

N° 398822
Société NC Numericable et
société SFR

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies
Séance du 27 février 2017
Lecture du 3 mars 2017

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

Pour amener la fibre optique dans les appartements, plusieurs solutions techniques sont possibles, dont deux principales : le FTTH (Fiber to the Home), qui consiste à acheminer le raccordement optique jusqu'au domicile de l'abonné, et le FTTB (Fiber to the Building), qui correspond au raccordement optique jusqu'au pied de l'immeuble. Dans ce dernier cas, pour effectuer le raccordement terminal des clients, le câblage interne est réalisé soit par un câble Ethernet, soit par une terminaison en cuivre traditionnelle.

Contrairement à la majorité des principaux acteurs du marché (Orange, Free et, plus tardivement, Bouygues), qui ont choisi de déployer des boucles FTTH, la société NC Numericable a privilégié la technologie FTTB.

En 2014, Numericable a fusionné avec SFR, pour former le groupe Numericable-SFR, renommé SFR Group en 2016.

Depuis le début des années 2000, les concurrents du groupe (France Telecom - devenue Orange - et Free principalement) soutiennent que les réseaux en fibre optique comportant un câble coaxial à leur extrémité - c'est-à-dire ceux qui utilisent des boucles FTTB - ne seraient pas de véritables réseaux en fibre optique et que la société Numericable se prévaudrait injustement de cette appellation.

Le 1^{er} mars 2016, le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, la secrétaire d'Etat chargée du commerce, de l'artisanat, de la consommation et de l'économie solidaire ainsi que la secrétaire d'Etat chargée du numérique ont pris un arrêté qui modifie l'arrêté du 3 décembre 2013 relatif à l'information préalable du consommateur sur les caractéristiques techniques des offres d'accès à l'internet en situation fixe filaire.

L'objet de cet arrêté est de « renforcer l'information du consommateur sur le débit montant quand le débit descendant est indiqué ainsi que sur le raccordement final utilisé par les opérateurs dans les offres utilisant le mot fibre ».

L'arrêté crée un nouvel article 6-1 dans l'arrêté de 2013, ainsi rédigé :
« Tout message publicitaire ou document commercial d'un fournisseur de services relatif à une offre utilisant une technologie pour laquelle le débit ne varie pas significativement en fonction des caractéristiques du raccordement du consommateur au réseau fixe ouvert au

public, s'il associe le terme "fibre" aux services du fournisseur alors que le raccordement du client final jusque dans son logement n'est pas réalisé en fibre optique, comporte la mention "(sauf raccordement du domicile)".

Cette mention figure à la suite de chaque utilisation du terme "fibre" ou de l'expression "fibre optique", associée aux services du fournisseur, dans des conditions d'audibilité et de lisibilité au moins égales, notamment en termes de volume sonore, de taille de caractère et de couleur.

Dans le cas d'un message publicitaire non radiophonique, la mention visée au premier alinéa est complétée par une seconde mention précisant le support physique du raccordement final et commençant par les mots : "le raccordement du domicile n'est pas en fibre optique mais en". Si elle est écrite, cette seconde mention figure dans des caractères suffisamment importants, s'inscrit de façon distincte des autres mentions rectificatives et légales et doit être clairement identifiée comme venant préciser la mention visée au premier alinéa ».

La société NC Numéricable et la société SFR ont formé un recours pour excès de pouvoir contre cet arrêté. Par un mémoire distinct, elles ont formé une QPC premier alinéa de l'article L. 113-3 du code de la consommation. C'est de cette seule QPC dont vous aurez à connaître aujourd'hui.

Ces dispositions du premier alinéa de l'article L. 113-3 du code de la consommation, dans leur version en vigueur à la date de l'arrêté attaqué, ont aujourd'hui été reprises à l'article L. 112-1 de ce code, et disposent que :

« Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix et les conditions particulières de la vente et de l'exécution des services, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation ».

Vous pourrez en venir rapidement à l'examen du sérieux des griefs, car la disposition est applicable au litige et que contrairement à ce que soutient le ministre en défense, elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans les dispositifs et les motifs de l'une de ses décisions du seul fait qu'à l'occasion de l'examen de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 ayant modifié cet article L. 133-3, le Conseil constitutionnel a relevé qu'il n'y avait lieu pour lui de relever d'office aucune autre question de constitutionnalité.

Les requérantes soutiennent que de telles dispositions sont entachées d'une incompétence négative affectant par elle-même la liberté d'expression et de communication ainsi que la liberté d'entreprendre. Selon elles, cette incompétence négative, qui découle de l'imprécision des notions de « conditions particulières » et de « modalités d'exercice », affecterait par elle-même la liberté d'expression et de communication ainsi que la liberté d'entreprendre.

Il est vrai que l'article L. 113-3/devenu L. 112-1 du code de la consommation, disposition, qui remonte en réalité à l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix, est un pavillon accueillant, qui constitue la base légale de très nombreux arrêtés, dans les secteurs les plus divers. Vous jugez ainsi qu'il donne compétence au ministre pour réglementer la

publicité des prix des services offerts par les agences de voyages (1/4 SSR, 7 février 1986, *Association Force Ouvrière consommateurs et autres*, n° 35331, au recueil) ou pour imposer aux opérateurs de communications électroniques de délivrer gratuitement des factures détaillées avant tout paiement (CE, 31 octobre 2014, *sociétés Free et Free mobile*, n° 376072, B). Il est ainsi l'un des principaux titres de compétence du ministre chargé de la consommation pour exercer sa mission.

Mais nous ne croyons pas du tout que la critique d'inconstitutionnalité soit sérieuse. L'incompétence négative du législateur ne peut être invoquée dans le cadre d'une QPC que dans la mesure où cette incompétence affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit. Or la loi fournit un cadre juridique très clair, même si non borné, à l'intervention du pouvoir réglementaire. Il ne nous semble pas que les termes employés par le législateur auraient dû être plus précis, d'autant que, eu égard aux particularités des différents secteurs entrant dans le champ d'application de l'article L. 112-1 du code de la consommation, et à l'inventivité commerciale qu'on rencontre parfois, le législateur pouvait difficilement en dire davantage, sauf à s'engager dans une exhaustivité excessive et peu opportune qui aurait sûrement troué le tamis de compétence donné au ministre pour informer au mieux les consommateurs.

Enfin, on pourra relever à titre surabondant que le législateur a imposé au pouvoir réglementaire de recueillir l'avis du conseil national de la consommation (CNC), dans lequel siègent des représentants des organisations professionnelles, avant toute intervention des arrêtés pris sur le fondement des dispositions législatives contestées.

Par ces motifs, nous concluons à ce que la QPC soulevée ne soit pas transmise au Conseil constitutionnel.