

COUR DE CASSATION

Audience publique du **6 octobre 2011**

Cassation

M. CHARRUAULT, président

Arrêt n° 903 FS-P+B+I

Pourvoi n° W 10-10.800

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE,
a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par l'association UFC Que Choisir, dont le siège est 233 boulevard Voltaire, 75011 Paris,

contre l'arrêt rendu le 26 novembre 2009 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Darty et fils, société par actions simplifiée, dont le siège est 129 avenue Galliéni, 93141 Bondy,

2°/ à l'Association de droit du marketing, dont le siège est 6 rue Jean-Baptiste Potin, 92170 Vanves,

défenderesses à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 5 juillet 2011, où étaient présents : M. Charruault, président, M. Creton, conseiller référendaire rapporteur, MM. Bague, Gridel, Mme Crédeville, M. Gallet, Mme Marais, M. Garban, Mmes Kamara, Dreifuss-Netter, conseillers, Mmes Gelbard-Le Dauphin, Richard, M. Jessel, Mmes Darret-Courgeon, Canas, conseillers référendaires, M. Domingo, avocat général, Mme Collet, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Creton, conseiller référendaire, les observations de la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat de l'association UFC Que Choisir, de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de la société Darty et fils, l'avis de M. Domingo, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Donne acte à l'association UFC Que Choisir du désistement de son pourvoi en tant qu'il est dirigé contre l'Association de droit du marketing ;

Sur le deuxième moyen :

Vu l'article L. 121-1 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 3 janvier 2008, tel qu'interprété à la lumière de la directive 2005/29 CE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005 ;

Attendu que faisant valoir que la société Darty et fils (la société Darty) expose à la vente des ordinateurs équipés d'un logiciel d'exploitation et de différents logiciels d'utilisation, l'association de défense des consommateurs UFC Que Choisir, soutenant que cette pratique commerciale contrevient à l'article L. 122-1 du code de la consommation, l'a assignée aux fins de la voir condamner d'une part à cesser de vendre des ordinateurs sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, d'autre part à indiquer le prix des logiciels pré-installés ;

Attendu que pour juger que la société Darty n'avait pas à fournir au consommateur les informations relatives aux conditions d'utilisation des logiciels et pouvait se borner à identifier ceux équipant les ordinateurs qu'elle distribue, l'arrêt retient qu'en raison de leur aspect technique de telles informations ne se prêtent pas à la communication, nécessairement limitée, que peut effectuer un magasin non spécialisé et qu'il importe essentiellement que le consommateur moyen soit avisé que les ordinateurs proposés à la vente sont équipés de certains logiciels, précisément identifiés, ce qui lui

permet, le cas échéant, de recueillir par lui-même des renseignements plus approfondis ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que ces informations, relatives aux caractéristiques principales d'un ordinateur équipé de logiciels d'exploitation et d'application, sont de celles que le vendeur professionnel doit au consommateur moyen pour lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 26 novembre 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles ;

Condamne la société Darty et fils aux dépens;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de la société Darty et fils , la condamne à payer à l'association UFC Que Choisir la somme de 3 500 euros

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du six octobre deux mille onze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat aux Conseils pour l'association UFC Que Choisir

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de l'Association UFC Que Choisir contre la société Etablissements DARTY et FILS, tendant à ce qu'il soit enjoint à la Société DARTY et FILS, sous astreinte de 10.000 € par jour de retard, une fois expiré un délai de 8 jours à compter de la décision à intervenir, de cesser de vendre ses ordinateurs avec des logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, qu'il soit fait injonction à cette société, dans le même délai, d'indiquer le prix des logiciels d'exploitation et d'utilisation préinstallés sur les ordinateurs qu'elle expose à la vente dans son réseau de magasins DARTY, d'ordonner la diffusion d'un communiqué judiciaire sur son site internet et qu'elle soit condamnée à lui payer la somme de 30.000 € en réparation du préjudice indûment porté à la collectivité des consommateurs ;

AUX MOTIFS QUE, initialement, UFC Que choisir reprochait à DARTY de proposer à la vente des ordinateurs pré-équipés de logiciels d'exploitation et d'utilisation, sans permettre au consommateur de renoncer aux dits logiciels, sans l'informer de cette faculté et sans indiquer le prix de chacun des produits composant le lot, estimant qu'une telle pratique violait l'article L. 122-1 du Code de la consommation, qui prohibe les ventes subordonnées ; que toutefois, par arrêt du 23 avril 2009 (C-261/07 et C-299/07 Total Belgium NV et Galatea BVBA contre Sanoma Magazines Belgium NV), rendu sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement CE n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale – en l'espèce la loi belge « qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur ; qu'au vu de cette jurisprudence, les deux parties demandent à la cour, non d'écarter la loi nationale comme incompatible avec le droit communautaire, mais de l'interpréter dans un sens qui la rende conforme au droit communautaire ; qu'ainsi, UFC Que Choisir fait valoir qu'elle a pu faire constater, le 5 décembre 2006, que le magasin DARTY des Halles à PARIS expose à la vente des ordinateurs d'ores et déjà équipés d'un logiciel

