation que Free Mobile a délivrée à la Société Française de Radiotéléphone (SFR) devant le tribunal de commerce de Paris fin novembre 2022, afin de mettre en cause ses offres groupées associant un forfait téléphonique et l'acquisition d'un terminal mobile ;
- le dernier document (note aux parties, pré-rapport ou rapport) émis par l'Expert judiciaire mandaté par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 avril 2019 (RG n°18/18100) dans l'affaire pendante opposant Free Mobile à la société Française de Radiotéléphone (SFR) au titre de ses offres Carré.

En effet, l'utilité de ces documents à la solution du présent litige n'est pas démontrée par Bouygues Telecom en présence d'instances portant sur des offres différentes et faisant référence à des informations potentiellement confidentielles.

Sur la faute de concurrence déloyale commise par Bouygues Telecom en raison de sa communication trompeuse sur ses offres « Sensation » avec terminaux mobiles

Les articles L.121-1 et suivants du code de la consommation disposent que :

« 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 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. [...]

Constituent, en particulier, des pratiques commerciales déloyales les pratiques commerciales trompeuses [...]

L'article L.121-2 du code de la consommation précise qu'une « pratique commerciale est trompeuse [...] Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur [...] 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 [...] ».

L'article L.121-3 du code de la consommation dispose quant à lui qu'une pratique commerciale est également trompeuse si :

« [...] elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle [...]

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 : [...]

3° Le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance [...]

A cet égard, l'absence de toute information par Bouygues Telecom aux consommateurs sur le prix des offres Sensation réellement payé constitue une pratique trompeuse dès lors qu'elle est présentée aux consommateurs comme leur offrant un prix avantageux et qu'elle les incite à prendre une décision commerciale qu'ils n'auraient pas prise autrement au vu du prix nettement supérieur d'un terminal nu.

Le tribunal relève que les faits de l'espèce démontrent que les offres Sensation de Bouygues Telecom avaient pour objectif de lui conférer un avantage concurrentiel dans des conditions de concurrence déloyale, ce dont Bouygues Telecom doit réparation à Free Mobile dans les conditions établies ci-après.

Sur le préjudice

Le tribunal retient l'approche consistant à construire un scénario contrefactuel pour évaluer le préjudice subi par Free Mobile. Le principe est ici que Bouygues Telecom, en proposant dans les conditions fautives ci-dessus ses offres combinées abonnement (avec services) + terminal, a capté de façon illicite une clientèle qui, en l'absence de telles offres, aurait pu librement se tourner auprès de concurrents.

Le scénario contrefactuel construit par Free Mobile consiste à :

- partir chaque année entre 2014 et 2021 du nombre de contrats de Bouygues Telecom associant abonnement et terminal,
- lui appliquer la part de marché emportée par Free Mobile dans l'année en question sur le seul marché des « Sim only », pour déterminer le nombre de « contrats manqués » par Free Mobile ;
- Attribuer à chaque contrat manqué une marge sur coût variable (MSCV) par contrat, déterminée pour l'année en cause, pour calculer une perte de marge globale sur l'année ;
- Enfin, estimer dans le scénario les coûts fixes additionnels qu'auraient entraîné ces contrats additionnels (coûts fixes liés au réseau, à la production des cartes sim, au réseau commercial, notamment les boutiques, etc), et les retrancher de la marge,

Pour déterminer finalement le préjudice net pour l'année en question, étant observé que d'autres scénarios contrefactuels auraient été possibles

Sur la polémique gain manqué vs perte de chance

Free Mobile soutient que le préjudice a une nature de gain (certain) manqué, alors que Bouygues Telecom prétend qu'il s'agit au mieux d'une perte de chance et que, comme telle, elle doit être affectée d'un coefficient de probabilité.

Le tribunal estime que dans le scénario contrefactuel, donc en l'absence d'offres combinées litigieuses de Bouygues Telecom, la probabilité que Free Mobile gagne une part des contrats est de 1. Il retient la caractérisation de gain manqué. La potentialité de ce gain est traduite par l'application à cet ensemble de clients « libérés » d'une part de marché que Free Mobile peut légitimement revendiquer, celle-ci très inférieure à 100%.

