

Actualités du droit du sport

Sport et libertés fondamentales



Thibault Verbiest

www.uly's.net

Avocat au barreau de Paris et Bruxelles

**Chargé d'enseignement à l'Université
Paris I (Sorbonne) et Paris II (Assas)**

Le 6 mai 2010, Paris

- Sport et droit de la consommation
- Sport et droit de la concurrence

Commercialisation de la chaîne Orange Sport

- ❑ T. Com. Paris, 23 février 2009, Free et a.
- ❑ CA Paris, 14 mai 2009, SA France Telecom c/ SAS Free et a.
- ❑ Aut. conc., avis n°09-A-42, 7 juillet 2009

□ Les faits :

- En 2008, France Telecom a acquis trois des douze lots mis en vente par la LFP pour la retransmission de la Ligue 1 et ce pour un montant total de 203 millions d'euros par saison
- Afin d'optimiser la rentabilité de son investissement, France Télécom a décidé que l'accès à Orange Foot ne serait accessible qu'aux abonnés Orange ayant souscrit une offre *triple play / multiplay* (l'accès à internet haut débit, la téléphonie fixe et la télévision par ADSL)
- Les consommateurs intéressés par la retransmission des matchs du samedi soir ont donc l'obligation de recourir à Orange en tant que fournisseur d'accès internet au détriment de tout autre opérateur
- Free et Neuf Cegetel ont alors contesté ce mode de commercialisation de la chaîne Orange Foot en invoquant :
 - une entorse aux prescriptions de l'article L. 122-1 du Code de la consommation prohibant la vente dite subordonnée
 - une pratique constitutive de concurrence déloyale
- La LFP est intervenue volontairement à l'instance pour défendre le modèle économique mis en place pour la commercialisation des droits de la Ligue 1

□ Le jugement :

- Concernant la vente subordonnée (article L. 122-1 Code cons.) :
 - JP : vente subordonnée caractérisée si les produits sont dissociables, sans lien étroit
 - En l'espèce, Orange Foot et l'abonnement d'accès à Internet haut débit Orange sont distincts, dissociables et non complémentaires
 - « *l'offre Orange Foot, en ce qu'elle conditionne l'abonnement à la chaîne Orange Foot à un abonnement Internet Orange, constitue une vente subordonnée, prohibée par l'article L. 122-1 du Code de la consommation* ».

- Concernant la concurrence déloyale (article 1382 Code civ.) :
 - Actes de concurrence déloyale caractérisés : détournement de clientèle
 - Préjudice calculé par des experts à partir :
 - Du nombre d'abonnements à une offre d'accès Internet Orange en même temps qu'à Orange Foot souscrits par désabonnement de Free et Neuf Cegetel
 - Du nombre d'abonnements à une offre d'accès Internet Orange souscrits en conséquence de la commercialisation illicite de l'offre Orange Foot et dont Free et Neuf Cegetel ont pu être privés de ce fait.

□ Analyse :

- Originalité du fondement juridique invoqué par Free et Cegetel :
 - Droit de la consommation : article L. 122-1 Code cons.
 - Au détriment du droit de la concurrence : article L. 420-2 Code com.

- Justification possible :
 - Vente subordonnée plus facile à caractériser :
 - Dissociabilité des produits en cause
 - Impossibilité pour le consommateur d'acquérir séparément les produits

 - Vente liée ou abus de position dominante plus délicate à démontrer :
 - Analyse du marché pertinent
 - Caractère distinct des produits en cause
 - Position dominante de l'entreprise
 - Impossibilité pour le consommateur d'obtenir les produits séparément
 - Restriction de concurrence

□ L'arrêt :

- Infirme le jugement de 1^{ère} instance qui interdisait à Orange de lier l'abonnement à Orange Sport à la souscription de l'offre *multiplay*
- Affirme la licéité de l'offre d'Orange :
 - Par une relecture communautaire de l'article L. 122-1 du Code cons. au regard de la directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales (directive d'harmonisation complète)
 - À l'appui d'une décision de la CJCE : la directive « *s'oppose à une réglementation nationale (...) qui (...) interdit toute offre conjointe faite par un vendeur à un consommateur* »
 - CJCE, 23 avril 2009, aff. C-261/07, VTB-VAB NV c/ Total Belgium, et C-299/07, Galatea BVBA c/ Sanoma Magazines Belgium NV.

