

## CONSOMMATION

### > Contrat d'abonnement de téléphonie mobile : le rendez-vous manqué de la qualification de la subvention opérateur

(T. com. Paris, 1<sup>re</sup> ch. A, 15 janv. 2013, SAS Free Mobile c/ SFR, n° RG 2012033422)

par Pierre Storrer, Avocat à la cour, Féral-Schuhl/Sainte Marie

**Préventions** - Il est toujours délicat de commenter, à chaud, un jugement de première instance, a fortiori peut-être une décision de juges du commerce, surtout lorsque ce commerce est le théâtre d'une bataille économique et médiatique – et désormais judiciaire – sans merci (le rapport d'information des députées Corinne Erhel et Laure de La Raudière n° 704, du 6 févr. 2013, sur l'impact de la régulation des télécoms sur la filière télécoms, évoque ainsi un « secteur sous tension », « chamboulé » et au « climat malsain »).

**Le décor: le modèle économique de la subvention opérateur** - L'offre de téléphonie mobile repose, historiquement (cf. ARCEP, avis n° 2012-1455, 13 nov. 2012, *Situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels [MVNO] sur le marché français de la téléphonie mobile*, p. 5), en France, sur un modèle économique de couplage entre une vente et un abonnement: la vente subventionnée du terminal mobile est financée par le prix de l'abonnement aux services de téléphonie associés, étant ajouté que la rentabilité de ce financement suppose que le client s'engage pour une durée suffisamment longue, généralement de douze ou de vingt-quatre mois.

On convient couramment que le marché français de la téléphonie mobile a eu besoin, et a encore besoin, de la subvention opérateur pour se développer: le Conseil de la concurrence l'a dit dans une décision pionnière de 2004 (déc. n° 04-D-67, 1<sup>er</sup> déc. 2004, *Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des téléphones mobiles et des abonnements de téléphonie mobile*), constat appuyé par son vice-président d'alors, M. Philippe Nasse: « cette politique de subvention a stimulé le développement du marché mobile durant sa phase de croissance, et reste une condition du succès des nouvelles technologies mobiles » (Rapport sur les « coûts de sortie », 22 sept. 2005, n° 135, p. 31, disponible sur le site de l'Autorité de la concurrence).

Un consensus semble donc se dégager sur le caractère vertueux du modèle économique de la subvention opérateur (cf. cep. ARCEP, *Améliorer les offres faites aux consommateurs de services de communications électroniques et postaux*, Propositions et recommandations, févr. 2011, p. 72, qui relève une « absence de démonstration de la relation entre la subvention et la dynamique des marchés

mobiles »). Mais, consensus ou non, le résultat est là, semble-t-il, celui d'un « marché français "drogué" à la subvention » (lesechos.fr, « Les opérateurs redoutent une remise en cause du système de subvention des mobiles », 18 sept. 2012).

**Le décor (bis): une opacité tarifaire dénoncée** - Le rapport déjà évoqué de M. Philippe Nasse le disait déjà très bien (l'approche concurrentielle a souvent cette vertu pédagogique): « Au-delà de la captivité du client liée à son engagement, la vente liée d'un terminal subventionné dégrade la clarté de l'offre tarifaire et prive le consommateur des moyens de savoir précisément ce qu'il achète et combien il l'achète » (n° 136, p. 31). Les années ont passé, le regret demeure, celui d'« une opacité sur les tarifs des terminaux mobiles » (ARCEP, *Améliorer les offres...*, préc., p. 34).

Le développement d'offres sans engagement – aujourd'hui proposées par les trois opérateurs historiques: offres B&You, Red et Sosh, en réaction à l'offre du « nouvel entrant » Free – permet sans doute de gagner en transparence. La piste du découplage de la vente des terminaux et des services mobiles associés, quant à elle, paraît « une solution délicate à mettre en œuvre » (ARCEP, *ibid.*, p. 71), même si elle était contenue en germe dans le projet (abandonné) de loi dit « Lefebvre », qui proposait d'ajouter à l'article L. 121-84-6 du code de la consommation ceci: « Tout fournisseur de services proposant une offre de services comprenant un terminal est tenu d'informer le consommateur, d'une part, sur le prix du terminal et, d'autre part, sur le prix des services ».

Pour l'heure, le législateur se contente d'interdire les clauses d'engagement supérieures à vingt-quatre mois (c. consom., art. L. 121-84-6, al. 2) ou de conditionner les engagements à plus de douze mois à la proposition simultanée de « la même offre de services assortie d'une durée minimum d'exécution du contrat n'excédant pas douze mois, selon des modalités commerciales non disqualifiantes » (c. consom., art. L. 121-84-6, al. 3, 1°, le point 2° prévoyant encore une possibilité de résiliation anticipée du contrat à compter de la fin du douzième mois).

**Le décor (ter): l'offensive de Free mobile** - Or, donc, en professionnels avérés de la « disruption » (terme didactique signifiant rupture, fracture, selon le Littré), Free mobile et

son emblématique dirigeant ont « mis les pieds dans le plat »... de la subvention opérateur. Cela a commencé, en janvier 2012, par le lancement d'une offre de forfait à 19,99 € par mois (forfait sans engagement mais aussi sans terminal mobile), initiative certes agressive, mais simple et claire, reconnaissait l'UCF-Que choisir (« Free mobile, Soldes dans la téléphonie mobile », Actualité, 11 janv. 2012).

