

Copies exécutoires REPUBLIQUE FRANCAISE

délivrées aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 1 - Chambre 8

ARRET DU 25 NOVEMBRE 2022

(n° , 7 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 22/06318 - N° Portalis 35L7-V-B7G-CFRIZ

Décision déferée à la Cour : Ordonnance du 03 Mars 2022 -Président du TJ de PARIS 17 - RG n° 21/58660

APPELANTE

S.A.S. SELECTRA, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité au siège,

[Adresse 2]

[Localité 4]

Représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD de la SELARL LEXAVOUE PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de PARIS,
toque : C2477

Assistée par Me Djazia TIOURTITE de la société BIRD&BIRD, avocat au barreau de PARIS, toque : R255

INTIMEE

Association UNION FEDERALE DES CONSOMMATEURS-QUE CHOISIR, prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité au siège,

[Adresse 1]

[Localité 3]

Représentée par Me Alexis MACCHETTO, avocat au barreau de PARIS, toque : E1476

Assistée par Me Magali BUTTARD, avocat au barreau de PARIS, substituant Me Alexis MACCHETTO avocat au barreau de PARIS, toque : E1476

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 805 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 27 octobre 2022, en audience publique, les avocats des parties ne s'y étant pas opposés, devant Florence LAGEMI, Président chargé du rapport et Rachel LE COTTY, Conseiller.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de:

Florence LAGEMI, Président,

Rachel LE COTTY, Conseiller,

Patrick BIROLLEAU, Magistrat honoraire,

Greffier, lors des débats : Marie GOIN

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE

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

- signé par Florence LAGEMI, Président et par Marie GOIN, Greffier présent lors de la mise à disposition.

La société Selectra, créée en 2007, a pour activité le courtage en énergie, le courtage d'assurances, ainsi que toute activité, notamment publicitaire, d'affiliation, de télémarketing et de courtage sur internet et par téléphone, d'intermédiaire web et télémarketing et organisation de prestations de services pour des secteurs variés dont celui de l'énergie.

Parmi ses activités, elle propose au public un service de comparateur des offres des fournisseurs d'énergie sur son site internet mais aussi sur d'autres sites dont l'un accessible à l'adresse <https://www.kelwatt.fr>.

Le 13 juillet 2021, l'association Union fédérale des consommateurs-Que choisir (ci-après UFC-Que choisir), association de défense des consommateurs régie par la loi de 1901 et organe de presse, a publié sur son site internet, <https://www.quechoisir.org>, un article intitulé "Comparateur énergie selectra. Informations trompeuses et parasitisme".

Estimant que cet article comporte des appréciations dénigrantes sur le fonctionnement, la qualité et l'objectivité de ses services offerts aux consommateurs, constitutives d'une communication commerciale agressive et déloyale de la part de l'UFC- Que choisir dont l'évolution des activités la place dans une position de concurrente, la société Selectra l'a mise en demeure, le 30 juillet 2021, de procéder au retrait de l'intégralité de l'article.

Cette mise en demeure étant restée infructueuse, la société Selectra a, par acte du 25 octobre 2021, fait assigner l'association UFC-Que choisir devant le juge des référés du tribunal judiciaire de Paris aux fins, notamment, de faire déclarer que cette dernière s'est livrée à des actes de dénigrement par la publication sur son site internet d'un article mettant directement en cause ses pratiques, d'ordonner la cessation de toute diffusion de l'article litigieux et la publication de la décision.

Par ordonnance du 3 mars 2022, le juge des référés a :

dit n'y avoir lieu à constater un aveu judiciaire de la société Selectra ;

rejeté l'exception de procédure soulevée par l'association UFC-Que choisir ;

déclaré la société Selectra recevable en ses demandes ;

dit n'y avoir lieu à référé sur la demande reconventionnelle en communication de pièces formée par l'association UFC-Que choisir ;

dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes de la société Selectra ;

condamné la société Selectra aux dépens de l'instance ;

condamné la société Selectra à payer à l'association UFC-Que choisir la somme de 3.000 euros sur 1e fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Par déclaration du 24 mars 2022, la société Selectra a relevé appel de cette décision en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé sur ses demandes et l'a condamnée au paiement des dépens et d'une indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Dans ses dernières conclusions remises et notifiées le 7 juillet 2022, la société Selectra demande à la cour de :

confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à constater un aveu judiciaire, rejeté l'exception de procédure soulevée par l'association UFC-Que choisir, déclaré recevable ses demandes et rejeté la demande de communication de pièces formée par l'association UFC-Que choisir ;

infirmer l'ordonnance en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référer sur ses demandes et l'a condamnée à payer une somme de 3.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens ;

et statuant à nouveau,

déclarer que l'association UFC-Que choisir s'est livrée à des actes de dénigrement par la publication sur son site internet d'un article critiquant ses activités et services ;

ordonner à l'association UFC-Que choisir de cesser toute diffusion de l'article et de supprimer intégralement l'article publié sur son site internet, et ce sous astreinte de 500 euros par jour de retard, passé un délai de 48 heures à compter de la décision à intervenir ;

ordonner à l'association UFC-Que choisir de publier l'arrêt à intervenir en intégralité en haut de la page d'accueil du site internet <https://www.quechoisir.org/> en une police et taille de caractères identiques à celles utilisées pour l'article litigieux, pendant un délai de 30 jours à compter de sa mise en ligne, et ce sous astreinte de 500 euros par jour de retard, passé un délai de 10 jours à compter de la décision à intervenir ;

se réserver la liquidation des astreintes ainsi prononcées ;

l'autoriser à publier l'arrêt à intervenir, en intégralité ou par extraits de son choix, sur son site internet, <https://Selectra.info/>, pendant un délai de 30 jours à compter de sa mise en ligne ;

en tout état de cause,

débouter l'association UFC-Que choisir de l'ensemble de ses demandes ;

condamner l'UFC-Que choisir à lui verser la somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens de première instance et d'appel.

Dans ses dernières conclusions remises et notifiées le 30 juillet 2022, l'association UFC-Que choisir demande à la cour de :

infirmier l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a :

dit n'y avoir lieu à constater un aveu judiciaire de la société Selectra ;

rejeté l'exception de procédure soulevée par elle ;

déclaré la société Selectra recevable en ses demandes ;

dit n'y avoir lieu à référé sur sa demande reconventionnelle en communication de pièces ;

et, statuant à nouveau de ces chefs infirmés,

in limine litis :

constater l'aveu judiciaire de la société Selectra s'agissant :

de l'atteinte, personnelle, à son honneur et sa considération qu'elle a ressentie à la diffusion des propos qu'elle poursuit ;

du sujet traité par l'intitulé de l'article en cause ;

constater que les propos litigieux relèvent de l'article 29, alinéa 1er, de la loi du 29 juillet 1881 ;

constater, en conséquence et au visa de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, la nullité de l'assignation délivrée à la requête de la société Selectra par acte en date du 25 octobre 2021 ;

dire et juger l'assignation délivrée à la requête de la société Selectra par acte en date du 25 octobre 2021 entachée de nullité ;

constater, au visa de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, la prescription de l'action ;

constater, au visa de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 et des articles 42 à 44 de la loi du 29 juillet 1881, l'absence de mise en cause du directeur de la publication du site internet www.quechoisir.org ;

dire et juger la société Selectra irrecevable en son action ;

à défaut, à titre principal :

déclarer irrecevable la demande formée par la société Selectra tendant à ce que la cour déclare qu'elle s'est livrée à des actes de dénigrement par la publication sur son site internet d'un article mettant directement en cause les pratiques et services de Selectra, cela ne relevant pas des pouvoirs du juge des référés,

constater que la société Selectra ne rapporte pas la preuve du trouble manifestement illicite ni du dommage imminent qu'elle invoque du chef de dénigrement ;

constater l'absence de trouble manifestement illicite et de dommage imminent ;

confirmer l'ordonnance attaquée en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes de la société Selectra ;

dire n'y avoir lieu à référé sur les demandes de cette société ;

débouter la société Selectra de l'ensemble de ses demandes ;

à défaut, à titre subsidiaire :

cantonner la demande de cessation et de suppression de l'article litigieux formée par la société Selectra aux seuls passages argués d'être constitutifs d'un trouble manifestement illicite et source d'un dommage imminent, à savoir :

- dans le titre de l'article, les propos suivants : « informations trompeuses et parasitisme »

- dans le corps de l'article les propos suivants : « les comparateurs d'énergie de la société Selectra, ainsi que Kelwatt qui lui appartient, se font rémunérer par des fournisseurs de gaz et d'électricité pour les référencer et proposer leurs offres commerciales aux consommateurs. Il s'agit d'une pratique éminemment contestable, qui n'a rien à voir avec l'information objective et complète sur toutes les offres disponibles » et,

