

**N° 461082 – Société Orange**

**9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies**

**Séance du 15 mars 2023**

**Lecture du 7 avril 2023**

## **CONCLUSIONS**

### **Mme Céline GUIBE, Rapporteuse publique**

Ce litige vous permettra de préciser certaines des obligations qui s'imposent aux commerçants en termes d'information des consommateurs sur les prix et les conditions de vente.

A la suite de contrôles menés en 2017, le service national des enquêtes de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) a constaté que plusieurs fournisseurs d'accès à internet présentaient leur offres d'abonnement en mentionnant uniquement le coût du forfait, sans y inclure le coût de location du modem (ou box), alors même que cette location n'était pas facultative. Il a alors indiqué aux opérateurs, par lettre du 11 août 2017, que ces modalités d'information étaient contraires à la réglementation sur les prix et leur a demandé de se mettre en conformité, au plus tard le 1<sup>er</sup> février 2018.

Des contrôles ont été menés les 2 et 9 février dans les boutiques de l'enseigne Orange et sur sa le site de sa boutique en ligne. Les agents enquêteurs ont constaté, par procès-verbal, des manquements entachant 21 supports de communication commerciale qui ne faisaient pas état du prix global de l'abonnement proposé. Après avoir été invitée à présenter ses observations, la société Orange s'est vue infliger, par décision du 13 avril 2018, une amende d'un montant de 315.000 euros, assortie d'une mesure de publicité sur le site internet de la DGCCRF.

La société Orange a contesté cette sanction, sans succès, devant le tribunal administratif de Paris puis devant la cour administrative d'appel de Paris. Elle vous demande d'annuler l'arrêt de la cour.

**1. Quelques mots, tout d'abord, sur le cadre juridique applicable au litige.**

L'article L. 131-5 du code de la consommation punit d'une amende de 3000 euros pour une personne physique, et de 15.000 euros pour une personne morale, les manquements aux dispositions de l'article L. 112-1, lequel prévoit que tout vendeur de produit ou tout prestataire de services informe le consommateur, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, 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.

L'arrêté applicable est celui du 3 décembre 1987, qui dispose, à, son article 1<sup>er</sup>, que toute information sur les prix de produits ou de services doit faire apparaître, quel que soit le support utilisé, la somme totale toutes taxes comprises qui devra être effectivement payée par le consommateur, exprimée en euros.

Par ailleurs, l'article 3 du même arrêté prévoit que, lorsque le prix annoncé ne comprend pas un élément ou une prestation de services indispensables à l'emploi ou à la finalité du produit ou du service proposé, cette particularité doit être indiquée explicitement.

**2.** Devant les juges du fond, la société Orange soutenait que les dispositions de cet article 3 l'autorisaient à distinguer entre le prix de l'accès à internet et celui de la location de la box, s'agissant de prestations distinctes.

Pour écarter le moyen, la cour a jugé que l'article 3 visait le cas où un équipement ou une prestation complémentaire mais indispensable pour l'emploi du produit considéré n'est pas fourni par l'opérateur en question. Elle a ajouté que cet article ne déroge pas à l'obligation d'indiquer un prix total, mais qu'il instaure une garantie supplémentaire au profit des consommateurs qui doivent être informés, dans cette hypothèse, de la somme totale dont ils devront s'acquitter.

Ces motifs sont entachés de deux erreurs de droit.

La première tient à ce que l'article 3 de l'arrêté ne restreint pas l'obligation d'indiquer la particularité liée au fait que le prix proposé ne comprend pas un élément indispensable à l'emploi du produit vendu au seul cas dans lequel cet élément doit être acheté auprès d'un autre opérateur. Prosaïquement, lorsqu'un commerçant vend, par exemple, un jouet fonctionnant à l'aide d'une pile électrique qui n'est pas fournie dans la boîte de jeu, il doit l'indiquer au consommateur, que celui-ci puisse acheter cette pile auprès du même commerçant, s'il en fournit, ou qu'il doive l'acheter dans une autre boutique.

La seconde erreur a trait à la nature de l'information que le commerçant doit délivrer lorsqu'un complément indispensable n'est pas compris dans le prix annoncé. Il ne s'agit pas d'une information portant sur la somme totale dont le consommateur devra alors s'acquitter. Le commerçant en serait, d'ailleurs, bien incapable s'il ne fournit pas lui-même ce complément et, pour reprendre l'exemple du jouet fonctionnant à l'usage d'une pile, cette somme pourra varier selon le choix opéré entre les différentes marques offertes sur le marché et selon leur revendeur. Il s'agit seulement d'alerter le consommateur que son achat ne se suffit pas à lui-même et qu'il devra exposer une dépense supplémentaire afin de pouvoir en faire usage. A charge, ensuite, pour lui, de s'enquérir du coût correspondant.