Sur la construction avancée par Free Mobile

Le tribunal apporte les correctifs suivants :

- Sur le début de la période 2014-2021



Le tribunal note que la période pour laquelle Free Mobile invoque la faute de Bouygues Telecom démarre en septembre 2014. Le stock de contrats combinés abonnement + terminal dont Bouygues Telecom dispose est, au premier jour de la période, hors de cause, et ne comporte aucun contrat illicite. La durée de vie des contrats étant de 2 ans, la demi-vie de ce stock est de 1 an.

Par ailleurs, ce stock comporte une proportion de contrats combinés pour lesquels la période bloquée est échue. Il est en effet, aux dires des parties, constant dans la profession que les souscripteurs d'offres combinées maintiennent librement leur contrat bien au-delà de la période bloquée. Selon les informations communiquées, la durée de vie moyenne d'abonnement est de 5 ans.

Pour la proportion de contrats au-delà de la période bloquée dans le total, le tribunal ne dispose que de l'information donnée par Bouygues Telecom dans son stock de 2021, soit 30%, et retiendra cette valeur sur l'ensemble de la période.

○ Sur ces contrats maintenus au-delà de la période de blocage, s'il est exact que ces contrats n'ont été obtenus que par une souscription initiale à une offre combinée, dont le tribunal a confirmé l'illicéité (à partir de septembre 2014), il demeure qu'à l'issue de la période bloquée de 2 ans, le souscripteur était redevenu libre de ses choix. Le tribunal dit que ces contrats ne sont plus illicites et les exclut de la base de calcul du préjudice, pour chacune des années postérieures à 2014.

○ Sur la proportion de contrats gagnables par Free Mobile dans le scénario contrefactuel

En l'absence d'offres combinées abonnement + terminal, les critères de choix du client sont multiples et, parmi eux, figurent incontestablement la possibilité de souscrire en boutique, de bénéficier des conseils des vendeurs, ainsi que la palette de services mis à sa disposition par l'opérateur. Parmi ces derniers, les « avantages smartphones » évoqués plus haut, et les bonus que Bouygues Telecom aurait pu adjoindre.

Le tribunal estime que la part de marché de Free Mobile sur le seul sous-marché des « Sim only » ne rend pas correctement compte de cette situation concurrentielle contrefactuelle.

La mesure la plus crédible de la part de marché gagnable par Free Mobile est, pour ce tribunal, la part de marché globale de Free Mobile dans le marché des abonnements « compatibles smartphone », et c'est ce coefficient qui sera retenu.

○ Sur la marge sur coûts variables par contrat,

Le tribunal note que Free Mobile a fourni, sous forme confidentielle, suffisamment d'informations pour établir cette marge, exprimée en pourcentage du revenu moyen de chaque contrat, Arpu, lui-même donnée publique. Le tribunal note encore que Free opère une réconciliation entre cette marge et les données de compte d'exploitation global de Free mobile, crédibilisant ses chiffres.

○ Sur l'évaluation des coûts fixes additionnels qu'aurait encouru Free Mobile dans le scénario contrefactuel

Free Mobile propose une estimation de ces coûts, d'une manière parcellaire et que le tribunal juge insuffisamment prouvée. En effet, un poste majeur de coût réside dans les coûts de réseau de transport des communications, en début de période les coûts d'itinérance chargés par Orange pour ouvrir à Free Mobile son réseau, puis progressivement les coûts d'établissement par Free Mobile de son réseau propre. Il n'est pas possible de connaître

m

l

précisément dans le scénario contrefactuel quel surcoût d'itinérance Orange aurait facturé à Free Mobile.

De façon analogue, il est quasi certain que Free Mobile, devant lutter à armes égales avec les autres opérateurs, aurait dû accélérer la construction d'un réseau de boutiques en propre assurant un maillage du territoire compétitif. Le tribunal remarque que c'est précisément la stratégie suivie par Free Mobile depuis deux ans, à un moment où le marché est devenu très majoritairement un marché « Sim only ».

Pour supporter un nombre plus élevé de contrats, c'est en réalité une multitude de coûts fixes supplémentaires qui auraient dû être engagés. La règle générale veut qu'en période de croissance de l'activité, les coûts fixes ont une propension à devenir variables.

Le tribunal, faute de meilleure information, retient ainsi plutôt une dégradation de la marge sur coûts variables d'environ 10 points, applicable à ces contrats pris en marginal.