d'exploitation Microsoft Windows XP et de différents logiciels d'utilisation, sans que le consommateur ait la possibilité de modifier ou renoncer à ces logiciels, moyennant déduction du prix, alors que ces ordinateurs peuvent fonctionner avec d'autres logiciels, disponibles par ailleurs sur le marché ou librement téléchargeables sur Internet ; qu'elle souligne que le détail des prix des différentes composantes des ordinateurs (logiciels d'exploitation et d'utilisation) offerts à la vente ne sont pas indiqués, que les clients n'ont pas accès aux conditions d'utilisation des licences relatives aux différents logiciels dont la vente leur est imposée, qu'ils ne sont donc pas informés sur les caractéristiques essentielles du logiciel d'exploitation intégré et des différents logiciels d'utilisation équipant les produits vendus, ni sur les moyens d'obtenir une désactivation des logiciels non désirés moyennant le remboursement d'une partie du prix, ce qui leur permettrait de refuser certains éléments du lot proposé à la vente ; qu'elle estime en conséquence que DARTY dissimule des informations essentielles dont le client a besoin pour prendre une décision en connaissance de cause et en déduit que cette pratique commerciale, trompeuse, viole, à la fois, l'article L. 122-1 du Code de la consommation, qui prohibe les ventes subordonnées, tel qu'interprété à la lumière du droit communautaire, et l'article L. 121-1 du même Code, issu de la transposition de la directive en droit interne, qui interdit les pratiques commerciales trompeuses, de même que l'article 7 de l'arrêté du ministre de l'économie du 3 décembre 1987, relatif à l'information du consommateur sur les prix, qui exige qu'en cas de vente par lot, soit indiqué le prix de chaque produit composant le lot ; que, sur les demandes de UFC-Que Choisir en ce qu'elles sont fondées sur les articles L. 122-1 et L. 121-1 du Code de la consommation, l'article L. 122-1 du Code de la consommation est ainsi rédigé : « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit » ; que le principe d'interprétation conforme requiert – d'autant plus en l'espèce compte tenu de ce que la directive en cause a fait l'objet d'une transposition, en particulier par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 – que la Cour fasse tout ce qui relève de sa compétence, en prenant en considération l'ensemble des règles du droit national, pour garantir, dans le cadre de l'application de ce texte, la pleine effectivité de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales ; qu'à cet égard, l'arrêt du 23 avril 2009 de la Cour de Justice des Communautés européennes, même s'il ne concerne pas la loi française, contient les motifs propres à éclairer la cour sur la manière d'interpréter la règle communautaire en cette matière et peut donc être transposé au présent litige ; qu'en effet, tout d'abord, les agissements reprochés à DARTY sont des actes commerciaux s'inscrivant dans le cadre de la stratégie commerciale de cette dernière et visant directement à la promotion et à l'écoulement de ses ventes ; qu'ils constituent à ce titre des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de la directive

2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, et relèvent, en conséquence, du champ d'application de celle-ci ; qu'ensuite, la Cour de justice rappelle :

- que la directive vise à établir, conformément à ses cinquième et sixième considérants ainsi qu'à son article 1er, des règles uniformes relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, afin de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection de ces derniers, qu'elle procède ainsi à une harmonisation complète desdites règles au niveau communautaire de telle sorte que, comme le prévoit expressément l'article 4, les Etats membres ne peuvent pas adopter des mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs ;

- qu'en outre, l'article 5 de la directive prévoit l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et énonce les critères permettant de déterminer un tel caractère déloyal ;

- qu'ainsi, et conformément au paragraphe 2 de cette disposition, une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit ;

- que l'article 5, paragraphe 4, définit deux catégories précises de pratiques commerciales déloyales, à savoir les « pratiques trompeuses » et les « pratiques agressives » répondant aux critères spécifiés respectivement aux articles 6 et 7 ainsi que 8 et 9 de la directive ;

- qu'en vertu de ces dispositions, de telles pratiques sont interdites lorsque, compte tenu de leurs caractéristiques et du contexte factuel, elles amènent ou sont susceptibles d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ;

- que la directive établit également, à son annexe I, une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui, conformément à l'article 5, paragraphe 5, de la directive, sont réputées déloyales « en toutes circonstances », de sorte que, ainsi que le précise expressément le dix-septième considérant de la directive, il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la directive ;

Que l'offre de vente subordonnée ne figure pas parmi les pratiques énumérées à l'annexe I ; que dans une telle hypothèse, la Cour de Justice

préconise de vérifier, à la lumière du contenu et de l'économie générale des dispositions de la directive, rappelées au paragraphe précédent, si le texte qui la prohibe répond aux exigences posées par la directive ; qu'à l'instar de ce qu'a constaté la Cour de Justice dans l'arrêt précité à propos de la loi belge, il doit être relevé que l'article L. 122-1 du Code de la consommation se heurte au régime institué par la directive en ce qu'il prohibe, de manière générale et préventive, de telles offres indépendamment de toute vérification de leur caractère déloyal au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive ; qu'il revient donc à la cour, en vertu du principe d'interprétation conforme, d'évaluer la déloyauté de la pratique commerciale dénoncée, eu égard aux circonstances de l'espèce et en particulier du point de vue de son influence sur le comportement économique d'un consommateur moyen, apprécié en considération des critères énumérés dans la directive ; que l'article 5 de la directive précise qu'une pratique commerciale est déloyale si, à la fois, elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, en particulier lorsqu'elle est trompeuse au sens des articles 6 et 7, ou agressive au sens des articles 8 et 9 ; que l'UFC Que Choisir soutient que DARTY a commis des pratiques trompeuses, faute d'avoir communiqué au consommateur les conditions d'utilisation des logiciels préinstallés et les prix de ces derniers ; qu'à cet égard, la cour observe, tout d'abord, que les tromperies alléguées ne procèdent pas directement de la pratique initialement poursuivie sur le fondement de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, à savoir le fait de proposer à la vente, ensemble, un ordinateur et des logiciels préinstallés, sans possibilité d'achat séparé de l'un ou des autres, mais d'un défaut d'information quant au prix et aux caractéristiques respectives des articles en cause ; qu'elles ne sauraient à elles seules justifier qu'il soit fait injonction à DARTY, comme le demande encore UFC Que Choisir, de cesser de vendre ses ordinateurs avec des logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation ; que c'est donc à tort également qu'UFC Que Choisir prétend que le consommateur devait être informé de cette faculté qui lui serait offerte ; qu'ensuite, en ce qui concerne les omissions trompeuses invoquées, il convient de se reporter aux indications fournies par l'article 7 de la directive du 22 mai 2005, selon lesquelles :

1. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ;

2. Une pratique commerciale est également considérée comme une omission trompeuse lorsqu'un professionnel, compte tenu des aspects mentionnés au paragraphe 1, dissimule une information substantielle visée audit paragraphe ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte et lorsque, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ;

4. Lors d'une invitation à l'achat, sont considérés comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations suivantes ;

a) Les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné ;

b) L'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit ;

c) Le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur ;

d) Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle ;

e) Pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, l'existence d'un tel droit ;

5. Les informations qui ont été prévues par le droit communautaire et qui sont relatives aux communications commerciales, y compris la publicité ou le marketing, et dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II, sont réputées substantielles ;

