

N° 376072

Sociétés Free et Free Mobile

2<sup>ème</sup> et 7<sup>ème</sup> sous-sections réunies

Séance du 15 octobre 2014

Lecture du 31 octobre 2014

## CONCLUSIONS

**M. Xavier DOMINO, rapporteur public**

**Le ministre chargé de la consommation pouvait-il imposer aux opérateurs de téléphonie mobile qu'ils fournissent gratuitement, au moins à la demande des clients, une facture détaillée de leur consommation sous forme papier, et non simplement sous forme électronique ?** C'est la question, prosaïque, mais non dénuée d'enjeux juridiques pour vous et économiques pour elles, que vous posent les sociétés Free et Free mobile.

La configuration contentieuse est un brin paradoxale. De 2002 à janvier 2014, en vertu de l'arrêté du 1<sup>er</sup> février 2002 relatif aux factures des services téléphoniques, précédant celui qui est ici objet du présent litige, les prestataires de téléphonie mobile avaient l'obligation de fournir une facture sur support papier et ne pouvaient le faire de manière dématérialisée qu'à la demande des consommateurs. Un arrêté du 31 décembre 2013 du ministre délégué chargé de l'économie sociale et solidaire et de la consommation a changé la donne : ces les prestataires de communications électroniques (vous noterez que le champ d'application est plus large) ont toujours l'obligation de fournir gratuitement aux consommateurs leurs factures, mais le format dématérialisé devient la règle et le papier l'exception. Les sociétés Free et Free Mobile estiment toutefois que l'obligation restante, celle de fournir gratuitement des factures sur papier aux consommateurs, même si ce n'est qu'à la demande de ceux-ci, fait peser sur leurs comptes une charge excessive, et indue.

**1. En défense, le ministre soulève une fin de non recevoir tirée de que les conclusions de la requête sont exclusivement dirigées contre l'article 3 de l'arrêté du 31 décembre 2013, alors même que celles-ci sont indivisibles des autres dispositions de cet acte.**

On ne s'attardera pas : les sociétés Free soutiennent qu'elles demandent bien l'annulation de l'ensemble de l'arrêté, lequel est en tout état de cause divisible pour ce qui concerne les dispositions au cœur de leurs critiques si bien que d'une manière ou d'une autre, vous pourriez fort bien, au besoin, écarter la fin de non-recevoir.

**2. Mais si vous nous suivez pour rejeter la requête au fond, vous n'aurez pas besoin de répondre à cette fin de non recevoir.**

L'une des principales difficultés que pose le dossier est celle de la compétence du ministre pour adopter la mesure qu'il a prise.

Cette question sous-tend deux moyens soulevés par les sociétés requérantes, respectivement tirés :

- de ce que le pouvoir réglementaire était incompétent pour prendre l'arrêté attaqué, dès lors que celui-ci déroge au principe d'égalité devant la loi, qui est un principe général du droit ;
- et surtout de ce que les dispositions de l'article L. 113-3 du code de la consommation n'autorisant pas le ministre délégué chargé de l'économie sociale et solidaire et de la consommation à prendre un arrêté réglementant les conditions de facturation, par les opérateurs de services de communications électroniques, de prestations supplémentaires de services demandées,

La question des obligations pesant sur les professionnels en matière de facture fait l'objet d'une législation éparpillée :

- dans le code de commerce, on trouve l'article L. 441-3 qui pose l'obligation d'une facturation pour « tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle »
- dans le code général des impôts, on trouve des dispositions qui prévoient notamment comment et à quelles conditions les factures électroniques peuvent être prises en compte par l'administration fiscale
- dans le code de la consommation, les choses sont moins simples.

Ceci tient qu'au fait que vis-à-vis des consommateurs, l'obligation de facturation n'existe pas, ou pas en tant que telle, et l'on comprend bien que les législations soient différentes : l'intérêt d'une facturation, pour un professionnel ou un consommateur, n'est pas le même, et les trois codes au sein desquels la législation se trouve ainsi éparpillée rendent très bien compte des différents enjeux qui se trouvent derrière cet acte de la vie quotidienne d'une entreprise que constitue une facture.

