

N° 398822
Société NC Numéricable et
société SFR

2^{ème} et 7^{ème} chambres réunies
Séance du 22 mai 2017
Lecture du 9 juin 2017

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

Comme nous avons déjà eu l'occasion de vous le dire lors de l'examen de la QPC formée par la requérante, et que vous avez rejetée le 20 mars dernier, 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 en raison d'un débit montant plus faible 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 ».

Vous avez à nos conclusions, rejeté la QPC dirigée contre l'article L. 113-3 du code de la consommation qui est la base légale de l'arrêté par une décision du 3 mars dernier. Vous voici aujourd'hui saisis du fond de l'affaire et aurez le plaisir de vous pencher sur pas moins de 9 moyens.

En premier lieu, les sociétés requérantes soutiennent que l'arrêté qu'elles attaquent est entaché d'incompétence.

- l'article L. 113-3 du code de la consommation, sur le fondement duquel l'arrêt attaqué est intervenu, ne concerne pas les caractéristiques techniques de la prestation de service ;
- la réglementation de la publicité, objet de l'arrêté attaqué, serait étrangère au périmètre de l'article L. 113-3 du code de la consommation ;
- la secrétaire d'Etat chargée du commerce, de l'artisanat, de la consommation et de l'économie sociale et la secrétaire d'Etat chargée du numérique n'étaient pas compétents pour signer l'arrêté attaqué.

La première branche de moyen consiste à soutenir que l'article L. 113-3 ne pouvait servir légalement de titre de compétence pour permettre la réglementation édictée.

Rappelons qu'au terme de ces dispositions : « 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 ».

Comme nous l'avons dit en concluant sur la QPC, votre jurisprudence a fait de cet article un **pavillon accueillant** constituant la base légale de très nombreux arrêtés, dans les secteurs les plus divers. Vous jugez ainsi et c'est le plus déterminant pour notre affaire,

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).

En outre, l'extension, par l'article 6 de la loi du 17 mars 2014, du champ de l'article L. 113-3 aux « conditions particulières de (...) l'exécution des services », finit de convaincre de la compétence du ministre, même si nous pensons que la réglementation litigieuse aussi à voir avec les conditions particulières de la vente.

La deuxième critique d'incompétence est inopérante : la circonstance que la secrétaire d'Etat chargée du commerce, de l'artisanat, de la consommation et de l'économie sociale et la secrétaire d'Etat chargée du numérique ont signé l'arrêté attaqué ne saurait, en tout état de cause, avoir d'incidence sur sa légalité dès lors que cet arrêté comporte bien la signature du ministre chargé de l'économie.

2. Les sociétés requérantes soutiennent ensuite que l'arrêté est entaché d'un vice de procédure en ce qu'il n'a pas été pris au terme de la procédure prévue à l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) mais ces dispositions, qui ne trouvent à s'appliquer qu'aux mesures prises « *dans le cadre des dispositions* [de ce code] », ne sont pas applicables en l'espèce puisque l'arrêté a été pris sur le fondement de l'article L. 113-3 du code de la consommation. L'avis de l'ARCEP, consultée au titre de l'article L. 36-5 du CPCE selon laquelle elle l'est de tout projet de texte réglementaire relatif au secteur des communications électroniques, a en outre bien été pris et publié.

3. Sur le fond, les sociétés requérantes soutiennent que l'arrêté litigieux porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

Nous allons devoir restreindre notre propre liberté d'expression pour vous indiquer la réponse qu'il nous semble devoir être apportée à ce moyen qui repose, comme les suivants, sur l'idée que l'obligation d'information faite par l'arrêté attaqué est une atteinte disproportionnée à l'action des opérateurs.

Soulignons tout d'abord, car ce point est contesté, que l'arrêté litigieux n'empêche en rien les sociétés utilisant une technologie FFTB d'utiliser le mot fibre dans leur communication commerciale, et ne contraint en rien le choix du format publicitaire : il ne fait que contraindre, de façon classique, à l'adjonction de la précision « sauf raccordement du domicile ».