L'offensive s'est ensuite portée sur le terrain judiciaire - médiatique et judiciaire, serait plus exact (faut-il y voir, et regretter, une « instrumentalisation » du recours au juge ?) -, M. Xavier Niel déclarant, dans une interview accordée au magazine *Capital*, le 19 juillet 2012 : « Je vous l'annonce en avant-première : nous avons déposé plainte contre SFR pour faire reconnaître la nullité de ce type de contrat. Nous les assignons pour concurrence déloyale » (à ce sujet, cf. Cepheid consulting, La plainte de Free contre SFR signifie-t-elle un ralentissement des transactions ?, disponible sur le site de ce cabinet).

Free mobile ayant bien assigné SFR (le 21 mai 2012), la déclaration de son « patron » lui vaudra, sur demande reconventionnelle de cette dernière lui reprochant de se livrer, par la publicité de la présente procédure, à un acte de dénigrement constitutif de concurrence déloyale, une condamnation à 300 000 € de dommages et intérêts en réparation de son préjudice d'image et de réputation, assortie de l'exécution provisoire. Qui est pris qui croyait prendre, donc, puisque Free est par ailleurs, et principalement, déboutée de ses demandes, en particulier celle de voir juger SFR coupable de vendre à crédit, de manière déguisée, des terminaux mobiles, sans respecter les obligations d'informations y afférentes du code de la consommation.

**Un rendez-vous (judiciaire) manqué** - Il est tout de même curieux que, jamais, à notre connaissance, la question de la qualification et du régime juridiques de la subvention opérateur n'ait été débattue (à l'exception notable d'un article de doctrine concomitant à l'action judiciaire de Free : F. Limbach, Le contrat d'abonnement de téléphonie mobile et la subvention opérateur : une opération de crédit à la consommation ?, RLDA juin 2012, n° 72, n° 4097, qui répond positivement à la question posée et nous apprend - nous lui en faisons crédit - que cette qualification serait admise tant par la doctrine que par la jurisprudence allemandes). Nous regrettons dès lors que, dans son jugement du 15 janvier 2013, le tribunal de commerce de Paris ait, de notre point de vue, manqué le rendez-vous (manifestement inédit : en ce sens, E. Chevrier, D. 2013. Actu. 238) de la qualification juridique de la subvention opérateur et, partant, celui de l'opportunité de lui trouver enfin un régime approprié, non seulement propre à éclairer le choix du consommateur mais, pourquoi pas aussi, apte à sécuriser ou pérenniser un tel modèle, comme les pouvoirs publics semblent en avoir l'intention.

A quoi donc « ressemble le plus », du moins par sa fonction (et l'on sait que « la loi ne s'attache donc pas à la nature du contrat, mais considère plutôt la fonction économique qui est le crédit » : F. Collart Dutilleul et P. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2011, n° 864), la vente subventionnée d'un mobile couplée à un abonnement aux services de téléphonie, si ce n'est à la « bonne vieille figure » de la vente à crédit (affecté ou lié), et même de la vente à tempérament (sur sa définition, cf. J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2010, nos 324 et 333), avec toutefois cette particularité (disqualifiante ?) que le crédit est remboursé par le prix de l'abonnement ? A quel régime juridique obéit la vente à tempérament, sinon à celui (peut-être pas toutes ses règles, mais celles pertinentes) de l'« opération ou contrat de crédit », entendu 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 » (c. consom., art. L. 311-1, 4<sup>o</sup> in limine. On aura peut-être noté que nous rétablissons la virgule entre « forme de découvert » et « ou de toute autre facilité de paiement similaire », qui nous semble avoir disparu par mégarde dans la rédaction définitive de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 2010).

Or c'est par une confusion (qui minera la suite de leur argumentation) que les juges du commerce débutent leur motivation du rejet de la qualification de crédit à la consommation appliquée à la subvention opérateur : « Attendu qu'en l'espèce, il n'y a pas prêt d'argent, SFR ne mettant aucune somme d'argent à la disposition du client contre remboursement qui serait à la charge de ce dernier ». La suite de la motivation est à l'avenant (nous ne la reprendrons pas dans le détail, tel n'est pas l'objet d'un « point de vue », dont on remarquera ci-après la forme libre et exclamative) : par exemple, « la vente à crédit supposerait, en l'espèce, que le prix du terminal soit payé par le client, non au comptant, mais pour une très faible part lors de la souscription, puis de façon échelonnée par une majoration du montant des échéances de l'abonnement » : mais c'est précisément ce qui se passe ! ; ou, encore : « le prix du terminal n'englobe aucune part de celui de l'abonnement [mais cela n'a jamais été la question !] puisqu'il est totalement dissocié de celui-ci » : mais non, vente et abonnement sont au contraire intimement couplés !, et « réciproquement l'abonnement ne comprend aucune part du prix du terminal, fixé et payé au départ » : mais non, décidément non !...

Il paraît que le jugement rapporté serait frappé d'appel, ce qui rendrait caduques, voire maladroites, ces quelques rapides observations. Il est vrai que nous avons appris à la Faculté (il y a longtemps) qu'il n'est guère opportun de commenter un jugement de première instance, pas même un arrêt d'appel ; qu'il fallait attendre, attendre l'arrêt (publié) de la Cour de cassation, prendre du recul, prendre son temps... Mais les choses vont si vite désormais, alors...