Au titre de la législation générale sur la consommation, figure la disposition que revendique le ministre chargé de la consommation comme titre de compétence. Il s'agit de l'article L. 113-3, qui prend place dans le titre premier du livre premier du code, et qui disposait, dans sa version applicable à la date de l'arrêté attaqué :

« 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, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. »

A première vue, il peut être regardé comme difficile de voir dans cette disposition le titre de compétence du ministre :

- il est évident que cette disposition, qui remonte en réalité à l'ordonnance du 30 juin 1945 sur le prix, a essentiellement en vue les questions d'étiquetage et d'affichage, comme elle le dit : elle concerne l'information du consommateur avant paiement, et non pas la délivrance d'une facture après paiement qui servira de justificatif éventuel plus tard ;
- il est d'autre part troublant de constater, qu'alors que le ministre revendique lui-même un parallèle entre l'arrêté litigieux et celui du 18 avril 2012 relatif aux factures de fourniture d'électricité et de gaz naturel, le ministre trouve pour ce dernier une base légale

spécifique à l'article L. 121-91 du code de la consommation (chapitre pratiques commerciales réglementées), lequel article dispose que « Toute offre de fourniture d'électricité ou de gaz permet, au moins une fois par an, une facturation en fonction de l'énergie consommée. » et que « Les factures de fourniture de gaz naturel et d'électricité sont présentées dans les conditions fixées par un arrêté du ministre chargé de la consommation et du ministre chargé de l'énergie pris après avis du Conseil national de la consommation. ». Le trouble s'accroît lorsqu'on constate que le chapitre qui précède immédiatement celui des contrats de fourniture de gaz et d'électricité, et qui concerne les contrats de services de communication électroniques, est muet sur la question des factures. Pour les communications électroniques, on trouve simplement un article D. 98-5 dans le code des postes et télécommunications qui dispose que « *l'opérateur garantit à tout client, outre les droits mentionnés à l'article R. 10, le droit : (...) de recevoir des factures non détaillées et, sur sa demande, des factures détaillées* ». Mais il ne renvoie nullement à un arrêté du ministre de la consommation le soin de préciser l'étendue de cette obligation.

- enfin, l'examen de la jurisprudence ne nous semble pas fournir de précédent décisif qui permettrait de considérer qu'il est évident que le champ d'application de l'article L. 113-3 s'étend à l'obligation de délivrance de factures pour la téléphonie mobile :

- Vous avez à de nombreuses reprises confirmé la compétence du ministre de la consommation, mais dans des cas bien plus proches de l'affichage qu'aujourd'hui par exemple :

- 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)

- pour arrêter la liste des prestations de gestion courante qui doivent être intégrées à la rémunération forfaitaire des syndics de copropriété ; (6/1 SSR, 9 décembre 2011, *Association des responsables de copropriété*, n° 339674, inédite) ;

- pour prendre les arrêtés relatifs à la publicité des prix de vente des carburants (9/10 SSR, 16 juillet 2014, *Société Sigmalis*, n° 368960)

- vous avez à l'inverse borné une limite de cette compétence en jugeant que l'obligation faite par arrêté au praticien et au patient de respecter un délai minimum de réflexion avant la décision éventuelle de pratiquer une intervention chirurgicale à visée esthétique excède l'habilitation donnée au ministre chargé de l'économie par l'article L. 113-3 (1/4 SSR, 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr et autres*, n° 184473, au recueil).