Qu'ainsi, s'agissant de l'omission d'information, la directive n'exige, et l'article L.121-1 du Code de la consommation avec elle, que soient portées à la connaissance du consommateur que les informations substantielles, c'est-à-dire celles sans lesquelles ce dernier risquerait de prendre une décision différente ; qu'il convient aussi de souligner que le dix huitième considérant rappelle que « la directive prend comme critère d'évaluation le consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et

linguistiques» ; qu'il est donc permis de considérer que, lorsqu'un consommateur moyen envisage d'acquérir un produit sophistiqué, comme en l'espèce, il lui incombe de recueillir au préalable un minimum d'informations techniques propres à l'éclairer dans sa décision, dont le niveau, du reste, variera en fonction de ses capacités personnelles en la matière, et qui compléteront les informations substantielles que le commerçant lui aura délivrées, conformément à ses obligations ; qu'il est constant en l'espèce qu'il existe un marché de l'ordinateur nu, toutefois limité et plutôt réservé aux magasins spécialisés en informatique, et que les logiciels qui sont préinstallés sur les ordinateurs sont disponibles sur le marché, seuls, tant en version OEM (Original Equipment Manufacturer), allégée, moins chère et correspondant sans doute aux modèles préinstallés sur les ordinateurs, qu'en version « boîte », plus onéreuse mais plus complète et réinstallable : que s'agissant des informations relatives aux conditions d'utilisation du logiciel, elles ne sauraient être considérées comme des caractéristiques principales du produit, si l'on tient compte, comme le préconise l'article 7, 4, a, de la directive, de l'aspect technique de telles informations, qui ne se prêtent pas à la communication, nécessairement limitée, que peut effectuer un magasin non spécialisé dans le cadre d'une offre de vente ; qu'au demeurant, UFC Que Choisir ne précise pas en quoi ces informations seraient substantielles, en particulier en quoi elles seraient déterminantes de la décision d'achat d'un consommateur moyen, et, en tout cas, ne verse aux débats aucun élément en ce sens, étant observé que le seul fait que de plus en plus de consommateurs se familiarisent avec l'informatique n'implique pas que ces derniers soient en mesure de porter une appréciation critique sur les conditions d'usage respectives des logiciels, en particulier d'exploitation, disponibles sur le marché ; qu'en l'état des éléments qui lui sont soumis, la Cour estime qu'il importe essentiellement que le consommateur moyen soit avisé, comme c'est le cas en l'espèce, que l'ordinateur proposé à la vente est équipé de certains logiciels, précisément identifiés, ce qui lui permet, le cas échéant, de recueillir par lui-même, à supposer qu'il en ait la capacité, des renseignements plus approfondis à cet égard ; que s'agissant du prix des logiciels en cause, et même si cette information peut entrer en ligne de compte au moment de l'achat, elle n'en revêt pas pour autant un caractère substantiel puisque, ce qui importe avant tout pour le consommateur, c'est de connaître le prix global de l'objet proposé à la vente ; que tel est le sens, au demeurant, de la directive (article 7, 4, c sus-reproduit), comme de l'article L. 121-1 (II, 3°) du Code de la consommation, qui se bornent à viser le prix du produit, sans introduire d'exigence supplémentaire en cas de vente groupée de plusieurs produits ; que sur cette question également, UFC Que Choisir ne démontre pas qu'une information différenciée soit indispensable à la prise de décision d'un consommateur moyen, d'autant que ce dernier a toute facilité pour comparer les prix des ordinateurs pré-équipés de logiciels identiques, qui constituent actuellement encore le standard de l'offre de vente ; qu'au demeurant, DARTY justifie, ainsi qu'il sera vu ci-après, de l'impossibilité où elle se

trouve, compte tenu de la structure de l'offre des fabricants, de connaître précisément les prix respectifs de l'ordinateur nu et des logiciels installés ; qu'enfin, un consommateur plus averti a toujours la possibilité de comparer le prix global de l'ordinateur pré-équipé avec celui des logiciels disponibles sur le marché – même des OEM – et des ordinateurs nus, ce qui lui permet, tout de même, de mesurer l'avantage éventuellement consenti ; qu'en cet état, la cour estime que les informations non communiquées ne sont pas de celles qui sont susceptibles d'amener un consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il ne prendrait pas autrement, ainsi que l'exige la directive du 22 mai 2005 ; qu'il suit de là que les demandes d'UFC Que Choisir présentées sur le fondement des articles L. 121-1 et L. 122-1 du Code de la consommation ne sont pas fondées ;

ET AUX MOTIFS QUE c'est à juste titre que DARTY, invoquant le caractère composite du produit en cause, se prévaut de l'impossibilité où elle se trouve de fournir le prix exact de l'ordinateur nu et chacun des logiciels préinstallés ; qu'en effet, les fournisseurs concluent avec les éditeurs de logiciels des accords d'intégration auxquels les distributeurs sont étrangers et dont les conditions, éminemment variables en fonction des intérêts négociés de chacun, ne leur sont pas communiquées, étant couverte par le secret des affaires ; que DARTY justifie d'ailleurs que ces ordinateurs, ainsi équipés, lui sont facturés globalement, sans distinction entre le prix de l'ordinateur et celui des logiciels, et que ses demandes pressantes adressées le 26 juin 2008 à ses fournisseurs (Toshiba, Asus, Apple, Packard Bell, Sony, Hewlett Packard, Fujitsu-Siemens et Acer), dans le but de satisfaire à l'injonction du tribunal, sont demeurées vaines, Apple ayant répondu que ses logiciels, conçus par elle, ne sont pas vendus séparément, Hewlett Packard ayant fait valoir que « les logiciels qu'(elle) se procure en très grandes quantités pour en équiper ses ordinateurs doivent être distingués de ceux disponibles dans le commerce et que ces composants ne font pas l'objet d'une commercialisation séparée » et qu'elle estimait en conséquence que « le prix des logiciels dont elle équipe ses machines et dont elle n'est pas par ailleurs revendeur est un élément de la structure du coût de ses ordinateurs et relève du secret des affaires », et les autres n'ayant tout simplement pas accédé à sa requête ; que M. Jérôme Bédier, président de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution, et M. Jacques Cescenzo, délégué général de la Fédération du commerce et services de l'électrodomestique et du multimédia, attestent d'ailleurs chacun de cette situation et de l'impossibilité où se trouvent les distributeurs d'isoler, au sein du prix global qui leur est facturé, le prix des logiciels préinstallés ; qu'ainsi, DARTY ne peut, sans prendre le risque de délivrer une information inexacte, indiquer le prix des logiciels, serait-ce le prix auquel ces logiciels, éventuellement des OEM, sont vendus sur le marché, aucun élément ne lui permettant de s'assurer que tel est bien ce prix qui est appliqué aux produits qu'elle commercialise ; qu'au demeurant, ces logiciels étant disponibles sur le marché et largement distribués, il est aisé à un consommateur moyen de

se procurer cette information au sein du magasin lui-même ou auprès des concurrents, sachant toutefois qu'il n'obtiendra qu'un ordre de grandeur et non une information exacte quant aux logiciels préinstallés ;