Sur cette base, le tribunal retient un nombre de contrats manqués chaque année par Free Mobile autour de 300.000 et une contribution variable par contrat entre 90 et 142 euros. Il constate que le préjudice pour la période 2014-2021 s'élève à 243 M€. Qu'il convient d'extrapoler le montant du préjudice courant en 2022, que le tribunal estime à 50 M€, et qu'enfin, il convient de capitaliser les intérêts sur le préjudice annuel, soit 15 M€ supplémentaires.

Le tribunal fixe le préjudice matériel total subi par Free Mobile à 308.000.000 euros et condamnera Bouygues Telecom à payer cette somme à Free Mobile.

Sur le préjudice moral

Le tribunal constate que la faute commise par Bouygues Telecom n'a pas entraîné pour Free Mobile de préjudice distinct du préjudice de gain manqué détaillé ci-dessus. En particulier, la commercialisation par Bouygues Telecom d'offres combinées n'a pas entraîné de dénigrement de la proposition commerciale de Free Mobile, ni de l'opérateur Free Mobile lui-même. De même, le contentieux objet de l'instance n'a pas altéré l'image de Free Mobile sur le marché. Le tribunal débouterà en conséquence Free de sa demande de préjudice moral.

Sur la demande reconventionnelle d'expertise présentée par Bouygues

Vu la solution apportée au litige Bouygues sera débouté de sa demande.

Sur l'article 700 du code de procédure civile et les dépens

Free Mobile a dû pour faire valoir ses droits supporter des frais irrépétibles qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge. Le tribunal condamnera en conséquence Bouygues Telecom à payer à Free Mobile la somme de 350.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Bouygues Telecom succombant, les dépens seront mis à sa charge.

Sur l'exécution provisoire

Le tribunal rappellera que l'exécution provisoire est de droit.

PAR CES MOTIFS



Le tribunal statuant par jugement contradictoire en premier ressort :

Déboute la SA BOUYGUES TELECOM de ses fins de non-recevoir ainsi que de sa demande de transmission à la CJUE d'une question préjudicielle ;

Déboute la SA BOUYGUES TELECOM de sa demande de communication de pièces formulée dans ses conclusions d'incident du 7 janvier 2023 demandant au tribunal d'ordonner la production par Free Mobile des documents suivants :

- l'assignation que la SAS FREE MOBILE a délivrée à la SAS FREE MOBILE à la SA SOCIETE FRANÇAISE DE RADIOTELEPHONE - SFR devant le tribunal de commerce de Paris fin novembre 2022, afin de mettre en cause ses offres groupées associant un forfait téléphonique et l'acquisition d'un terminal mobile ;
- le dernier document (note aux parties, pré-rapport ou rapport) émis par l'Expert judiciaire mandaté par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 24 avril 2019 (RG n°18/18100) dans l'affaire pendante opposant la SAS FREE MOBILE à la SA SOCIETE FRANÇAISE DE RADIOTELEPHONE - SFR au titre de ses offres Carré.

Condamne la SA BOUYGUES TELECOM à payer à la SAS FREE MOBILE les sommes suivantes :

- 308.000.000 euros en réparation de son préjudice matériel subi ;
- 350.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile

Déboute les parties de leurs demandes autres, plus amples ou contraires ;

Condamne la SA BOUYGUES TELECOM aux dépens, dont ceux à recouvrer par le greffe, liquidés à la somme de 238,99€ dont 39,19€ de TVA ;

Rappelle que l'exécution provisoire est de droit.

En application des dispositions de l'article 871 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue les 14 octobre 2022, 02 et 23 novembre 2022 et le 10 janvier 2023 en audience publique, devant Mme Nathalie Dostert, Présidente et M. Michele Mezzarobba et M. Philippe Soulié, juges.

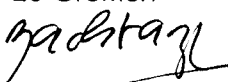
Un rapport oral a été présenté lors de cette audience.

Délibéré le 27 janvier 2023 par Mme Nathalie Dostert, M. Michele Mezzarobba et M. Philippe Soulié.

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 du Code de procédure civile.

La minute du jugement est signée par Mme Nathalie Dostert Présidente du délibéré et par Mme Dalila Bachtarzi, greffier.

Le Greffier.



La Présidente.