Ainsi rectifiée, l'on comprend que la règle posée par l'article 3 de l'arrêté ne s'analyse pas comme une information sur le prix, et qu'elle s'ajoute, sans en modifier la portée, à celle qui résulte de son article 1<sup>er</sup>, qui impose aux commerçants d'indiquer le prix global des produits qu'ils proposent à la vente. Il s'agit là de deux garanties, distinctes, visant à la bonne information du consommateur.

Vous annulerez donc l'arrêt attaqué à raison de la première des deux erreurs de droit, qui est seule dénoncée par le pourvoi, et il nous semble utile, pour mieux éclairer le droit applicable, que vous régliez au fond le litige.

**3.** Nous ne nous attarderons pas sur les moyens d'appel dirigés contre la régularité du jugement du tribunal, qui ne sont, à l'évidence, pas fondés, de même que le moyen tiré de ce que la décision de sanction aurait été prise à l'issue d'une procédure ayant méconnu le principe du contradictoire.

Venons-en, directement, aux moyens relatifs à la caractérisation du manquement sanctionné.

**3.1.** L'article 3 de l'arrêté n'édicte aucune règle en matière d'information sur les prix, est seule en cause ici l'obligation d'indiquer le prix global du produit ou du service vendu qui résulte de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté.

L'argumentation de la société Orange repose sur l'idée que la fourniture de l'accès à internet et la location du modem seraient deux prestations distinctes, qui peuvent faire l'objet d'une information séparée sur les prix. Elle ajoute que ses clients pouvaient souscrire un forfait sans être tenus de louer leur modem auprès d'elle.

S'il est intellectuellement possible de distinguer plusieurs biens ou services achetés par un consommateur dans le cadre d'un même contrat, il ne peut être admis, de fractionner artificiellement le prix d'une opération lorsque celle-ci constitue une prestation unique, sur le plan économique, du fait des conditions de l'offre proposée par le commerçant. A défaut, l'objectif de protection du consommateur, qui fonde l'obligation d'indiquer un prix total, en serait altéré.

Même si l'arrêté du 3 décembre 1987 n'en constitue pas, du moins pas expressément, une mesure de transposition, il est intéressant de mettre ses dispositions en regard de l'interprétation, par la Cour de justice de l'Union européenne, de la directive 98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, s'agissant de la notion d'« offre » ou de « prix toutes taxes comprises ». Dans un arrêt *Citroën Commerce GmbH* du 7 juillet 2016 (C-476/14, pt 37), la Cour a jugé qu'en tant que prix définitif, le prix de vente doit nécessairement inclure les éléments inévitables et prévisibles du prix, éléments qui sont obligatoirement à la charge du consommateur et qui constituent la contrepartie pécuniaire de l'acquisition du produit concerné. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas de l'achat d'une voiture, des frais de transfert du véhicule du fabricant au concessionnaire, qui sont mis à la charge du consommateur, et qui doivent être distingués du coût supplémentaire de livraison du véhicule à l'endroit choisi par l'acquéreur. Il s'agit, précise la Cour, de permettre au consommateur d'évaluer et de comparer le prix indiqué à celui d'autres produits similaires, et donc d'opérer un choix éclairé sur la base de comparaisons simples.

Qu'en est-il en l'espèce ?

Aucun des éléments produits par la société Orange ne permet d'établir que ses clients pouvaient souscrire un abonnement à internet sans également louer un modem auprès d'elle.

La société indique qu'en mars 2020, 114.000 clients utilisaient le terminal « Livebox2 » sans payer le prix de la location. Mais elle ne précise pas l'origine de cette situation, peut-être liée à une faveur commerciale. Surtout, elle ne justifie pas que les offres proposées au cours du mois de février 2018, c'est-à-dire celles qui sont visées par le constat d'infraction, autorisaient la souscription du seul forfait. Bien au contraire, selon les indications de la représentante de la société, consignées au procès-verbal, l'utilisation de la totalité des services nécessitait la location de la box pour toutes les offres commercialisées à cette date. Cela résulte, d'ailleurs, également des supports commerciaux incriminés, qui portaient, pour la plupart, la mention « livebox nécessaire ».

Dans ces conditions, la prestation achetée par le consommateur correspondait à un abonnement à internet, modem compris, de sorte que la somme totale qui devait lui être indiquée, en vertu de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 3 décembre 1987, correspondait au prix global de l'ensemble de ces éléments.