ENFIN AUX MOTIFS QUE compte tenu de ce qui vient d'être jugé, UFC Que Choisir n'est pas fondée non plus à revendiquer l'indemnisation du préjudice causé à la collectivité des consommateurs ; que ses demandes de réparation financière et de diffusion doivent donc être rejetées également ;

1) ALORS QUE l'UFC-Que Choisir soutenait que la pratique commerciale de la société DARTY consistant à obliger le consommateur à acquérir des logiciels d'exploitation et d'utilisation préinstallés lors de l'achat d'un ordinateur, sans lui offrir la faculté de procéder à des achats séparés, était une pratique commerciale déloyale devant être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 122-1 du Code de la consommation (voir ses conclusions p. 23 et s., spéc. p. 24, encadré), demandant, en conséquence, qu'il soit enjoint à la société DARTY de cesser de vendre ses ordinateurs avec des logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation (voir le dispositif de ses conclusions) ; qu'en jugeant néanmoins que l'UFC se bornait désormais à dénoncer la pratique consistant à ne pas informer l'acquéreur du prix et des caractéristiques respectives des articles en cause, ce qui ne pouvait justifier le prononcer de l'injonction demandée (voir l'arrêt p. 6, dernier §), la Cour d'appel a dénaturé les conclusions de la demanderesse à l'action et a ainsi violé l'article 4 du Code de procédure civile ;

2) ALORS QU'une pratique commerciale est réputée déloyale lorsqu'elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause ; qu'en relevant que la vente liée d'ordinateurs et de logiciels d'exploitation et d'utilisation, sans information sur le prix de chacun de ces éléments, ni faculté de les acheter séparément, n'influe pas sur la décision du consommateur moyen, qui ne s'attacherait qu'au prix global et rencontrerait des difficultés techniques pour installer lui-même un logiciel, sans rechercher si ce consommateur moyen, nécessairement attaché au prix des produits, ne serait pas prêt à supporter les frais et tracas de ces installations pour acheter un ordinateur à moindre coût, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 120-1 du Code de la consommation ;

3) ALORS QU'une pratique commerciale déloyale ne saurait être justifiée par les informations offertes au consommateur par un autre opérateur ; qu'en relevant, pour écarter le caractère déloyal des pratiques de la société DARTY que le consommateur peut obtenir par ailleurs les

informations que cet opérateur ne lui communique pas, la Cour d'appel a violé l'article L. 120-1 du Code de la consommation ;

4) ALORS QU'une pratique commerciale est réputée déloyale lorsqu'elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause ; qu'en s'attachant au consommateur moyen actuel dont les comportements sont déterminés par les pratiques commerciales majoritaires existantes, sans rechercher si, mis en présence d'informations plus complètes, le consommateur ne changerait pas d'habitude, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 120-1 du Code de la consommation ;

5) ALORS QU'en relevant, pour exonérer la société DARTY de toute obligation d'information relative au prix des différents composants des ordinateurs équipés de logiciels préinstallés distribués dans ses magasins, que cette société justifiait d'obstacles auxquels elle se heurtait, compte tenu de la structure de l'offre des fabricants, de connaître précisément les prix respectifs de l'ordinateur nu et des logiciels installés, quand elle constatait elle-même qu'un simple consommateur, serait-il averti, avait toujours la possibilité de prendre connaissance de cette information en comparant le prix global de l'ordinateur pré-équipé avec celui des logiciels disponibles sur le marché –même des OEM- et des ordinateurs nus, la Cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction de motifs et a ainsi violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

6) ALORS QU'en toute hypothèse, seul l'état de nécessité ou l'impossibilité absolue peut exonérer un professionnel de son obligation légale d'information ; qu'en se bornant à relever, pour exonérer la société DARTY de toute obligation d'information relative au prix des différents composants des ordinateurs équipés de logiciels préinstallés distribués dans ses magasins, que ses démarches auprès de ses fournisseurs étaient demeurées vaines, sans rechercher si ce distributeur avait mis en oeuvre tous les moyens à sa disposition pour avoir connaissance de ces informations et les transmettre au consommateur, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 120-1 du Code de la consommation.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté les demandes de l'Association UFC Que Choisir contre la société Etablissements DARTY et FILS, tendant à ce qu'il soit enjoint à la Société DARTY et FILS, sous astreinte de 10.000 € par jour de retard, une fois expiré un délai de 8 jours à compter de la décision à intervenir, de cesser de vendre ses ordinateurs avec des logiciels

préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, qu'il soit fait injonction à cette société, dans le même délai, d'indiquer le prix des logiciels d'exploitation et d'utilisation préinstallés sur les ordinateurs qu'elle expose à la vente dans son réseau de magasins DARTY, d'ordonner la diffusion d'un communiqué judiciaire sur son site internet et qu'elle soit condamnée à lui payer la somme de 30.000 € en réparation du préjudice indûment porté à la collectivité des consommateurs ;