« une nouvelle fois, Que choisir met en garde contre tous ces pseudo-comparateurs d'énergie qui ne référencent pas toutes les offres mais orientent vers les fournisseurs de gaz et d'électricité qui acceptent de les rémunérer à chaque contrat signé » ;

et en particulier aux seuls passages potentiellement retenus comme constitutifs d'un trouble manifestement illicite et source d'un dommage imminent ;

rejeter les demandes tendant à voir ordonnée d'une part, et autorisée d'autre part, la publication de la décision à intervenir par les parties,

rejeter la demande de la société Selectra tendant à ce qu'elle soit condamnée à lui verser la somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ainsi qu'aux entiers dépens de première instance et d'appel ;

en tout état de cause :

débouter la société Selectra de l'ensemble de ses prétentions ;

confirmer l'ordonnance querellée en ce qu'elle a condamné la société Selectra à lui verser une somme de 3.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés en première instance ;

confirmer l'ordonnance en ce qu'elle a condamné la société Selectra aux dépens de première instance,

condamner la société Selectra à lui verser une somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile pour les frais irrépétibles exposés en cause d'appel ;

condamner la société Selectra aux entiers dépens d'appel, avec faculté de recouvrement direct conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

La clôture de la procédure a été prononcée le 12 octobre 2022.

Pour un exposé plus détaillé des faits, de la procédure, des moyens et prétentions des parties, la cour renvoie expressément à la décision déferée ainsi qu'aux conclusions susvisées, conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

SUR CE, LA COUR

La société Selectra a saisi le juge des référés sur le fondement des articles 835 du code de procédure civile et 1240 du code civil, afin d'obtenir la cessation de toute diffusion et la suppression de l'article publié sur le site internet de l'association UFC-Que choisir, le 13 juillet 2021, intitulé Comparateur énergie Selectra. Informations trompeuses et parasitisme en critiquant plus particulièrement deux paragraphes ainsi rédigés :

Les comparateurs d'énergie de la société Selectra, ainsi que Kelwatt qui lui appartient, se font rémunérer par des

fournisseurs de gaz et d'électricité pour les référencer et proposer leurs offres commerciales aux consommateurs. Il s'agit d'une pratique éminemment contestable, qui n'a rien à voir avec l'information objective et complète sur toutes les offres disponibles (...)

Une nouvelle fois, Que choisir met en garde contre tous les pseudo-comparateurs d'énergie qui ne référencent pas toutes les offres mais orientent vers les fournisseurs de gaz et d'électricité qui acceptent de les rémunérer à chaque contrat signé.

Sur la nature des propos incriminés

La société Selectra soutient que le titre et les passages susmentionnés de l'article litigieux, dénués d'objectivité et de mesure, mettent directement en cause ses méthodes et services, en particulier le fonctionnement de son comparateur d'offres d'énergie dont les consommateurs devraient se méfier.

Elle fait valoir que les propos précédemment cités, qui discréditent ses activités et services, sont exclusivement dénigrants et, donc, constitutifs d'actes de concurrence déloyale par dénigrement commis à son préjudice et relèvent, à ce titre, des seules dispositions de l'article 1240 du code civil, le fondement de son action étant le dénigrement et non la diffamation.

L'association UFC-Que choisir soutient, pour sa part, que les propos poursuivis relèvent de la diffamation et, donc, de l'article 29, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881 dès lors qu'ils portent atteinte à la réputation de la société Selectra.

Le dénigrement, susceptible de caractériser une faute au sens de l'article 1240 du code civil et qui constitue un acte de concurrence déloyale, consiste dans la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un concurrent pour en tirer un profit. Ainsi, le dénigrement suppose que la critique litigieuse porte, non pas sur la personne, mais sur les produits et services qu'elle fournit afin de bénéficier d'un avantage concurrentiel.

L'article 29, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881 dispose que toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés.

Il est rappelé que pour être diffamatoire, une imputation doit se présenter sous la forme d'une articulation précise de faits de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire, ce qui distingue ainsi la diffamation, d'une part, de l'injure définie à l'alinéa 2 du texte susvisé comme toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait et, d'autre part, de l'expression subjective d'une opinion ou d'un jugement de valeur, autorisé par le libre droit de critique dont la pertinence peut être librement discutée dans le cadre d'un débat d'idées mais dont la vérité ne saurait être prouvée.