Une seule décision, inédite, et aux conclusions elles aussi inédites de notre collègue de la Verpillière, de vos 6/2 SSR, du 23 mars 1988, *Chambre de commerce et d'industrie de Paris*, n° 55454, tangente de plus près notre question : dans cette décision vous avez jugé que le ministre de l'économie avait compétence pour prendre l'arrêté du 3 octobre 1983 relatif à la publicité des prix de tous les services, arrêté dont l'article premier disposait que « Toute prestation de service, [entrant dans le champ d'application de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 modifiée], [...], doit faire l'objet, dès qu'elle a

3

été rendue et en tout état de cause avant paiement du prix, de la délivrance d'une note lorsque le prix de la prestation est supérieure à une certaine somme de délivrer au consommateur une note comportant, entre autres mentions, la somme totale à payer, hors taxes et toutes taxes comprises. »

Mais pour notre part, nous n'avons finalement aucun doute pour voir dans l'article L. 113-3 la base légale justifiant la compétence du ministre chargé de la consommation pour intervenir :

- tout d'abord, il faut préciser que les contrats de communication ici en cause, comme les contrats d'abonnement au gaz, à l'électricité ou à l'eau, sont des contrats d'une nature particulière. Plusieurs formules existent d'ailleurs, mais si l'on part du schéma classique de l'abonné qui souscrit un abonnement au forfait<sup>1</sup>, il a en quelque sorte, consenti à payer une certaine somme par mois pour un certain service. Il n'empêche que chaque mois avant que cette somme, ou une somme supérieure s'il a été dispendieux, lui soit prélevée, se loge en quelque sorte un nouveau consentement à payer, faute de quoi bien entendu, des dérives sont possibles

- or c'est précisément à ce moment là que l'arrêté prescrit la délivrance d'une facture : lorsque la prestation de service a eu lieu, mais qu'elle n'a pas encore été payée. On est donc bien, nous semble-t-il, dans le cadre de l'information sur les prix que vise l'article L. 113-3.

- Ajoutons que les travaux parlementaires de la loi de 2006 par laquelle le législateur a introduit la disposition spécifique aux contrats de gaz et d'électricité montrent que l'objectif de cet article était de prévoir que le ministre pourrait procéder à une réglementation analogue à celle qu'il pratiquait pour la téléphonie mobile : le silence du législateur à propos de ces dernières ne nous semble donc pas très éloquent : le législateur n'a pas voulu permettre que dans l'électricité une pratique se développe qui ne trouvait pas cours en téléphonie, bien au contraire.

Nous vous proposons donc d'écarter le moyen en jugeant que le ministre avait bien compétence pour prescrire la délivrance avant paiement d'une facture, et pour prescrire sa délivrance à titre gratuit sous forme papier : il nous semble en effet que la compétence que le ministre tire de l'article L. 133-3 va jusqu'à consacrer la possibilité pour lui de préciser les modalités de l'information au public, dont on sait qu'elles sont en pratique complètement indissociable du contenu de l'information. Le moyen d'incompétence nous semble devoir être écarté, y compris dans sa branche curieusement adossée au principe d'égalité.

## **2.2 Est ensuite remise en cause la régularité de la consultation du conseil national de la consommation que prescrit l'article L. 113-3.**

Dans un moyen qui a gonflé au fil de ses trois mémoires successifs et des échanges avec le ministre, les sociétés soutiennent :

- que les membres du Conseil n'ont pas été régulièrement convoqués

---

<sup>1</sup> Etant précisé que les offres d'abonnement ne donnant accès qu'à des services prépayés sont exclus du champ de l'obligation de facturation

- que les membres de la Conseil n'auraient pas été correctement informés, notamment en ce qui concerne l'obligation de la fourniture à titre gratuit des factures papier
- que les règles de quorum applicables n'auraient pas été respectées
- qu'enfin, l'avis du Conseil n'aurait pas fait l'objet de la publication requise.

Vous pourrez écarter ce moyen dans l'ensemble de ses branches.