□ Le raisonnement :

- Selon la directive, dès lors que la vente subordonnée ne relève pas de la liste des 31 pratiques considérées comme interdites *per se*, il revient au juge national, pour la condamner, de constater qu'elle est « *contraire aux exigences de diligence professionnelle et altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit* ».
- 1^{ère} condition :
 - Aucun manquement à la diligence ou à l'honnêteté commerciale
 - Recherche légitime d'un retour sur investissement par Orange
- 2^e condition :
 - Aucune altération de la liberté de choix des consommateurs
 - Consommateur libre de ne pas contracter

- Par lettre enregistrée le 8 janvier 2009, le Ministre de l'Economie , de l'industrie et de l'emploi, a sollicité, sur le fondement des articles L. 462-1 du Code de commerce, l'avis du Conseil de la concurrence sur les relations d'exclusivité entre activités d'opérateurs de communication électronique et de distribution de contenus et de services.

- Question posée : les exclusivités acquises par les fournisseurs d'accès à Internet sur certains contenus ne sont-elles pas susceptibles de détériorer la concurrence sur le marché aval ?

- Cet avis a une incidence sur la problématique de la commercialisation de la chaîne Orange Sport.

□ Avis :

- La situation actuelle du secteur de la télévision payante rend souhaitable l'entrée de nouveaux acteurs sur ce marché

- Mais, la double exclusivité de distribution et d'accès est un « modèle économique contestable » :
 - existence d'autres propositions pour favoriser l'incitation à investir dans les contenus, moins dommageables pour la concurrence
 - la bonne réponse à une insuffisance de compétition en amont n'est pas d'encourager une stratégie qui peut avoir pour effet potentiel le verrouillage de la concurrence en aval
 - l'imitation et la généralisation du modèle de la double exclusivité comportent des risques sérieux pour l'intensité de la concurrence et la liberté des consommateurs sur les marchés du haut débit et –demain- du très haut débit
 - Enfermement du consommateur dans un « écosystème fermé »
 - Emergence d'un duopole : Canal+/SFR et Orange

□ Recommandations :

- L'exclusivité d'accès doit rester une solution exceptionnelle, strictement limitée dans sa durée et dans son champ :
 - Exclusivité 1 à 2 ans maximum
 - Champ réduit aux véritables innovations de nature technique ou commerciale
 - Pb du retour sur investissement ?
- L'auto-distribution est une solution d'équilibre satisfaisante :
 - Un distributeur peut se réserver l'exclusivité de certaines chaînes
 - Cela ne s'oppose pas à ce qu'il distribue son offre sur le plus grand nombre possible de plates-formes : satellite, télévision par ADSL, réseaux FTTx
 - Le distributeur du bouquet conserve alors la relation commerciale avec l'abonné, et l'on parle alors d'auto-distribution.
- La régulation du marché de gros des chaînes payantes reste un complément indispensable
 - Question du développement des services interactifs et de la fibre optique

□ En conclusion : « un signal fort du législateur est nécessaire »

- ❑ Qu'advient-il de la commercialisation de la chaîne Orange Sport au regard de cet avis ?
 - A la fin de la saison 2009/2010 de la Ligue 1, échéance de l'exclusivité de 2 ans maximum préconisée par l'Autorité de la concurrence
 - Mise en place du modèle de l'auto-distribution par Orange ?

Commercialisation des droits marketing de la Fédération Française de Football

- ❑ Aut. conc., déc. n° 09-D-31 du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la FFF

□ L'affaire :

- Par décisions des 28 août 2001 et 1er juin 2004, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur de la gestion des droits dans le football professionnel et de la publicité dans les stades.
- Le 21 septembre 2004, une enquête a été demandée à la DGCCRF qui a effectué le 17 février 2005 une série d'opérations de visite et saisie auprès des sociétés et organismes intervenant dans ce secteur
- Après avoir reçu le 7 septembre 2006 le rapport administratif d'enquête, le rapporteur général du Conseil a décidé, par décision en date du 2 janvier 2008, de disjoindre ce dossier en deux affaires :
 - La première, qui fait l'objet de la présente décision, est relative à la gestion des droits sportifs de la Fédération Française de Football
 - La seconde, relative à la gestion des droits de la Ligue de football professionnel, a été enregistrée sous le numéro 08/0001F.