AUX MOTIFS QUE, initialement, UFC Que choisir reprochait à DARTY de proposer à la vente des ordinateurs pré-équipés de logiciels d'exploitation et d'utilisation, sans permettre au consommateur de renoncer aux dits logiciels, sans l'informer de cette faculté et sans indiquer le prix de chacun des produits composant le lot, estimant qu'une telle pratique violait l'article L. 122-1 du Code de la consommation, qui prohibe les ventes subordonnées ; que toutefois, par arrêt du 23 avril 2009 (C-261/07 et C-299/07 Total Belgium NV et Galatea BVBA contre Sanoma Magazines Belgium NV), rendu sur renvoi préjudiciel, la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement CE n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale – en l'espèce la loi belge « qui, sauf certaines exceptions et sans tenir compte des circonstances spécifiques du cas d'espèce, interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur ; qu'au vu de cette jurisprudence, les deux parties demandent à la cour, non d'écarter la loi nationale comme incompatible avec le droit communautaire, mais de l'interpréter dans un sens qui la rende conforme au droit communautaire ; qu'ainsi, UFC Que Choisir fait valoir qu'elle a pu faire constater, le 5 décembre 2006, que le magasin DARTY des Halles à PARIS expose à la vente des ordinateurs d'ores et déjà équipés d'un logiciel d'exploitation Microsoft Windows XP et de différents logiciels d'utilisation, sans que le consommateur ait la possibilité de modifier ou renoncer à ces logiciels, moyennant déduction du prix, alors que ces ordinateurs peuvent fonctionner avec d'autres logiciels, disponibles par ailleurs sur le marché ou librement téléchargeables sur Internet ; qu'elle souligne que le détail des prix des différentes composantes des ordinateurs (logiciels d'exploitation et d'utilisation) offerts à la vente ne sont pas indiqués, que les clients n'ont pas accès aux conditions d'utilisation des licences relatives aux différents logiciels dont la vente leur est imposée, qu'ils ne sont donc pas informés sur les caractéristiques essentielles du logiciel d'exploitation intégré et des différents logiciels d'utilisation équipant les produits vendus, ni sur les moyens d'obtenir une désactivation des logiciels non désirés moyennant le

remboursement d'une partie du prix, ce qui leur permettrait de refuser certains éléments du lot proposé à la vente ; qu'elle estime en conséquence que DARTY dissimule des informations essentielles dont le client a besoin pour prendre une décision en connaissance de cause et en déduit que cette pratique commerciale, trompeuse, viole, à la fois, l'article L. 122-1 du Code de la consommation, qui prohibe les ventes subordonnées, tel qu'interprété à la lumière du droit communautaire, et l'article L. 121-1 du même Code, issu de la transposition de la directive en droit interne, qui interdit les pratiques commerciales trompeuses, de même que l'article 7 de l'arrêté du ministre de l'économie du 3 décembre 1987, relatif à l'information du consommateur sur les prix, qui exige qu'en cas de vente par lot, soit indiqué le prix de chaque produit composant le lot ; que, sur les demandes de UFC-Que Choisir en ce qu'elles sont fondées sur les articles L. 122-1 et L. 121-1 du Code de la consommation, l'article L. 122-1 du Code de la consommation est ainsi rédigé : « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit » ; que le principe d'interprétation conforme requiert – d'autant plus en l'espèce compte tenu de ce que la directive en cause a fait l'objet d'une transposition, en particulier par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 – que la Cour fasse tout ce qui relève de sa compétence, en prenant en considération l'ensemble des règles du droit national, pour garantir, dans le cadre de l'application de ce texte, la pleine effectivité de la directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales ; qu'à cet égard, l'arrêt du 23 avril 2009 de la cour de Justice des Communautés européennes, même s'il ne concerne pas la loi française, contient les motifs propres à éclairer la cour sur la manière d'interpréter la règle communautaire en cette matière et peut donc être transposé au présent litige ; qu'en effet, tout d'abord, les agissements reprochés à DARTY sont des actes commerciaux s'inscrivant dans le cadre de la stratégie commerciale de cette dernière et visant directement à la promotion et à l'écoulement de ses ventes ; qu'ils constituent à ce titre des pratiques commerciales au sens de l'article 2, sous d), de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, et relèvent, en conséquence, du champ d'application de celle-ci ; qu'ensuite, la Cour de justice rappelle :

- que la directive vise à établir, conformément à ses cinquième et sixième considérants ainsi qu'à son article 1er, des règles uniformes relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, afin de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection de ces derniers, qu'elle procède ainsi à une harmonisation complète desdites règles au niveau communautaire de telle sorte que, comme le prévoit expressément l'article 4,

les Etats membres ne peuvent pas adopter des mesures plus restrictives que celles définies par la directive, même aux fins d'assurer un degré plus élevé de protection des consommateurs ;

- qu'en outre, l'article 5 de la directive prévoit l'interdiction des pratiques commerciales déloyales et énonce les critères permettant de déterminer un tel caractère déloyal ;

- qu'ainsi, et conformément au paragraphe 2 de cette disposition, une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit ;

- que l'article 5, paragraphe 4, définit deux catégories précises de pratiques commerciales déloyales, à savoir les « pratiques trompeuses » et les « pratiques agressives » répondant aux critères spécifiés respectivement aux articles 6 et 7 ainsi que 8 et 9 de la directive ;

- qu'en vertu de ces dispositions, de telles pratiques sont interdites lorsque, compte tenu de leurs caractéristiques et du contexte factuel, elles amènent ou sont susceptibles d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ;

- que la directive établit également, à son annexe I, une liste exhaustive de 31 pratiques commerciales qui, conformément à l'article 5, paragraphe 5, de la directive, sont réputées déloyales « en toutes circonstances », de sorte que, ainsi que le précise expressément le dix-septième considérant de la directive, il s'agit des seules pratiques commerciales qui peuvent être considérées comme déloyales sans faire l'objet d'une évaluation au cas par cas au titre des dispositions des articles 5 à 9 de la directive ;

Que l'offre de vente subordonnée ne figure pas parmi les pratiques énumérées à l'annexe I ; que dans une telle hypothèse, la Cour de Justice préconise de vérifier, à la lumière du contenu et de l'économie générale des dispositions de la directive, rappelées au paragraphe précédent, si le texte qui la prohibe répond aux exigences posées par la directive ; qu'à l'instar de ce qu'a constaté la Cour de Justice dans l'arrêt précité à propos de la loi belge, il doit être relevé que l'article L. 122-1 du Code de la consommation se heurte au régime institué par la directive en ce qu'il prohibe, de manière générale et préventive, de telles offres indépendamment de toute vérification de leur caractère déloyal au regard des critères posés aux articles 5 à 9 de la directive ; qu'il revient donc à la cour, en vertu du principe d'interprétation conforme, d'évaluer la déloyauté de la pratique commerciale dénoncée, eu égard aux circonstances de l'espèce et en particulier du point de vue de son influence sur le comportement économique d'un consommateur moyen,