L'article D. 511-14 du code de la consommation, relatif au fonctionnement du Conseil national, dispose que son président soumet à la formation plénière du conseil les projets d'avis définis à l'article D. 511-3 (ce qui renvoie notamment aux avis concernant les textes envisagés sur le fondement de l'article L. 113-3), **notamment en organisant une procédure de consultation écrite.**

**Cette procédure a en l'espèce été suivie, conformément aux prescriptions de l'arrêté portant règlement intérieur du Conseil :** il ressort très clairement que le secrétariat du conseil a consulté le 20 juin 2013 l'ensemble des membres selon la procédure écrite, en leur fournissant un dossier les informant suffisamment des enjeux du texte envisagé, y compris sur la question de la gratuité. La règle de quorum fixée par le même article D. 511-14, ne nous paraît pouvoir jouée pour la procédure écrite telle qu'elle est organisée par l'arrêté portant règlement intérieur, dont la légalité n'est pas contestée. Enfin, vous jugez de façon constante que la circonstance que l'avis d'une instance consultative n'ait pas été publié alors que les dispositions législatives ou réglementaires applicables l'exigeaient n'est pas de nature à entacher d'illégalité la décision prise à l'issue de cette consultation.

2.3 Les sociétés soutiennent ensuite que l'arrêté attaqué méconnaît les dispositions de l'article D. 98-5 du code des postes et des communications électroniques et de la partie A a) de l'annexe I de la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009.

Aux termes des dispositions de l'article D. 98-5 CPCE, qui assure la transposition des dispositions de la directive invoquée<sup>2</sup> : « *II.- (...) 1. L'opérateur garantit à tout client, outre les droits mentionnés à l'article R. 10, le droit : (...) – de recevoir des factures non détaillées et, sur sa demande, des factures détaillées. (...) La facturation détaillée est disponible gratuitement. Toutefois, des prestations supplémentaires peuvent être, le cas échéant, proposées à l'abonné à un tarif raisonnable* ».

**Ces dispositions imposent aux opérateurs la fourniture, à titre gratuit, de factures, sans en préciser le support.** Comme le souligne à juste titre le ministre en défense, la directive se borne essentiellement à énoncer les objectifs poursuivis par la fourniture, à titre

<sup>2</sup> Aux termes des dispositions du a) de la partie A de l'annexe I de la directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 : « Les Etats membres veillent à ce que, sous réserve des exigences de la législation applicable concernant la protection des données à caractère personnel et de la vie privée, les autorités réglementaires nationales puissent fixer le niveau de détail minimal des factures que les entreprises doivent fournir gratuitement aux abonnés pour leur permettre : / i) de vérifier et de contrôler les frais découlant de l'utilisation du réseau de communications public en position déterminée et/ou des services téléphoniques associés accessibles au public ; et / ii) de surveiller correctement leur utilisation et les dépenses qui en découlent et d'exercer ainsi un certain contrôle sur leurs factures ».

gratuit, de factures aux consommateurs (à savoir l'information de ceux-ci sur leur consommation et la capacité de contrôle qui en résulte). A cet égard, elle laisse une large marge de manœuvre aux Etats membres pour définir les modalités selon lesquelles il revient aux opérateurs de fournir ces factures.

De la même manière, l'article D. 98-5 CPCE se borne à énoncer que la réception par le consommateur de factures non détaillées et, à sa demande, de factures détaillées est un droit, et qu'à ce titre, ces factures doivent lui être fournies à titre gratuit. Il s'agit là d'une transposition fidèle des dispositions de la directive. Là encore, il n'est pas question du support sur lequel doivent être fournies ces factures.

Il ne nous semble pas possible de suivre la requête lorsqu'elle entend démontrer que la fourniture de factures sur papier constituerait une « *prestation supplémentaire* » au sens de cet article ; il résulte clairement de sa rédaction que les « *prestations* » en cause sont distinctes de la facturation, et l'on peut à cet égard penser aux services et compléments de services listés, au-delà de la facturation, en annexe I de la directive (systèmes de prépaiement, paiement échelonné des frais de raccordement, contrôle en matière de tarification, contrôle des coûts, factures impayées).