Et il nous semble aller de soi qu'une telle information préalable des consommateurs services de communication électroniques est un objectif légitime. L'information exigée n'est pas inexacte : les requérantes ne contestent pas que la technologie qui n'assure pas le raccordement en fibre optique de l'utilisateur final jusque dans son logement présente des performances moindres en matière de débit montant que la technologie assurant un raccordement en fibre optique de bout en bout. Elle est pertinente et en rapport avec l'objectif poursuivi. Enfin l'exigence posée par l'arrêté n'est tout de même pas si forte.

4. et 5. Pour les mêmes raisons, qui tiennent donc à la portée exacte de la décision attaquée, peuvent s'écarter le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité (en

raison de la différence de situation à l'origine de la différence de traitement opérée, laquelle est à la fois proportionnée et en rapport avec la différence de situation) et à supposer que le moyen soit opérant, ce que vous avez déjà préféré réserver dans une décision société Free à nos conclusions –CE 11 mai 2015, n° 375842), le **principe de neutralité technologique** énoncé au II de l'article L. 32-1 du code des postes et des communications électroniques et l'objectif de la promotion des investissements et de l'innovation dans les infrastructures améliorées énoncé au IV de cet article.

6. Les sociétés requérantes soutiennent que l'arrêté litigieux méconnaît l'interdiction des aides d'Etat.

Mais l'argumentation ne convainc en rien. L'arrêté ne procède à aucun transfert de ressources étatiques et il ne constitue pas une mesure sélective qui aurait pour effet de « fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises », au sens de l'article 107 du TFUE

7. Il est ensuite soutenu que l'arrêté attaqué méconnaît 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.

La directive 2005/29/CE a pour objet, selon son considérant 6, de « rapprocher les législations des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales, y compris la publicité déloyale, portant atteinte directement aux intérêts économiques des consommateurs et, par conséquent, indirectement aux intérêts économiques des concurrents légitimes ». Elle harmonise, de manière complète (cons. 14), les critères de définition de ces pratiques afin que « les consommateurs et les professionnels [puissent] s'appuyer sur un cadre réglementaire unique basé sur des concepts juridiques clairement définis réglementant tous les aspects des pratiques commerciales déloyales au sein de l'Union européenne » (cons. 12).

Aux termes du paragraphe 5 de l'article 5 de la directive 2005/29/CE : « L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive ».

Sur le fondement de ces dispositions, la CJUE a jugé, à de nombreuses reprises, que, du fait du degré total d'harmonisation retenu par la directive, les États membres n'étaient pas autorisés à adopter de réglementation interdisant de façon générale des pratiques commerciales, si celles-ci ne figuraient pas à l'annexe I de la directive. En d'autres termes, seules les pratiques de l'annexe I peuvent être interdites automatiquement par un État membre (c'est-à-dire par voie réglementaire), toutes les autres pratiques ne pouvant être interdites que si leur caractère déloyal est prouvé judiciairement à partir des critères de déloyauté fixés aux articles 5 à 9 de la directive (voir ordonnance du 8 septembre 2015, *Cdiscount SA*, aff. C-13/15).

La Cour de cassation en a tiré les conséquences, en jugeant que l'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, pris sur le fondement de l'article L. 113-1 du code de la consommation, était contraire à la directive 2005/29/CE au motif qu'il prévoyait une interdiction générale, sans évaluation au cas par cas

permettant d'établir le caractère déloyal des annonces de réduction de prix qui ne font pas apparaître le prix de référence lors du marquage ou de l'affichage des prix.

Mais il nous semble qu'ici l'arrêté vise à renforcer l'information du consommateur dans une hypothèse très particulière, sur les caractéristiques techniques des offres d'accès à l'internet. Il n'a pas pour objet d'interdire de manière générale une pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005. Nous croyons donc que vous pourrez écarter le moyen sans même poser de question préjudicielle.

8. Enfin les requérantes soutiennent que l'arrêté attaqué est entaché de détournement de pouvoir dès lors qu'il vise uniquement à rétablir sur le marché des conditions favorables au succès du plan « France Très Haut débit ».

Mais cet arrêté correspond à l'exercice régulier de ses compétences par l'autorité administrative. Le détournement de pouvoir n'est pas établi.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.