apprécié en considération des critères énumérés dans la directive ; que l'article 5 de la directive précise qu'une pratique commerciale est déloyale si, à la fois, elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, en particulier lorsqu'elle est trompeuse au sens des articles 6 et 7, ou agressive au sens des articles 8 et 9 ; que l'UFC Que Choisir soutient que DARTY a commis des pratiques trompeuses, faute d'avoir communiqué au consommateur les conditions d'utilisation des logiciels préinstallés et les prix de ces derniers ; qu'à cet égard, la cour observe, tout d'abord, que les tromperies alléguées ne procèdent pas directement de la pratique initialement poursuivie sur le fondement de l'article L. 122-1 du Code de la consommation, à savoir le fait de proposer à la vente, ensemble, un ordinateur et des logiciels préinstallés, sans possibilité d'achat séparé de l'un ou des autres, mais d'un défaut d'information quant au prix et aux caractéristiques respectives des articles en cause ; qu'elles ne sauraient à elles seules justifier qu'il soit fait injonction à DARTY, comme le demande encore UFC Que Choisir, de cesser de vendre ses ordinateurs avec des logiciels préinstallés sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation ; que c'est donc à tort également qu'UFC Que Choisir prétend que le consommateur devait être informé de cette faculté qui lui serait offerte ; qu'ensuite, en ce qui concerne les omissions trompeuses invoquées, il convient de se reporter aux indications fournies par l'article 7 de la directive du 22 mai 2005, selon lesquelles :

3. Une pratique commerciale est réputée trompeuse si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ;

4. Une pratique commerciale est également considérée comme une omission trompeuse lorsqu'un professionnel, compte tenu des aspects mentionnés au paragraphe 1, dissimule une information substantielle visée audit paragraphe ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte et lorsque, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ;

6. Lors d'une invitation à l'achat, sont considérées comme substantielles, dès lors qu'elles ne ressortent pas déjà du contexte, les informations suivantes ;

f) Les caractéristiques principales du produit, dans la mesure appropriée eu égard au moyen de communication utilisé et au produit concerné ;

g) L'adresse géographique et l'identité du professionnel, par exemple sa raison sociale et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit ;

h) Le prix toutes taxes comprises, ou, lorsque la nature du produit signifie que le prix ne peut raisonnablement pas être calculé à l'avance, la manière dont le prix est calculé, ainsi que, le cas échéant, tous les coûts supplémentaires de transport, de livraison et postaux, ou, lorsque ces coûts ne peuvent raisonnablement pas être calculés à l'avance, la mention que ces coûts peuvent être à la charge du consommateur ;

i) Les modalités de paiement, de livraison, d'exécution et de traitement des réclamations, si elles diffèrent des conditions de la diligence professionnelle ;

j) Pour les produits et transactions impliquant un droit de rétractation ou d'annulation, l'existence d'un tel droit ;

7. Les informations qui ont été prévues par le droit communautaire et qui sont relatives aux communications commerciales, y compris la publicité ou le marketing, et dont une liste non exhaustive figure à l'annexe II, sont réputées substantielles ;

Qu'ainsi, s'agissant de l'omission d'information, la directive n'exige, et l'article L.121-1 du Code de la consommation avec elle, que soient portées à la connaissance du consommateur que les informations substantielles, c'est-à-dire celles sans lesquelles ce dernier risquerait de prendre une décision différente ; qu'il convient aussi de souligner que le dix huitième considérant rappelle que « la directive prend comme critère d'évaluation le consommateur moyen qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques » ; qu'il est donc permis de considérer que, lorsqu'un consommateur moyen envisage d'acquérir un produit sophistiqué, comme en l'espèce, il lui incombe de recueillir au préalable un minimum d'informations techniques propres à l'éclairer dans sa décision, dont le niveau, du reste, variera en fonction de ses capacités personnelles en la matière, et qui compléteront les informations substantielles que le commerçant lui aura délivrées, conformément à ses obligations ; qu'il est constant en l'espèce qu'il existe un marché de l'ordinateur nu, toutefois limité et plutôt réservé aux magasins spécialisés en informatique, et que les logiciels qui sont préinstallés sur les ordinateurs sont disponibles sur le marché, seuls, tant en version OEM

(Original Equipment Manufacturer), allégée, moins chère et correspondant sans doute aux modèles préinstallés sur les ordinateurs, qu'en version «boîte », plus onéreuse mais plus complète et ré-installable : que s'agissant des informations relatives aux conditions d'utilisation du logiciel, elles ne sauraient être considérées comme des caractéristiques principales du produit, si l'on tient compte, comme le préconise l'article 7, 4, a, de la directive, de l'aspect technique de telles informations, qui ne se prêtent pas à la communication, nécessairement limitée, que peut effectuer un magasin non spécialisé dans le cadre d'une offre de vente ; qu'au demeurant, UFC Que Choisir ne précise pas en quoi ces informations seraient substantielles, en particulier en quoi elles seraient déterminantes de la décision d'achat d'un consommateur moyen, et, en tout cas, ne verse aux débats aucun élément en ce sens, étant observé que le seul fait que de plus en plus de consommateurs se familiarisent avec l'informatique n'implique pas que ces derniers soient en mesure de porter une appréciation critique sur les conditions d'usage respectives des logiciels, en particulier d'exploitation, disponibles sur le marché ; qu'en l'état des éléments qui lui sont soumis, la Cour estime qu'il importe essentiellement que le consommateur moyen soit avisé, comme c'est le cas en l'espèce, que l'ordinateur proposé à la vente est équipé de certains logiciels, précisément identifiés, ce qui lui permet, le cas échéant, de recueillir par lui-même, à supposer qu'il en ait la capacité, des renseignements plus approfondis à cet égard ; que s'agissant du prix des logiciels en cause, et même si cette information peut entrer en ligne de compte au moment de l'achat, elle n'en revêt pas pour autant un caractère substantiel puisque, ce qui importe avant tout pour le consommateur, c'est de connaître le prix global de l'objet proposé à la vente ; que tel est le sens, au demeurant, de la directive (article 7, 4, c sus-reproduit), comme de l'article L. 121-1 (II, 3°) du Code de la consommation, qui se bornent à viser le prix du produit, sans introduire d'exigence supplémentaire en cas de vente groupée de plusieurs produits ; que sur cette question également, UFC Que Choisir ne démontre pas qu'une information différenciée soit indispensable à la prise de décision d'un consommateur moyen, d'autant que ce dernier a toute facilité pour comparer les prix des ordinateurs pré-équipés de logiciels identiques, qui constituent actuellement encore le standard de l'offre de vente ; qu'au demeurant, DARTY justifie, ainsi qu'il sera vu ci-après, de l'impossibilité où elle se trouve, compte tenu de la structure de l'offre des fabricants, de connaître précisément les prix respectifs de l'ordinateur nu et des logiciels installés ; qu'enfin, un consommateur plus averti a toujours la possibilité de comparer le prix global de l'ordinateur pré-équipé avec celui des logiciels disponibles sur le marché – même des OEM – et des ordinateurs nus, ce qui lui permet, tout de même, de mesurer l'avantage éventuellement consenti ; qu'en cet état, la cour estime que les informations non communiquées ne sont pas de celles qui sont susceptibles d'amener un consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il ne prendrait pas autrement, ainsi que l'exige la directive du 22 mai 2005 ; qu'il suit de là que les demandes d'UFC Que