Par ailleurs, l'honneur et la considération d'une personne ne doivent pas s'apprécier selon les conceptions personnelles et subjectives de celle-ci, mais en fonction de critères objectifs et de la réprobation générale provoquée par l'allégation litigieuse, que le fait imputé soit pénalement répréhensible ou manifestement contraire aux règles morales communément admises.

Enfin, la diffamation qui peut se présenter sous forme d'allusion ou d'insinuation, doit être appréciée en tenant compte des éléments intrinsèques et extrinsèques au support en cause, à savoir tant du contenu même des propos que du contexte dans lequel ils s'inscrivent.

Au cas présent, le titre de l'article litigieux, explicité par les deux paragraphes incriminés, impute à la société Selectra la diffusion d'informations trompeuses et la commission d'actes de parasitisme.

Les propos développés dans les paragraphes querellés ont pour objet d'informer le public sur la pratique éminemment contestable de la société Selectra, qui référence et propose les offres commerciales des fournisseurs d'énergie en considération de la rémunération perçue de ces derniers, diffuse ainsi une information incomplète et non objective puisque toutes les offres disponibles ne sont pas référencées sur son comparateur et qu'elle dirige les consommateurs vers les seules offres de ses partenaires, faisant d'elle un pseudo-comparateur d'énergie, ce qui sous-entend qu'elle méconnaît les obligations de clarté, transparence et loyauté imposées aux opérateurs de plate-forme numérique par l'article L.111-7 du code de la consommation.

Ces propos, publiés sur le site de l'intimée, sont publics et visent sans aucun doute possible, tant au regard du contenu global de l'article litigieux que du contexte dans lequel ils s'inscrivent, la société Selectra et non ses services.

En effet, l'article litigieux, qui relaie auprès des consommateurs un article publié en ligne le 30 juin 2021 par le médiateur national de l'énergie, lequel dénonçait la confusion que la société Selectra entretenait avec lui au moyen d'informations erronées et trompeuses en démarchant des collectivités locales pour se faire référencer sur leurs sites internet, alerte sur les pratiques et choix opérés par l'appelante.

Les propos poursuivis consistent en l'imputation de faits précis susceptibles de faire aisément l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire et portent manifestement atteinte à la considération de la société Selectra puisqu'ils mettent en garde les consommateurs contre cette société dont les pratiques déloyales sont contraires aux dispositions légales susvisées mais aussi aux valeurs morales et sociales communément admises.

Les propos en cause relèvent donc à l'évidence de la diffamation et, par suite, des dispositions de l'article 29, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881.

Sur l'exception de procédure

L'association UFC-Que choisir soulève la nullité de l'assignation délivrée le 25 octobre 2021 par la société Selectra soutenant que les dispositions impératives de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 n'ont pas été respectées en l'espèce.

Il résulte de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, applicable devant la juridiction civile et, notamment, devant la juridiction des référés, que l'assignation délivrée à la requête du plaignant doit, à peine de nullité, préciser et qualifier le fait invoqué, indiquer le texte de loi applicable à la demande, contenir élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie et être notifiée au ministère public.

Or, l'assignation à l'origine de la saisine du premier juge, en ce qu'elle ne qualifie pas le fait incriminé, soit la diffamation, ne précise pas le texte de loi applicable, soit l'article 29, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881, et n'a pas été notifiée au

ministère public, doit être déclarée nulle.

La nullité de l'assignation ne peut que conduire à l'annulation de l'ordonnance entreprise.

Sur les dépens et les frais irrépétibles

Succombant en ses prétentions, la société Selectra supportera les dépens de première instance et d'appel.

Il sera alloué à l'association UFC-Que choisir, contrainte d'exposer des frais irrépétibles pour assurer sa défense, la somme de 6.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

Dit que les propos poursuivis relèvent des dispositions de l'article 29, alinéa 1, de la loi du 29 juillet 1881 ;

Annule l'assignation délivrée le 25 octobre 2021 par la société Selectra à l'association Union Fédérale des Consommateurs-Que choisir, à l'origine de l'ordonnance entreprise ;

Annule en conséquence l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions ;

Condamne la société Selectra aux dépens de première instance et d'appel, qui pourront être recouvrés directement en application des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile et à payer à l'association Union Fédérale des Consommateurs-Que choisir la somme de 6.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Le Greffier, Le Président,