**3.2.** La société soutient, par ailleurs, qu'il conviendrait de tenir compte des dispositions de la directive (UE) 2018/1972 du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européens. Elle indique qu'alors même que son délai de transposition n'expirait que le 21 décembre 2020, les Etats-membres étaient tenus d'interpréter leurs dispositions de droit national conformément à ce texte, afin de ne pas le priver de son effet utile.

Mais la directive ne peut utilement être invoquée puisqu'elle n'était pas encore adoptée à la date de la décision de sanction. Et, à supposer qu'elle ait conduit à un changement des règles applicables en matière de communication sur les prix, il ne s'agirait pas d'une loi nouvelle plus douce dont vous devriez immédiatement faire application, une telle modification n'affectant ni l'incrimination – correspondant, *stricto sensu*, à la méconnaissance de la réglementation en vigueur -, ni la sanction, définies à l'article L. 131-5 du code de la consommation (v., par analogie, 9 juillet 2010, Berthaud, n° 336556).

En tout état de cause, cette directive, aujourd'hui transposée en droit français, n'invalide pas la règle de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 3 décembre 1987.

Elle se borne en effet à prévoir, à son article 102, que les fournisseurs d'accès à internet doivent communiquer certaines informations au consommateur, d'une manière claire et compréhensible, avant qu'il ne soit lié par un contrat. Il s'agit d'une part, des informations visées aux articles 5 et 6 de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, portant sur le « *prix total du bien ou du service toutes taxes comprises* » et, dans le cas d'un contrat assorti d'un abonnement, sur les « *frais par période de facturation* ». Il s'agit, d'autre part, des informations énumérées à l'annexe VIII de la directive du 11 décembre 2018, à savoir « *dans les cas et dans la mesure applicables, les montants dus respectivement pour l'activation du service de communications électroniques et au titre de tout coût récurrent ou lié à la consommation* ». Quant au règlement d'exécution de la directive<sup>1</sup>, il précise qu'il y a lieu d'indiquer les prix fixes supplémentaires applicables à l'activation et s'il y a lieu, le prix de l'équipement.

---

<sup>1</sup> Règlement d'exécution (UE) 2019/2243 de la Commission du 14 décembre 2019.

On le voit, ces règles européennes sont compatibles avec l'exigence nationale d'indication d'un prix global de l'abonnement comprenant l'accès au réseau et la location de la box. Elles vont, d'ailleurs, dans le même sens, en imposant la fourniture d'informations fondées sur une distinction entre les coûts fixes, d'une part, et les coûts récurrents, d'autre part.

**3.3.** La société Orange invoque encore des avis rendus par le Conseil national de la consommation en 2006 et 2007, faisant état de la possibilité de distinguer entre le prix de l'abonnement et celui de la location du modem. Ce moyen nous semble devoir être lu en combinaison avec l'argumentation présentée en cassation sous l'angle du principe de légalité des délits et des peines, et tirée de ce que l'administration ne peut infliger une sanction sur le fondement d'une règle insuffisamment claire, ne permettant pas aux professionnels concernés de prévoir raisonnablement que leur comportement est susceptible d'être sanctionné (6 décembre 2016, Groupement d'employeurs Plusagri, n° 390234, au rec.).

Toutefois, comme le précise l'article D. 821-1 du code de la consommation, le rôle du Conseil national de la consommation est purement consultatif et ses avis n'ont pas de valeur décisive. Et l'administration avait, en l'espèce, averti les opérateurs concernés, le 11 août 2017, de ce que la pratique du fractionnement tarifaire était contraire à la réglementation en vigueur, en leur laissant un délai de plus de 5 mois pour s'y conformer.

**3.4.** Reste la critique tirée du caractère disproportionné de la sanction, la société Orange se plaignant de ce qu'il lui ait été infligé le montant maximum de 15.000 euros par infraction constatée, soit un montant total de 315.000 euros. Mais, bien qu'elle s'en défende, la société n'a pas modifié dans le délai imparti sa pratique, qui était de nature à empêcher le consommateur de comparer efficacement ses offres avec celles des opérateurs concurrents. La sanction pécuniaire demeure, par ailleurs, modeste au regard de la taille de l'opérateur et de sa position, à la date des faits, sur le marché de la fourniture d'accès à internet. Enfin, l'impact de la mesure de publication était modique, puisqu'elle s'est limitée à une diffusion d'une durée de deux mois sur le site internet de la DGCCRF, et non, comme il avait été initialement envisagé, également sur celui de la boutique en ligne de la société Orange.

Si vous nous suivez, vous confirmerez donc la solution du tribunal, qui a bien jugé.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt attaqué, au rejet de la requête présentée par la société Orange devant la cour administrative d'appel de Paris et au rejet de ses conclusions au titre de l'article L. 761-1 du CJA.