Choisir présentées sur le fondement des articles L. 121-1 et L. 122-1 du Code de la consommation ne sont pas fondées ;

ET AUX MOTIFS QUE c'est à juste titre que DARTY, invoquant le caractère composite du produit en cause, se prévaut de l'impossibilité où elle se trouve de fournir le prix exact de l'ordinateur nu et chacun des logiciels préinstallés ; qu'en effet, les fournisseurs concluent avec les éditeurs de logiciels des accords d'intégration auxquels les distributeurs sont étrangers et dont les conditions, éminemment variables en fonction des intérêts négociés de chacun, ne leur sont pas communiquées, étant couverte par le secret des affaires ; que DARTY justifie d'ailleurs que ces ordinateurs, ainsi équipés, lui sont facturés globalement, sans distinction entre le prix de l'ordinateur et celui des logiciels, et que ses demandes pressantes adressées le 26 juin 2008 à ses fournisseurs (Toshiba, Asus, Apple, Packard Bell, Sony, Hewlett Packard, Fujitsu-Siemens et Acer), dans le but de satisfaire à l'injonction du tribunal, sont demeurées vaines, Apple ayant répondu que ses logiciels, conçus par elle, ne sont pas vendus séparément, Hewlett Packard ayant fait valoir que « les logiciels qu'(elle) se procure en très grandes quantités pour en équiper ses ordinateurs doivent être distingués de ceux disponibles dans le commerce et que ces composants ne font pas l'objet d'une commercialisation séparée » et qu'elle estimait en conséquence que « le prix des logiciels dont elle équipe ses machines et dont elle n'est pas par ailleurs revendeur est un élément de la structure du coût de ses ordinateurs et relève du secret des affaires », et les autres n'ayant tout simplement pas accédé à sa requête ; que M. Jérôme Bédier, président de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution, et M. Jacques Cescenzo, délégué général de la Fédération du commerce et services de l'électrodomestique et du multimédia, attestent d'ailleurs chacun de cette situation et de l'impossibilité où se trouvent les distributeurs d'isoler, au sein du prix global qui leur est facturé, le prix des logiciels préinstallés ; qu'ainsi, DARTY ne peut, sans prendre le risque de délivrer une information inexacte, indiquer le prix des logiciels, serait-ce le prix auquel ces logiciels, éventuellement des OEM, sont vendus sur le marché, aucun élément ne lui permettant de s'assurer que tel est bien ce prix qui est appliqué aux produits qu'elle commercialise ; qu'au demeurant, ces logiciels étant disponibles sur le marché et largement distribués, il est aisé à un consommateur moyen de se procurer cette information au sein du magasin lui-même ou auprès des concurrents, sachant toutefois qu'il n'obtiendra qu'un ordre de grandeur et non une information exacte quant aux logiciels préinstallés ;

ENFIN AUX MOTIFS QUE compte tenu de ce qui vient d'être jugé, UFC Que Choisir n'est pas fondée non plus à revendiquer l'indemnisation du préjudice causé à la collectivité des consommateurs ; que ses demandes de réparation financière et de diffusion doivent donc être rejetées également ;

ALORS QU'une pratique commerciale est réputée déloyale lorsqu'elle omet une information substantielle dont le consommateur moyen, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause ; qu'en jugeant que la société DARTY n'avait pas à fournir aux consommateurs les informations relatives aux conditions d'utilisation des logiciels, d'ordre technique, et pouvait se borner à identifier ceux équipant les ordinateurs qu'elle distribue, sans rechercher si ce défaut d'information ne privait pas le consommateur moyen de la possibilité de déterminer si ces logiciels correspondaient à ses attentes et donc de toute possibilité de n'acquérir que ceux dont il aurait l'usage, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 120-1 du Code de la consommation.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (très subsidiaire)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'AVOIR débouté l'Association UFC Que Choisir de ses demandes contre la société Etablissement DARTY et FILS, tendant à ce qu'il soit ordonné à la société DARTY et FILS d'indiquer le prix des logiciels d'exploitation et d'utilisation préinstallés sur les ordinateurs qu'elle expose à la vente dans son réseau de magasins DARTY, d'ordonner la diffusion d'un communiqué judiciaire sur son site internet et qu'elle soit condamnée à lui payer la somme de 30.000 € en réparation du préjudice indûment porté à la collectivité des consommateurs, en ce qu'elles étaient fondées sur l'article 7 de l'arrêté du ministre de l'économie du 3 décembre 1987, relatif à l'information du consommateur sur les prix ;

AUX MOTIFS QUE, sur les demandes d'UFC Que Choisir en ce qu'elles sont fondées sur l'article 7 de l'arrêté du ministre de l'économie du 3 décembre 1987, l'article 7 de l'arrêté du ministre de l'économie du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, dispose que « les produits vendus par lots doivent comporter un écriteau mentionnant le prix et la composition du lot ainsi que le prix de chaque produit composant le lot » ; que c'est à juste titre que DARTY, invoquant le caractère composite du produit en cause, se prévaut de l'impossibilité où elle se trouve de fournir le prix exact de l'ordinateur nu et chacun des logiciels préinstallés ; qu'en effet, les fournisseurs concluent avec les éditeurs de logiciels des accords d'intégration auxquels les distributeurs sont étrangers et dont les conditions, éminemment variables en fonction des intérêts négociés de chacun, ne leur sont pas communiquées, étant couverte par le secret des affaires ; que DARTY justifie d'ailleurs que ces ordinateurs, ainsi équipés, lui sont facturés globalement, sans distinction entre le prix de l'ordinateur et celui des logiciels, et que ses demandes pressantes adressées le 26 juin 2008 à ses fournisseurs (Toshiba, Asus, Apple, Packard Bell, Sony, Hewlett Packard, Fujitsu-Siemens et Acer), dans le but de satisfaire à l'injonction du tribunal, sont demeurées vaines, Apple ayant répondu que ses logiciels, conçus par elle, ne sont pas vendus séparément,