Comme nous l'avons dit, la question du support (papier ou dématérialisé) dont il est question, et dont Free cherche à vous convaincre qu'il constituerait une condition excédant le champ de la directive, est une modalité de l'information au consommateur, au sens de l'article L. 113-3 du code de la consommation, que le ministre était compétent pour définir.

### **2.3 Vous pourrez écarter également le moyen de méconnaissance du principe de liberté du commerce et de l'industrie et des règles de la concurrence**

En réalité, bien que le moyen soit intitulé « atteinte au principe de libre concurrence et de liberté du commerce et de l'industrie », l'argumentation développée par Free est en réalité plus centrée sur les règles de la concurrence. Pour ce qui est de la liberté du commerce et de l'industrie, il ne nous semble que pas que la mesure prise, sur le fondement d'une disposition législative l'affecte dans une mesure telle qu'elle serait illégale.

S'agissant des règles de la concurrence, le moyen se subdivise en trois branches relatives à l'aggravation des charges d'exploitation entraînée par l'entrée en vigueur de l'arrêté, aux distorsions de concurrence qu'il crée et aux effets qu'il emporte envers les offres commerciales proposées par les sociétés requérantes.

Aucune de ces branches ne nous paraît toutefois convaincante.

La circonstance que l'arrêté induirait une charge supplémentaire est en tout de cause sans incidence sur sa légalité.

S'agissant ensuite de la distorsion de concurrence, Free entend vous convaincre qu'elle résulte de la circonstance que l'arrêté attaqué exclut de son champ d'application les « *offres sans abonnement intégralement prépayées* » (article 2). Or, comme le souligne à juste titre le mémoire en défense, il ne fait aucun doute que ces offres présentent des caractéristiques propres qui les différencient nettement des offres de services de communications électroniques avec abonnement auxquelles s'applique l'arrêté attaqué. Au

reste, ces offres font l'objet d'une information du consommateur différente, qui leur est fournie par les prestataires de services téléphoniques en vertu d'une réglementation adaptée : l'arrêté du 31 décembre 2013 relatif à l'information tarifaire des offres de services de communications électroniques commercialisées sous la forme de cartes prépayées et de forfaits dispose à cet égard que, en ce qui concerne ces offres, « *l'opérateur met gratuitement à la disposition du consommateur un dispositif de suivi en temps réel du niveau du crédit de consommation* » (article 6).

S'agissant enfin des offres commerciales les plus avantageuses proposées par Free à ses abonnés (forfaits mobiles à 0 et 2 euros), la circonstance que la mise en œuvre de l'arrêté attaqué en remette en cause l'équilibre financier est, là encore, sans incidence sur la légalité de cet arrêté.

**2.5 Les requérantes soutiennent que l'arrêté attaqué porte atteinte au principe d'égalité devant la loi**, d'une part, en ce qu'il ne s'applique pas à l'ensemble des fournisseurs de services devant émettre des factures et des factures détaillées régulières à l'attention de leurs clients ayant souscrit un abonnement et, d'autre part, en ce qu'il pénalise fortement les offres commerciales particulièrement compétitives proposées par les sociétés requérantes.

En premier lieu, la comparaison avec d'autres opérateurs sur d'autres secteurs nous semble ici inopérante à l'appui de l'invocation du principe d'égalité.

En second lieu et à nouveau, le fait que les offres de Free soient plus compétitives ne permet pas de juger illégal le fait de lui imposer des obligations pour la bonne information du consommateur.

2.6 Est enfin invoquée la méconnaissance des objectifs de la loi du 3 août 2009 de programmation pour la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, sans qu'un article plus particulièrement soit cité par les requérantes. Or vous avez jugé que celles des dispositions d'une loi qui, prises sur ce fondement, se bornent, conformément à ce que prévoit la constitution, à fixer des objectifs à l'action de l'Etat sont dépourvues de portée normative (CE, 18 juillet 2011, *Fédération nationale des chasseurs*, n° 340512, A). Compte tenu de l'argumentation des sociétés, vous pourrez écarter le moyen comme inopérant.

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