□ Les faits

- De 1985 à 2002, les contrats de commercialisation des droits marketing entre la FFF et Sportfive ont été systématiquement renouvelés sans faire l'objet au préalable d'appels d'offres
- En 2002, sous la pression de la Cour des comptes, un appel d'offres est lancé. Mais, des pratiques entre la FFF et Sportfive vont avoir lieu :
 - Pendant le déroulement de l'appel d'offres, limitation d'emblée de la publicité de l'appel d'offres, et concertation pour empêcher un concurrent d'avoir les informations nécessaires au chiffrage de sa proposition
 - Négociation après l'attribution du marché à Sportfive et avant sa signature définitive en 2002 des modifications substantielles du contrat initial
 - Signature en mai 2003 et avril 2004 d'avenants qui ont, entre autres, supprimé définitivement le minimum garanti, élément essentiel du contrat

□ L'argumentation :

- Un des arguments de Sportfive : aucune obligation légale de mise en concurrence pèse sur les fédérations sportives en vertu notamment de la loi du 6 juillet 2000 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives
- Autorité de la Concurrence :
 - Cette absence d'obligation d'organiser un appel d'offres joue pour le renouvellement et non pour l'attribution des contrats
 - Cons. conc. déc. n° 01-D-16,24 avril 2001 : rappelle le principe de l'application du droit de la concurrence à l'attribution d'un contrat de concession conclu de gré à gré.

□ Le raisonnement :

- Concernant l'étendue de l'exclusivité concédée :
 - Un accord exclusif de parrainage et de fourniture d'équipement peut être illicite en raison de sa trop longue durée ou de la nature des clauses qu'il contient
 - Cons. conc. déc. n° 97-D-71, 21 octobre 1997 LNF
 - Cons. conc. déc. n° 98-D-31, 13 mai 1998, FF Escrime
 - Si les pratiques d'exclusivité ne sont pas interdites *per se*, « *il convient : de s'assurer que les clauses d'exclusivité n'instaurent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité et la contrepartie économique obtenue par le client* »
 - Cons. conc. déc. n° 07-MC-01, 25 avril 2007
 - « *la durée de l'exclusivité ne doit pas être inhabituelle et disproportionnée par rapport aux usages contractuels du secteur d'activité* »
 - Cons. conc. déc. n° 07-MC-01, 25 avril 2007

□ La décision : Caractérisation d'une entente entre la FFF et Sportfive

▪ Des accords exclusifs de très longue durée sans appel à la concurrence

« par leur étendue, leur durée, le caractère fréquemment anticipé de leur renouvellement, les clauses de tacite reconduction et les clauses d'indemnité de fin de contrat qu'ils contiennent, ces contrats ont un caractère anticoncurrentiel dans la mesure où ils ont eu pour objet et pour effet de soustraire pendant une longue période la commercialisation de ces droits au libre jeu de la concurrence »

▪ L'organisation de l'appel d'offres de 2001 pour l'attribution de la totalité des droits marketing de la FFF montre que la FFF et Sportfive se sont ensuite concertées pour éliminer toute concurrence

« Ces pratiques ont faussé l'appel à la concurrence organisé par la FFF en confortant les droits exclusifs de l'opérateur en place et en fermant le marché à toute concurrence extérieure »

□ Les sanctions :

- Eléments évoqués par l'Autorité de la concurrence :
 - Marketing de l'Equipe de France attractif à l'époque en raison des succès
 - Diminution des ressources de la FFF notamment pour des missions comme le développement du sport amateur
 - Limitation à d'autres intermédiaires

- Sportfive : amende de 6 millions d'euros

- FFF :
 - Recours à la procédure de non contestation des griefs (L. 464-2 III Code com.)
 - Engagements souscrits : appel d'offres pour :
 - Contrats relatifs aux choix de l'équipementier sportif (limitation à 4 ans voire 6 ans dans des cas particuliers)
 - Contrats relatifs à l'acquisition des droits TV (limitation à 4 ans voire 6 ans dans des cas particuliers)
 - Contrats d'intermédiation (limitation à 4 ans voire 6 ans dans des cas particuliers)
 - Réfaction de sanction de 40%: amende de 900 000 euros

- ❑ Autorité de la concurrence : décision exemplaire

- ❑ Conséquences :
 - Mise en place d'une procédure de mise en concurrence pour la commercialisation des droits marketing et d'intermédiation

 - Procédure de mise en concurrence publique, transparente, régulière et non discriminatoire

 - Veiller à la durée de l'exclusivité des droits concédés par les contrats

 - Prise de conscience de l'impact des clauses de renouvellement, tacite de reconduction, sortie de contrat, fin de contrat...