Hewlett Packard ayant fait valoir que « les logiciels qu'(elle) se procure en très grandes quantités pour en équiper ses ordinateurs doivent être distingués de ceux disponibles dans le commerce et que ces composants ne font pas l'objet d'une commercialisation séparée » et qu'elle estimait en conséquence que « le prix des logiciels dont elle équipe ses machines et dont elle n'est pas par ailleurs revendeur est un élément de la structure du coût de ses ordinateurs et relève du secret des affaires », et les autres n'ayant tout simplement pas accédé à sa requête ; que M. Jérôme Bédier, président de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution, et M. Jacques Cescenzo, délégué général de la Fédération du commerce et services de l'électrodomestique et du multimédia, attestent d'ailleurs chacun de cette situation et de l'impossibilité où se trouvent les distributeurs d'isoler, au sein du prix global qui leur est facturé, le prix des logiciels préinstallés ; qu'ainsi, DARTY ne peut, sans prendre le risque de délivrer une information inexacte, indiquer le prix des logiciels, serait-ce le prix auquel ces logiciels, éventuellement des OEM, sont vendus sur le marché, aucun élément ne lui permettant de s'assurer que tel est bien ce prix qui est appliqué aux produits qu'elle commercialise ; qu'au demeurant, ces logiciels étant disponibles sur le marché et largement distribués, il est aisé à un consommateur moyen de se procurer cette information au sein du magasin lui-même ou auprès des concurrents, sachant toutefois qu'il n'obtiendra qu'un ordre de grandeur et non une information exacte quant aux logiciels préinstallés ; qu'il suit de là que, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la comptabilité de l'article 7 de l'arrêté avec la norme communautaire, les demandes d'UFC Que Choisir présentées sur le fondement de ce texte ne peuvent être accueillies ; que, compte tenu de ce qui vient d'être jugé, UFC Que Choisir n'est pas fondée non plus à revendiquer l'indemnisation du préjudice causé à la collectivité des consommateurs ; que ses demandes de réparation financière et de diffusion doivent donc être rejetées également ;

1) ALORS QU'en relevant, pour exonérer la société DARTY de toute obligation d'information relative au prix des différents composants des ordinateurs équipés de logiciels préinstallés distribués dans ses magasins, que cette société justifiait des obstacles auxquels elle s'était heurtée, compte tenu de la structure de l'offre des fabricants, pour connaître précisément les prix respectifs de l'ordinateur nu et des logiciels installés, quand elle constatait elle-même qu'un simple consommateur, serait-il averti, avait toujours la possibilité de prendre connaissance de cette information en comparant le prix global de l'ordinateur prééquipé avec celui des logiciels disponibles sur le marché –même des OEM- et des ordinateurs nus, la Cour d'appel a entaché sa décision d'une contradiction de motifs et a ainsi violé l'article 455 du Code de procédure civile ;

2) ALORS QU'en toute hypothèse, seul l'état de nécessité ou l'impossibilité absolue peut exonérer un professionnel de son obligation légale d'information ; qu'en se bornant à relever, pour exonérer la société DARTY

de toute obligation d'information relative au prix des différents composants des ordinateurs équipés de logiciels préinstallés distribués dans ses magasins, que ses démarches auprès de ses fournisseurs étaient demeurées vaines, sans rechercher si ce distributeur avait mis en oeuvre tous les moyens à sa disposition pour avoir connaissance de ces informations et les transmettre au consommateur, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 7 de l'arrêté du ministre de l'économie du 3 décembre 1987.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné l'Association UFC Que Choisir à diffuser sur son site Internet, en page d'accueil, pendant une durée de trois mois à compter de sa signification, le dispositif de l'arrêt en ce qu'il la concerne, et à le publier dans le prochain numéro de la revue mensuelle « Que choisir » qu'elle édite ;

AUX MOTIFS QU'il est constant que UFC-Que Choisir a communiqué très largement au moment où elle a engagé cette action, DARTY versant aux débats les articles qui ont relayé l'information dans des médias comme «Le Monde », « L'expansion », « Le journal du Net », « 20 minutes », « Les échos du Net », « le nouvel Obs », « L'Argus de l'audiovisuel », « ITR News», en particulier dans leurs versions disponibles sur Internet : qu'en procédant ainsi, sans attendre le résultat de l'action judiciaire qu'elle engageait, UFCQue Choisir a pris un risque, qu'elle doit assumer à présent et qui l'oblige à réparer le préjudice moral qu'elle a causé à DARTY ; que, sur la gravité de cette imprudence toutefois, il convient d'observer qu'au moment où elle a fait délivrer l'assignation, le droit positif lui était plutôt favorable puisque l'arrêt de la Cour de Justice n'avait pas encore été rendu, sa position était bien reçue par les autorités, notamment par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, et était même défendue par quelques parlementaires qui avaient posé des questions au gouvernement sur la nécessité de parvenir à la généralisation de ventes d'ordinateurs nus ou en tout cas non susceptibles de contraindre le consommateur à l'achat d'un logiciel préinstallé, suscitant du reste une réponse globalement en ce sens ; que la cour estime en conséquence que le préjudice d'image qui a été porté à DARTY sera suffisamment réparé par la diffusion du dispositif du présent arrêt sur le site Internet de l'association pendant une durée de trois mois, et dans le prochain numéro de sa revue « Que choisir » ;

ALORS QUE n'abusent pas de leur droit de libre expression des associations qui agissent conformément à leur objet, dans un but d'intérêt général, et par des moyens proportionnés à cette fin ; qu'en jugeant qu'en communiquant sur les pratiques commerciales de la société DARTY qu'elle estimait, avec les autorités publiques, déloyales envers les consommateurs,

l'Association UFC-Que Choisir avait commis une imprudence fautive ayant causé un préjudice moral à la société, quand l'association avait alors agi conformément à son objet, dans un but de défense des intérêts des consommateurs, par des moyens proportionnés à cette fin et qui étaient les seuls à sa disposition pour informer les consommateurs, de sorte qu'elle n'avait pu abuser de son droit de libre expression, la Cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil, ensemble l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.